

Stellungnahme als Sachverständiger

anlässlich der

Öffentlichen Anhörung des Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und
Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, am 4. Juni 2008,

zum Thema

Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem
Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- u. Futtermittelgesetzbuches sowie anderer
Vorschriften

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

Vorbemerkungen

Persönliche Vorbemerkung

Der Verfasser ist Jurist (LL.M. - Köln), Gründungsvorsitzender des Whistleblower-Netzwerk e.V. (<http://whistleblower-net.de>) und selbst Whistleblower. Er war bei der Europäischen Kommission einer der ersten, der, nach dem durch das Whistleblowing von P.v. Buitenen (früher EU-Kommssionsbeamter, jetzt MdEP) ausgelösten Sturz der EU-Kommission unter J.Santer, von den 2001 neu eingeführten speziellen Whistleblowerschutzregelungen im EU-Beamtenrecht Gebrauch gemacht hat. Geführt hat dies in seinem Fall, zu etlichen Gerichts- und Ombudsmannverfahren, von denen viele noch anhängig sind und zu seiner, von der EU-Kommission mittlerweile als berufsbedingt anerkannten, Frühpensionierung.

Dabei konnte der Verfasser einige Erfahrungen sammeln und einige Erkenntnisse auch über die Qualität von Whistleblowerregimen gewinnen, die in diese Stellungnahme genauso eingeflossen sind, wie jene, die sich aus dem Studium der Literatur und dem persönlichen Kontakt - im In- und Ausland - mit vielen Whistleblowern und Personen ergeben haben, die sich für Whistleblower und besseren Whistleblowerschutz einsetzen. All jenen und insbesondere den Mitgliedern des Whistleblower-Netzwerk e.V. sei an dieser Stelle herzlich gedankt. Nicht desto trotz trägt der Verfasser selbstverständlich die alleinige Verantwortung für den Inhalt dieser persönlichen Stellungnahme.

Technische Vorbemerkung

Die nachfolgenden Ausführungen versuchen nach bestem Wissen und Gewissen alle aufgeworfenen Fragen zu beantworten. Dies sind weit mehr als die 43 die sich aus der Nummerierung abzählen lassen und die Beantwortung so mancher Frage warf für den Verfasser neue Fragen auf, um deren Beantwortung er sich ebenfalls bemüht hat. Auch die Form der Darstellung hätte sicherlich noch optimiert werden können.

Leider stand für dieses doch recht umfangreiche Unterfangen nur ca. eine Woche Zeit zur Verfügung, worunter die Tiefe und Qualität der Beantwortung der Fragen an mancher Stelle gelitten haben mag. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der vollständigen Erfassung der Rechtsprechung, der Darstellung von realen Fällen und der Einbeziehung und konkreten Referenzierung wissenschaftlicher Erkenntnisse aus der Whistleblowerforschung. Wo gewünscht können diese Detailinformationen aber bei entsprechendem Zeitbuget noch nachgereicht werden.

Der Text verwendet wechselweise die Begriffe Arbeitnehmeranzeige und Whistleblowing bzw. anzeigender Arbeitnehmer und Whistleblower. Gemeint sind,

wie auch in anderen Fällen, jeweils männliche und weibliche Personen. Der Begriff Whistleblower wird dabei auch in einem umfassenden Sinne, d.h. unter Einbeziehung aller Arten von Beschäftigtenbeziehungen und Organisationsangehörigen für alle Personen verwandt die intern oder extern auf Missstände hinweisen.

Inhaltliche Vorbemerkung

Arbeitnehmeranzeigen bzw. Whistleblowing sind in Kontinentaleuropa und Deutschland erst seit kurzen auf der Agenda von Unternehmen und Politik. Das Phänomen ist jedoch so alt wie die Menschheit und hat auch die Geschichte Deutschlands, man denke nur an Martin Luther und die Folgen, erheblich geprägt. Es ist sehr **begrüßenswert**, dass der Bundestag sich dieses Themas jetzt annimmt.

Da z.T. unterschiedliche Vorstellungen bzw. auch Vorurteile darüber existieren was zu diesem Themenbereich gehört und unter dem Begriff zu verstehen ist, möchte der Verfasser, auch zur Erklärung seines Grundansatzes, der Beantwortung der Fragen **10 Thesen zum Whistleblowing** voranstellen:

1. Whistleblowing nützt uns allen

Whistleblower decken Missstände im öffentlichen und unternehmerischen Interesse auf und erschließen wichtige Informationen zur Risikofrüherkennung und Missstandsbekämpfung.

2. Whistleblowerschutz nützt uns allen

Whistleblowerschutz dient nicht in erster Linie den potentiellen Whistleblowern, denn wo effektiver Whistleblowerschutz nicht besteht, bleibt Whistleblowing in der Regel einfach aus. Dies aber bedeutet, dass wir alle um seine Vorteile und unseren Nutzen gebracht werden.

3. Whistleblower sind keine Denunzianten

Die bewusste Verbreitung von Fehlinformationen, Verleumdung, Falsche Verdächtigung und auch Beleidigungen müssen auch in Zukunft verfolgt und bestraft werden, all dies ist kein Whistleblowing. Der gutgläubige Whistleblower hingegen muss geschützt werden.

4. Whistleblowerschutz leistet Denunziation keinen Vorschub

Whistleblower wollen unabhängige Aufklärung ihrer Vorwürfe und eine Bekämpfung der aufgezeigten Missstände in Strukturen in denen dies durch die bestehenden Machtverhältnisse verhindert wird. Denunzianten bauen auf Gerüchte wollen keine Aufklärung und arrangieren sich mit den Machtverhältnissen um dafür Belohnungen zu erheischen.

5. Whistleblowing ist ein Menschenrecht

Freie Meinungsäußerung und Petitionsrecht, auf denen Whistleblowing letztlich basiert, sind unteilbare Menschenrechte denen unmittelbare Drittwirkung auch im Arbeitsverhältnis zukommen muss. Einschränkungen sind nur dort und insoweit

möglich, als dies zur Wahrung anderer Grundrechte (z.B. Eigentum) zwingend nötig ist.

6. Verantwortung braucht Verantwortlichkeit

Wer Verantwortung hat, muss sich auch gefallen lassen, zur Rechenschaft gezogen zu werden. Whistleblowing dient dazu, dies auch dort möglich zu machen, wo sonst nicht genügend Transparenz oder zu viele Vertuschungsmöglichkeiten bestehen.

7. Whistleblowing braucht kulturelle Akzeptanz

Wir brauchen einen anderen Umgang mit Kritik und Fehlern – auch den eigenen. Der demokratische Diskurs muss gefördert werden. Autoritätsgläubigkeit und Vorverurteilung müssen durch zügige unabhängige Aufklärung ersetzt werden. Für eventuell entstehende Schäden ist angemessener Ersatz zu leisten.

8. Whistleblowing ist mehr als Korruptionsbekämpfung

Die derzeit in einigen Unternehmen zu beobachtende Verkürzung auf ein Instrumentarium zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität greift zu kurz. Letztlich geht es um alle Arten öffentlicher Interessen und um die Frage wie eine Organisation auf die Kommunikation kritischer Informationen angemessen reagiert

9. Whistleblowerschutz braucht mehr als Anonymitätssicherung

Anonymitätssicherung ist nur einer von mehreren Wegen des Whistleblowerschutzes, oft aber angesichts des Verbreitungsgrades der Information praktisch nicht möglich. Anonymes Whistleblowing muss vom Grundrechtsschutz erfasst werden. Ein kultureller Wandel wird aber durch offenes Whistleblowing stärker gefördert

10. Effektiver gesetzlicher Whistleblowerschutz ist nötig

Die nur ansatzweise bestehenden gesetzlichen Regelungen sind völlig unzureichend. Es bedarf umfassenden und effektiven Schutzes dessen Durchsetzung auch in der Prozesswirklichkeit durch Beweislastregelungen und die Einschränkung von Umgehungsmöglichkeiten abzusichern ist.

I. Geltende Rechtslage

1. In welchen Fällen konnten durch Arbeitnehmeranzeigen Straftaten verhindert oder Gefahren für die Allgemeinheit abgewandt werden?

Im Gegensatz z.B. zu spezifischen, behördlichen Überwachungsmaßnahmen sind Arbeitnehmeranzeigen **universell**, in fast allen Bereichen des Strafrechts und bei nahezu **allen Arten von Risikofrüherkennung und Gefahrenabwehr** einsetzbar. Die Frage nach konkreten Fällen ist allerdings schwierig zu beantworten, da diese in Deutschland, nach Kenntnis des Verfassers, bisher **an keiner Stelle systematisch erfasst** werden und die amtliche Kriminalstatistik hierüber auch keine Aussagen macht. Es sollte überlegt werden hieran etwas zu ändern. Außerdem ist zu bedenken, dass erfolgreiches Whistleblowing auch und gerade dann vorliegt, wenn sich der angesprochene Täter zum ändern und der angesprochene Dritte zum Eingreifen entschließt und Straftaten und Gefahren so im Vorfeld bekämpft oder verhindert werden. Hierüber dringt in der Regel nichts nach Außen.

Nur wenn es gelingt, an allen drei Hauptursachen (siehe Antwort zu Frage I.3.) für das Unterbleiben von Whistleblowing anzusetzen, wird es gelingen eine Steigerung von Arbeitnehmeranzeigen und damit eine Erhöhung der Aufklärungs-, Bekämpfungs-, Verhinderungs- und Abschreckungsquote von Straftaten im betrieblichen Umfeld zu erreichen. Diese **Missstände existieren**, hoffentlich nur in einem kleinen Teil von Unternehmen, aber sie existieren, und es gibt regelmäßig auch Arbeitnehmer, die davon wissen. Der (Hilfs-)Arbeiter in der Supermarktmetzgerei hat kein eigenes Interesse daran abgelaufenes Fleisch umzuetikettieren, er wagt es aber derzeit zumeist nicht, etwas dagegen zu tun, wenn genau dies von ihm verlangt wird, oder wenn er etwas davon mitbekommt.

Die aktuelle Reportage von Günter **Wallraff** aus einer Großbäckerei, hat neben den dort herrschenden Arbeits-, Arbeitssicherheits- und Hygienebedingungen, auch gezeigt, dass die allermeisten der betroffenen Arbeitnehmer sich der Missstände sehr wohl bewusst waren, aus Angst um ihren Arbeitsplatz - oder nach der Erfahrung der Nutzlosigkeit interner Beschwerden - aber lieber schwiegen, zumindest so lange bis sich ein investigativer Reporter (übrigens nach Hinweisen aus der Belegschaft) der Sache annahm. Ähnliches, dort hinsichtlich der Art der "Kundenbetreuung", galt auch in den zuvor von Wallraff besuchten Call-Centern.

Bekannt werden ansonsten zumeist nur jene Fälle in denen Straftaten durch Whistleblower aufgedeckt werden und dies die Aufmerksamkeit der Medien erregt (z.B. im Bereich der Korruptionsstraftaten), selbst dann **bleibt der Informant und sein Schicksal aber zumeist im Hintergrund**.

Was die **(Gammel-)Fleischskandale** der letzten Jahre angeht, so ist bei einigen bekannt, dass wir ihre Aufdeckung Whistleblowern verdanken. Am bekanntesten wurde hier wohl der LKW-Fahrer M. R. Strecker, der auf die illegale Verwendung von K3-Fleisch für den menschlichen Verzehr hingewiesen hatte und dafür sogar eine Auszeichnung durch Bundesminister Seehofer erhielt. In anderen Fällen blieben die

Whistleblower im Hintergrund und in wieder anderen wurden Fleischskandale erst durch behördliche Routineinspektionen aufgedeckt. Letzteres wirft die Frage auf, ob die "einfachen" Mitarbeiter in jenen Betrieben nichts gewusst haben, ob sie das kriminelle Verhalten ihrer Arbeitgeber gut fanden und deswegen schwiegen, oder ob sie - und dies dürfte der wahrscheinlichste Grund sein - eigentlich gerne etwas unternommen hätten, aber aus anderen Gründen (vgl. II.3) schwiegen.

In jüngster Zeit finden sich außerdem, z.B. im Falle **Siemens**, in den Medien einige Hinweise auf Anzeigen durch Arbeitnehmer. Bei IKEA wurde ein Skandal im Bereich der **Baukorruption** durch eine Mitarbeiterin aufgedeckt, die sich an die Staatsanwaltschaft gewandt hat. Auch die Affäre um die Abfindungen bei der Mannesmannübernahme wurde durch eine Whistleblowerin angestoßen. In der Schweiz ist zuletzt z.B. ein Fall von **Kinderpornographie** durch einen Whistleblower aufgedeckt worden. Große Erfolge wurden auch mit den Whistleblowerregelungen im **Kartellrecht** erzielt, wobei auch hier durch eine Öffnung auf die Arbeitnehmerebene sicherlich noch mehr erreicht werden könnte. Bekannt wurden außerdem einige Fälle im Bereich der **Alten- und Krankenpflege** die dank des Medienechos dort zwischenzeitlich zu einer öffentlichen Diskussion und einem gewissen Umdenken geführt haben. **Auch im öffentlichen Dienst** finden sich Fälle, wie z.B. jener von Erwin Bixler der die Statistikmanipulationen bei der Bundesanstalt für Arbeit aufdeckte, oder die Fälle der Steuerfahnder Werner Borcharding und Rudolf Schmenger. Weitere Fälle werden im Zusammenhang mit der Frage nach Druck und Kündigung gegen anzeigende Arbeitnehmer dargestellt.

In vielen Fällen gehen die Aufdeckung von bereits begangenen Straftaten und die Verhinderung der Begehung neuer Straftaten durch die gleichen Täter mit einander einher. Außerdem ist davon auszugehen, dass andere potentielle Straftäter **abgeschreckt** werden. Dieser Effekt könnte durch eine bewusste Förderung und **Enttabuisierung von Arbeitnehmeranzeigen** noch verstärkt werden.

Leider gibt es aber auch viel zu viele Fälle, in denen interne Anzeigen und Hinweise nicht berücksichtigt wurden und dies zu schlimmen **Katastrophen** führte. So gab es z.B. bei dem auf defekte Radreifen zurückgehenden Bahnunglück von Eschede, das sich gerade zum zehnten Mal jährt, also bei einem der größten zivilen Unglücke in Deutschland überhaupt welches 101 Menschenleben forderte, vorher Warnungen auch von Mitarbeitern hinsichtlich der Gefahren die jedoch unberücksichtigt blieben. Ähnliches gilt international für den Absturz der US-Raumfähre "Challenger" und den Untergang der Kanalfähre "Harold of Free Enterprise" bei dem 1987 vor Zeebrugge 192 Menschen den Tod fanden. Letzteres wurde zum **"Auslöser"** der Gesetzgebung zum Whistleblowerschutz in Großbritannien. Es bleibt zu hoffen, dass Deutschland keine weiteren derartigen "Auslöser" mehr braucht, um zu einem hinreichenden Schutzniveau für Whistleblower zu gelangen.

2. Sind Ihnen Fälle bekannt, in denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer interne oder externe Missstände gemeldet haben? Wenn ja, welche konkreten Erfahrungen haben diese innerhalb und außerhalb des Unternehmens oder der Behörde sowie arbeitsrechtlich gemacht? Können Sie Beispiele nennen, bei denen anzeigende Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer Druck oder Kündigung ausgesetzt waren?

Eingangs ist hier darauf hinzuweisen, dass jene Fälle von Druck und Kündigung die öffentlich bekannt wurden und von denen einige in der Folge angesprochen werden, nur die **Spitze eines Eisberges** darstellen. Da die Betroffenen keinerlei Lobby haben, oft um ihre wirtschaftliche Existenz kämpfen müssen, erheblichen psychischen Belastungen ausgesetzt sind und auch die Medien nur zurückhaltend berichten, ist davon auszugehen, dass eine **große Zahl selbst von Kündigungsfällen nicht öffentlich bekannt** wird. Außerdem gibt es sicherlich Fälle in denen andere Kündigungsgründe vorgeschoben werden, die also selbst bei Bekannt werden nicht zwangsläufig in die hier gefragte Kategorie einsortiert werden, auch wenn der tatsächliche Auslöser für die Kündigung in einer Arbeitnehmeranzeige lag.

Aber auch unterhalb der Schwelle der Kündigung wird den Betroffenen **viel Leid** zugefügt. Dies fängt an bei jenen Arbeitnehmern die sich für die Optionen "**Schweigen**" oder "Weggehen" und gegen eine Arbeitnehmeranzeige entscheiden. Die "Schweiger" fühlen sich oft unwohl, weil sie wissen, dass ihr Schweigen eigentlich nicht die Option der Wahl, sondern nur aufgrund der Umstände und des ökonomischen Drucks, das kleinere Übel war. Viele hätten gerne geredet, sich aber nicht getraut und werfen sich dies einerseits selbst und andererseits dem Unternehmen vor. Die intrinsische Motivation für das Unternehmen zu arbeiten wird dann zwangsläufig beeinträchtigt, was, je nach der Schwere der Missstände und dem unausgelebten Handlungsdruck, bei dem beteiligten Mitarbeitern bis zur inneren Kündigung führen und so erhebliche Folgeschäden für das Unternehmen anrichten kann. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass "Schweigen" hier nur "Schweigen im Betrieb und gegenüber Überwachungsstellen" bedeutet, die Mitarbeiter aber häufig Bedenken und Gewissensqualen haben, die sie mit Freunden und Vertrauten besprechen und die sich so, in einer verwässernden, unterschweligen Mund zu Mund Verbreitung von Gerüchten, auch als schleichendes Gift für den Ruf des Unternehmens auswirken.

Schäden entstehen auch, wenn die Mitarbeiter der Dilemmasituation ("ich habe einen vermeintlichen Missstand gesehen, traue mich aber nicht diesen anzusprechen") dadurch zu entkommen versuchen, dass sie "**Weggehen**", sich also intern oder extern um eine neue Stelle bemühen. Für den Mitarbeiter bedeutet dies eigentlich unnötigen Aufwand und den Verlust seiner bisherigen Arbeit und der vertrauten Umgebung. Für das Unternehmen sind hiermit ebenfalls erhebliche Kosten (z.B. für Rekrutierung und Anlernen) und know-how Verluste verbunden.

Hinzu kommt dass bei den Optionen "Schweigen" und "Weggehen" der eigentliche **Misstand fortbesteht** und sich hier weitere Schäden für das Unternehmen oder die Gesellschaft realisieren können, die eigentlich verhindert werden könnten. Schließlich bleibt auch die Dilemmasituation unaufgelöst und es besteht die Gefahr, dass weitere Mitarbeiter dem selben Dilemma ausgesetzt werden.

Zurück aber zu jenen Mitarbeitern die sich **entscheiden, zu Whistleblowern zu werden** und die dann, **in der Regel zunächst intern**, auf die Probleme hinweisen um zu deren Lösung beizutragen. **Wenn es gut und richtig läuft**, nimmt sich der Adressat und mit ihm das Unternehmen dann den Hinweisen und den Missständen an. Es gibt aber **leider auch viele Fälle, in denen genau dies nicht passiert**, etwa weil die angesprochen Stelle im Unternehmen eigene Interessen - jenseits der langfristigen Interessen des Unternehmens seiner Shareholder und Stakeholder - verfolgt. Ein solcher Adressat, der sich einer Problemlösung verweigert (z.B. weil er selbst Täter oder Profiteur ist, weil er den Konflikt mit den Tätern scheut, weil er Aufdeckungsschäden für das Unternehmen oder sich persönlich fürchtet), muss dann versuchen das "Thema Missstand", welches durch das Whistleblowing auf dem Tisch liegt anders vom Tisch zu bekommen. Hierzu bieten sich die Strategien, "Ignorieren", "Verleugnen" oder "Angriff auf den Whistleblower" an und werden in der Praxis auch einzeln oder gemeinsam eingesetzt.

Beim **"Ignorieren"** tut der Adressat nichts und hofft darauf, dass der Whistleblower dies deuten kann und ab jetzt sein Vorgehen ändert. Für den Whistleblower bedeutet dies Ungewissheit (wird es noch zu einer Reaktion kommen, wie lange muss/soll/darf ich warten) und zumindest psychischen Druck. Wenn der Whistleblower dann, zum Teil auch nach einem "gut gemeinten Rat" des ersten Adressaten, dass er sich "aus solchen Dingen im eigenen Interesse doch lieber raushalten sollte", realisiert, dass er nicht die gewünschte Reaktion bekommt, befindet er sich wieder im Ausgangsdilemma. Diesmal allerdings um eine Frustrationserfahrung und um enttäuschte Hoffnungen (er hatte sich ja an den Adressaten gewandt, weil er sich von diesem eine Problemlösung erwartete) reicher. Außerdem ist auch der Einsatz und damit der Umfang des Dilemmas erhöht, da der - typischer Weise niedrighschwellige - Adressat der ersten Wahl ja ab jetzt ausfällt. Erneut muss der Whistleblower dann entscheiden, ob er durch Nachhaken beim bisherigen oder Eskalation an einen anderen (höher in der Hierarchie oder außerhalb des Unternehmens stehenden) Adressaten seine Whistleblowerstrategie weiter verfolgt oder ob er zumindest ab jetzt die Optionen "Schweigen" oder "Weggehen" wählt. Entscheidet er sich erneut für Whistleblowing, an eine andere (höhere) Stelle, kann ihm all dies wieder passieren.

Beim **"Verleugnen"** versucht der Adressat die Bedeutung des Vorbringens des Whistleblowers, die Richtigkeit seiner Behauptungen und oder den Grad des Missstandes zu leugnen. Hier werden dann Unterlagen "bereinigt", Beweise "frisiert" oder verschwinden gelassen und Dritte und potentielle Zeugen "geimpft", ohne dass damit zwangsläufig ein Angriff auf den Whistleblower verbunden ist. Je nach Situation kann dann auch dem Whistleblower mit den neuen Unterlagen glaubwürdig dargelegt werden, dass an der Sache ja eigentlich gar nichts dran ist und er sich den Missstand nur eingebildet hat. Problematisch an dieser Reaktion ist, dass sie aus der Sicht des Whistleblowers und auch aus der Sicht von Dritten unter Umständen kaum von jenen Fällen - und auch die gibt es sicherlich oft - zu unterscheiden ist, in denen der Whistleblower - der ja typischer Weise nur über unvollständige Informationen verfügt - sich in der Tat über das Vorliegen und/oder den Umfang eines Missstandes getäuscht hat. Geht der Whistleblower dem "Verleugnen" auf den Leim, ist die Situation für ihn zunächst scheinbar ohne Schaden erledigt. In Wirklichkeit hat sich aber das Problem für alle Beteiligten dann nur vergrößert. Der Verleumder hat (weitere) Schuld auf sich geladen, der Informationsstand für das Unternehmen hat sich verschlechtert, der Missstand besteht weiter, der Whistleblower macht sich eventuell Vorwürfe und ist beim nächsten Mal evtl. zurückhaltender und gleichzeitig

wird der Adressat ihn als Risikofaktor einschätzen den es zumindest mittelfristig zu begrenzen oder noch besser auszuschalten gilt.

Womit wir dann auch bei der dritten Gegenstrategie, dem "**Angriff auf den Whistleblower**" wären. Sie einzusetzen sieht sich der lösungsunwillige Adressat spätestens dann gezwungen, wenn er zuvor die Strategien "Ignorieren" und "Verleumden" ohne den gewünschten Erfolg eingesetzt hat. Motivation hierbei kann auch Rache am Whistleblower, dafür sein, dass er es wagt den Worten des Adressaten zu widersprechen, dessen Handlungen in Zweifel zu ziehen, seine Kreise zu stören und/oder ihn einem Verfolgungsrisiko auszusetzen. Hinzu kommt aber das Problem des Adressaten, dass ein einflussreicher, motivierter, auf sich selbst vertrauender, beruflich erfolgreicher, bei seinen Kollegen und Vorgesetzten eigentlich für sein Engagement **geschätzter Whistleblower** für den Adressaten im Falle der Weitereskalation des Whistleblowings eine für Dritte weit glaubwürdigerer Informationsquelle und damit für den Adressaten ein weit höheres Risiko darstellt, als ein Whistleblower dem selbst unlautere Machenschaften nachgesagt werden, der **psychisch angeschlagen** und im Kreis von Kollegen und Vorgesetzten isoliert ist und als jemand gilt, der dauernd Fehler macht und seine Arbeit nicht im Griff hat. Für den Adressaten kommt zumeist hinzu, dass Whistleblower bis zu ihrem Whistleblowing in der Tat oft die zuerst aufgelisteten Kriterien aufweisen. Sie sind typischer Weise (ansonsten hätten sie sich nämlich wahrscheinlich eher für die Option "Schweigen" entscheiden) erfahren genug Probleme zu erkennen, am Unternehmen und dessen Erfolg so interessiert, dass sie dieses auf die Probleme hinweisen wollen und so selbstbewusst, dass sie meinen, damit etwas ändern zu können.

Für den **böswilligen Adressaten** gilt es nun also den Whistleblower vom Zustand 1 in den Zustand 2 zu versetzen. Da er in der Regel in der Unternehmenshierarchie über dem Whistleblower steht, hat er zumeist auch **die nötigen Mittel**, dieses Vorhaben erfolgreich bestreiten zu können. Diese Mittel liegen weit unterhalb der Schwelle der Kündigung und oft auch unterhalb der Schwelle der unmittelbaren **arbeitsrechtlichen Fassbarkeit**. Der Vorgesetzte - und dies ist ja der typische Adressat - kann im Rahmen seines Weisungsrechtes dem Whistleblower unangenehme, seinem Profil nicht angepasste Sonderaufträge zuweisen, ihn stärker überwachen, ihm verschärfte Arbeits- und Berichtsaufgaben erteilen, ihm nur noch offensichtlich Unsinnige oder gar keine Arbeit mehr zuweisen, ihn von wichtigen Informationen abscheiden, er kann ihn von den Kollegen räumlich entfernen oder ihn offen kritisieren oder hinten herum Gerüchte verbreiten ... Kurz die ganze **Partitur des Mobblings**, bzw. Bossings steht zur Verfügung und findet sich auch in der Praxis wieder.

Es geht hier nicht um Mobbing als solches, aber es ist dennoch äußerst bezeichnend, dass ausweislich der größten in Deutschland gemachten repräsentativen Mobbingstudie, des Mobbing-Reports von 2002 (<http://tinyurl.com/67ajrv> S.110ff.) von den Betroffenen mit einer Häufigkeit von über 60% aller Fälle als **häufigste Mobbingursache** genannt wurde: "Ich wurde gemobbt, weil ich **unerwünschte Kritik** geäußert habe". Die dort zu den Folgen von Mobbing getroffenen Aussagen gelten daher hier in vielen Fällen entsprechend.

Laut einzelnen **US-Whistleblower-Studien**, und auch hierüber gibt es wieder keine verlässlichen Zahlen, schon gar nicht aus Deutschland, kommt es in ca. 17% - 38% aller Fälle von Whistleblowing (und dies beinhaltet kleine und große Fälle internen und externen Whistleblowings und auch solche in denen der Missstand schon nach

dem ersten internen Whistleblowing von den zuständigen internen Stellen beseitigt wurde) zu Repressalien gegen den Whistleblower. Dort wo Whistleblowing nicht erfolgreich im Sinne einer unmittelbaren Missstandsbearbeitung ist sind Repressalien aus den aufgezeigten Gründen die Regel.

In einer US-Studie (Soeken, Karen L.; Soeken, Donald R.: A Survey of Whistleblowers: Their Stressors and Copying Strategies; 1987, <http://www.whistleblower-net.de/pdf/Soeken.pdf>) mit Whistleblowern nannten diese als **Repressalien**:

Repressalie	Anzahl	%
Bossing (Vorgesetzte)	69	82,1
Stärkere Überwachung	58	69,0
Entzug von Aufgaben	53	63,1
Arbeitsplatzverlust	50	59,5
Mobbing (Kollegen)	45	53,6
Arbeitsplatzwechsel	37	44,0
Telefonüberwachung Arbeitspl.	32	38,1
Zurückstufung	26	31,0
Rechtsstreitigkeiten	23	27,4
Ärztliche Untersuchung	22	26,2
Gehaltsverlust	14	16,7
Zwangsverrentung	12	14,3
Sexuelle Belästigung	11	13,1

Gesundheitlich und insbesondere psychisch blieb dies natürlich auch nicht ohne **nachteilige gesundheitliche Folgen** und zwar sowohl bei den Whistleblowern als auch bei deren Lebenspartner. Beide Gruppen litten u.a.(hier nur die Antworten mit über 70% Häufung) unter :

Beeinträchtigung in % beim	Whistleblower	Lebenspartner
Ohnmachtsgefühle	82	34
Gesteigerte Angst	81	70
Gesteigerte Wut	80	54
Schlaflosigkeit	77	51
Depression	74	36
Gefühl der Isolation	74	31
Gefühl des Missverständenseins	71	22

Diese Zahlen sind alt, beruhen auf einer kleinen Datenbasis und stammen aus den USA. Es wäre wünschenswert aktuelle europäische oder deutsche Zahlen hierzu zu bekommen und **entsprechende Studien zu finanzieren**. Aber trotz allem gibt es keine Anhaltspunkte, dass die Zahlen für Deutschland im Jahre 2008 wesentlich anderes aussehen würden.

Darauf deuten auch die **konkreten Beispiele** von Druck und/oder Kündigung aus Deutschland hin, auf die jetzt noch verwiesen wird:

Zu nennen sind hier zunächst einmal die von dem Sachverständigen Herrn Dr. Deiseroth aufgearbeiteten Fälle der Tierärztin **Margrit Herbst**, der Berliner Assistenzärztin **Cora Jakoby**, des Frankfurter Bankangestellten **Werner Demant**. Kurze Zusammenfassungen hierzu finden sich in seinem Aufsatz "Was ist

Whistleblowing?" (vgl. <http://www.bpb.de/files/7NTX8Y.pdf> z.T. mit Verweis auf die entsprechenden ausführlichen Schilderungen). Auch die Geschichten der Preisträgerinnen des letzten Whistleblowerpreises, Altenpflegerin **Brigitte Heinisch** und Infektionsforscherin **Dr. Liv Bode** (vgl. Deiseroth, Dieter; Falter, Annegret (Hrsg.): Whistleblower in Altenpflege und Infektionsforschung, 2007) sind beispielhaft dafür, welche Folgen Whistleblowing in Deutschland derzeit für die Betroffenen zumeist nach sich zieht: bestenfalls Karrierebrüche und schlimmstenfalls ein Absturz in die Arbeitslosigkeit und schwere psychische Belastungen. Bestätigt wird dies auch durch einen ganz aktuellen **Fall aus Augsburg** von dem br-online.de berichtet (<http://tinyurl.com/6aomx6>). Hier deckten drei Whistleblower eine Affäre um die Abfallverwertungsanlage Augsburg (AVA) auf. Der ehemalige technische Geschäftsführer wird wegen der illegalen Verbrennung von Aktivkohlefiltern verurteilt - und die Whistleblower? Sie sind von der AVA entlassen worden und müssen jetzt den langwierigen Rechtsweg beschreiten.

Ein anderer aktueller (zweifacher) Fall-Bericht findet sich in Ausgabe 2-2008 der Zeitschrift "message". Neben dem Schicksal des BKA-Whistleblowers **Ralph Trede** (lange Dienstunfähigkeit, Karriereeinbußen) wird dort geschildert, was die Pflegedienstleiterin **Petra Richers** in Oberbayern erleben musste, nachdem sie sich als Whistleblowerin für die Heimbewohner einsetzte. Ergebnis: auch sie wurde krank, verlor ihren Job und findet sich plötzlich in Hartz IV wieder. Weder die Einschaltung der Heimaufsicht noch die der Staatsanwaltschaft konnten dies verhindern und auch die Berichterstattung in den Medien konnte nicht genug Druck erzeugen um wirklich etwas zu ändern. Hinzu kommt, dass die zuständige Behörde Frau Richers jetzt auf Grund dieser Ausfallzeiten mangelnde Berufspraxis vorwirft und so ein faktisches Berufsverbot entsteht. Kein Trost ist es da, dass es auch bei unseren südlichen Nachbarn, den Gastgebern der anstehenden Fußball-Europameisterschaft, den Whistleblowern, wie die Fälle **Haidinger** (<http://www.whistleblower-net.de/blog/?p=243>) und **Resende** (<http://www.whistleblower-net.de/blog/?p=296>) zeigen, nicht besser ergeht.

In seiner **ehrenamtlichen Tätigkeit** als Vorsitzender des Whistleblower-Netzwerks e.V. kommt der Verfasser immer wieder mit neuen Whistleblower-Fällen in Berührung. Ohne hier Fälle und Hintergründe zu schildern, die teils noch nicht bekannt sind und auch nicht öffentlich bekannt werden sollen, werden im Folgenden nur ein paar **typische Satzbruchstücke** aneinandergereiht die in verschiedenen **Beratungsgesprächen** mit Whistleblowern immer wieder so oder so ähnlich fallen und deren Lage recht gut illustrieren: *"Am Anfang dachte ich noch Herr X würde sich um das Problem kümmern"; "ich verweigerte meine Unterschrift und verwies auf das deutsche Recht, was nicht eingehalten wurde ... mein Chef reagierte sehr verärgert und drohte mir, wenn ich nicht unterschreiben würde, dann wäre das Projekt gefährdet"; "er wurde schneidig und rau, ich fühlte mich genötigt"; "die Gesundheit und das Leben von Menschen ist bedroht"; "die Bewohner, die alten und kranken Menschen können sich doch nicht wehren"; "es geht um das Vertuschen von kleinen Unregelmäßigkeiten und die systematische Durchsetzung der Wirtschaftlichkeit mittels kreativer Interpretation von Verträgen"; "es geht auch um die Verschwendung von jährlich ca. 15 Millionen €"; "die Kollegen schnitten mich und beschimpften mich als Nestbeschmutzer"; "was soll ich jetzt tun, ich brauche Hilfe"; "ich habe nur noch wenige Wochen dann fliege ich auf"; "habe innerbetrieblich Alarm geschlagen und gemerkt, dass es wissentlich falsch gemacht wird"; "am Anfang sagten die Kollegen noch, sie unterstützen mich, als es eng wurde war keiner mehr da"; "kritisches*

Denken und Hinterfragen ist weder erwünscht noch gefragt, man muss im Sinne des Systems funktionieren"; "mein Chef wartet nur auf Fehler von meiner Seite"; "in der Abteilung regiert die Angst um die Arbeitsplätze, dafür sorgt der Chef"; "das Mobbing geht munter weiter"; "ob die Innenrevision tätig ist weiss ich nicht"; "Rechtsanwalt X hat mich im Stich gelasse"; "kein Anwalt möchte diesen Fall übernehmen"; "der Anwalt wollte 250€ pro Stunde plus Mehrwertsteuer, wo soll ich die hernehmen"; "plötzlich waren die Dokumente verschwunden"; "ich verliere zur Zeit meinen Job (20 Jahre Firmenzugehörigkeit) und kämpfe um meine Existenz"; "es wurde mir eine psychiatrische Erkrankung angedichtet"; "die Mobbinghandlungen führten zu einer vollen Erwerbsunfähigkeit und zu einer mobbingbedingten Schwerbehinderung mit einem Grad von 60"; "ich würde gerne zur ihrer Versammlung kommen aber mit Hartz IV ist dass nicht drin"; "oft werden Mitarbeiter, die mutig sind und gegen Mauscheleien vorgehen, kalt gestellt als Leute, die den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens gefährden. Doch was ist diese Art wirtschaftlicher Erfolg wert?".

Hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Problematik ist schließlich vor allem der Fall der Aktienhändlerin und Bankangestellten **Andrea Fuchs** sehr illustrativ, die intern auf einen **Insiderverstoß (gem. §14 WpHG)** ihrer Vorgesetzten hinwies und sich dann einer Vielzahl von (Ketten-)Kündigungen ausgesetzt sah. Die vorgeschobenen Kündigungsgründe der Bank wurden erfolgreich widerlegt, jedoch wurde einem **Auflösungsantrag des Arbeitgebers** gemäß § 9, I KSchG vom hessischen LAG (Az: 2 Sa 144/99 v. 6.6.200) **stattgegeben**. Begründung: eine Mitarbeiterin, die einen Vorgesetzten mit einer (angeblich) nicht gerechtfertigten Strafanzeige überzogen habe, sei dem Arbeitgeber nicht mehr zuzumuten. Trotz des Antrages von Frau Fuchs hatte das LAG die strafrechtlichen Ermittlungsakten nicht beigezogen. Nach Rechtskraft des Urteils fand Frau Fuchs heraus, dass bereits ein halbes Jahr vor diesem Urteil feststand, dass ein Insiderverstoß vorgelegen hatte, dies dem LAG bekannt war und die Vorgesetzten von Frau Fuchs gegen Zahlung einer Auflage gem. § 153 a StPO dies eingeräumt hatten und glimpflich davon gekommen waren. Erst in einem **gesonderten Wiederaufnahmeverfahren** gelang es ihr dann die Aufhebung des LAG Urteils zu erreichen. Die Auflösungsentscheidung ist seither zwar aus der Welt, Frau Fuchs und ihr Arbeitgeber streiten aber auch im **zwölften Jahr** nach ihrem Ausscheiden noch immer vor Gericht über die Rechtmäßigkeit der späteren Kettenkündigungen und der entsprechenden Auflösungsanträge.

3. Woran liegt es, dass derzeit Hinweise auf Missstände oft ausbleiben und welchen Repressalien sind Hinweisgeber derzeit ausgesetzt?

Generell können durch Arbeitnehmeranzeigen Straftaten und Gefahren für die Allgemeinheit nur abgewendet werden, wenn es überhaupt zu Arbeitnehmeranzeigen kommt. Dies ist, wie Erkenntnisse vor allem der amerikanischen Whistleblowerforschung zeigen, heute zumeist nicht der Fall und zwar **vor allem aus drei Gründen**:

1. Aufgrund **falsch verstandener Loyalität** und einer **Kultur des Schweigens** und Nichteinmischenwollens;

2. Weil der potentielle Anzeigenerstatter meint, dass seine Anzeige **ohnehin nichts ändern wird**, weil man ihm schon nicht glauben oder aber weil keine geeignete Reaktion auf seine Anzeige stattfinden wird (hierbei wirken sich auch die mangelnden Ressourcen der Justiz und die geringe Verurteilungsquote bei Wirtschaftsdelikten nicht positiv aus).
3. Weil der potentielle Whistleblower **Repressalien aller Art** durch Arbeitgeber und Kollegen befürchtet.

Selbst bei **Selbstauskunftsbefragungen aus den USA** geben in der Regel **nur etwa die Hälfte** der Befragten an, Missstände die ihnen aufgefallen waren, auch - zumeist zunächst intern - **gemeldet** zu haben. Angesichts der Verzerrung durch die Art der Erhebung (es ist davon auszugehen, dass die Selbsteinschätzung, die gezielte Nachfrage und die bessere Erinnerung einer positiven Handlung als eines Darüberhinwegsehens die Einschätzung des Meldeverhaltens **positiv verzerrt**), der Tatsachen, dass es in den USA anders als in Deutschland explizite gesetzliche Regelungen gibt und dass dort - wie im gesamten angelsächsischen Raum - eine wesentlich stärkere kulturelle Akzeptanz von Whistleblowing besteht, dürfte der Anteil derjenigen Arbeitnehmer, die Missstände schweigend und untätig hinnehmen ohne eine Arbeitnehmeranzeige zu machen, derzeit in Deutschland noch weit höher liegen. Dies **erkennen auch immer mehr Unternehmen**, die sich bemühen den **Schatz der so verborgenen Informationen** zumindest im Bereich der Korruptionsbekämpfung durch eigene Maßnahmen wie **Hotlines und Ombudsleute** zu heben und für das Unternehmen zu nutzen.

Sozialpsychologische Erkenntnisse u.a. zum sozialen Einfluss von Gruppen (**Asch**), zur Bereitschaft zu blindem Gehorsam (**Milgram**) und zum Phänomen **pluralistischer Ignoranz** zeigen außerdem, dass es Menschen sehr schwer fällt als Einzelner gegen die herrschende Meinung in einer Gruppe und gegen Vorgesetzte aufzubegehren oder auch nur ein allgemeines Schweigen zu durchbrechen. Dies gilt selbst dann, wenn Tatsachen offensichtlich verdreht und kriminelle oder gefährliche Handlungen begangen bzw. angeordnet werden. Die **steinzeitliche Programmierung** nur mit der Gruppe und mit der Hierarchie überleben zu können, ist in uns allen viel stärker verwurzelt, als der Hang zur Aufklärung oder gar zur Denunziation. Und wenn und weil ein Kollege schweigt tun die anderen es auch, selbst wenn keine konkrete Gefahr von Repressalien besteht.

Die **Repressalien gegen Whistleblower** reichen (wie auch an den Beispielen und der Beantwortung anderer Fragen deutlich wird) von allen Formen des Mobbings über Karrierebeeinträchtigungen (schlechte Beurteilungen, Versetzungen, Nichtbeförderungen ...) und formale arbeitsrechtliche Maßnahmen wie Abmahnungen und Kündigungen (bei Beamten Entlassung, (Zwangs-)Frühpensionierung und Disziplinarmaßnahmen) bis hin zu Bedrohungen und zur Geltendmachung von Schadensersatzforderungen wegen Rufschädigung. Neben derartigen Maßnahmen durch den Arbeitgeber sind die Whistleblower oft auch Mobbing und anderen Repressalien bis hin zur sozialen Ächtung durch ihre Kollegen und ihr soziales Umfeld ausgesetzt, die den Bruch des Schweigekodex sanktionieren. All dies stellt auch eine **enorme psychische Belastung** für den Whistleblower und seine Familie (die daran auch zerbrechen kann) dar, die auch zu Depressionen und psychosomatischen Beschwerden, bis hin zu einer Traumatisierung (PTSD/PTED) führen kann. Nach Verlust des Arbeitsplatzes (z.T. auch nach eigener Kündigung weil der Whistleblower es einfach nicht mehr aushält) und des damit verbundenen Verlustes des sozialen Umfeldes, wird zumindest dem regional oder

branchengebundenen Whistleblower der berufliche Wiedereinstieg oft auch noch dadurch erschwert, dass seine Geschichte zum Einstellungs Hindernis ("**schwarze Listen**") wird.

4. Inwieweit genießen Arbeitnehmer schon nach der geltenden Rechtslage Informantenschutz? Insbesondere: Ist ein Arbeitnehmer, der Kenntnis davon erlangt oder aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass aus dem Betrieb seines Arbeitgebers beispielsweise zu menschlichem Genuss untaugliches Fleisch („Gammelfleisch“) in den Lebensmittelhandel gelangt, und der die Behörden hierüber informiert, bereits nach geltendem Recht vor Sanktionen im Arbeitsverhältnis geschützt?

Die Beantwortung dieser Frage würde voraussetzen, dass es eine klare geltende Rechtslage gäbe, die einer abstrakten Beurteilung zugänglich wäre und eine Prognoseentscheidung für die genannte Fallkonstellation ermöglichen würde. Die derzeitige gesetzliche Situation und insbesondere ihre konkrete Anwendung durch die Gerichtspraxis erlaubt beides jedoch allenfalls mit einem sehr großen Unsicherheitsfaktor.

Die gesetzlichen Grundlagen

Dabei scheint für den Unbefangenen, nicht durch eine lange juristische Ausbildung verbildeten, **Gesetzesleser** eigentlich bereits ein Blick in die Verfassung auszureichen, um eine eindeutige Antwort zu geben. Nach **Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 Grundgesetz** (GG) hat doch ohnehin jeder "das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten", warum also sollte eine auf das Vorbringen von anzeigerelevanten Tatsachen bezogene Meinungsäußerung (und von einer solchen würden wohl auch die Gerichte noch ausgehen) also nicht von diesem Recht abgedeckt sein. Umso mehr als **Artikel 17** des Grundgesetzes ja ebenfalls Jedermann das Recht gewährt "sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung zu wenden". Außerdem findet der Verfassungsleser dann vielleicht noch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (**Artikel 2 Absatz 1 GG**) und das **Rechtsstaatsprinzip** in Artikel 20 GG die ebenfalls für einen Schutz Anzeigerstatters, der damit ja gerade dem Recht zur Geltung verhelfen will sprechen. In einem Staat in dem diese Prinzipien und Grundrechte nicht nur auf dem Papier stehen sondern gewährleistet sind, kann die Antwort auf beide Fragen demnach eigentlich nur "Ja!" lauten, denn was wären die Grundrechte und das Recht wert, wenn derjenige der sie ausübt bzw. sich für dessen Geltung einsetzt, dafür von anderen Bürgern - und sei es der eigene Arbeitgeber - abgestraft werden dürfte ohne dass der Staat ihm schützend zur Seite steht.

Dem juristisch verbildeten **Gesetzesinterpreten** erschließt sich diese schöne und einfache Logik aber nur bedingt. Mit der herrschenden Lehre wird er einwenden, dass die Grundrechte zunächst einmal nur den Bürger vor dem Staate schützen sollen und daher, von Ausnahmen abgesehen, **keine unmittelbare Drittwirkung** im Verhältnis

von Bürgern untereinander bzw. im Arbeitsverhältnis entfalten könnten. Weiter wird er auf die **Einschränkbarkeit** nach Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes und darauf verweisen, dass hierunter auch die allgemeinen Regeln des Arbeitsverhältnisses und die **Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Absatz 2 BGB** fallen und dass selbst schrankenlose Grundrechte wie jenes aus Artikel 17 GG verfassungsimmanente Schranken unterlägen und insbesondere die Grundrechte Dritter im konkreten Fall also die **Eigentumsfreiheit, Berufs-, Unternehmer- und Geschäftsausübungsfreiheit** und auch die Handlungsfreiheit (**Artikel 14, 12 und 2 Absatz 1 GG**) zu berücksichtigen und im Rahmen des Prinzips der praktischen Konkordanz mit den Grundrechten aus Artikel 5 Absatz 1 und 17 GG (sowie ggfls. auch Artikel 2 Absatz 1 und 9 Absatz 3 GG) in Einklang zu bringen sind. Und für **Beamte** bei denen ja auf der anderen Seite ein Grundrechtsträger fehlt und wo auch das Argument der fehlenden unmittelbaren Drittwirkung nicht greifen kann, gibt es ja noch **Artikel 33 Absatz 5 GG**, der die "Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" verlangt, wozu nun mal auch die Amtsverschwiegenheit gehört.

Verstärkt wird diese Art der Grundrechtsauslegung in der Rechtspraxis durch das bei der Analyse von Rechtsprechung der **Instanzgerichte** immer wieder zu beobachtende **Phänomen einer gewissen Verfassungsscheue**. Bevor die Grundrechte wie, auch im Rahmen der herrschenden Lehre der mittelbaren Drittwirkung eigentlich geboten, bei der Anwendung des einfachen Rechts herangezogen werden, verläßt man sich dann doch lieber auf den Wortlaut und die systematische oder teleologische (an den eigenen Wertvorstellungen ausgerichtete) Auslegung des einfachen Rechts und bildet daraus eine gefestigte sich selbst bestätigende Rechtsprechung. Schließlich gibt es ja ein eigenes Gericht für die Verfassungsanwendung und Verfassungsauslegung und solange dieses sich nicht beschwert, wird schon alles seine Richtigkeit haben.

Die ältere Rechtsprechung

Und so begab es sich, dass auch nach der Einführung des Grundgesetzes die Rechtsprechung in großer Kontinuität und weitgehender Einheitlichkeit Arbeitnehmern eine Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber auferlegte, ganz nach dem Volksmotto "**wess Brot ich ess, dess Lied ich sing**". Arbeitnehmer die es versäumten in dieses Lied einzustimmen und die Rechtsbrüche ihrer Arbeitgeber lieber, entweder an staatliche Stellen oder gar an die Öffentlichkeit, verpiffen, wurden zu **loyalitätslosen Gesellen und Nestbeschmutzern** abgestempelt, die mit umfassender Billigung der Rechtsprechung durch ihre Arbeitgeber gemäßregelt und auch entlassen werden konnten.

Der Kammerbeschluss des BVerfG vom 2.7.2001 (Az: 1 BvR 2049/00)

Ein Umdenken ergab sich hier erst im Jahre 2001 und zwar - wie könnte es anders sein - eben auf Grund einer Entscheidung des Verfassungsspezialgerichts in Karlsruhe. Im konkreten Fall hatten die Richter der zweiten Kammer des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) über die Verfassungsbeschwerde eines Arbeitnehmers zu entscheiden, der **im Rahmen staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen** gegen den Geschäftsführer seines Arbeitgebers **als Zeuge vernommen** worden war, Aussagen gemacht und der Staatsanwaltschaft auch Unterlagen

ausgehändigt hatte, wobei jenes Ermittlungsverfahren nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden war. Der Arbeitnehmer war in der Folge von seinem Arbeitgeber fristlos (hilfsweise auch noch fristgerecht) **entlassen** worden. Die Kündigung wurde auf die unaufgeforderte Übergabe von Unterlagen an die Staatsanwaltschaft zum Zwecke der Belastung des Geschäftsführers gestützt. Im Instanzenzug war diese Kündigung vom Arbeitsgericht aufgehoben, vom Landesarbeitsgericht in Hamm aber dann unter Nichtzulassung der Revision bestätigt worden. Die Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesarbeitsgericht war erfolglos geblieben. Bezeichnend war dabei die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zitierte Begründung des Landesarbeitsgerichts Hamm: *"Der Beschwerdeführer habe, ... unter anderem freiwillig, von sich aus Unterlagen der Staatsanwaltschaft zur Begründung des Ermittlungsverdachts gegen die Beklagte und ihren Geschäftsführer zur Verfügung gestellt. Er sei **freiwillig mehrmals zur Staatsanwaltschaft gekommen**, um durch seine Erklärungen das Ermittlungsverfahren gegen die Beklagte und ihren Geschäftsführer voranzutreiben. Eine innerbetriebliche Klärung habe er nicht versucht. Im Gegenteil habe er seine Besuche bei der Staatsanwaltschaft verschwiegen und sie in die Mittagspausen gelegt, um sie vor der Beklagten zu verbergen. Die Einstellung des Ermittlungsverfahrens beweise die Haltlosigkeit der Erklärungen des Beschwerdeführers bei der Staatsanwaltschaft. Auch eine abschließende Interessenabwägung führe nicht zur Unwirksamkeit der Kündigung."*

Das Bundesverfassungsgericht schloss sich dieser Rechtsauffassung jedoch nicht an, sondern **gab der Verfassungsbeschwerde statt**: *"selbst bei dem vom Landesarbeitsgericht zu Grunde gelegten Sachverhalt, wonach der Beschwerdeführer "freiwillig" zur Staatsanwaltschaft gegangen sei, dort Aussagen gemacht und aufgrund eigenen Antriebs Unterlagen übergeben habe, hätte es diesem verfassungsrechtlichen Aspekt Beachtung schenken müssen. Auch die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren kann - soweit **nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht** werden - im Regelfall aus rechtsstaatlichen Gründen nicht dazu führen, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten. Das Landesarbeitsgericht spricht pauschal von "haltlosen Erklärungen" des Beschwerdeführers, ohne diese näher zu benennen und die auch aufgrund der Beweisaufnahme nicht nahe liegend sind. Ein derart substanzloser Vorwurf kann nicht als Grund für zivilrechtliche Nachteile dienen, die im Hinblick auf bestehende Pflichten und Rechte des Bürgers im Rahmen der Strafverfolgung grundsätzlich unzulässig sind (vgl. BVerfGE 74, 257 <261 ff.>). Eine zivilrechtliche Entscheidung, die dieses verkennt oder missachtet, verletzt den betroffenen Bürger in seinem **Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip.**"*

Zieht man diese höchstrichterlichen Worte als Maßstab zur Beantwortung der Ausgangsfrage so scheint die Antwort jedenfalls seit 2001 klar. Demnach gäbe es einen unbedingten Schutz des gutgläubigen Zeugen und auch des gutgläubigen Anzeigerstatters und die Antwort auf den zweiten Teil der Frage würde **"Ja!"** lauten. Allein, es fragt sich, ob diese Erkenntnis des Verfassungsspezialgerichts sich auch zumindest im Nachhinein bei den Instanzgerichten verfestigt hat und heute wirklich von einer entsprechenden Rechtsprechungspraxis und geltenden Rechtslage gesprochen werden kann.

Das Urteil des BAG vom 3.7.2003 (2 AZR 235/02)

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) als oberstes Instanzgericht der Arbeitsgerichtsbarkeit hat sich dieser Problematik in der Folge in mindestens drei Entscheidungen angenommen. In der ersten nachfolgenden BAG-Entscheidung, vom 3.7.2003, ging es um einen **Sozialarbeiter in einem Jugendzentrum** der über seinen Anwalt ohne Nennung seines Namens und auch ohne zunächst eine innerbetriebliche Klärung gesucht zu haben, eine **Strafanzeige gegen den Einrichtungsleiter** "aus allen rechtlichen Gründen, vorzugsweise wegen der Veruntreuung von Geldern" stellte und in der Folge fristlos, hilfsweise fristgerecht gekündigt wurde. Weiter heißt es im Urteil des BAG: *"Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die ordentliche Kündigung sei unwirksam. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 2. 7. 2001 (- 1 BvR 2049/00 - AP BGB §626 Nr. 170 = EzA BGB § 626 n. F. Nr. 188) könne eine Strafanzeige gegen den Arbeitgeber oder Vorgesetzten eine Kündigung eines Arbeitsverhältnisses nur sozial rechtfertigen, wenn die Strafanzeige wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben enthalte."*

Dann aber folgt der, angesichts der klaren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überraschende Satz: **"Dem folgt der Senat nicht."** In einer langen Begründung versucht das Bundesarbeitsgericht dann zwar einerseits die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts formal anzuerkennen, andererseits diese aber materiell zu umgehen. Hierbei werden die Grundrechte nach Artikel 5 und 17 GG kurzerhand völlig ausgeblendet:

*"Ob der Schutzbereich des Art. 17 GG berührt ist (siehe Senat 18. 6. 1970 - 2 AZR 369/69 - AP KSchG § 1 Nr. 82 = BB 1970, 1176; Colneric AiB 1987, 260, 265; Graser Whistleblowing - Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht (2000) S. 126 ff.; Wendeling-Schröder Autonomie im Arbeitsrecht 1994 S. 192; zuletzt Deiseroth AuR 2002, 161, 166), kann im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen **dahingestellt** bleiben (offen gelassen auch BVerfG 2. 7. 2001 - 1 BvR 2049/00 - AP BGB § 626 Nr. 170 = EzA BGB § 626 n. F. Nr. 188). Auf den - zusätzlichen - Schutz des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG kann sich der Kläger jedoch nicht berufen. Zwar unterfallen Arbeitnehmeranzeigen und Beschwerden grundsätzlich dem Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG (ErfK/Dieterich 3. Aufl. Art. 5 GG Rn. 37; Graser a. a. O. S. 109; Hinrichs in Das Arbeitsrecht der Gegenwart Bd. 18 (1980) S. 35, 39; Müller NZA 2002, 424, 429 f.; Wendeling-Schröder a. a. O. S. 156 ff. Zusammenfassung: S. 211). Dies kann aber nicht für eine anonym erstattete Anzeige, bei der der Anzeiger ungenannt bleibt und gerade nicht seine persönliche Meinung kundtun will, gelten. Eine solche **anonyme Anzeige fällt nicht in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG**. Ihr fehlt es gerade an dem konstituierenden Element der Subjektivität (vgl. ErfK/Dieterich 3. Aufl. Art. 5 GG Rn. 5 m. w. N.). Ohne die deutlich erkennbare persönliche Zuordnung kann eine anonyme Äußerung nicht an der geistigen Auseinandersetzung teilnehmen."*

Falsch ist daran, zum einen, dass die Verfassungsgerichtsentscheidung die Anwendbarkeit von Artikel 17 GG nicht offen gelassen, sondern mangels Einschlägigkeit in jenem Fall gar nicht erst aufgeworfen hatte. Zumindest äußerst **fraglich** ist, angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch, die Behauptung des BAG, dass anonyme Anzeigen gar nicht erst dem Schutze von Artikel 5 GG unterfallen. Es gibt aber Urteile des Bundesverfassungsgerichts die vom Gegenteil auszugehen scheinen, denn sowohl in 1 BvR 131/96 – Rn. 29 als auch in 2

BvR 1780/04 – Rn. 27 wurde seitens des Bundesverfassungsgerichts Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes für die Beurteilung der Zulässigkeit anonymen Äußerungen zumindest herangezogen. Am Rande sei angemerkt, dass diese **deutliche Schlechterstellung der vertraulichen Äußerung** über einen Anwalt oder gar der anonymen Strafanzeige in der Rechtsprechung des BAG **diametral** dem in der **Wirtschaft derzeit**, seit der Einführung des Sarbanes-Oxley-Acts im US-Börsenrecht, zu beobachtenden Trend entgegenläuft, Whistleblower über eben solche **anonymisierenden Hinweisgeber- und Ombudsmannsysteme** schützen zu wollen.

Auch **entstellt** das BAG bereits in seinem Orientierungssatz das Urteil des BVerfG wenn es schreibt: *"Eine vertragswidrige Pflichtverletzung ist nicht ausnahmslos dann zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer eine Anzeige, ohne wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben zu machen, bei den Strafverfolgungsbehörden erstattet. Das BVerfG hat in der Entscheidung vom 2. Juli 2001 (Az: 1 BvR 2049/00 = AP Nr 170 zu § 626 BGB) einen solchen Rechtssatz nicht aufgestellt. Es hat lediglich für den "Regelfall" ausgeführt, auch bei einer "freiwilligen" Einschaltung der Staatsanwaltschaft durch den Arbeitnehmer dürfe sein Handeln aus rechtsstaatlichen Gründen nicht zu einem wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung führen. Wie schon die Formulierung "im Regelfall" zeigt, sind - auch - von Verfassungen wegen weitere **Ausnahmefälle denkbar**, in denen eine Kündigung auch dann möglich ist, wenn die vom BVerfG selbst formulierte Einschränkung der wissentlich oder leichtfertig gemachten falschen Angaben nicht eingreift."*

Das Wort "Regelfall" findet in der Schlüsselentscheidung des BVerfG (a.a.O. Rn.20) aber nur ein einziges Mal, in dem Satz: "Auch die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren kann - soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden - im Regelfall aus rechtsstaatlichen Gründen nicht dazu führen, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten." Nach Meinung des Verfassers ist dies so zu verstehen, dass der unmittelbar davor stehende in Gedankenstriche gesetzte **Einschub die Ausnahme beschreibt**, und ansonsten der Regelfall vorliegt. Dieses Ergebnis ergibt sich auch daraus, dass das BVerfG schon im übernächsten Satz auf ein eigenes **früheres Urteil zur Problematik der Haftung für eine Strafanzeige** verweist.

In jener Entscheidung vom 25.2.1987 (1 BvR 1086/85) hatte das **BVerfG** (Rn. 10f.) ausgeführt: *"Die schon einfachrechtlich zu beanstandende Bejahung der Schadensersatzpflicht der Beschwerdeführerin mit der Begründung, sie habe den Wahrheitsbeweis für ihre Behauptungen in der Strafanzeige nicht erbracht, ist auch mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht zu vereinbaren. Denn sie bedeutet eine **unverhältnismäßige Beschneidung des Rechts, Strafanzeige zu erstatten**. Die Beachtung des Gesichtspunkts, daß die Beschwerdeführerin mit ihrer Strafanzeige **lediglich eine von der Rechtsordnung erlaubte und gebilligte Möglichkeit wahrgenommen hat**, war von Verfassungen wegen gefordert. (11) Da es der Rechtsstaat - abgesehen von gesetzlich geregelten Ausnahmefällen (Notwehr, Nothilfe, Selbsthilfe, Notstand und vorläufige Festnahme) - dem Bürger verwehrt, sein wirkliches oder vermeintliches Recht sowohl gegenüber staatlichen Organen als auch gegenüber dem Mitbürger mit Gewalt durchzusetzen, muß der Einzelne sein Recht vor staatlichen Gerichten suchen und es mit Hilfe der Staatsgewalt vollstrecken (vgl. Merten, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, S. 56 f.). Aus dem **Verbot der Privatgewalt** und der Verstaatlichung der Rechtsdurchsetzung folgt umgekehrt die Pflicht des Staates, für die Sicherheit seiner Bürger zu sorgen und die Beachtung*

ihrer Rechte sicherzustellen (Merten, a.a.O., S. 61). Mit diesen Grundgeboten des Rechtsstaats ist es nicht vereinbar, wenn derjenige, der in gutem Glauben eine Strafanzeige erstattet hat, Nachteile dadurch erleidet, daß sich seine Behauptung nach behördlicher Prüfung als unrichtig oder nicht aufklärbar erweist. Die (nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige) Strafanzeige eines Bürgers liegt im allgemeinen Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens und an der Aufklärung von Straftaten; der Rechtsstaat kann darauf bei der Strafverfolgung nicht verzichten. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht eine verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege im Interesse der Allgemeinheit zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 46, 214 (222) m. w. N.). Dieser hat der einfache Gesetzgeber durch das Erfordernis der Wissentlichkeit in § 164 StGB (Falsche Verdächtigung) und durch die Kostenregelung in § 469 StPO Rechnung getragen. Diese Vorschriften gewähren zugleich dem Beschuldigten Schutz vor vorsätzlich falschen Verdächtigungen und solchen Anzeigen, die leichtfertig, das heißt ohne erkennbaren Grund erstattet werden. Im übrigen unterliegen die erhobenen Vorwürfe der Überprüfung in einem mit rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien ausgestatteten Ermittlungsverfahren, dem sich jeder betroffene Staatsbürger bei Vorliegen des Verdachts einer strafbaren Handlung stellen muß." Dass das BAG all dies missachtet hat ist offensichtlich.

In dem Urteil vom 3.7.2003 argumentiert das **BAG** dann weiter und kommt zu dem Schluss, dass vor dem Hintergrund des nötigen Schutzes der Unternehmerinteressen aus Artikel 12 GG und insbesondere des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen auch nach § 17 UWG eine Einzelfallabwägung darüber getroffen werden muss wann Arbeitnehmeranzeigen zulässig sind und "dass sich die Anzeige des Arbeitnehmers nicht als eine **unverhältnismäßige Reaktion** auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten darstellen darf (Senat 4. 7. 1991 - 2 AZR 80/91 - RzK I 6 a Nr. 74; MünchArbR-Blomeyer 2. Aufl. § 53 Rn. 70). Dabei können als Indizien für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden Arbeitnehmers sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen. Dies gilt umso mehr, als auch die vertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers im Raum steht, den Arbeitgeber vor drohenden Schäden durch andere Arbeitnehmer zu bewahren (BGH 23. 2. 1989 - IX ZR 236/86 - BB 1989, 649, 650)."

Aus der vermeintlichen kopernikanischen Wende durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts war so eine leichte Kursänderung in voller Kontinuität mit der eigenen bisherigen Rechtsprechung des BAG geworden. Die Argumentation des BVerfG wurde weitgehend ignoriert und stattdessen wurden vom BAG die grundrechtlich geschützten Interessen der Unternehmen pauschal in den Fordergrund geschoben, ohne deren Vorliegen im Einzelfall und deren Schranken zu überprüfen. Zu deren Schranken ("**Eigentum verpflichtet**") gehört ja gerade auch die Pflicht sich eine Überprüfung von Anschuldigungen durch die zuständigen Staatsorgane in einem geordneten Verfahren (s.o. BVerfG) gefallen lassen zu müssen. Der, ebenfalls lediglich pauschal ins Feld geführte, **Geheimnisschutz** kann auf Grund des Prinzips der Einheitlichkeit der Rechtsordnung dann gar nicht mehr greifen, wenn es darum geht rechtswidriges Verhalten oder gar Straftaten damit vor Aufdeckung zu schützen. All dieses hat das BAG aber nicht berücksichtigt.

Zusammenfassend lässt sich dieses Urteil des BAG somit dahingehend interpretieren, dass eine Arbeitnehmeranzeige zulässig ist, wenn sie sich nicht als unverhältnismäßige Reaktion darstellt. **Kriterien** zur Beurteilung dieser Frage sind:

- die **Berechtigung** der Anzeige;
- die dem **Arbeitgeber drohende Schädigung** bzw. Existenzgefährdung, durch die mit der Einleitung eines Strafverfahrens verbundene **negative öffentliche Publizität** besonders bei Subventionen empfangenden Unternehmern;
- die **Motivation des Anzeigenden**: "Erfolgt die Erstattung der Anzeige ausschließlich, um den Arbeitgeber zu schädigen bzw. 'fertig zu machen', kann - unter Berücksichtigung des der Anzeige zugrunde liegenden Vorwurfs - eine unverhältnismäßige Reaktion vorliegen (BAG 4. 7. 1991 - 2 AZR 80/91 - RzK I 6 a Nr. 74; LAG Köln 7. 1. 2000 - 4 Sa 1273/99 -; MünchArbR-Bloymeyer 2.Aufl. § 53 Rn. 70). ";
- die Informationspflicht des Arbeitnehmers und das **Klärungsinteresse des Arbeitgebers**, was dazu führt, dass regelmäßig **zunächst ein innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände erfolgen muss**, der ausnahmsweise aber **unzumutbar** sein kann wenn:
 - der Arbeitnehmer Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich **selbst einer Strafverfolgung aussetzen** würde (KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 427)
 - bei **schwerwiegenden Straftaten**,
 - beim vom **Arbeitgeber und dessen Organen selbst begangenen Straftaten**, nicht aber bei solchen durch andere Mitarbeiter und einfache Vorgesetzte.

Der konkrete Fall wurde zur Entscheidung und Klärung all dieser Fragen an das LAG zurückverwiesen.

Das Urteil des BAG vom 7.12.2006 (Az: 2 AZR 400/05)

Ende 2006 hatte das BAG erneut Gelegenheit sich mit den aufgeworfenen Fragen zu beschäftigen. Hintergrund war diesmal ein **Krankenwagenfahrer** der bei einem Verein beschäftigt war der die Löhne und Gehälter nicht pünktlich zahlte. Der Krankenwagenfahrer erfuhr, es seien Unregelmäßigkeiten des Vorstands bei der Verwaltung der **Geschäftsgelder** vorgekommen und erstattete daraufhin, ohne vorherige innerbetriebliche Klärung, bei der Staatsanwaltschaft gegen die Vorsitzende des Vereins und deren Ehemann Strafanzeige wegen Veruntreuung. In der Folge erhielt er eine fristlose hilfsweise fristgerechte Kündigung. Das Arbeitsgericht wies die Kündigungsschutzklage ab, das LAG gab der Berufung aber unter Zulassung der Revision statt. Die Revision beim BAG war im Ergebnis erfolglos, die **Kündigung blieb aufgehoben**. Außerdem zeichnete sich der Fall noch dadurch aus, dass es zwischenzeitlich, zu einer strafrechtlichen Verurteilung der Vereinsvorsitzenden zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Monaten (auf Bewährung) gekommen war.

Inhaltlich **bestätigte** das BAG in diesem Urteil seine im Urteil vom 3.7.2003 aufgezeigte **Linie**. Bei der Lektüre dieses Urteils fällt auf, dass sich das BAG zwar einerseits darum bemüht, klarzustellen, dass es "nicht entscheidend auf den Ausgang des Strafverfahrens" ankam und dass "der Senat auch die Berechtigung zur Erstattung einer Strafanzeige nicht davon abhängig gemacht" hat ", dass die Begehung der strafbaren Handlung bereits feststeht oder später festgestellt wird", andererseits rekuriert das BAG an anderen Stellen des gleichen Urteils aber immer wieder genau

darauf, dass es sich "bei den angezeigten Unregelmäßigkeiten um schwerwiegende Vorfälle gehandelt" hat und diese **zu einer Verurteilung geführt** haben, ja sogar auf das - "wahrheitswidrig - bestreitende Prozessverhalten des" Angezeigten. Hier ergeben sich zumindest gewisse Zweifel, ob die Entscheidung ohne diese nach der Anzeige liegenden Vorkommnisse, die für den Whistleblower zum Zeitpunkt der Anzeige unvorhersehbar waren, auch wirklich genauso gefallen wäre.

Der BAG-Beschluss vom 6.6.2007 (Az: 4 AZN 487/06)

Mit diesem Beschluss wird die Beschwerde der Klägerin, **Brigitte Heinisch**, gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin, mit einer sehr formalistischen Argumentation zurückgewiesen. Im Urteil aus dem Jahre 2006 hatte das BAG 2006 noch ausgeführt: dass eine Strafanzeige durch einen Whistleblower allenfalls dann zu einer Kündigung führen darf, wenn "der Arbeitnehmer schon bei Erstattung der Anzeige weiß, dass der erhobene Vorwurf nicht zutrifft oder dies jedenfalls leicht erkennen kann oder einen unverhältnismäßigen Gebrauch von seinem Recht macht."

In erster Instanz hatte das **Arbeitsgericht** eine solche Unverhältnismäßigkeit hier noch verneint und die **Kündigung aufgehoben**. Im Berufungsverfahren hatte das **LAG** dann aber **genau andersherum** entschieden und dies **obwohl**: der Arbeitgeber zuvor mehrfach **innerbetrieblich** auf Personalmangel **hingewiesen** worden war; die Anzeigende den Arbeitgeber vorher auf mögliche Patientengefährdungen hingewiesen hatte und der Arbeitgeber hierauf durch die Zurückweisung der Vorwürfe reagiert hatte. Dies alles erweckt den Eindruck, dass das LAG hier Maßstäbe angelegt hat, die über eine bloße Unverhältnismäßigkeitsprüfung, ja sogar über ein innerbetriebliches Vorklärungserfordernis hinausgehen und praktisch darauf hinauslaufen, Strafanzeigen generell als **Kündigungsgrund** ausreichen zu lassen, **außer** der Whistleblower kann so eindeutige Beweise vorlegen, dass der Täter, möglichst noch vor Abschluss des Kündigungsverfahrens rechtskräftig strafrechtlich **verurteilt** werden kann.

Das daraufhin mit der **Nichtzulassungsbeschwerde** angerufene BAG vermochte aber **keine Divergenz** zu jener höchstrichterlichen Rechtsprechung festzustellen. Leider wurde die von der Klägerin daraufhin erhobene **Verfassungsbeschwerde vom BVerfG ohne Begründung zurückgewiesen**. Die Klägerin hat jetzt eine Beschwerde zum **Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte** erhoben.

Das Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 24.10.2007 (Az: 7 Sa 451/07)

Die Kernpassage dieses Urteils lautete: "*Die **Gründe** die den Arbeitnehmer dazu bewogen haben, die Anzeige zu erstatten, verdienen eine **besondere Bedeutung**. Erfolgt die Erstattung der Anzeige ausschließlich um dem Arbeitgeber zu schädigen bzw. "fertig zu machen", kann - unter Berücksichtigung des der Anzeige zugrunde liegenden Vorwurfs - eine unverhältnismäßige Reaktion vorliegen (vgl. BAG, Urteil vom 04.07.1991 a. a. O.; Urteil vom 03.07.2003 - 2 AZR 235/02 = AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung). Im vorliegenden Fall reagierte der Kläger mit seiner Strafanzeige auf die arbeitsrechtlichen Meinungsverschiedenheiten, die er mit seinem Vorgesetzten hatte. Diese Reaktion war **unverhältnismäßig**, da es an der Berechtigung der Anzeige fehlte, eine Motivation für die Strafanzeige,*

ausgehend von einem rational handelnden Arbeitnehmer, nicht erkennbar ist und andere Mittel zur Verfügung standen, die arbeitsrechtlichen Meinungsverschiedenheiten mit den Vorgesetzten zu klären."

Hintergrund war dass der Kläger unter Anführung von 140 Einzelvorkommnissen aus dem Bereich des Mobbing eine Strafanzeige erhoben hatte, die von der Staatsanwaltschaft eingestellt worden waren. Hierzu sagt das Gericht: "*vor Erstattung der Strafanzeige hätte **ernsthaft prüfen müssen, ob tatsächlich Straftatbestände erfüllt sein können**. Dass etwaige arbeitsrechtliche Pflichtverletzungen der Beklagten hierfür nicht ausreichen, liegt auf der Hand und hätte vom Kläger berücksichtigt werden müssen. Ein rational handelnder Arbeitnehmer hätte in einem solchen Fall jedenfalls keine Strafanzeige erstattet, zumindest aber Rechtsrat vor Erstattung der Strafanzeige eingeholt.*"

Bedauerndswert an dieser Entscheidung ist, dass zum einen verkannt wird, dass systematisches Mobbing durchaus nicht nur arbeitsrechtliche sondern auch strafrechtliche Relevanz aufweisen kann und dass das Kriterium der Leichtfertigkeit hier zu einer **Pflicht zur vorherigen Einholung von Rechtsrat** umstilisiert wurde. Übrigens hatte das **Arbeitsgericht** erstinstanzlich die Strafanzeige **noch als verhältnismäßig beurteilt** und die Kündigung aufgehoben.

Exkurs:

Die Situation nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Wallraff-Urteil)

Angesichts der dargestellten Rechtslage, kann dem Whistleblower der einigermaßen sicher sein will sich legal zu verhalten wenn er Informationen an Stellen außerhalb des Unternehmens weiterleiten will, derzeit nur geraten werden zunächst sein Arbeitsverhältnis zu beenden. Für diesen Fall hat der Bundesgerichtshof schon am 20.1.1981 (VI ZR 162/79) in seinem berühmten Wallraff-Urteil festgestellt: "Ein Arbeitnehmer ist durch seine Verpflichtung zur Verschwiegenheit dann **nicht gehindert**, nach seinem Ausscheiden aus dem Anstellungsverhältnis Betriebsinterna zu offenbaren, wenn er damit gewichtige innerbetriebliche Missstände aufdeckt, durch die die Öffentlichkeit betroffen ist und denen durch betriebsinternes Vorstelligwerden nicht erfolgreich begegnet werden kann." Und was beinahe noch wichtiger als diese Feststellung ist, in jenem Fall sind dem Ex-Arbeitgeber seine wichtigsten faktischen Diskriminierungsmöglichkeiten ebenfalls aus der Hand genommen. Der Whistleblower aber muss dann erst einmal seinen **Arbeitsplatz opfern**.

Schlussfolgerungen

Nach all dem ist die derzeitige Rechtslage **nicht als eindeutig zu bewerten**. Dies zeigt besonders anschaulich auch der in der Zeitschrift AuR im Jahre 2007 S.195 ff. geführte Disput zwischen den Herren Binkert und Deiseroth. Jegliche Beantwortung der aufgeworfenen Fragen wäre daher hoch spekulativ.

Es kann demnach sein, dass ein Gericht das Handeln des Arbeitnehmers im in der Fragestellung gebildeten Gammelfleisch-Fall unter Abstellung auf die besondere Schwere der Gefahr oder die Mitwirkung des Arbeitgebers eine sofortige Information

der Behörde als **rechtmäßig** einstufen würde. Ein anderes Gericht könnte aber **genauso gut** zu der Erkenntnis gelangen, dass eine **Vorabinformation des Arbeitgebers notwendig** gewesen wäre, da Gammelfleisch zumeist zwar Ekelregend aber nicht unmittelbar für den Menschen gefährlich ist. Das Unterliegen mit der Kündigungsschutzklage droht dem Arbeitnehmer insbesondere dann, wenn sich später herausstellen sollte, dass es sich nur um einen einmaligen Vorgang bezüglich kleiner Mengen handelte und die behördliche Prüfung auch keinen Vorsatz des Arbeitgebers nachweisen konnte und erst Recht falls der Arbeitnehmer sich getäuscht haben sollte, etwa weil es sich nur um einen Fehler in den Lieferpapieren handelte (es gab also einen konkreten Anhaltspunkt) die Ware aber in Wirklichkeit gar nicht dem menschlichen Genuss zugefügt wurde. Schlecht wären die Chancen des Arbeitnehmers auch dann, wenn sich herausstellen sollte, dass die Vorwürfe trotz konkreter Anhaltspunkte unberechtigt waren und der Arbeitnehmer zuvor schon in andere arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit seinem Arbeitgeber verwickelt war, denn dann könnte ihm dies vor Gericht doch allzu leicht als bloßer Racheakt ausgelegt werden.

Hinzu kommt, dass dank der regelmäßigen **Praxis der Nichtzulassung der Revision** und der sehr formalistischen Prüfung der Nichtzulassungsbeschwerde auch eine erhebliche Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass bei gleichem Sachverhalt beide dargestellten Urteile, wenn sie denn so von Landesarbeitsgerichten gefällt würden, vor dem BAG auch Bestand hätten.

Damit aber noch nicht genug. Bisher wurde nämlich genau genommen nur die Frage beantwortet: "ist eine damit begründete Kündigung rechtmäßig?". Davon zu unterscheiden ist aber die Frage ob der Arbeitnehmer die **Auflösung des Arbeitsverhältnisses** aus diesem Grunde verhindern kann und auch die hier eigentlich gestellte Frage, ob der Arbeitnehmer "vor Sanktionen im Arbeitsverhältnis" geschützt ist.

Hinsichtlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist, wie das im Urteil des LAG Rheinland-Pfalz dargestellt Arbeitgebervorbringen aber auch ein im Fall der Frau Andrea Fuchs ergangenes Auflösungsurteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 6.6.2000 (Az: 2 Sa 144/99) zeigt, stets auch die Problematik der Anwendung der **§ 9 KSchG** zu berücksichtigen. Es droht dem Arbeitnehmer nämlich die Gefahr, dass das Gericht zu der Erkenntnis kommt, dass die Kündigung **zwar unrechtmäßig** war, dass aber der Arbeitnehmer - in manchen Fällen auch nach Aufstachelung durch den Arbeitgeber und seine Prozessvertreter - bei dem anschließenden Rechtsstreit seine Position so vehement und überzogen vertreten habe, dass dem Arbeitgeber dessen Weiterbeschäftigung **nicht mehr zumutbar** sei. Besonders problematisch und für den betroffenen Arbeitnehmer in ihrer Wirkung manchmal kaum noch von einer Klageabweisung zu unterscheiden, ist dabei die Rückwirkung der dann gerichtlich verfügten Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Wie die Nichtexistenz einer Entsprechung zu § 9 KSchG in anderen Arbeitsrechtsordnungen zeigt, ist diese **Norm überflüssig**. Wenn der Arbeitnehmer sich nach einer ersten, noch nicht rechtskräftigen Kündigung, tatsächlich etwas Relevantes zu Schulden kommen lässt, so steht es dem Arbeitgeber ja ohne weiteres frei, eine erneute (hilfsweise außerordentliche) verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen, deren Wirksamkeit dann in einem anderen Prozess zu klären wäre. Diese könnte dann aber jedenfalls keine Rückwirkung mehr auf einen vor jenem Anlass liegenden Zeitpunkt entfalten.

Noch aussichtsloser wird die Situation für den Arbeitnehmer aber dann wenn sich der Arbeitgeber vor der Kündigung Rechtsrat einholt. Ein cleverer Anwalt wird den Arbeitgeber dann nämlich darauf hinweisen, dass zwischenzeitlich die Rechtslage bei einer Kündigung wegen einer Strafanzeige nicht mehr ganz so eindeutig wie früher ist und nachfragen, ob denn nicht auch **andere Kündigungsgründe** bestehen könnten. Böswillige Arbeitgeber mögen diese dann vorschieben oder zu schaffen versuchen oder aber **gezielte Veränderungen des Arbeitsumfeldes** des Arbeitnehmers dahingehend herbeiführen, dass diese selbst die Lust auf ein Verbleiben im Betrieb verlieren. Im Prozessfalle wird der Arbeitnehmer sich dann vor dem schwierigen Problem sehen, nachzuweisen, dass all jene Vorkommnisse letztlich eine bewusste böswillige Gesamtreaktion (**Mobbing**) des Arbeitgebers auf die, eigentlich berechnete, Arbeitnehmeranzeige darstellen. Die Chancen hiermit in der gegenwärtigen Rechtspraxis erfolgreich zu sein, sind als sehr gering einzustufen.

Dabei spielt es z.B. auch eine Rolle, dass Richter angesichts ihrer hohen Arbeitsbelastung und aufgrund ihrer Ausbildung dazu neigen, sich auf das aus ihrer Sicht für die Entscheidung absolut Wesentliche zu konzentrieren. In jenem Falle ist dies dann typischer Weise die arbeitsrechtliche Problematik im Verhältnis von Arbeitnehmer und Arbeitgeber und nicht die Aufklärung der z.T. nur sehr schwer zu klärenden (und außerhalb der typischen Fachkompetenz des Richters liegenden) Frage ob der Arbeitgeber wirklich Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Vorschriften begangen hat. Ohne Aufklärung dieser Frage streitet dann aber auch noch die Unschuldsvermutung zu Gunsten des Arbeitgebers und der Glaubwürdigkeit des Arbeitnehmers steht dann zumindest implizit immer entgegen, dass er seine Vorwürfe ja nicht bewiesen hätte (obwohl die diesbezügliche Beweisaufnahme ja gerade verweigert wird).

Wie dargestellt ist angesichts der gegenwärtigen Rechtslage selbst im Nachhinein (ex post) eine **verlässliche Aussage über den Verfahrensausgang nicht zu treffen**, insbesondere deshalb weil hier gegenwärtig zumindest nach der BAG-Linie eine komplexe Abwägungsentscheidung zu treffen ist. Der **Whistleblower ist aber in einer noch viel schwierigeren Lage**. Er muss sich, ohne Experte im Arbeitsrecht zu sein, in der konkreten Situation **zu jenem Zeitpunkt (ex ante)** mit den ihm dann vorliegenden Informationen und unter Umständen sogar recht **schnell entscheiden**, ob er die Behörden informieren soll oder nicht. Angesichts der Risiken kann ihm eigentlich **nur geraten werden es nicht zu tun**.

Genau deshalb aber bleiben Arbeitnehmeranzeigen heute auch dort aus, wo sie wichtig wären: Gesellschaft, Behörden und Verbraucher, und auch die redlichen Unternehmensleitungen und -eigentümer **erhalten** die für ihre Gesundheit, die Wahrung des Rechts und die langfristige Erhaltung des Unternehmens wesentlichen **Informationen nicht**.

5. Haben Angestellte und Beamtinnen und Beamte nach derzeitiger Rechtslage ein Recht zur Leistungsverweigerung, wenn von ihnen eine Leistung gefordert wird, die sie zu Mittätern einer Straftat, einer erheblichen Umwelt- oder Gesundheitsgefährdung macht oder gegen ihr Gewissen verstoßen würde? Wenn ja, welche sind dies, gibt es hierzu Rechtsfälle und welche Erfahrungen wurden gemacht? Sollte das aus Ihrer Sicht möglich sein?

Für Beamte gibt es z.B. in § 56 Bundesbeamtengesetz und den entsprechenden Regelungen in den Landesbeamtengesetzen eine gesetzliche (Teil-)Regelung dieser Problematik. Demnach besteht bei Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Anordnung eine **Remonstrationspflicht**. Erfolgt daraufhin eine Bestätigung der Anordnung ist diese auszuführen, "sofern nicht das ihm aufgetragene Verhalten strafbar oder ordnungswidrig und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für ihn erkennbar ist oder das ihm aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt".

Auch im Arbeitsverhältnis gilt, dass das grundsätzliche Weisungsrecht des Arbeitgebers und die Treuepflichten des Arbeitnehmers ihre **Grenzen in der Beachtung der Rechts- und Sittenordnung** finden, was z.B. in den §§ 134, 138 Absatz 1 und 242 BGB zum Ausdruck kommt. Daher kann der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer keinen bewussten Gesetzesbruch verlangen. Eine **Fehleinschätzung** des Arbeitnehmers, also eine Leistungsverweigerung auf Grund eines nur vermeintlichen Rechtsverstößes, geht aber regelmäßig **zu Lasten des insoweit beweispflichtigen Arbeitnehmers** und kann die Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen.

Bei der Leistungsverweigerung aus **Gewissensgründen** stellt sich die Problematik in beiden Fällen schwieriger dar, da von dem Beschäftigten dann ja nicht etwas objektiv Verbotenes verlangt wird. Andererseits trägt die Rechtsprechung hier der **mittelbaren Drittwirkung von Artikel 4** des Grundgesetzes insoweit Rechnung, als die andere Seite verpflichtet ist die Gewissensproblematik des Beschäftigten soweit **auf Grund der Umstände zumutbar**, zu berücksichtigen. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Arbeitnehmer den Gewissenskonflikt bereits bei der Eingehung des Beschäftigungsverhältnisses vorhersehen konnte. Auch hier trägt der Arbeitnehmer der eine Leistungsverweigerung aus Gewissensgründen vornimmt wieder die Beweislast und muss darauf vertrauen, dass das zuständige Gericht im Streitfall annimmt, dass bei ihm wirklich eine ernsthafte sittliche Grundlagen berührende Gewissensentscheidung vorliegt und keine Handlungsalternativen bestanden.

Die Problematik der Leistungsverweigerung wegen befürchteter Gesetzesverstöße sollte entsprechend zur Problematik des Whistleblowings kodifiziert werden. Demnach **sollte** bei gutgläubiger Annahme der Gefahr der Begehung oder Begünstigung von Gesetzesverstößen ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich dieser konkreten Leistung (aber gleichzeitig soweit möglich die Pflicht zu Erbringung anderer Leistungen) so lange bestehen, wie diese Gutgläubigkeit nicht durch konkrete Sachinformationen aufgelöst wird und ein weiteres Beharren auf der Leistungsverweigerung leichtfertig wäre.

In diesem Fall und auch bei der Gewissensproblematik sollte außerdem, ebenfalls entsprechend der Regelungen für Whistleblower, eine **Beweislasterleichterung**

hinsichtlich des Nachweises der Kausalität von Aktion und späterer Sanktion und ein umfassendes Maßregelungsverbot eingeführt werden (vgl. II.5).

6. Wie sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Beamtinnen und Beamte nach derzeitiger Rechtslage bei Weitergabe von Risikoinformationen arbeitsrechtlich abgesichert, um nicht dem Vorwurf, gegen Geheimhaltungs- oder Loyalitätspflichten verstoßen zu haben, ausgesetzt zu werden? Wer trägt die Beweislast dafür, ob ein konkreter Anhaltspunkt für eine betriebliche Pflichtverletzung vorliegt oder ein vorheriges internes Verlangen zur Abhilfe nicht erforderlich war? Wie sollte dieser Bereich zum Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie Beamtinnen und Beamten zukünftig ausgestaltet werden?

Jenseits der in den beiden vorangegangenen Antworten dargestellten Grundzüge ist dem Verfasser eine spezielle Behandlung der Frage der Weitergabe von Risikoinformationen nicht bekannt. Es ist demnach wohl darauf abzustellen, ob das Risiko bereits eine konkrete Gefährdungsrelevanz aufweist oder ein Bezug zu einer Gewissensentscheidung vorliegt um die **o.g. Grundsätze übertragen** zu können. Es ist davon auszugehen, dass analog zur BAG-Rechtsprechung bei bloßen Risiken die noch keine Gefahrenkonkretisierung erfahren haben immer zunächst eine **Information des Arbeitgebers zumutbar** ist und eine Behördeninformation nur dann in Betracht kommt, wenn es gesetzliche Vorschriften gibt, die dieses Risiko einer Gefahr gleichsetzen. Diese Auslegung deckt sich auch mit der, von der Rechtsprechung angenommenen, grundsätzlichen **Beratungspflicht** des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber, aus der in wichtigen Fällen sogar eine Risikoinformationspflicht folgen kann.

Für **Beamte** bestehen die Grundsätze der Beratungspflicht, Remonstrationspflicht, der Beachtung des Dienstweges sowie der **Verschwiegenheitspflicht**. Ohne die Erteilung einer **Aussagegenehmigung** kommt daher ein Recht zu einer außerbehördlichen Information regelmäßig nicht in Betracht. Anders könnte sich dies allenfalls mit Blick auf Artikel 17 GG darstellen, der aber zumeist höchst zurückhaltend ausgelegt wird.

Was die **Beweislast** angeht, so muss der Arbeitgeber im Kündigungsprozess zwar grundsätzlich das Vorliegen der Kündigungsgründe beweisen. Hierzu genügt es aber wohl zunächst einmal, dass er beweist, dass es zu einer Straf- bzw. Behördenanzeige durch den Arbeitnehmer gekommen ist. Gelingt ihm dies muss der Arbeitnehmer bisher beweisen, dass er im konkreten Fall berechtigt war einen solchen Schritt zu unternehmen, weil ihm eine innerbetriebliche Klärung auf Grund besonderer Umstände nicht zumutbar war.

Wendet sich der Arbeitnehmer gegen andere Sanktionen bzw. Maßregelungen, so muss er zunächst deren **Vorliegen und Schwere** und dann auch noch deren **Unrechtmäßigkeit** beweisen. Im Rahmen des gegenwärtigen § 612a BGB bedeutet

dies, dass der Arbeitnehmer auch die **kausale Verknüpfung** zwischen der Wahrnehmung seiner Rechte und der Maßregelung nachweisen muss.

Zukünftig **sollte** das Recht so ausgestaltet werden, dass dem Arbeitnehmer und auch dem Beamten, z.B. analog zu den Regelungen im AGG, **Beweiserleichterungen** gewährt werden, wenn er hinreichende Indizien für das Vorliegen einer nach dem Whistleblowing erfolgten Schlechterbehandlung darlegt (II.5). Außerdem sollten die Regelungen zum Whistleblowing nicht nur bereits eingetretene Pflichtverletzungen sondern **auch Hinweise auf entsprechende Risiken und Gefahren abdecken** (II.28). Unternehmen, Staat und Gesellschaft haben nämlich in Interesse daran derartige Informationen möglichst frühzeitig zu erhalten, da dann regelmäßig Abhilfe bzw. Risikominimierung leichter und auch kostengünstiger möglich ist.

7. Welche Sanktionen sind nach geltender Rechtslage gegen Behörden oder Unternehmen bei Ermittlungsbehinderung, Nichtdurchführung, Falschinformationen, Verschleppung oder Verfälschung und Diskriminierung von Hinweisgebern am Arbeitsplatz möglich?

Eine **spezielle** und umfassende gesetzliche Regelung zur Sanktionierung der Whistleblowerbehinderung und -diskriminierung ist dem Verfasser **nicht** bekannt.

Je nach Fallkonstellation können jedoch **allgemeine Vorschriften** insbesondere auch des Strafrechts einschlägig sein.

Zu denken ist hierbei u.a. an:

- §§ 153ff. StGB, Aussagedelikte, insbesondere falsche Zeugenaussagen in gerichtlichen Verfahren),
- §§ 240, 241 StGB, Nötigung und Bedrohung, insoweit Dritte zu Vertuschungshandlungen gezwungen werden,
- §§ 257 - 258a StGB, Begünstigung und Strafvereitelung,
- §§ 263 ff. StGB, Betrug und Untreue, soweit es um Vermögensschädigungen durch Täuschungen oder Treubruch geht, ggfls. auch in Form des Prozessbetruges,
- §§ 267 ff. StGB, Urkundendelikte soweit Urkunden oder Daten gefälscht werden.
- §§ 331 ff. StGB, Straftaten im Amt soweit Bestechung und Bestechlichkeit eine Rolle spielen oder Delikte durch Amtsträger begangen werden.

Die bloße Verschleppung oder einfache Behinderung durch den Arbeitgeber oder auch eine Behörde dürfte jedoch **regelmäßig noch nicht die Schwelle zu einem dieser Delikte überschreiten**. Außerdem gibt es hier natürlich auch erhebliche **Beweisprobleme** wenn es um den Nachweis der Vorsätzlichkeit geht oder im konkreten Fall die einschlägigen Unterlagen nicht mehr auffindbar sind.

Darüber hinaus kommt die Verletzung **spezialgesetzlicher Dokumentations-, Informations- und Berichtspflichten**, etwa aus dem Umwelt-, Pflege- oder

Lebensmittelrecht seitens des Arbeitgebers in Betracht. Eine genauere Analyse dieser Vorschrift und auch der Rechtsprechung war dem Verfasser angesichts des begrenzten Zeitraums leider nicht möglich.

Die **Diskriminierung des Hinweisgebers** kann eine Verletzung der Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag bzw. der **Fürsorgepflicht** des Dienstherren darstellen, wird aber mangels Vorliegen eines der katalogisierten Diskriminierungsgründe regelmäßig **nicht vom Schutzbereich des AGG umfasst** sein. Der Arbeitnehmer ist daher, ohne die im AGG vorgesehenen Beweiserleichterungen und Unterstützungen, darauf angewiesen die Diskriminierungen und auch deren Bezug zum Whistleblowing (für die Anwendbarkeit des gegenwärtigen § 612a BGB) im Einzelfall zu beweisen. Letztlich geht es hier zumeist um die Problematik des Mobbing und die Erfolgsaussichten des Arbeitnehmers im Prozessfall sind gering. Außerdem erschöpft sich die Rechtswirkung auch im Falle des Obsiegens dann regelmäßig darauf, dem Arbeitnehmer den entstandenen **Schaden zu ersetzen**. Eine darüber hinausgehende Sanktionierung des Täters findet im Strafrecht und im Öffentlichen Recht zumeist nicht statt und ist dem deutschen Zivilrecht (anders als z.B. in den USA) ohnehin fremd.

Im Ergebnis setzt der **Whistleblower** gegenwärtig häufig seine ganze wirtschaftliche **Existenz und Gesundheit aufs Spiel**, der **Whistleblowingbehinderer** aber hat **nicht sonderlich viel zu verlieren** und außerdem auch noch, was die Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Untersuchungsergebnisse angeht, wesentlich **bessere Karten**. Eine Abschreckungswirkung geht von dieser Situation jedenfalls nicht aus. Der Gesetzgeber mag sich überlegen, ob dies so **wünschenswert** ist.

Angesichts der an anderer Stelle dargestellten (I.2) regelmäßig mit abgeblocktem Whistleblowing verbundenen erheblichen psychischen und psychosomatischen Folgen für die Whistleblower sollte hier eigentlich auch über die **Anwendbarkeit der §§ 223 und 230 StGB** (im Zivilrecht in Verbindung mit § 823 Abs. 2, 826, 253 Abs.2 BGB) stärker nachgedacht werden. Es steht jedoch zu befürchten, dass derartige Strafdrohungen bzw. Ansprüche in der Praxis derzeit kaum durchsetzbar sind.

Auch den Straftatbeständen der **§§ 258a (Strafvereitelung im Amt) und 339 (Rechtsbeugung) StGB** kommt derzeit in der Rechtspraxis nicht die ihnen eigentlich gebührende Bedeutung zu. Angesichts der sehr restriktiven Interpretation den § 339 StGB durch die Rechtsprechung gefunden hat, sollte der Gesetzgeber überprüfen, ob hier nicht eine Änderung des Gesetzestextes nötig ist, um dieser Vorschrift die Funktion zukommen zu lassen, die ihr eigentlich zukommen sollte, nämlich die in einem Rechtsstaat für die Rechtsdurchsetzung im Einzelfall entscheidende Rechtsprechung durch eine effektive Sanktionsandrohung vor Manipulationen zu schützen. Dem Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger und auch der Whistleblower in das Funktionieren des Justizsystems könnte dies jedenfalls nur gut tun.

Insgesamt wäre es wünschenswert wenn der Gesetzgeber Initiativen ergreift, um das Risiko für diejenigen zu erhöhen die die Aufklärung und Abhilfebemühungen, die nach einem Whistleblowing stattfinden sollen, behindern oder vereiteln. Gerade wenn er den Vorrang interner Aufklärung postuliert, muss der Staat auch das Seinige tun um diesen **Prozess vor Manipulationen zu schützen**, was gegebenenfalls auch die **Einführung einer spezifischen Strafnorm** erfordern könnte. In anderen

Ländern z.B. Kanada und USA existieren bereits entsprechende spezielle strafrechtliche Vorschriften zum Schutze von Whistleblowern gegen Aufklärungsmanipulationen und Diskriminierungen.

Vergleicht man die psychischen und psychosomatischen Folgen und die Manipulationen und Diskriminierungen denen Whistleblower sich in derartigen Situationen häufig ausgesetzt sehen, mit anderen Straftatbeständen wie z.B. jenem des Stalkings nach § 238 StGB, so stellt sich die Frage, ob hier nicht mindestens ein **gleichwertiger Unwertgehalt** und daher eine entsprechende Notwendigkeit auch spezifischer strafrechtlicher Sanktionierung besteht.

(Anm: Zu weiteren Aspekten siehe auch die Antwort auf Frage I.8.)

8. Können nach derzeitiger Rechtslage Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie betriebsinternen Informationen auf Unregelmäßigkeiten nicht nachgehen? Gibt es hierzu vergleichbare Rechtsfälle in Deutschland? Sollten Unternehmen hierzu stärker als bisher in die Pflicht genommen werden und wenn ja, wo sollten gesetzliche Veränderungen stattfinden?

Ähnlich wie bei der, mit dieser Frage in einem gewissen Zusammenhang stehenden, Frage zuvor, ist dem Verfasser auch hier eine spezifische gesetzliche Regelung unbekannt. Je nach Fallkonstellation können jedoch **allgemeine Vorschriften** einschlägig sein, die sich entweder an das Unternehmen oder an diejenigen Personen richten die eigentlich Unregelmäßigkeiten nachgehen müssten und dies nicht tun.

Zu denken ist dabei in erster Linie an eine vorsätzliche, zumeist aber wohl fahrlässige **Täterschaft durch Unterlassen**. Dies gilt zunächst überall dort, wo eine Begehung durch Unterlassung **in der jeweiligen Norm vorgesehen** ist. Im Sinne des **§ 13 StGB** ist Unterlassen als Begehensform aber in all jenen Fällen möglich, in denen jemand, und derzeit gilt das Strafrecht ja nur für natürliche Personen, eine **Garantenstellung** zur Verhinderung einer Gefahr hat und es dann zum Schadenseintritt kommt, weil er in vorwerfbarer Weise dieser Garantenstellung nicht gerecht wird.

Eine diesbezügliche **Fallrecherche** war angesichts der kurzen Bearbeitungsfrist dieser Stellungnahme **nicht möglich**. Es ist aber davon auszugehen, dass es einige entsprechende Fälle gibt und dass es in deren Rahmen auch durchaus von Bedeutung ist, wenn etwa eine Heimleitung im Pflegeheim durch Überlastungsanzeigen ihrer Mitarbeiter konkret auf Zustände gefährlicher Pflege hingewiesen wurde und wenn danach Personen deshalb zu Tode kommen (§§ 230, 13 StGB). In einem solchen Falle, dürfte dies im übrigen auch jetzt bereits negative Konsequenzen für das Unternehmen haben, z.B. in dem Zuverlässigkeitsbeurteilungen verändert und notwendige Betriebslizenzen entzogen werden. Gleiches würde wohl auch beim Betrieb von gefährlichen Anlagen wie z.B. Atomanlagen gelten, kurz überall dort **wo Zuverlässigkeitsanforderungen** eine notwendige gesetzliche **Bedingung für den Betrieb des Unternehmens** sind.

Da es die Unternehmen sind, die die Vorteile trotz Gefährdung, Qualitäts- und Personalreduzierung einstreichen, ist es, trotz der Anerkennung des Prinzips der persönlichen Verantwortlichkeit, nach Ansicht des Verfassers, ungerecht, wenn die Verantwortung und die Lasten letztlich, wenn etwas schief geht, ausschließlich einzelnen Personen, und oft nur denjenigen die sich am schlechtesten dagegen wehren können, aufgebürdet werden. Daher erscheint die **Einführung eines Unternehmensstrafrechts**, die ja auch von Organisationen wie Transparency International gefordert wird, als durchaus **sinnvoll**, auch um derartige **Risiken in die Kalkulationen der Unternehmen einzubringen**.

Juristische Personen sind Konstrukte des Rechts und sind daher auch der Wahrung des Rechts zu verpflichten. Wo sie dieses auf Gröbste missachten, sollte der Staat auch nicht davor zurückschrecken ihnen im schlimmsten Falle sogar die **"licence to operate" zu entziehen**. Außerdem müssen die Grundsätze der Vorsorge und Sorgfalt gegenüber den Interessen Dritter und des Verursacherprinzips auch für Unternehmen gelten und es dürfen keine Situationen entstehen in denen sich der Rechtsbruch mangels ausreichender Sanktionen ökonomisch lohnt. Nur so sind dann auch **faire Wettbewerbsbedingungen** und eine **Nützlichkeit der Wirtschaft für die Gesellschaft** zu gewährleisten.

Ein anderer wichtiger mit der Frage angesprochener Aspekt ist derjenige, dass feststeht, dass notwendiges Whistleblowing auch deswegen unterbleibt, weil die potentiellen Whistleblower davon ausgehen, dass sich doch nichts an den Missständen ändern würde, auch wenn sie den Mund aufmachen würden. Soll Whistleblowing gefördert werden, um die verborgenen Informationsschätze über Risiken und Innovationschancen zu heben und Missstände effektiver bekämpfen zu können, muss auch an diesem Punkt angesetzt werden. Dass heißt, es ist alles zu fördern was Aufklärung und Abhilfe begünstigt und alles zu bekämpfen, was diese verhindert. Hierzu wäre es auch hilfreich das **persönliche Sanktionsrisiko jener zu erhöhen die Untersuchungen** sei es innerhalb von Unternehmen oder bei den zuständigen außerbetrieblichen Stellen, verschleppen, verzögern, **manipulieren** oder vereiteln (vgl. hierzu auch die Antwort zu Frage I.7.).

9. Wie beurteilen Sie die bisherige Rechtslage zum Arbeitnehmerinformantenschutz vor dem Hintergrund der Argumentation in der Begründung des Entwurfes zu § 612 a BGB, insbesondere im Hinblick auf deren Eindeutigkeit, Verlässlichkeit und Rechtssicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber?

Die in dem allgemeinen Teil der **Begründung** zu § 612a n.F. BGB genannten Argumente hinsichtlich der Notwendigkeit von Eindeutigkeit, Verlässlichkeit und Rechtssicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind **voll zutreffend** (leider wird der **Vorschlag** selbst diesen Kriterien aber, wie noch zu zeigen sein **wird, nicht gerecht**).

Wie anlässlich der Beantwortung der vorangehenden Fragen im Detail dargestellt wurde, liegt genau hier ein entscheidendes Problem der gegenwärtigen Situation.

Eine **effektive Whistleblowerschutzregelung muss** den Anspruch haben, dass eine begründete Hoffnung besteht, das sich durch das Whistleblowing etwas an dem Missstand ändern wird. Demjenigen der die Aufklärung verhindern oder den Whistleblower benachteiligen will muss ein effektiver Riegel vorgeschoben werden. Weiter muss der potentielle Whistleblower in jeder Situation genau wissen, ob und an wen er sich mit seinem Anliegen wenden kann, welche Reaktion hinsichtlich der Missstandsaufklärung bzw. Missstandseseitigung er innerhalb welcher Zeit erwarten kann und welche Möglichkeiten zur Reaktion er hat, falls er mit der Behandlung seines Anliegens nicht einverstanden sein sollte. Außerdem muss der potentielle Whistleblower dann auch noch die, durch die innerbetriebliche und außerbetriebliche Praxis bestätigte, Gewissheit haben, dass ihm selbst keinerlei nachteilige Folgen aus seinem Hinweis erwachsen können, solange er gutgläubig ist und sich an die ihm bekannten Regeln zum Verfahren hält.

Nur wenn diese Voraussetzungen wirklich erfüllt sind, d.h. wenn der Whistleblower im Rahmen einer **persönlichen Kosten - Nutzen Analyse** zu dem Ergebnis kommt, dass seine Risiken in angemessenem Verhältnis zu seinen Chancen stehen, etwas zu verändern, wird es überhaupt vermehrt (jenseits weltfremder und naiver Moralisten) zum Whistleblowing kommen. Unternehmen, Staat und Gesellschaft des **Informationszeitalters** die sich die (oft nur) bei den Beschäftigten vorhandenen Informationen (sei es zur Risiko- und Chancenfrüherkennung, zur Gefahrenabwehr oder zur Strafverfolgung und Rechtsdurchsetzung) **zu Nutze machen** wollen, müssen die entsprechenden Voraussetzungen schaffen.

II. Künftige Rechtslage

1. An welchen Stellen unterscheidet sich der Entwurf des § 612 a BGB gegenüber der geltenden Rechtslage? Insbesondere: An welchen Stellen geht der Entwurf über die geltenden Gesetze bzw. die geltende Rechtsprechung hinaus und wie ist das zu bewerten?

Angesichts der Unklarheiten hinsichtlich der Beurteilung der geltenden Rechtslage wirft die Beantwortung dieser Frage **erhebliche Schwierigkeiten** auf.

Im Vergleich zu einer drittwirkenden Interpretation von **Artikel 5 und 17 GG** stellt der Vorschlag eine **verfassungsrechtlich äußerst bedenkliche Einschränkung dieser Grundrechte** und insbesondere des Grundrechts aus Artikel 17 GG dar, da dieses bedingungslos und ohne gesetzliche Beschränkbarkeit gewährte Grundrecht durch das Erfordernis der grundsätzliche Vorschaltung einer innerbetrieblichen Anzeige erheblich eingeschränkt wird. Diese Bedenken bestehen natürlich auch gegen die bisherige BAG-Rechtsprechung.

Im Vergleich zu dem Urteil des **Bundesverfassungsgerichts** vom 2.7.2001 stellt der Vorschlag eine **erhebliche Einschränkung der bisherigen Rechtslage** dar, denn das Bundesverfassungsgericht hat in jenem Urteil nur auf die Gutgläubigkeit (kein positives Wissen um die Unwahrheit, keine Leichtfertigkeit) des Arbeitnehmers abgestellt und auch gerade keinen grundsätzlichen Vorrang der innerbetrieblichen Anzeige formuliert.

Stellt man auf die Rechtsprechungslinie des **Bundesarbeitsgerichts** nach den Entscheidungen vom 3.7.2003 und 7.12.2006 ab, an deren Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erhebliche Zweifel bestehen, so ergibt sich folgendes Bild:

Der Vorschlag gibt weitgehend die Rechtsprechungslinie des BAG wider, indem er in Absatz 1 den Grundsatz der vorangehenden **innerbetrieblichen Klärung** festschreibt.

Er geht über das BAG hinaus, insoweit er in Absatz 2 Nr. 2 auch auf **Straftaten von anderen Arbeitnehmern** und nicht nur, wie das BAG auf vom Arbeitgeber und dessen Organen selbst begangenen Straftaten abstellt. Unzutreffend ist hingegen die Behauptung, dass das BAG auch bei Straftaten durch den Arbeitnehmer und dessen Organe bisher schon eine besondere Schwere der Tat fordere. Die entsprechende Passage im BAG Urteil vom 3.7.2003 (a.a.O. Rn.41) lautet vielmehr: *"Eine vorherige innerbetriebliche Meldung und Klärung ist dem Arbeitnehmer allerdings unzumutbar, wenn er Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde (KR-Etzel 6. Aufl. § 1 KSchG Rn. 427). Entsprechendes gilt auch bei schwerwiegenden Straftaten **oder** vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten."*

Ob es sich darüber hinaus bei § 612a n.F. BGB Absatz 1 um eine Ausweitung handelt, wenn dieser nunmehr an die **Verletzung gesetzlicher Pflichten** und nicht an

Straftaten anknüpft, kann der Rechtsprechung des BAG schon deshalb nicht entnommen werden, weil sich diese ja nur mit straftatbezogenen Anzeigen beschäftigte. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass ja auch bisher aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen schon eine Recht, z.T. sogar eine Pflicht des Arbeitnehmers besteht, seinen Arbeitgeber (und nur hierum geht es ja bei Satz 1) auf die Verletzung gesetzlicher Pflichten im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit hinzuweisen.

Der Vorschlag scheint, auf den ersten Blick, anders als bisher das BAG und vor allem auch das LAG-RLP, die **Motivation** des Whistleblowers unberücksichtigt lassen zu wollen. Es fragt sich aber, ob die Rechtsprechung die Frage der Motivation nicht auch nach In-Kraft-Treten über die Auslegung des Kriteriums der "konkreten Anhaltspunkte" und der "Auffassung" weiterhin berücksichtigen wird. Davon ist auszugehen, denn schon heute knüpft die Rechtsprechung zu § 17 Abs. 2 ArbSchG, der bereits jetzt eben jene Formulierung, "auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung", enthält, entscheidend an die Motivation des Arbeitnehmers an (vgl. z.B. LAG Mainz Az: 9 Sa 857/02 v. 30.10.2002, Rn. 28). Bei § 612a n.F. BGB ist daher das Gleiche zu erwarten.

Der Fall der "**schwerwiegenden Straftaten**", der im 1.BAG-Urteil erwähnt wird, wird in dem Vorschlag nicht explizit aufgegriffen. Die Ausnahme nach Absatz 2 Nr. 1 taucht zwar beim BAG nicht explizit auf, ist aber wohl von den dort berücksichtigten "schwerwiegende Straftaten" erfasst. Absatz 2 Nr. 3 und Nr. 4 finden sich so im Wesentlichen auch beim BAG. Die Frage der Regelung in Absatz 3 des Vorschlages ist in der einschlägigen Rechtsprechung des BAG noch nicht aufgeworfen worden, wäre aber nach den Prinzipien der Inhaltskontrolle arbeitsvertragsrechtlicher Regelungen wohl zumindest ähnlich zu beantworten.

Schließlich gibt es noch einen weiteren Punkt, in dem der Vorschlag zu § 612a n.F. BGB erheblich hinter der bisherigen Rechtsprechung zurückbleibt. So hat z.B. der BGH (Az: 8 StE 1/65 vom 8.11.1965) entschieden, dass Artikel 5 Absatz 1 GG das **Recht umfasst Missstände im öffentlichen Leben zu rügen**, insbesondere Gesetzesverstöße und Verfassungsverstöße von Behörden, mit dem Ziel ihrer Abstellung, soweit die Preisgabe von Geheimnissen dabei auf das Notwendige beschränkt wird und der Rügende zunächst die (auch in GG Artikel 17 genannten) Wege über die zuständige Stelle und die Volksvertretung geht, bevor er die Öffentlichkeit anruft. Weiter wurde in jenem Urteil festgestellt, dass die **Öffentlichkeit auch unmittelbar angerufen werden darf**, wenn es sich um schwere (nicht nur unbedeutende) Verstöße gegen die "verfassungsmäßige Ordnung" (iSd FDGO) handelt und dass dies trotz der erhöhten Treuepflicht auch für Beamte und Behördenangestellte gilt. Auch das LAG Frankfurt, (Az: 12 Sa 1357/88 vom 16.4.1989) hat im Falle eines Chemiarbeiters und Betriebsratsmitglieds der im Fernsehen auf die Gefährdung der Anlieger eines Chemiewerks durch Störfälle hinwies, dessen Kündigung aufgehoben. Wenn es um konkrete Beschäftigteninteressen geht, muss darüber hinaus auch die Information und Einschaltung der **Gewerkschaften** möglich sein, da sonst das Grundrecht aus Artikel 9 Absatz 3 des Grundgesetzes ausgehöhlt würde. All diese Aspekte deckt der gegenwärtige Vorschlag nicht ab und ist insoweit dringend überarbeitungsbedürftig.

Was die Bewertung des Vorschlages angeht, so ergibt sich, wenn man die Rechtsprechung des BAG teilt, ein grundsätzlich positives Bild, da durch die gesetzliche Festschreibung eine weitere Festigung und Klärung erreicht wird.

Angesichts der immer noch bestehenden Unklarheiten und der Fragwürdigkeit des Grundansatzes des BAG, vor dem Hintergrund der Grundrechtsrelevanz, ist der Vorschlag insgesamt jedoch als **bedenklich** zu bewerten. Im Übrigen wird hinsichtlich der Bewertung des Vorschlages auf die Ausführungen zu den anderen Fragen verwiesen.

2. Wie beurteilen Sie den beigefügten Entwurf eines § 612 a BGB im Hinblick auf einen ausreichenden Informantenschutz bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern? Trägt der Regelungsvorschlag den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichtes an den Informantenschutz ausreichend Rechnung? Ist der Schutz des Arbeitnehmers durch § 612 a n. F. BGB ausreichend?

Nein, der vorgeschlagene § 612a BGB ist mindestens in folgenden Kernpunkten nicht ausreichend:

1. Der Ausgangsbegriff der **Pflichtverletzung ist zu eng** um alle relevanten Fallgestaltungen zu erfassen, es bedarf einer Ausweitung auf einen **spezifischen Risikobegriff** (vgl. I.6, II.15, II.28).
2. Die Kernformulierung "**auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung**" muss hinsichtlich des Kriteriums der Anhaltspunkte auf Tatsachenbezüge reduziert und hinsichtlich des Kriteriums "Auffassung" durch ein Abstellen auf **Gutgläubigkeit** (nicht positives Wissen um Falschheit, keine Leichtfertigkeit) konkretisiert werden; dies ist schon deshalb nötig, um die Vorgaben des BVerfG zu erfüllen (II.4, II.9, II.24).
3. Er ist **nicht klar genug formuliert**, um wirklich die für alle Beteiligten und insbesondere für potentielle Whistleblower die nötige Rechtssicherheit in der Praxis zu schaffen (II.3, II.4).
4. Die Idee des grundsätzlichen Vorrangs innerbetrieblicher Klärung ist zwar richtig, kann aber gesetzestechnisch nicht so umgesetzt werden, dass der Whistleblower genügend Rechtssicherheit hat, weshalb ein **Wahlrecht zwischen innerbetrieblichen und zuständigen außerbetrieblichen Stellen** festgeschrieben, und die Förderung des internen Whistleblowings durch gute Unternehmenspraxis erreicht werden sollte. Im Gegenzug sind die Unternehmen gegenüber unerlaubter Informationsweitergabe durch die zuständigen außerbetrieblichen Stellen abzusichern (II.10, II.18-20).
5. Neben die beiden vorgenannten Adressatenebenen muss eine dritte, auch nach der bisherigen Rechtsprechung existierende, **Auffangebene** treten, die unter engen Voraussetzungen und grundsätzlich nur nachrangig die Information von Vertretern der Gesellschaft bzw. der Öffentlichkeit erlaubt (I.4, II.18).
6. Die Ausgestaltung des **Schutzes der Arbeitnehmer** durch den stillschweigenden Verweis auf § 612b n.F. BGB ist unzureichend, hier bedarf es u.a. einer spezifischen **Beweislastregelung** die z.B. analog zu jener des AGG ausgestaltet werden könnte (II.5). Außerdem muss eine Beeinträchtigung bzw. bewusste **Behinderung des Whistleblowings sanktioniert** werden (I.7, I.8, II.25). Whistleblower müssen, auch jenseits eventueller Ansprüche gegen ihre Arbeitgeber (II.23), **beraten, unterstützt und abgesichert** werden (II.17, II.21, II.22).
7. Der **Kreis der Berechtigten ist zu klein**. Entsprechende Regelungen müssen nicht nur für Arbeitnehmer sondern auch für arbeitnehmerähnliche Personen (§ 12a TVG), freie Mitarbeiter, Beamte u.a. geschaffen werden (II.14, II.15, II.24, II.29, II.31).

8. Es bedarf **ergänzender Maßnahmen** und einer Förderung der **Erforschung** des Whistleblowings, um eine **Kultur** zu schaffen, in der Whistleblowing, nicht aber Denunziantentum gefördert wird und in der die rechtsstaatliche **Behandlung Beschuldigter** gesichert ist (II.19, II.22, II.26, II.30).

Nichtsdestotrotz ist die Tatsache, dass nunmehr ein Vorschlag zur gesetzlichen Regelung des Whistleblowings vorliegt, ein erstes **begrüßenswertes Schrittchen** in die richtige Richtung und mit einigen **kleineren Änderungen und Ergänzungen**, könnte, selbst bei Beschränkung auf eine Regelung in § 612a n.F. BGB, schon ein guter **Schritt** in die richtige Richtung getan werden.

Welche Elemente eine aus Sicht des Verfassers **nahezu optimale gesetzliche Regelung** des Whistleblowings beinhalten sollte, wird im Rahmen der Antwort auf Frage II.16 (vgl. auch II.8 und III.1-3) dargestellt. Erst bei einer solchen Regelung und mit dem Einsetzen auch eines kulturellen Wandels (vgl. Vorbemerkung), könnten dann die **erheblichen Vorteile von Whistleblowing** für Arbeitnehmer (II.12), Arbeitgeber und Unternehmen (II.12, II.27), Verbraucher (II.13) und Staat und Gesellschaft (II.12) auch **bestmöglich realisiert** werden. Dabei ist es wichtig, alle Regelungen regelmäßig zu **evaluieren** und wo nötig, auch unter Einbeziehung der Ergebnisse der zu fördernden **wissenschaftlichen Forschung**, weiter zu **verbessern**.

Bei allem notwendigen Streben nach besserem Whistleblowerschutz, muss gegenüber den potentiellen Whistleblowern aber immer auch **offen kommuniziert** werden, dass **es keinen perfekten Schutz geben kann** und ihnen ein Risiko verbleibt, dass Whistleblowing letztlich immer ein **Vertrauensvorschuss** gegenüber dem Adressaten beinhaltet. Ethisch handelnde Unternehmen und staatliche Stellen sollten sich aber stets mit allen Kräften darum bemühen, dass sie dieses **Vertrauen auch verdienen**.

3. Werden mit dem vorliegenden Vorschlag durch eine erhöhte Rechtssicherheit und Verbesserung des Informantenschutzes Diskussionen über Missstände im Betrieb ohne Sorge vor arbeitsrechtlichen Folgen erleichtert? Welche Auswirkungen könnte die Regelung im Entwurf des § 612 a BGB auf die betriebliche Praxis und die Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern haben?

Nein, es wird keine erhöhte Rechtssicherheit - die eigentlich dringend nötig wäre - erreicht. Unklar und der juristischen, für den Whistleblower kaum vorhersehbaren, Interpretation durch die Rechtsprechung überlassen sind z.B. die Fragen:

- Was ist unter "auf Grund **konkrete Anhaltspunkte** der Auffassung" zu verstehen? Nötig wäre eine Rückbesinnung auf die klare Formulierung des BVerfG und ein Abstellen auf Gutgläubigkeit welche nur bei positiver Kenntnis der Unwahrheit und Leichtfertigkeit entfällt (vgl. II.4), zu rechnen ist aber eher mit einer Übertragung der bisherigen Rechtsprechung zu § 17 Absatz 2 ArbSchG (II.1).
- Wie soll sich ein **Zeit-, oder Leiharbeiter** oder jemand verhalten, der Rechtsverstöße in Organisationen feststellt in die er im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses gelangt ist, ohne selbst Arbeitnehmer dieser Organisation zu sein? Nötig wäre insoweit eine Ausweitung auch auf derartige Situationen, die sich auch im Wortlaut der Vorschrift widerspiegeln sollte.

- Was bedeutet es, wenn in Absatz 1 von einer **Verletzung gesetzlicher Pflichten** (also von etwas bereits eingetretenem) und in Absatz 2, der ja eigentlich Absatz 1 voraussetzt, von Gefahren (also von etwas bevorstehendem) die Rede ist? Dies ist eine Unstimmigkeit die zugunsten eines weiten und neu zu formulierenden Missstands- und Risikobegriffs (z.B.: "im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden oder das Risiko einer Verletzung gesetzlich geschützter Rechtsgüter besteht") aufgelöst werden sollte.
- Was bedeutet es, wenn § 612a n.F. BGB dem Arbeitnehmer das Recht einräumt "**Abhilfe**" zu verlangen? Dies wirft viele weitere Fragen auf, z.B.: Soll hier eine eigenständige Klagemöglichkeit auf Abhilfe seitens des Arbeitnehmers geschaffen werden und wie ist Abhilfe überhaupt noch möglich, wo die Pflichtverletzung nach Satz 1 doch schon eingetreten sein muss? Was ist in den Fällen, wo der Arbeitnehmer selbst gar nicht abhelfen kann? Schließlich passt diese Bestimmung überhaupt nicht mehr wenn in Satz 1 die nötige Ausweitung auf Risiken vorgenommen wird.
- Wann kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe "**nicht ausreichend nach**"? Ist die Bemühung um Abhilfe, wenn ja in welchem Umfange, oder sogar der ausreichende Abhilfeerfolg geschuldet und welche anderen Rechtsfolgen löst dies außer der Möglichkeit zur Information einer außerbetrieblichen Stelle noch aus? Noch schwieriger dürfte dies alles in der Prognoseentscheidung nach Absatz 2 Nr. 4 des Vorschlages zu beurteilen sein, da es auch hier an konkret fassbaren Kriterien mangelt.
- Was ist "eine **zuständige außerbetriebliche Stelle**"? Hier müssten klare Durchführungsregelungen und ähnlich wie in Großbritannien Listen mit zuständigen Stellen bzw. eine Auffangsstelle (z.B. bei Polizei oder Staatsanwaltschaft) geschaffen werden. Klargestellt werden müsste auch, dass die Falschadressierung soweit diese an eine staatliche Stelle erfolgt keinerlei nachteilige Folgen für den Whistleblower hat und zu einer Weiterleitung führt.
- Warum sind die **Volkvertretungen** anders als in Artikel 17 GG nicht gleichberechtigt neben der "außerbetrieblichen Stelle" erwähnt? Sollte dies letztlich überflüssig sein, da Artikel 17 GG eine für Volkvertretungen zuständigkeitsbegründende Norm ist, oder ergibt sich die Zuständigkeit der Volkvertretungen ohnehin aus dem Demokratieprinzip, oder sollen die Volkvertretungen hier gerade bewusst ausgeschlossen werden? Auch insoweit sollte der Gesetzgeber seinen Willen klarstellen und einen dem Wortlaut von Artikel 17 GG angepassten Wortlaut wählen.
- Wie weit reicht der **Geltungsbereich** von § 612a n.F. BGB und kommt eine **analoge Anwendung** in Betracht? Was gilt bei mit arbeitnehmerähnlichen Personen im Sinne des § 12a TVG, oder bei Freelancern, oder im Rahmen von Werkverträgen, bei ehrenamtlichen Mitarbeiter, Organen oder Mitgliedern von Organisationen? Was ist mit Rücksichtnahmepflichten nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses? Überall dort können sich ähnliche Probleme stellen und es ist letztlich eine einheitliche Regelung auch für Beamtenverhältnisse die sicherlich von einer Analogie nicht erfasst wären, anzustreben.
- Muss die Arbeitnehmeranzeige **offen**, d.h. unter Preisgabe der eigenen Identität, oder kann sie auch **vertraulich** - über einen mit einem Zeugnisverweigerungsrecht versehenen Dritten - oder **anonym** erfolgen? Auch hier ist, angesichts der Tatsache, dass sich diese Problematik ja schon im BAG-Urteil von 2003 stellte und immer mehr Unternehmen gerade den vertraulichen und anonymen Weg anbieten, eine Klarstellung dringend erforderlich.
- Kann der Arbeitnehmer sich hinsichtlich der Wahrnehmungen seiner Rechte zuvor mit Kollegen oder mit außenstehenden Dritten **beraten** und kann er seine Rechte **gemeinsam mit anderen Mitarbeitern ausüben**? Auch dies sind wichtige ungeklärte Fragen. Die Forschung zeigt, dass gemeinsames Whistleblowing eher stattfindet und durch Beratung sollte auch eine größere inhaltliche Qualität des Vorbringens gewährleistet werden können. Außerdem können hier offensichtlich unsubstantiierte Hinweise ausgesiebt werden ohne den Unternehmen bzw. Behörden Kosten zu verursachen. Andererseits scheint zumindest die **Beratung mit außerbetrieblichen Personen**, also auch jene mit Gewerkschaften, Pfarrern, speziellen Beratungsstellen oder Rechtsanwälten durch die Vorschrift ausgeschlossen zu werden, da dies ja gegen den Vorrang der innerbetrieblichen Anzeige verstößt. Zumindest dort, wo diese

Berater professionellen Schweigepflichten unterliegen, sollte dies aber ebenso wie im Rahmen spezieller Whistleblowerberatungseinrichtungen, explizit erlaubt werden (ähnlich wie dies z.B. in Großbritannien der Fall ist).

- Wann darf der Whistleblower sich **nach Außen wenden**? Auch diese Schlüsselfrage wird weder in Absatz 1 Satz 2 noch in Absatz 2 mit der hinreichenden Klarheit beantwortet. Es besteht angesichts der bisher mit der Rechtsprechung zum Whistleblowing gemachten Erfahrungen der begründete Verdacht, dass er auch nach einer solchen Neureglung erst im Nachhinein erfahren wird was er durfte und was nicht.
- Müssen die Bedingungen nach **Absatz 2 Nr. 1 bis 4 kumulativ** vorliegen oder reicht es wenn eine der Bedingungen erfüllt ist? Es spricht vieles für die letztere Alternative dies könnte aber im Wortlaut durchaus noch etwas klarer gemacht werden, indem vor Nr.4 ein "oder" eingefügt wird.
- Was ist, wenn sich der Arbeitgeber durch die **Nichtanzeige** der Pflichtverletzung zwar nicht selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde (dann Absatz 2 Nr. 3), ihm aber aus anderen gesetzlichen Vorschriften **Nachteile** (z.B. eine Verfolgung wegen einer Ordnungswidrigkeit oder die persönliche Haftbarmachung) drohen? Eine bessere Formulierung von Nr. 3 könnte z.B. lauten: "der Arbeitnehmer nach anderen Rechtsvorschriften zu einer außerbetrieblichen Anzeige verpflichtet ist oder ihm nach anderen Rechtsvorschriften Nachteile drohen, wenn er eine außerbetriebliche Anzeige unterlässt".
- Was ist mit **weitergehenden Regelungen** die nicht unmittelbar gesetzlich geregelt sind? Juristen haben eine Tendenz die Abgeschlossenheit einer Regelung anzunehmen, jedenfalls ist dies ein häufig verwendetes Interpretationsschema. Legt man dieses an, so könnte man auf den Gedanken verfallen, dass die von der Rechtsprechung aus allgemeinen Grundsätzen hergeleitete Möglichkeit zur Information anderer als zuständiger außerbetrieblicher Stellen, insbesondere der Öffentlichkeit in Fällen extremer Gefahren in denen die zuständigen Stellen untätig bleiben oder nicht rechtzeitig agieren könnten nunmehr entfallen würde. Diese Argumentation wird auch durch die Formulierungen "Beschwerderechte" und "Rechtsvorschriften" in Absatz 4 nicht entkräftet, da es sich hier nicht um klassische Beschwerderechte handelt und diese auch nicht explizit in bestimmten Rechtsvorschriften normiert sind. Auch das Verhältnis zu Artikel 5 und 17 GG ist zumindest unklar.

Auf der Basis des vorliegenden Vorschlages ist daher insgesamt mangels Rechtsklarheit **keine Entspannung der gegenwärtigen Dilemmasituation** beim Arbeitnehmer zu erwarten.

Erst wenn ihm die **Unsicherheit genommen wird**, dass er am Ende doch abgestraft werden wird, wird bei den Arbeitnehmern das Vertrauen dahingehend wachsen, dass Sie sich trauen werden offen auszusprechen, was ihnen auf den Nägeln brennt.

Was die **Auswirkungen auf die betriebliche Praxis** und die Zusammenarbeit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern angeht, so sind diese bei dem bestehenden Vorschlag **genauso unklar wie dessen Inhalt**, im Zweifel dürfte sich nur wenig gegenüber der derzeitigen Situation ändern.

Hinsichtlich einer durch Änderungen möglicher Weise erreichbaren gesetzlichen Regelung mit einem effektiven Whistleblowerschutz, ist zunächst darauf zu verweisen, dass funktionierendes Whistleblowing in innerbetrieblicher Umsetzung einer solchen Regelung zu einer **Verbesserung des Vertrauensverhältnisses im Unternehmen** und zu einer **höheren intrinsischen Motivation** aller Mitarbeiter führen dürfte. Dies setzt jedoch auch voraus, dass die **Unternehmen dies als Chance**

begreifen und sich nicht auf eine formalistische Minimalumsetzung einer wie auch immer gearteten gesetzlichen Regelung beschränken. Ziel sollte es stattdessen sein, den gesamten innerbetrieblichen Kommunikationsprozess und die **Kommunikationskultur** im Unternehmen zu verbessern. Gelingen kann dies nur durch eine **umfassende Einbindung der Mitarbeiter und der Mitarbeitervertretung** bei den innerbetrieblichen Umsetzungsmaßnahmen die z.B. auch offene Diskussionsforen, Schulungen für alle Mitarbeiter, von allen Beteiligten gemeinsam entwickelte Ethik-Regelungen und eine Integration von Vorschlags- und Beschwerdewesen, inklusive der Einführung abgestimmter Belohnungsmechanismen für innovative bzw. missstandsaufdeckende Vorschläge beinhalten sollten. Leider enthält der Vorschlag keinerlei Aussagen zur **Förderung derartiger, in manchen Unternehmen schon jetzt vorhandenen, Ansätze**.

4. Gewährleistet die Formulierung in § 612 a – E „Ist ein Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung,...“, dass die Weitergabe von nicht wesentlich unwahren oder leichtfertig falschen Informationen eines Hinweisgebers nicht als Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung anerkannt wird?

Nein, diese Formulierung gibt viel zu großen Raum für nachträgliche Interpretationen und lässt so die notwendige Rechtssicherheit vermissen. Die Formulierung verstärkt die Gefahr dass es dann weiterhin zu Urteilen wie zuletzt jenem des Landesarbeitsgerichts Mainz vom 24.10.2007 (Az: 7 Sa 451/07 s.o. I.4) kommt, die dem Anzeigenerstatter vorwerfen, es hätten nicht genügend Anhaltspunkte für eine Strafanzeige bestanden, und dies obwohl das Arbeitsgericht die Zulässigkeit der Anzeige erstinstanzlich noch bejaht hatte.

Außerdem bleibt die Formulierung des Vorschlages auch deutlich hinter derjenigen des Bundesverfassungsgerichts zurück. Das **BVerfG** (Urteil vom 2.7.2001, Az: 1 BvR 2049/00) benutzt die Formulierung: "**nicht wesentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben**".

Dies zeigt auch der Blick auf die **Anwendungspraxis** einer Rechtsnorm die schon heute bei "konkreten Anhaltspunkten" eine Behördenanzeige zulässt: **§ 17 Absatz 2 ArbSchG**. Das **LAG Mainz (Az: 9 Sa 857/02 v. 30.10.2002)** hat hierzu Ausführungen gemacht, die klar machen, dass dem Whistleblower mit dieser Formulierungen Anforderungen auferlegt würden, die weit über den Ausschluss von "Behauptungen ins Blaue hinein" hinausgehen und auch dazu führen, statt auf seine subjektive Sicht auf so genannte "**objektive**" **Kriterien** und eine "**nachvollziehbare Gefahr**" abzustellen. Dies bedeutet nichts anderes, als dass ein Gericht dem Whistleblower im nachhinein Beweislasten auferlegt die völlig unrealistisch sind und jeden der darum weiß schon im vorhinein davon abhalten müssen auf Risiken bzw. mögliche Pflichtverletzungen hinzuweisen.

In besagten Urteil kann man hierzu lesen: "*Hinzukommen muss allerdings, dass diese Auffassung auf **konkreten Anhaltspunkten** beruht, die letztlich nur **objektiver Art sein können**. ... Darüber hinaus vermochte der Kläger auch keinen sachlichen Grund*

bzw. einen konkreten Anhaltspunkt im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 1 ArbSchG **substantiiert darzulegen**, welcher seine Anzeigen rechtfertigen könnte. Soweit er in diesem Zusammenhang während des Berufungsverfahrens auf seinen erstinstanzlichen Schriftsatz vom 27.03.2002 verwiesen hat, führt dies nicht weiter. Die dort enthaltene Behauptung, verschiedene Fahrer der Beklagten würden über 300 Stunden im Monat regelmäßig fahren, ist pauschal und -- nachdem die Beklagte dies bestritten hatte -- einem Beweis nicht zugänglich, da dies zu einer unzulässigen Ausforschung der Zeugen führen würde. Soweit der Kläger in dem erstinstanzlichen Schriftsatz darüber hinaus Lenkzeitverletzungen durch seine Arbeitskollegen G, H, S und G dargestellt hat, lässt sich hiermit der in den schriftlichen Anzeigen gegenüber dem Bergamt enthaltene Vorwurf, Fahrer der Beklagten würden weit über 300 Stunden im Monat fahren, nicht begründen. Denn der Kläger hat lediglich für jeden der vier Fahrer die Tageslenkzeit von einem einzigen Tag konkret benannt. Wenn der Kläger in diesem Zusammenhang darüber hinaus ausführt, es sei ihm vollkommen unmöglich, im Einzelnen darzulegen, welcher Fahrer wann exakt welche Tour gefahren habe, so hätte er diese Überlegung vor Erstattung seiner Anzeigen anstellen und sich entsprechend verhalten müssen. ...Der Kläger vermag sich angesichts dieser Ausgangssituation auch nicht darauf zu berufen, dass er in Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt habe. Denn er vermochte weder eine Gefährdung seiner eigenen Person noch der Allgemeinheit durch die in den Anzeigen genannten Lenkzeiten darzulegen. Es bestand mithin **keine konkret nachvollziehbare Gefahr**, welche der Kläger mit seinen Anzeigen hätte abwehren können."

Will der Gesetzgeber hier in der Tat verlangen, dass der Fahrer sämtliche Fahrten seiner Kollegen beweiskräftig festhält und ansonsten zu schweigen hat? Wie sollte er dies tun ohne selbst Gesetze zu brechen? Hat die Gesellschaft nicht vielleicht doch ein Interesse daran auch etwas weniger konkreten Hinweisen nachzugehen oder nimmt sie lieber völlig übermüdete Fahrer und die daraus resultierenden Unfälle und Tote als **"Kollateralschaden der dem Arbeitgeber geschuldeten Rücksichtnahmepflicht"** in Kauf?

Will man an der Formulierung "konkrete Anhaltspunkte" festhalten, um über Strafrechtsnormen hinausgehen, aber dennoch bloße Behauptungen ins Blaue hinein ausschließen zu können, böte sich z.B. folgende **ergänzende Formulierung** an, um mit der BVerfG-Rechtsprechung im Einklang zu stehen und mehr Rechtssicherheit zu schaffen:

"Wenn der Arbeitnehmer sich in seiner Anzeige auf Tatsachen bezieht, wird das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte vermutet. Dies gilt nicht, soweit der Arbeitnehmer weiß oder leichtfertig nicht weiß, dass diese Tatsachen nicht der Wahrheit entsprechen."

5. Genügt der Formulierungsvorschlag für ein Anzeigerecht, um nachteilige arbeitsrechtliche Maßnahmen zu Lasten des Arbeitnehmers zu verhindern? Oder ist hierzu nicht die ausdrückliche Regelung eines Benachteiligungsverbot es erforderlich, welches außerdem durch Beweiserleichterungen zugunsten des Beschäftigten auch Benachteiligungen aufgrund vorgeschobener anderer Gründe verhindern müsste?

Nein und Ja!

Der bloße, nicht einmal ausgesprochene, Verweis auf § 612b n.F. BGB und andere Benachteiligungsverbote **reicht bei weitem nicht aus**. Jene Vorschrift spielt derzeit als § 612a BGB in der Rechtspraxis eine relativ geringe Rolle und es steht kaum zu erwarten, dass die vorgesehene Neuregelung diesbezüglich ausreichende Veränderungen mit sich bringen wird.

Der seit 30 Jahren bei der größten US-Whistleblowerschutz-NGO Government Accountability Project tätige Experte Tom Devine hat diese Problematik und auch insgesamt das Problem des Whistleblowerschutzes einmal so ausgedrückt:

„Die Erfahrung mit Whistleblowergesetzen hat gezeigt, dass ihre Einführung einen Auftrag mit sich bringt. Technische Fehler, unvorhergesehene Szenarien und außerordentlich kreative neue Formen von Vergeltungsmaßnahmen führen nämlich dazu, dass die Gesetzgebung als fortschreitender Prozess begriffen werden muss, um eine realistische Aussicht zu haben, das gesteckte Ziel zu erreichen. **Am schlimmsten ist ein Gesetz das nicht funktioniert**. Es führt zu Scheinrechten die neue Generationen von Opfern von Vergeltungsmaßnahmen mit sich bringen, nämlich jene, die sich beim Versuch fehlerhafte Rechte umzusetzen, selbst das Grab für ihre berufliche Laufbahn schaufeln.“

Der Gesetzgeber muss daher unmissverständlich klarstellen, dass der Arbeitnehmer, der seine Rechte nach § 612a n.F. BGB wahrnimmt, **vor jeglicher Benachteiligung durch den Arbeitgeber und Dritte geschützt wird** (§ 612b n. F. BGB). Als solche wären **alle nachteiligen Veränderungen der rechtlichen oder tatsächlichen Stellung des Arbeitnehmers nach einer Anzeige** zu werten, also z.B. neben Abmahnungen und Kündigungen auch individuelle Änderungen der Arbeitsanforderungen, verschärfte Überwachung oder nachteilige Leistungsbeurteilungen aber auch die Nichtverlängerung bestehender Zeitverträge, wenn diese ohne die Anzeige zu erwarten gewesen wäre. Kann der **Arbeitnehmer Indizien** für eine solche Benachteiligung vorlegen, so sollte es dem **Arbeitgeber die Beweislast** dafür obliegen nachzuweisen, dass entweder gar **keine Nachteile** vorliegen, oder dass diese **auch ohne die Arbeitnehmeranzeige eingetreten** wären. Zumindest zum Teil umgesetzt werden könnte dies durch einen eigenen Absatz in § 612a n.F. BGB, der etwa wie folgt lauten könnte:

"Wenn der anzeigende Arbeitnehmer im Hinblick auf eine zulässige Anzeige im Streitfall Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen der Ausübung der Rechte aus den vorstehenden Absätzen vermuten lassen, trägt die andere

Partei die Beweislast dafür, dass keine Benachteiligung vorgelegen hat. Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch Betroffene oder andere Arbeitnehmer darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die den anzeigenden Arbeitnehmer berührt. Dem anzeigenden Arbeitnehmer gleichgestellt sind Personen, die sich über die Möglichkeiten zur Ausübung der Anzeigerechte informieren oder die den Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner Rechte unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen. Der § 23 sowie die §§ 25 bis 30 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes gelten entsprechend."

Die Sätze 1 bis 3 des soeben vorgeschlagenen Absatzes orientieren sich an entsprechenden Regelungen in §§ 16, 22 AGG und stellen sicher, dass das Benachteiligungsverbot des § 612b n.F. BGB in der Fallkonstellation des § 612a n.F. BGB seine **Wirkungen auch in der Rechtspraxis entfalten** kann. Satz 4 sichert den Betroffenen hierzu die Unterstützung der bestehenden **Antidiskriminierungsverbände** und der **Antidiskriminierungsstelle** des Bundes.

Bei der Beschlussfassung des Gesetzes sollte außerdem dessen **regelmäßige Evaluierung** zwingend vorgeschrieben werden, um so die Ergebnisse aus der Rechtsprechungspraxis bei einer gegebenenfalls zur Zielerreichung (Whistleblowingförderung und Diskriminierungsverhinderung) nötigen **Neujustierung** der Vorschrift einbeziehen zu können.

6. Gehen Sie davon aus, dass der vorliegende Regelungsvorschlag zum Informantenschutz, der zwischen dem BMELV, BMAS und BMJ abgestimmt ist, von den Koalitionsfraktionen jedoch noch nicht abschließend beraten worden ist, von den Regierungsfractionen unterstützt werden wird?

Eine Beantwortung dieser Frage ist dem Verfasser, mangels hellseherischer Qualitäten, leider nicht möglich.

7. Welche Gründe und Argumente könnten für die Abgeordneten der Fraktionen von CDU/CSU und SPD und die Oppositionsfraktionen ausschlaggebend sein, dem Regelungsvorschlag zuzustimmen bzw. abzulehnen?

Der Verfasser möchte doch annehmen, dass sich die frei gewählten und nur ihrem Gewissen verpflichteten Damen und Herren Abgeordneten **von den Sachargumenten leiten lassen** werden. Diese darzustellen, dient die ausführliche Beantwortung der anderen Fragen. Es besteht daher Anlass zur Hoffnung, dass alle Abgeordneten und alle Fraktionen, **ähnlich** wie dies im Rahmen der Initiativen zur direkten Kontaktierung des **PKG** der Fall zu sein scheint, die Bedeutung eines alle Fallgruppen umfassenden und effektiven Schutzes von Whistleblowern und der Förderung von Whistleblowing und eines kulturellen Umdenkens erkennen und entsprechende Gesetze und ergänzende Maßnahmen **gemeinsam beschließen** werden.

8. Warum ist eine zusätzliche gesetzliche Regelung des Informantenschutzes notwendig?

Weil, wie dies in der Beantwortung anderer Fragen bereits dargestellt wurde, die **derzeitige Rechtslage unklar** ist und dazu führt, dass notwendiges **Whistleblowing ausbleibt**, mehr Whistleblowing aber im **Interesse** der Betroffenen, der Unternehmen und vor allem der Öffentlichkeit ist. Auch ist die gegenwärtig in der Lebenswirklichkeit zu beobachtende Diskriminierung von Whistleblowern, die sich für die Rechtsordnung einsetzen, auch aus **humanitären und rechtsstaatlichen Gründen** geboten. Außerdem ist Whistleblowing ein wichtiger Bestandteil und Gradmesser einer **Diskurskultur**, die in einer wahrhaft **demokratischen Gesellschaft** nicht vor den Toren von Unternehmen, Behörden und anderen Organisationen halt machen darf - genau jenes aber bewirkt die derzeitige Rechtslage. Schließlich könnten durch eine effektive Regelung des Whistleblowerschutzes erhebliche **Vorteile für Whistleblower, Verbraucher, Unternehmen und für Staat und Gesellschaft** erzielt werden.

9. Wie soll sichergestellt werden, dass keine haltlosen Vorwürfe erhoben werden?

Die wichtigsten Maßnahmen hierzu wären eine **Abschaffung der Artikel 5 und 17 des Grundgesetzes** und die Errichtung eines **umfassenden Polizei- und Überwachungsstaates**, der diese Verbote auch durchsetzen kann.

Aber im Ernst, es kann beim Whistleblowerschutz nicht darum gehen die Erhebung haltloser Vorwürfe sicher zu verhindern. Es muss vielmehr darum gehen allen Vorwürfen und Hinweise auf Risiken **in dem jeweils gebotenen Umfang durch wirklich unabhängige Stellen nachzugehen**, diese **aufzuklären** und dort, wo es nötig ist, auch zu **handeln**. Zügige Aufklärung ist im Übrigen die beste **Abschreckung** für all jene die nur haltlose Vorwürfe erheben wollen, denn es ist dies, woran sie am wenigsten Interesse haben. Wo Vorwürfe ohne jegliche Anknüpfung an Tatsachen in einer nicht nachvollziehbaren Weise erhoben werden, wird der Aufklärungsumfang sehr gering sein und selbst bei Einschaltung einer zuständigen außerbetrieblichen Stelle sind hieraus keine Schäden beim Arbeitgeber zu erwarten.

Diejenigen, die Vorwürfe **gutgläubig** (keine positive Kenntnis der Unwahrheit und keine grobe Fahrlässig- bzw. Leichtfertigkeit) erheben, müssen vor jeglichen negativen Sanktionen oder Repressalien, in welcher Form und durch wen auch immer, **geschützt** werden. Diejenigen die diese Regelungen vorsätzlich und bewusst **missbrauchen**, müssen ihrer gerechten Strafe z.B. nach **§§ 164, 185, 187 StGB** zugeführt werden. Dieses Instrumentarium dürfte in den allermeisten Fällen zu **Bestrafung böswilliger Denunzianten** völlig ausreichen.

Wichtig ist die **Förderung eines kulturellen Wandels**, der bei den Kleinsten in der **Schule** und der Ächtung von "Petzen" ansetzen und sich durch alle Kreise der Gesellschaft ziehen muss. Wir müssen darauf hinarbeiten, dass wir lernen **gutes und böses "Petzen" zu unterscheiden** und erkennen, dass wir **alle Fehler machen**; dass

diese zur menschlichen Natur gehören. Kritik gibt uns eine **Chance** unsere Fehler zu erkennen und daraus für die Zukunft zu lernen, Schweigen hilft niemandem. Verantwortung tragen, muss auch bedeuten, sich **der Verantwortung zu stellen** und gegenüber Betroffenen **Rechenschaft abzulegen**. Ein solch neues Verständnis würde auch dazu führen, nicht immer gleich den Täter zu suchen und ihn als Problem zu begreifen, sondern die wahren Ursachen für die problematischen Sachverhalte zu ermitteln und diese anzugehen.

Dort wo es um personifizierte Vorwürfe geht, sind die **Rechte der Betroffenen inklusive des Datenschutzes unbedingt zu wahren**. Hinzu kommt, dass die Ermittlungsbehörden einen **sorgfältigen Umgang mit den Medien** und der **Unschuldsvermutung** pflegen müssen. Dass sie und die Medien sich offensiver für die Rehabilitierung zu Unrecht Beschuldigter einsetzen müssen. Schließlich muss der Staat (und ähnliches gilt auch für Ermittlungen durch Unternehmen) überall dort, wo er im Rahmen seiner Ermittlungen Fehler begeht und Betroffene bzw. Beschuldigte in ihren Rechten verletzt, hierfür einen **angemessenen und vollständigen Schadensersatz** leisten, was z.B. dringend eine erhebliche Erhöhung der **Haftentschädigungen** für zu Unrecht verurteilte Personen erfordert.

Wenn mit Zitaten wie "der Größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant" (H.v.Fallersleben) **Stimmung gegen das Denunziantentum** gemacht, und dieses eventuell auch noch mit Whistleblowing gleichgesetzt wird, machen wir es uns alle zu leicht. Es gilt **genauer hinzuschauen**. Denunzianten die böswillig falsche Dinge behaupten sollten wir verurteilen. Bei den anderen sollten wir nachfragen, wie sicher sie sich sind und den Vorwürfen nachgehen.

Wenn aber das **Vorbringen wahr** ist, liegt das Problem eigentlich nicht bei den so genannten Denunzianten. Wir leben nicht in einer Diktatur. Wenn jemand tatsächlich gegen **demokratisch gesetzte legitime Regeln** verstößt und hierfür Sanktionen vorgesehen sind, sollte es eigentlich kein Problem sein, dass jemand anderes darauf hinweist (solange er dabei nicht selbst andere gleichrangige oder höherrangige Regeln verletzt). Warum er dies tut sollte keine Rolle spielen.

Dort wo dies zu hart erscheint, müssten wir darüber Nachdenken die **Regeln oder die Sanktionen zu verändern**. Auch in der deutschen Geschichte war es einfacher die Denunzianten als **Sündenböcke** in die Wüste zu schicken als sich **an die eigene Mitläufer-Nase zu fassen** und zu fragen, wo der eigene Anteil daran lag, dass derart verbrecherische Systeme überhaupt existierten und fortbestanden.

Nach Meinung des Verfassers sollte, wenn in einem Reaktorblock eine Sicherungsmaßnahme durch einen Vorgesetzten ausgeschaltet wird der Untergebene dies **auch dann geeigneten Stellen melden dürfen**, wenn er dies eigentlich nur tut, um seinen verhassten Vorgesetzten anzuschwärzen und dessen Job zu bekommen.

10. Wie soll der Vorrang der innerbetrieblichen Klärung sichergestellt werden? Sollte beim grundsätzlichen Vorrang der internen Abhilfe nicht ein einmaliger Abhilfeversuch ausreichen und müsste das in dem eingereichten Vorschlag klargestellt werden?

Die Frage der Ausgestaltung des Vorrangs der innerbetrieblichen Klärung ist eine der Kernfragen.

Der Verfasser ist ebenfalls der Ansicht, dass im Betrieb auftretende Probleme und **Risiken an ihrer Quelle zumeist am effektivsten gelöst** werden können und dass deshalb eine **innerbetriebliche Klärung, wo immer möglich, die vorzugswürdige Lösung** ist. Dies deckt sich auch mit der national wie international zu beobachtenden Whistleblower-Praxis. Whistleblower wollen eine schnelle und gute Lösung und versuchen diese in den allermeisten Fällen in ihrem Umfeld und insbesondere durch die Einschaltung ihres unmittelbaren Vorgesetzten zu erreichen.

Eine **andere Frage** ist aber, ob dieses wünschenswerte Ziel gesetzestechnisch auch dadurch erreicht werden kann, dass, in welcher Form auch immer, ein solcher Vorrang der innerbetrieblichen Klärung **gesetzlich festgeschrieben** wird.

Es besteht nämlich weitgehende Einigkeit (auch in der Rechtsprechung), dass erstens dieser Vorrang **nicht dauerhaft gelten kann**, d.h. dass es in bestimmten Fällen das nachrangige Recht zur Einschaltung einer zweiten Adressatenstufe (einer zuständigen außerbetrieblichen Stelle) geben können muss und dass zweitens eben dieses Recht der Einschaltung der zweiten Adressatenstufe zumindest in besonderen **Ausnahmefällen** (z.B. Kriminalität des Erstadressaten und Eilbedürftigkeit) auch unter Durchbrechung des grundsätzlichen Vorrangs **auch unmittelbar** gegeben sein sollte.

Genau in diesem Moment entsteht aber ein aus Sicht des Verfassers **nicht wirklich lösbares Problem**. Die Gerichte oder der Gesetzgeber müssen dann nämlich **Bedingungen festlegen**, die umschreiben, wann die Information von Stufe 2 nachgängig bzw. unmittelbar zulässig sein soll. Geschieht dies in einer Form die im Rahmen der **Abwägung** aller Aspekte dem Einzelfall möglichst gerecht werden will (Rechtsprechung) oder in einer generalisierenden Form mittels Begriffen die eine Abwägung zumindest zulassen (Gesetz) so stellt sich für den Whistleblower das Problem der **Unvorhersehbarkeit** der Abwägungsentscheidung.

Die Analyse der bisherigen Rechtsprechung auch aus anderen Ländern zeigt nun aber, dass sich dort immer wieder die Tendenz findet, Dinge zu berücksichtigen, die dem Whistleblower zu dem Zeitpunkt, wo er die Entscheidung und Abwägung treffen musste, nicht bekannt waren und dass die Rechtsprechung zumeist (ganz anders als z.B. wenn es um die nachträgliche Begutachtung von polizeilichen Prognoseentscheidungen geht) dem Whistleblower **keinen weiten Beurteilungsspielraum gewährt**. Es gibt also immer ein **beachtliches Risiko**, dass die Entscheidung der **Rechtsprechung hinterher** auch bei Gutgläubigkeit des Whistleblowers dazu kommen könnte, dass die **Einschaltung der zweiten Adressatenstufe unberechtigt war**.

Dieses Risiko **wirkt zurück auf die ursprüngliche Entscheidung**, wird vom potentiellen Whistleblower antizipiert und führt dazu, dass er auf das Whistleblowing verzichtet. Die **erste Stufe** erscheint ihm nämlich nicht ganz zu Unrecht **ebenfalls als zu riskant**, wenn ihm die zweite Stufe, also eine staatliche Unterstützung nicht wirklich sicher ist. Er fühlt sich dann nämlich auf Gedeih und Verderb dem Unternehmen ausgeliefert und vermeidet dies durch Verzicht auf die Option "Whistleblowing" und Wahl der Optionen "Schweigen" oder "Weggehen".

Lösen könnte man dieses Problem auf zwei Arten:

Erstens dadurch, dass man versucht, die Zulässigkeit der zweiten Adressatenstufe unter Weglassung jeglicher Abwägungselemente **rein formalistisch und glasklar zu definieren**, so dass diesbezüglich weder beim Whistleblower noch bei den Gerichten Zweifel aufkommen können. Insoweit bieten sich nur rein formalistische Lösungen nach dem Motto an: Das Whistleblowing muss zunächst immer intern erfolgen. Wenn der interne Adressat innerhalb der **Zeit X** nicht oder nicht zufriedenstellend reagiert hat, kann der Whistleblower sich an die zweite Adressatenebene wenden. Damit wäre die Sache klar und der Whistleblower brauchte nicht mehr nur seinem Arbeitgeber vertrauen, sondern hätte die Gewissheit notfalls Stufe 2 nutzen zu können. Nachteil einer solchen Lösung ist, dass sie die **Problematik der Direktadressierung** der zweiten Stufe immer noch nicht zufriedenstellend löst. Entsprechendes gilt für die im ersten Teil der Frage angedeutete Lösungsmöglichkeit.

Der andere, dem Verfasser nach langer Überlegung als **vorzugswürdig erscheinende Lösungsweg**, ist die vollkommene **Freigabe der Adressierung an den Zweitadressaten**. In diesem Falle des **Wahlrechts** vermeidet man nämlich all die bisher beschriebenen Probleme und erreicht noch einen weiteren wünschenswerten Effekt. Wenn der Whistleblower nicht mehr zunächst intern vorgehen muss, werden die **Unternehmen** nämlich - da sie keine staatliche Kontrolle wollen und die Dinge lieber in eigener Regie und ohne Drittinformation lösen möchten - ganz ohne staatliche Zwangsvorschriften in höchst eigenem Interesse **versuchen, internes Whistleblowing auch für ihre Mitarbeiter attraktiv zu machen**. Statt gesetzesformalistischer oder nur an Unternehmensinteressen orientierten Regelungen würden Whistleblowerregime entstehen, die für die **nötige Transparenz** gegenüber dem Whistleblower sorgen und **freiwillige Nichtdiskriminierungsgarantien**, ja vielleicht sogar **Belohnungsmechanismen** für Whistleblower anbieten, die zunächst intern vorgehen. Gleichzeitig bestünde für den Whistleblower jederzeit die Möglichkeit sich an die zweite Adressatenstufe zu wenden, ohne Angst haben zu müssen, dabei etwas falsch zu machen. Bei all dem steht im Ergebnis, angesichts der dargestellten Fakten nicht zu befürchten, dass die Zuerst-Intern-Quote wesentlich sinken würde.

Vermeintlicher Nachteil der Freigabe ist allerdings, dass **Unternehmensinformationen** hierbei scheinbar nicht mehr davor **gesichert** sind, nach Außen zu gelangen. Hierzu ist festzustellen, dass Unternehmen durchaus ein berechtigtes Interesse daran haben, dass Informationen nicht aus dem Unternehmen heraus und insbesondere nicht an mögliche Konkurrenten gelangen. Die Rechtsordnung gewährt ihnen aber auch derzeit hierfür keinen vollständigen Schutz. Schutz besteht vielmehr nur für **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse**, wobei hier mit Blick auf die Einheitlichkeit der Rechtsordnung und den entsprechenden Streit in Literatur und Rechtsprechung, **gesetzlicherseits klargestellt** werden sollte, dass **rechtswidrig**

erlangte Informationen und die Informationen über Rechtsbrüche **keinen solchen Schutz genießen** können.

Dieses Schutzniveau würde durch eine Freigabe der zweiten Adressatenstufe, also der Freigabe des Whistleblowings an zuständige außerbetriebliche Stellen, aber letztlich auch gar nicht verringert, solange sichergestellt ist, dass **diese Adressaten die Informationen ihrerseits gegenüber Dritten Geheim halten** dürfen und müssen. Da es sich hierbei in der Regel um **Behörden** handelt und die bestehenden Informationsfreiheitsgesetze Ausnahmen von Auskunftspflichten zum Schutze von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen beinhalten, bzw. notfalls entsprechend ergänzt werden könnten, handelt es sich also nicht wirklich um ein rechtliches, sondern allenfalls um ein **tatsächliches Problem**. Der staatliche Adressat muss sich so organisieren, dass er die Geheimhaltung dort und insoweit als die Unternehmen daran ein berechtigtes Interesse haben auch in der Praxis durchsetzt. Damit wäre dann der **Staat in der Verantwortung** und notfalls auch in der **Haftung gegenüber den Unternehmen**, was auch für diese eine wesentlich bessere Stellung darstellen würde, als nur einen, im Zweifel nicht ausreichende Deckung aufweisenden, Whistleblower haftbar machen zu können.

In den **Niederlanden** findet derzeit auch eine parlamentarische Diskussion genau dieser Frage statt. Dort gab es den Vorschlag, dass der Whistleblower die Information von Anfang an quasi bei der staatlichen Stelle hinterlegen kann, ohne dass diese zunächst während der Phase der innerbetrieblichen Klärung aktiv wird. Auch diese Lösung hat einen gewissen Charme da sie insbesondere auch auf die - im Ergebnis aber wohl unbegründete (wir haben doch insgesamt bisher nur sehr wenige Whistleblower und die Unternehmen werden etwas tun, um internes Whistleblowing zu begünstigen, wenn ihnen sonst externes Whistleblowing droht) Befürchtung der **Überlastung der staatlichen Anlaufstellen** reagiert.

Im Ergebnis sollte der Vorschlag somit dahingehend geändert werden, dass er dem Whistleblower **von Anfang an ein Wahlrecht** zwischen der internen Information und der Information zuständiger außerbetrieblicher Stellen gewährt.

11. Ist es sinnvoll, den Informantenschutz im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch zu regeln, welche Alternativen sind denkbar?

Nein! Sektorale Regelungen, hier im Finanzrecht, dort im Kartellrecht, bereits im Arbeitsschutzrecht, früher im Gefahrstoffbereich, demnächst im Geheimdienstrecht und im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch oder wo auch immer, sind nicht sinnvoll. Die **ethische Grundproblematik** des Whistleblowings ist eine **universelle, die Sektor übergreifend** und für **alle Arten von Beschäftigungsverhältnissen einheitlich** gelöst werden muss.

Auch die Tatsache, dass dem Whistleblowing **kulturelle** Hemmnisse entgegenstehen, kann nur dann Erfolg versprechend angegangen werden, wenn gleiche Sachverhalte auch überall gleich behandelt werden.

Schließlich steigt auch der Gesetzgebungs- und Gesetzdurchführungsaufwand auf staatlicher Seite genauso wie der innerbetriebliche Compliance und Schulungsaufwand proportional mit der Anzahl verschiedener Regelungsorte, -zeitpunkte und -methoden. Nötig ist die **Kenntnis aller** Beschäftigten von ihren Whistleblowerrechten, die ebenfalls durch eine einheitliche Regelung erheblich begünstigt werden könnte.

Wenn der vorgeschlagene § 612a BGB so Gesetz werden sollte, wäre es allerdings hilfreich im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch eine Klarstellung vorzunehmen, **wer in welchen Fallgestaltungen als zuständige außerbetriebliche Stelle** im Sinne des § 612a n.F. BGB anzusehen ist. Auch hier wäre eine einheitliche Regelung in § 612a BGB oder an anderer Stelle bzw. eine **universelle Ansprechstelle** für alle Whistleblower (z.B. **StA oder Polizei** ggf. mit Weiterleitung) **vorzugswürdig**.

12. Welche Vor- und Nachteile entstehen durch eine solche Regelung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber?

Dem Verfasser ist **unklar**, worauf genau sich diese Frage bezieht.

Falls es um die Vor- und Nachteile des vorliegenden Vorschlages oder eines effektiven Whistleblowerschutzes durch gesetzliche Regelungen geht, finden sich hierzu hinreichende Ausführungen in den anderen Antworten. Kurz und prägnant ließe sich dies vielleicht **zusammenfassen** mit:

Vorteil, es gäbe endlich eine gesetzgeberische Regelung, Nachteil, diese ist **handwerklich schlecht** gemacht, wirft viele **Unklarheiten** auf und geht im Schutz der Whistleblower **nicht weit genug**, um mehr Menschen guten Gewissens dazu raten zu können zu Whistleblowern zu werden. Damit werden auch weiterhin wichtige **Risikoinformationen nicht an die Stellen gelangen, an denen sie gebraucht werden**.

Falls es um die Vor- und Nachteile einer **sektorspezifischen Regelung** im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch geht, die ja detailliert nicht vorliegt, gilt für die Nachteile entsprechend das zur vorherigen Frage Gesagte. Vorteil eine Bereichsregelung könnte auf den ersten Blick allenfalls die Möglichkeit einer genaueren Definition der Zweitstufenkriterien sein. Selbst der Lebensmittel- und Futtermittelsektor ist jedoch derart ausdifferenziert, dass hier keine wirklich glasklare und zweifelsfreie Regelung geschaffen werden kann, welche die, in der Antwort zu Frage II.10 angesprochenen Probleme, wirklich überwinden könnte.

Zu den **Vorteilen eines effektiven Whistleblowerschutzes** (der anders aussehen müsste als der jetzige Vorschlag vgl. II.2, II.16) sei bzgl. der **Arbeitgeber** auf die Antwort zu Frage II.27 verwiesen. Die Vorteile der **Arbeitnehmer** am Arbeitsplatz wären z.B.: Möglichkeit zur freien Meinungsäußerung; Teilnahme am demokratischen Diskurs; höhere Identifikation; weniger Angst vor Diskriminierung; kann los werden was ihm auf den Nägeln brennt; ist im Einklang mit Gewissen ohne

innere Kündigung; übernimmt Verantwortung; vermeidet Belastungen und hat das Gefühl etwas Gutes zu tun. Hinzu kämen dann auch noch die Vorteile als **Verbraucher** (II.13) und als **Staatsbürger und Mitglied einer Gesellschaft** in der Risiken früher erkannt und angegangen, Straftaten besser aufgeklärt, Ethik mehr gelebt und der demokratische Diskurs mehr gepflegt wird.

13. Sind durch den vorliegenden Regelungsvorschlag Verbesserungen für den Verbraucherschutz zu erwarten und wenn ja, welche?

Von einer Rechtsvorschrift, die klare und in der Praxis effektive Regelungen zum Whistleblowing und zum Whistleblowerschutz trifft, sind **erhebliche Verbesserungen für den Verbraucherschutz** zu erwarten. Wenn es gelingt, die bestehenden Hindernisse für potentielle Whistleblower zu überwinden, werden Insider verstärkt auf Missstände hinweisen. Hiervon geht mindestens eine vierfache positive Wirkung auf den Verbraucherschutz aus:

- Unternehmen können ihre Produktion effektiver kontrollieren und Risiken, Fehler und **Probleme intern früher erkennen** und beheben. Das vermeidet für die Verbraucher Probleme und kann mit Blick auf die **Vermeidung von Kosten** von Unregelmäßigkeiten und Korruption zu erheblichen Kostensenkungen führen, die an die Verbraucher weitergegeben werden können;
- durch klare Regelungen zur Information zuständiger **außerbetrieblicher Stellen** wird auch deren praktisches **Kontroll- und Eingriffspotential** gesteigert bzw. kann zielgerichteter eingesetzt werden. Hierdurch ist zu erwarten, dass eine nicht unerhebliche **Qualitätsverbesserung** der Produkte erreicht werden kann;
- wenn nach Einführung effektiver Whistleblowerregelungen zukünftig noch **Skandale** im Bereich des Verbraucherschutzes bekannt werden, dürfte deren **Aufklärung** dank gesteigerter Mitwirkungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer, die zumeist ja kein unmittelbar eigenes Interesse an der Skandalvertuschung haben werden, erheblich erleichtert werden;
- die zuvor genannten Punkte dürften eine **Abschreckungs- und damit Vorwirkung** auf die Produktion entfalten, es ist damit zu rechnen, dass Unternehmen ein noch stärkeres Interesse daran entwickeln werden, Probleme an der Wurzel zu packen bzw. im Vorhinein zu vermeiden, da sie, wenn sie dies nicht tun würden, mit einem höheren Entdeckungs- und Kostenrisiko rechnen müssten; außerdem trägt die zu fördernde einheitliche Behandlung von Chancen- und Risikokommunikation im Rahmen eines angstfreieren Unternehmens auch zu **mehr Innovationen** bei, die neben den Unternehmen selbst auch Umwelt und Verbrauchern zu Gute kommen werden.

Zu bedauern ist allerdings, dass die **vorgeschlagene Regelung, wie an anderer Stelle aufgezeigt, den nötigen Standards für klaren und praxiseffektiven Whistleblowerschutz nicht genügt. Die genannten Vorteile dürften sich insoweit allenfalls ansatzweise realisieren lassen, falls an dem aktuellen Vorschlag festgehalten werden würde.**

14. Reicht es aus, eine Regelung zum Hinweisgeberschutz nur für Arbeitnehmer vorzusehen?

Nein!

Wie schon mehrfach angesprochen handelt es sich um universelle Probleme, die soweit irgend möglich **einheitlich gelöst** werden sollten.

Whistleblowerschutz braucht es **überall** dort, wo die freie auf Tatsachen (Risiken) bezogene Meinungsäußerung und das Petitionsrecht potentiell durch (ökonomische bzw. sachfremde) Zwänge bedroht sind, und wo deshalb gesellschaftlich wichtige Risikoinformationen entgegen der öffentlichen Interessen, zumindest de facto, monopolisiert werden könnten. Auch wenn Beschäftigungsverhältnisse aller Art (Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen, Beamte, Richter, Soldaten) den Hauptanwendungsfall bilden, kann sich die Problematik ähnlich auch in anderen Organisationsbeziehungen (Mitgliedschaften, Organe, Strafvollzug ...) und sogar in anderen ökonomisch ungleichgewichtigen Vertragsbeziehungen, die mit Eingliederungsverhältnissen verbunden sind (Freelancer, Subkontraktanten ...) stellen. Vorrangig ist aber eine Lösung des Problems für Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Personen und öffentliche Dienstverhältnisse.

Viele dieser Probleme könnten durch eine **Klarstellung der unmittelbaren Drittwirkung** und ein entsprechend ausgestaltetes Benachteiligungsverbot im Rahmen von **Artikel 17 des Grundgesetzes** gelöst werden, ohne dass den hier angesprochenen Gruppendifferenzierungen noch eine große Relevanz zukäme.

Ein ganz anderer noch nicht angesprochener Anwendungsfall für Whistleblowing ist das **Vergaberecht**. Dort können Whistleblowerklauseln nämlich seitens der vergebenden Stelle auch eingesetzt werden, um die Einhaltung von Rechts-, Umwelt-, Nachhaltigkeits-, Sozial- und/oder Leistungsstandards besser überwachen zu können. Dies gilt sowohl im öffentlichen Auftragswesen, wo zusätzlich auch noch die ordnungsgemäße Abwicklung der Vergabe effektiver kontrolliert werden kann, als auch im privaten Vergabewesen zur vertraglichen Sicherstellung der Beachtung von Standards über die Zulieferungskette und dies auch über Staatsgrenzen hinweg. Nötig ist in diesen Fällen die Festschreibung eines Rechts der Mitarbeiter des Auftragnehmers sich ohne Repressalien an eine gemeinsame Clearingstelle bzw. an den Auftraggeber wenden zu können, wenn der Verdacht auf bestimmte Regelverstöße besteht. In diesen Fällen ist natürlich eine besonders gute Absicherung des Whistleblowers vor Sanktionen, etwa über Vertragsstrafenregelungen zu seinen Gunsten nötig.

15. Wie müsste das Arbeitsrecht und Beamtenrecht gestaltet sein, um Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sowie Beamtinnen und Beamte bei Weitergabe von Risikoinformationen vor internen und externen Benachteiligungen und Diskriminierung effektiv zu schützen und ihnen die Durchsetzung ihrer (zukünftigen) Rechte in der Praxis zu ermöglichen

Wie bereits an anderer Stelle und umfassend nochmals in der Antwort zur nächsten Frage dargelegt, bedarf es einer umfassenden Regelung für Arbeitnehmer und Beamte, die dem Whistleblower die Sicherheit bietet, dass er weiß:

- wann er sich womit an wen wenden kann,
- dass wirklich **etwas geschieht** um das angesprochene Problem/Misstand zu lösen und
- dass er **keinerlei Verschlechterung** seines Status Quo auf Grund des Whistleblowing befürchten muss und jegliche Repressalie effektiv auch im Prozess bei vollständigem Ausgleich aller Schäden abwehren kann.

Der dritte Punkt macht eine **Beweislastumkehr**, mindestens aber eine Beweiserleichterungsregelung entsprechend der Regelung im AGG zwingend notwendig.

Nötig ist schließlich in der Tat eine weite Definition des "Womit", die **alle Arten von Risiken** und nicht nur wie der gegenwärtige Vorschlag bereits eingetretene Pflichtverletzungen (und evtl. noch Gefahren) erfasst.

Um diejenigen Whistleblower zu schützen, die sich vertraulich an die zuständigen außerbetrieblichen Stellen wenden, sollten diese, insbesondere auch die Möglichkeit bzw. **Verpflichtung zur Anonymisierung des Whistleblowers über den gesamten Verfahrensablauf** (z.B. auch gegenüber Akteneinsichtsbegehren) hinweg haben, wobei dies in der strafprozessualen Hauptverhandlung sicherlich besondere Regelungen und eventuell auch Durchbrechungen erfordert, um auch die Interessen der Angeklagten zu wahren.

16. Welche Elemente müsste Ihrer Auffassung nach eine gesetzliche Regelung für ein schützendes Whistleblowing- bzw. Informantenrecht mindestens aufweisen?

Es gibt **10 Elemente** die ein **effektiver gesetzlicher Whistleblowerschutz** aufweisen müsste:

1. Recht auf freie Meinungsäußerung und tatsachenbezogene Hinweise im Zivilrecht – Unmittelbare Drittwirkung von Artikel 5 Abs. 1 GG

Ähnlich wie in anderen europäischen Staaten (z.B. F) sollte auch in D die unmittelbare Geltung der Meinungsfreiheit für alle Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse im Zivilrecht explizit verankert werden, inklusive einer Zulässigkeitsvermutung für alle Äußerungen, die nicht bewusst oder leichtfertig

unwahr sind und welche die Wahrnehmung von Rechten oder die Geltendmachung öffentlicher Interessen betreffen.

2. Innerbetriebliches Beschwerde- und Hinweisrecht mit Behandlungs- und Reaktionspflicht

Für Beschäftigte sollte gesetzlich ein innerbetriebliches Petitionsrecht dahingehend gewährleistet werden, dass diese sich mit Bitten, Beschwerden und Hinweisen an den Arbeitgeber oder von diesem bezeichnete (inner- oder außerbetriebliche) Stellen wenden können, ohne dass es hierfür einer eigenen rechtlichen Betroffenheit bedarf. Dem Adressaten sollte zugleich die Pflicht auferlegt werden, sich innerhalb eines angemessenen Zeitraums mit diesen Eingaben zu beschäftigen, den Whistleblower über den Fortgang der Untersuchung zu informieren und auf die Eingabe angemessen zu reagieren. Die ordnungsgemäße Behandlung der Eingabe ist eine dem Whistleblower gegenüber bestehende Rechtspflicht und der gerichtlichen Überprüfung einschließlich möglicher Schadensersatzzahlungen zugänglich.

3. Umfassendes, sanktionsfreies und drittwirkendes Petitionsrecht – Artikel 17 GG

Das Petitionsgrundrecht des Art. 17 GG ist durch einfach gesetzliche Regelungen dahingehend abzusichern, dass auch Behinderungen und Sanktionen durch private Dritte ausgeschlossen werden. Zugleich sollten die Bürger ermuntert werden von diesem Recht durch – auch anonyme – Hinweise auf Missstände und Risiken stärker Gebrauch zu machen. Die öffentlichen Adressaten sind auf transparente Zuständigkeitsregelungen, klare Handhabungsmechanismen, Mechanismen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Entscheidenden und zeitlich und sachlich angemessene Reaktionen zu verpflichten. Es ist klarzustellen, dass Geheimhaltungspflichten insbesondere jene zum Schutze von Betriebs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnissen, soweit diese nicht den Schutz vor staatlicher Kenntnis bezwecken (wie Zeugnisverweigerungsrechte) das Petitionsrecht, welches auch das Recht zur Erstattung von behördlichen und Strafanzeigen umfasst, nicht beschränken können und dass eine Petition nach Artikel 17 GG jederzeit, also auch statt oder neben einer innerbetrieblichen Petition möglich ist. Im Gegenzug ergibt sich daraus jedoch auch die Rechtspflicht der staatlichen Adressaten berechnete Geheimhaltungsinteressen gegenüber Dritten grundsätzlich zu wahren. Dies und auch die ansonsten ordnungsgemäße Behandlung der Petition unterliegt gerichtlicher Kontrolle und Verstöße können Schadensersatzzahlungen auslösen. Es sollte auch klargestellt werden, dass das Petitionsrecht auch das Recht umfasst, sich mit Bitten und Beschwerden hinsichtlich von Verstößen gegen internationales Recht an die dafür zuständigen internationalen Stellen bzw. die völkerrechtlichen Vertragspartner der Bundesrepublik Deutschland zu wenden.

4. Recht zur Information der Öffentlichkeit als Auffangmöglichkeit

Es sind gesetzliche Klarstellungen darüber nötig, dass dem Whistleblower in bestimmten Fällen auch das Recht zum öffentlichen Whistleblowing zusteht. Dies sollte insbesondere dann bestehen, wenn dies aus der Perspektive des Whistleblowers zur Wahrung von wichtigen von unserer Verfassung und Rechtsordnung besonders geschützten Rechtsgütern geboten ist; sei es aus Gründen der Dringlichkeit (z.B. zur Abwehr von unmittelbaren Gefahren für Leben, Gesundheit oder Umwelt) oder wenn sich andere Mittel als unzureichend oder ungeeignet darstellen (z.B. weil Petitionen

rechtsmissbräuchlich behandelt wurden). Generell ist Whistleblowing an die Öffentlichkeit auch dann zulässig, wenn die Behauptungen des Whistleblowers erweislich wahr sind, sie sich als zulässige Meinungsäußerung darstellen, der keine besonders schutzwürdigen Interessen Dritter (z.B. berechnete Geheimhaltungsinteressen) entgegenstehen oder wenn jene Dritte (z.B. durch Manipulation oder Verschleppung von vorherigen Untersuchungen) ihre eigentlich schutzwürdigen Interessen verwirkt haben. Bei all dem ist auch zu berücksichtigen, dass das Interesse an der Geheimhaltung von Rechtsverstößen und daraus erlangter Vorteile kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse darstellen kann.

5. Grundsatz des Wahlrechts des Whistleblowers

Grundsätzlich sollte dem Whistleblower ein Wahlrecht zustehen ob, wann und wie er sein Recht zum Whistleblowing wahrnimmt. Dies bedeutet auch, dass die dargestellten Petitionsrechte offen, vertraulich oder anonym ausgeübt werden können und die potentiellen Adressaten hierfür geeignete Kanäle und Rückkanäle zur Verfügung stellen sollen. Zur Schaffung von Pflichten zum Whistleblowing bedarf es stets eines besonderen legitimen Schutzzweckes. Wo solche Pflichten bestehen, erweitert sich im Gegenzug auch die Pflicht des Adressaten hinsichtlich des Umfangs der Sorgfalts- und Prüfungspflichten bei der Behandlung der Eingabe, die hier einer über die bloße Kontrolle der ordnungsgemäßen Behandlung hinausgehenden vollständigen Richtigkeitskontrolle durch die Gerichte auf Antrag des Whistleblowers zugänglich ist. Vereinbarungen zur Einschränkung der o.g. Whistleblowerrechte sollten grundsätzlich unzulässig sein.

6. Effektiver Schutz des Whistleblowers und seiner Unterstützer vor jeglichen Sanktionen

Die Wahrnehmung der zu schaffenden Rechte ist durch ein umfassendes Maßregelungsverbot materiell-rechtlich und durch spezifische Beweislastregeln auch prozessual abzusichern. Dabei muss dem Whistleblower ein umfassender Restitutionsanspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht, insbesondere auf Fortbestand seines Arbeits- und Vertragsverhältnisses sowie ein umfassender Schadensersatz auch für immaterielle und psychische Schäden zustehen, wenn er darlegt, dass es einen möglichen Zusammenhang zwischen der Veränderung seiner Situation und seinem rechtmäßigen Whistleblowing gibt und die Gegenpartei nicht nachweisen kann, dass diese Zustandsänderung bzw. Beeinträchtigung auch ohne das Whistleblowing stattgefunden hätte. Auch die Nichterteilung von weiteren Aufträgen und die Nichtverlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse kann eine derartige negative Situationsveränderung zu Lasten des Whistleblowers darstellen. Außerdem darf der Whistleblower nicht für solche Rechtsverstöße sanktioniert werden, die im Zuge des Whistleblowings, etwa durch Maßnahmen zur Beweissicherung (z.B. Urheberrechts- und Geheimhaltungsverstöße) begangen wurden, soweit er diese als für die Zwecke des Whistleblowings notwendig und in ihrer Bedeutung hinsichtlich des Gegenstandes des Whistleblowings als untergeordnet ansehen konnte. Diese Regeln gelten entsprechend für Zeugen und Personen, die Whistleblower unterstützen. Im Arbeitsrechtprozessrecht ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch gerichtliche Entscheidung gegen den Willen des Whistleblowers auszuschließen. Die zügige gerichtliche Durchsetzung der Regelungen des Whistleblowerschutzes auch durch Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes ist sicherzustellen.

7. Anpassung strafrechtlicher Regelungen

Es ist klarzustellen, dass Whistleblowing, soweit es zulässig ist, oder der Whistleblower, dessen Zulässigkeit man annehmen durfte, einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund für Äußerungs- und Geheimnisdelikte darstellt. Außerdem sind untergeordnete Begleithandlungen entsprechend der dargestellten zivilrechtlichen Regelungen auch strafrechtlich gerechtfertigt. Die Bestrafung von Beleidigungen bleibt hingegen ebenso unberührt wie jene der vorsätzlich falschen Verdächtigung bzw. Verleumdung. Zum Schutze des Whistleblowers wird die vorsätzliche oder grob fahrlässige rechtswidrige Behinderung oder Beeinflussung des Whistleblowings und seiner Aufklärung sowie die Sanktionierung von Whistleblowern und Helfern unter Strafe gestellt. Entsprechende Amtsdelikte sind ebenfalls zu schaffen. Schließlich sind im Rahmen eines Unternehmensstrafrechts auch strafrechtliche Sanktionsmaßnahmen für juristische Personen und deren Organe einzuführen. Durch Änderungen des Gerichtsverfassungs- und Strafprozessrechts ist die Unabhängigkeit der Ermittlungsbehörden vor Beeinflussung durch Wirtschaft und Politik zu fördern. Dort und in der Justiz sind ausreichende Ressourcen sicherzustellen.

8. Maßnahmen zur Förderung von Whistleblowing und Zivilcourage

Neben den Regelungen zur Zulässigkeit von Whistleblowing und zum Whistleblowerschutz sind weitere staatliche Maßnahmen zur Förderung von ethischem Handeln, Zivilcourage und Whistleblowing und zu deren stärkerer Verankerung und Akzeptanz in Gesellschaft (Bildungsprojekte) und Wirtschaft (insbesondere KMUs) nötig. Nötig ist außerdem die Unterstützung von Beratungsangeboten für (potentielle) Whistleblower und die Schaffung der rechtlichen Grundlagen hierfür (Beratungsrechte, Zeugnisverweigerungsrechte bis hin zu Prozessvertretungsregelungen), sowie die Einrichtung von Fonds zur Unterstützung von Not leidenden Whistleblowern bzw. zur Opferentschädigung. Diese könnten z.B. dort eingreifen, wo jemand im öffentlichen Interesse tätig wurde sein Handeln für ihn selbst aber nachteilige Folgen hatte (z.B. Arbeitsplatzverlust nach Konkurs des rechtsbrecherischen Arbeitgebers). Die umfassende Erforschung von Whistleblowing (Motive, Situationen, Folgen) ist ebenso zu fördern, wie die (Fort-)Bildung in den damit zusammenhängenden ethischen Fragestellungen. Die Einführung von Whistleblowerregelungen im internationalen Umfeld (ILO, EU, Völkerrecht) und in der globalen „supply chain“ ist ebenfalls zu begünstigen. Alle Regelungen und Maßnahmen sind regelmäßig zu evaluieren und wo nötig nachzubessern.

9. Rechtliche Regelungen im Umfeld von Whistleblowing

Parallel zur Verbesserung der rechtlichen Stellung von Whistleblowern sollten auch im Umfeld und für ähnlich gelagerte Situationen entsprechenden Verbesserungen vorgenommen werden. Dies gilt z.B. für die Frage der Leistungsverweigerung aus ethischen oder Gewissensgründen aber auch für notwendige Verbesserungen des Informantenschutzes bei Journalisten. Generell sollte die Verpflichtung des Eigentums zur Wahrung öffentlicher Interessen (Art. 14) gestärkt werden, z.B. durch den Ausbau von Pflichten zu einer umfassenden, auch nicht ökonomische und außerbetriebliche Risiken umfassenden, Prüfungs- und Berichtspflicht die alle potentiellen Auswirkungen ökonomischen Handelns abdeckt und deren Nichtbeachtung wirksam sanktioniert werden kann. Dies ist auch zur Vermeidung von

illegitimen Wettbewerbsvorteilen geboten. Informationsfreiheitsrechte sind auszubauen. Schließlich sollte überlegt werden, inwieweit Whistleblowern auch das Recht zur gerichtlichen Geltendmachung öffentlicher Interessen und Ansprüche (qui tam) ermöglicht werden könnte. Die Förderung alternativer Konfliktlösungsmechanismen (Mediation) und von partizipativen Kommunikationsmechanismen ist auszubauen. Mobbing ist auch jenseits von Whistleblowingfällen effektiv zu bekämpfen.

10. Effektive Wahrung der Rechte von Betroffenen und umfassende Entschädigung

Auch wenn Whistleblowing vordringlich auf die Beseitigung von Missständen und die Eindämmung von Risiken gerichtet sein sollte, so kann dennoch damit auch eine Beschuldigung Dritter einhergehen. Angesichts der für einen Rechtsstaat unverzichtbaren Unschuldsvermutung sind jedoch auch deren Rechte stets zu wahren. Soweit und sobald damit keine Gefährdung der Sachaufklärung einhergeht, sind Dritte über die Vorwürfe und Ermittlungen, nicht aber notwendiger Weise auch über die Person des Whistleblowers, zu informieren. Datenschutzrechtliche Löschungsrechte sind zu gewährleisten. Nachteilige Folgen für Dritte insbesondere aufgrund von privaten und staatlichen Ermittlungsfehlern sind umfassend zu entschädigen (z.B. auch durch Erhöhung der Haftentschädigungsregelungen).

17. Reicht aus Ihrer Sicht eine Regelung im Arbeitsrecht aus, um Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer hinreichend zu schützen? Wer würde die Kosten im Falle eines Arbeitsgerichtsprozesses tragen? Sollten hier Sonderregeln vorgesehen werden, wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im öffentlichen Interesse Betriebs- oder Behördeninterna weitergeben?

An anderer Stelle finden sich ausführliche Antworten auf die Frage des Schutzes gegenüber Benachteiligungen seitens des Arbeitgebers. Der Verfasser versteht diese Frage daher dahingehend, ob auch ein **Schutz des Whistleblowers vor sonstigen Nachteilen** irgendwelcher Art bestehen sollte, was nach Ansicht des Verfassers in der Tat der Fall ist:

- Bzgl. der angesprochenen Verfahrenskosten

In der Tat tragen Arbeitnehmer und Arbeitgeber im erstinstanzlichen Verfahren vor den Arbeitsgerichten ihre Kosten selbst und es sollte eine Regelung zumindest in dem Fall des Whistleblowings im öffentlichen Interesse geben, die dem Whistleblower auf Antrag unter Darlegung der von ihm wahrgenommenen öffentlichen Interessen eine Kostenerstattung ermöglicht.

Eine noch bessere Lösung wäre die Schaffung eines Whistleblower-Hilfs-Fonds der auf Antrag schon zu Beginn einer rechtlichen Auseinandersetzung eine Rechtshilfekostenübernahmeerklärung abgeben könnte.

Eine Verbesserung der Situation von Whistleblowern könnte eventuell auch ohne öffentliche Zahlungen bereits dann erreicht werden, wenn klargestellt würde, dass Whistleblower mit Rechtsanwälten Verträge über echte Erfolgshonorare abschließen könnten und diese Kosten im Falle des Obsiegens auch von der Gegenseite erstattet werden müssen.

- Schutzbedürfnis gegenüber außenstehenden Dritten

Da es in einigen Branchen zumindest regional durchaus "Schwarze Listen" gibt, die die Neueinstellung früherer Whistleblower verhindern, wäre zu überlegen, analog zu den Antidiskriminierungsregelungen des AGG Whistleblower auch insoweit zu schützen. Ansonsten sollte jedoch bei Schädigungen durch Dritte auf allgemeine zivilrechtliche Regelungen zurückgegriffen werden.

- Klärung und Schutz im Dreiecksverhältnis

Während im vorherigen Punkt der Dritte erst in Nachhinein hinzutritt, gibt es auch Situationen, an denen neben Arbeitnehmer und Arbeitgeber Dritte von Anfang an beteiligt sind. So stellt sich z.B. die Frage, ob der Arbeitnehmer sich auch an **potentielle Täter** wenden kann, um diese von gefährlichem oder rechtswidrigem Tun abzuhalten bzw. abzubringen - nach dem Motto: "ich gebe Dir noch eine letzte Chance damit aufzuhören, ansonsten zeig ich Dich an". Auch die Frage der **Warnung von Kollegen oder Betroffenen vor Gefahren** ist in der gegenwärtigen Fassung von § 612a n.F. BGB nicht klar geregelt.

Ein sehr wichtiger und noch problematischerer Fall dürfte aber dann vorliegen, wenn die Pflichtverletzungen gar nicht im betrieblichen Bereich und somit in der unmittelbaren Einflusszone des Arbeitgebers, sondern in einem anderen Bereich geschehen, in dem der Arbeitnehmer aber andererseits nur auf Grund seiner beruflichen Tätigkeit gelangt ist. Bestes Beispiel zur Illustration dieser Problematik ist der Fall des LWK-Fahrers M. R. Strecker, der ja selbst nicht bei dem Gammelfleischbetrieb, sondern bei einer Spedition beschäftigt war. Die gleiche Problematik gilt bei jedem anderen Unternehmen, dessen Mitarbeiter in anderen Betrieben (z.B. als Leiharbeiter oder zur Wartung oder Reparatur technischer Anlagen) tätig werden. Hier hat das entsendende Unternehmen (A) gegenüber dem empfangenden Unternehmen (B) regelmäßig erhebliche Rücksichtnahme und Verschwiegenheitspflichten. Hinzu kommt, dass es sicherlich auch viele Fälle geben wird, in denen A von B ökonomisch abhängig ist. An wen soll/darf/muss sich nun also der Arbeitnehmer von A wenden? An seinen Arbeitgeber A, an B oder eventuell auch direkt an eine Aufsichtsbehörde? Wenn er sich an B oder die Behörde wendet, ohne A zuvor informiert zu haben, hat er dann eine Rechtspflicht gegenüber A verletzt und kann dafür gekündigt werden?

§ 612a n.F. BGB beantwortet all diese Fragen nicht. Die wahrscheinlichste Auslegung wäre wohl noch, dass Pflichtverletzungen bei B nicht unter die Voraussetzungen von Satz 1 subsumiert werden können (sie sind nicht "bei einer betrieblichen Tätigkeit" bei A verletzt worden), dann also die allgemeinen Rücksichtnahmeregeln gelten würden und der Arbeitnehmer von A dann entweder auf den Stand der derzeitigen Rechtsprechung, oder - im Falle einer abschließenden Interpretation von § 612a n.F. BGB - sogar noch dahinter zurück

geworfen wäre. Angesichts der Rücksichtnahmepflichten des Arbeitnehmers von A auf die Pflichten die A gegenüber B hat, wird man jedenfalls ohne eine klare gesetzliche Regelung kaum dazu kommen können, dass der Arbeitnehmer sich hier direkt an die Behörden wenden kann. Herr Strecker hätte also, wenn er sich ohne Vorabinformation seines Arbeitgebers an die Behörden gewandt hätte, durchaus entlassen werden können, und genau dies könnte ihm auch nach In-Kraft-Treten von § 612a n.F. BGB wohl immer noch passieren.

Andererseits hilft aber allein die Ausweitung des Begriffs der betrieblichen Tätigkeit auch nicht weiter. Dann würde das Problem nämlich auf der **Rechtsfolgenseite** auftauchen. Es macht ja kaum Sinn, dass von A die Abhilfe jener Missstände verlangt und ggf. eingeklagt werden kann, die bei B bestehen. Die sauberste Lösung wäre auch hier jene die in II.10 vorgeschlagen wurde, wenn der Arbeitnehmer ein Wahlrecht auf Behördeninformation hat. Dann kann ihm wenigstens nichts passieren, egal für welche Variante er sich entscheidet. Außerdem können dann jene Unternehmen, bei denen diese Problematik häufiger anzufallen droht, im Rahmen ihres freiwilligen innerbetrieblichen Hinweisgebersystems auch Empfehlungen vorsehen, wie am besten mit solchen, dort ja auch besser eingrenzbaeren, Situationen umzugehen ist.

- Schutz vor nichtdiskriminierenden nachteiligen Folgen der eigenen Offenbarung

Jenseits der bewussten Diskriminierung des Whistleblowers besteht noch ein anderes Problem. Gerade bei bedeutenden Offenbarungen, die sich auf kleine oder mittlere Unternehmen beziehen (z.B. ein Mitarbeiter offenbart, dass in einem kleinen Betrieb seit Jahren Gammelfleisch an Menschen vermarktet wird), kann dies nämlich schnell zur **Insolvenz bzw. zur behördlichen Schließung** des Unternehmens führen. Der Whistleblower ist dann zwar von niemandem bewusst diskriminiert worden, hat aber dennoch seinen Arbeitsplatz verloren, gerade weil er im öffentlichen Interesse gehandelt hat. Für derartige Fälle muss es nach Ansicht des Verfassers einen **Hilfsfonds** geben, der dem Whistleblower zumindest für eine gewisse Übergangszeit seinen bisherigen ökonomischen Status garantiert und ihn effektiv bei der Wiedereingliederung in das Berufsleben unterstützt. Derartige Regelungen müssten natürlich außerhalb des BGB erfolgen. Außerdem könnte ein solcher Hilfsfond **auch in anderen Fällen eingreifen** in denen der Whistleblower seine Ansprüche gegen den Arbeitgeber nicht oder noch nicht (also z.B. Hilfe durch Darlehen während eines Kündigungsschutzprozesses) durchsetzen konnte. Entsprechende Regelungen sind vom Parlament in den **Niederlanden** bereits beschlossen worden.

- Schutz von Unterstützern

An anderer Stelle wurde bereits darauf hingewiesen, dass Whistleblowing wahrscheinlicher wird, wenn der Whistleblower nicht alleine handelt, sondern von anderen **Personen oder Organisationen unterstützt** wird. Dies gilt vor allem für die Unterstützung von Kollegen im unmittelbaren Umfeld. In der Praxis zeigt sich, dass wenn der Whistleblower in Ungnade fällt, sehr schnell Bemühungen einsetzen, ihn zu isolieren und Unterstützer unter Druck zu setzen. Dort wo derartige Einschüchterungen zunächst nicht das gewünschte Ziel erreichen, werden Unterstützer teilweise ähnlichen Repressalien wie die Whistleblower selbst ausgesetzt. Der gesetzliche Schutz sollte daher, ähnlich wie dies im AGG bereits

geschehen ist, eine **entsprechende Ausweitung auch auf Unterstützer** des Whistleblowers erfahren. Der bei II.5 gemachte konkrete Textvorschlag trägt dem Rechnung.

18. Sollte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie Beamtinnen und Beamte das Recht eingeräumt werden, sich auch an Adressaten außerhalb ihrer Organisation bzw. ihres Betriebes zu wenden? Sollte dies generell oder nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich sein? Sollte die Information nur an eine festgelegte staatliche Stelle erfolgen oder sich Hinweisgeber auch an Medien und die Öffentlichkeit wenden können?

An anderer Stelle wurde die Meinung des Verfassers zur **notwendigen Ausweitung** auf Beamte und zur Notwendigkeit eines **Wahlrechts** zwischen "innerbetrieblichen" und "zuständigen außerbetrieblichen Stellen" bereits eingehend dargelegt. Es wurde auch bereits thematisiert, dass die außerbetrieblichen Stellen entweder irgendwo alle **aufgelistet werden sollten**, um dem Whistleblower einen einfachen Informationszugang zu ermöglichen, oder dass es eine im Gesetz zu benennende **Auffangstelle** (z.B. Polizei oder Staatsanwaltschaft) geben sollte, die dann ggf. für die Weiterleitung an die zuständige Stelle zuständig wäre. Schließlich wurde auch die Klärung der Frage der Zuständigkeit der **Volkvertretung** analog Artikel 17 GG bereits eingefordert und eine entsprechende Aufnahme angeregt.

Im Folgenden soll es daher nun um die Frage der **Zulässigkeit der dritten Stufe** gehen. Dabei geht es darum, ob neben oder nach den zuständigen Stellen noch **andere außerbetriebliche Adressaten** für zulässiges Whistleblowing in Betracht kommen bzw. kommen sollten.

Die Rechtsprechung hat immer wieder die Möglichkeit betont, dass es Situationen geben könne, in denen auch andere Adressaten von Whistleblowing, ja sogar eine Flucht in die Öffentlichkeit höchst ausnahmsweise in Betracht kommen können.

Fraglich ist auch, ob nicht auch **aus Artikel 9 Absatz 3 GG** in bestimmten Situationen zumindest für Gewerkschaftsmitglieder ein Recht zum Whistleblowing **an die Gewerkschaft** folgen muss. Wie sonst könnte die Gewerkschaft die Interessen der Beschäftigten wahrnehmen, wenn sie von klaren Rechtsbrüchen zu Lasten der Beschäftigten auf legalem Wege gar nichts erfahren dürfte?

Schließlich kann es auch **notstandsähnliche Situationen** geben, die eine Außeninformation notwendig machen können. So z.B. wenn von einem Betrieb **unmittelbare Gefahren für die Nachbarschaft**, z.B. in Form von Radioaktivität oder gefährlichen Dämpfen ausgehen, und selbst die Einschaltung von Polizei oder Feuerwehr zu lange dauern würde. Hier muss der Mitarbeiter notfalls auch gegen den Willen des Vorgesetzten, der die Sache vertuschen möchte, das Recht haben, die betroffenen Anwohner zu warnen und aus der Gefahrenzone zu retten.

Der britische "Public Interest Disclosure Act" (PIDA) hat sich dieser Problematik der 3.Stufe angenommen und diese **unter engen Voraussetzungen für zulässig erklärt**. Die Voraussetzung hierfür ist, dass Whistleblowing gutgläubig, nicht leichtfertig,

ohne Gewinnabsicht, im Hinblick auf ein Fehlverhalten von außerordentlich schwer wiegender Art an einen geeigneten Adressaten in vernünftiger Weise erfolgt. Ähnliches gilt selbst für weniger schwer wiegende Verfehlungen, wenn vorher eine erfolglose interne Befassung durchgeführt wurde und zu Vertuschungen oder Diskriminierungen geführt hat. Entsprechende Regelungen wären auch in Deutschland sinnvoll.

Demnach sind gesetzliche Klarstellungen darüber nötig, in welchen Fällen dem Whistleblower das Recht zum öffentlichen Whistleblowing bzw. zum Whistleblowing an geeignete Stellen zusteht. Dies sollte insbesondere dann bestehen, wenn dies aus der Perspektive des Whistleblowers zur Wahrung von wichtigen, von unserer Verfassung und Rechtsordnung **besonders geschützten Rechtsgütern** geboten ist; sei es aus **Gründen der Dringlichkeit** (z.B. zur Abwehr von unmittelbaren Gefahren für Leben, Gesundheit oder Umwelt) oder wenn sich **andere Mittel als unzureichend oder ungeeignet darstellen** (z.B. weil Petitionen rechtsmissbräuchlich behandelt wurden).

Generell sollte Whistleblowing an die Öffentlichkeit auch dann zulässig sein, wenn die Behauptungen des Whistleblowers **erweislich wahr** sind, die sich als **zulässige Meinungsäußerung** darstellen, der **keine besonders schutzwürdigen Interessen Dritter** (z.B. berechtigte Geheimhaltungsinteressen) entgegenstehen oder wenn jene Dritte (z.B. durch Manipulation oder Verschleppung von vorherigen Untersuchungen) ihre eigentlich schutzwürdigen Interessen **verwirkt** haben. Bei all dem ist auch zu berücksichtigen, dass das Interesse an der Geheimhaltung von Rechtsverstößen und daraus erlangter Vorteile kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse darstellen kann. Dabei sollte die Inanspruchnahme der dritten Stufe zusätzlich immer auch in einer dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** entsprechenden Weise ausgeübt werden.

Schließlich ist zu erwägen, ob nicht eine **Vorstufe** mit geringeren Voraussetzungen gegenüber dem Gang an die Öffentlichkeit - quasi eine **Stufe 2a, Sonderregelung** - für die Einschaltung bestimmter Vertreter der Gesellschaft wie einzelne **Abgeordnete** der Volksvertretungen oder **Ombudsleute** geschaffen werden sollten.

19. Befürworten Sie, Arbeitgeber zu verpflichten, einen innerbetrieblichen von den Beschäftigten gewählten Ethikschutz-Beauftragten zu etablieren?

Die Idee klingt auf den ersten Blick sehr **interessant**, es käme jedoch wahrscheinlich sehr darauf an, wie diese Funktion genau **ausgestaltet** und mit welchen Rechten sie versehen sein sollte. Sinn macht dies wohl nur, wenn es eine Pflichtbeteiligung dieser Stelle bei der Behandlung und Aufklärung von Arbeitnehmeranzeigen (und auch von sonstigen z.B. Kundenanzeigen) gäbe - jenseits von Beteiligungsrechten bei der Festlegung innerbetrieblicher Verhaltensrichtlinien, einem Einblick und einem Stellungnahmerecht bzgl. ethikrelevanter Unternehmensentscheidungen, einer innerbetrieblichen Ethik- und Konfliktberatung (inkl. Mediation) im Einzelfall oder einer Präventionsaufgabe incl. Mobbing. Diese Gesamtproblematik ist doch sehr umfangreich und eine gewählte, und ggfls. nicht in allen Bereichen qualifizierte Person kann diese Aufgaben sicherlich nicht immer optimal erfüllen, ohne mit ausreichenden Ressourcen ausgestattet zu sein, was den Unternehmen erhebliche

Kosten aufbürden würde. Schließlich stellt sich wohl noch das Problem, wie all dies bei kleinen und mittleren Unternehmen funktionieren sollte.

Ein weiteres Problem bei allen **Zwangsvorgaben für Unternehmen** im vorliegenden Bereich, ist auch die **Ernsthaftigkeit**, mit der diese Zwangsregelungen auch wirklich mit Leben erfüllt werden würden. Es besteht die Gefahr, dass sich einige Unternehmen, wenn die Funktion denn wirklich einflussreich ausgestaltet wäre, sehr darum bemühen würden, einen leitungskonformen Beauftragten durchzusetzen, womit den Whistleblowern aber u.U. gerade nicht geholfen wäre.

Es bietet sich daher wohl eher ein anderes Konzept an, nämlich mehr auf **Freiwilligkeit** zu setzen. Voraussetzung dabei wäre aber, dass es gelänge offensichtlich auch bei den Autoren des Vorschlages bestehende Vorbehalte (um nicht zu sagen Ängste) gegen eine **Aufgabe des Prinzips der verpflichtenden vorrangigen innerbetrieblichen Regelung** zu überwinden (siehe hierzu die Antwort zu Frage II.10).

Die Unternehmen hätten **dann nämlich ein unmittelbares eigenes Interesse** gute innerbetriebliche Kommunikations- und Lösungswege anzubieten, um die Arbeitnehmeranzeige im Betrieb zu halten. Sie würden den Umgang mit den Anzeigen transparent machen, von selbst Positionen wie **Ethikschutz-Beauftragte**, Beratungsangebote und eventuell auch Belohnungsmechanismen für internes Whistleblowing einführen. Gleichzeitig wäre garantiert, dass diese Lösungen auch so ausgestaltet sind, dass sie den Interessen der (potentiellen) Whistleblower genügend Rechnung tragen.

Jene Unternehmen, die sich darum nicht kümmern wollen, müssten mit häufigeren Fragen und Untersuchungen durch außerbetriebliche Stellen rechnen. Sie wären außerdem wahrscheinlich für aufgeschlossene, innovative und kritische Arbeitnehmer weit **weniger attraktiv**.

20. Besteht aus Ihrer Erfahrung die Gefahr, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Beamtinnen und Beamten bei einer Pflicht zur vorherigen Beschreitung des internen Beschwerdeweges bereits ab diesem Zeitpunkt mit internen Diskriminierungen und Benachteiligungen zu rechnen haben und die Informationsweitergabe verhindert werden kann?

Ja, und diese Gefahr wird anscheinend auch von all jenen **Unternehmen gesehen, die derzeit spezielle Whistleblowersysteme einrichten**, die auf anonymen Hotlines und Meldesystemen oder auf die Vertraulichkeit währenden Ombudsleuten (zumeist Rechtsanwälten) basieren. Bei all dem geht es ja nur und genau darum Diskriminierung wegen interner Meldungen, sei es durch Kollegen (wegen Verletzung der Kollegensolidarität), Vorgesetzte (wegen Zweifeln an der Führungsqualität oder der ungehörlichen Einmischung in fremde Angelegenheiten) oder Täter (welche die eigene Verantwortlichkeit verbergen möchten) zu verhindern.

In der Beratungspraxis des Whistleblower-Netzwerks bildet demzufolge auch gerade die **Diskriminierung nach interner Anzeige** und die Angst davor einen **Beratungsschwerpunkt**.

Gerade diese **Angst** (sei sie begründet oder unbegründet) **verhindert** täglich die **Informationsweitergabe**, das Erkennen von Risiken und die Beseitigung von Missständen. Dies **führt zu enormen Schäden** für die betroffenen **Unternehmen und die Gesellschaft** und lässt die potentiellen Whistleblower mit Gewissensqualen belastet und demotiviert zurück.

Es bleibt zu hoffen, dass immer mehr Unternehmen, und vielleicht eines Tages sogar die Unternehmensverbände, erkennen, dass **Loyalität** eine freiwillige Einstellung ist. Sie kann **nicht erzwungen**, sondern muss jeden Tag neu verdient werden. Dies kann durch reziproke Loyalität oder durch vertrauensbildende Maßnahmen geschehen. Einige Unternehmen haben diese Erkenntnis schon gewonnen und versuchen ihren Mitarbeitern die Angst vor Repressalien zu nehmen, um sie zum Reden und zum Whistleblowing zu bringen.

21. Sollte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Beamtinnen und Beamten ein Wahlrecht zugestanden werden, ob sie ihre Hinweise anonym, vertraulich oder offen abgeben und sollten Arbeitgeber dazu verpflichtet werden, all diese Möglichkeiten zu eröffnen?

Ja, es sollte ein **Wahlrecht bzgl. der Form** geben (evtl. auch was die mündliche, schriftliche und elektronische Form angeht, eine **schriftliche Bestätigungspflicht des Adressaten mag sinnvoll sein**). Darüber hinaus wäre es wünschenswert, die Wahrnehmung der Grundrechte aus Artikel 5 Absatz 1 und 17 GG in all diesen Ausprägungen auch im Grundgesetz explizit zu verankern.

Problematisch ist allerdings die **Verpflichtung der Arbeitgeber** zur Eröffnung dieser Möglichkeiten. Dieser begegnen als gesetzliche Verpflichtung ähnliche (wenn auch nicht ganz so starke) Bedenken wie sie bereits bei Frage II.19. angeführt wurden. Auch hier wäre es die **bessere Lösung, dem Arbeitnehmer** von Anfang an und während des gesamten Prozesses ein **Wahlrecht** zwischen innerbetrieblicher Stelle und zuständiger außerbetrieblicher Stelle einzuräumen. Die Entfaltung der bei Frage II.10 geschilderten Wettbewerbsprozesse würde dann eine explizite Regelung des Formwahlrechts unnötig machen.

Das Prinzip der **Formwahlfreiheit** sollte aber in jedem Falle **für die zuständigen außerbetrieblichen Stellen Anwendung** finden. Hier ist es auch noch weitergehend abzusichern, so dass zumindest bis zur gerichtlichen Hauptverhandlung die Anonymität des Hinweisgebers auch im Strafverfahren absolut gesichert und **nicht wie gegenwärtig durch Akteneinsichtsrechte ausgehebelt** wird. Erst in der Hauptverhandlung sollte das Gericht dann darüber entscheiden, wie im Einzelfall die Interessen des Angeklagten und der Zeugen in Einklang zu bringen sind.

Das angesprochene innerbetriebliche Formwahlrecht müsste aber dann und insoweit unbedingt in die Regelung des § 612a n.F. BGB aufgenommen werden, wenn diese auch in einer überarbeiteten Fassung noch das Prinzip des verpflichtenden Vorrangs des innerbetrieblichen Hinweises dem Grunde nach festschreiben würde. Ansonsten sollte das Prinzip aber in jedem Falle auch für die zuständigen außerbetrieblichen Stellen Anwendung finden.

Ein konkreter **Textvorschlag** könnte zur Integration in § 612a n.F. BGB könnte wie folgt lauten:

"Steht dem Arbeitgeber aufgrund der vorstehenden Absätze ein Anzeigerecht zu, so kann er dies offen, vertraulich - d.h. unter Einschaltung eines einer gesetzlichen Schweigepflicht unterliegenden Dritten - oder anonym wahrnehmen. Auch eine gemeinschaftliche Wahrnehmung durch mehrere Arbeitnehmer ist zulässig."

22. Welche europäischen, nationalen und kommunalen Beratungs- und Hilfsangebote stehen für Menschen bereit, die Missstände in Unternehmen oder sonstige Risikoinformationen weitergeben wollen? Würde sich aus Ihrer Sicht eine zentrale Anlaufstelle auf Kommunal-, Länder- und Bundesebene anbieten? Wie müssten diese Anlaufstellen ausgestaltet und finanziell ausgestattet sein, um die Betroffenen hinreichend zu unterstützen und deren Daten zu schützen? Würden Sie einen unparteiischen Ombudsmann als geeignete Anlaufstelle für Hinweisgeber ansehen?

Dem Verfasser ist **keine** generelle, speziell für Angelegenheiten des Whistleblowings zuständige **öffentliche Stelle bekannt**, die entsprechende **Beratungen** für Whistleblower anbietet.

Als **Adressaten für Whistleblowing** kommen öffentliche Stellen andererseits natürlich jetzt schon auf allen Ebenen in Betracht. Eine Zusammenfassung hierzu findet sich in einer Broschüre von Transparency International Deutschland (verfügbar unter: <http://tinyurl.com/3rnyth>). Besonders hervorzuheben ist dabei die Aktivität des **LKA-Niedersachsen**, welches seit längerem unter Nutzung des BKMS-Systems eine Internetmeldestelle eingerichtet hat, die anonyme Meldungen vor allem von Hinweisen zu Korruption und Wirtschaftskriminalität zulässt und auch einen Rückkanal anbietet. Ein ähnliches Angebot, mit anderer Technik, findet sich auch beim **LKA-Brandenburg** in Form einer Internetwache. Eine **eigentliche Beratung oder Hilfestellung für Whistleblower erfolgt hier jedoch nicht**.

Natürlich gibt es verschiedene **Lebensberatungs- und Unterstützungsstellen**, die sich anderen speziellen oder generellen Aufgaben widmen. Es ist auch davon auszugehen, dass diese von Whistleblowern mangels Alternativen angesprochen werden.

Spezielle Beratungen für Whistleblower bieten nach Kenntnis des Verfassers gegenwärtig in Deutschland nur die **Fairness-Stiftung** und der **Whistleblower-**

Netzwerk e.V. an. Beide sind als **gemeinnützig** anerkannt. Zumindest das Whistleblower-Netzwerk erhält jedoch **keinerlei finanzielle Unterstützung** und hat daher bisher mangels Kapazitäten auf eine offensive Veröffentlichung seines, für die Nachfragenden kostenlosen Beratungsangebots verzichtet. Nach Kenntnis des Verfassers ist bei der Fairness-Stiftung nur die telefonische Erstberatung kostenlos. Zu beachten ist auch, dass bisher beide Institutionen die eigentlich notwendige Rechtsberatung im Einzelfall weder anbieten dürfen, noch angeboten haben. Problematisch ist außerdem, dass auch angesichts der Unbekanntheit des Begriffs Whistleblowing davon auszugehen ist, dass potentielle Whistleblower diese Beratungs- und Informationsmöglichkeiten **vor ihrem Whistleblowing** noch **gar nicht wahrnehmen**. Viele beschäftigen sich vielmehr erst dann näher mit der Problematik, wenn sie selbst schon zu Opfern einer im Regelfall recht verfahrenen Situation geworden sind. In diesen Fällen ist eine Beratung (erst Recht ohne Rechtsberatung) wesentlich weniger effektiv, als eine **präventive Beratung** sein könnte. Transparency International beschäftigt sich in Deutschland ebenfalls mit dem Thema Whistleblowing, bietet hier, anders als in der Schweiz, aber keine Hotline für Whistleblower an.

Als weiterer Ansprechpartner der Whistleblower kommen die **Gewerkschaften oder auch Berufsverbände** in Betracht und werden insoweit wohl auch regelmäßig in Anspruch genommen. Die Durchdringung dieser Organisationen mit **Wissen um die spezielle Problematik** der Whistleblowerberatung dürfte aber noch **ausbaubar** sein. Hinzu kommt, dass einige Whistleblower im Betrieb den Eindruck gewonnen haben, dass der Betriebsrat oder die Personalvertretung sich für ihre Interessen nicht in dem aus ihrer Sicht erforderlichen Maße stark gemacht hat und dass in solchen Fällen auch **Vorbehalte** gegen eine Beratung durch Gewerkschaften aufkommen.

Anzumerken ist bei all dem, dass auf Grund der derzeitigen und auch der geplanten Regelung Whistleblower, die sich an eine Beratungsstelle wenden, damit zumindest **formal zu externen Whistleblowern werden** (jedenfalls dann, wenn sie Informationen über die Hintergründe des Whistleblowings weitergeben) und sich durch diesen **Rechtsbruch** ihre eigene Ausgangssituation gegebenenfalls noch verschlechtert. Problematisch ist auch die zum Teil unklare **Sicherstellung der Schweige- bzw. Aussageverweigerungsrechte der Beratungseinrichtungen**.

Aus Sicht des Verfassers sollten eigentlich alle Beteiligten ein Interesse daran haben, dass Whistleblowern eine möglichst **frühzeitige**, spezialisierte und kompetente Beratung in Anspruch nehmen können. Eine solche Beratung kann dann nämlich Möglichkeiten der innerbetrieblichen Klärung oder etwa ein **Mediationsverfahren** genauso anregen und begleiten wie sie ggf. Hinweise auf zuständige Stellen geben kann, die als **weitere Ansprechpartner** in Betracht kommen. Verantwortungsvolle unabhängige Beratung wird außerdem sicherlich **nicht zur Eskalation raten**, sondern eine einvernehmliche Regelung, wo immer diese möglich ist, bevorzugen.

Angesichts all dessen sieht der Verfasser einen **Bedarf, für den Aufbau einer unabhängigen Informations- und Beratungsstruktur**, was ihn im Übrigen auch schon zur Mitgründung des Whistleblower-Netzwerks e.V. veranlasst hatte. Im Idealfall sollte dies allerdings nicht nur durch eine bundesweite Telefonberatung sondern lokal erfolgen. Diese sollte auch Unterstützungen wie die Begleitung zu Klärungs- und Mediationsgesprächen oder auch Gerichtsverhandlungen einschließen,

um den oft sehr isolierten Whistleblowern auch insoweit spürbare Unterstützung zu gewähren.

Was die Ausgestaltung der Anlaufstellen angeht, so sollten diese von den nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz demnächst gegebenen Möglichkeiten zum **Angebot kostenloser Rechtsberatung Gebrauch machen können**. Andererseits sollte eine gewisse **psychologische Kompetenz** vorhanden sein, um Whistleblowern auch in ihrer psychisch oft schwierigen Situation Ersthilfe und die Vermittlung kompetenter Berater anbieten zu können. Die Beratungsstellen müssten darüber hinaus mit einem **Netzwerk von speziell ausgebildeten Anwälten und Ärzten/Psychologen/Coaches zusammenarbeiten**, von denen jene Whistleblower, bei denen größere Probleme vorliegen, im Anschluss professionell unterstützt werden können. Um weitere Erkenntnisse gewinnen zu können, wäre auch eine wissenschaftliche Betreuung derartiger Beratungseinrichtungen höchst sinnvoll.

Da Whistleblower keine Lobby haben und dies **alles in freier Trägerschaft ohne staatliche Unterstützung kaum aufbau- und finanzierbar** sein dürfte, ist aus der Sicht des Verfassers hier auch eine staatliche Verantwortung gegeben. Schließlich sind **Staat und Gesellschaft zumeist die Nutznießer** des Whistleblowings. Außerdem erscheint die finanzielle Förderung derartiger Projekte dem Verfasser sinnvoller als z.B. die nicht unerhebliche Förderung eines anonymen Pflege-Misstands-Melde-Portals im Internet. Wobei dies allerdings nicht bedeutet, dass nicht auch Meldeeinrichtungen und Fehlerberichts- und Dokumentationssysteme generell wichtige Einrichtungen sind.

In den **Niederlanden** hat die zweite Kammer des Parlaments im Dezember 2007 die Einrichtung eines **Hilfsfonds für Whistleblower** beschlossen und die Innenministerin hat in der letzten Woche angekündigt diesen demnächst zumindest in ihrem Zuständigkeitsbereich, also für Polizei und Verwaltung, einzurichten. Außerdem soll dort, angesiedelt beim nationalen Ombudsmann, ein **Whistleblowerinstitut** entstehen. Sowohl die Einrichtung eines Hilfsfonds für Betroffene, als auch die Schaffung von hinreichend ausgestatteten Beratungseinrichtungen und die Förderung der wissenschaftlichen Erforschung des Phänomens Whistleblowing wären **auch in Deutschland dringend nötig**.

Auf gesetzlicher Ebene sollten Beratungseinrichtungen mit **Aussageverweigerungsrechten und Schweigepflichten** ausgestattet werden und es muss auch durch die Rechtsordnung sichergestellt sein, dass eine solche Beratung ebenso wie die Medizinische und Rechtsberatung (für jene ist dies im PIDA explizit geregelt) **keine Verletzung der Arbeitnehmer- bzw. Beamtenpflichten darstellt** und nach § 612a BGB (überarbeitete Neufassung) explizit auch schon vor der Information des Arbeitgebers erlaubt ist. Insoweit böte sich die Einfügung eines neuen Absatzes an:

"Der Arbeitnehmer kann sich vor oder nach erfolgter Arbeitnehmeranzeige zu Zwecken der Beratung oder rechtlichen oder medizinischen Unterstützung an außerbetriebliche Stellen wenden, bei denen sichergestellt ist, dass diese ein Recht zur Aussageverweigerung haben und die betriebsbezogene Informationen im Sinne des ersten Absatzes nicht ohne Zustimmung des Arbeitnehmers an Dritte außerbetriebliche Stellen weitergeben dürfen. Soweit der Arbeitnehmer diese

Zustimmung erteilt, ist er nach den gesetzlichen Vorschriften, insbesondere nach jenen dieses Paragraphen, hierfür verantwortlich."

Was schließlich die Rolle eines **unparteiischen Ombudsmanns** angeht, so ist dem Verfasser bekannt, dass viele Whistleblower zumindest aus ihrer subjektiven Sicht die Erfahrung schildern, dass angeblich unparteiische oder unabhängige Stellen, darunter Ombudsleute genauso wie Ermittlungsbehörden, **sich im konkreten Fall gerade nicht als unabhängig und ihrer Aufgabe gerecht werdend darstellten**. In den USA gibt es für Bundesbedienstete eine zentrale Anlaufstelle, die eigentlich die Interessen von Whistleblowern schützen und vertreten soll. Der von dem Präsidenten eingesetzte Leiter dieser Organisation sieht sich aber mittlerweile Ermittlungen durch das FBI genauso ausgesetzt, wie harscher Kritik durch Whistleblower-NGOs.

Andererseits könnte ein wirklich unabhängiger und integrier **Ombudsmann oder Whistleblower-Beauftragter** in Deutschland wirklich viel für die Unterstützung von Whistleblowern tun. **Analog zu den Beauftragten für den Datenschutz** und die Informationsfreiheit könnten sie zuständig sein für die **Entgegennahme von Beschwerden über die Behandlung von außerbetrieblichen Arbeitnehmeranzeigen** und im konkreten Fall **ermitteln, ob deren Adressaten die nötigen Aufklärungsbemühungen unternommen haben**.

In diesem Rahmen käme eventuell auch die Einführung **eines Klagerechts zur gerichtlichen Überprüfung der Ordnungsmäßigkeit der Aufklärung durch außerbetriebliche Stellen** in Betracht. Dieses könnte dem Whistleblower, wenn nicht ohnehin generell, dann jedenfalls in jenen Fällen gewährt werden, in denen der Ombudsmann/Beauftragte nach einem begründeten Verdacht auf Aufklärungsdefizite feststellt und diese auch im Dialog mit der zuständigen Stelle nicht ausgeräumt werden konnten. Diese gerichtlichen Überprüfungsverfahren sollten dann für den Whistleblower **kostenlos durchführbar** sein, ihm bei erfolgreichem Abschluss aber die Möglichkeit zur **Geltendmachung von Schadensersatzforderungen** gegen die unzureichend agierende außerbetrieblich zuständige Stelle ermöglichen.

Als weitere Aufgaben könnten eine **jährliche Berichtspflicht an die Parlamente** über den Stand des Whistleblowings und die Überwachung der Verwaltung des Whistleblower-Fonds und der geförderten nicht-staatlichen Beratungseinrichtungen in Betracht kommen.

Zur Vermeidung von Interessenskollisionen erscheint es aber empfehlenswert, diese Stelle **nicht als zuständige außerbetriebliche Stelle**, also selbst als unmittelbaren Adressaten von Hinweisen, sondern **ausschließlich als Beschwerdestelle** im o.g. Sinne auszugestalten. Das **Ernenungsverfahren** sollte von großer **Transparenz** geprägt sein, wobei in diesem Prozess **früheren Whistleblowern und Whistleblower-NGOs** eine Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben werden sollte. Es erscheint zur Sicherung der Unabhängigkeit auch sinnvoll eine **längere Amtszeit** zu wählen und die Möglichkeit der **Wiederernennung auszuschließen**.

Wenn die Einrichtung eines speziellen Ombudsmannes keine Mehrheit findet, sollte zumindest erwogen werden, die nach dem **AGG errichteten Antidiskriminierungsstellen** auch für die Behandlung von Diskriminierung gegen Whistleblower für zuständig zu erklären. Ein entsprechender Formulierungsvorschlag findet sich unter II.5.

23. Sollte den Hinweisgebern neben dem Recht auf Whistleblowing auch ein eigenes subjektives und einklagbares Recht gegenüber dem Adressaten auf eine ordnungsgemäße Überprüfung ihres Anliegens und auf angemessenes Tätigwerden zur Missstandsbekämpfung eingeräumt werden bzw. sollten gesetzliche Fristen und Mindeststandards für den Umgang mit derartigen Hinweisen vorgegeben und durch Sanktionen abgesichert werden?

Die Einräumung eines Klagerechts zur Ermöglichung der gerichtlichen Überprüfung der ordnungsgemäßen Behandlung eines Whistleblowervorbringens ist aus Sicht des Verfassers zumindest dort, im Sinne einer Reziprozität von Rechten und Pflichten, **zwingend** notwendig, wo den Whistleblower seinerseits eine **Anzeigepflicht** trifft. Darüber hinaus sollte, wenn der Whistleblower eine **Diskriminierung** geltend macht und diesbezüglich eine Schadensersatzklage gegen eine zur Aufklärung verpflichtete Stelle erhebt, das Gericht verpflichtet werden, immer auch die **Ordnungsmäßigkeit der Ermittlungen zu überprüfen** (zur Einräumung einer weiteren Klagemöglichkeit im Zusammenhang mit der Einführung eines Ombudsmanns/Beauftragten vgl. II.23).

Nach dem Verständnis des Verfassers räumt der gegenwärtige Vorschlag zu § 612a n.F. BGB dem anzeigenden Arbeitnehmer einen **Rechtsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber auf Abhilfe** ein, der dann natürlich auch einklagbar sein sollte. Angesichts der nötigen **Erweiterung des Begriffs der Pflichtverletzung** (wegen der nötigen Kohärenz mit dem Gefahrenbegriff aber auch zur Abdeckung von bloßen Risikolagen) und des z.T. begrenzten tatsächlichen Abstellungsvermögens des Arbeitgebers dürfte ein Abstellen auf "Abhilfe" letztlich aber nicht in allen Fällen möglich sein.

Die **Verschleppung bzw. Behinderung der Hinweisaufklärung** bzw. -abhilfe stellt für den Hinweisgeber im Regelfall eine enorme psychische Belastung dar. Insoweit gibt es gute Gründe dem im zweiten Teil der Frage zum Ausdruck gebrachten Vorschlag zu folgen. Dies umso mehr, als auch Unternehmen, Staat und Gesellschaft, ja sogar der Angeschuldigte ein Interesse daran haben müssten, die Aufklärung oder Abhilfe mit der gebotenen Sorgfalt, aber dennoch zügig zu betreiben.

Wie an anderer Stelle ausgeführt (II.10) wären **Fristenregelungen und Mindeststandardregelungen** hinsichtlich der innerbetrieblichen Stufe auch ein wesentliches Mittel zur verlässlicheren Regelung eines grundsätzlichen Vorrangs der ersten Stufe, jedenfalls **dann, wenn** an jenem Grundsatz entgegen der Empfehlungen des Verfassers festgehalten werden sollte. In jenem Falle könnte man z.B. an die **folgende Formulierung** der Absätze 1 bis 3 des § 612a BGB denken, die sich zugleich auch der Problematik der Mindeststandarddefinition und ihrer Sanktionierung, der Gutgläubigkeit, der Auffangadressatenspezifikation, der Risikoausweitung und der Definition des Anspruchsgegenstandes widmet:

"(1) Ist ein Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden oder das Risiko einer Verletzung gesetzlich geschützter

Rechtsgüter besteht, kann er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden (interne Anzeige). Wenn der Arbeitnehmer sich in seiner Anzeige auf Tatsachen bezieht, wird das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte vermutet. Dies gilt nicht, soweit der Arbeitnehmer weiß oder leichtfertig nicht weiß, dass diese Tatsachen nicht der Wahrheit entsprechen.

(2) Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer den Zugang der internen Anzeige binnen zwei Wochen zu bestätigen und die Anzeige zügig und angemessen zu behandeln. Eine angemessene Behandlung setzt voraus, dass der Arbeitgeber sich um Aufklärung und Abhilfe bemüht, sicherstellt, dass diese Bemühungen durch Dritte nicht behindert und der Anzeigende aufgrund der Anzeige nicht benachteiligt wird und dieser über das Ergebnis jener Bemühungen unter Wahrung der Rechte Dritter in Kenntnis gesetzt wird. Der Arbeitnehmer hat hierbei auch ihm aus anderen Rechtsvorschriften obliegende Pflichten zur Anzeige an zuständige außerbetriebliche Stellen zu wahren und alles zu unterlassen, was eine Aufklärung und Verfolgung durch zuständige außerbetriebliche Stellen beeinträchtigen könnte. Soweit der Arbeitnehmer absehen kann, dass er für die Aufklärung und Abhilfe länger als drei Monate benötigt, ist er verpflichtet dem Arbeitnehmer regelmäßig über die voraussichtliche weitere Dauer der Bemühungen zu informieren.

(3) Ist ein Arbeitnehmer nach erfolgter interner Anzeige, aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass der Arbeitgeber seine Pflichten nach Absatz 2 verletzen wird oder verletzt hat, so hat er das Recht, sich an eine Staatsanwaltschaft oder eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden (behördliche Anzeige)."

Die Geltendmachung von **Schadensersatzforderungen** bliebe natürlich ebenfalls, genauso wie eine eventuelle **Sanktion auf Grund strafrechtlicher oder sonstiger Verantwortlichkeit**, möglich.

Für die Behandlung der Anzeige durch die zuständige **außerbetriebliche Stelle sollten entsprechende Frist- und Mindestanforderungen gestellt werden**, wobei der Verfasser bezweifelt, ob eine BGB-Rechtsnorm hierfür noch die gesetzgebungstechnisch richtige Stelle wäre. Umso mehr als diese Standards ja z.B. auch im Beamtenrecht gelten müssten.

Sinnvoll wäre außerdem Whistleblowern generell, zumindest aber im staatlichen Bereich, zum Ausgleich für die faktische Verschmelzung der Ebenen, durch **entsprechende Ergänzung in § 172 StPO** das Recht auf Einleitung eines **Klageerzwingungsverfahrens** einzuräumen. Zum Ausbau des strafrechtlichen Schutzes von Whistleblowern vgl. auch I.7.

24. In welchem Verhältnis sollte ein zukünftiges Recht auf Whistleblowing zu Art. 5 und Art. 17 des Grundgesetzes stehen?

Wie an anderer Stelle ausgeführt, geht der Verfasser bereits auf Grund der derzeitigen

Rechtslage von einem **drittwirkenden Verständnis** dieser Grundrechte aus und hält eine entsprechende **klarstellende Verfassungsänderung** für sinnvoll.

Im **Zivilrecht** könnte insoweit auch eine Regelung im Allgemeinen Teil des BGB, z.B. im Rahmen von **§ 226 BGB** ins Auge gefasst werden. § 226 Absatz 2 n.F. BGB könnte dann z.B. lauten: "*Unzulässig ist die Ausübung eines Rechts auch dann, wenn sie dazu dient einem anderen deshalb Schaden zuzufügen, weil er in verantwortlicher Weise von seinen Grundrechten aus Artikel 5 Absatz 1 und 17 GG Gebrauch gemacht hat oder machen will.*" Die Gesetzesmaterialien könnten dann klarstellen, dass mit den Begriffen "*in verantwortlicher Weise*" ein Bezug auf die Wertungen des § 612a n.F. BGB genommen werden soll.

Solange aber nur eine weniger umfassende Regelung im Arbeitsrecht angestrebt wird, macht es durchaus Sinn den **letzten Absatz von § 612a n.F. BGB** wenigstens um eine Klarstellung dahingehend zu ergänzen, dass Rechte aus Artikel 5 und 17 des Grundgesetzes ebenfalls **unberührt** bleiben.

25. Macht es Sinn, Unternehmen stärker in die Verantwortung zu nehmen, z. B. durch die Einführung eines Unternehmensstrafrechts und/oder Etablierung von unternehmensinternen Mindeststandards an strukturellen und materiellen Maßnahmen, die zur Vorbeugung von Missständen und kriminellen Handlungen umgesetzt werden müssen? Wenn ja, wie könnte ein solches Aussehen?

Ja! Ähnlich wie Transparency International erachtet auch der Verfasser die **Einführung eines Unternehmensstrafrechts für sinnvoll**, um eine **Parallelität der Ebenen von Vorteil und Verantwortung** zu erreichen. Wenn die Vorteile vor allem dem Unternehmen zufließen, ist es nur gerecht und konsequent dieses auch (i.d.R. neben den betreffenden Personen) zur Verantwortung zu ziehen.

Dieses könnte dann auch noch genauere Festlegungen (vgl. I.7 und I.8) hinsichtlich der Verantwortung der Unternehmen für Untätigkeit einerseits und Ermittlungsbehinderung, -manipulation oder -vereitelung andererseits enthalten.

Eine weitere Ausdifferenzierung diesbezüglicher Vorschläge ist im begrenzten Rahmen dieser Stellungnahme allerdings leider nicht möglich.

An dieser Stelle sei auch nochmals ein Hinweis darauf erlaubt, dass bereits unter I.7 die Forderung nach dem **Ausbau der klassischen strafrechtlichen Möglichkeiten** (also jenseits eines erst zu schaffenden Unternehmensstrafrechts) zum Schutze von Whistleblowern sowohl gegen Aufklärungsmanipulationen als auch gegen Diskriminierungen erhoben wurde.

Was die **Frage nach Mindeststandards** angeht, so hat sich der Verfasser bereits an anderer Stelle für eine **Wahlfreiheit** zwischen erster und zweiter Adressatenstufe (II.10) und gegen zu viele Vorgaben (II.19) ausgesprochen. Damit reduziert sich die Notwendigkeit zur Einführung von (gesetzlichen) Mindestqualitätsstandards erheblich und wird durch einen **Wettbewerb um das für den Whistleblower attraktivste**

interne System abgelöst. Natürlich müssen auch in derartigen Systemen die ohnehin schon **bestehenden gesetzlichen Mindestvorgaben** zu den Kompetenzgrenzen privaten Handelns (keine quasi-polizeilichen Eingriffsbefugnisse) und insbesondere zum Schutz der Rechte und Daten der Beschuldigten (II.26) genauso beachtet werden, wie die bestehenden Mitbestimmungsrechte und die **Mitwirkungsrechte** der Belegschaft.

Würde hingegen an dem rechtlichen **Vorrang der innerbetrieblichen Klärung** festgehalten, so bietet sich ein anderes Bild. In jenem Falle wäre die Festschreibung innerbetrieblicher **Mindeststandards durchaus sinnvoll**. Praktisch stellen sich dann aber Probleme, Regeln so zu beschreiben, dass sie **nicht nur auf dem Papier** eingehalten, sondern auch in der Praxis gelebt werden. Am ehesten ist dies noch hinsichtlich **Formalien** möglich: z.B. die Pflicht zur Eingangsbestätigung, Informationspflichten über Untersuchungsfortgang, Stellungnahmerechte, Fristenregelungen, Datenschutzregelungen, Vertraulichkeitsrechte und Mitarbeiterbeteiligungsregelungen. Eine **inhaltliche Qualitätssicherung** in Bezug auf Untersuchungs- und Abhilfegüte sowie hinsichtlich der Umsetzung des Diskriminierungsverbots dürfte aber schon **wesentlich schwieriger** abzusichern sein. Hinzu kommt, dass sich hier auch Probleme aus der **Vielgestaltigkeit unternehmerischer Wirklichkeit** ergeben. So dürften z.B. unterschiedliche Unternehmensgröße, Unternehmensstruktur und Unternehmensverschränkungen zu umfangreichen Sonderregelungen führen, auf die hier nicht im Detail eingegangen werden kann. Auch dies spricht für die **Überlegenheit der Wahlfreiheitslösung**. Im großen Bereich der Vorsorge stellt sich ebenfalls die **Frage der materiellen Definierbarkeit von Qualität**.

Trotz der geäußerten Skepsis hält es der Verfasser jedoch für sinnvoll, diesen Bereich genauer zu erforschen. Gerade wenn es zur Einführung eines **Unternehmensstrafrechts** kommt, sollte auch das Modell der **US-Sentencing-Guidelines** genauer in den Blick genommen und auf seine Übertragbarkeit nach Deutschland überprüft werden. Andererseits dürfte es dem Richter in jenen Fällen aber auch ohne explizite gesetzliche Regelungen möglich sein, bei dem gegenüber einem Unternehmen zu verhängenden Strafmaß zu berücksichtigen, inwieweit dieses sich um eine Vorsorge, Kontrolle und Aufklärung von Risiken und Missständen bemüht bzw. bemüht hat. Im Mittelpunkt des Unternehmensstrafrechts muss die Verantwortlichkeit für systematisches und das Unternehmen prägendes Handeln bzw. Unterlassen und vor allem auch die Sanktionierung und Abschöpfung rechtswidrig erzielter Vorteile stehen.

26. Welche Regelungen wären notwendig, um das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung derjenigen zu wahren, deren vermeintliches oder tatsächliches Fehlverhalten enthüllt wird?

Wie bereits bei II.16 angesprochen, ist die **effektive Wahrung der Rechte** der von Fehlverhaltensvorwürfen Betroffenen und, wo nötig, deren **umfassende Entschädigung** eines der 10 Kernelemente vernünftiger Whistleblowergesetzgebung. Dies betrifft auch das **Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung** und

dasjenige der **Vertraulichkeit und der Integrität der informationstechnischen Systeme**, geht aber zugleich wesentlich darüber hinaus.

Whistleblower geht es vor allem um die Bekämpfung von Missständen und die Erkenntnis über und die angemessene Reaktion auf Risiken. Dennoch kann mit Whistleblowing auch eine Beschuldigung Dritter einhergehen. Angesichts der für einen Rechtsstaat unverzichtbaren **Unschuldsvermutung** sind jedoch auch deren Rechte stets zu wahren. **Soweit und sobald damit keine Gefährdung der Sachaufklärung** einhergeht sind Dritte über die Vorwürfe und Ermittlungen, **nicht** aber notwendiger Weise auch über die **Person des Whistleblowers, zu informieren**. Datenschutzrechtliche **Löschungsrechte sind zu gewährleisten**. Nachteilige Folgen für Dritte insbesondere aufgrund von privaten und staatlichen Ermittlungsfehlern sind **umfassend zu entschädigen** (z.B. auch durch Erhöhung der Haftentschädigungsregelungen).

Was die Forderungen hinsichtlich des Datenschutzes für Betroffene angeht, so sind diese in der **Stellungnahme der Europäischen Artikel-29-Datenschutzgruppe vom 1.2.2006** (<http://tinyurl.com/4l66q5>) detailliert dargelegt. Die dort aus den bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen abgeleiteten Garantien auf Information (soweit nicht ermittlunggefährdend) und Löschung von Daten (soweit nicht mehr nötig) sind selbstverständlich auch unter einem gesetzlichen Whistleblowerregime zu beachten.

Entgegen der insoweit rechtlich unverbindlichen Meinung (die sich an jener Stelle auch nicht auf eine Interpretation von Rechtsnormen stützt) der Artikel-29-Gruppe ist der Verfasser aber nicht der Meinung, dass dem Whistleblower möglichst keine Anonymität, sondern stattdessen nur Vertraulichkeit angeboten werden sollte. **Anonymität ist zwar schwer zu erreichen**, einem Whistleblower, der meint, auch dieses Schutzes zu bedürfen, **sollte sie aber nicht gesetzlich verweigert werden**. Außerdem stellt ja auch die Artikel-29-Gruppe selbst fest, dass die **Daten des Whistleblowers allenfalls bei dessen Böswilligkeit an den Beschuldigten weitergegeben werden dürfen**.

Aufgrund der **weitgehenden Gewährung von Akteneinsicht** ist die Praxis bei den deutschen Staatsanwaltschaften jedoch eine ganz andere. Whistleblower, die vorher über dieses Risiko zumeist auch gar nicht vollständig informiert wurden, werden über die Akteneinsicht **enttarnt und dann abgestraft**. Diese Praxis ist deutlich **einzuschränken**.

Entscheidendes Kriterium dabei muss es sein, dass für den Betroffenen ein Recht auf **rechtliches Gehör und ein faires Verfahren** gewährleistet wird. Dies gilt vor allem im staftgerichtlichen Verfahren. Wenn es insbesondere dort aber hinsichtlich der Einschätzung der Stichhaltigkeit von Vorwürfen letztlich nur auf Zeugenaussagen ankommt und somit die Glaubwürdigkeit der Zeugen eine entscheidende Rolle spielt, muss der Angeklagte, bevor es zu einer Verurteilung kommt, die Möglichkeit haben diesen Zeugen auch ins Kreuzverhör nehmen lassen zu können. Die **Entscheidung über den Zeitpunkt und die Art der Offenlegung sollte dann aber das Gericht treffen**.

Über diese Problematik muss der **Whistleblower von Anfang an ausreichend informiert werden**. D.h. letztlich sollte er ein **Wahlrecht haben, ob er seine Anonymität bzw. Vertraulichkeit wahren will oder nicht**. Wählt er Ersteres, so

steht der Staatsanwaltschaft das Beweismittel "Whistleblower" dann eben in letzter Konsequenz nicht bzw. zumindest nicht in einer direkt in den Prozess einbringbaren Form zur Verfügung. Diese Einschränkungen sind in einem Rechtsstaat, der das Selbstbestimmungsrecht der Person wahrt, letztlich hinzunehmen.

Entscheidend ist außerdem, die **Verantwortung zwischen dem Whistleblower und der aufklärenden Ebene klar zu trennen**. Der Whistleblower soll informieren, er soll nicht ermitteln und schon gar nicht den vermeintlichen Täter öffentlich an den Pranger stellen können, wenn es auch die Möglichkeit zur Durchführung ordnungsgemäßer Ermittlungen durch zuständige Stellen gibt. Nur dort, wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist oder diese Stellen versagt haben und daher dem Whistleblower ausnahmsweise das Recht zur Einschaltung der **dritten Adressatenstufe** zusteht, gilt etwas anderes. Hier ist es dann eben gerade nicht mehr eine innere Angelegenheit des verantwortlichen Unternehmens oder eine in der alleinigen Verantwortung der zuständigen außerbetrieblichen Stelle liegende staatliche Ermittlung, sondern ein besonderes Recht des Whistleblowers, letztlich auch den Gang an die Öffentlichkeit wahrnehmen zu können. Wo er dieses Recht nutzt - aber auch nur, wo er es ist, der den **Verdacht in die Öffentlichkeit entlässt** und so den Betroffenen einer maximalen Gefährdung aussetzt -, ist der **Whistleblower in der Verantwortung**. Sein Handeln kann in diesem Fall nur dann rechtmäßig sein, wenn der Betroffene seine **Rechtseinschränkungen selbst zu verantworten hat** oder die Rechte des Betroffenen im Rahmen einer **Abwägungsentscheidung** hinter denen der Öffentlichkeit auf Kenntnis zurücktreten müssen.

Bei den **zuständigen Stellen** der ersten und zweiten Stufe stellt sich die Situation aber ganz anders dar. Hier sind **diese**, und eben nicht der Whistleblower für die Geheimhaltung **verantwortlich**. Dabei ist zwischen internen, d.h. typischerweise privaten, und externen, typischerweise öffentlichen Stellen zu unterscheiden. Es kann nicht angehen, dass sich **interne Stellen** in den Betrieben Ermittlungsmöglichkeiten anmaßen, die über die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen hinausgehen und dabei die Beschuldigtenrechte auf der Strecke bleiben. Laut Aussagen der Staatsanwaltschaften gibt es derzeit schon genügend Fälle, in denen durch stümperhafte interne Vorermittlungen ordnungsgemäße staatsanwaltschaftliche Ermittlungen verhindert und derart rechtswidrig erlangte Beweismittel unverwertbar wurden. Auch hierin liegt nochmal eine eigenständige Begründung gegen den zwangsweisen Vorrang der internen Anzeige. Es spricht jedenfalls dafür, dass die angesprochenen internen Stellen auch genauestens darüber Bescheid wissen sollten, was sie dürfen und was sie nicht dürfen, und wann sie ihrerseits besser die Polizei und die Staatsanwaltschaften bzw. andere zuständige außerbetriebliche Stellen einschalten sollten.

Bei den zuständigen **außerbetrieblichen, in der Regel öffentlichen Stellen** sollte die **Vertraulichkeit der Ermittlungen oberstes Gebot** sein. Dies jedenfalls insoweit, als eine Durchbrechung nicht ausnahmsweise aus ermittlungstechnischen oder Gefahrenpräventionsgründen dringend geboten ist. Dort, wo der Staat seinen Geheimhaltungsverpflichtungen gegenüber Betroffenen nicht nachkommt, liegt eine Pflichtverletzung und ein Grundrechtseingriff vor, für den notfalls auch **verschuldensunabhängig Entschädigungsmöglichkeiten für die Betroffenen** bestehen müssen.

Schließlich sollten sich auch die **Medien** ihrer insoweit bestehenden **Mitverantwortung** stellen und auch mit speziellen Informationskampagnen zu einer stärkeren Verankerung der Unschuldsvermutung beitragen und auch dann noch berichten, wenn sich ein **Verdacht** im Nachhinein als **unbegründet** herausstellt.

27. Teilen Sie die Einschätzung, dass der Informantenschutz für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch der Wirtschaft, insbesondere international operierenden Unternehmen, nutzt?

Ja!

Von einer Rechtsvorschrift, die klare und in der Praxis effektive Regelungen zum Whistleblowing und zum Whistleblowerschutz trifft, sind erhebliche Vorteile auch und gerade für die Unternehmen zu erwarten:

- die Märkte und damit der Wettbewerb werden fairer, **Marktverzerrungen durch Regelbrüche werden verringert**: angesichts höherer Entdeckungsfahr zwingt ein besseres Whistleblowing-Regime alle Unternehmen zu besserer Regelbeachtung und führt zu fairerem Wettbewerb. Hiervom profitieren jene Unternehmen, die sich regelkonform verhalten;
- die Unternehmen können die extrem **wichtige Ressource** innerbetrieblich vorhandener **Risiko-Informationen** besser erschließen: dies gilt vor allem auch für die Unternehmensleitung, die bisher zumeist auf durch verschiedene Hierarchieebenen weitergeleitete, und eventuell um für diese Ebene jeweils kritische Informationen bereinigte Informationen angewiesen ist. Whistleblowing eröffnet hier **alternative Informationskanäle**;
- **Compliance und Prävention von Wirtschaftskriminalität** und Korruption werden verbessert: dies sind die Bereiche, die in einer ersten Welle am stärksten und offensichtlichsten von mehr Whistleblowing profitieren werden; es sind ja auch jene, in denen Unternehmen bereits heute auf freiwilliger Basis bzw. zur **Sarbanes-Oxley-Act Compliance** aktiv wurden;
- **Bessere Risikovorsorge**: in allen Bereichen des Unternehmens wird mehr über Risiken geredet, d.h. diese können früher erkannt, besser und Erfolg versprechender bearbeitet und in Chancen für das Unternehmen umgewandelt werden;
- **Reduzierung von Kontrollkosten**: zumindest mittelfristig wird funktionierendes Whistleblowing den Unternehmen dank seiner **Abschreckungswirkung** auf potentielle Täter und seiner Universalität auch das Rückführen von kostenträchtigen Kontrollmechanismen erlauben. Beim Whistleblowing fallen auch Kosten z.B. bzgl. Ermittlungsaufwand an - dies jedoch nicht generell, sondern nur bei konkretem Anlass und Aussicht, von den gewonnenen Erkenntnissen in wesentlich größerem Maße profitieren zu können;
- das innerbetriebliche **Vorschlagswesen** und die **Innovationskraft** der Unternehmen wird **gestärkt**: Die Mitarbeiter werden eher auch kritische Probleme beleuchten. Gerade in der Fehleraufarbeitung schlummern entscheidende und vielfach noch ungenutzte Produktivitätssteigerungs- und Innovationspotentiale;
- das **Kommunikationsklima** im Betrieb kann durch die Schaffung eines angstfreien Raums **wesentlich verbessert** werden: auch dies wird sich unmittelbar positiv auf die **Effizienz und Produktivität** der Unternehmen auswirken;
- **höhere Mitarbeiterloyalität**: wirkliche Loyalität kann nicht erzwungen werden. Sie ist eine intrinsische Motivation, die wächst, je mehr die Mitarbeiter dank eines effektiven Whistleblowerregimes das Gefühl haben, dass das Unternehmen auch dann an ihrer Meinung interessiert ist, wenn diese kritische Elemente enthält und sie merken, dass Missstände und

Probleme im Unternehmen auch transparent angegangen werden. Während sich erzwungene Loyalität in der Krise auflöst, bewährt sich echte Loyalität gerade dann. Auf diese Weise wird auch die **Krisenstabilität** der Unternehmen erheblich erhöht;

- die **intrinsische Arbeitsmotivation** der Mitarbeiter wird erhöht: in einem Raum, in dem eine angstfreie Kommunikation möglich ist, wird die Motivation und Freude aller bei der Arbeit automatisch wachsen;
- Fluktuation und **innere Kündigungen werden vermieden**: jene Mitarbeiter, die bisher in die Optionen "Schweigen" bis hin zur "inneren Kündigung" und "Weggehen" getrieben wurden, bleiben dem Unternehmen erhalten;
- Unterschwellige **Negativkommunikation nach Außen wird eingedämmt**: jene die "schweigen", schweigen nicht wirklich. Untersuchungen zeigen, dass diese in ihrem persönlichen Umfeld sehr wohl über ihre Erfahrungen berichten und dies eine unterschwellige Negativkommunikation mit sich bringt, die dem Unternehmen schadet. Entsprechendes gilt für "Weggeher" und jene, die unterbliebenes Whistleblowing oder Repressalien gegen Whistleblower beobachten;
- **höhere Stakeholder-Akzeptanz**: Der US-Sarbanes-Oxley-Act schreibt Whistleblowerregime zum Schutze der Aktionäre vor. Unternehmen, die ein besseres Risikomanagement haben, sind demnach für Kapitalgeber attraktiver und können so ihre Kapitalkosten erheblich senken. Es ist zu erwarten, dass derartige Faktoren auf den internationalen Kapitalmärkten noch an Bedeutung gewinnen werden;
- **höhere Shareholder-Akzeptanz**: Große und mittlere Unternehmen können es sich heute nicht mehr leisten, als unethische oder nicht nachhaltige wirtschaftende Unternehmen zu erscheinen. Bei zahlungskräftigen und aufgeklärten Kunden wird der **gute Ruf des Unternehmens** bei der Kaufentscheidung immer wichtiger. Viele Unternehmen entfalten deshalb bereits erhebliche Aktivitäten im Bereich **Corporate Social Responsibility (CSR)**. Problematisch ist jedoch, dass vieles bislang nur auf dem Papier steht bzw. die Unternehmen auch nur schwer nachweisen können, wie ernst sie es mit der Verantwortung tatsächlich nehmen. **Effektive Whistleblowerregime können für sie ein ideales Werkzeug zur Implementierung von praktischer Unternehmensethik und CSR darstellen. Whistleblowing kann zum Lackmustest werden.**

Zu bedauern ist allerdings, dass die **vorgeschlagene Regelung**, wie an anderer Stelle aufgezeigt, den nötigen Standards für klaren und praxiseffektiven Whistleblowerschutz nicht genügt. Die genannten Vorteile dürften sich insoweit auch **allenfalls ansatzweise** realisieren lassen, falls an dem bisherigen Vorschlag festgehalten werden würde.

Entscheidend bei jeder Art von Regelung ist außerdem, was die Unternehmen daraus machen: Ob sie diese nur widerwillig auf dem Papier umsetzen oder wirklich mit Leben füllen. Unternehmen, die letzteres tun, werden natürlich auch wesentlich stärker profitieren, wobei, wie an anderer Stelle gezeigt (II.10), gerade das **Wahlrecht des Whistleblowers einen entscheidenden Anreiz** für die Unternehmen bieten würde, das Whistleblowerregime mit Leben zu erfüllen.

Für **international** operierende Unternehmen kommt hinzu, dass es auf vielen relevanten Märkten bereits gesetzliche Regelungen zum Whistleblowing gibt. Unternehmen, die diese von zu Hause kennen, würden deshalb auch über **Eingliederungs- und Umsetzungsvorteile** verfügen.

28. Sollte Informantenschutz für Hinweise des Arbeitnehmers sich nicht – über Verletzung betriebsbezogener „gesetzlicher Pflichten“ hinaus – erstrecken auf ähnlich gewichtige Missstände und Risiken, z.B.

- a) Bagatellisierung von Schadensfällen und kontroverse Risiko-Einschätzungen;
- b) Missachtung beruflicher Standards;
- c) Unterdrückung / Vernichtung missliebiger Dokumente;
- d) Verschwendung bzw. Fehlgebrauch von Subventionen oder betrieblicher Finanzmittel diesseits § 266 StGB;
- e) Kritik an betrieblichen Missständen oder heiklen Praktiken;
- f) Verstöße gegen internationale Abkommen, die noch nicht national-gesetzlich umgesetzt sind

Folgt man dem hier vertretenen Ansatz der umfassenden Drittwirkung von Artikel 5 und Artikel 17 Grundgesetz, wären diese Bereiche erfasst. Anders stellt sich dies dar, wenn es um eine Missstands- bzw. Whistleblowing-Gegenstandsfestschreibung in einer speziellen Whistleblowing-Erlaubnisnorm wie z.B. § 612a n.F. BGB geht. Bei genauerer Betrachtung erscheint es dem Verfasser jedoch auch in jenem Falle unnötig eine derartige listenhafte und von vornherein immer unvollständigen Festlegungsvorzunehmen. Alle Fälle lassen sich nämlich in ein einziges Koordinatensystem mit den vier Dimensionen Normverbindlichkeit, Schadensumfang, Risikowahrscheinlichkeit und vermeintlich verbleibende Zeitspanne bis zum Verletzungseintritt zurückführen.

Die **Dimension Normverbindlichkeit** wird dabei zunächst durch die entsprechend ihrem Rang in der Normenhierarchie geordneten Rechtsakte von der Verfassung, über das Gesetz bis hin zur Satzung und dann weiter über innerbetrieblich verbindlichen Regelungen bis hin zu beruflichen Standards und der Ethik, ja letztlich des individuellen Gewissens gespannt.

Die **Dimension Schadensumfang** kann auch als die Schwere der Normverletzung begriffen werden und reicht von gar nicht bis vollständig. Die **Dimensionen Risikowahrscheinlichkeit** spannt sich auf von sicher eingetreten, über wahrscheinlich, bis hin zu unwahrscheinlich und unmöglich. Jene der **Zeit** von "keine" bis "in ferner Zukunft".

Der vorliegende Gesetzesentwurf beschränkt sich auf gesetzliche Regelungen, fordert also eine klare Mindestausprägung der Dimension Normenverbindlichkeit, nämlich jene der er selbst entspricht. Sonderlich problematisch dürfte dies angesichts der weitgehenden Verrechtlichung unserer Gesellschaft auch nicht sein. Es wird sich für viele der o.g. Fälle eine gesetzliche Regelung finden lassen.

Für wesentlich problematischer hält der Verfasser hingegen, dass der Vorschlag zu § 612a n.F. BGB sich bei der Beschreibung der Zeit und der Risikodimension,

zumindest wenn man auf Absatz 1 Satz 1 abstellt, auf die Worte "verletzt werden" beschränkt. Dies könnte so interpretiert werden, dass eine Pflichtverletzung bereits erfolgt sein muss bzw. zumindest begonnen haben muss. Der in Absatz 2 verwendete Begriff der Gefahr zeichnet sich aber typischer Weise durch eine wesentlich weitere Erstreckung, sowohl auf der Risikowahrscheinlichkeitsachse als auch auf der Zeitachse aus. Insoweit noch weitergehend ist der Begriff des Risikos dessen Verwendung, wenn es denn bei einer Regelung im Rahmen von § 612a BGB bleiben sollte für vorzugswürdig hält.

Bei genauerer Betrachtung fällt dann allerdings noch auf, dass der Vorschlag in der Normendimension gar nicht auf eine gesetzliche Regelung sondern vielmehr auf eine Pflichtverletzung abstellt. Dies ist eine zusätzliche Voraussetzung die mit Blick auf einen Verstoß bzw. eine Verletzung sinnvoll, mit Blick auf ein Risiko aber nicht mehr zweckgemäß. Gegen Pflichten kann verstoßen bzw. diese können verletzt werden; vorgelagerte Risiken beziehen sich aber ähnlich wie auch Gefahren mehr auf die abstraktere Rechtsgutsebene, als auf die Pflichtenebene. Dies ist also bei einer entsprechenden Ausweitung auf die Risikoebene zu berücksichtigen.

Die hier für eine Änderung in § 612a n.F. BGB vorzuschlagende Formulierung lautet daher: "gesetzliche Pflichten verletzt werden oder das Risiko einer Verletzung gesetzlich geschützter Rechtsgüter besteht". Bedenkt man, dass hierunter z.B. auch die Menschenwürde, körperliche Unversehrtheit, Gewissensfreiheit und auch Haushaltsgrundsätze wie Wirtschaftlichkeit fallen, so dürften letztlich nahezu alle oben gelisteten Fälle abgedeckt sein und allenfalls noch private oder gruppenspezifische, von der Rechtsordnung nicht übernommene Normvorstellungen, nicht erfasst sein.

Genau jene auch noch zu erfassen, würde letztlich auf die eingangs geforderte völlige Abdeckung jeglicher tatsachenbezogener Kommunikation über drittwirkende Grundrechte (aus Artikel 5, 17 und eventuell auch noch aus Artikel 4 GG) hinauslaufen, die der Verfasser sogar noch mehr begrüßen würde.

29. § 2 d des „Gesetzes über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes“ sieht bisher für Geheimdienst-Mitarbeiter ebenfalls vor, dass interne Abhilfe vergeblich versucht worden sein muss, bevor sie sich mit Eingaben oder Problemhinweisen direkt an das Parlamentarische Kontrollgremium des Bundestages wenden dürfen.

(„Angehörigen der Nachrichtendienste ist es gestattet, sich in dienstlichen Angelegenheiten, jedoch nicht im eigenen oder Interesse anderer Angehöriger dieser Behörden, mit Eingaben an das Parlamentarische Kontrollgremium zu wenden, soweit die Leitung der Dienste entsprechenden Eingaben nicht gefolgt ist.“)

ALLE Fraktionen des Bundestages (Gesetzentwurf vom 19.4.2008 aus CDU/CSU: MdBs Röttgen, Uhl, Schmidbauer; GE aus SPD: Oppermann et al. 14.4.2008; GE der FDP, BT-Drs. 16/1163; GE Linke/Neskovic vom

13.5.08; Antrag Grüne, BT-Drs. 16/843) wollen nun jedoch sogleich eine direkte Kontaktierung des PKG ermöglichen, ausdrücklich weil die bisherige Notwendigkeit eines vorherigen internen Abhilfe-Versuchs sich als hinderlich für die Aufhellung von Problemen erwiesen hat.

FRAGE: Sind diese Feststellungen und Schlussfolgerungen, interne Abhilfeversuche sollten externen Hinweisen nicht mehr vorausgehen müssen, grundsätzlich übertragbar auf den Arbeitnehmer-Bereich, so dass der Entwurf des § 612a BGB entsprechend geändert werden sollte?

Ja! Das Beispiel zeigt erneut:

1. Whistleblowing wird an immer mehr Stellen gebraucht, um verborgene Informationen denen zur Verfügung zu stellen, die sie kennen müssen und sollen;
2. die Problematik ist letztlich universell und Bedarf einer einheitlichen statt sektoralen Regelung;
3. auf zweiter oder spätestens dritter Stufe bzw. Adressatenebene muss es in einer demokratischen Gesellschaft die Möglichkeit einer Kontrolle auch durch die Volksvertretung geben;
4. da eine kriterienbezogene taugliche Abgrenzung von erster und zweiter Adressatenebene nicht wirklich möglich ist, muss zwischen diesen ein Wahlrecht bestehen.

Alle diese Punkte wurden an anderer Stelle dieser Stellungnahme schon ausführlich behandelt.

30. Sollte der betriebliche Informantenschutz flankiert werden durch besseren Schutz von Informanten und Hinweis-Empfängern wie Journalisten auch vor strafrechtlicher Verfolgung?

Ja!

Die Kontrolle der drei klassischen Gewalten durch die **Medien als vierte Gewalt** ist für eine demokratische Ordnung konstitutiv. Dies gilt auch und gerade da wo Medien über wahre oder vermeintlich Missstände in staatlichen Einrichtungen berichten. Die begrüßenswerten **Urteile des Bundesverfassungsgerichts** zu dieser Problematik haben Maßstäbe gesetzt.

Außerdem zeigt sich in der Folge des 11.9.2001 auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene ein immer **stärkeres Überwachungsverlangen der Sicherheitsbehörden**, das durch stetiges Anwachsen der technischen Möglichkeiten forciert wird. Zumindest für die klassisch aufgrund ihrer Zeugnisverweigerungsrechte privilegierten Gruppen, also Journalisten, aber auch Ärzte und Rechtsanwälte, denen allen eine besondere Bedeutung bei dem Schutz und der Unterstützung von Whistleblowern im Einzelfall zukommen kann, muss die gegenwärtig zu beobachtende rechtliche und praktische **Erosion der Zeugnisverweigerungsrechte** gestoppt, ja umgekehrt werden.

An anderer Stelle wurde bereits ausgeführt, dass die rechtliche Zulässigkeit einer **dritten Adressatenstufe** - und dies schließt Medien und Journalisten ein - ein

wichtiges Element für einen effektiven Whistleblowerschutz ist, und dass dieser für ein Whistleblowing in öffentlichen Einrichtungen eine nochmals gesteigerte Bedeutung zukommt. Jenseits der rechtlichen Frage ihrer Zulässigkeit ist jene der faktischen Existenz und Gangbarkeit der dritten Stufe aber ebenfalls von entscheidender Bedeutung.

Einem demokratischer Staat und insbesondere dessen Einrichtungen darf es nicht gestattet werden, sich gegen diese faktische Möglichkeit dadurch zu immunisieren, dass Journalisten, die diese Geschichten veröffentlichen, zur Zielscheibe staatlicher Durchsuchungen und Repressalien gemacht werden. Auf europäischer Ebene hat zuletzt der Fall des deutschen Stern-Journalisten Hans-Martin Tillack gezeigt, wie schnell Behörden bereit sind, offensichtlich aus der Luft gegriffene Vorwürfe zum Angriff gegen unliebsame Journalisten zu nutzen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dem mit deutlichen Worten widersprochen. Der Gesetzgeber sollte diese Gefahr nicht ignorieren, sondern ihr durch eine Verbesserung des Schutzes von Journalisten vor Überwachungen, Informantenausforschung und Bespitzelung - sei es durch staatliche Stellen oder durch Dritte - einen klaren Riegel vorschieben.

Auf internationaler Ebene haben bereits im Jahre 2004 die Sonderbeauftragten für Meinungsfreiheit von UN, OSZE und OAS in einer gemeinsamen Erklärung (<http://tinyurl.com/4xaaqz>) ein ganz wichtiges Prinzip festgehalten, das der deutsche Gesetzgeber umsetzen sollte:

"Öffentliche Einrichtungen und ihre Mitarbeiter sollten die alleinige Verantwortung für den Schutz der unter ihrer Kontrolle befindlichen, legitimen Geheimhaltungsinteressen unterfallenden, Informationen haben. Andere Individuen, inkl. Journalisten und Vertretern der Bürgergesellschaft, sollten niemals dafür in Haftung genommen werden dürfen, dass sie diese Informationen veröffentlicht oder weiterverbreitet haben, unabhängig davon ob die Information ihnen gegenüber offenbart wurde oder nicht; Ausnahme: sie haben selbst einen Betrug oder ein anderes Verbrechen begangen, um an die Information zu gelangen. Entgegenstehende Strafrechtsbestimmungen sollten abgeschafft oder geändert werden."

Dieses Prinzip sollte auch im deutschen Strafrecht zur Geltung gebracht werden, wobei auch eine Klarstellung sinnvoll wäre, dass die Strafbarkeit einer Beihilfe oder Anstiftung zur Verletzung des Geheimbereichs eines Amtsträgers oder eines für den öffentlichen Dienstes besonders Verpflichteten ausscheidet, wenn die entsprechenden Handlungen zum Zwecke der Informationsveröffentlichung durch eine Person erfolgen, die selbst kein Amtsträger bzw. besonders Verpflichteter ist.

Außerdem ist sicherzustellen, dass der **Grundsatz der öffentlichen Zugänglichkeit der bei öffentlichen Stellen vorhandenen Informationen** auf allen staatlichen Ebenen der gesamten Bundesrepublik Deutschland eine optimale praktische Wirksamkeit entfalten kann. Dies setzt voraus, dass, soweit dieser Grundsatz bzgl. einer Information eine Einschränkung erfährt, etwa wenn diese als "vertraulich" oder "geheim" klassifiziert wird, dies stets einer besonderen und überprüfbaren Rechtfertigung bedarf. Eine solche wird sich für Ermittlungsverfahren, wie oben gezeigt, aber regelmäßig aus den Grundrechten der Verdächtigen ergeben.

Eine weitere reale Gefahr für die Verbreitung von kritischen Informationen in Deutschland geht vom **Medienrecht** und vom **Medienprozessrecht** aus. Es darf nicht

sein, dass die Meinungsfreiheit im Internet in Deutschland durch ein höchst kostenträchtiges Abmahnungswesen de facto erheblich eingeschränkt wird. Verstärkt wird diese Gefährdung dabei vor allem dadurch, dass die Kläger hier aufgrund der bundesweiten Zugänglichkeit des Internets und der Medien einen Wahlgerichtsstand haben und sich immer die gleichen als besonders meinungseinschränkend bekannten Gerichte aussuchen können. Auch hier besteht dringender Reformbedarf, um die Diskurskultur nicht einerseits durch die Förderung von Whistleblowing im Bereich der ersten und zweiten Stufe zu unterstützen, bestehende Hindernisse der öffentlichen Diskussion aber einfach zu ignorieren.

31. Sollte der Informantenschutz nicht - in demselben Umfang wie für den betrieblichen Bereich vorgeschlagen und nötig - auch für öffentlich Beschäftigte geregelt werden, indem der Schutzbereich des kürzlich beschlossenen Beamtenstatusgesetz erweitert wird über reine Korruptionsstraftaten hinaus (dort § 38 Abs. 2)?

Ja! Um es noch einmal zu sagen, Whistleblowing ist ein universelles Problem, das eine einheitliche Lösung erfordert, mehr an anderer Stelle.

Eine Besonderheit könnte sich hier allerdings aus der möglicherweise **faktisch vorliegenden Verschmelzung von 1. und 2. Adressatenstufe** ergeben. Es sollte daher im Rahmen der Umsetzung der Norm unbedingt, und dies gilt auch für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, sichergestellt werden, dass es eine zuständige außerbetriebliche Stelle gibt, die von der innerbetrieblichen Stelle in jedem Falle verschieden und unabhängig ist. In Bereichen wo dies wie z.B. bei den soeben angesprochenen Geheimdiensten nicht möglich ist, ist ein Ausgleich durch die Eröffnung einer dritten Stufe, bzw. einer besonderen dritten Stufe in Form des Parlaments oder einzelner Abgeordneter (vgl. auch insoweit die PKK-Regelung) zu schaffen.

Außerdem wirft die **gegenwärtige Regelung im Beamtenstatusgesetz** (und entsprechend im Entwurf zum Bundesbeamtengesetz) auch die Frage auf, warum dort eine einfache Vorteilsannahme iSd. § 331 Abs. 1 StGB (Strafdrohung bis zu drei Jahre) eine Anzeige rechtfertigen soll, eine Strafvereitelung im Amt iSd. § 258a Abs. 1 StGB (6 Monate bis 5 Jahre) aber ebenso wenig wie ein besonders schwerer Betrug unter bandenmäßiger Ausnutzung der Amtsträgerstellung nach § 263 Abs. 3 Nr. 4 iVm. Abs. 4 StGB (1 Jahr bis 10 Jahre). Hier liegt ein offensichtlicher und dringend einer Korrektur bedürftiger **Wertungswiderspruch** vor, der sich zwar aus den internationalen Verpflichtungen erklären, nicht aber rechtfertigen lässt.

III. Europäische/internationale Ebene

1. In anderen Ländern gibt es teilweise Regelungen zum „Whistleblowing“. Halten Sie die Praxis in diesen Ländern mit der Situation in Deutschland vergleichbar?

Die Grundproblematik des Whistleblowings stellt sich **in allen (demokratischen) Ländern** sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor und ist insoweit zunächst einmal gut vergleichbar. International gibt es viele unternehmerische, politische und gesetzgeberische Ansätze sich dieses Problems zu stellen und es in einer für Whistleblower, Unternehmen und Staat bzw. Gesellschaft zufriedenstellender Weise anzugehen. An dieser Stelle kann jedoch allenfalls ein sehr grober erster Eindruck des Stands der internationalen Gesetzgebung vermittelt werden (ausführlicher z.B. David Banisar, Whistleblowing - International Standards and Developments, <http://tinyurl.com/3sad95> und speziell für Europa der "Siebte Jahresbericht von GRECO" mit einem besonderen Kapitel zum Whistleblowerschutz, <http://tinyurl.com/4g4qc6>)

Versuche, sich des Problems durch gesetzlicher Regelungen anzunehmen, gab es, wenn man einmal vom ursprünglich aus der Zeit des amerikanischen Bürgerkrieges stammenden False Claims Act absieht, ausgehend von den **USA in seit Ende der siebziger Jahre des letzten Jahrhunderts**. In Europa ist **Großbritannien** mit dem "Public Interest Disclosure Act (**PIDA**)" aus dem Jahre **1998** der Vorreiter.

Mittlerweile gibt es weltweit **viele Staaten**, die spezielle Schutzregelungen eingeführt haben (z.B. Japan, Südkorea, Südafrika, Australien, Neuseeland). In **Kontinentaleuropa** befindet sich das Thema, wohl ausgelöst durch international rechtliche Regelungen über die Bekämpfung von Korruption einerseits und die US-Börsenregelungen nach dem Sarbanes-Oxley-Act (SOX) andererseits, erst seit relativ **kurzer Zeit auf der Agenda** der nationalstaatlichen Gesetzgeber. Teilweise wurde die Einführung wie in Großbritannien (Fähruntergang) und im EU-Beamtenrecht (Rücktritt der Kommission Santer) auch durch **Katastrophen bzw. Skandale** ausgelöst, die durch frühzeitigen und richtigen Umgang mit Whistleblowermeldungen verhindert bzw. begrenzt hätten werden können. Ähnliches gilt mit Blick auf den Gammelfleischskandal auch für Deutschland. Regelungen gibt es z.B. in Norwegen, Rumänien und Belgien Aktuelle Vorhaben zur Einführung von Whistleblowerregelungen gibt es z.B. in der Schweiz und in den Niederlanden.

Was die Art der Regelungen angeht, so sind **drei Grundmodelle** zu unterscheiden: Erstens gibt es das Modell des **US False Claims Act**, der Weitergabe von Informationen an staatliche Stellen im öffentlichen (Finanz-)Interesse in den Mittelpunkt stellt und, in Form von an der Wiedergutmachungshöhe orientierten finanziell Prämien, ökonomische Anreize schafft. Dies sogar in Form der qui tam action, des Einklagens von staatlichen Forderungen durch den bei Obsiegen anteilmäßig zu beteiligten Whistleblower, notfalls ohne dass die Exekutive selbst aktiv werden müsste.

Zweitens setzten der **Sarbanes-Oxley-Act (SOX)** und die **US-Sentencing-Guidelines (US-SG)** bei den **Unternehmen als Hauptregelungsadressaten** an. Sie wollen diese im Interesse der Aktionäre (SOX) bzw. der Gesellschaft (US-SG) mit **zwingenden gesetzlichen Vorgaben (SOX)** oder **indirekt über Anreize** bei drohenden Unternehmensstrafen (US-SG) dazu bringen, dass diese internes Whistleblowing ermöglichen und nicht sanktionieren. SOX zeichnet sich auch dadurch aus, dass die Benachteiligung von Whistleblowern unter Strafe gestellt wird.

Drittens besteht das Modell der **US-Whistleblower-Protection-Acts** und des **PIDA**, das **ökonomische Anreize für den Whistleblower ausschließt** und den **Schutz des Whistleblowers** vor Nachteilen im Beschäftigungsverhältnis und deren umfassende Entschädigung im Mittelpunkt stellt. Bei derartigen arbeitsrechtlichen bzw. beamtenrechtlichen Regelungen, die entweder gleichartig oder unterschiedlich für private und öffentliche Beschäftigte ausgestaltet werden, ist die **Kanalisation der Whistleblowermeldung** an bestimmte Adressaten ein immer wiederkehrendes **Grundmuster**.

Maximal können hierbei **vier Adressatenebenen** unterschieden werden.

1. die **interne** innerhalb der Organisation;
2. die externe an zuständige **Behörden**;
3. die **externe** an geeignete Stellen die **als Repräsentant der Gesellschaft** ausgestaltet sind und
4. diejenige an die Medien und die **Öffentlichkeit**.

Die Ausgestaltung der Voraussetzungen, unter denen auf die jeweiligen Ebenen eskaliert werden kann, sind **von Land zu Land unterschiedlich**. Bemerkenswert ist insoweit vor allem das **rumänische Recht**, dass explizit Adressaten festschreibt, darunter auch: die **Massenmedien und NGOs**.

Höchst **unterschiedlich sind auch die Anwendungsbereiche** der jeweiligen Regelungen, die sich z.T. wie bei SOX nur auf bestimmte z.B. aktienwertrelevante Missstände oder auf Korruption, z.T. auch auf allgemeine oder in bestimmten Sektoren (z.B. im Umweltbereich) vorkommende Rechtsverstöße beziehen. In der Literatur wird PIDA oft als nachahmenswertes Modell angesehen, doch weist auch diese Regelung in der Praxis z.B. hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf bestimmte Arbeitsverhältnisse, der sehr komplizierten gesetzgeberischen Ausgestaltung und Voraussetzungsdefinitionen und der Beweislastproblematik nicht unerhebliche Schwächen auf.

Bei all dem ist auch noch **der jeweilige landesspezifische Hintergrund zu berücksichtigen**, in welchen die Whistleblowerregelungen eingebettet sind. So herrscht z.B. in den USA und Großbritannien ein anderes Verständnis von demokratischem Diskurs, der Rolle des Staates in der Ökonomie und auch von Loyalitätspflichten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmer, als in Japan oder Deutschland und auch die **Rechtsordnungen** insbesondere im Bereich des Arbeitsrechts unterscheiden sich erheblich. Schließlich spielen hinsichtlich der **(Vor-)Urteile** über Whistleblowing in Kontinentaleuropa sicherlich auch noch die mit Denunziantentum und Spitzeln während der **faschistischen und sozialistischen Diktaturen** eine psychologisch nicht zu unterschätzende Rolle.

Trotz all dieser Unterschiede sollte sich der Gesetzgeber jedoch bemühen, aus den in anderen Ländern gemachten Erfahrungen **zu lernen. Lektionen** könnten dabei insbesondere sein:

- die gesetzliche **Förderung von Whistleblowing ist sinnvoll**, um Unternehmen/Organisationen, staatlichen Stellen und der Gesellschaft insgesamt Zugang zu relevanten **Risiko- und Missstandsinformationen** und somit effektiveres und innovativeres Handeln zu ermöglichen, der sonst nur verzögert oder gar nicht erfolgen würde. Diese grundsätzliche Sinnhaftigkeit wird mittlerweile weltweit genauso anerkannt wie die **Notwendigkeit einer möglichst umfassenden Anwendbarkeit** von Whistleblowing. Demgegenüber enthält § 612a BGB n.F. unnötige Einengungen durch den Rückgriff auf den Arbeitnehmerbegriff und auch hinsichtlich des nur auf die Verletzung gesetzlicher Pflichten bezogenen Gegenstandes - die beamtenrechtlichen Regelungen sind sogar noch wesentlich restriktiver;
- neben reinen Schutzregelungen für Whistleblower sind auch Regelungen sinnvoll, die **ökonomische Anreizmechanismen** nutzen, um Unternehmen/Organisationen darin zu bestärken, auch im eigenen Interesse effektiven Whistleblowerschutz anzubieten; dieser Ansatz spiegelt sich in **§ 612a BGB n.F. bisher nicht** wider;
- Knackpunkt von auf **Adressaten-Kanalisation** basierenden Whistleblowerschutzregelungen sind die Voraussetzungen für die Einschaltung der jeweils nächsten Adressatenebene. Wo diese **zu unklar und zu abwägend** ausgestaltet werden, führt dies dazu, dass die potentiellen Whistleblower ihre Risiken und Schutzrechte nicht mehr zutreffend einschätzen können und zu Opfern unvollkommenen Schutzes werden oder im Hinblick auf diese Aussicht Whistleblowing gleich ganz unterlassen; genau hier liegt wie bereits an anderer Stelle ausgeführt auch die **Hauptproblematik des § 612a n.F.**;
- exekutive staatliche Stellen alleine bieten Whistleblower nicht immer umfassenden Schutz. Es besteht eine legale Möglichkeit, sich an **spezifische Beauftragte/Ombudsleute** für Whistleblowerschutz, Volksvertreter als Repräsentanten der Gesellschaft oder an die **Öffentlichkeit** wenden zu können. Gleiches gilt für die Möglichkeit einer gerichtliche Überprüfung des ordnungsgemäßen Umgangs mit dem Whistleblowing; **§ 612a n.F. BGB ignoriert** all dies leider völlig;
- der Schutz von Whistleblowern vor jeglicher Art von **Diskriminierung** aufgrund ihres Whistleblowing ist nötig, denn er ist immer nur genau so gut wie seine **Durchsetzbarkeit in der Praxis** und vor den Gerichten. Kernproblem dabei ist die Beweisbarkeit der Voraussetzungen der Schutzregelungen und der Kausalität zwischen Whistleblowing und Schadenseintritt. In vielen Ländern zeigen außerdem eher restriktive Auslegungen gesetzlicher Regelungen durch die Justiz, die schon vielfach zum Nachsteuern durch den Gesetzgeber geführt haben, dies vor allem auch angesichts der Praxis von Unternehmen und Organisationen, existierende Regelungen durch neue Formen von Repressalien zu umgehen. Die beiden hieraus zu ziehenden Lehren sind die Forderungen nach **klaren Beweislastregelungen zu Gunsten der Whistleblower** einerseits, und die Notwendigkeit einer **regelmäßigen Evaluation und Anpassung** einer gesetzlichen Regelung andererseits. Dies soll sicherstellen, dass diese ein ausreichendes Schutzniveau auch praktisch garantiert und tatsächlich zu mehr Whistleblowing führt; diese beiden Punkte finden sich in § 612a n.F. BGB leider **bisher nicht** wieder.
- bei allem notwendigen Streben nach besserem Whistleblowerschutz, muss gegenüber den potentiellen Whistleblowern immer auch **offen kommuniziert werden, dass es keinen perfekten Schutz geben kann** und ihnen ein Risiko verbleibt. Whistleblowing beinhaltet letztlich immer ein **Vertrauensvorschuss** gegenüber dem Adressaten; ethisch handelnde Unternehmen und staatliche Stellen sollten sich aber stets mit allen Kräften darum bemühen, dass sie dieses Vertrauen auch **verdienen**.

2. Reicht eine nationale Regelung für einen umfassenden Arbeitnehmerschutz aus oder müssten auch europäische Gesetze verändert werden?

Auch auf europäischer Ebene bietet die Förderung von Whistleblowing erhebliche **Potentiale zur Innovationsförderung und Risikofrüherkennung** für Unternehmen und die öffentliche Hand und wird zu einer höheren Zufriedenheit und Motivation der Mitarbeiter führen. Außerdem sollten in einem **Binnenmarkt** wesentliche Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Betätigung einheitlich ausgestaltet sein, woran auch und gerade eine Volkswirtschaft wie die deutsche, die sich traditionell sehr stark auf den EU-Binnenmarkt orientiert, ein elementares Interesse haben sollte. Daher spricht einiges dafür, auch für die Problematik des Whistleblowings, zumindest insoweit als die Union hier über Gesetzgebungskompetenzen verfügt, was in weiten Teilen der Fall sein dürfte, zumindest mittelfristig eine **Vereinheitlichung** auf europäischer Ebene anzustreben.

Die EU-Kommission hat im Jahre 2007 ein **Grünbuch zur Modernisierung des Arbeitsrechts** veröffentlicht. In diesem Rahmen haben drei europäische Whistleblowing-NGOs, u.a. der **Whistleblower-Netzwerk e.V.** aus Deutschland, eine **gemeinsame Stellungnahme** veröffentlicht (vgl. <http://www.whistleblower-net.de/content/view/41/1/lang.de/>), auf die, hinsichtlich der Ausgestaltung möglicher europäischer Whistleblowerschutzregelungen, an dieser Stelle verwiesen werden kann.

Nicht vernachlässigt werden sollte aber auch die Tatsache, dass es **bereits Whistleblower-Regelungen im Europäischen Recht gibt**. Diese finden sich in Sektornormen wie z.B. im **Luftsicherheits- und Finanzrecht**, aber auch übergreifender im **EU-Kartellrecht und im EU-Beamtenstatut**.

Die Whistleblowerregelungen im **EU-Kartellrecht** (entsprechende Regelungen gibt es auch im deutschen Kartellrecht), die allerdings bisher weitgehend auf die Firmenebene beschränkt sind (insoweit sollte über eine Ausweitung auf Mitarbeiter nachgedacht werden), haben sich in der Praxis als sehr erfolgreich erwiesen, da dank ihrer schon viele illegale, wettbewerbbeschränkende Maßnahmen aufgedeckt, abgestellt und die Täter mit erheblichen Bußgeldern belegt werden konnten.

Effektiver Whistleblowerschutz für **EU-Beamte wäre ebenfalls sehr wichtig**, da so Missstände in den EU-Institutionen und die gerade für Deutschland als **Hauptnettozahler** bedeutsame Verschwendung von EU-Geldern besser aufgedeckt werden könnten. Die bestehenden Regeln haben sich jedoch in der Praxis als unzureichend erwiesen. So wurde dem Verfasser, als er sich gegenüber der EU-Kommission auf die entsprechenden Regelungen im EU-Beamtenstatut berief um die Rechtmäßigkeit der Aufklärungsmaßnahmen überprüfen zu lassen, sowohl seitens des EuG (Rs. T-4/05 <http://tinyurl.com/5399es>) als auch seitens des EuGH (Rs. C-237/06P <http://tinyurl.com/4b2ncg>) eine entsprechende **Klagebefugnis abgesprochen**. Auch eine im Auftrag des Europaparlaments durchgeführte **Studie** (<http://tinyurl.com/5pt8r6>) **kritisierte die bestehenden Regelungen erheblich**.

Schließlich besteht ein weiteres Problem darin, dass die Regelungen im EU-Beamtenrecht Personen die im Rahmen von mit EU-Geldern geförderten Projekten im Interesse des deutschen und europäischen Steuerzahlers zum **Whistleblower** und

dafür abgestraft werden, **überhaupt nicht erfassen**. Auch auf diesen Ebenen besteht daher **dringender Reform- und Handlungsbedarf**.

3. Sehen Sie einen Bedarf für eine gesetzliche Regelung auch im Hinblick auf die von der Bundesrepublik Deutschland eingegangenen internationalen Verpflichtungen? Wenn ja, wird die vorgeschlagene Regelung diesem Bedarf gerecht?

Es gibt **verschiedene internationale Instrumente bzw. Normen** aus denen sich politische und z.T. sogar rechtliche Pflichten der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen des Whistleblowings ergeben:

- Vereinte Nationen

Das **Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption** (United Nations Convention against Corruption; UNCAC) vom 31. Oktober 2003 ist der erste weltweite völkerrechtliche Vertrag zur Bekämpfung der Korruption. Es verpflichtet die Vertragsparteien zur Bestrafung verschiedener Formen der Korruption gegenüber Amtsträgern und zur internationalen Zusammenarbeit. Am 14. Dezember 2005 trat die Konvention in Kraft. Zur Zeit haben 117 Staaten die UNCAC ratifiziert. Deutschland hat das Übereinkommen unterzeichnet, die Ratifikation steht aber noch aus. Artikel 33 lautet:

*"Art. 33 Schutz von Personen, die Angaben machen
Jeder Vertragsstaat erwägt, in seiner innerstaatlichen Rechtsordnung geeignete Massnahmen vorzusehen, um Personen, die den zuständigen Behörden in redlicher Absicht und aus hinreichendem Grund Sachverhalte betreffend in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten mitteilen, vor ungerechtfertigter Behandlung zu schützen."*

Außerdem nimmt für den Kreis der Amtsträger Artikel 8 Absatz 4 UNCAC (nicht aber im privaten Bereich Artikel 12 UNCAC) ebenfalls explizit auf **Maßnahmen zur Erleichterung von Whistleblowing** Bezug und in beiden Fällen dürfte die Entgegennahme solcher Meldungen auch zu den Zuständigkeiten der nationalen Korruptionsverhütungsstellen nach Artikel 6 UNCAC gehören.

Eine volle rechtliche Verbindlichkeit scheidet derzeit schon an der fehlenden Ratifikation, die jedoch angestrebt wird. Schon aus der Formulierung von Artikel 33 "erwägt" ergibt sich hier aber der **eher politische und weniger rechtlich** einzufordernde Charakter **dieser Norm. Sie bezieht sich zwar einerseits nur auf Korruptionsdelikte, andererseits aber nicht nur auf Arbeitsverhältnisse sondern potentiell auf jeden von ungerechtfertigter Behandlung bedrohten Anzeigerstatter.**

Darüber hinaus hat die **UNO im Jahre 2004 ein Anti-Corruption-Toolkit** (http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_toolkit_sep04.pdf S.67, 448ff. auch <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN/UNPAN020658.pdf> S.125ff.) verabschiedet, dessen 33. bzw. 34. Empfehlung sich auf Whistleblowing

bezieht und genauere Vorgaben für die Standards von Whistleblowing-Gesetzgebung enthält. Der zusammenfassende Absatz aus dem Toolkit lautet:

"Whistleblower Schutz

*Der Hauptzweck der unter Tool #34 beschriebenen Whistleblowergesetze ist der Schutz derjenigen, die in gutem Glauben, über Fälle von Missständen, Korruption und anderen illegalem Verhalten innerhalb ihrer Organisation berichten. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass die bloße Existenz eines Gesetzes allein nicht ausreicht, um bei potentiellen Whistleblowern das **nötige Vertrauen zu schaffen**. Das Gesetz muss daher einen Mechanismus bereitstellen, der es der Institution ermöglicht, sich mit dem Inhalt des Hinweises des Whistleblowers und nicht mit dessen Person zu befassen und dies sogar dann, wenn sich der Hinweis als falsch herausstellt oder wenn der Whistleblower durch den Bruch von Vertraulichkeitspflichten gegen das Gesetz verstoßen hat. Die einzige dem Whistleblower aufzuerlegende Beweislast sollte jene sein, dass er oder sie in **gutem Glauben** gehandelt und nicht bewusst falsche Anschuldigungen erhoben hat. Ist dies erfüllt, sollte **Schutz** und für den **Fall von Schädigungen und Repressalien auch Ausgleich** gewährt werden. Es sollte außerdem auch **klar gemacht werden, an wen der Whistleblower sich wenden kann**, um einen Verdacht zu melden und Beweise vorzubringen. Um eine effektive Umsetzung des Whistleblowerrechts zu garantieren, müssen Einzelpersonen oder Institutionen, die Hinweise entgegennehmen, **im Umgang mit Whistleblowern geschult werden**, um sicherzustellen, dass jene durchhalten können, in einem Prozess der für viele sehr stressig, **auslaugend und kompliziert** sein kann."*

Die Schweizer Expertin Zora Ledergerber (Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung; 2005, S. 31f.) fasst die **entscheidenden Anforderungen des Toolkits an Whistleblowergesetzgebung** so zusammen:

- "Böswilliges Whistleblowing ist nicht zulässig und wird sanktioniert.
- Es besteht grundsätzlich eine gesetzliche Annahme, dass der Whistleblower in **gutem Glauben** handelt.
- Als interne Anlaufstelle kommen Vorgesetzte, die Geschäftsleitung oder Ombudspersonen in Frage. Dabei ist nach Angaben des UNO-Toolkits wichtig, dass die im Gesetz vorgesehenen Anlaufstellen auf ihre Aufgabe **vorbereitet und geschult werden**. Die Erfahrung zeigt, dass die Identität der Whistleblower oftmals **nicht vertraulich genug** behandelt und die Whistleblower nur **ungenügend über den Stand der Untersuchung unterrichtet** werden.
- Die Whistleblower können sich an eine **externe Stelle** wenden, wenn die interne Anlaufstelle entscheidet, keine Untersuchung einzuleiten oder diese nicht in einem vernünftigen **Zeitrahmen** durchführt. Auch wenn die Anlaufstelle trotz festgestelltem Missstände keine Massnahmen anordnet oder falls die interne Anlaufstelle die Hinweisgebenden nicht innerhalb eines vernünftigen Zeitrahmens über den Verlauf der Untersuchung informiert, muss eine Meldung über eine externe Instanz möglich sein.
- Falls Whistleblower **berechtigte Gründe zur Annahme** haben, wegen einer Meldung **diskriminiert** zu werden, oder falls sie einen **Vertuschungsversuch** des Arbeitgebers befürchten, darf ohne vorhergehende Information des Arbeitgebers eine externe Instanz informiert werden.

- Die Identität des Whistleblowers und der Inhalt der Meldung werden von der Anlaufstelle **vertraulich behandelt**.
- Bei erfolgter Diskriminierung hat der Whistleblower das **Recht auf Wiedereinstellung und auf finanzielle Entschädigung**.
- Arbeitgeber oder Dritte, die Whistleblower für einen gerechtfertigten Hinweis **diskriminieren, werden sanktioniert.**"

Der Vorschlag zu § 612a n.F. BGB **genügt zunächst** in seinem Anwendungsbereich **scheinbar Artikel 33 UNCAC**. Es ist aber festzustellen dass, zwar für Beamte die Regelung im Beamtenstatusgesetz ebenfalls ausreichend ist, es andererseits z.B. mit den arbeitnehmerähnlichen Personen nach § 12 TVG durchaus noch relevante Personengruppen gibt die weder von der einen, noch von der anderen, der genannten Regelungen erfasst sind, für die der nach Artikel 33 UNCAC erwägenswerte Schutz eigentlich, mangels sachlichem Grund auf eine Gleichstellung zu verzichten, aber ebenfalls eingeführt werden sollte. Insoweit unterstützt auch der Blick auf Artikel 33 UNCAC die bereits zuvor vorgebrachten Anregungen des Verfassers eine für alle Personengruppen anwendbare Whistleblowerschutzregelung zu schaffen, jedenfalls aber § 612a n.F. BGB auf arbeitnehmerähnliche Personen zu erstrecken.

Zieht man aber den **UN-Toolkit als Auslegungshilfe der Begriffe "geeignete Massnahmen"** zu Artikel 33 UNCAC hinzu, fällt das Urteil über § 612a BGB schon ganz anders aus, denn dann zeigen sich klare Defizite, nämlich:

- die **Überzogenheit der inhaltlichen Anforderung "konkreter Anhaltspunkte"**, während der Toolkit sich nur auf einen Böswilligkeitsausschluss beschränkt und guten Glauben vermutet;
- die **fehlende Regelung über die Sicherung der Vertraulichkeit bzw. Anonymität** des Whistleblowers;
- das Fehlen von Regelungen hinsichtlich der **Betreuung von Whistleblowern** im Verfahren durch geschultes Personal;
- das Fehlen von Regelungen über die **notwendige Information** des Whistleblowers während der Untersuchungsphase;
- die **unzureichenden Schutz- und Entschädigungsregelungen** bei Diskriminierungen;
- das **Fehlen formaler** (auf Zeitablauf und Rückinformation bezogener) und somit leichter **zu handhabender Kriterien** für die Inanspruchnahme der zweiten Adressatenstufe;
- die **Unklarheit der vorhandenen Kriterien** für die Inanspruchnahme der zweiten Adressatenstufe;
- die **fehlende Spezifikation der "zuständigen außerbetrieblichen Stelle"** die dem Whistleblower nicht klar macht an wen konkret er sich wenden kann;
- das **Fehlen vertrauensschaffender, über Risiken aufklärender, und rechtsberatender Maßnahmen/Beratung** für den (potentiellen) Whistleblower;
- das **Fehlen der Strafbarkeit der Diskriminierung** von Whistleblowern;
- das **Fehlen jeglicher Regelung zur Adressierung von einzelnen Parlamentariern, Ombudsleuten, speziellen Beauftragten oder der Medien** die im UN-Toolkit ebenfalls angesprochen werden.

Am Schluss des UN-Toolkits (<http://tinyurl.com/6m8dns> S.129) finden sich folgende **drei Voraussetzungen und Risiken** einer Whistleblowinggesetzgebung:

"Fehlendes Vertrauen in das Engagement

Sind Whistleblowern nicht überzeugt, dass die Untersuchungsinstitution das nötige Engagement zu ihrem Schutz und zur Bekämpfung der Korruption zeigt, wenden sie sich von ihr ab und unternehmen möglicherweise keine weiteren Schritte.

Vorhandensein einer glaubwürdigen Untersuchungsinstitution

Fehlen unabhängige externe Institutionen, an die sich Whistleblower direkt wenden können, bringen viele Whistleblower ihre Bedenken gar nicht erst zum Ausdruck.

Klare Aussage des Gesetzes

Da das Gesetz Vertrauen schaffen soll und die Zielgruppe oft einen einfachen Bildungshintergrund aufweist, muss es so formuliert werden, dass es einfach verstanden werden kann."

Aus dieser Stellungnahme dürfte deutlich geworden sein, dass **die gegenwärtige tatsächliche Situation und auch der vorliegende Vorschlag diesen Voraussetzungen bei weitem nicht genügt!**

Außerdem gibt es auf UN-Ebene für die **eigenen Bediensteten** ähnlich wie in der EU spezifische Regelungen zum Whistleblowing deren praktische Anwendung bzw. Ignoranz durch UN-Sonderorganisationen auch schon zu politischen Turbulenzen geführt hat.

Hinzuweisen ist schließlich auch noch auf die **gemeinsame Erklärung der Sonderbeauftragten für Meinungsfreiheit von UN, OSZE und OAS** vom 15.12.2004 (<http://tinyurl.com/4xaaqz>) die auch jenseits des Bereichs der Korruptionsbekämpfung feststellen, dass Whistleblower die Informationen über Rechtsbrüche, Fehlverhalten öffentlicher Stellen oder ernsthafter Bedrohungen von Gesundheit, Sicherheit oder Umwelt, oder einen Bruch der Menschenrechte und des humanitären Rechts in gutem Glauben bekannt machen gegen Sanktionen im Bezug auf ihre Beschäftigung oder seitens der Verwaltung geschützt sein sollten. Auch hier zeigt sich wieder, dass § 612a BGB n.F. eine viel zu enge Umschreibung hinsichtlich der möglichen Gegenstände von Whistleblowing verwendet.

- Europarat

Im Rahmen des Europarats wurden im Jahre 1999 das "**Strafrechtsübereinkommen über Korruption**" (v. 27.1.1999) und das „**Zivilrechtsübereinkommen über Korruption**" (v. 4.11.1999) erarbeitet und auch von der Bundesrepublik Deutschland **unterzeichnet**. Ersteres ist am 1.7.2002, das andere am 1.11.2003 in Kraft getreten. Beide Übereinkommen sind zwischenzeitlich von der großen Mehrzahl der europäischen Staaten (41, 33) **ratifiziert, nicht aber von der Bundesrepublik Deutschland**. Die **Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) überwacht die Durchführung** beider Abkommen und erstellt regelmäßige Länderberichte.

Artikel 22 des **Strafrechtsübereinkommens** lautet:

"Artikel 22 – Schutz von Personen, die mit der Justiz zusammenarbeiten, und von Zeugen

Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um einen wirksamen und angemessenen Schutz folgender Personen zu gewährleisten:

- a. Personen, die Angaben über aufgrund der Artikel 2 bis 14 umschriebene Straftaten machen oder in anderer Weise mit den für Ermittlung oder Strafverfolgung zuständigen Behörden zusammenarbeiten;*
- b. Zeugen, die eine Aussage in Bezug auf solche Straftaten machen."*

Artikel 9 des **Zivilrechtsübereinkommens** lautet:

"Artikel 9 – Schutz von Beschäftigten

Jede Vertragspartei sieht in ihrem innerstaatlichen Recht vor, dass Beschäftigte, die den zuständigen Personen oder Behörden in redlicher Absicht einen begründeten Korruptionsverdacht mitteilen, angemessen vor ungerechtfertigten Nachteilen geschützt werden."

Eine volle rechtliche Verbindlichkeit scheidet auch in diesen Fällen an der noch fehlenden Ratifikation, die jedoch angestrebt wird.

Auch hier stellen sich wieder die Fragen der Ausreichenden personalen Ersteckung der Norm, vor allem aber jene hinsichtlich der Angemessenheit der Nachteilssicherung. Dies umso mehr als das Zivilrechtsübereinkommen nach Ratifizierung im Gegensatz zu UNCAC rechtlich voll verbindlich ist und GRECO sich bereits in mehreren Länderberichten auch mit der Effektivität von Whistleblowerregelungen befasst hat. **GRECO** hat dabei zwar bisher keinen eigenen Katalog von Vorgaben gemacht, orientiert sich aber offensichtlich an dem was sich aufgrund der nationalen Whistleblowergesetzgebungen (III.1) und des **UN-Toolkits (s.o.) als "best practice"** herausgeschält hat. Konkret hat GRECO auf dieser Basis für einige Staaten auch schon Defizite im Whistleblowerschutz festgestellt und entsprechende **Verbesserungen angemahnt** (vgl: <http://tinyurl.com/4g4qc6> S.10ff), z.B. dahingehend dass:

- es nicht ausreicht nur festzuschreiben, dass öffentlich Bedienstete nicht entlassen oder Disziplinarmaßnahmen ausgesetzt werden dürfen - **auch subtilere Diskriminierungsformen müssen verboten sein;**
- Whistleblowern, die unsicher sein könnten, wie sie vorzugehen haben, **vertrauliche Hilfestellung und Beratung angeboten werden muss;**
- das Gesetz auch explizite Regelungen über **Whistleblowing im Fall von geheimen Dokumenten** enthalten muss;
- die Einführung eines Gesetzes einer begleitenden Informations- und **Öffentlichkeitskampagne bedarf;**
- eine gesetzliche Zusage der **Vertraulichkeit einen fehlenden Diskriminierungsschutz nicht ersetzen** kann.

Außerdem hat GRECO klargestellt, dass die zunächst nur für den öffentlichen Sektor beobachtete Umsetzungspraxis **auch im privaten Sektor entsprechend angewandt werden muss** und zukünftig von GRECO ebenfalls beobachtet werden wird.

Es kann nicht im Sinne der Bundesrepublik Deutschland sein, jetzt eine Regelung zu beschließen die im Anschluss eine unzureichende praktische Wirksamkeit entfaltet und die **Kritik von GRECO auf sich ziehen** wird.

- OECD

Auch im Bereich der OECD gibt es eine **Vielzahl von Dokumenten und Empfehlungen** die einen effektiven Schutz von Whistleblowern fordern, rechtlich allerdings nicht unmittelbar verbindlich sind.

Zu nennen sind hier z.B. für den öffentlichen Sektor Punkt 2.3.2.(b) der "Guidelines for **Managing Conflict of Interest in the Public Service**" aus dem Jahre 2003, sowie für den privaten Sektor Abschnitt II 9. der "**OECD Leitsätze für multinationale Unternehmen**" aus dem Jahre 2000 (vgl. <http://tinyurl.com/6nhbsf>). Nach letzterem sollten Unternehmen "von diskriminierenden oder Disziplinarmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern absehen, die dem Management oder gegebenenfalls den zuständigen Behörden in gutem Glauben Praktiken melden, die gegen das geltende Recht, die Leitsätze oder die Unternehmenspolitik verstoßen". Auch in den "**OECD Risk Awareness Tool for Multinational Enterprises in Weak Governance Zones**" und bei der "**OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions**" finden sich Aussagen und Empfehlungen zum Whistleblowing.

- Sonstige

Im Rahmen der **ILO** gab es bereits Bestrebungen Regelungen zum Whistleblowing einzuführen. Dies ist bisher noch nicht geschehen. Angesichts der weltweiten Konjunktur des Themas ist aber davon auszugehen, dass mittelfristig auch hier Whistleblowerregelungen entstehen. Für den **ISO-Normungsbereich** (z.B. im Rahmen von **ISO 26000**) gilt ähnliches. Die Bundesrepublik Deutschland ist daher auch insoweit gut beraten eigene Regelungen zu schaffen die dem "international best practice" entsprechen und sich dann auch international offensiv für dieses Thema einsetzen zu können, statt hier zum Getriebenen zu werden.

Anzumerken bleibt noch, dass Whistleblowing zukünftig gerade **in internationalen ein wichtiges Werkzeug** darstellen könnte um die bei Verträgen zwischen souveränen Staaten bestehenden **Kontrolldefizite einzugrenzen**. Die Bundesrepublik Deutschland sollte, spätestens nach Einführung nationaler Whistleblowerregelungen auch in diesem Feld aktiv werden und die Aufnahme von **Whistleblowerklauseln im internationalen Recht** anregen, die es jedermann erlauben potentielle Vertragsverstöße der Parteien an eine unabhängig bzw. paritätisch besetzte Untersuchungsbehörde zu melden, ohne dafür Repressalien befürchten zu müssen.

Schlussbemerkung

Die vorliegende Stellungnahme mag manchem als eine erscheinen, die die Dinge viel zu pessimistisch sieht und deshalb viel zu weitgehende Forderungen an den Gesetzgeber enthält. Selbst der **längste Weg aber beginnt mit dem ersten Schritt**.

Der Verfasser ist optimistisch, bezüglich der Stärke der **Demokratie** und ihrer Fähigkeit **Macht zu begrenzen und zu kontrollieren**. Er ist sich bewusst, dass die meisten Leserinnen und Leser viele der hier vorgebrachten Einschätzungen wahrscheinlich nicht teilen werden. All jenen sei empfohlen, sich mit Whistleblowern und solchen Menschen zu unerhalten, die sich nicht getraut haben den Mund auf zu machen und diese zu fragen, warum sie so gehandelt haben und wie es ihnen dabei ergangen ist. Manche Dinge werden erst im Diskurs verständlich, lassen Sie uns diesen **Diskurs führen**.

“Alles Recht in der Welt ist erstritten worden, jeder Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm widersetzen, abgerungen werden müssen, und jedes Recht setzt die ständige Bereitschaft zu seiner Behauptung voraus.“

(Rudolf von Jhering)