

Materialien

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabriele Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen
und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung	1
B. Liste der eingeladenen Sachverständigen	3
C. Stellungnahmen eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Deutscher Gewerkschaftsbund	4
Verband der Beschäftigten der obersten und oberen Bundesbehörden e. V.	7
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände	17
Siemens AG	21
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit	23
Prof. Dr. Martin Henssler	26
Dr. Philipp Kramer	31
Tim Wybitul	37
Dr. Dieter Deiseroth	41
Guido Strack	52
Cathy James	99
Prof. Dr. M. Jens Schubert	104
D. Stellungnahmen nicht eingeladener Verbände und Einzelsachverständiger	
Handelsverband Deutschland	106

Deutscher Bundestag
17. Wahlperiode
Ausschuss für Arbeit und Soziales
(11. Ausschuss)

28. Februar 2012
Sekretariat des Ausschusses: ☎32487
Fax: 36030
Sitzungssaal: ☎30304
Fax: 36304

Mitteilung

Tagesordnung

93. Sitzung des
Ausschusses für Arbeit und Soziales
am Montag, dem 05. März 2012, 14:00 bis 15:00 Uhr
10557 Berlin, Paul-Löbe-Haus, Sitzungssaal E 800

Vorsitz: Abg. Max Straubinger (MdB)

Einzigster Punkt der Tagesordnung

Öffentliche Anhörung von Sachverständigen

a) Gesetzentwurf der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabriele Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz - HinwGebSchG)

(BT-Drucksache 17/8567)

Hierzu Ausschussdrucksachen/BT-Drucksachen: 17(11)791, 17(11)793, 17(11)794, 17(11)799, 17(11)800, 17(11)801, 17(11)802, 17(11)804, 17(11)888(neu)

b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen

(BT-Drucksache 17/6492)

Hierzu Ausschussdrucksachen/BT-Drucksachen: 17(11)788, 17(11)791, 17(11)793, 17(11)794, 17(11)799, 17(11)800, 17(11)801, 17(11)802, 17(11)804, 17(11)888(neu)

Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)
Innenausschuss
Sportausschuss
Rechtsausschuss
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz

Ausschuss für Arbeit und Soziales (federführend)
Petitionsausschuss
Innenausschuss
Rechtsausschuss
Ausschuss für Wirtschaft und Technologie
Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz
Verteidigungsausschuss
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Ausschuss für Gesundheit
Ausschuss für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
Ausschuss für Kultur und Medien

Max Straubinger
amtierender Vorsitzender

Sachverständigenliste

Verbände und Institutionen: Deutscher Gewerkschaftsbund
Verband der Beschäftigten der obersten und oberen Bundesbehörden e. V.
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände
Siemens AG
Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit

Einzelsachverständige: Prof. Dr. Martin Henssler, Köln
Dr. Philipp Kramer, Hamburg
Tim Wybitul, Frankfurt
Dr. Dieter Deiseroth, Düsseldorf
Guido Strack, Köln
Cathy James, London
Prof. Dr. Jens M. Schubert, Berlin

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)784neu

27. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabriele Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen
und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Deutscher Gewerkschaftsbund**Vorbemerkung:**

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen jede Aktivität, den Schutz von Hinweisgebern vor allem im Beschäftigungsverhältnis zu verbessern.

Insbesondere ist es notwendig, das Beschäftigte oder im Betrieb handelnde Personen, die Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften bei öffentlichen Stellen anzeigen, wirksam vor Sanktionen geschützt werden. Arbeitsrechtliche Maßnahmen gegen diese Beschäftigten müssen unzulässig sein.

Nach der bisherigen Rechtslage ist nämlich der Schutz solcher Hinweisgeber völlig unzureichend. Nach Rechtsprechung des BAG muss, unabhängig von der Frage, ob ein Fehlverhalten tatsächlich vorliegen hat oder der Hinweisgeber zumindest im guten Glauben gehandelt hat, eine Motivsuche durchgeführt werden, ob nicht auch andere Gründe zusätzlich zu der tatsächlichen oder vermeintlichen Notwendigkeit, Verstöße gegen gesetzliche Vorschriften anzuzeigen, eine Rolle gespielt haben könnten. Damit werden Beschäftigte einer unangemessenen Drucksituation ausgesetzt, in der sie sich im Zweifel gegen eine Anzeige entscheiden müssen.

Im Hinblick auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Sache Hainisch, bei der eindeutig festgestellt wurde, dass die Öffentlichmachung von Pflichtverstößen oder Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften zu den gemeinschaftlichen Grundrechten gehört und nicht

zu Sanktionen führen darf, ist eine gesetzliche Regelung überfällig.

Darüber hinaus besteht auch ein allgemeines gesellschaftliches Interesse daran, Hinweisgeber besser zu schützen. Denn mehr als die Hälfte wirtschaftskrimineller Taten und Verstöße gegen Schutzvorschriften sind durch Anzeigen von Beschäftigten aufgedeckt worden.

Soweit eine innerbetriebliche Klärung vorab angestrebt ist, sollte diese allenfalls dann verpflichtend sein, wenn durch Vereinbarung von betrieblicher Interessenvertretung und Arbeitgeber eine innerbetriebliche Stelle geschaffen worden ist, die einen einfachen und ggf. auch anonymen Zugang ermöglicht.

Ausdrücklich muss außerdem geregelt werden, dass eine innerbetriebliche Klärung immer dann nicht zu erfolgen hat, wenn eine unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht, wenn es sich um einen Straftatbestand handelt oder davon auszugehen ist, dass eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend zu erwarten ist, bzw. das Verlangen nach Abhilfe aus einem anderen Grund nicht zumutbar scheint. Dies muss insbesondere auch dann gelten, wenn das Fehlverhalten von dem unmittelbaren Vorgesetzten des Hinweisgebers ausgeht, um von vorneherein eine Drucksituation für den Hinweisgeber auszuschließen.

Mit einer solchen gesetzlichen Regelung kann sichergestellt werden, dass zukünftig Gesetzesverstöße und damit Gefährdungen für Mensch und Umwelt wesentlich besser verhindert oder minimiert werden können.

Zum Antrag der Fraktion DIE LINKE „Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen – Hinweisgeberin und Hinweisgeber schützen“

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaft stimmen den Feststellungen im Antrag der Fraktion DIE LINKE zu. Es ist richtig, dass häufig Gefahren und Rechtsverstöße von Seiten der Beschäftigten aufgedeckt werden. Insofern ist der Forderung ebenfalls zuzustimmen, gesetzliche Regelungen zu schaffen, die den Schutz von Hinweisgebern gewährleisten. Die vorgeschlagenen Regelungen sind dazu sachgerecht und angemessen.

Zum Gesetzesentwurf der Fraktion der SPD

Allgemeine Bewertung:

Die von der SPD-Fraktion gemachten Vorschläge zu einem Hinweisgeber-Schutz-Gesetz bilden eine gute Grundlage, um den Schutz von Hinweisgebern im betrieblichen Alltag deutlich zu verbessern. Die vorgeschlagenen Regelungen sind ausgewogen, und berücksichtigen auch in angemessener Form die Interessen der Arbeitgeber. Insbesondere die differenzierte Regelung bezüglich eines Hinweisgebersystems, das in der betrieblichen Praxis installiert werden könnte, böte die Möglichkeit, flankiert durch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates, sowohl den Interessen der Beschäftigten als auch den Interessen des Arbeitgebers an der Verhinderung falscher Anzeigen in angemessener Form Rechnung zu tragen. Allerdings soll überlegt werden auch Schutzrechte der Angezeigten/beschuldigten zu regeln, wie z.B. Auskunftsansprüche bzgl Namen des Hinweisgebers bzw. hinsichtlich der Daten, die über den Beschuldigten gespeichert werden, um bei ungerechtfertigter Beschuldigung ggf ihre Rechte geltend zu machen.

Darüber hinaus fehlen klare Aussagen zum internen Whistleblowing, Beschäftigte zur Denunziation verpflichten würde. Allerdings ist in der Begründung des Entwurfs auf die entsprechenden US Regularien wie "SOX" ausdrücklich positiv Bezug genommen und in der Begr. zu § 5 klargestellt, dass eine Missstände "aufgreifende und behebende Betriebsatmosphäre" ... "nicht zuletzt auch" Arbeitgeberüberwachungsinteressen dienen soll. Auch in der allg. Begründung wird angeführt, dass ein "an den" Bedürfnissen und Gegebenheiten der Arbeitgeber angepasstes Hinweisgebersystem zu implementieren sei.

Dies wird vom DGB und seinen Mitgliedsgewerkschaften nachdrücklich abgelehnt. So richtig es ist, die Bereitschaft, Missstände und Fehlverhalten, besonders, wenn es zu einer Gefährdung von Kolleginnen oder der Allgemeinheit führt, durch klare gesetzliche Schutzvorschriften zu unterstützen, so falsch wäre es, wie von Arbeitgeberseite (vor allem solche mit amerikanischen „Müttern“ gefordert, die Bespitzelung und Denunziation zur Pflicht zu machen. Deshalb muss die Begründung bzgl. der erwähnten Passagen klarstellend überarbeitet werden

und einer Pflicht zum internen Whistleblowing eine Absage erteilt werden.

Zu den Vorschriften im Einzelnen:

§ 1 Ziel des Gesetzes

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften unterstützen die Zielsetzung des Gesetzesentwurfs.

§ 2 Anwendungsbereich

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften befürworten, dass der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes weit gefasst ist. Insbesondere wird der Ansatz unterstützt, dass diejenigen, die nicht leichtfertig handeln, unter den Schutzbereich des Gesetzes fallen.

§ 3 Begriffsbestimmung

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften befürworten, dass durch klare und umfassende Definitionen sichergestellt wird, dass das Gesetz sowohl in der betrieblichen Praxis als auch in der gerichtlichen Auseinandersetzung handhabbar wird, und mögliche Schlupflöcher, die dann doch noch eine erweiterte Motivsuche oder Benachteiligungen der Betroffenen zulassen, verschlossen werden.

§ 4 Benachteiligungsverbot

Das unbedingte Benachteiligungsverbot wird grundsätzlich begrüßt.

Problematisch ist allerdings im Hinblick auf die in der allgemeinen Bewertung aufgezeigte Ablehnung einer Pflicht zur Anzeige in § 4 Abs. 3 jede Benachteiligung einer/s HinweisgeberIn durch andere Arbeitnehmer/Beschäftigte als Vertragsverletzung zu werten. Dies könnte bei dem weiten Missstandsbegriffs in § 2 Abs. 2 erheblichen Konflikten zwischen den Beschäftigten führen. Das damit herbeigeführte Klima der Denunziation kann ein Klima der Einschüchterung schaffen, dass gewerkschaftliche Tätigkeit im Betrieb behindert und zu erhebliche psychischen Belastungen führen kann.

§ 5 Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin

Es ist sachgerecht, durch eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schutz von Hinweisgebern, aber auch durch die Pflicht zur Bekanntmachung des Verbots der Benachteiligung von Hinweisgebern und die Verpflichtung, Benachteiligungen aktiv zu unterbinden zu einer Bewusstseinsänderung der Haltung gegenüber Hinweisgebern in der betrieblichen Praxis beizutragen. Ergänzend sollte aufgenommen werden, dass dann, wenn aufgrund einer Anzeige nach § 6 Abs 1 zu befürchten ist, dass der Hinweisgeberin oder dem Hinweisgeber Nachteile im Sinne dieses Gesetzes entstehen, der Hinweis so zu behandeln ist, als habe er seinen Hinweis im Sinne von § 84 BetrVG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 dieses Gesetzes auch an den Betriebsrat gerichtet. § 85 BetrVG soll entsprechend anwendbar sein.

§ 6 Anzeigerecht

Die Regelungen des Individualrechts der Hinweisgeber, Missstände in der betrieblichen Praxis anzuzugehen, ist das Kernstück der vorgeschlagenen Regelung. Damit werden die Rechte derjenigen, die bereit

sind, Zivilcourage im betrieblichen Alltag zu zeigen, deutlich gestärkt. Ebenso ist es richtig, dass, unabhängig vom Recht, sich an den Arbeitgeber bzw. die betriebliche Interessenvertretung wenden zu können, auch eine Information an eine externe Stelle weiterzugeben, als Recht ausdrücklich formuliert ist. Das zusätzlich eine Öffentlichmachung vorgesehen ist für Fälle, in denen eine angemessene Reaktion auf die Anzeige durch die zuständige Behörde oder eine angemessene Abhilfe nicht erfolgt ist oder überragende Interessen der Allgemeinheit betroffen sind, liegt letztlich im Interesse aller. Denn nur so kann sichergestellt werden, dass eine Abhilfe bei Missständen nicht daran scheitert, dass Behörden oder andere Stellen nicht oder nicht in angemessener Zeit Abhilfe schaffen.

Darüber hinaus fehlen im Gesetzesentwurf Rechte auf nachträgliche Information des Hinweisgebers, so Informationen darüber, was mit einer innerbetrieblichen Beschwerde passiert, ob sie verfolgt wird, ob zusätzliche Maßnahmen ergriffen werden, ob der Missstand beseitigt wurde usw. Dies sollte auch geregelt werden

§ 7 Leistungsverweigerungsrecht

Die Vorschrift ist geeignet, den Hinweisgeber dahingehend zu schützen, dass er sich durch die Pflicht, weiterhin seine berufliche Tätigkeit auszuüben, Repressalien nicht weiter aussetzt.

§ 8 Beseitigung und Unterlassung

Es ist sachgerecht, sowohl die Beseitigung der Beeinträchtigung als auch die Unterlassung ausdrücklich gesetzlich zu regeln. Dies trägt zur Normenklarheit bei.

§ 9 Entschädigung und Schadenersatz

Die Regelung von Entschädigung und Schadenersatz ist geboten. Klargestellt werden muss allerdings, dass Anspruchsgegner für Schadenersatz und Entschädigung für denjenigen, der eine Benachteiligung erledigt, nur der Arbeitgeber sein kann. Ein neues Schuldverhältnis zwischen den beschäftigten untereinander darf nicht begründet werden. Allerdings wäre es wünschenswert, dass bei der Entschädigung die Höhe eine abschreckende Wirkung haben müsste. Ebenso scheint die Frist von drei Monaten zur Geltendmachung möglicher Schadenersatz- und Entschädigungsansprüche zu kurz, da sich Benachteiligungen möglicherweise im Laufe der Zeit verfestigen können, und es schwierig sein dürfte, den

genauen Zeitpunkt, ab wann die maßgeblichen Tatsachen sicher erkannt werden, zweifelsfrei festzustellen.

§ 10 Wahrung der Rechte der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers oder anderer Beteiligter

Die Vorschrift kann gestrichen werden, da die allgemeinen Vorschriften zur Lösung dieser Problematik ausreichen.

§ 11 Errichtung eines Hinweisgebersystems in Unternehmen und Betrieben

Der Ansatz, vor der externen Anzeige die Möglichkeit zu eröffnen, durch ein differenziertes System der internen Abhilfe in Form eines unternehmens- oder betriebsinternen Hinweisgebersystems Missstände aufzuklären, kann sinnvoll sein, auch unter dem Gesichtspunkt, den Hinweisgeber vor falschen Angaben zu schützen. Wenn ein unternehmens- oder betriebsinternes Hinweisgebersystem eingeführt wird, ist allerdings immer zu bedenken, dass solche Systeme aus Sicht der betriebspolitischen Praxis häufig Anreize für Denunziantentum bergen; dies gilt es durch eine ausdrückliche Klarstellung zu verhindern. Insbesondere muss ausdrücklich im Gesetz klargestellt werden, dass im Rahmen dieses Hinweisgebersystems keinerlei Verpflichtung führt die Beschäftigten besteht, Pflichtverstöße anzuzeigen. Außerdem darf der Arbeitgeber Hinweise auf mögliches Fehlverhalten von Beschäftigten nicht – auch nicht indirekt – fördern.

§ 12 Beweislast

Die Beweislastverteilung ist sachgerecht.

§ 13 Unabdingbarkeit

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften unterstützen den Ansatz, dass die gesetzlichen Regelungen abschließend sind, und nicht zu Ungunsten der Beschäftigten (und zwar ausschließlich für Beschäftigte!), zum Beispiel durch vertragliche Vereinbarung, verändert werden können.

§ 14 Ordnungswidrigkeiten

Der DGB begrüßt, dass eine Benachteiligung von Hinweisgebern auch als Ordnungswidrigkeit geahndet werden soll. Ob allerdings die Geldbuße von 50.000 Euro angesichts der Dimension mancher Missstände und Gesetzesverstöße, insbesondere im Bereich von Steuerhinterziehung, ausreicht, um abschreckend zu wirken, ist fraglich.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)800

23. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabriele Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen
und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Verband der Beschäftigten der obersten und oberen Bundesbehörden e. V.**Zusammenfassung**

1. Während der Schutz von Hinweisgebern auf internationaler Ebene, namentlich in den USA einen hohen Stellenwert genießt, hält das Thema im deutschen geschriebenen Recht trotz der mit dem Zivilrechtsübereinkommen des Europarats verbundenen Änderungen weder hinsichtlich Schutzzumfang noch Kultur einem wirklichen Vergleich stand.
2. Unter Berücksichtigung des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, des allgemeinen Maßregelverbotes und der Verpflichtung des Arbeitnehmers, Rücksicht auf die Interessen des Arbeitgebers zu nehmen sowie der allgemeinen Verschwiegenheitspflicht, kommt es bei der Erstellung eines Hinweisgeberschutzgesetzes auf die rechtssichere Ausformulierung eines für Arbeitnehmer und Arbeitgeber transparenten Verfahrens an.
3. Die gilt auch für den öffentlichen Dienst. Sowohl das geltende Beamtenrecht als auch der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst beinhalten hierzu eine umfangreiche Pflichtenbindung. Insbesondere die beamtenrechtliche Verschwiegenheits- und Remonstrationspflicht schränken in ihrem Verhältnis zum Grundsatz der persönlichen Verantwortung des Beamten die jederzeitige Offenbarung von Missständen in der Öffentlichkeit nachdrücklich ein.
4. Der VBOB teilt deshalb die Intention des Fraktionsantrages und des Gesetzentwurfes, arbeitswie dienstrechtlich im Wege einer gesetzlichen Regelung Klarheit und Rechtssicherheit für Hinweisgeber, Arbeitgeber und Dienstherrn zu schaffen. Dabei sind differenzierte Regelungen für den privaten und den öffentlichen Sektor nötig. Die Schutzintention im Antrag der Fraktion DIE LINKE sowie im Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion wird vom VBOB uneingeschränkt unterstützt. Gerade die Beweislastumkehr könnte im Zusammenhang mit einer sachgerecht arbeitenden externen Stelle dem im deutschen Recht notwendigen Hinweisgeberschutz dem Grunde nach gewährleisten.
5. Die im Fraktionsantrag der Fraktion DIE LINKE genannte Forderung nach einschlägigen gesetzlichen Regelungen im Straf- und Medienrecht sollte differenziert bewertet werden. Der im Fraktionsantrag enthaltene Vorschlag, Handlungen, die Hinweise durch Whistleblower bestrafen, als Fehlverhalten strafrechtlich zu sanktionieren, stößt beim VBOB auf Bedenken.
6. Der VBOB kann aufgrund der arbeits- und beamtenrechtlichen Ausgangslage einer voraussetzungslosen Entscheidungsfreiheit des Whistleblowers in Bezug auf interne oder öffentliche Offenlegung nicht zustimmen. Ein derartiges Anzeigerecht kann stets nur Ultima Ratio sein und muss für eng begrenzte Fälle gegenüber ei-

- ner zuständigen außerbehördlichen Stelle gelten.
7. Der VBOB begrüßt ausdrücklich die Einrichtung einer unabhängigen (Ombuds)Stelle für Whistleblower. Die zentrale Frage ist, wie eine „zuständige außerbehördliche Stelle“ auszugestaltet ist, an die die Betroffenen sich wenden können. Voraussetzung für eine solche Stelle ist, dass sie einerseits Einsichts- und Informationsrechte hat, andererseits aber auch in definierten Grenzen zur Vertraulichkeit verpflichtet und – anders als Strafverfolgungsbehörden – nicht zwingend an das Legalitätsprinzip gebunden ist.
 8. Die im Gesetzentwurf der SPD-Bundestagsfraktion vorgesehene Möglichkeit, sich an die betriebliche Interessenvertretung wenden zu können, wird mit Blick auf die einzuhaltenden Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe vom VBOB begrüßt.
 9. Die Definition der „Betrieblichen Missstände“ ist nach unserer Ansicht indes zu unbestimmt. Welche Art von Rechten und Pflichten verletzt sind, wird nicht näher definiert, ebenso wenig, ob sie wesentlich oder unwesentlich sind.
 10. Der VBOB empfiehlt die Prüfung, die gesetzlichen Regelungen zum Hinweisgeberschutz ggfls. im Wege einer Artikelgesetzes zur Änderung oder Erweiterung der Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Bundesbeamtenengesetz sowie Beamtenstatusgesetz vorzunehmen.

Allgemeines

Dem VBOB wurde Gelegenheit gegeben, im Rahmen der Anhörung Stellung zu nehmen zu dem Antrag der Fraktion DIE LINKE – Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen-Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen (BT-Drucksache 17/6492) sowie dem Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion –Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern –Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz- HinwGebSchG, BT Drucksache 17/8567).

Beide Anhörungsgegenstände beschäftigen sich mit den Fragen des Hinweisgeberschutzes und zielen auf eine entsprechende Verbesserung der gesetzlichen Regelungen ab.

Der Antrag der Fraktion DIE LINKE beinhaltet eine Aufforderung an die Bundesregierung zur Vorlage eines Gesetzentwurfs, der neben einer positiven Veränderung des Wertebewusstseins vor allem die Hinweisgeber vor Vergeltungsmaßnahmen von Arbeitgebern oder Dienstherren schützen und dies durch entsprechende Änderungen im Arbeits-, Beamten-, Straf- und Medienrecht bewirken soll. Dabei soll bei entsprechendem Wunsch des Hinweisgebers seine Anonymität gewahrt bleiben, er kann ebenso frei zwischen interner und behördlicher Offenlegung seines Wissens wählen, sich an die Öffentlichkeit oder einen Ombudsmann wenden. Entsprechend werden Behörden, Unternehmen oder Organisationen verpflichtet, ein internes Hinweisssystem sowie eine unabhängige Ombudsstelle für Whistleblower einzurichten. Die Hinweisgeber sollen über den Fortgang, Zeitraum und das Ergebnis ihrer Offenle-

gung informiert werden. Die von der Bundesregierung geforderte gesetzliche Regelung soll neben der Möglichkeit, Hinweise anonymisiert geben zu können, umfangreiche Schadenersatzregelungen gegenüber den Verursachern eventueller Repressalien oder Vergeltungsmaßnahmen zu Lasten der Hinweisgeber beinhalten, Hinweise von strafrechtlicher Verfolgung freistellen und umgekehrt entsprechende Handlungen oder Verhalten gegen die Hinweisgeber selbst als sanktionswürdiges Verhalten kriminalisieren und mit entsprechenden straf-, zivil- und arbeitsrechtlichen Sanktionen belegen. Desweiteren ist durch die gesetzliche Regelung eine unabhängige öffentliche Einrichtung für Whistleblowing zu schaffen, die neben Beratung und Überprüfung der Funktionsfähigkeit der Whistleblowing Maßnahmen eine beobachtende Funktion wahrnimmt und Umsetzung sowie Auswirkungen des Gesetzes regelmäßig prüft und bewertet. Zum Zwecke der Verbreiterung der kulturellen Akzeptanz des Hinweisgebertums soll das öffentliche Bewusstsein gefördert werden. Daneben sollen die neu zu schaffenden gesetzlichen Regelungen mit einem Maßnahmenpaket versehen werden, welches unter anderem Vorschläge zu einer besseren Unternehmenskultur (best practice, Deutscher Corporate Governance Codex sowie Codes of conduct) und zur Stärkung des Verbraucherschutzes beinhaltet.

Der Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion will Rahmenbedingungen für Hinweise von Beschäftigten über innerbetriebliche Missstände regeln, um insbesondere Benachteiligungen von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern zu verhindern und zu beseitigen. Hinweisgeber sind dabei insbesondere Arbeitnehmer, unselbständig Beschäftigte und Auszubildende. Beamte oder sonstige in einem besonderen Dienstverhältnis zum Staat stehende Berufsgruppen werden nicht erfasst. Der Gesetzentwurf beinhaltet ein Benachteiligungsverbot und ausdrückliches Kündigungsverbot aufgrund ergangener rechtmäßiger Hinweise sowie entsprechende Organisationspflichten des Arbeitgebers zur Durchsetzung dieses Benachteiligungsverbot. Hinweisgebern räumt der Gesetzentwurf ein Anzeigerecht bei einer im Betrieb eingerichteten Stelle, einer externen Stelle oder der Arbeitnehmervertretung nebeneinander ein. Die Voraussetzungen für die Weitergabe von Hinweisen an die Öffentlichkeit werden eingehend gesetzlich normiert (wenn wegen des Missstandes das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder die Umwelt gefährdet sind und die zuständige Behörde nicht angemessen auf den Hinweis reagiert hat). Wurden die gesetzlichen Voraussetzungen bei der Abgabe von Hinweisen beachtet, handelt es sich um rechtmäßige Handlungen. Hinweisgeber, die befürchten, dass sie sich bei Ausführung der aufgetragenen Tätigkeit der Gefahr der Verfolgung einer Straftat oder der Ahndung einer nicht geringfügigen Ordnungswidrigkeit aussetzen, können ein Leistungsverweigerungsrecht ohne Verlust des Entgeltanspruchs in Anspruch nehmen. Unbeschadet dessen räumt ihnen der Gesetzentwurf Beseitigungs-, Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche ein. Umgekehrt trifft sie die Schadenersatzpflicht gegenüber dem Arbeitgeber in Fällen nicht rechtmäßiger Hinweise. Es steht dem Arbeitgeber frei, ein betriebsinternes Hinweisgeber-

system zu installieren, insbesondere wie die Kommunikation zwischen Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern und dem eingerichteten System sichergestellt wird, z.B. durch mündliche oder schriftliche Kommunikationswege, E-Mail oder Telefonhotlines. Sollte die Möglichkeit der Abgabe anonymen Hinweise eröffnet sein, muss durch geeignete Maßnahmen sichergestellt werden, dass das Persönlichkeitsrecht der von den Hinweisen betroffenen Personen bis zur Aufklärung des Hinweises geschützt bleibt. Betriebsverfassungs- und datenschutzrechtliche Vorschriften bleiben unberührt. Besondere Aufmerksamkeit verdient auch die Regelung zur Beweislastumkehr, wonach eine Partei, die im Streitfall Indizien beweist, die eine Benachteiligung in der im Gesetzentwurf genannten Art vermuten lassen könnte, die andere Seite die (retrograde) Beweislast dafür trägt, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutze vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Ein erster Vergleich beider Anhörungsgegenstände ergibt, dass die Forderungen in dem Antrag der Fraktion DIE Linke in Teilen weitergehender Natur sind, wenn z.B. arbeits-, beamten-, straf- und medienrechtliche Aspekte einbezogen werden sollen, während der Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion ausweislich der genannten Problemstellung darauf abzielt, Rechtsunsicherheiten beim Hinweisgeberschutz für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beseitigen und sie besser vor arbeitsrechtlichen Nachteilen zu schützen. Der Gesetzentwurf soll deshalb die arbeitsrechtliche Ergänzung für das am 1. April 2009 in Kraft getretene Beamtenstatusgesetz und seine dort kodifizierten Durchbrechungen des Verschwiegenheitsgebotes darstellen, weshalb offenbar auf eigenständige dienstrechtliche Regelungen verzichtet wird. Gleichwohl beinhaltet dieser Entwurf eigenständige Regelungen, die sich so nicht unbedingt aus den Forderungen des Fraktionsantrages der Fraktion DIE Linke ableiten lassen, wie z.B. die Einbeziehung des Betriebsrates oder eine spezifische Ausgestaltung der Beweislastumkehr.

Stellungnahme

I. *Entwicklung von Maßstäben für ein Hinweisgeberschutzgesetz im öffentlichen Dienst*

1. Unter dem Oberbegriff "Whistleblowing" (aus dem Englischen übersetzt: „in die Pfeife blasen“) werden seit Jahren verschiedene Verfahren diskutiert, die dem Schutz von Informanten dienen, die Sachverhalte aufdecken, welche Missstände beinhalten oder im weiteren Sinne illegale Inhalte darstellen. In den letzten Jahren werden solche Verfahren insbesondere für Wirtschaftsunternehmen, für die Steuerverwaltung und für den behördeninternen Umgang mit Hinweisen auf irreguläres Verhalten erörtert, die sich inhaltlich aber erheblich unterscheiden. So haben etwa in der 16. Legislaturperiode BMAS, BMELV und BMJ am 30. April 2008 gemeinsam einen Vorschlag zur gesetzlichen Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch vorgelegt, welcher am 04. Juni 2008 Gegenstand einer öffentlichen Anhörung vor dem Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz war (BT Ausschussdrucksache 16 (10) 849). In diesem

Vorschlag geht es insbesondere auch um den Vorrang von innerbetrieblicher Klärung eines Missstandes vor der Strafanzeige und den Schutz des (bekannten) Informanten vor Repressalien.

Innerhalb der Finanzbehörden werden seit längerem Erleichterungen bei der Abgabe anonymen Anzeigen bei der Steuerverwaltung diskutiert. Die politischen und juristischen Entscheidungen zur Verwertbarkeit heimlich erstellter Datenträger mit Hinweisen auf im Ausland dem Zugriff und der Veranlagung durch die deutschen Steuerbehörden entzogenen Vermögens und möglicherweise dadurch verkürzter oder hinterzogener Steuer in Deutschland stellt in diesem Feld den vorläufigen Höhepunkt dar. Mehrere Länder haben inzwischen Online-Portale aufgebaut, die mittels verschlüsselter Internetseiten verhindern, dass der oder die Anzeigersteller/in ausfindig gemacht werden können.

Innerhalb der öffentlichen Verwaltung wird zur Korruptionsbekämpfung ebenfalls über die Eröffnung von Online-Portalen diskutiert, die dem Informanten den Schutz der Anonymität bieten. Daneben gibt es vereinzelt in der öffentlichen Verwaltung im Rahmen der Implementierung von „Compliance“ Verfahrensweisen zur behörden-spezifischen Umsetzung des Privaten Corporate Governance Codex (DCGC) und des Code of Conduct. Zum Zwecke eines Integritäts- und Wertemanagements werden Werte und Leitbild von der Unternehmens- bzw. Behördenleitung in die Organisation hinein vorgelebt und implementiert, um gemeinsam mit den Mitarbeitern dafür Sorge zu tragen, dass Vermögen und Reputation des Unternehmens/der Verwaltung geschützt werden. Darin kann vor allem auch eine unterstützende Begleitung des Anliegens der Richtlinien zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung gesehen werden.

2. Während der Schutz von Hinweisgebern auf internationaler Ebene, namentlich in den USA einen hohen Stellenwert genießt, hält das Thema im deutschen geschriebenen Recht trotz der mit dem Zivilrechtsübereinkommen des Europarats verbundenen Änderungen weder hinsichtlich Schutzzumfang noch Kultur einem wirklichen Vergleich Stand. Die Gründe dafür liegen in einem abweichenden Rechtsverständnis sowohl im deutschen Arbeitsrecht, als auch im öffentlichen Dienstrecht. Während allerdings das Beamtenrecht eine sich an den Grundsätzen der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns orientierende Pflicht zur Remonstration bei Rechtsverstößen aufgrund einer wenigstens rechtstheoretischen Transparenz des Verwaltungshandelns regelt, die dem Prinzip rechtlich korrekten und effizienten Handelns der öffentlichen Verwaltung zugrundeliegt, existieren vergleichbar geschriebene Regelungen im Arbeitsrecht nur in allgemeinerer Form. In der höchstrichterlichen Arbeitsrechtsprechung jüngerer Zeit gibt es auch deshalb verschiedene Judikate, die Maßstäbe für den Umgang des Arbeitgebers mit Hinweisen auf Missstände seitens des Arbeitnehmers beinhalten. Daher ist zu Beginn einer Einschätzung

jedenfalls für das deutsche Recht notwendig, diese Maßstäbe kurz zusammenzufassen:

3. Unter Berücksichtigung des besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, des allgemeinen Maßregelverbotes und der Verpflichtung des Arbeitnehmers, Rücksicht auf die Interessen des Arbeitgebers zu nehmen sowie der allgemeinen Verschwiegenheitspflicht, kommt es bei der Erstellung eines Hinweisgeberschutzgesetzes auf die rechtssichere Ausformulierung eines für Arbeitnehmer und Arbeitgeber transparenten Verfahrens an. Die Gefahr liegt hier unter anderem in denjenigen Umständen, die den Arbeitgeber andernfalls dazu berechtigen könnten, eine verhaltensbedingte Kündigung auszusprechen. Selbst die höchstrichterliche Arbeitsrechtsprechung oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lassen beispielsweise nicht den Schluss zu, dass es bei „wissentlicher oder leichtfertiger“ Falschanzeige des Arbeitnehmers trotz der für den Regelfall vermuteten Unverhältnismäßigkeit der verhaltensbedingten Kündigung keine anders gelagerten Fallkonstellationen geben könnte, die zur Kündigung berechtigen. Insbesondere die jüngst durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte entschiedenen Fälle verdeutlichen zudem die Notwendigkeit, hier zu Rechtssicherheit kommen zu müssen. Mit Blick auf die aus der höchstrichterliche Arbeitsrechtsprechung ebenso wie aus dem europäischen Recht, namentlich der EMRK abzuleitenden Erfordernisse für eine grundrechtskonforme Gesetzesausgestaltung ergeben sich Anforderungen, insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen aufgedeckten Missständen im Innenverhältnis von Unternehmen bis hin zu der Inanspruchnahme eines strafprozessualen Anzeigerechts einerseits und der rechtsmissbräuchlichen Anzeige andererseits. Daneben ist das Prinzip der zulässigen Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers ebenso wie die Frage der Beweislast bei aufgezeigten Missständen oder Risiken regelungsbedürftig. Das Hinweisgeberschutzgesetz kann insoweit bereits bestehende gesetzliche oder sonstige Verfahrensregelungen gut ergänzen.

Insbesondere dieser zuletzt genannte Aspekt trifft für den Bereich des öffentlichen Dienstes zu. Sowohl das Beamtenrecht, als auch innerorganisatorische Regelungen lassen erkennen, dass eine angemessene Reaktion von öffentlichem Arbeitgeber und Dienstherrn auf aufgezeigte Missstände bereits auf der Grundlage des geltenden Recht erwartet werden kann. Dass dies in der Vergangenheit nicht immer der Fall war, ist nicht zuvörderst auf fehlende rechtliche Regelungen zurückzuführen, sondern zumeist auf wenig aufklärungsbegeisterte Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, wobei der Status hierbei unerheblich ist. Neben dieser Motivationsfrage geht es aber auch um entsprechend wertbewusste Vorgesetzte, die zu kritischem Hinsehen ermutigen, ein auf die Beseitigung von Missständen gerichtetes Verwaltungshandeln fördern, fördern und durch ihr eigenes Verhalten (z.B. gutes Vorbild, den Mitarbeitern aktiv Zuhören und sie ebenso beraten und unterstützen

wie dies umgekehrt zum Pflichtenkreis der Mitarbeiter gehört) vorleben. Und erst dann geht es um die rechtliche Absicherung oder Vervollständigung in wenigen Bereichen. Dabei muss die Rechtsordnung sicherstellen, dass Zivilcourage und Hinsehen bei Verstößen gegen die Rechtsordnung oder bei konkreten Gefährdungen hochstehender Rechtsgüter nicht bestraft werden. Ziel einer solchen Regelung kann es aber nur sein, Beschäftigten - Arbeitnehmern wie Beamten - in Konfliktsituationen einen legalen Ausweg zu weisen.

4. Eine geordnete und in ihren inneren Abläufen hierarchisch gegliederte weisungsgebundene Verwaltung ist Grundlage jeden funktionierenden Staatswesens. Dies folgt aus der demokratischen Legitimationskette mit der Letztverantwortung der Behördenspitze, letztendlich der Ressortminister/Regierungschefs, gegenüber den Parlamenten. Soweit nicht gesetzlich ausnahmsweise eine dem Richteramt vergleichbare Unabhängigkeit vorgesehen ist, setzen diese Verantwortungen einen durchgehenden Entscheidungsstrang voraus. Dazu gehört auch, dass bestimmte Vorgänge wie interne Abstimmungsvorgänge oder in auswärtigen Angelegenheiten legitimer weise vertraulich sind und auch so behandelt werden sollen. Das gilt erst recht, wenn durch die Informationen Dritte betroffen werden oder wenn Behörden mit hoheitlichen Befugnissen Daten erlangt haben. Sowohl das geltende Beamtenrecht als auch der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst beinhalten hierzu eine umfangreiche Pflichtenbindung. Hier ist insbesondere die Verschwiegenheitspflicht zu nennen, die allerdings auch die Rechtsverhältnisse der Soldaten oder Bundesminister betreffen. Die Verschwiegenheitspflicht (§ 67 BBG, § 3 Abs. 1 TVöD, § 6 BMinG, § 14 SG) findet auf alle Sachverhalte Anwendung, die direkt mit der Tätigkeit des Beamten, Soldaten, Amtsträgers oder Arbeitnehmers in Verbindung stehen oder zufällig bei Gelegenheit der Dienstausübung bekannt werden einschließlich der geheimhaltungsbedürftigen Aspekte. Diese Pflicht, die sogar über den Zeitpunkt des Ruhestandseintritts hinaus fort gilt, gilt für alle Bereiche und erfordert Amtskausalität. Neben dem Schutz des Staates und seiner Institutionen soll sie zugleich Rechte Dritter schützen. Soweit es um geheim zuhaltende Umstände geht, ist die Verletzung dieser Pflicht strafbewehrt (§ 353 b StGB).

Neben sich aus notwendigem Informationsaustausch im dienstlichen Verkehr oder bei offenkundigen Tatsachen ergebenden Ausnahmen gilt die Verschwiegenheitspflicht gleichsam nicht in Fällen eines durch Tatsachen begründeten Verdachts von Korruptionsstraftaten oder solchen Straftaten, die der Anzeigepflicht unterliegen (§ 138 StGB). In diesem Zusammenhang gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht bei entsprechenden Anzeigen gegenüber der obersten Dienstbehörde, einer von dieser bestimmten weiteren Behörde, einer Strafverfolgungsbehörde oder auch einer außerdienstlichen Stelle. Daneben regelt die Richtlinie zur Korruptionsprävention in der Bundesverwaltung vom

30.6.2004 (Bundesanzeiger 2004, Seite 17745), dass sich Beschäftigte an die nach dieser Richtlinie zuständigen Ansprechpersonen wenden können. Nicht übersehen werden darf hierbei, dass korruptionsnahe Straftaten, wie Unterschlagung (§ 246 StGB) oder Untreue (§ 266 StGB) nicht zum Kreis der Vorschriften gehört, die die Ausnahme von der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht begründen.

5. Während sich insbesondere die zuletzt genannte Regelung nicht ausschließlich an Beamte, sondern insbesondere auch an Tarifbeschäftigte wendet, handelt es sich bei dem klassischen Remonstrationsprinzip um eine beamtenrechtliche Regelung, die im Kern zum besonderen Pflichtenkreis eines Beamten gehört. § 63 BBG regelt nämlich, dass Beamtinnen und Beamte für die Rechtmäßigkeit ihrer dienstlichen Handlungen die volle persönliche Verantwortung tragen. Weil die Verwaltung gemäß Artikel 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden ist, müssen alle Verwaltungshandlungen in umfassender Weise dem geltenden Recht entsprechen. Die Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht bedeutet für die Beamtinnen und Beamten damit eine umfassende Prüfungspflicht vor jeder Verwaltungshandlung, insbesondere vor jeder Verwaltungshandlung, die einen Eingriff des Staates in Rechte der Bürgerinnen und Bürger bedeutet. Alle Maßnahmen der Verwaltung sind demzufolge auf Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit hin zu prüfen, im Rahmen der Selbstkontrolle der Verwaltung, etwa bei einer Widerspruchsprüfung, sind falsche Entscheidungen von der Verwaltung zurückzunehmen. Dies charakterisiert zugleich auch das besondere Beschäftigungsverhältnis der Beamtinnen und Beamten und begründet die besondere Verantwortung, welche Beamte als unabhängige Sachwalter des Staates trifft, die nach § 60 BBG bei ihrer Amtsführung auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen haben. Das unterscheidet dann auch Beamte von Tarifbeschäftigten. Das Beamtenverhältnis ist nämlich von einer über das Arbeitsrecht deutlich hinaus reichenden besonderen Treuepflicht gegenüber dem Dienstherrn geprägt, die in Loyalitätsanforderungen einerseits (besondere Verfassungstreuepflicht, Folgepflicht), aber z.B. auch in der Ausübung dieser besonderen Verantwortung zum Ausdruck kommt. Und zu dieser Verantwortung gehört eben gleichermaßen die strenge Beamtenpflicht, Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der dienstlichen Anordnungen unverzüglich bei der oder dem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen. In Fällen der Aufrechterhaltung der Anordnung müssen die fortbestehenden Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit sodann gegenüber dem oder der nächsthöheren Vorgesetzten geltend gemacht werden. Soweit die Anordnung dann bestehen bleibt, sind die Beamtinnen und Beamten zur Ausführung der Weisung verpflichtet und nur insoweit von der persönlichen Verantwortung befreit. Eine Verpflichtung zur Ausführung der Weisung besteht nicht bei Verstößen gegen die Menschenwürde, Strafvorschriften oder soweit die Weisung eine Ordnungswid-

rigkeit darstellt und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtin oder den Beamten erkennbar ist. Dies gilt insbesondere auch beim Verlangen eines sofortigen Vollzuges seitens des Vorgesetzten in Fällen von Gefahr im Verzuge.

Selbst die prinzipiell kritische deutsche Rechtsprechung sieht Konfliktfälle und umschreibt Grenzen für die Schweigepflicht. Anzusprechen ist hier insbesondere die Grundsatzentscheidung des BVerfG vom 28.04.1970, 1 BvR 690/65 (Fall Pätsch). Das Bundesverfassungsgericht betont einerseits die besonderen Bindungen für Beamte wie für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst, hier mit Blick auf die Schweigepflicht:

„...Es bedarf keiner näheren Begründung, dass die öffentliche Verwaltung nur dann rechtsstaatlich einwandfrei, zuverlässig und unparteiisch arbeiten kann, wenn sichergestellt ist, dass über die dienstlichen Vorgänge von Seiten der Behördenbediensteten nach außen grundsätzlich Still-schweigen bewahrt wird. Auf die Verschwiegenheit dieser Dienstkräfte hat insbesondere der Bürger Anspruch, der sich mit einem Anliegen an eine Behörde wendet oder dessen Lebenssphäre sonst wie von der Tätigkeit der Behörde betroffen wird. Er hat keinen Einfluss darauf, ob ein Beamter oder ein Angestellter seine Angelegenheit bearbeitet; deshalb muss er darauf vertrauen dürfen, dass im einen wie im anderen Fall Dienstgeheimnisse nicht offenbart werden...<Rdn, 21>...“

Andererseits stellt das Bundesverfassungsgericht das Recht auf freie Meinungsäußerung auch für Angehörige des öffentlichen Dienstes in Frage:

„... Von dieser Betrachtungsweise ist auch auszugehen, wenn die Frage auftritt, ob und in welcher Weise ein Amtsträger Amtshandlungen seiner Behörde, die unter Verstoß gegen die Verfassung begangen worden sind, der Öffentlichkeit unterbreiten darf. Die Aufmerksamkeit und das Verantwortungsbewusstsein des Staatsbürgers, der Missstände nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern sich auch für deren Abstellung einsetzt, ist eine wesentliche Voraussetzung für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Ordnung (vgl. BVerfGE 12, 113 [124 f.]). Das Grundrecht der freien Meinungsäußerung verdient, wenn es diesem Ziel dient, besonderen Schutz; er kann auch dem Träger eines öffentlichen Amtes nicht versagt werden. Andererseits kann das Recht zur öffentlichen Rüge des verfassungswidrigen Handelns einer Behörde für deren Angehörige nicht unbeschränkt sein. Sie dürfen bei der Abwägung die Rücksicht auf die ihnen anvertrauten öffentlichen Interessen nicht außer Acht lassen. ...<Rdn. 31>

Das Gericht stellt aber Anforderungen für ein „Herausgehen“ der Amtsträger aus der Diskretionssphäre der Behörde auf:

„... Dem Beamten und dem Angestellten des öffentlichen Dienstes wird der Weg zur Offenbarung von Verfassungsverstößen seiner Behörde nicht grundsätzlich und für alle Zeit verschlossen. Andererseits wird er an das besondere Treue- und Loyalitätsverhältnis zum Staat und an die Rück-

sicht auf das öffentliche Interesse an der unge störten und möglichst wirksamen Tätigkeit seiner Behörde erinnert, das ihn dazu veranlassen muss, bei der Rüge von Verfassungswidrigkeiten mit dem schonendsten Mittel zu beginnen. Daraus folgt, dass der Beamte oder Angestellte, der verfassungswidrige Vorgänge in seiner Behörde zu erkennen glaubt, mit der Rüge und mit Vorschlägen zur Abhilfe zunächst an seine Vorgesetzten herantreten muss, von denen vorausgesetzt werden darf, dass sie den Bedenken und Vorschlägen Beachtung schenken. Sollten die Vorgesetzten nicht so reagieren, wie es die Sachlage erfordert, oder verspricht ihre Unterrichtung offensichtlich keinen Erfolg, etwa weil sich das beanstandete Verhalten der Behörde bereits zu einer Übung ausgeweitet hat, deren Umfang eine Änderung auf Grund bloßer Vorstellungen eines einzelnen Bediensteten nicht erwarten lässt, so ist diesem anzurufen, den Dienstweg bis zu dem für die Tätigkeit der Behörde parlamentarisch verantwortlichen Minister weiterzuverfolgen. Darüber hinaus verbleibt ihm die Möglichkeit, sich an einen Abgeordneten oder mit einer Petition an das Parlament als solches zu wenden. Das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit wird somit dem Beamten und dem Angestellten nicht abgesprochen; die Pflicht zur Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn sowie zur Achtung der berechtigten Belange der Verwaltung wirkt sich lediglich insoweit hemmend und verzögernd auf seinen unbeschränkten Gebrauch aus, als sie den Grundrechtsträger verpflichtet, zunächst die in der institutionellen Ordnung der Verwaltung und des demokratischen Staates liegenden Abhilfemöglichkeiten auszuschöpfen, bevor er den in seinen Folgen von ihm nicht übersehbaren und beherrschbaren Weg in die Öffentlichkeit beschreitet....<Rdn. 33>

Aktuell wird das Thema in der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, EGMR, Fall Heinisch, Urteil vom 21.07.2011 behandelt. Der EGMR ist weitergehender und konsequenter, was den Schutz des Hinweisgebers und den Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile angeht. Auch der EGMR knüpft hohe Voraussetzungen für behördliche Hinweisgeber, sich wegen Verstößen und Missständen an die Öffentlichkeit zu wenden. Ebenso wie das Bundesverfassungsgericht, erkennt der EGMR grundsätzlich Verschwiegenheits- und Loyalitätspflichten, noch gesteigert für den öffentlichen Bereich, an. Dem entspricht die Aufstellung weiterer Voraussetzungen, wenn neben Gefährdung vitaler öffentlicher Interessen die Möglichkeiten zu interner Klärung und Abhilfe genutzt und sinnvoll ausgeschöpft sein müssen, wobei die erhobenen Vorwürfe auf einer sorgfältigen Ermittlung der Tatsachen beruhen, mindestens hierzu aber das ernste Bemühen vorliegen muss. Der Hinweisgeber muss in gutem Glauben handeln und dabei auf der Grundlage einer Rechtsgüterabwägung zu dem Ergebnis gelangt sein, dass das wirtschaftlich oder sonstwie gefährdete Interesse des Arbeitgebers oder der Behörde in diesem Fall hinter das Informationsinteresse der Öffentlichkeit zurücktritt.

6. Die Aufdeckung von Missständen im Rahmen des Verwaltungsvollzuges hat demnach zwingend nach diesen Regeln zu erfolgen. Missstände, die bei Gelegenheit der dienstlichen Tätigkeit stattfinden, fallen hierunter schon nicht mehr zwingend. Dabei dürfte es sich in aller Regel um Sachverhalte handeln, die einer Remonstration schwer zugänglich sind, weil z.B. der Beamte, der den Missstand entdeckt, nicht für seine Beseitigung zuständig ist oder bei denen eine Remonstration bereits erfolglos verlaufen ist, ohne dass der Missstand beseitigt wurde. Auch wenn aber solche internen Korrekturmechanismen der öffentlichen Verwaltung nicht greifen, kann sich Hinweisgeberschutz in diesem Bereich der öffentlichen Verwaltung gleichwohl nicht darauf erstrecken, eine mit neuer Qualität ausgestattete Fachaufsicht als Parallelstruktur zu errichten. Um andererseits schon den Eindruck von Denunziantentum zu verhindern, müssen interne Verfahren entwickelt werden, die unter Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität vorrangig vor dem Gang in die Öffentlichkeit einzuhalten sind und von denen nur in außergewöhnlichen Ausnahmefällen abgewichen werden darf. Das Ziel muss sein, die Integrität der öffentlichen Verwaltung zu stärken, um einen denkbaren „Generalverdacht“ gegen die öffentliche Verwaltung dahingehend, diese sei grundsätzlich nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens zu gewährleisten, frühzeitig zu entkräften. Im Vordergrund muss daher immer zuerst der ernsthafte Versuch einer internen Klärung und Abhilfe stehen.

Der VBOB teilt deshalb die Intention des Fraktionsantrages und des Gesetzentwurfes, arbeits- wie dienstrechtlich im Wege einer gesetzlichen Regelung Klarheit und Rechtssicherheit für Hinweisgeber, Arbeitgeber und Dienstherrn zu schaffen. Ein bloßer Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung schafft – auch ausweislich der im Deutschen Bundestag im Rahmen der zitierten Anhörung im Jahre 2008 bereits erörterten Reichweite der Problemstellungen – nicht die notwendige Rechtsklarheit und Berechenbarkeit für die Beteiligten. Nicht übersehen werden darf hier auch die Wesentlichkeitstheorie, wonach es Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ist, für das Gemeinwesen wesentliche Fragen selbst zu entscheiden und dann auch zu regeln. In Bezug auf Korruptionsfälle ist dies – wie oben bereits dargestellt – sowohl straf-, als auch dienstrechtlich teilweise geschehen. Mit Rücksicht auf die Komplexität der Anforderungen erscheint aber eine ganzheitliche Lösung notwendig.

An dieser Stelle fällt auf, dass der Gesetzentwurf der SPD Fraktion keine expliziten Regelungen für den Beamtenbereich beinhaltet. Das erscheint aufgrund der bisherigen Ausführungen eher von Nachteil. Gerade im Bundesbereich geht der im allgemeinen Teil der Begründung enthaltene Hinweis auf eine Ergänzung der dienstrechtlichen Regelungen des Beamtenstatusgesetzes fehl. Das Beamtenstatusgesetz hat nach der Föderalismusreform I eine Klammerfunktion, um das völlige Auseinanderfallen des Dienstrechts in Bund und Ländern zu verhindern, es gilt deswegen aber auch nur für die Länder. Der

Bund hatte in Umsetzung der Föderalismusreform I den verfassungsrechtlichen Auftrag, im Rahmen seiner ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz das Dienstrecht neu zu regeln und hat dies mit einer vollständigen Neufassung des Bundesbeamtengesetzes vom 12.2.2009 (Gesetz zur Neuordnung und Modernisierung des Bundesdienstrechts, Dienstrechtsneuordnungsgesetz) getan. Die in dieser Stellungnahme enthaltenen Ausführungen zur Verschwiegenheitspflicht gemäß § 67 BBG gehen trotz gleichlautender Formulierung deshalb der Regelung in § 37 BeamtStG vor. Daher kann unseres Erachtens der vorliegende Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes nicht als Ergänzung der dienstrechtlichen Regelungen verstanden werden. Wir empfehlen im Gegenteil eine eigenständige Regelung im Hinweisgeberschutzgesetz, die neben den allgemeinen Vorschriften zum Schutz vor Benachteiligung im Rahmen eines subsidiären Anzeigerechts (interne Klärung vor dem Gang an die Öffentlichkeit) insbesondere das Recht der Inanspruchnahme der externen (außerbehördlichen) Stelle genauer regelt.

Anzumerken ist schließlich, dass aufgrund der beschriebenen unterschiedlichen Stellung der Beschäftigten differenzierte Regelungen für den privaten und den öffentlichen Sektor notwendig sind. Die für Arbeitnehmer allgemein vorgesehenen Vorschriften, insbesondere bisherige Überlegungen zu einem in das Bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmenden den Verhältnismäßigkeitsmaßstäben entsprechenden Anzeigerechts sind in Bezug auf die dargestellten Vorerörterungen auf Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes nur eingeschränkt anwendbar.

II. Bewertung der Anhörungsgegenstände

Es wird zunächst auf die eben beschriebenen Anforderungen allgemeiner Art verwiesen. Folgende Aspekte treten aus unserer Sicht hinzu:

Die gesellschaftspolitische Bedeutung eines Hinweisgeberschutzgesetzes wird vom VBOB sicherlich nicht unterschätzt. Verschiedene Skandale der Gegenwart (Gammelfleisch, Videobeobachtung von Mitarbeitern, Korruptionsverdacht bei Siemens) haben die Frage aufgeworfen, warum gravierendes betriebliches Fehlverhalten über einen langen Zeitraum unentdeckt bleiben konnte. Ein Grund wird in der Furcht der Insider vor Repressalien gesehen, wenn sie mit ihren Kenntnissen an die Öffentlichkeit gehen. Im Vorfeld der jüngsten öffentlichen Debatte über die Personalpolitik im Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung hatte es Hinweise an das BMZ (z. B. über Veruntreuung von Zuwendungsgeldern) und über das BMZ (z. B. an den parlamentarischen Raum zu rechtswidrigen BMZ-Personalentscheidungen) gegeben. Derartige Informationen sind zum Funktionieren einer rechtsstaatlichen Demokratie wichtig. Es wurden in den Fällen intensive Bemühungen unternommen, die anonymen Hinweisgeber zu identifizieren -ohne Erfolg! Es ist davon auszugehen, dass die Form des anonymen Hinweises gewählt wurde um evtl. Nachteilen / Sanktionen zu entgehen.

Gleichwohl geben wir zu bedenken, ob ein noch so gutes Hinweisgeberschutzgesetz dazu geeignet sein wird, eine Kultur des Umdenkens, des sich Ein-

mischens und der gestärkten persönlichen Verantwortungsbereitschaft in der deutschen Gesellschaft zu befördern. Insbesondere die gesellschaftspolitische Entwicklung seit der wiederhergestellten Deutschen Einheit verdeutlicht den gestiegenen Grad an Individualisierung. Dies drückt sich im öffentlichen Dienst nicht zuletzt in dem weit verbreiteten Phänomen mangelnder Remonstrationsbereitschaft, sondern im Gegensatz dazu in der wachsenden Kreativleistung vor allem von Nachwuchskräften aus, Wege zu finden, grenzwertige Verwaltungsentscheidungen nicht als solche zu diskreditieren, sondern durch gezielte Korrektur und Begründung als korrekt und sachgerecht erscheinen zu lassen. Dieses Bemühen ist ein wiederholt zu beobachtendes Verhaltensmuster auf die Erwartungshaltung von Vorgesetzten (...man zeige mir auf, wie es geht und nicht, wie es nicht geht) und die damit im Zusammenhang vorzufindenden Karriereüberlegungen der jüngeren Nachwuchskräfte.

Im Unterschied dazu ist die Schutzintention im Antrag der Fraktion DIE LINKE sowie im Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion uneingeschränkt unterstützungswürdig. Allein die Vorfälle in der hessischen Steuerverwaltung belegen diese Notwendigkeit. Vor allem auch für den Kreis der immer zahlreicheren Zeitarbeitskräfte, Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in der deutschen Wirtschaft, aber auch im öffentlichen Dienst erscheint ein breit angelegter Schutz, wie er mit dem Fraktionsantrag thematisiert wird, in den gerade mit Blick auf die Erfahrungen bei der Korruptionsprävention und Compliance Auftragnehmerinnen und -nehmer, Praktikantinnen, Praktikanten, Freiwillige und frühere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sowie Beraterinnen und Berater einbezogen werden, sinnvoll.

Ob es für die Gutgläubigkeit des Hinweisgebers auf den objektiven Wahrheitsgehalt der weitergegebenen Information ankommt, ist unseres Erachtens nicht entscheidend, weil dem Hinweisgeber bei nicht völlig auszuräumenden Zweifeln an diesem objektiven Wahrheitsgehalt zugemutet werden muss, diesen durch eigene Informationsbeschaffung zu erhärten oder auf die Weitergabe der Information – selbst bei möglicherweise objektivem Missstand – zu verzichten. Die Einschätzung des Hinweisgebers muss deshalb den Bewertungsmaßstab hier bilden. Nach seiner Einschätzung muss es sich zum Zeitpunkt der Weitergabe um eine als wahr zu beschreibende Information handeln.

Die im Fraktionsantrag der Fraktion DIE LINKE genannte Forderung nach einschlägigen gesetzlichen Regelungen im Straf- und Medienrecht sollte differenziert bewertet werden. Ob eine Privilegierung für Angehörige journalistischer Berufe notwendig ist, die über den Umfang der bisherigen Rechtsposition hinausgeht, muss nach unserer Ansicht davon abhängen, ob es durch Tatsachen belegbare Hinweise auf einen mangelnden Schutz dieses Personenkreises aufgrund des geltenden Rechts gibt. Hierzu liegen dem VBOB keine Erkenntnisse vor.

Der VBOB kann aufgrund der zuvor beschriebenen Maßstäbe einer Entscheidungsfreiheit des Whistleblowers in Bezug auf interne oder öffentliche Offenlegung nicht zustimmen. Dies ist sowohl im Frakti-

onsantrag der Fraktion DIE Linke, als auch im Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion ermöglicht. Mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich geschützte Unternehmerposition sowie die im öffentlichen Dienst zu beachtenden Grundsätze sollte stets zuerst der Weg einer internen Klärung gewählt werden. Nur in außergewöhnlichen Einzelfällen wird es zulässig sein, dass sich Hinweisgeber ausnahmsweise ohne Einhaltung dieses Prinzips vorgeschalteter interner Klärung sofort an die Öffentlichkeit wenden. Werden Informationen etwa an die Medien gegeben, ist der weitere Ablauf weder vorhersehbar noch steuerbar. Da Daten der öffentlichen Verwaltung einem gesteigerten Schutz auf Vertraulichkeit unterliegen, wäre ein derart weitgehendes Recht mit den innerstaatlichen, aber auch europarechtlichen Grundsätzen der EMRK voraussichtlich nicht vereinbar. Diese Bestimmung wäre daher abzulehnen, die „Flucht in die Öffentlichkeit“ kann allenfalls der letzte Ausweg sein. Aus Sicht des VBOB sinnvoll erscheint dagegen, sich unter bestimmten Voraussetzungen ohne Einhaltung des Dienstweges an eine zuständige außerbehördliche Stelle zu wenden. Schwerwiegende Rechtsverletzungen, insbesondere die Begehung einer vorsätzlichen Straftat oder die wissentliche Duldung einer Straftat Dritter bilden nach unserer Ansicht hinreichend rechtfertigende Faktoren. Dies dürfte schon deshalb ein hinreichender Maßstab sein, weil die strafrechtlichen Tatbestände bereits an die Sonderregelungen des Remonstrationsrechts gemäß § 63 BBG und die Grenzen der Verschwiegenheitspflicht in § 67 BBG anknüpfen. Ob darüber hinaus weitere Fallgestaltungen, wie etwa die konkrete Gefährdung wichtiger Gemeinschaftsgüter, die bereits gegenwärtig spezialgesetzlich geschützt sind, zu berücksichtigen sind, wäre noch näher zu erörtern. Denkbar wären beispielsweise Fälle aus dem Bereich des Bundesimmissionsschutzgesetzes.

Ein derartiges Anzeigerecht kann allerdings stets nur Ultima Ratio für diejenigen Fälle sein, in denen sich Beschäftigte in einem erheblichen Gewissenskonflikt zwischen widerstrebenden Pflichten befinden und in denen keine andere Handlungsmöglichkeit besteht. Die Hinwendung an eine externe Stelle kann deshalb nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nur zugelassen werden, wenn alle anderen Mittel versagen. Über den Fraktionsantrag hinaus sollte deshalb in jedem Fall vorrangig eine interne Remonstration bzw. Abhilfe entsprechend § 63 Abs. 2 BBG belegbar sein, soweit hinsichtlich der konkreten Rechtsgüter nicht unmittelbar Gefahr im Verzug ist. Von daher erscheint es zwingend notwendig, dies auf geeignete Weise zu regeln.

Der VBOB begrüßt ausdrücklich die Einrichtung einer unabhängigen (Ombuds)Stelle für Whistleblower. Die zentrale Frage ist, wie eine „zuständige außerbehördliche Stelle“ auszugestalten ist, an die die Betroffenen sich wenden können. Voraussetzung für eine solche Stelle ist, dass sie einerseits Einsichts- und Informationsrechte hat, andererseits aber auch in definierten Grenzen zur Vertraulichkeit verpflichtet und – anders als Strafverfolgungsbehörden – nicht zwingend an das Legalitätsprinzip gebunden ist. Hinzu kommt für viele Beschäftigte aus den oben beschriebenen Gesichtspunkten die zusätz-

liche Hemmschwelle, Probleme der Dienststelle nach außen zu tragen. Das gilt gerade für diejenigen, die sich in besonderer Weise für ihre Aufgabe engagieren und sich mit ihr identifizieren. Sinnvoller wäre die Stelle deshalb entweder auch im öffentlichen Bereich – sei es Exekutive oder Legislative – angesiedelt. Eine solche unabhängige Stelle wäre dem deutschen Recht auch bisher nicht fremd. Die „externe Stelle“ darf sich dabei nach unserer Ansicht nicht nur – wie im Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion vorgesehen – auf Behörden beziehen, die Anzeigen entgegennehmen oder Missstände beseitigen sollen. Eine neutrale Stelle, wie nach dem Muster des Wehrbeauftragten, würde davon nur schwerlich erfasst. Im Konflikt zwischen wegsehen oder handeln wird damit eine doch erhöhte Schwelle beibehalten, da viele Beschäftigte Probleme haben, sich an eine Stelle zu wenden, die sofort zu förmlichen Verfahren führt.

Grundsätzlich bereits vorhanden oder aber geeignet sind verschiedene Institutionen. Neben dem Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages sind dies der/die Datenschutzbeauftragten bzw. das Parlamentarische Kontrollgremium zur Kontrolle der Geheimdiensttätigkeit. Von der praktischen Erfahrung her käme hier eine Stelle in Betracht, die sich in Anbindung, Aufgabenstellen und Kompetenzen am Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages orientiert. Der Wehrbeauftragte ist in seiner Stellung weitgehend unabhängig. Das Eingaberecht der Soldaten nach § 7 des Gesetzes ist ausdrücklich ohne Einhaltung des Dienstweges vorgesehen; es erlaubt, sich unmittelbar an den Wehrbeauftragten zu wenden. Wegen der Tatsache der Anrufung des Wehrbeauftragten dürfen keine dienstlichen Maßregelungen oder Benachteiligungen erfolgen. Der Wehrbeauftragte hat die Befugnis, von Dienststellen und Personen Auskunft und Akteneinsicht zu erhalten; er kann den zuständigen Stellen Gelegenheit zur Regelung einer Angelegenheit geben, er kann die Verfahren den für die Einleitung von Straf- oder Disziplinarmaßnahmen zuständigen Stellen zuleiten, er kann Dienststellen ohne vorherige Anmeldung besuchen und er kann Amtshilfe von Gerichten und Verwaltungsbehörden des Bundes und der Länder einholen. Der Wehrbeauftragte ist nach § 5 des Gesetzes weisungsfrei. Nach § 10 unterliegt er der Verschwiegenheitspflicht. Eine vergleichbare Einrichtung böte die Möglichkeit, Beschäftigte in den persönlichen Extremsituationen, um die es sich durchgängig handelt, einen Weg anzubieten, der sie nicht ausschließlich vor die Alternative stellt, vor strafbarem bzw. unmittelbar wesentliche Rechtsgüter gefährdendem Verhalten die Augen zu verschließen oder sich auf der anderen Seite einer – in der Regel persönlich schwer abzuschätzenden – Verletzung ihrer Verschwiegenheitspflicht schuldig zu machen. Soweit sich die im Fraktionsantrag genannten Durchsetzungs- und Weiterverfolgungsmechanismen auf die Befugnisse eines solchen Parlamentsbeauftragten stützen ließen, wäre dies eine geeignete Lösung. Andernfalls wird es wegen des allgemeinen Gesetzesvorbehalts insbesondere hinsichtlich der Inanspruchnahme von Eingriffsbefugnissen schwierig.

Neben einem parlamentarischen Beauftragten könnte auch ein mit richterlicher Unabhängigkeit ausgestat-

teter Beauftragter der Bundesregierung beim Bundesrechnungshof die Funktion der externen Stelle gewährleisten. Hierbei ist zu bedenken, dass es sich um eine Funktion innerhalb der Exekutive handelt, die – wenn auch vollständig der parlamentarischen Kontrolle unterworfen – innerhalb ihrer verfassungsrechtlichen Grenzen eigenverantwortlich handelt. Ein Regierungsbeauftragter beim Bundesrechnungshof müsste also durch Kabinettsentscheidung die notwendige Unabhängigkeit zugesprochen bekommen. Nach dem Bericht von Transparency International stellt der Bundesrechnungshof mit weitem Abstand die vertrauenswürdigste Stelle in Deutschland dar. Ein „Bundesbeauftragter für Transparenz in der Bundesverwaltung“, ähnlich dem Datenschutzbeauftragten, mit einer jährlichen Berichtspflicht an den Deutschen Bundestag könnte eine solche unabhängige Stelle sein.

Eine Alternative zu einem parlamentarisch oder behördlich abgesicherten unabhängigem Beauftragten könnte ein privater Rechtsanwalt sein. Zwar entsteht hier stets das im geschützten Anwalt-/Mandantschaftsverhältnis implizit enthaltene Problem des Widerspruchs, zu wessen Gunsten die Weisungs- und Offenlegungspflicht zwischen dem behördlichen Auftraggeber und dem jeweiligen Mandanten entschieden werden muss. Von Vorteil ist jedoch in jedem Fall, dass der Charakter der Unabhängigkeit durch die besonders geschützte Rechtsposition eines Rechtsanwaltes gewahrt bleibt. Die bisher bekannten Beispiele aus dem Bereich der Compliance müssen indes noch weiter beobachtet und ausgewertet werden, um valide Erkenntnisse darüber gewinnen zu können, ob dies für ein gesetzlich abgesichertes Hinweisgeberschutzsystem künftig der geeignete Weg ist.

Was aus unserer Sicht jedoch auf Bedenken stößt, ist der im Fraktionsantrag enthaltene Vorschlag, in einem Hinweisgeberschutzgesetz Handlungen, die Hinweise durch Whistleblower bestrafen, als Fehlverhalten strafrechtlich zu sanktionieren. Das neu zu erlassende Hinweisgeberschutzgesetz würde auf diese Weise zu einem Strafgesetz, das voraussichtlich neues Nebenstrafrecht schafft, welches weder vom Sinn und Zweck der eigentlichen Vorschrift erfasst wäre, noch in Abgrenzung zu der Frage einer verhältnismäßigen Anzeige durch den Whistleblower widerspruchsfreies Recht schaffen würde. Hier besteht umfangreicher Klärungsbedarf: Wann etwa werden Hinweise durch Whistleblower gestört? Schon, wenn der Vorgesetzte sich weigert, den aufgedeckten Missstand zu beseitigen und die Sache dem nächsthöheren Vorgesetzten vorzulegen, wie es die beamtenrechtlichen Regelungen und nur sie so deutlich formulieren. Und wenn künftig bisher strafwürdige Handlungen nicht mehr pönalisiert werden sollen, dann wäre diesbezüglich eine Änderung der allgemeinen Strafvorschriften zu diskutieren. Allerdings ist der Antrag aus unserer Sicht diesbezüglich konkretisierungsbedürftig.

Der VBOB hat Bedenken, ob im Zuge der Verabschiedung eines Hinweisgeberschutzgesetzes eine unabhängige öffentliche Einrichtung zum Zwecke der Beratung von Hinweisgebern einzurichten, die zugleich die Funktionsfähigkeit der Whistleblowing-

Maßnahmen beobachtet und regelmäßig überprüft. Unabhängig von einer damit entstehenden neuen Bürokratie, zu deren Begrenzung sich gerade Parlament und Bundesregierung stets bekennen und im Wege der Normenkontrolle gegebenenfalls zurückdrängen, haben wir Zweifel, ob eine solche Institution das geeignete Mittel wäre, einen Beitrag zu der im Antrag grundsätzlich gewünschten positiven Entwicklung der allgemeinen Einstellung gegenüber der Tätigkeit von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern zu leisten.

Neben dem allgemeinen Hinweis zum Gesetzentwurf der SPD Bundestagsfraktion, ist aus unserer Sicht noch hervorzuheben, dass die vorgesehene Möglichkeit, sich an die betriebliche Interessenvertretung wenden zu können, mit Blick auf die einzuhaltenen Verhältnismäßigkeitsmaßstäbe ausdrücklich begrüßt wird. Je nach Art der kritisierten Missstände könnte dies ein deeskalierender Weg der Problemlösung darstellen. Es darf hierbei aber nicht übersehen werden, dass auch die Interessenvertretungen, also der jeweilige Betriebsrat/Personalrat oder auch eine Gleichstellungsbeauftragte – insbesondere also im öffentlichen Dienst – an die Einhaltung der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen gebunden sind. Die Abstellung der Missstände gehört letztlich zumeist in den Entscheidungsbereich des Unternehmers bzw. Behördenleiters.

Die Definition der „Betrieblichen Missstände“ ist nach unserer Ansicht indes zu unbestimmt. Welche Art von Rechten und Pflichten verletzt sind, wird nicht näher definiert, ebenso wenig, ob sie wesentlich oder unwesentlich sind. Die Grenze zum Denunziantentum ist in dieser Form schwer zu ziehen. Rechte und Pflichten treffen in aller Regel neben dem Unternehmer selbst die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und hier insbesondere bezogen auf ihre persönlichen Anforderungen im Zusammenhang mit ihrer betrieblichen Tätigkeit. Fraglich ist, ob auch hochrangige Rechtsgüter der Allgemeinheit, wie etwa der Schutz der Umwelt, Leib, Leben, Gesundheit anderer Menschen von dieser Regelung zweifelsfrei erfasst werden. Aus unserer Sicht empfiehlt sich hier eine klarstellende Formulierung im Sinne einer konkreteren Abgrenzung dessen, was als Missstand im Sinne des Gesetzes gemeint sein soll und was eben gerade nicht dazu gehört.

Ausdrücklich nicht geregelt ist der Vorrang eines betriebsinternen Verfahrens der internen Abhilfe. Zwar ist das Anzeigerecht differenziert rechtsgutbezogen geregelt. Dem entspricht, dass hier „die zuständige Behörde“ verpflichtet wird, Anzeigen entgegenzunehmen. Bezogen auf die Verschwiegenheits- und Remonstrationspflichten im öffentlichen Dienst – und damit im Grunde der Vorrang der verwaltungsinternen Klärung sogar auf mehreren Hierarchiestufen – ist diese Regelung jedenfalls für diesen Bereich nicht praktikabel. Als zuständige externe Stellen sind in § 3 Abs. 5 des Entwurfs nur solche Behörden genannt, die zur Entgegennahme der Anzeige oder zur Beseitigung des jeweiligen Missstandes sachlich und örtlich zuständig sind. Dem steht möglicherweise das Problem des inneren Widerstandes vieler Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gegenüber, die Missstände zwar sehen, sich aber

nicht sofort an eine Stelle wenden wollen, die etwa im Rahmen des Legalitätsprinzips, zwingend ein förmliches Verfahren gegenüber ihrem Arbeitgeber einleiten müssen.

Die Regeln für das in § 6 des Entwurfs vorgesehene Anzeigerecht sind mit Einschränkung schwierig zu handhaben: Auf der einen Seite wird nach § 3 Abs. 2 als Missstand bereits jegliche Pflichtverletzung des Arbeitgebers angesehen, also ein sehr weiter Anwendungsbereich definiert. Dieser wird nach Abs. 1 aber letztlich nur in vollem Umfang für Hinweise gegenüber der betrieblichen Interessenvertretung, also den Betriebsräten, bzw. an die externe Stelle, also Polizei, Staatsanwaltschaft, Gewerbeaufsicht etc. Ob diese Informationen zu Recht erteilt werden durften, bleibt auch im Rahmen des § 6 Abs. 3 zweifelhaft. Eine Hinwendung an die Öffentlichkeit oder Dritte ist umgekehrt nur möglich bei Gefährdung von Leben, Gesundheit oder Umwelt. Ein weiterer wesentlicher Bereich wie die Korruptionsdelikte wird davon nicht erfasst. Dies ist inkonsequent. Gerade hier würde es sich empfehlen, eine externe Stelle anzubieten, die etwa als „Ombudsmann“ zwischen betrieblichen Mediationsstellen und externen Strafverfolgungsbehörden steht.

Das in § 11 vorgesehene interne Hinweisgebersystem in Unternehmen und Betrieben wird vom VBOB ausdrücklich begrüßt. Es entspricht dem Anspruch, dass Hinweisgeber, soweit dies im Einzelfall möglich und zumutbar ist, sich zunächst um interne Abhilfe bemühen sollten, bevor sie an die Öffent-

lichkeit gehen. Die Einrichtung eines solchen internen Hinweisgebersystems kann dies unterstützen.

Unabhängig davon erscheint es aber gleichwohl sinnvoll, eine externe Einrichtung zu schaffen, die unterhalb der Ebene von Strafverfolgungs- oder Aufsichtsbehörden die Möglichkeit eröffnen, rechtlich relevante Missstände, Gesetzes- oder Rechtsgutverletzungen mitzuteilen. Die in § 12 geregelte Beweislast entspricht in ihrer gestaffelten Struktur der Beweislastverteilung im AGG. Angesichts der Komplexität der Sachverhalte, um die es häufig geht, erscheint diese Regelung angemessen. Gerade die Beweislastumkehr könnte im Zusammenhang mit einer sachgerecht arbeitenden externen Stelle dem im deutschen Recht notwendigen Hinweisgeberschutz dem Grunde nach gewährleisten.

Schlussendlich empfiehlt der VBOB zu prüfen, ob der Weg eines eigenständigen Hinweisgeberschutzgesetzes – wie von der SPD Bundestagsfraktion mit ihrem Antrag vorgeschlagen – derjenige ist, welcher dem Anliegen am ehesten gerecht wird. Aus unserer Sicht würde diesem rechtspolitisch zu begrüßenden Anliegen auch durch ein geeignetes Artikelgesetz, mit welchem die Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch erweitert und konkretisiert würden, ebenso Rechnung getragen. Der Vorteil eines Artikelgesetzes läge aber darüber hinaus in der Möglichkeit, die einschlägigen beamtenrechtlichen Regelungserfordernisse parallel durch eine Änderung des Bundesbeamtengesetzes umsetzen zu können.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)791

16. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

"Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen" - BT-Drucksache 17/6492

- b) Gesetzentwurf der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabriele Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

"Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz - HinwGebSchG)" - BT-Drs. 17/8567

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände**Zusammenfassung**

Eine weitere gesetzliche Regelung zum Schutz von sogenannten Whistleblowern ist überflüssig; die geltende Rechtslage gewährleistet einen ausreichenden Schutz. Neben den bereits existierenden Anzeigerechten (vgl. z. B. § 17 Abs. 2 ArbSchG, § 4g Abs. 1 Satz 2 BDSG, § 84 BetrVG) ist ein ungeschriebenes Anzeigerecht schon heute von der Rechtsprechung anerkannt. Das Bundesarbeitsgericht hat wichtige Leitlinien aufgestellt, in welchen Fällen Arbeitnehmer zur Anzeige gegenüber Dritten berechtigt sind. Zudem existiert in Deutschland ein allgemeiner Schutz für Hinweisgeber: § 612a BGB, der ein generelles Maßregelungsverbot im Arbeitsverhältnis vorschreibt.

In Deutschland hat sich eine offene Diskussionskultur über Missstände im Betrieb entwickelt. Viele Unternehmen haben Möglichkeiten zur Meldung von innerbetrieblichen Missständen geschaffen. Eine Vielzahl von Unternehmen hat sich dafür entschieden, Whistleblowing betrieblich zu regeln.

Manche Unternehmen haben zusätzlich zu einer betriebsinternen Kontrollstelle einen Ombudsmann bestellt. Er steht allen Mitarbeitern für Verdachtsfragen als auch für unverbindliche Vorgespräche zur Verfügung. Andere Unternehmen haben zusätzlich eine Telefon-Hotline installiert, wobei diese teilweise über eine externe Kanzlei oder alternativ über eine interne Abteilung läuft. Über diese Hotline

können Mitarbeiter anonym Vorgänge mitteilen, die sie für fragwürdig oder rechtlich bedenklich halten.

Die geltende Rechtslage unterstützt die Verbreitung von betrieblichen, jeweils auf die Unternehmen maßgeschneiderter, Regelungen. Durch pauschalierende gesetzliche Regelungen gerät die Differenziertheit der bestehenden Vereinbarungen und innerbetrieblichen Regelungen in Gefahr. Dies belastet Arbeitnehmer und Arbeitgeber mit neuer und vor allem überflüssiger Rechtsunsicherheit.

Im Einzelnen**1. Allgemeines****Gesetzliche Regelungen bestehen**

Es gibt bereits eine Vielzahl von Vorschriften, die den Arbeitnehmer zur Anzeige der Verletzung von gesetzlichen Pflichten durch den Arbeitgeber ermächtigen (vgl. z. B. § 17 Abs. 2 ArbSchG, §§ 53 ff. BImSchG, §§ 84, 85 BetrVG).

Darüber hinaus gewährleistet das Maßregelungsverbot § 612a BGB hinreichenden Schutz von Hinweisgebern. § 612a BGB sieht vor, dass der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen darf, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.

Rechtsprechung ausgewogen

Schon heute ist ein Anzeigerecht von der Rechtsprechung anerkannt. Die Rechtsprechung berücksichtigt dabei die Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gleichermaßen. Sie schützt Persönlichkeitsrechte und sichert die innerbetriebliche vertrauensvolle Zusammenarbeit.

Arbeitnehmer können sich danach an öffentliche Stellen wenden, wenn sie sich zuvor ernsthaft um eine innerbetriebliche Klärung bemüht haben und die Anzeige nicht leichtfertig erfolgt. Bei Straftaten mit schweren Folgen für Einzelne oder die Allgemeinheit kann auf eine innerbetriebliche Klärung verzichtet werden.

Dabei berücksichtigt die Rechtsprechung stets die subjektive Motivation des Anzeigenden. Keinesfalls darf eine Anzeige mit dem Ziel erstattet werden, in erster Linie den Arbeitgeber oder Kollegen zu schaden.

Neue gesetzliche Regelung gefährlich

Eine pauschalierende gesetzliche Regelung gefährdet den Betriebsfrieden. Insbesondere ohne einen in der Regel vorgeschriebenen innerbetrieblichen Klärungsversuch werden betriebsinterne Fragen in der Allgemeinheit ausgetragen. Zudem sind Beschäftigte untereinander ständig der Gefahr ausgesetzt, von Kollegen belastet zu werden, ohne sich adäquat verteidigen zu können. Hierdurch leidet das gegenseitige Vertrauen, das die Basis für erfolgreiche Aufdeckung und Behebung von etwaigen Missständen ist, ebenso wie das betriebliche Miteinander.

Im Ergebnis können ungerechtfertigte Anzeigen finanziell existenzielle Bedeutung für den gesamten Betrieb und dessen Arbeitsplätze haben. Selbst bei unzutreffenden Anschuldigungen kann der in der Öffentlichkeit einmal entstandene Eindruck im Regelfall nicht mehr zeitnah und angemessen korrigiert werden.

Die Betriebe würden durch eine gesetzliche Regelung einem latenten Rechtfertigungsdruck unterworfen. Dabei besteht die Gefahr, dass unnötige Aufzeichnungs- und Dokumentationsobliegenheiten schon allein dadurch eingeführt werden müssen, weil man nicht sicher abschätzen kann, ob und wann man bestimmte Daten überhaupt benötigt.

Internationale Vereinbarungen erfüllt

Deutschland ist weder nach den Beschlüssen der G-20-Staaten noch des Europarats verpflichtet, ein Gesetz zum Schutz von Whistleblowern zu verabschieden. Im Rahmen des G20-Gipfels in Seoul am 11./12. November 2010 wurde der Beschluss gefasst, „bis Ende 2012 Regeln zum Whistleblower-Schutz zu erlassen und umzusetzen, ... um Hinweisgeber, die gutgläubig einen Verdacht auf Korruption melden, vor Diskriminierung und Vergeltungsmaßnahmen zu schützen“. Der von den G-20-Staaten vereinbarte „Aktionsplan gegen Korruption“ ist ebenso wie die Entschließung des Europarates, die die Mitgliedstaaten lediglich „dazu einlädt“, gesetzliche Regelungen zum Whistleblowing zu schaffen, eine unverbindliche Erklärung.

Diese unverbindlichen Vorgaben sind in Deutschland längst geltendes Recht. Die existierende Regelung des § 612a BGB erfüllt bereits die Anforderungen der Beschlüsse des G-20-Gipfels sowie des Europarats.

EGMR schafft keinen Handlungsbedarf

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR, Urteil vom 21. Juli 2011 – 28274/08 – Heinisch gegen Deutschland) im Fall Heinisch begründet keine Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des Informantenschutzes. Die vom EGMR durchgeführte Abwägung des Rechts der freien Meinungsäußerung und dessen möglicher Begrenzung in Art. 10 EMRK ist vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Klägerin trotz mehrfacher Aufforderung durch Gerichte und Staatsanwaltschaft keinen substantiellen Nachweis für das Fehlverhalten ihres Arbeitgebers bringen konnte, nicht nachvollziehbar. Im Übrigen bestätigt die Entscheidung dem Grunde nach die Rechtsprechung der deutschen Arbeitsgerichte.

Der EGMR hat dabei die bisherige Rechtsprechung und die geltende Rechtslage in Deutschland grundsätzlich gebilligt. Er hat den Grundsatz des Vorrangs eines innerbetrieblichen Klärungsversuchs bekräftigt sowie auch die Möglichkeit von Sanktionen für eine missbräuchliche oder leichtfertige Anzeige bestätigt. Diese Sanktionsmöglichkeit ist unverzichtbar, um missbräuchliche Anzeigen zu verhindern, die vielfach auch tief in die Rechte von Kollegen im Unternehmen eingreifen. Es ist eine Frage des Respekts und der Achtung gerade auch von Mitarbeitern untereinander, dass betriebliche Regelungen eingehalten werden und zuerst eine innerbetriebliche Klärung gesucht wird.

Die Entscheidung kann daher als bloße Einzelfallentscheidung nicht herangezogen werden, um neue überflüssige gesetzliche Regelungen für ein Anzeigerecht zu fordern. Auch künftig gilt: Haltlose Anschuldigungen sind nicht zulässig. Eine missbräuchliche oder leichtfertige Benachrichtigung von Dritten kann und muss weiterhin einen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen.

2. Gesetzesvorschlag SPD

Der Entwurf eines Gesetzes von Hinweisgebern – Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz – HinwgGebSchG) der SPD-Fraktion reicht weit über die geltende, befriedigende deutsche Rechtslage hinaus. Er wird zu Rechtsunsicherheiten und neuer Bürokratie führen.

Es soll faktisch für jeden Rechtsverstoß ein Anzeigerecht geschaffen werden, bei dem der Arbeitnehmer auf die Einhaltung der innerbetrieblichen Klärung verzichten kann. Besonders bedenklich ist, dass der Entwurf die Motive des Arbeitnehmers nicht berücksichtigt.

Der Gesetzesentwurf missachtet damit ein zentrales Element des Grundsatzes der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Arbeitnehmern und Arbeitgebern im Betrieb, das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme.

Um sich gegen ungerechtfertigte Anzeigen zu schützen, müssten die hierfür erforderlichen Dokumente mit einem unverhältnismäßigen Aufwand über einen beträchtlichen Zeitraum gesichert bleiben.

§ 2 Anwendungsbereich

Die Festschreibung des Anwendungsbereichs des Gesetzes birgt erhebliche Gefahren. In Absatz 2 ist in der Definition des Hinweisgebers die Voraussetzung geregelt, dass der angezeigte Missstand tatsächlich bestehen muss oder der Hinweisgeber dessen Bestehen annimmt, ohne leichtfertig zu sein. Ohne leichtfertig zu sein wird als unbestimmter Rechtsbegriff zu Auslegungsschwierigkeiten führen. Aus dieser Bestimmung wird nicht klar, welche Anstrengungen der Hinweisgeber unternehmen muss, um ein leichtfertiges Handeln auszuschließen. Die vorgesehene Beweislastumkehr potenziert dieses Risiko.

Dass § 2 in Absatz 3 Satz 1 vorsieht, dass das Gesetz auch für Personen gelten soll, die erst nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses Hinweise geben, birgt Missbrauchspotential. Da vollkommen außer Acht gelassen wird, welche Beweggründe den Arbeitnehmer zur Anzeige seines Arbeitnehmers veranlassen, wäre auch derjenige geschützt, der seinem Arbeitgeber mit der Anzeige lediglich schaden will.

§ 3 Begriffsbestimmungen

Die Definition des Missstandes ist völlig unstrukturiert und gesetzlich wie praktisch eine Fehlleistung. Dass allein die Verletzung irgendeines Rechts oder irgendeiner Pflicht ausreichend ist, ermöglicht auch die Anzeige von Banalitäten, was stets den Verdacht nahelegen wird, dass unlautere persönliche Motive eine überwiegende Rolle spielen.

§ 4 Benachteiligungsverbot

Das Benachteiligungsverbot ist überflüssig. § 612a BGB sieht genau dies bereits vor, indem es jegliche Maßregelung eines Arbeitnehmers verbietet, weil er in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.

§ 5 Maßnahmen und Pflichten des Arbeitgebers

Wie bereits im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) sieht auch dieser Gesetzesentwurf vor, dass der Arbeitgeber verpflichtet sein soll, erforderliche Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen zu treffen. Die in Absatz 2 enthaltene Hinweis- und Informationspflicht des Arbeitgebers ist zu unbestimmt. Insbesondere ist nicht klar, wann der Arbeitgeber das Kriterium der geeigneten Art und Weise erfüllt. Auch werden durch diese Informationspflicht infolge der dadurch entstehenden Bürokratie neue Kosten auf die Betriebe zu kommen. Nicht nur die Information an sich, sondern auch die zur Exkulpation erforderliche Dokumentation dieser führt zu weiteren bürokratischen Lasten, die unter Informationspflichten und Bürokratiekosten des Gesetzesentwurfes nicht aufgeführt werden.

Vollständig unklar bleibt auch, welche Auswirkungen die Exkulpation hätte, wenn eigene Mitarbeiter einen Anzeigenden benachteiligen. Exkulpieren sie den Arbeitgeber in der Art, dass dieser nicht haftet oder beeinflussen sie lediglich die Darlegungs- und Beweislast?

§ 6 Anzeigerecht

§ 6, in dem das eigentliche Anzeigerecht geregelt wird, widerspricht den in der Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen. Insbesondere die Nichtberücksichtigung der Motivation des Anzeigenden sowie eine Umgehung des Grundsatzes des vorherigen internen Klärungsversuches sind mit der Rechtsprechung nicht vereinbar.

Im Gegensatz zur ständigen Rechtsprechung lässt die gesetzliche Regelung des Anzeigerechts vollkommen außer Acht, welche Beweggründe den Arbeitnehmer zur Anzeige seines Arbeitnehmers veranlassen. Folglich wäre auch derjenige geschützt, der seinem Arbeitgeber mit der Anzeige lediglich schaden will.

Die Motivation des Arbeitnehmers ist ein in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Recht entscheidendes Element. Motive und alternative Handlungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers müssen berücksichtigt werden. Sonst könnte der Arbeitnehmer, der aus unsachlichen persönlichen Motiven heraus das Verhalten seines Vorgesetzten anzeigt, sich vor Sanktionen sicher fühlen. Mit dem berechtigten Anliegen, die Allgemeinheit vor Rechtsverstößen zu schützen, hat das nichts zu tun.

Im Rahmen der Begründung wird zwar festgestellt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine Anzeige nicht schikanös erstattet werden darf, diese Voraussetzung findet jedoch nirgends im Gesetzeswortlaut Niederschlag.

Ebenso steht das vorgesehene Recht des Arbeitnehmers, sich direkt an externe Stellen wenden zu können, nicht im Einklang mit der Rechtsprechung. Danach können sich Arbeitnehmer erst an öffentliche Stellen wenden, wenn sie sich zuvor um eine innerbetriebliche Klärung bemüht haben. Dort wo es um Straftaten mit schweren Folgen für Einzelne oder die Allgemeinheit geht, ist dies heute ebenfalls bereits möglich, ohne den innerbetrieblichen Weg einzuhalten. Die Rechtsprechung berücksichtigt dabei sowohl die Interessen von Arbeitgebern als auch die von Arbeitnehmern hinreichend.

In der Begründung ist davon die Rede, dass das Gesetz den offenen internen Umgang fördern soll. Dies ist durch die Einräumung der Möglichkeit, sich direkt an externe Stellen zu wenden, jedoch gerade nicht der Fall.

§ 7 Leistungsverweigerungsrecht

Die Regelung eines Leistungsverweigerungsrechts ist überflüssig. Bereits heute ist kein Arbeitnehmer verpflichtet, eine Tätigkeit auszuüben, die gegen das Gesetz verstößt, erst recht nicht, wenn er dadurch Gefahr läuft, eine Straftat oder eine nicht geringfügige Ordnungswidrigkeit zu begehen.

§ 9 Entschädigung und Schadensersatz

Die genannten Sanktionen kennt das deutsche Recht bereits. Führen Benachteiligungen zu einem Schaden, so sieht das deutsche Zivilrecht einen Schadensersatzanspruch vor. Für einen Entschädigungsanspruch gibt es demgegenüber weder eine inhaltliche Berechtigung noch fügt sich dieser in die Systematik des bürgerlichen Rechts ein.

§ 12 Beweislast

Durch eine faktische Beweislastumkehr würden neue bürokratische Lasten für die Wirtschaft aufgebaut, was dem Aktionsplan der Bundesregierung, Bürokratie weiter abzubauen und vor allem keine unnötige neue Bürokratie aufzubauen, zuwiderläuft.

Gerade vor dem Hintergrund der Entscheidung des EGMR, der die Beweislastregeln des deutschen Rechts ausdrücklich bestätigt hat, zeigt sich, dass kein Bedarf für ein verschärftes Beweisrecht besteht.

3. Antrag Die LINKE.

Der Antrag der Fraktion DIE LINKE „Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen – Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen“ ist überflüssig und wird den Anforderungen eines vertrauensvollen Miteinanders von Arbeitgebern und Arbeitnehmern sowie Arbeitnehmern untereinander nicht gerecht.

Bereits heute ist jeder Arbeitnehmer geschützt, solange seine Hinweise berechtigt sind, da die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze beachtet werden. Unternehmen sind geradezu darauf angewiesen, von ihren Mitarbeitern über etwaige Missstände informiert zu werden, um diesen frühzeitig entgegenzutreten. Hierauf Wert zu legen, ist Bestandteil einer guten Unternehmenskultur.

Die Unternehmen haben gut funktionierende, jeweils auf sie zugeschnittene Systeme entwickelt, deren Strukturen ständig weiterentwickelt werden. Die Basis für eine erfolgreiche Aufdeckung und Behebung von etwaigen Missständen ist gegenseitiges Vertrauen, auf dem diese Systeme aufbauen.

Die Aussage, es gebe keine allgemeinen Regeln für einen wirksamen Schutz von Hinweisgebern ist falsch. Schließlich verbietet § 612a BGB jegliche Benachteiligung von Mitarbeitern, die ihre Rechte wahrnehmen.

Der Antrag sieht vor, ein Gesetz müsse die Zulässigkeit der Weitergabe von Informationen lediglich an die **Gutgläubigkeit** des Hinweisgebers knüpfen. Ausreichend soll hierbei die Überzeugung sein, dass die Informationen wahr sind. Es ist von jedem Hinweisgeber zu erwarten, dass er den Wahrheitsgehalt seiner Informationen überprüft, bevor er Schritte unternimmt, die dem Arbeitgeber schwere, meist irreparable Schäden zufügen können. Dabei würde die von der Rechtsprechung stets berücksichtigte Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu Lasten des Arbeitgebers völlig außer Acht gelassen.

Auch die geforderte Umkehr der Beweislast entspricht nicht den Grundsätzen des Beweisrechts. Die Rechtsprechung sieht eine Beweislastumkehr nur

unter engen Voraussetzungen vor. Der EGMR hat sogar in seiner Entscheidung gerade erst bestätigt, dass die in Deutschland geltenden Beweisregeln Hinweisgeber hinreichend schützen.

Die freie Wahl zwischen interner und behördlicher Offenlegung ist unverhältnismäßig. Ein **interner Klärungsversuch** muss auch nach der Rechtsprechung grundsätzlich Vorrang haben. Die Ausnahmen, die die Rechtsprechung vorsieht, sind hinreichend. Auch dies hat der EGMR mit einem Verweis auf die Loyalitäts- und Verschwiegenheitspflichten eines jeden Arbeitnehmers in seinem jüngsten Urteil bestätigt.

Der Weg über den Arbeitgeber, der dann entscheiden kann, wie auf die Situation zu reagieren ist, ohne dass der Ruf seines Unternehmens unnötigerweise in Mitleidenschaft gezogen wird, stellt ein milderes und zugleich nicht weniger geeignetes Mittel dar. Zudem verpflichten die gegenseitigen Treue- und Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Arbeitgeber den Arbeitnehmer, dass er sein Verhalten daran ausrichtet, dass die Interessen des Arbeitgebers nicht verletzt werden. Ihre spezielle Ausprägung finden die Pflichten in der Loyalitätspflicht, der Schadensabwendungspflicht und der Verschwiegenheitspflicht.

Die Pflicht eines Arbeitgebers, ein **internes Hinweis-system** einzurichten, ist abzulehnen. Unternehmen müssen für sich maßgeschneiderte Systeme finden, die auf die jeweiligen betrieblichen Besonderheiten zugeschnitten sind. Insbesondere kann kleinen und mittleren Unternehmen die Einrichtung eines solchen Systems nicht zugemutet werden.

Die Forderung nach einer zusätzlichen **unabhängigen Ombudsstelle** für Whistleblower ist angesichts der bereits bestehenden Stellen, an die sich Whistleblower nach einem gescheiterten internen Klärungsversuch bzw. in den von der Rechtsprechung entwickelten Ausnahmefällen wenden können, nicht erforderlich. Entsprechendes gilt für den vorgesehenen Anspruch auf Schadensersatz.

Die vorgeschlagene Ermächtigung öffentlicher und privater Einrichtungen, **Whistleblower-Fälle öffentlich zu machen**, ist völlig unangemessen, ja sogar gefährlich. Dies birgt die Gefahr, dass unabhängig von der Berechtigung und der Begründetheit eines Whistleblowing-Falls das Unternehmen angeprangert wird und dadurch erheblich geschädigt wird. Auch hätte das Unternehmen stets zu befürchten, dass auf diesem Wege betriebswirtschaftliche vertrauliche Sachverhalte an die Öffentlichkeit geraten. In der Konsequenz wird dadurch die notwendige vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Unternehmen und den zuständigen Stellen beeinträchtigt.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)793

20. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Siemens AG**A. Meldung von Compliance - Verstößen**

Siemens erwartet von seinen Mitarbeitern und Geschäftspartnern, dass sie Compliance-Verstöße bei Kenntniserlangung melden.

Hierzu hat das Unternehmen eine spezielle Richtlinie erlassen, die dies unternehmensintern klarstellt. Eine rechtliche Verpflichtung für Mitarbeiter, Fehlverhalten zu melden, wird dadurch aber nicht begründet.

B. Meldewege möglicher Compliance Verstöße bei Siemens

Compliance-Verstöße können bei Siemens auf verschiedenen Wegen gemeldet werden.

Diese sind u.a.:

- **Compliance Helpdesk "Tell us"**

Seit August 2007 stellt Siemens mit dem Compliance Helpdesk „Tell Us“ allen Mitarbeitern sowie externen Stakeholdern einen geschützten Meldeweg für Compliance-Verstöße zur Verfügung. Dort können rund um die Uhr an sieben Tagen in der Woche weltweit in bis zu 150 Sprachen offen oder anonym Hinweise abgegeben werden, per E-Mail oder telefonisch. An „Tell Us“ können sich Siemens-Mitarbeiter und Führungskräfte sowie Kunden, Lieferanten und andere Externe wenden. Das Call Center und die Internet-Website werden von einem externen, auf sicheren und vertraulichen Umgang mit sensiblen Inhalten spezialisierten Anbieter bereitgestellt. Eingehende Meldungen werden nicht zurück-

verfolgt, und Absender werden nicht automatisch registriert.

Wichtig ist vor allem der verantwortungsvolle Umgang mit dem Helpdesk. Der Inhalt der eingegangenen Meldung wird vom Service-Anbieter direkt an das Siemens Corporate Compliance Office zur Klärung weitergeleitet. Dort wird dann entschieden, wie mit dem Hinweis verfahren wird. Jedes Anliegen wird vertraulich behandelt.

- **Ombudsmann**

Seit November 2006 hat Siemens ferner einen Ombudsmann bestellt. Dieser ist ein externer Rechtsanwalt, an den sich Siemens Mitarbeiter und Dritte vertrauensvoll und gegebenenfalls anonym als neutrale Stelle wenden können, wenn sie unkorrekte Geschäftspraktiken im Unternehmen beobachtet haben. Der Ombudsmann leitet die gegebenen Informationen ebenfalls an das Corporate Compliance Office weiter. Auch der Kontakt mit dem Ombudsmann ist für den jeweiligen Hinweisgeber kostenfrei.

- **Weitere Meldewege**

Zusätzlich können sich Mitarbeiter natürlich an ihre Führungskräfte oder die Sektor- und Länderleitungen wenden. Nicht selten erfolgen die Mitteilungen auch über direkte Schreiben etwa an das Vorstandsbüro.

In letzter Zeit werden Hinweise auf Compliance Verstöße zunehmend **direkt an die Compliance Organisation** des Unternehmens gerichtet. Dies ist

ein Indiz für das gewachsene Vertrauen, welches Mitarbeiter und Externe dem Unternehmen entgegenbringen.

C. Schutz von Hinweisgebern (sog. „Whistleblower Protection“)

Siemens-interne Hinweisgeber sind durch die Siemens Business Conduct Guidelines und weitere interne Vorschriften geschützt. Danach ist es strikt verboten, Mitarbeiter, die im guten Glauben beobachtetes Fehlverhalten melden, in irgendeiner Weise zu benachteiligen. Dieses Verbot von Vergeltungsmaßnahmen umfasst alles, was direkt oder indirekt einen negativen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis des Mitarbeiters, seine Verdienstmöglichkeiten, Entwicklungsmöglichkeiten oder andere arbeitsbezogene Interessen haben könnte.

Jede Verletzung dieser Vorschriften zum Schutz von Hinweisgebern wird als Compliance -Verstoß untersucht und ggf. disziplinarisch geahndet.

D. Anzahl der Meldungen im Geschäftsjahr 2011

- Im Geschäftsjahr 2011 gingen insgesamt **787** Meldungen ein: davon entfielen 745 auf „Tell Us“ und 42 auf den Ombudsmann.
- Von den 787 Meldungen waren **683** (= 87%) **schlüssig** und erforderten weitere Befragungen oder Untersuchungen zur Klärung der gemeldeten Vorfälle. **104** Meldungen waren **nicht schlüssig** (= 13 %).
- Im Geschäftsjahr 2011 gab es ferner 306 Disziplinarmaßnahmen: davon waren 179 Abmahnungen, 77 Entlassungen und 50 anderweitige arbeitsrechtliche Maßnahmen (wie z.B. Verlust variabler und freiwilliger Vergütungskomponenten, Versetzung oder Suspendierung).

E. Interne Compliance Untersuchungen

Die durchgeführten Untersuchungen werden mit einem Untersuchungsbericht abgeschlossen. Dabei sind drei unterschiedliche Untersuchungsberichte denkbar: Investigation Report; Clearance Report und Closure Report.

- Ein Investigation Report erfolgt, wenn sich aus der Untersuchung Erkenntnisse ergeben, die die behaupteten Vorwürfe bekräftigen.

- Dagegen wird ein Clearance Report verfasst, wenn sich die Vorwürfe gegenüber den benannten Personen nicht bestätigen lassen.
- Letztendlich erfolgt ein Closure Report, wenn der Vorgang keine Relevanz mehr für Siemens besitzt, z.B. wenn die betroffenen Geschäftseinheit verkauft wurde oder die betroffene Person das Unternehmen vor Abschluss der Untersuchung bereits verlassen hat.

F. Zusammenfassung

Die Entgegennahme und Untersuchung von Hinweisen, die von Whistleblowern an das Unternehmen herangetragen werden, ist ein elementarer Bestandteil jedes Compliance Programms. Solche Hinweise sind in vielen Fällen der einzige Ansatzpunkt, mit dessen Hilfe Fehlverhalten verhindert und ggf. aufgeklärt werden kann.

Siemens hat bereits unabhängig vom Gesetzgeber umfangreiche Regelungen im Bereich interner Kontroll- und Hinweissysteme geschaffen, die zudem den Schutz von Whistleblowern in höchstem Maße berücksichtigen.

Siemens sieht hier keinen Regelungsbedarf des Gesetzgebers. Denn jedes Unternehmen bzw. jeder Gesellschaftsbereich hat die Möglichkeit, interne Regelungen zu erlassen und auf diese Weise den individuellen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Dies ist schon aufgrund verschiedener länderspezifischer Datenschutzregelungen erforderlich (vgl. hierzu etwa die Regelungen in der Schweiz oder Frankreich). Eine rein deutsche Regelung würde der Komplexität international tätiger Unternehmen nicht gerecht; sie träte überdies möglicherweise in Konflikt mit bereits bestehenden internationalen Regelungen, an die diese Unternehmen gebunden sind.

Insofern ist einer Selbstregulierung durch die Industrie der Vorrang zu gewähren.

Weiterführende Literatur zum Thema:

Compliance Praxisleitfaden für Unternehmen, von Klaus Moosmayer, 2. Aufl., C.H. Beck Verlag, München 2012, ISBN 9783406628214

Interne Untersuchungen, von Klaus Moosmayer und Niels Hartwig (Hrsg.), C.H. Beck Verlag, München 2012, ISBN 3406628191

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)808

29. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit

Der BRA nimmt zum Antrag bzw. zum Gesetzentwurf Stellung wie folgt:

1. Auch aus richterlicher Sicht erscheint das Anliegen als verständlich: Beschäftigte sollen Straftaten und sonstige unerwünschte Verhaltensweisen anzeigen können, ohne Angst haben zu müssen, wegen ihres Hinweises oder wegen einer Anzeigerstattung eigene Nachteile tragen zu müssen.
2. Die Einführung von gesetzlichen Regelungen, die diesem Anliegen Rechnung tragen, erscheint aus richterlicher Sicht schwierig. Schützenswert sind nämlich nur solche Personen, die „auf Risiken und nicht tolerierbare Gefahren“ hinweisen (Antrag der Fraktion DIE LINKE, Ziff. I. 1. Absatz), die „gutgläubig“ Informationen über „widerrechtliche Handlungen, Fehlverhalten oder allgemeine Gefahren, die eine Bedrohung für Gesundheit, Leben, Freiheit Umwelt oder andere *berechtigte* Interessen“ weitergeben (Antrag der Fraktion DIE LINKE, Ziff. II. 3.) oder die einen „Missstand“ benennen, der „tatsächlich besteht oder dessen Bestehen die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber, ohne *leichtfertig* zu sein, annimmt“ (§ 6 Abs. 1 bzw. § 1 Abs. 2 des Entwurfs der Fraktion der SPD). Auch die genannten Vorschläge können also keine eindeutigen Regeln schaffen, sondern müssen auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreifen, um eine

Unterscheidung zwischen gewünschter Weitergabe von bestehenden Missständen und einem nicht gewünschten und nicht gerechtfertigten Anschwärzen des Vertragspartners zu erreichen. Besonders deutlich wird dies in § 4 Abs. 1 des Entwurfs der Fraktion der SPD. Dort wird normiert, dass Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber nicht benachteiligt oder gemaßregelt werden dürfen. Kündigungen sollen aber nur bei „*rechtmäßigen*“ Hinweisen ausgeschlossen sein. Es bedarf offensichtlich doch einer Prüfung, ob der Arbeitnehmer ausreichend Anlass hatte, den genannten Hinweis zu geben.

3. Dem Vorschlag der Fraktion der SPD, ein eigenes Gesetz zum Schutz von Hinweisgebern zu schaffen, sollte nicht gefolgt werden.
 - a. In § 612a BGB existiert ein Verbot der Benachteiligung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern deswegen, weil sie die ihnen zustehenden Rechte ausüben. Es ist nicht nachvollziehbar, dass für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber ein zusätzlicher, darüber hinausgehender Schutz geschaffen werden sollte. Dies gilt umso mehr, als auch die Erteilung von Hinweisen über Missstände die Ausübung solcher Rechte darstellt. Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber sind also bereits von der Regelung des § 612a BGB erfasst.

- b. Aus richterlicher Sicht bestehen für eine Regelung dahingehend, dass für bestimmte einzelne Sachverhalte Sonderregelungen geschaffen werden, keine Vorteile. Der Gesetzgeber hat sich im Jahr 1969 bewusst dafür entschieden, von im einzelnen katalogartig aufgeführten Kündigungsgründen abzugehen und die Kündigungsgründe in Generalklauseln zu erfassen (Nachweise vgl. etwa bei Fischermeier in KR, Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsrecht, § 626 BGB Rn. 74 ff.). Er hat erkannt, dass die Lebenssachverhalte zu individuell und zu vielschichtig sind, um sie mit Begriffen wie „beharrliche Arbeitsverweigerung“ (§ 123 Abs. 1 Nr. 3 GewO a.F.) oder „grobe Verletzung der Treuepflicht“ (§ 72 Abs. 1 Nr. 1 HGB a.F.) ausreichend und zielführend beschreiben zu können. Gerade die Diskussion um die Kündigung bei sog. „Bagatelldelikten“ hat im übrigen gezeigt, dass die Bewertung, ob eine bestimmte Handlung zur Kündigung berechtigt, gerade nicht in Schemata gepresst werden kann. Vielmehr sind die Umstände des Einzelfalls für die Bewertung ganz entscheidend. Es stellt eben einen unterschiedlich zu bewertenden Umstand dar, ob heimlich Geld aus einem zur Obhut übergebenen Geldbeutel oder Tresor entnommen wird oder ob die Wegnahme eines für den Eigentümer an sich wertlosen oder geringwertigen Gegenstandes eher gelegentlich oder in einer besonderen Situation erfolgt.
- c. Es erscheint unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte als nicht sinnvoll, nunmehr anstelle der – aus guten Gründen abgeschafften – Kataloggründe, in denen eine Kündigung gestattet sein sollte, einzelne Tatbestände zu normieren, in denen Kündigungen oder andere Maßnahmen verboten sein sollen. Dem Gesetzgeber wird es niemals gelingen, solche Verbote für sämtliche nicht erwünschte Verhaltensweisen lückenlos zu normieren. Andererseits entsteht durch die Normierung derartiger Einzelatbestände erhebliche Rechtsunsicherheit dahingehend, ob eine analoge Anwendung solcher Regelungen ge- oder verboten ist. Letztlich können derartige Regelungen Einzelabwägungen dahingehend, ob die Umstände nicht einen vorausgehenden Hinweis an einen Vorgesetzten oder den Arbeitgeber verlangt hätten, nicht ersetzen.
4. Nach dem Vorschlag der Fraktion DIE LINKE soll insbesondere ein „Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassungen und andere Formen von arbeitsplatzbezogenen Vergeltungsmaßnahmen (z.B. Strafversetzungen, Mobbing, Verlust von Positionen, Funktionen oder Bezügen“) geschaffen werden. Dies soll dadurch geschehen, dass dem Arbeitgeber die Beweislast obliegen muss, dass alle Maßnahmen, die zum Nachteil eines Hinweisgebers bzw. einer Hinweisgeberin ergriffen wurden, aus anderen Gründen als dem Whistleblowing erfolgt sind“. Nach § 12 des Vorschlags der Fraktion der SPD soll – angelehnt an die in § 22 AGG vorhandene Regelung – die Beweislast dann umgekehrt werden, wenn Indizien bewiesen werden, die eine Benachteiligung vermuten lassen.
- a. Eine solche Regelung würde an der derzeitigen Rechtslage in vielen Fällen nichts ändern: Zumindest im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes trifft den Arbeitgeber schon nach derzeitiger Gesetzeslage die Beweislast für das Vorhandensein der Kündigungsgründe (§ 1 Abs. 2 S. 4 KSchG); für das Vorliegen der Tasachen, die die außerordentliche Kündigung rechtfertigen sollen, gilt dies nach ständiger Rechtsprechung ebenfalls. Ein solcher Beweis ist nur dann geführt, wenn die Gerichte überzeugt sind, dass die vom Kündigenden genannten Gründe nicht nur vorgeschoben sind – und wirklicher Grund ist, dass der Arbeitgeber einen Hinweis über einen Missstand sanktionieren wollte.
- b. Das Dargelegte gilt auch für im Wege von Änderungskündigungen betriebene Vertragsänderungen und für Maßnahmen, die im Wege des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber angeordnet werden (BAG vom 14.07.2010, 10 AZR 182/09).
- c. Eine Änderung träte ein für Kleinbetriebe, die nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen, und für Kündigungen innerhalb der Wartezeit von sechs Monaten. In diesen Fällen ist nach dem derzeitigen Recht eine Kündigung nur dann unwirksam, wenn sie treuwidrig ist. Hierfür trägt, wenn der Arbeitgeber einem Sachvortrag des Arbeitnehmers, der die Treuwidrigkeit nach § 242 BGB indiziert, im einzelnen substantiiert widerspricht, der Arbeitnehmer die Beweislast (vgl. z.B. BAG vom 28.08.2008, 2 AZR 101/07).
- d. Der Vorschlag würde diese Beweislastregel umkehren. In der gerichtlichen Praxis dürfte die Zahl der Fälle, in denen die Änderung letztlich zu anderen Gerichtsentscheidungen führen würde, nicht allzu groß sein, weil dem Arbeitgeber in derartigen Konstellationen häufig schon die substantiierte Widerlegung des vom Arbeitnehmer erläuterten Zusammenhangs mit der Geltendmachung von Rechten des Arbeitnehmers oder mit dem Hinweis auf Missstände nicht gelingt. Eine solche Beweislastumkehr könnte jedoch helfen, verbleibende Schutzlücken zu schließen. Dies gilt im übrigen nicht nur für den Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern, sondern im gesamten Geltungsbereich des § 612a BGB (Maßregelungsverbot).
5. Soweit im Vorschlag der Fraktion DIE LINKE darüber hinaus vorgeschlagen wird, einen staatlichen Entschädigungsanspruch einzurichten, wenn arbeitsrechtliche Ansprüche infolge oder im Anschluss an die Informationsweitergabe

- ausfallen sollten, ist dies abzulehnen. Für die Einrichtung dieser Sonderhaftung besteht kein Anlass. Im übrigen wäre Streit über die Ursächlichkeit des Hinweises für den Ausfall – etwa nach einer Stilllegung aufgrund einer Hygieneprüfung – vorprogrammiert. Wenn nur die Hinweisgeber in den Genuss einer solchen Entschädigung kommen würden, könnte zudem in Fällen, in denen der Ausfall von Ansprüchen befürchtet wird, eine Vielzahl von möglicherweise unberechtigten Hinweisen provoziert werden. Wenn darüber hinaus vorgeschlagen wird, einen Anspruch auf immaterielle Schäden und zu erwartende Folgekosten zu schaffen (Ziff. II. 6. des Antrags der Fraktion DIE LINKE), ist schwer nachzuvollziehen, welche immateriellen Schäden hiermit gemeint sein sollen.
6. Die Definition im Entwurf der Fraktion der SPD, wann es sich um einen „Missstand“ handeln soll (§ 2 Abs. 2 des Entwurfes), erscheint auch in Ansehung des Ziels des Gesetzentwurfs als viel zu weitgehend. Dort wird jede Verletzung und unmittelbare Gefährdung jeglicher Rechte und Pflichten als ausreichend bezeichnet. Hierunter fallen etwa auch jegliche Vertragsrechte von Kolleginnen und Kollegen oder von Dritten. Soll der Arbeitnehmer prämiert werden, der die Geschwindigkeitsübertretung des Kollegen anzeigt? Oder das Falschparken des Vorgesetzten?
 7. Das Recht des Hinweisgebers, sich immer und sofort an eine externe Stelle wenden zu können (§ 6 Abs. 1 des Entwurfs der Fraktion der SPD), erscheint als zu weitgehend. Es sind Fälle denkbar, in denen der Versuch der innerbetrieblichen Abhilfe als zumutbar und geboten erscheint. Man denke etwa an Konstellationen, in denen der Arbeitgeber oder der Vorgesetzte einen vermeintlichen Missstand gar nicht kennt.
 8. Auch die uneingeschränkte Möglichkeit, sich an Dritte oder die Öffentlichkeit zu wenden, erscheint zumindest in den Fällen des § 2 Abs. 2 des Entwurfes als zu weitgehend. Die Verfasser des Entwurfes scheinen davon auszugehen, dass die Behörden Missständen häufig nicht nachgehen würden. Dieses gegenüber Ordnungsbehörden, Staatsanwaltschaften und Polizei zum Ausdruck kommende generelle Misstrauen erscheint als nicht gerechtfertigt.
 8. Auch die Legaldefinition in § 6 Abs. 3 des Entwurfs – Hinweise, die etwa bei nicht unverzüglicher schriftlicher Eingangsbestätigung der Behörde an die Öffentlichkeit getragen worden sind, sollen „als rechtmäßige Handlungen gelten“ – ist viel zu weitgehend. Auch die Art und Weise, in welcher Form Hinweise an Dritte oder die Öffentlichkeit gegeben werden, kann unverhältnismäßig sein. Auf den Zusammenhang dahingehend, dass einschneidende Maßnahmen des Hinweisgebers – die im übrigen zu einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung des Unternehmens führen können – nur bei erheblichen Gefährdungen und zumutbaren erfolglosen anderweitigen Abhilfeversuchen in Betracht kommen dürfen - und damit auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung –, sollte nicht verzichtet werden.
 9. Insgesamt erscheint eine Ergänzung des § 612a BGB hinsichtlich der eingeschränkten Beweislastumkehr als sinnvoll. Sollte der Gesetzgeber ein Signal geben wollen, dass Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber geschützt sind, wäre eine Ergänzung in § 612a BGB etwa mit dem Halbsatz „oder auf Missstände in Unternehmen oder Betrieb hinweist, durch die eine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder Umwelt droht.“ erwägenswert.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)802

23. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Prof. Dr. Martin Henssler, Köln

Ich bin gebeten worden, anlässlich der öffentlichen Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Arbeit und Soziales am 27.2.2012 zum Antrag der Fraktion DIE LINKE und von Abgeordneten dieser Fraktion für einen Entwurf eines Gesetzes zum Schutz und zur Förderung der Tätigkeit von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern sowie zum Entwurf der Fraktion der SPD sowie einzelner Abgeordneter der SPD-Fraktion eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern Stellung zu nehmen.

Da der Antrag der Fraktion DIE LINKE keinen konkreten Gesetzesvorschlag enthält und der Ausschuss darauf verzichtet hat, einen Fragenkatalog aufzustellen, beschränkt sich die Stellungnahme insoweit auf allgemeine Hinweise zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung und zu einigen Eckdaten ihrer inhaltlichen Ausgestaltung. Der erst nachträglich kurz vor Ablauf der Frist zur Stellungnahme (15.2.2012) zum Gegenstand der Anhörung gemachte Entwurf der SPD-Fraktion wird im Anschluss kurz gewürdigt.

I. Allgemeines:

1. Eine gesetzliche Regelung zum Schutz von Whistleblowern ist grundsätzlich zu begrüßen. Aufgabe einer entsprechenden Regelung muss es sein, die schon nach geltendem Recht bestehenden Rechte des Whistleblowers schärfer zu fassen und für einen effektiveren Schutz zu sorgen. Das derzeit in § 612a BGB verankerte Benachteiligungsverbot löst die sich in der Praxis stehenden

Probleme nicht, da es voraussetzt, dass ein Arbeitnehmer „in zulässiger Weise seine Rechte ausübt“. Die Befugnisse eines Whistleblowers lassen sich dem kodifizierten Recht indes nicht hinreichend sicher entnehmen. Die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Ableitung eines Whistleblowerschutzes aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG gibt zwar gewisse Eckdaten eines Schutzkonzeptes vor. Sie bietet aber keinen Ersatz für eine wünschenswerte klare gesetzliche Regelung.

2. Über die Notwendigkeit eines effektiven Schutzes von Whistleblowern ist bereits anlässlich der Debatte um den in der vergangenen Legislaturperiode vorgestellten Entwurf einer „Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuches sowie anderer Vorschriften“ (BT-Drs. 16/8100), insbesondere im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 4.6.2008 intensiv diskutiert worden. Die zentrale Bedeutung eines Whistleblowerschutzes im Interesse einer wirkungsvollen Bekämpfung von Korruption, Steuerhinterziehung und sonstigen Formen eines gesetzwidrigen Verhaltens steht danach außer Frage, so dass zur Vermeidung von Wiederholungen auf diese Diskussion verwiesen werden kann. Ergänzend sei angemerkt, dass auch die Funktionsfähigkeit eines unternehmensinter-

nen Compliance-Systems einen effektiven Whistleblowerschutz voraussetzt. Praxisprobleme bei der Umsetzung solcher Compliance-Systeme ergeben sich auf der arbeitsrechtlichen Ebene. Ihre Bewältigung setzt ein klares gesetzliches Schutzkonzept für Hinweisgeber voraus, auf dem sodann die unternehmensinternen Vereinbarungen aufbauen können. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21.7.2011 (EGMR, Urteil vom 21.7.2011 - 28274/08, NJW 2011, 3501) hat zudem verdeutlicht, dass die Bewertung von im öffentlichen Interesse erfolgenden Strafanzeigen durch die deutschen Arbeitsgerichte den Einschätzungen internationaler Gerichte nicht entspricht. Das ausländische Recht kennt bereits vergleichbare Regelungen, Großbritannien etwa seit 1998 den Public Interest Disclosure Act, Norwegen seit 2005 im Arbeidsmiljøloven (dazu *Aune/Mo*, in: Henssler/Braun, Arbeitsrecht in Europa, 3. Aufl. 2011, Norwegen Rz. 287 ff).

3. Eine gesetzliche Regelung des Whistleblowerschutzes hat sich an den Vorgaben zu orientieren, die das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der geltenden Gesetzeslage aufgestellt hat (Beschluss v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888).
4. Ein verfassungskonformes Vorbild für eine knappe gesetzliche Regelung findet sich in §§ 9 und 78 des Entwurfs eines Arbeitsvertragsgesetzbuches (ArbVG-E), den der Verfasser dieser Stellungnahme gemeinsam mit Prof. Dr. Ulrich Preis vorgelegt hat (vgl. die Veröffentlichung in NZA-Beilage 1/2007 zu Heft 21/2007).

Danach gilt folgendes:

§ 9 Maßregelungsverbot

¹Der Arbeitgeber darf Bewerber, Arbeitnehmer und ehemalige Arbeitnehmer nicht benachteiligen, weil diese in zulässiger Weise ihre Rechte ausüben oder unter Beachtung des § 78 auf betriebliche Unregelmäßigkeiten hinweisen. ²Insbesondere darf er niemanden wegen seiner gewerkschaftlichen Einstellung oder Betätigung benachteiligen.

§ 78 Abhilfe bei drohenden Schäden und Gesetzesverstößen

- (1) ¹Drohen Menschen, Sachwerten oder der Umwelt aus dem Betrieb Schäden oder werden Strafgesetze oder Arbeitsschutzvorschriften verletzt, so hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor der Einschaltung der zuständigen außerbetrieblichen Stellen zur Abhilfe aufzufordern. ²Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung nicht nach, so kann sich der Arbeitnehmer an die zuständigen Stellen wenden.
- (2) Der Arbeitnehmer darf sich unmittelbar an die zuständigen außerbetrieblichen Stellen wenden, wenn
 - a. dem Arbeitnehmer, anderen Menschen, Sachwerten oder der Umwelt unverhältnismäßige Nachteile drohen und eine Aufforderung

nicht oder nicht rechtzeitig zur Abhilfe führen würde oder

- b. der Arbeitgeber eine nicht nur auf Antrag verfolgbare Straftat begangen hat.
5. Eine gesetzliche Regelung zum Schutz von Whistleblowern darf die Persönlichkeitsrechte der von einer Anzeige Betroffenen nicht übermäßig beeinträchtigen. Sofern, wie vorgeschlagen, eine ergänzende Regelung innerhalb des BGB angestrebt wird, ist dringend darauf zu achten, dass hierdurch keine Wertungswidersprüche zum Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) auftreten. Die Regelung muss darüber hinaus die verfassungsrechtlich garantierte Unschuldsvermutung beachten. Eine Anzeige sollte daher nur zulässig sein, wenn sie auf belastbare Informationen gestützt werden kann. Die Beweislast für die Richtigkeit der angezeigten Tatsachen hat der Anzeigende zu tragen.

II. Zu den Vorschlägen die Fraktion DIE LINKE im Einzelnen:

1. Whistleblowing wird als „gutgläubige Weitergabe von Informationen, insbesondere über widerrechtliche Handlungen, Fehlverhalten oder allgemeine Gefahren, die eine Bedrohung für Gesundheit, Leben, Freiheit, Umwelt oder andere berechnete Interessen des Einzelnen oder der Gesellschaft darstellen“ definiert. Die Definition ist aus mehreren Gründen zu weit geraten und in ihrer sprachlichen Bedeutung unklar:
2. Es ist nicht klar, ob sich der Relativsatz „die eine Bedrohung ... darstellen“ nur auf die „allgemeinen Gefahren“ oder auf alle „Informationen“ bezieht. Im letzteren Falle wäre die Definition uferlos. Grundsätzlich zulässiges Whistleblowing wäre dann bereits jede „gutgläubige Weitergabe von Informationen“. Damit gerät es offenkundig in Konflikt mit den berechtigten Interessen des Unternehmens an der Geheimhaltung und Vertraulichkeit der Unternehmensgeheimnisse sowie mit dem Datenschutz.
3. Unabhängig davon ist der Begriff des „Fehlverhaltens“ zu weit gefasst. Das Anzeigerecht sollte begrenzt werden auf die Verletzung gesetzlicher Pflichten durch das Unternehmen oder dessen Beschäftigte. Darüber hinaus sollte geregelt werden, dass der Gesetzesverstoß einen Bezug zur betrieblichen Tätigkeit aufweisen muss. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass das Anzeigerecht zur Rechtfertigung von Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht von Privatpersonen herangezogen werden könnte.
4. Der Anzeigegrund „Freiheit“ erscheint uferlos. Sofern hierdurch nicht die Fortbewegungsfreiheit gemeint ist, liegt in jedem Verhalten eine freiheitsverletzende Handlung. Entsprechende Bedenken gelten für die Auffangformulierung „andere berechnete Interessen des Einzelnen oder der Gesellschaft“.
5. Für die Gutgläubigkeit des Anzeigenden soll bereits die „Überzeugung, dass die Informationen wahr sind“ ausreichen. Eine solche Überzeugung muss auf konkrete Tatsachen gestützt werden. Es

- empfiehlt sich, die Regelung zu präzisieren und konkrete Anhaltspunkte für Gutgläubigkeit zu benennen. Insbesondere wird man zu entscheiden haben, ob bereits einfach fahrlässige Unkenntnis der Unwahrheit die Gutgläubigkeit ausschließt. Vor dem Hintergrund der faktischen Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung durch das Anzeigerecht erscheint es vorzugswürdig, dem Anzeigenden keine weitreichende Einschätzungsprärogative zuzugestehen.
6. Hinweisgeber sollen „frei zwischen interner und behördlicher Offenlegung ihres Wissens wählen“ dürfen. Das erscheint nicht überzeugend. Einerseits sollte klargestellt werden, dass strafrechtliche Anzeigepflichten nicht durch eine bürgerlich-rechtliche Regelung des Whistleblowing ausgehebelt werden. Auf der anderen Seite gilt, dass dann, wenn eine interne Anzeige sicher zur Abhilfe führt, bei nicht schuldhafte oder nur leicht fahrlässigen Gesetzesverstößen eine behördliche Offenlegung eine überzogene Reaktion sein kann. Auch der *EGMR* hat in seiner bereits unter I. 2. erwähnten Entscheidung vom 21.2.2011 (Tz. 64 ff.) klargestellt, dass eine interne Klärung möglicher Regelverstöße aufgrund der Pflicht des Arbeitnehmers zu Loyalität und Vertraulichkeit grundsätzlich Vorrang hat.
 7. Der Gesetzesvorschlag vernachlässigt die beiderseitigen Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses bestehen, und behandelt den Arbeitnehmer wie einen außenstehenden Dritten. Es besteht zudem die Gefahr, dass Arbeitskollegen unter dem Deckmantel der Whistleblowerrechte zu Unrecht angeschwärzt und gemobbt werden. Der – sicherlich gut gemeinte - Vorschlag läßt mangels klarer Grenzen zu einem solchen Missbrauch der Schutzbestimmungen geradezu ein. Aus gutem Grund geht der *EGMR* (Urteil v. 21.7.2011 – 28274/08, Tz. 69) insoweit im Einklang mit der Rechtsprechung des BAG (BAG Urteil v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 NZA 2004, 427) davon aus, dass auf eine Berücksichtigung der Motive des Whistleblowers bei einer Würdigung seines Verhaltens nicht verzichtet werden kann.
 8. Hinweisgeber sollen das Recht haben, „sich an die Öffentlichkeit ... zu wenden, insbesondere wenn die Warnungen intern oder gegenüber der Behörde erfolglos geblieben sind oder es sich um eine Notfallsituation handelt“. Auch dies ist zu weitgehend, weil die Aufzählung durch die Verwendung des Wortes „insbesondere“ nicht abschließend ist. Ob eine Information der Öffentlichkeit geboten ist, sollte im Wege einer umfassenden Interessenabwägung entschieden werden. Berücksichtigt werden müssen dabei die Persönlichkeitsrechte der von der Anzeige Betroffenen. Ergänzend sind die mittelbar tangierten Interessen des Arbeitgebers an der Funktionsfähigkeit seines Betriebs oder Unternehmens zu würdigen. Vor dem Hintergrund der Persönlichkeitsrechte, in die durch eine solche Anzeige eingegriffen wird, sollte die direkte Information der Öffentlichkeit nur unter strengen Voraussetzungen zulässig sein. Es empfiehlt sich daher, das Wort „insbesondere“ zu streichen und die „Notfallsituationen“ gesetzlich abschließend zu umschreiben.
 9. Bedenken bestehen gegen den Vorschlag, „anonymes Whistleblowing“ zu ermöglichen. Eine derartige Regelung fördert vorsätzlich falsche Verdächtigungen von Arbeitskollegen. Aus der Praxis wird von Unternehmen, die ein solches Hinweissystem eingeführt haben, berichtet, dass sich der anonyme Vorwurf in der Hälfte der Fälle nicht bestätigt.
 10. Ein Recht des Hinweisgebers, eine „als rechtswidrig vermutete Tätigkeit“ zu verweigern, ist abzulehnen. Selbstverständlich sind rechtswidrige Anweisungen nicht zu befolgen. Bloße „Vermutungen“, die überdies nicht näher qualifiziert werden, reichen für ein Leistungsverweigerungsrecht nicht aus. Nach dem Vorschlag könnten selbst grob fahrlässige Fehleinschätzungen ein „Recht auf Vertragsbruch“ begründen. Auf diese Weise würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit im Betrieb geschaffen.
 11. Im Interesse einer ausgewogenen Gesamteregelung sollte angedacht werden, den Entwurf um eine Regelung über die Schadensersatzpflicht des zu Unrecht Anzeigenden wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts und/oder der Pflicht zur Geheimhaltung betrieblicher Informationen zu ergänzen.
- ### III. Einzelheiten des Gesetzesentwurfs der SPD Fraktion
1. Der Entwurf ist durch das Bemühen um eine ausgewogene Regelung, die auch die Interessen des Arbeitgebers und der Arbeitskollegen berücksichtigt, gekennzeichnet. Das ist zu begrüßen. Positiv zu bewerten ist vor diesem Hintergrund etwa die Regelung in § 10, die für Fälle rechtswidriger Hinweise, also bei einem grob fahrlässigen (siehe III. 4.) Verhalten des Whistleblowers eine Schadensersatzpflicht vorsieht (dazu schon II. 11.). Trotz dieses begrüßenswerten Ansatzes wahren einzelne Vorschriften auch dieses Entwurfs die Rechte der Arbeitskollegen vor unberechtigten Eingriffen in ihr Persönlichkeitsrecht durch falsche Verdächtigungen nur unzulänglich.
 2. Ähnlich wie schon das AGG wird der an dieses Gesetz angelehnte Entwurf dazu führen, dass die Zersplitterung des Arbeitsrechts weiter voranschreitet. Die vorgeschlagene Lösung über eine eigene spezialgesetzliche Regelung zieht zunächst einen beträchtlichen Regelungsumfang und unnötige Doppelvorschriften nach sich, die sich durch die sachgerechte Verortung in einem Arbeitsvertragsgesetzbuch vermeiden ließen. Selbst eine Regelung im BGB erscheint gegenüber einer eigenständigen und vom Umfang überzogenen Regelung vorzugswürdig. Zudem fehlt eine Einbindung in das geltende Regelungssystem. So ist etwa das Maßregelungsverbot, das § 4 Abs. 1. S. 2 HinwGebSchG-E vorsieht, bereits in § 612a BGB enthalten (vgl. ferner zum Leistungsverweigerungsrecht III. 9.).

3. Problematisch erscheint die Definition der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber in § 2 des Entwurfs. In die Definition ist bereits ein subjektives Verschuldenselement mit aufgenommen werden, da als Hinweisgeber nur *nicht leichtfertig* handelnde Personen bezeichnet werden. Die Schwäche dieses Ansatzes zeigt sich in §§ 4 Abs. 1 und 10 des Entwurfs, die zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Hinweisen unterscheiden. Genau genommen kann es aber nach der Definition keine rechtswidrigen Hinweise geben, da solche leichtfertigen Hinweise gar nicht vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst sind.
4. Das Abstellen auf den Begriff „leichtfertig“ in § 2 wird zwangsläufig unnötige Auslegungsfragen aufwerfen. Das von der Rechtsprechung entwickelte Recht der Arbeitnehmerhaftung kennt den Begriff der Leichtfertigkeit nicht, sondern denjenigen der groben Fahrlässigkeit. In Rechtsprechung und Schrifttum ist das Verhältnis von grober Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit aber umstritten (vgl. BGH NJW 1960, 1678, 1680; Wagner, MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 29 f.; Schaal, MünchKomm-AktG, § 60 WpÜG Rn. 51). Der Begriff der Leichtfertigkeit wird vom Gesetzgeber primär im Bereich des (Steuer-) Strafrechts und des Rechts der Ordnungswidrigkeiten verwendet, im Zivilrecht dominiert der Begriff der „groben Fahrlässigkeit“. Von Leichtfertigkeit wird in der zivilrechtlichen Literatur im Zusammenhang mit dem bedingten Vorsatz gesprochen („sich leichtfertig (blauäugig) des Risikos des Erfolgeintritts verschließen“, vgl. *Un-berath*, Beck OK-BGB, § 276, Rn. 15). Bereits der Schutz von grob fahrlässig handelnden Hinweisgebern, die also dasjenige außer Acht lassen, was in der konkreten Situation jedermann einleuchten musste (BGH NJW 2003, 1119), erscheint nicht sachgerecht. Generell sollte zudem klargestellt werden, dass ein Hinweisgeber stets auf der Grundlage von objektiven Tatsachen und nicht allein aufgrund reiner Vermutungen und Verdächtigungen handeln darf.
5. Zu § 4 Abs. 1 S. 1 des Entwurfs ist anzumerken, dass der Schutz der Hinweisgeber auf rechtmäßige Hinweise beschränkt werden sollte. Da die Rechtmäßigkeit des Hinweises ausdrücklich für S. 3 der Vorschrift (für den Fall der Kündigung) verlangt wird, kann aufgrund des Gesetzeswortlauts der Eindruck entstehen, dass diese Einschränkung bei S. 1 nicht greift. Der entsprechende Wille des Gesetzgebers, wonach auch S. 1 nur rechtmäßige Hinweise erfassen soll, sollte nicht nur in der Gesetzesbegründung, sondern im Gesetzestext zum Ausdruck kommen.
6. § 6 des Entwurfs greift zutreffend die Rechtsprechung des BVerfG und des EGMR auf und trennt – jedenfalls begrifflich – zwischen Anzeigen bei internen Stellen, solchen bei externen Stellen (Behörden) und der Information der Öffentlichkeit, die an die strengsten Voraussetzungen gekoppelt ist. Nicht zu überzeugen vermag, dass sodann doch die Hinweise gegenüber internen und externen Stellen vollständig gleichgestellt werden, der Hinweisgeber also das Recht erhalten soll, auch bei kleineren Regelverstößen sich direkt an externe Stellen zu wenden, selbst wenn diese offensichtlich auf einen Irrtum des Betroffenen zurückzuführen sind und nach einer internen Information aller Wahrscheinlichkeit nach abgestellt werden. Wenn man eine entsprechende weite Fassung will, dann sollte zumindest der Begriff der zuständigen Stelle klarer gefasst werden, als dies in § 2 Abs. 5 des Entwurfs bislang geschehen ist. Vorbilder gibt es hierzu im ausländischen Recht. So gibt etwa in England die Regierung eine Liste heraus, in der die zuständigen Stellen benannt sind (The Public Interest Disclosure (Prescribed Persons) Order). Bedenklich ist ferner dass nach Abs. 2 Nr. 2 lit. a der Vorschrift bereits geringfügige Rechtsverstöße dann den Weg zur Information der Öffentlichkeit mit dem entsprechenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen eröffnen, wenn die Behörde den Eingang des Hinweises nicht unverzüglich schriftlich bestätigt.
7. Unklar bleibt nach der Regelung, wann in den Fällen, in denen keine zuständige Behörde existiert, der Hinweisgeber, der sich nach den Grundsätzen des Abs. 1 zunächst an den Arbeitgeber wenden muss, die Öffentlichkeit informieren darf, wenn der Arbeitgeber keine Abhilfe schafft.
8. Aufgrund der Erfahrungen im Ausland bietet es sich an, den Schutz des Hinweisgebers generell dann zu verweigern, wenn sein Verhalten durch finanzielle Interessen motiviert ist. Dem Verkauf „exklusiver Stories“ an die Medien als einer Missbrauchskonstellation muss entgegengewirkt werden (so auch ausländische Regelungen, für Großbritannien etwa in Sec 43G Employments Rights Act).
9. Die Einzelregelungen in § 6 des Entwurfs sollten generell auf eine einheitliche Formvorgabe (mündlich, schriftlich, Textform) abgestimmt werden. Die Textform sollte auch für Hinweise gemäß § 3 Abs. 3 des Entwurfs zugelassen werden.
10. Ein Leistungsverweigerungsrecht wird von § 7 des Entwurfs bereits dann gewährt, wenn der Arbeitnehmer davon ausgehen durfte, dass er sich bei der Erledigung der Aufgabe der Gefahr der Verfolgung wegen einer Straftat usw. aussetzt. Hier sollte klargestellt werden, dass eine solche Vermutung auf objektive Umstände gestützt werden muss. Die Regelung und ihre Begrenzung auf Hinweisgeber sind zudem entweder überflüssig oder missverständlich, da ein Leistungsverweigerungsrecht in den geschilderten Fällen jedem Arbeitnehmer zustehen muss, also nicht nur solchen, die als Hinweisgeber auftreten. Hier zeigen sich erneut die bereits angesprochene Schwäche einer Sonderregelung und die Gefahr weiterer Zersplitterung des Arbeitsrechts.

11. Bei § 11 sollte im Gesetzestext (und nicht nur in der Begründung) klargestellt werden, dass es sich hierbei um eine ausdrückliche Rechtfertigung für Whistleblowing Programme im Sinne von § 4 Abs. 1 BDSG handelt.
12. In § 12 des Entwurfs sollte anstelle der Formulierung „die eine Partei“ der Begriff „der Hinweisgeber“ verwendet werden. In der von der Bestimmung angesprochenen Fallkonstellation ist es nicht denkbar, dass die Beweiserleichterung dem Arbeitgeber zu Gute kommt.

IV. Zusammenfassung

Eine grundsätzlich zu begrüßende Regelung der Rechte von Hinweisgebern sollte vermeiden, bei der Verankerung eines notwendigen Schutzes von Whistleblowern nun im Vergleich zur geltenden Rechtslage ins andere Extrem zu verfallen. In vielen Fällen werden bei der Information externer Stellen die ebenfalls schutzwürdigen Belange von Arbeitskollegen und Arbeitgebern betroffen sein. Sehr weit formulierte oder gar schrankenlose Rechte der Whistleblower, wie sie in der aktuellen Diskussion gefordert werden, begründen Missbrauchsgefahren, die letztlich dazu führen werden, Whistleblowing insgesamt in Misskredit zu bringen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)804

27. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Dr. Philipp Kramer, Hamburg**Übersicht****A. Ausgangspunkt****B. Rechtliche Bewertung**

1. Rechtssicherheit durch gesetzliche Whistleblowing-Regelung?
2. Freigabe des externen Whistleblowing?
3. Gesetzliche Vorgaben für Hinweisgebersysteme?
4. Beweislastumkehr?

A. Ausgangspunkt

Die Anhörung soll Informationen darüber befördern, ob und in welchem Umfang der deutsche Gesetzgeber Regeln für Whistleblower schaffen soll. Dabei wird Whistleblowing wie folgt verstanden:

- Als Hinweis,
- auf einen Verstoß gegen Regelungen durch Geschäftsleiter und / oder Kollegen,
- den der Hinweisgeber vermutet oder positiv kennt,
- unter Nennung des Namens des Hinweisgebers oder anonym,
- an eine unternehmensinterne und / oder unternehmensexterne Stelle (internes / externes Whistleblowing).

Bei solchen Hinweisen stehen sich die Interessen der Beteiligten teilweise gegenüber. So kann beispielsweise eine auf eine Vermutung gestützte Anzeige, die sich im Nachhinein als unzutreffend herausstellt, erheblichen Rufschaden für das Unternehmen hervorrufen. Gleichzeitig ist es verbreitete Ansicht, dass ein Hinweis, gerade wenn er – wie bei den „Gammelfleisch“-Anzeigen – auf die Gesundheit der späteren Konsumenten zielt, förderungswürdig ist. Zudem ist zu gewährleisten, dass rechtmäßige Hinweise nicht mit einer Benachteiligung des Beschäftigten einhergehen.

Gesetzliche Regelungen bestehen in Deutschland nur in Einzelfällen bei besonderen Gefahren, beispielsweise in § 17 Abs. 2 Satz 1 und 2 Arbeitsschutzgesetz („Sind Beschäftigte auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten, und hilft der Arbeitgeber darauf gerichteten Beschwerden von Beschäftigten nicht ab, können sich diese an die zuständige Behörde wenden. Hierdurch dürfen den Beschäftigten keine Nachteile entstehen.“).

Im Ausland finden sich teilweise Whistleblowing-Regelungen wie der britische Public Interest Disclosure Act, der das Arbeitsrechtsgesetz geändert hat. Er lässt allerdings Hinweise an die Öffentlichkeit nur unter sehr einschränkenden Voraussetzungen

gen zu. Für eine nachrangig zulässige Einschaltung der Öffentlichkeit (externes Whistleblowing) hat der Arbeitnehmer nach § 43G Employment Rights Act

- in gutem Glauben zu handeln,
- die offen gelegten Informationen nach Treu und Glauben für im Wesentlichen wahr zu halten,
- nicht zum persönlichen Vorteil zu handeln,
- unter Betrachtung aller Umstände des Falles davon auszugehen, dass die Offenlegung die angemessene Reaktion ist (hierbei werden diverse Abwägungsgesichtspunkte mitgeteilt) und
- aufgrund hinreichender Gründe davon auszugehen, dass entweder sein betriebsinterner Hinweis mit Nachteilen für ihn verbunden ist, dass – falls keine Behörde zuständig ist – der interne Hinweis zu einer Verdunkelung oder zur Zerstörung von Beweismitteln führt oder infolge eines bereits erfolgten internen Hinweises zu handeln, der im Wesentlichen die gleichen Informationen enthalten hat.

Die deutsche Rechtsprechung grenzt bereits seit 10 Jahren die verschiedenen Freiheits- und Persönlichkeitsphären gegeneinander ab. Genannt seien hier exemplarisch und hervorstechend die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2001 (1 BvR 2049/00), die des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2003 (2 AZR 235/02) sowie die Entscheidung des Landesarbeitsgericht Berlin aus dem Jahr 2006 (7 Sa 1884/05), die allerdings in ihrer konkreten Einzelfallabwägung vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte als nicht notwendiger Eingriff in die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmerin gewertet worden ist (28274/08 - Heinisch ./ Deutschland). Die Beschwerdeführerin habe nicht leichtfertig gehandelt. Alle diese Entscheidungen sind dadurch gekennzeichnet, dass a) Whistleblowing grundsätzlich als zulässig eingeordnet wird, b) der Arbeitnehmer gemeldete – tatsächlich unzutreffende – Umstände auch dann melden darf, sofern er sich nicht auf leichtfertig angenommene falsche Umstände stützt und c) ein innerbetrieblicher Abhilfeversuch – sofern zumutbar – geboten ist. Dabei werden umfangreiche Abwägungskriterien benannt.

Es ist umstritten, ob die Differenzierung der Rechtsprechung vom Gesetzgeber nachvollzogen und / oder inhaltlich erweitert werden soll. Dabei spielen vier Aspekte eine wichtige Rolle:

- Vermögen gesetzliche Regelungen mehr Rechtssicherheit zu schaffen, damit der Whistleblower weiß, wann und wem er etwas mitteilen darf?
- Soll die bisherige Risikoverteilung zwischen Unternehmen und Arbeitnehmer bei einem Irrtum des Arbeitnehmers stärker auf das Unternehmen verlagert werden?
- Bedarf es gesetzlicher Vorgaben für Hinweisgebersysteme in Unternehmen?
- Soll der Arbeitnehmer durch eine Beweislastumkehr von der Pflicht befreit werden, vor einem Hinweis sorgfältig zu ermitteln, ob der vermutete Regelverstoß tatsächlich gegeben ist?

B. Rechtliche Bewertung

1. Rechtssicherheit durch gesetzliche Whistleblowing-Regelung?

Fragestellung

Vermögen gesetzliche Regelungen mehr Rechtssicherheit zu schaffen, damit der Whistleblower weiß, wann und wem er etwas mitteilen darf?

Fazit

Die Zulässigkeit des Whistleblowings ist durch Grundrechtspositionen gekennzeichnet, die teilweise im Widerstreit miteinander stehen. Dazu gehört auch der Angezeigte selbst, in dessen Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird. Zwar ließe sich auf den ersten Blick technisch einfach gesetzlich definieren, wann ein Whistleblowing eindeutig zulässig oder eindeutig unzulässig ist. Eine für den Arbeitnehmer wirklich nützliche gesetzliche Vorgabe für die vielen Zweifelsfälle lässt sich nach gegenwärtigem Stand nicht überzeugend schaffen. So wiederholen die vorgelegten Gesetzentwürfe beim Versuch, die Zulässigkeit des Whistleblowings zu regeln, die von der Rechtsprechung entwickelten Abwägungskriterien, nämlich das Interesse der Öffentlichkeit, die Schwere des Vorwurfs, die Tatsächlichkeit der Behauptungen, das Einhalten der Pflicht zur sorgfältigen Prüfung des Hinweisinhalts, die Beweggründe des Hinweisgebers und der drohende Schaden für das Unternehmen. Der vorgeschlagene systematische Aufbau in Gestalt eines Stufenmodells gibt den Anschein, dass zulässiges Whistleblowing leichter berechenbar wäre. Tatsächlich würde die Notwendigkeit zur Abwägung weiter bestehen. Scheinbare Rechtssicherheit vermag jedoch weitere Rechtsvorschriften nicht zu rechtfertigen.

Im Einzelnen

Die Rechtslage zur Befugnis, Hinweise über regelwidrige Vorgänge im Unternehmen zu machen, ist gegenwärtig durch die Rechtsprechung bestimmt. Dabei wird die Meinungsäußerungsfreiheit des Arbeitnehmers regelmäßig ins Verhältnis gesetzt zur verfassungsrechtlich geschützten Unternehmerfreiheit und kann so zu sachgerechten Ergebnissen kommen. Aus dieser Unternehmerfreiheit folgt das Recht des Unternehmens, mit solchen Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten, die die rechtmäßigen Unternehmensziele fördern und das Unternehmen vor Schäden bewahren (LAG Berlin, 7 Sa 1884/05). Diese Pflicht findet in der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht ihren einfachgesetzlichen Ausdruck (§ 241 Abs. 2 BGB). Der Arbeitnehmer verletzt danach seine Rücksichtnahmepflicht schwer, wenn er eine Strafanzeige erstattet, die auf wissentlich unwahren oder leichtfertig falschen Angaben beruht. Zudem darf die Strafanzeige als Maßnahme keine unverhältnismäßige Reaktion auf das Verhalten des Arbeitgebers darstellen. Bloß geringfügige Verstöße dürfen in der Regel nicht mit einer Strafanzeige beantwortet werden. Indizien für die Unverhältnismäßigkeit der Strafanzeige können sich darüber hinaus vor allem aus der Motivation des Anzeigenden und aus dem Fehlen eines vorangegangenen zumutbaren innerbetrieblichen Hinweises ergeben. Wiederum unzumutbar erscheint ein

damit angesprochener innerbetrieblicher Klärungsversuch, wenn Abhilfe nicht zu erwarten ist, die Straftat schwerwiegend ist oder der Arbeitgeber sie selbst begangen hat.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bestätigt, dass die Rechtsfolge einer Kündigung aus wichtigem Grund bei einer schwerwiegenden Rücksichtnahmepflichtverletzung durch das deutsche Recht mit § 626 Abs. 1 BGB hinreichend genau gesetzlich vorgesehen ist (ECHR 28274/08 - Heinisch ./ Deutschland). Allerdings hatte er in der Sache eine andere Auffassung als das Landesarbeitsgericht, als er die Authentizität der Vorwürfe der Arbeitnehmerin als hinreichend gegeben ansah und der innerbetriebliche Weg aus seiner Sicht von ihr erschöpft worden war.

Damit stellt sich die Frage, ob es dem Gesetzgeber obliegt, die Voraussetzungen eines Whistleblowings über die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinaus zu präzisieren. Der zur Diskussion gestellte Antrag der Fraktion DIE LINKE thematisiert die Rechtsfragen des Whistleblowings. Allerdings wird der Grundrechtskonflikt nicht gelöst, sondern ohne verfassungsrechtliche Abwägung zu Lasten der Unternehmerfreiheit beendet, beispielsweise wenn die freie Option zum externen Whistleblowing vorgeschlagen wird. Der bekannt gewordene Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN (*Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern*) geht davon aus, dass die bestehende Rechtslage zu eng gefasst sei und oftmals nur betriebsinterne Hinweise – sanktionslos – ermögliche. Der Gesetzentwurf der Fraktion der SPD (*Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern, 17/8567*) will an die Stelle der Abwägung und Einzelfallprüfung in Whistleblower-Fällen durch die Rechtsprechung Rechtsicherheit durch ein Gesetz setzen.

Soll die Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Unternehmerfreiheit in Gesetzesform verfassungskonform gelingen, ist der Gesetzgeber gehalten, einen möglichst schonenden Ausgleich der widerstrebenden Grundrechtsinteressen herbeizuführen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich Fehlverhalten innerhalb eines Unternehmens nicht allein auf den strafrechtsrelevanten Bereich menschlicher Verhaltensweisen beschränkt. So spricht der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN von der Verletzung „rechtlicher Pflichten“, die im Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit verletzt werden. Der Entwurf der SPD-Fraktion geht erheblich weiter, in dem er von „Missständen“ spricht, zu denen jedwede Gefahr für Leben, Gesundheit oder Umwelt gehören soll. Der Gesetzgeber soll also eine Vielzahl von Fehlverhalten so regeln, dass der Arbeitnehmer jederzeit weiß, wann und wem er was mitteilen darf, ohne seine Rücksichtnahmepflicht gegenüber der Unternehmerfreiheit schwerwiegend zu verletzen.

Dieser Wunsch nach Rechtssicherheit wird in den Gesetzentwürfen nur punktuell durch konkretisierende Vorschriften umgesetzt, insbesondere bei solchen neuen Vorschriften, bei denen das Zurücktreten der Rücksichtnahmepflicht auf der Hand zu liegen scheint; wenn beispielsweise von Mitteilun-

gen bei lebens-, gesundheits- oder umweltgefährdenden Zuständen gesprochen wird oder wenn Gefahren für Leben, Körper, Gesundheit, Persönlichkeitsrechte, die Freiheit der Person, die Stabilität des Finanzsystems oder die Umwelt drohen. Da jedoch weiterhin – allein zur Bestimmung der erforderlichen Wahrscheinlichkeit und der Schwere des befürchteten Schadens, die den Hinweis rechtfertigt – die Abwägung der verfassungsrechtlich im Widerstreit befindlichen Positionen geboten ist, wiederholen die Gesetzentwürfe die Abwägungsmaximen und nennen dabei wichtige Gemeinschaftsgüter. Weiter werden Kriterien eingeführt, die als unbestimmte Rechtsbegriffe wie „konkrete Anhaltspunkte“ und „gegenwärtige erhebliche Gefahr“ die Unsicherheit der Beurteilung des Beschäftigten eher noch vergrößern.

Im Ergebnis werden der Rechtsprechung nur teilweise neue, im Übrigen bekannte Abwägungsgesichtspunkte an die Hand gegeben, die eine Rechtssicherheit nicht befördern.

2. Freigabe des externen Whistleblowing?

Fragestellung

Sollte in gesetzlichen Vorschriften eine ausdrückliche Erlaubnis geschaffen werden, Regelverstöße an externe Stellen anzuzeigen?

Fazit

Das externe Whistleblowing, also der Hinweis an eine andere Stelle oder die Öffentlichkeit über unternehmensinternes Fehlverhalten, kann einen erheblichen Schaden für das Unternehmen nach sich ziehen. Zudem wird die durch die Anzeige betroffene natürliche Person in ihrem Persönlichkeitsrecht besonders beeinträchtigt, vor allem, wenn die Annahmen unzutreffend waren. Die Anforderungen der Rechtsprechung für eine solche Drittanzeige sind daher höher. Es kommt letztlich darauf an, dass der Verweis auf den internen Berichtsweg für den Arbeitnehmer unzumutbar ist. Diese Zumutbarkeitsprüfung kann dem Arbeitnehmer nicht erspart werden. Durch die Privilegierung leicht fahrlässiger Irrtümer wird der Arbeitnehmer geschützt. Bei grober Fahrlässigkeit muss er jedoch die Konsequenzen seines Hinweises aufgrund leichtfertiger Annahmen tragen. Diese Prüfungspflicht ist dem Arbeitnehmer objektiv zumutbar. Das Irrtumsrisiko und nachfolgende Schäden eines externen Hinweises bei grob nachlässiger Prüfung durch den Arbeitnehmer dürfen nicht auf das Unternehmen verlagert werden.

Im Einzelnen

Die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht ist Ergebnis des Ausgleichs zwischen unternehmerischer Freiheit und Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers. Sie hindert den Arbeitnehmer, ohne hinreichenden Grund Dritte, wie die Öffentlichkeit, bei unternehmensinternen Regelverstößen einzuschalten. Dieses externe Whistleblowing muss „ultima ratio“ bleiben (ECHR 28274/08 - Heinisch ./ Deutschland) und ist nur erlaubt, wenn die Beschränkung des Arbeitnehmers auf den internen Hinweis unverhältnismäßig ist. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung lässt sich mit einem echten praktischen Nutzen für den Hinweisgeber kaum konkret

im Gesetz abbilden. Sie ist gerade nicht durch ein strenges „Schwarz“ oder „Weiß“ gekennzeichnet. Das Interesse der Öffentlichkeit, die Schwere des Vorwurfs, die Tatsächlichkeit der Behauptungen, das Einhalten der Pflicht zur sorgfältigen Prüfung des Hinweisinhalts, die Beweggründe des Hinweisgebers und der drohende Schaden für das Unternehmen sind wesentliche Abwägungsgesichtspunkte (ECHR 28274/08 -Heinisch ./ Deutschland). Die Abwägung führt später zur Beantwortung der Frage, ob die disziplinarische Maßnahme auf den Hinweis hin zulässig ist oder sich als unzulässige Benachteiligung darstellt.

Diese Abwägungsgesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit der Rechtsprechung lassen sich in Gestalt gesetzlicher Regelungen auflisten. Die Abwägung selbst hingegen lässt sich nicht kodifizieren. Auch der mit sachgerechtem Motiv handelnde Arbeitnehmer wird weiterhin die Verantwortung für sein Handeln, genauer für seine Abwägung, tragen müssen. Seine Zivilcourage muss mit der Fähigkeit zur verantwortungsvollen Güterabwägung einhergehen. Dazu gehört es auch, dass der Arbeitnehmer seine Möglichkeiten zur Sachverhaltsermittlung ausschöpft. Diese eigenverantwortlich vorzunehmende Abwägung lässt ein „Hier ist das Whistleblowing zulässig“ als „unmissverständliche Wertung des Gesetzgebers hinsichtlich der Voraussetzungen der Berechtigung zur Abgabe von Hinweisen“ (*Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern, 17/8567*) nicht zu.

Die gesetzgeberische Alternative wäre ein Freibrief, der intuitiv in Einzelfällen gewünscht sein mag, doch im Übrigen die unternehmerische Freiheit ausblenden würde. Der Arbeitnehmer könnte dann allein aus seiner subjektiven Sicht heraus, unabhängig von der verständigen Sicht eines Arbeitnehmers, undifferenziert und nach seiner freien Wahl an jedwede externe Stellen Hinweise geben. Eine sachliche Rechtfertigung gerade der konkret ausgewählten dritten Stelle wäre entbehrlich. Das Irrtumsrisiko würde allein – unabhängig von einer Pflichtverletzung – das Unternehmen tragen.

3. Gesetzliche Vorgaben für Hinweisgebersysteme?

Fragestellung

Bedarf es gesetzlicher Vorgaben für Hinweisgebersysteme in Unternehmen?

Fazit

Hinweisgebersysteme sind notwendiger Bestandteil einer fehlertoleranten Unternehmenskultur. Sie helfen dabei, Schäden vom Unternehmen und von der Allgemeinheit abzuhalten. Gleichzeitig ist es Gegenstand der verfassungsrechtlich geschützten unternehmerischen Freiheit, die Art der Unternehmenskultur zu steuern. Diese Steuerungsmöglichkeit führt zu unterschiedlichsten Unternehmenskulturen, auf die die verschiedenen Hinweisgebersystematungen angepasst werden müssen. Während das Ob eines Hinweisgebersystems gesetzlich vorgeschrieben werden kann, fehlt für die inhaltlichen Vorgaben ein allgemein verbindliches, vorschreibbares Muster. Es gilt zunächst, solche Systeme in ihrer

inhaltlichen Ausgestaltung zu fördern und zu entwickeln.

Im Einzelnen

Zulässiges Whistleblowing ist ohne abgestufte Verfahren verfassungskonform nicht denkbar. So muss dem Hinweis an eine externe Stelle die Einschaltung interner Stellen im Zweifel vorangehen; aus Gründen kollidierender Grundrechte, doch auch deshalb, weil andernfalls die fehlertolerante Unternehmenskultur zugunsten einer Misstrauenskultur verschoben würde. Als Ausnahme des Vorrangs des internen Hinweises gilt die Unzumutbarkeit, vor allem weil Abhilfe bei einem innerbetrieblichen Klärungsversuch nicht zu erwarten ist. Es ist daher als faktische Folge der Rechtsprechung vor allem Sache des Unternehmens, eine funktionierende, vor unzulässiger Disziplinierung schützende innerbetriebliche Möglichkeit zum Whistleblowing zu schaffen. Wenn sich der Arbeitnehmer objektiv nicht darauf verlassen kann, dass sein interner Hinweis einer sachlichen Klärung zugeführt wird, ist ihm der Weg zum externen Whistleblowing eröffnet.

Damit kommt es nach der aktuellen Rechtsprechung darauf an, dass im Unternehmen Möglichkeiten gegeben sind, Regelverstöße sachgerecht kommunizieren zu können. In der Praxis setzen Großunternehmen hierfür häufig automatisierte Hinweisgebersysteme ein, die bis hin zur anonymen Anzeige reichen.

Einheitliche Hinweisgebersysteme wird es jedoch faktisch kaum geben. Denn solche Hinweisgebersysteme sind in ihrer Umsetzung und ihrem Erfolg stark von der gegebenen Unternehmenskultur abhängig. Unternehmenskulturen mit kritik- und interensensausgleichsfähigen Beschäftigten sind der Erfahrung nach eine wichtige Voraussetzung für den zweckgemäßen Einsatz gerade automatisierter Hinweisgebersysteme. Andernfalls dominiert schnell die Tendenz zu vor allem egoistisch motivierten Hinweisen, die mit Schädigungsabsicht erfolgen. Diese Tendenz sieht auch der Zusammenschluss der europäischen Datenschutzaufsichtsbehörden (Art. 29-Datenschutzgruppe) und zwar gerade bei Hinweisgebersystemen mit anonymer Meldemöglichkeit. Sie würden die Gefahr begründen, „eine Kultur anonymer böswilliger Meldungen“ zu befördern und das „soziale Klima“ zu verschlechtern (Art. 29-Datenschutzgruppe, 1.2.2006, WP 117, Seite 12). Diese Risiko würde verschärft, wenn bereits kleinere Verstöße den Arbeitnehmer berechtigten würden, eine Anzeige zu erstatten; gegebenenfalls allein auf der Basis, dass nach Auffassung des Arbeitnehmers die Abhilfemaßnahmen nicht hinreichend seien.

Hinweisgebersysteme, die eine anonyme Anzeigemöglichkeit generell vorsehen, genügen daher nicht den Anforderungen an den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Angezeigten. Lediglich in Ausnahmefällen sind anonyme Hinweise verfassungsrechtlich hinnehmbar, wenn zugleich die datenschutzrechtlichen Positionen des vom Hinweis Betroffenen gewahrt sind. Unabhängig davon steht es einem Beschäftigten frei, von sich aus Möglichkeiten der anonymen Anzeige innerhalb des Unternehmens zu wählen.

Die unterschiedlichen Möglichkeiten, Hinweise auf regelwidriges Verhalten im Unternehmen zu steuern, lassen sich angesichts unterschiedlicher Unternehmenskulturen kaum in ein festes Korsett regulatorischer Vorgaben pressen. Die vorliegenden Gesetzentwürfe unternehmen diesen Versuch folgerichtig nicht.

Einheitlichen Vorgaben für Hinweisgeber steht zudem die Struktur der Unternehmenslandschaft entgegen. Unterschiedliche Unternehmenskulturen beruhen auf der Unternehmerfreiheit, die auch die Entscheidung über die Art der herrschenden Unternehmenskultur einschließt. Zudem ergeben sich Unterschiede aus der Unternehmensgröße und der anglo-amerikanischen Anbindung von Unternehmen. Für Unternehmen mit tausenden von Mitarbeitern kann sich ein systematisches, automatisiert organisiertes Whistleblowing-System als praktisch zwingend erweisen. Demgegenüber wird bei kleinen und mittelgroßen Unternehmen durch die stärkere personelle Prägung ein maßgeschneidertes Vorgehen unumgänglich sein. US-börsennotierte Unternehmen haben zudem die Whistleblowing-Anforderungen des Sarbanes-Oxley Act (§ 806) zu erfüllen. Dabei ist zu beachten, dass dieses US-Gesetz vorrangig dem Schutz vor Unternehmenszusammenbrüchen durch Verstöße im Bereich Buchhaltung, Rechnungsprüfung und Abschlussprüfung dient.

Vorrangig sollten Whistleblowing-Systeme in unternehmensangepasster Form gefördert werden, die beiden Beteiligten – Unternehmen wie Arbeitnehmer – die Vorzüge solcher Systeme vermitteln. Außerhalb kriminell agierender Einheiten sind solche Systeme geeignet, Schaden vom Unternehmen und von den Arbeitnehmern abzuhalten und das konstruktive Miteinander zu fördern. Alle Whistleblowing-Systeme müssen allerdings persönlichkeitsrechtsschützende Mindestanforderungen beachten:

- Es wird gewährleistet, dass die Identität des Hinweisgebers vertraulich behandelt wird.
- Dem Arbeitnehmer wird diese Vertraulichkeitsgewähr mitgeteilt.
- Soweit ein fest benannter Adressat der Hinweise gegeben ist, ist dieser im Umgang mit solchen Hinweisen, seiner Verschwiegenheitspflicht und dem weiteren Verfahren geschult.
- Die Informations-, Anhörungs-, Korrektur- und Löschrechte des von dem Hinweis Betroffenen werden gewährleistet.

Für ein Whistleblowing-System kann auf verschiedene Grundsysteme wie die Einrichtung einer zur Verschwiegenheit verpflichteten externen Vertrauensperson, einer internen oder externen Whistleblowing-Hotline bzw. eines Postkorb-Systems oder eines IT-basierten Meldesystems zurückgegriffen werden. Diese Systeme können ihre nützliche Wirksamkeit vor allem dann entfalten, wenn sie in eine konkrete Unternehmensstruktur mit einer entsprechenden Befürwortung durch die Geschäftsleitung bis hin zu einer vorgegebenen Behandlung integriert sind. Die Akzeptanz des Umstands, dass Regelverstöße stattfinden, kann dann einhergehen mit der

Bereitschaft, festgestellte Fehler mitzuteilen, ohne dabei einer Misstrauenskultur Vorschub zu leisten.

4. Beweislastumkehr?

Fragestellung

Bedarf der Arbeitnehmer eines erweiterten Schutzes durch eine Beweislastumkehr?

Fazit

Das Risiko eines leicht fahrlässigen Whistleblowings liegt bereits beim Unternehmen. Irrt sich der Arbeitnehmer bei der Annahme eines vermuteten Fehlverhaltens, liegt also tatsächlich kein Fehlverhalten vor, so ist der Arbeitgeber bei einem dennoch erfolgten Hinweis an einer Disziplinierung des Beschäftigten gehindert. Das Unternehmen darf nur handeln, wenn der Arbeitnehmer den Regelverstoß leichtfertig oder bösgläubig (malicious whistleblowing) angenommen hat. Auch die Kündigungsvoraussetzungen muss der Arbeitgeber beweisen. Gegenüber einer nicht gerechtfertigten Benachteiligung steht dem Arbeitnehmer die Beweiserleichterung des Anscheinsbeweises zu. Weitere Beweiserleichterungen mögen aus Sicht des Arbeitnehmers den Vorteil haben, dass er risikoloser Hinweise auf betriebssinterne vermutete Regelverletzungen vornehmen kann. Sie befördern aber zugleich das Risiko, dass das Unternehmen auf Grund irrtümlicher Hinweise geschädigt wird. Auch wenn mit einem Whistleblowing teilweise erwünschte Ergebnisse erzielt werden, kann das eine Privilegierung der Nachlässigkeit des Arbeitnehmers nicht rechtfertigen.

Im Einzelnen

Die Beweislast für das Vorliegen von Kündigungsgründen liegt beim Arbeitgeber. Das Maßregelungsverbot des § 612a BGB legt demgegenüber dem Arbeitnehmer die Pflicht auf, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass gerade seine zulässige Rechtsausübung objektiv und subjektiv kausal für die Benachteiligung durch den Arbeitgeber gewesen ist. Das subjektive Element, also die Benachteiligungsabsicht, ist – jedenfalls außerhalb von Kündigungsschutzprozessen – als innere Tatsache schwer nachweisbar, wenn der Arbeitgeber hierzu nicht vorträgt. Der Gesetzgeber hat keine Beweislastumkehr vorgesehen. Allerdings hat die Rechtsprechung zugunsten des Arbeitnehmers Beweiserleichterungen nach den Regeln des Anscheinsbeweises geschaffen. Voraussetzung ist ein tatsächlicher Sachverhalt, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Geschehensablauf hinweist und vom Arbeitnehmer vorgetragen werden muss. Dafür kommt unter anderem ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Benachteiligung und Rechtsausübung in Betracht (Hessisches Landesarbeitsgericht, 13 Sa 537/07). Der Arbeitgeber ist dann nicht schutzlos. Er kann sodann den Anschein erschüttern, indem er die ernsthafte Möglichkeit eines anderen Ablaufs beweist. Das Gericht muss also aufgrund des Vortrags des Arbeitgebers davon überzeugt sein, dass ein atypischer Geschehensablauf vorlag.

Weitere, echte Beweislastverschiebungen würden dazu führen, dem Arbeitgeber die Beweislast für die negative Tatsache aufzubürden, dass er gerade keine

Benachteiligung wegen einer zulässigen Rechtsausübung angestrebt hat. Das Gleichgewicht der Pflichten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer würde dadurch verschoben und den Arbeitgeber in einen Rechtfertigungsdruck bringen, obwohl er schon die gegebenenfalls bestehende Unzulässigkeit eines konkreten Wistleblowing beweisen muss. Es würde gerade auch bei Unternehmen, die Maßnahmen zur

Regeleinhaltung im Unternehmen (Compliance) getroffen haben, das Risiko befördert, dass mit einem undifferenzierten Anzeigerecht Unternehmen sanktionslos geschadet wird. Dabei trägt das Unternehmen ohnehin das Irrtumsrisiko. Denn dem Arbeitnehmer muss der Arbeitgeber nachweisen, dass er wissentlich oder doch leichtfertig eine Regelverletzung angenommen hat.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)806

28. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Tim Wybitul, Frankfurt am Main

Zusammenfassung

1. Hinweise auf Missstände in Unternehmen sind ein überaus wichtiges Element der Vermeidung und Korrektur von Fehlentwicklungen und Regelverstößen.
2. Eine Regelung, die den Betrieb unternehmensinterner Hinweisgebersysteme vorsieht und unterstützt, ist zweckmäßig. Unternehmensinterne Hinweisgebersysteme gehören in der Praxis zu den effektivsten Mitteln zur Vermeidung und Aufdeckung von Regelverstößen und Fehlentwicklungen.
3. Eine Regelung zum Betrieb unternehmensinterner Hinweisgebersysteme muss mit anderen gesetzlichen Vorschriften vereinbar sein. Der bloße Hinweis, dass betriebsverfassungsrechtliche und datenschutzrechtliche Vorschriften unberührt bleiben sollen, ist unzureichend. Eine Abstimmung insbesondere mit den Anforderungen des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) ist unerlässlich.
4. Bereits das geltende Recht sieht Mechanismen vor, die auch den Schutz von Hinweisgebern gewährleisten, z.B. §§ 612a, 242, 241 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). In Fällen, in denen Hinweisgeber irrig annehmen, ein interner Ausgleich sei ihnen nicht zuzumuten, gehen Hinweisgeber derzeit ein hohes Risiko ein,

wenn sie sich direkt an Behörden, Presse, Dritte oder die Öffentlichkeit wenden.

5. Eine Regelung, die pauschal auf den Versuch eines innerbetrieblichen Ausgleichs verzichtet, wäre wenig effektiv, nicht praxismäßig und würde unangemessen in Arbeitgeberrechte eingreifen. Jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber ein angemessenes unternehmensinternes Hinweisgebersystem eingerichtet hat, welches die gefahrlose Abgabe von Hinweisen ermöglicht, sollten Arbeitnehmer dieses vorrangig nutzen. Dies würde auch für Unternehmen einen erheblichen Anreiz schaffen, angemessene Hinweisgebersysteme einzurichten.
6. Ein Gesetz, das einen angemessenen Schutz gutgläubiger Hinweisgeber bietet, ist eine zweckmäßige Regelung; eine solche Regelung muss aber Mechanismen vorsehen, damit sie in der Praxis nicht missbraucht werden kann.

Gesetzesinitiativen zum Schutz von Hinweisgebern

Hinweisgeber sind wichtig für eine funktionierende Compliance-Kultur in Unternehmen. Die strukturierte Entgegennahme von Hinweisen über mögliche Fehlentwicklungen und deren angemessene Auswertung sind wesentliche Elemente eines funktionierenden internen Kontrollsystems. Die Praxis zeigt, dass Hinweisgeber eine Vielzahl von Schäden und Gefährdungen aufdecken. Es ist daher ausgesprochen wichtig, Personen zu schützen, die

auf bestehende Missstände oder Verletzungen von Vorschriften und unternehmensinternen Verhaltensregeln hinweisen. Die vorliegende Stellungnahme zeigt einige für die Praxis maßgebliche Probleme der derzeit diskutierten Regelungen beziehungsweise des Antrags und des Entwurfs auf und gibt Empfehlungen für sachgerechte Lösungen. Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt dabei auf den für Unternehmen besonders kritischen Fragen des Datenschutzes.

I. Bedeutung von Hinweisgebersystemen in der Unternehmenspraxis

Vor allem in großen und mittelgroßen Unternehmen sind Hinweisgebersysteme ausgesprochen wichtig, um interne Fehlentwicklungen und insbesondere Gesetzesverstöße aufzudecken und zu vermeiden. Denn gerade in größeren Unternehmensstrukturen sind die internen Abläufe und der Geschäftsbetrieb in der Regel so komplex, dass Wirtschaftsdelikte und andere Regelverstöße schwerer zu bemerken und leichter zu verschleiern sind, als in kleineren Unternehmen. Dass es in der Praxis häufig Hinweisgeber sind, die diese Missstände oder gar Straftaten aufdecken, führt dazu, dass vor allem große und international tätige Unternehmen zunehmend Hinweisgebersysteme einrichten.¹

Ein wichtiger Punkt ist dabei besonders zu beachten: Beim Whistleblowing geht es in der Sache nicht um Denunziation oder gar ein „Verpfeifen“, sondern um das grundrechtlich geschützte Informieren über Regelverstöße. Allerdings zeigen die gegen Hinweisgeber geäußerten Vorbehalte eine wichtige Voraussetzung von Hinweisgebersystemen auf – sie müssen so ausgestaltet sein, dass sie nicht missbraucht werden. Außerdem müssen gutgläubige Hinweisgeber vor Nachteilen geschützt werden.² Denn andernfalls würden gutgläubige Hinweisgeber in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verletzt.³

Generell ist die aktuelle Entwicklung hin zu Hinweisgebersystemen in Deutschland zu begrüßen.

II. Verhältnis von unternehmensinternen Hinweisgebersystemen und Meldungen gegenüber Behörden

Unternehmen sollten Strukturen schaffen, die es Hinweisgebern erlauben, gefahrlos auf Regelverstöße und Fehlentwicklungen aufmerksam zu machen. Hat ein Arbeitgeber ein solches System zur Entgegennahme von Hinweisen eingerichtet, müssen die Arbeitnehmer jedoch versuchen, durch innerbetriebliche Klärung von Problemen Abhilfe zu schaffen, bevor sie sich an externe Stellen wenden. Daneben stellt sich die Frage, ob eine generelle Möglichkeit, externe Stellen über mögliche interne Fehlentwicklungen zu unterrichten, mit der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Unternehmerfreiheit überhaupt vereinbar ist.

Es gibt Fälle, in denen Arbeitnehmer sich mit ihren Hinweisen direkt an eine externe Stelle, etwa eine Behörde, wenden können. In der Regel muss der Arbeitnehmer zuvor versuchen, eine innerbetriebliche Klärung herbeizuführen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss ein Arbeitnehmer hingegen nicht in jedem Fall versuchen, Missstände durch innerbetriebliche Klärung zu beseitigen, bevor er einen Hinweis gegenüber einer Behörde erstattet.⁴

Denn ein Verstoß gegen die vertragliche Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber liegt beispielsweise dann vor, wenn ein Arbeitnehmer im Rahmen einer Anzeige seinen Arbeitgeber oder dessen Vertreter bei Strafverfolgungsbehörden anzeigt und dabei wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben macht.⁵ Denkbar sind nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch weitere Sachverhalte, in denen der Arbeitnehmer seine vertraglichen Pflichten erheblich verletzt, wenn er seinen Arbeitgeber anzeigt.⁶ Auch eine gesetzliche Regelung zum Schutz von Hinweisgebern muss der von Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit des Arbeitgebers Rechnung tragen.⁷ Daher darf sich eine Anzeige des Arbeitnehmers nicht als unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seiner Vertreter darstellen.⁸ Vielmehr ist im Einzelfall zu bestimmen, wann dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige ohne weiteres zumutbar ist.⁹

Es trifft zu, dass die geltende Rechtslage Arbeitnehmer in Einzelfällen dem Risiko aussetzen kann, die Zumutbarkeit einer vorherigen innerbetrieblichen Abhilfe falsch zu bewerten. Damit setzen sie sich dem Risiko einer Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses aus. Entwurf¹⁰ und Antrag¹¹ sehen vor, dass Hinweisgeber sich sofort an eine externe Stelle wenden dürfen beziehungsweise frei zwischen interner und behördlicher Offenlegung ihres Wissens wählen können. Ob es allerdings sachgerecht und verfassungskonform ist, dieses Spannungsverhältnis pauschal zu Lasten des Arbeitgebers aufzulösen, ist zu bezweifeln. Eine Regelung zum Schutz von Hinweisgebern sollte viel eher vorsehen, dass diese grundsätzlich vor der Erstattung einer behördlichen Anzeige versuchen müssen, einen innerbetrieblichen Ausgleich herbeizuführen, falls ihnen dies zumutbar ist. Jedenfalls wenn ein unternehmensinternes Hinweisgebersystem eine gefahrlose innerbetriebliche Meldung ermöglicht, ist es dem Arbeitnehmer zumutbar, diesen Weg zu beschreiten. Eine entsprechende Regelung würde auch einen hohen tatsächlichen Anreiz für Unternehmen schaffen, angemessene Hinweisgebersysteme einzurichten.

⁴ Vgl. BAG, Urteil v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02.

⁵ BAG, Urteil v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 26.

⁶ BAG, Urteil v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 26.

⁷ Vgl. BAG, Urteil v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 31.

⁸ BAG, Urteil v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 38.

⁹ BAG, Urteil v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 40 unter Bezugnahme auf Gach/Rützel, BB 1997, 1959, 1961.

¹⁰ Vgl. § 6 Abs. 1 Satz 3 des Entwurfs.

¹¹ Vgl. Abschnitt II 5. des Antrags.

¹ Einige Beispiele für Unternehmen, die solche Hinweisgebersysteme eingerichtet haben, sind abrufbar unter <http://www.business-keeper.com/hinweisgeber.html>, abgerufen am 26.02.2012.

² BVerfG, Beschluss v. 02.07.2001 – 1 BvR 2049/00, Rn. 10.

³ BVerfG, Beschluss v. 02.07.2001 – 1 BvR 2049/00, Rn. 20.

III. Rechtliche Anforderungen an den Betrieb unternehmensinterner Hinweisgebersysteme

Bei der Verfolgung sachgerechter Ziele müssen Hinweisgebersysteme geltende rechtliche Vorgaben umsetzen. Werten Unternehmen Hinweise aus, die auf mögliches Fehlverhalten hinweisen, müssen sie die allgemeinen Persönlichkeitsrechte aller von den Hinweisen Betroffenen beachten. Bei der Entgegennahme von Hinweisen über Arbeitnehmer müssen Arbeitgeber zudem ihre Fürsorgepflicht diesen gegenüber beachten. Im Bereich der informellen Selbstbestimmung werden Persönlichkeitsrechte und Fürsorgepflicht vor allem durch das BDSG konkretisiert.

1. Vorgaben des BDSG beim Betrieb von Hinweisgebersystemen

Das BDSG richtet hohe Anforderungen an den rechtskonformen Betrieb unternehmensinterner Hinweisgebersysteme. Diese jedoch ausgesprochen unbestimmten Vorgaben erschweren in der Praxis den Betrieb von Hinweisgebersystemen ganz erheblich. Wenn der Gesetzgeber vermeiden will, dass Unternehmen eingehende Hinweise nicht aus Furcht vor Nachteilen wegen möglicher datenschutzrechtlicher Verstöße ignorieren, muss er praxisingerechte Regeln zum ordnungsgemäßen Umgang mit Datenschutz schaffen, die über bloße Absichtsbekundungen hinausgehen.

a) Anwendbarkeit des BDSG

Das BDSG regelt den Umgang mit personenbezogenen Daten. Daten sind gemäß § 3 Abs. 1 BDSG dann personenbezogen, wenn man die natürliche Person identifizieren kann, auf die sich die fraglichen Angaben beziehen. Maßgeblich ist dabei der Wissensstand desjenigen, der über die fraglichen Daten verfügt. Das BDSG spricht hier von der verantwortlichen Stelle,¹² beim Betrieb von Hinweisgebersystemen ist dies das Unternehmen, das das System zur Entgegennahme von Informationen über Missstände betreibt. Sofern das Unternehmen erkennen oder herausfinden kann, um welche Person es bei einem Hinweis geht, ist das BDSG anwendbar.

Auch die personenbezogenen Daten des Hinweisgebers werden geschützt. Falls der Hinweisgeber seine Angaben nicht anonym macht oder er aufgrund seiner Angaben identifiziert werden kann, gilt auch für seine Angaben das BDSG.

b) Folgen von Verstößen gegen das BDSG

Die Folgen möglicher Fehler beim Datenschutz sind schwerwiegend. Verstößen Unternehmen oder deren Vertreter gegen das BDSG, drohen unter anderem Geldbußen von bis zu 300.000 Euro pro Fall¹³, Schadensersatzforderungen und Rufschäden. Andererseits sind die Vorgaben des BDSG ausgesprochen schwammig und unklar. Dies erschwert und verteuert den Betrieb von Hinweisgebersystemen ganz erheblich.

¹² § 3 Abs. 7 BDSG: „Verantwortliche Stelle ist jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt.“

¹³ Vgl. § 43 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 BDSG.

c) Grundsätze des BDSG beim Betrieb von Hinweisgebersystemen

Prinzipiell verbietet § 4 Abs. 1 BDSG den Umgang mit personenbezogenen Daten – es sei denn, eine Rechtsvorschrift erlaubt dies oder der Betroffene hat eingewilligt. Beim Betrieb von Hinweisgebersystemen scheiden Einwilligungen als Erlaubnistatbestand grundsätzlich aus. Der Einwilligende muss schließlich recht genau wissen, in welchem Umfang er in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten einwilligt. Beim Betrieb von Hinweisgebersystemen ist dies jedoch naturgemäß nicht umzusetzen.

Nach geltender Rechtslage können auch Kollektivvereinbarungen (wie z.B. Betriebsvereinbarungen) den Umgang mit Arbeitnehmerdaten erlauben. Allerdings sind solche Betriebsvereinbarungen über Hinweisgebersysteme bislang in der Praxis selten. Zudem können sie nur den Umgang mit personenbezogenen Daten von Arbeitnehmern rechtfertigen, die durch den am Abschluss der Betriebsvereinbarung beteiligten Betriebsrat vertreten werden. Sehr häufig betreffen eingehende Hinweise aber nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch unternehmensfremde Dritte.

Ein typisches Beispiel hierfür ist ein Einkäufer eines Unternehmens, der von Geschäftspartnern dafür Zuwendungen fordert oder erhält, dass er Produkte oder Leistungen eben dieses Geschäftspartners auswählt. In einem solchen Fall würde ein entsprechender Hinweis nicht nur personenbezogene Daten des Einkäufers umfassen, sondern auch die der Mitarbeiter des Geschäftspartners.

Zudem sieht das BDSG umfassende Transparenz- und Löschpflichten der verantwortlichen Stelle vor.¹⁴ Auch diese sind jedoch nur sehr allgemein gehalten. Zudem sehen die maßgeblichen Vorschriften eine Reihe von Ausnahmetatbeständen vor, bei denen beispielsweise eine Pflicht zur Benachrichtigung entfallen kann. Ob diese allgemeinen Vorschriften auch im Rahmen unternehmensinterner Hinweisgebersysteme stets zu sachgerechten Ergebnissen führen, ist fraglich.

d) Rechtsvorschriften, die den Betrieb von Hinweisgebersystemen erlauben können

Als Rechtsvorschriften, die den Betrieb von Hinweisgebersystemen erlauben, kommen vor allem § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG und § 32 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 BDSG in Betracht. Allerdings ist in der Fachliteratur umstritten, für welche Zwecke und in welchem Umfang die genannten Regelungen den Umgang mit personenbezogenen Daten von Beschäftigten und unternehmensfremden Dritten jeweils erlauben können. Konkrete Vorgaben der Rechtsprechung zum zulässigen Erheben und Verwenden personenbezogener Daten für Zwecke des Betriebs von Hinweisgebersystemen sind nicht ersichtlich. Die hieraus folgende Rechtsunsicherheit erschwert den rechtskonformen Betrieb von Hinweisgebersystemen ganz erheblich. Möglicherweise ist dies sogar ein wesentlicher Grund, der viele Unternehmen davon abhält, Hinweisgebersysteme einzurichten und zu betreiben.

¹⁴ Vgl. etwa § 4 Abs. 2 und Abs. 3 BDSG sowie §§ 33 bis 35 BDSG.

2. Zwischenergebnis

Die vorstehenden Überlegungen verdeutlichen, wie wichtig eine ausgewogene gesetzliche Regelung wäre, die sich nicht darauf beschränkt, trotz ganz erheblicher Rechtsunsicherheiten auf die allgemein gehaltenen und unklar formulierten Bestimmungen des Datenschutzes zu verweisen.¹⁵ Eine solche Regelung müsste in jedem Fall auch Vorgaben zum Betrieb konzernweiter Hinweisgebersysteme enthalten.¹⁶

III. Ergebnis

Der bloße Verweis auf eine mögliche behördliche Aufklärung bestehender Missstände greift zu kurz. Einerseits könnten Behörden eine umfassende Beseitigung aller möglichen Fehlentwicklungen in Unternehmen schon von ihrer personellen Ausstattung her gar nicht leisten. Andererseits sind Behörden beispielsweise für die Aufklärung von Verstößen gegen interne Unternehmensrichtlinien jedenfalls dann nicht zuständig, wenn diese nicht auch gegen

Rechtsnormen verstoßen. Ein pauschales Recht, sich stets an externe Stellen zu wenden, dürfte zudem mit der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Unternehmerfreiheit kaum vereinbar sein.¹⁷ Aus diesen Erwägungen ergibt sich klar, dass ein Gesetzentwurf zu Whistleblowing zumindest einen starken Schwerpunkt auf unternehmensinterne Hinweisgebersysteme legen muss.

Eine sachgerechte gesetzliche Regelung zu Whistleblowing muss unter anderem rechtsklare Vorgaben darüber umfassen, unter welchen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen der Betrieb unternehmensinterner Hinweisgebersysteme zulässig ist. Fehlt es an solchen Regelungen, schafft der Gesetzgeber nicht die notwendigen Strukturen, um es gutgläubigen Hinweisgebern zu ermöglichen, über bestehende Missstände aufzuklären. Der bloße Verweis, Arbeitgeber sollten die Vorschriften des Datenschutzrechts beachten, reicht nicht aus.

¹⁵ Vgl. § 11 Abs. 3 des Entwurfs.

¹⁶ Diese könnten sich etwa an § 32m des derzeit diskutierten Entwurfs eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes in der von Gola/Thüsing vorgeschlagenen Fassung orientieren.

¹⁷ Vgl. BAG, Urteil v. 03.07.2003 – 2 AZR 235/02, Rn. 35.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)788neu

27. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Dr. Dieter Deiseroth, Düsseldorf

I. Reformdruck*1. Anstöße*

In Deutschland sind Whistleblower¹⁸, also Beschäftigte, die auf Rechtsverletzungen, gravierende Missstände oder erhebliche Gefahren/Risiken für wichtige Rechtsgüter in ihrem Betrieb/Unternehmen, ihrer Dienststelle oder ihrer sonstigen Organisation intern oder extern gegenüber Behörden oder in der Öffentlichkeit hinweisen, bisher schlechter geschützt als in den USA, im Vereinigten Königreich und anderen Staaten, obwohl es auch dort Schutzlücken und Reformbedarf gibt.¹⁹ Es fehlt in Deutschland insbesondere an einem wirksamen Diskriminierungsverbot für „Hinweisgeber“ sowie an einem hinreichenden Schutz für kritische Meinungsäußerungen zu Missständen, Gefahren und erheblichen Risiken, die ihnen am Arbeitsplatz und im Betrieb/Unternehmen als Insider bekannt geworden sind. Das sollte geändert werden. Die Anstöße dafür kommen aus unterschiedlichen Richtungen.

¹⁸ Zum Begriff des Whistleblowers vgl. u.a. Deiseroth, D., Berufsethische Verantwortung in der Forschung, Münster 1997, S. 233 ff.; Wiss. Dienst des Dt. Bundestages, Nr. 06/97 (21.1.2009): Whistleblower – Hinweisgeber mit Zivilcourage

¹⁹ Vgl. dazu u.a. Graser, D., Whistleblowing – Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht. Frankfurt 2000; Deiseroth, D., Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen, in: Betrifft Justiz, 2004, S. 296 – 308; Király, ZRP 2011, S. 146 ff.

1.1 Sarbanes-Oxley-Gesetz

Zunächst zu nennen sind die Aus- und Rückwirkungen des am 30.7.2002 in Kraft getretenen US-amerikanischen Sarbanes-Oxley-Gesetzes (SOX)²⁰, das als Reaktion auf Bilanzskandale von großen Unternehmen wie **Enron** oder **Worldcom** die Verlässlichkeit der Berichterstattung von Unternehmen, die den öffentlichen Kapitalmarkt der **USA** in Anspruch nehmen, verbessern soll. Danach müssen US-Aktiengesellschaften und ihre Unternehmensteile sowie Nicht-US-Unternehmen, die – auch soweit sie in der EU ansässig sind - an einer US-Börse notiert sind, Verfahren zur Entgegennahme, Speicherung und Bearbeitung von Beschwerden einführen. Außerdem müssen sie Regelungen zum Schutz von Beschäftigten vorsehen, die innerbetriebliche Missstände (vor allem im Bereich der Rechnungslegung sowie in Betrugsfällen) aufdecken und hierüber informieren (Hinweisgeber/Whistleblower).²¹ Weitblickende Unternehmen wie Daimler-Benz haben daraus für sich die Schlussfolgerung gezogen und für den gesamten Unternehmensbereich Whistleblower-Regelungen eingeführt.²²

²⁰ Gesetzestext in: <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>

²¹ vgl. Section 806. Protection for employees of publicly traded companies who provide evidence of fraud

²² vgl. DiePresse.com v. 23.2.2012: „Daimler: Jede Firma sollte Whistleblower-Systeme einführen“

1.2 Europarats-Zivilrechtsübereinkommen

Ein weiterer Schub geht von den internationalen Bemühungen im Kampf gegen die Korruption aus. In Art. 9 des „Zivilrechtsübereinkommens über Korruption“ des Europarats vom 4.11.1999²³ wird allen Mitgliedsstaaten des Europarats und damit auch Deutschland aufgegeben, „in ihrem innerstaatlichen Recht (vorzusehen), dass Beschäftigte, die den zuständigen Personen oder Behörden in redlicher Absicht einen begründeten Korruptionsverdacht mitteilen, angemessen vor ungerechtfertigten Nachteilen geschützt werden.“ Die Bundesregierung hat seit Jahren angekündigt, dieses Abkommen zu ratifizieren und umzusetzen.²⁴

1.3 Forderungen des G-20-Gipfels der Staats- und Regierungschefs in Seoul

Der G20-Gipfel in Seoul hat mit Zustimmung von Bundeskanzlerin Angela Merkel am 11./12.11.2010 u.a. Deutschland aufgefordert, „bis Ende 2012 Regeln zum Whistleblower-Schutz zu erlassen und umzusetzen, um Hinweisgeber, die gutgläubig einen Verdacht auf Korruption melden, vor Diskriminierung und Vergeltungsmaßnahmen zu schützen“. Ein verbesserter Whistleblower-Schutz darf sich jedoch nicht auf den Bereich der Korruption beschränken.

1.4 Forderungen aus der Zivilgesellschaft

Schließlich gibt es zivilgesellschaftlichen Druck. Vor allem die Skandale in den Bereichen des Umwelt-, Gesundheits- und Verbraucherschutzes (u.a. BSE, Gammelfleisch, Müllverbrennung, Babynahrung, mangelhafte Silikon-Brustimplantate), der großflächige, vielfach kaum aufdeckbare Missbrauch sensibler personenbezogener Daten in der Wirtschaft sowie die malade Situation vieler Pflegebedürftiger in Krankenhäusern und stationären Einrichtungen haben in den letzten Jahren immer deutlicher sichtbar gemacht, wie wichtig Insider sind, die über gravierende Missstände die Alarmglocke läuten, in dem sie sich an zuständige Stellen oder notfalls auch an die Öffentlichkeit wenden, um Abhilfe zu erreichen. Die detaillierte Berichterstattung in den Medien über die Bedeutung dieser Whistleblower für die Aufdeckung solcher Missstände, die Stiftung und seit 1999 erfolgende Vergabe eines Whistleblower-Preises²⁵ und die Aktivitäten des „Whistleblower-Netzwerks“ haben dazu maßgeblich beigetragen.

2. Defizite der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat auf der Grundlage des bisherigen Normenbestandes in Deutschland für keinen hinreichenden Schutz von Hinweisgebern/Whistleblowern gesorgt. Denn die – mangels präziser gesetzlicher Vorgaben - von ihr praktizierte ad-hoc-Abwägung von Einzelfallgesichtspunkten beinhaltet strukturell ein erhebliches Maß an Unbestimmtheit

und Rechtsunsicherheit. Ihr im Einzelfall jeweils ex post erzielt es situatives Abwägungsergebnis ist trotz der Vorgaben der wichtigen Whistleblower-Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001²⁶ auch im Falle der Inanspruchnahme qualifizierten Rechtstrates nicht hinreichend vorhersehbar. Das wirkt abschreckend und damit grundrechts-prohibitiv.

Es reicht nicht aus, wie bisher in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung die grundrechtliche Meinungsäußerungsfreiheit, eines der zentralen Elemente und Fundamente einer demokratischen Gesellschaft, nur „mittelbar“ über auslegungsfähige Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe des Arbeits- und Dienstrechts situativ im Rahmen einer Abwägung mit anderen Gesichtspunkten zu berücksichtigen. Damit wird die durch Art. 5 und Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) sowie Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vorgegebene Pflicht zur Gewährung wirksamen Schutzes nicht hinreichend erfüllt.

Auch der bislang noch rudimentären einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG zu der grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot und Art. 5 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis ermangelt es bei der Abgrenzung von Rechten und Pflichten von Arbeitnehmern in diesem Bereich an hinreichender Präzision. Sie gewährleistet, wie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 21.7.2011 im Fall der Altenpflegerin Brigitte Heinisch²⁷ gezeigt hat, keinen hinreichenden Rechtsschutz und damit zugleich keine verlässliche Planungssicherheit für Beschäftigte und Arbeitgeber: Landesarbeitsgericht, Bundesarbeitsgericht und Bundesverfassungsgericht mussten sich vom EGMR sagen lassen, dass sie die Meinungsäußerungsfreiheit der Altenpflegerin unzureichend geschützt haben.

3. Parlamentarische Versammlung des Europarates

Die Schaffung hinreichender Schutznormen für in gutem Glauben handelnde Hinweisgeber/Whistleblower ist von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zu Recht von den Europarats-Mitgliedsstaaten mehrfach eingefordert worden. Der EGMR hat dies im Heinisch-Urteil als „relevante internationale Praxis“ hervorgehoben (Rn. 37). Der konkrete Reformbedarf wird in der von der Parlamentarischen Versammlung beschlossenen Resolution 1729 (2010)²⁸ sowie in der damit verbundenen Empfehlung 1916 (2010) im Einzelnen aufgezeigt. Der deutsche Gesetzgeber sollte dieser Aufforderung entsprechen.

4. Europäische Sozialcharta

Der EGMR hat in seinem vorzitierten Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 zu Recht auch auf Art. 24 und den Anhang zu Art. 24 der *Revidierten Europäischen*

²³ Text in: <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/174.htm>

²⁴ BT-Drucks. 16/5375 Nr. 174

²⁵ Vgl. dazu u.a. Deiseroth/Falter (Hrsg.): Whistleblower in Gentechnik und Rüstungsforschung. Preisverleihung 2005, Berlin, 2006; dies. (Hrsg.): Whistleblower in Altenpflege und Infektionsforschung. Preisverleihung 2007, Berlin, 2007; dies. (Hrsg.), Whistleblower in der Steuerfahndung. Preisverleihung 2009, Berlin, 2009; dies., Whistleblower im nuklear-industriellen Komplex. Preisverleihung 2011, Berlin, 2012.

²⁶ vgl. NJW 2001, 3474; dazu Deiseroth, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kündigungsschutzrecht, in: ArbuR 2002, S. 161 ff.

²⁷ EGMR, Urt. v. 21.7.2011 - Az: 28274/08; nicht amtliche dt. Übersetzung in: EuGRZ 2011, 1269 – 1274 = NJW 48/2011, S. 3501 ff.

²⁸ „Protection of ‚whistleblowers““

Sozialcharta (ESCh)²⁹ hingewiesen, die die sozialrechtliche Ergänzung der EMRK darstellt. Diese *Revidierte ESCh* ist von Deutschland, soweit ersichtlich, immer noch nicht ratifiziert worden. Darin wird normiert, für eine Kündigung sei kein triftiger Grund „die Tatsache, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage/Beschwerde gegen den Arbeitgeber einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft.“ Dies harret der verlässlichen Umsetzung in Deutschland.

5. Konvention No. 158 der International Labour Organisation (ILO)

Hingewiesen hat der EGMR in seinem Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 ferner auf Art. 5 der – von Deutschland bislang ebenfalls nicht ratifizierten – ILO-Konvention No. 158 vom 22.6.1982³⁰. Auch diese fordert, dass das Einreichen einer arbeitnehmerseitigen Klage oder Beschwerde bei Gericht, die Beteiligung an Maßnahmen gegen einen Arbeitgeber, dem eine Verletzung von Rechtsvorschriften vorgeworfen wird, sowie das Anzeigen bei den zuständigen behördlichen Stellen keinen wirksamen Grund für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses darstellen darf.

6. Initiativen des Deutschen Bundestages

Es ist sehr zu begrüßen, dass jetzt mehrere Fraktionen des Deutschen Bundestages Gesetzesinitiativen für überfällige Fortschritte beim Whistleblowerschutz angekündigt oder eingeleitet haben.

II. Grundrechtlicher Rahmen

1. Meinungsäußerungsfreiheit und ihre grundrechtlichen Schutzwirkungen

1.1 Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 10 EMRK

Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz (GG) gewährleistet in den sich aus Art. 5 Abs. 2 GG ergebenden Grenzen der „allgemeinen Gesetze“, der „gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend“ und des „Rechts der Ehre“ jeder Person („jedermann“) das Menschenrecht, seine „Meinung“ in Wort, Schrift und Bild „frei“ zu äußern und zu verbreiten.

Art. 10 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) schützt das jeder Person zustehende Recht auf „freie“ Meinungsäußerung. Nach S. 2 dieses Artikels schließt es die Freiheit, eine Meinung zu haben („Meinungsfreiheit“), sowie die Freiheit ein, „Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben“. Die Vorschrift knüpft sowohl entstehungsgeschichtlich als auch in ihrem Wortlaut sehr eng an Art. 19 der von der UN-Generalversammlung beschlossenen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 an. Die sich aus Abs. 2 des Art. 10 EMRK ergebenden rechtlichen Grenzen hat der EGMR zuletzt in dem vorerwähnten Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 zu konkretisieren versucht.

1.2 Horizontalwirkung - Schutzpflichten des Staates

Sowohl Art. 10 EMRK als auch Art. 5 GG gewährleisten das Menschenrecht der Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur allen Bürgerinnen und Bürgern im öffentlichen Raum gegenüber staatlichen Eingriffen und Beschränkungen, sondern auch am Arbeitsplatz als Beschäftigten. Das gilt nicht nur in den Fällen, in denen das Beschäftigungsverhältnis öffentlich-rechtlich (wie bei Beamten), sondern auch dann, wenn dieses privatrechtlich ausgestaltet ist (wie bei Angestellten und Arbeitern).³¹ In der Fachliteratur in Deutschland wird diese Thematik – eher missverständlich - vielfach als objektive Dimension³² und „Drittwirkung“ des Grundrechts bezeichnet; in anderen Staaten ist vom „horizontal effect“ die Rede.³³

Angesichts der zentralen Bedeutung und Funktion, die der EGMR und das BVerfG der Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur für das Individuum, sondern für das demokratische Gemeinwesen zu treffenderweise zumessen, ist dies völlig konsequent und überzeugend. Nach ihrer ständigen Rechtsprechung handelt es sich bei der Meinungsäußerungsfreiheit um „eine der wesentlichen Grundlagen der demokratischen Gesellschaft und eine unverzichtbare Bedingung für ihren Fortschritt und die individuelle Selbstverwirklichung jedes einzelnen“.³⁴ Es geht in diesem menschenrechtlichen Gewährleistungsbereich – innerhalb der normierten spezifischen Grenzen – für das Individuum um *Freiheit vor Fremdbestimmung* und um *Freiheit zur Selbstbestimmung*. Für ein demokratisches Gemeinwesen (Art. 20 Abs. 1 GG) sind die wirksame Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit und deren Schutz, wie es das BVerfG vielfach formuliert hat, zudem schlechthin konstitutiv. Demokratie setzt als „Lebenselixier“ einen möglichst freien und offenen Kommunikationsprozess voraus, zu dem insbesondere auch die „Freiheit“ der Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) gehört. Ein solcher freier pluralistischer Ansatz liegt auch deshalb im „wohlverstandenen Gemeinwohlinteresse, weil sich im Kräfteparallelogramm ... im Allgemeinen erst dann eine relativ richtige Resultante herausbilden kann, wenn alle Vektoren einigermaßen kräftig entwickelt sind.“³⁵

Diese auf leidvollen historischen Erfahrungen beruhende Schutzgewährleistung mit der dargelegten

²⁹ Die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961 ist von Deutschland ratifiziert worden (BGBl. 1964 II, 1261)

³⁰ Text in: http://www.ilocarib.org.tt/projects/cariblex/conventions_8.shtml

³¹ EGMR, Entscheidungen vom 12.2.2008 in der Rs. Guja vs. Moldau, Nr. 14277/04, Rn. 72, vom 19.2.2009, Rs. Marchenko vs. Ukraine, Nr. 4063/04, Rn. 46, und vom 21.7.2011, Nr. 28274/08 in der Rs. Heinisch vs. Deutschland, jeweils in: www.echr.coe.int (HUDOC)

³² Vgl. dazu u.a. Dreier, H., Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993, S. 41 ff.; Böckenförde, E.-W., Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Frankfurt 2011, S. 189 (200 ff.)

³³ Vgl. dazu u.a. die überblicksweise Darstellung bei Cherednychenko, O., Towards the control of private Acts by the European Court of Human Rights, in: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2006, S. 195 – 218; ders., Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity, in: Utrecht Law Review, 2007, S. 1 – 25 jeweils m.w.N. (in: <http://www.utrechtlawreview.org>)

³⁴ EGMR. Urte. v. 7.12.1976, no. 5493/72, Rs. Handyside, Rn. 49; Urte. v. 8.7.1986, no. 9815/82Rs. Lingsen v. Austria, Rn. 41; Urte. v. 23.4.1992, no. 11798/85, Rs. Castells, Rn. 42, jeweils in: www.echr.coe.int (HUDOC)

³⁵ vgl. BVerfGE 69, 315 ff, 346

doppelten Zielrichtung würde fundamental missachtet, wenn gerade derjenige gesellschaftliche Bereich, in dem sich berufstätige Menschen während eines sehr erheblichen Teils ihres Berufslebens aufhalten und wo sie ihre sowohl für die Gesellschaft als auch für die Bestreitung ihres Lebensunterhalts unverzichtbaren Aufgaben wahrnehmen und erfüllen, vom grundrechtlichen Schutz nicht oder nicht hinreichend erfasst würde.

In einer demokratischen Gesellschaft, in der „die“ Meinungsäußerungsfreiheit grundrechtlich jedermann – innerhalb der von den Grundrechten und von den verfassungsmäßigen Gesetzen selbst gezogenen Grenzen - umfassend garantiert ist, kann und darf es bei ihrer Gewährleistung keine „weißen Flecken“ und keine rollenspezifischen Schutzdefizite geben. Die Schutzbedürftigkeit besteht - unabhängig davon, welche Rolle die Grundrechtsträger in der Gesellschaft gerade wahrnehmen - gegenüber jeder Gefährdung dieser Freiheit, also sowohl gegenüber staatlicher als auch gegenüber wirtschaftlicher Macht und sonstigen sie bedrohenden Gefahren. Arbeitnehmer dürfen von Verfassungen wegen an ihrem Arbeitsplatz nicht weniger Meinungsäußerungsfreiheit als ihr Arbeitgeber haben. Der EGMR spricht in seiner Judikatur - ähnlich wie das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung - deshalb zu Recht von der „positiven Pflicht“ des Staates, die Meinungsäußerungsfreiheit auch gegen Angriffe durch Private zu schützen („positive obligation to protect“; staatliche Schutzpflicht).

Bei der Wahrnehmung und Erfüllung dieser Schutzpflicht hat der demokratische Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, der jedoch die in Art. 5 Abs. 2 GG und Art. 10 Abs. 2 EMRK gezogenen Grenzen beachten muss. Dieser Bindung unterliegen auch die Gerichte, wenn sie gesetzliche Vorschriften auslegen und anwenden, die die staatliche Schutzpflicht hinsichtlich der Meinungsäußerungsfreiheit in Abgrenzung der Rechtskreise von Arbeitgebern und Beschäftigten konkretisieren.

Um Rechtsunsicherheit bei der Wahrnehmung der Meinungsäußerungsfreiheit zu verhindern, bedarf es in einer demokratischen Gesellschaft deshalb klarer gesetzlicher Schutzvorschriften. Auch wenn es für den demokratischen Gesetzgeber diffizil ist, Reichweite und Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten gegenüber gegenläufigen Interessen zu definieren und zu sichern, darf dies nicht unterbleiben und auf die Einzelfall-Rechtsprechung „abgeschoben“ werden. Denn einer der größten „Feinde“ der Meinungsäußerungsfreiheit ist die Ungewissheit und Unsicherheit über die mit ihrer Wahrnehmung verbundenen Folgen („chilling effect“).

1.3 Verhältnis zur Berufsausübungsfreiheit und dem Eigentumsgrundrecht des Arbeitgebers

Die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit wird in Betrieben und Unternehmen nicht durch die Grundrechte des Arbeitgebers auf Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) verdrängt. Die Meinungsäußerungsfreiheit steht auch nicht unter dem Vorbehalt einer von

den Gerichten im jeweiligen Einzelfall situativ vorzunehmenden Abwägung mit der Berufsausübungsfreiheit und dem Eigentumsgrundrecht des Arbeitgebers.

1.3.1 Differenzierte Gesetzesvorbehalte

Die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) steht – anders als die Meinungsäußerungsfreiheit - unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Gleiches gilt für die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Die durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsäußerungsfreiheit unterliegt demgegenüber gerade keinem einfachen Gesetzesvorbehalt. Sie kann gerade nicht aufgrund jeder gesetzlichen Bestimmung oder richterlichen Erwägung beschränkt werden. Sie wird außer durch das „Recht der persönlichen Ehre“ und die „gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend“ allein durch die „allgemeinen“ Gesetze begrenzt. Dazu zählen nicht etwa alle verfassungsmäßigen Gesetze. Denn es ist in der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG eben nicht von „Gesetzen“, sondern von „allgemeinen“ Gesetzen die Rede. Seit der Weimarer Reichsverfassung von 1919, die insoweit eine inhaltsgleiche Schranke in Art. 118 WRV enthielt, sind „allgemeine“ Gesetze nur diejenigen, die sich in Ausgestaltung, Auslegung und Anwendung

- nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solcher
- und nicht gegen eine bestimmte Meinung richten; sie müssen also meinungsneutral sein.

Daher ist es verfehlt, Beschäftigten, die ihre Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG in Anspruch nehmen, entgegen zu halten, ihre Grundrechtsbetätigung müsse im Einzelfall gegen die Berufsausübungsfreiheit und das Eigentumsgrundrecht des Arbeitgebers „abgewogen“ werden. Denn die Meinungsäußerungsfreiheit der Beschäftigten steht nicht unter einem solchen Vorbehalt der Abwägung mit „der“ Eigentums- und „der“ Berufsfreiheit des Arbeitgebers. Ein solcher allgemeiner Vorbehalt würde den differenzierten Schrankenregelungen dieser verschiedenen Grundrechte nicht gerecht.

Das muss gerade von den Gerichten bei der Auslegung und Anwendung allgemein gehaltener Rechtsvorschriften, in denen an sich von Begrenzungen der Meinungsäußerung nicht die Rede ist, strikt beachtet werden. Für die Einordnung als „allgemeines Gesetz“ i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG ist entscheidend, ob die Rechtsnorm in Ausgestaltung, Auslegung und Anwendung an Meinungsinhalte anknüpft. Tut sie dies, ist sie kein „allgemeines“, die Meinungsäußerungsfreiheit begrenzendes Gesetz.

1.3.2 Grundrechtsschranken des „Rechts der persönlichen Ehre“

Äußerungen von Beschäftigten – ebenso wie solche des Arbeitgebers – müssen freilich in Form und Inhalt die in Art. 5 Abs. 2 GG geregelten Schranken des „Rechts der persönlichen Ehre“ beachten; sie dürfen also nicht beleidigend sein, keine Verleumdungen oder üble Nachreden enthalten und auch die Würde und die Persönlichkeitsrechte des Arbeitgebers oder anderer Beschäftigter oder von Kunden/Geschäftspartnern nicht verletzen.

Ebenso müssen Beschäftigte beachten, dass sie – anders als „Normalbürger“ außerhalb eines Arbeitsverhältnisses - in einem Vertragsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber stehen. Damit ist notwendigerweise verbunden, dass sie verpflichtet sind, ihre arbeitsvertraglichen Pflichten redlich und loyal zu erfüllen, Schädigungen ihres Arbeitgebers zu unterlassen und im Rahmen ihrer Handlungsmöglichkeiten drohende Schäden zu verhindern. § 241 Abs. 2 und § 242 BGB, die dies in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag von ihnen verlangen, sind insoweit „allgemeine Gesetze“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG.

1.3.3 Arbeitsvertragliche Loyalität

Die der Meinungsäußerungsfreiheit gezogenen Schranken (der „allgemeinen Gesetze“ und des „Rechts der persönlichen Ehre“) müssen allerdings nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ihrerseits wegen der überragenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die Demokratie „in deren Licht“ ausgelegt werden. Das entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR.

Die arbeitsvertraglich geschuldete Loyalität (§ 241 Abs. 2 und § 242 BGB) beinhaltet keine Pflicht der Beschäftigten zur Komplizenschaft und zum Wegschauen bei Rechtsverletzungen oder anderen gravierenden Missständen, Gefahren und Risiken in ihrem Arbeits- und Wirkungsbereich. Im Gegenteil. Jede/r Beschäftigte hat – jedenfalls aus unverzichtbaren ethischen Gründen und wegen der menschenrechtlich geschützten Würde seiner Person (Art. 1 Abs. 1 GG) - auch eine Mitverantwortung gegenüber seinen/ihren Mitbürgern und der Gesellschaft. Auch diese persönliche berufsethische Verantwortung muss er „loyal“ wahrnehmen. Die Rechtsordnung in einer demokratischen Gesellschaft darf dies nicht in Frage stellen. Die menschenrechtlichen Gewährleistungen in Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 GG stellen dies normativ sicher.

Ein Weiteres kommt hinzu: In einer rechtsstaatlichen Demokratie, in der alle vor dem Gesetz gleich sind (Art. 3 Abs. 1 GG), darf die Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten in Betrieben und Unternehmen nicht weniger geschützt und nicht minderwertiger sein als diejenige ihres Arbeitgebers. Eine kritische Meinung, die der Arbeitgeber äußern darf oder dürfte, muss auch ein/e Beschäftigte/r äußern dürfen.

1.3.4 Meinungsäußerung oder Tatsachenmitteilung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die (bloße) „Mitteilung einer Tatsache“ keine Meinungsäußerung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 GG, weil ihr das Element des Dafürhaltens und der Stellungnahme fehlt. Sie ist deshalb, so das BVerfG, von Art. 5 Abs. 1 GG nur dann geschützt, wenn und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist oder die Meinungsäußerung stützt.³⁶ Dementsprechend hat das BVerfG in seiner Whistleblower-Entscheidung

vom 2.7.2001³⁷ den von ihm bejahten Schutz der Weitergabe von Informationen durch einen Beschäftigten nicht dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit, sondern dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) entnommen.³⁸

Beinhaltet die verbale, schriftliche oder sonstige Äußerung eines Beschäftigten im konkreten Einzelfall nicht oder nicht nur die Kundgabe einer - nach Art. 5 GG geschützten - Meinung, sondern ausschließlich oder jedenfalls auch die Weitergabe von Tatsachen-Informationen über den Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers an Außenstehende, greift mithin auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG der grundrechtliche Schutz von Art. 5 GG („Meinungsäußerungsfreiheit“) nur dann ein, wenn die Tatsachenbehauptung („Hinweis“, „Mitteilung“) die Voraussetzung für eine öffentliche oder private Meinungsbildung ist.

Nach Art. 10 Abs. 1 EMRK ist dies anders. Denn nach seinem Satz 2 schließt der grundrechtliche Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit ausdrücklich auch die Freiheit ein, *Informationen* und Ideen ohne *behördliche Eingriffe* und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und *weiterzugeben*. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) qualifizierte deshalb in seiner Entscheidung vom 21.7.2011 im Heinisch-Fall die von der Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsanwalt bei der Staatsanwaltschaft gegen ihren Arbeitgeber gestellte Strafanzeige ausdrücklich als „whistleblowing“, das von der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK) geschützt sei..

Bei verbalen, schriftlichen oder sonstigen Äußerungen von Beschäftigten, die die Weitergabe von Tatsachen-Informationen über den Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers an Außenstehende beinhalten, treffen zwei Rechtskreise aufeinander. Der/die Beschäftigte darf angesichts der mit dem Arbeitgeber arbeitsvertraglich vereinbarten Sonderverbindung Geschäftsinterna nicht ohne weiteres an Dritte weitergeben. Das gehört zu seiner vertraglich geschuldeten Loyalitätspflicht. Zudem hat er kein unmittelbares Verfügungsrecht über diese Daten. Es bedarf deshalb bei der Weitergabe von Tatsacheninformationen über betriebsinterne Vorgänge einer diffizilen Abgrenzung zwischen den vom Beschäftigten arbeitsvertraglich dem Arbeitgeber geschuldeten Pflichten der Loyalität und Redlichkeit einerseits sowie dem Freiheitsrecht des/der Beschäftigten und der den MitbürgerInnen und der Gesellschaft geschuldeten Loyalität andererseits. Dazu bedarf es letztlich einer gesetzlichen Regelung der mit der Weitergabe von betrieblichen Informationen verbundenen Rechte und Pflichten. Der Gesetzgeber darf diese Regelungsaufgabe im Interesse der Rechtssicherheit und zur Gewährleistung eines wirksamen Grundrechtsschutzes nicht auf die Gerichte „abschieben“. Die Bürgerinnen und Bürger haben in einer rechtsstaatlichen demokratischen Gesellschaft Anspruch auf Rechtsklarheit und

³⁶ BVerfGE 61, 1 <8>; krit. dazu u.a. Grote/Wenzel in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 18, S. 922 f. m.w.N.; BVerfG, Kammer-Beschl. V. 12.7.2007 – 1 BvR 2041/92 – GRUR 2008, 81 - 84

³⁷ BVerfG, Kammer-Beschl v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 -, NJW 2001, 3474 - 3476

³⁸ Vgl. dazu Deiseroth, ArbuR 2002, 161 (165 f.)

Rechtssicherheit. Ohne diese ist Grundrechtswahrnehmung eine Art „Harakiri“.

2. Grundrechtlicher Schutz der Weitergabe von Informationen an zuständige Stellen und die Öffentlichkeit durch Art. 17 GG, Art. 2 Abs. 1 GG und durch Art. 10 EMRK

2.1 Schutz durch das Petitionsgrundrecht in Art. 17 GG?

Nach diesem Grundrecht – einem der ältesten in den neuzeitlichen Verfassungskatalogen³⁹ - hat jeder Mann das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit "Bitten oder Beschwerden" nicht nur an "die Volksvertretung", also insbesondere an Abgeordnete des Bundestages, der Landtage und des Europäischen Parlaments, sondern auch an "die zuständigen Stellen" zu wenden. „Zuständig“ sind jeweils die Stellen, die für Abhilfe sorgen können. Das sind bei Strafanzeigen (z.B. wegen illegaler Waffenexporte, Umweltstraftaten, verbotener Kartellabsprache, korruptiver Praktiken, Steuerhinterziehung etc.) etwa Polizei und Staatsanwaltschaften. Bei Verstößen gegen lebensmittel- oder gesundheitsrechtliche Vorschriften („Gammelfleisch“) sind es vor allem die Ordnungsbehörden und Gesundheitsämter, bei Umweltverschmutzungen die Umwelt- und Gewerbeaufsichtsbehörden, bei Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung („Datenschutz“) in erster Linie die Datenschutzbehörden. Da in Deutschland praktisch in jedem Problembereich eine Behörde oder öffentliche Stelle für die Gefahrenabwehr, Maßnahmen der Prävention, für die Bekämpfung von Gesetzesverstößen sowie die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten vorhanden und zuständig ist, stehen Beschäftigten an sich genügend „zuständige Stellen“ im Sinne des Art. 17 GG zur Verfügung, an die sie sich unter grundrechtlichem Schutz wenden können.

Dennoch ist in Rechtsprechung und im Fachschrifttum in Deutschland – trotz des an sich eindeutigen Wortlauts – nach wie vor ungeklärt, ob etwa Anzeigen eines Beschäftigten bei der Staatsanwaltschaft oder bei einer Umweltbehörde von Art. 17 GG geschützt sind. Vielfach wird zudem verneint, dass anonyme Anzeigen überhaupt in den Schutzbereich des Grundrechts fallen. Ungeklärt ist insbesondere, ob das Petitionsgrundrecht Schutzwirkungen nur gegenüber dem Staat oder auch gegenüber Sanktionen privater Arbeitgeber entfaltet.⁴⁰

Weitere Unsicherheiten der Schutzwirkungen resultieren daraus, dass das Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist. Darf es deshalb im Kon-

fliktfall einfach mit anderen rechtlich geschützten oder als schutzwürdig erscheinenden gegenläufigen Interessen "abgewogen" werden?

Aus alldem resultieren im Ergebnis gravierende Abschreckungseffekte für die Inanspruchnahme des Grundrechts. Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte hat diese Unsicherheiten bisher nicht aufzulösen vermocht. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

2.2 Kein hinreichender Schutz durch die Whistleblower-Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001⁴¹

2.2.1 Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 2.7.2007 im Falle eines Arbeitnehmers, der durch seinen Arbeitgeber wegen Weitergabe von Informationen an die Staatsanwaltschaft gekündigt worden war und vor den Arbeitsgerichten keinen hinreichenden Schutz erfahren hatte, Schutz gegen den darin liegenden Grundrechtsverstoß durch Rückgriff auf das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot gewährt. Das BVerfG hat dazu entschieden:

Ebenso wie die Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten (z.B. der Zeugenpflicht) kann "auch die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren ... - soweit nicht wesentlich 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. ... 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."

2.2.2 Lücken der Rechtsprechung des BVerfG

Die Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001, die den Schutz von Whistleblowern im Vergleich zu der vorherigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung deutlich verbessert hat, behandelt nach ihrem Wortlaut nur einen Teil der schutzbedürftigen Tatbestände.

- Sie erfasst zwar die Erfüllung "staatsbürgerlicher Pflichten" oder die Wahrnehmung "staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren", nicht jedoch das Whistleblowing (Weitergabe von Informationen über Rechtsverletzungen oder gravierende Missstände) außerhalb von Strafverfahren, auch wenn es naheliegt, diese Rechtsprechung zum Verbot der Zufügung "zivilrechtlicher Nachteile" auf andere Formen der Wahrnehmung von Rechten (z.B. gegenüber Umweltbehörden etc.) entsprechend anzuwenden.
- Sie erfasst nur den Fall einer fristlosen Kündigung, nicht jedoch andere Formen von Repressalien, die sich nach einem "Whistleblowing" ereignen (z.B. ordentliche Kündigung, Umsetzung, Versetzung, Entzug von Aufgaben, Zurückstufung, Reduzierung von Fördermaßnahmen, Prä-

³⁹ Vgl. zu seiner Entstehung aus den „Cahiers de Doleances“ u.a. Samwer, Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91, 1970, S. 58 ff.

⁴⁰ bejahend u.a. LAG Düsseldorf, Urt. vom 21.2.1974 in DB 1974, 2164 (Kündigung nach Anzeige wegen Erschleichens eines Schiffsführerpatents bei der Wasser- und Schifffahrtsdirektion); verneinend: LAG Bad.Würt. Urt. v. 20.10.1976 – Az: 6 Sa 51/76 – (Kündigung wegen Anzeige beim Gewerbeaufsichtsamt durch Arbeitnehmer wegen Reizungen der Nasen- und Rachenschleimhäute sowie der Augen beim Schweißen kunststoffbeschichteter Stahlbleche); ausdrücklich offengelassen von BVerfG, Beschluss vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 -) und vom BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02

⁴¹ BVerfG, Beschl. V. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 - NJW 2001, 3474

mien- oder Gehaltsreduzierung, "Bossing", "Mobbing" etc).

- Sie klärt nach ihrem Wortlaut zudem nicht hinreichend, was mit dem Zusatz "im Regelfall" gemeint sein soll und unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen vom Verbot der Zufügung "zivilrechtlicher Nachteile" in Betracht gezogen werden können.
- Die Entscheidung des BVerfG ist zudem in der Rechtspraxis vielfach nicht hinreichend bekannt. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sie nicht durch Nachlesen im Gesetz ermitteln, sondern benötigen einen Entscheidungsabdruck aus einer Fachzeitschrift.

2.3 Umsetzungsmängel

Die Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001 ist zudem in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte bislang nicht hinreichend beachtet und umgesetzt worden. Das führt und führt zu weiteren Rechtsunsicherheiten.

Die aufgezeigten immanenten Unklarheiten in der Entscheidung des BVerfG haben in der nachfolgenden arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung seit 2001 eine uneinheitliche und teilweise widersprüchliche Handhabung dieses vom BVerfG ausgesprochenen Benachteiligungsverbot nicht verhindern können.

So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Entscheidung vom 3.7.2003 (Az: 2 AZR 235/02 -, in: BAGE 107, 36 Rn. 26 ff) – anders als das LAG Frankfurt/Main⁴² – eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers durch Whistleblowing nicht nur für den Fall einer auf unwahren oder leichtfertig falschen Angaben beruhenden Strafanzeige bejaht. Vielmehr hat es darüber hinausgehend verlangt, dass sich die Anzeige des Arbeitnehmers "nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seine Repräsentanten darstellen darf" (ebd., Rn. 38 ff).

Die Konkretisierung des vom BAG entwickelten Maßstabes der "Unverhältnismäßigkeit" eröffnet neue Unsicherheiten und Ungewissheiten für alle Konfliktbeteiligten. Denn der Maßstab (Geeignetheit; Erforderlichkeit/geringstmöglicher Eingriff; Angemessenheit/Proportionalität) ist zum Einen nicht hinreichend konkret. Das BAG war dabei zwar um eine Eingrenzung bemüht, ändert aber nichts an dem Problem der fehlenden Rechtssicherheit und an der Offenheit und mangelnden Präzision der "Unverhältnismäßigkeit". Insbesondere die Proportionalität ("Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne") ist eine Wertungsfrage, deren Beantwortung vom Wertungshorizont desjenigen abhängt, der die maßgebliche Entscheidung im Konfliktfall zu treffen hat. Vorab ist diese Wertungsentscheidung von den Konfliktparteien nur schwer zu "erahnen".

Das vom BAG aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot abgeleitete Verbot des Rechtsmissbrauchs (Erstattung der Anzeige ausschließlich um den Arbeitgeber zu schädigen bzw.. "fertig zu machen") ergibt sich bereits aus dem geltenden Recht (§ 242 BGB und § 826

BGB) und bedarf keines Rückgriffs auf das viel unschärfere und auf die Prüfung hoheitlicher Eingriffe (z.B. im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts) zugeschnittene Verhältnismäßigkeitsgebot. Dessen Elemente der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ergeben keine hinreichend handhabbaren und verlässlichen Maßstäbe für Privatrechtsverhältnisse, in denen sich Privatpersonen (Arbeitnehmer und Arbeitgeber) gegenüberstehen und keinen hoheitlichen „Eingriff“ vornehmen.

Soweit das BAG für die Begrenzung des staatsbürgerlichen Rechts eines Beschäftigten auf Erstattung einer Strafanzeige auf die Rücksichtnahmepflicht jedes Vertragspartners abgestellt hat, ist ihm zuzustimmen. Insoweit bedarf es keines Rückgriffs auf das im Verhältnis Staat – Bürger angesiedelte und für staatliche Eingriffe maßgebliche Verhältnismäßigkeitsgebot. Denn das vertragliche Rücksichtnahmegebot ist bereits in § 241 Abs. 2 BGB n.F. verankert. Es muss freilich grundrechtskonform interpretiert werden.

Das BAG hat in seiner Rechtsprechung bisher weitgehend davon Abstand genommen, das in einem demokratischen Gemeinwesen bedeutsame öffentliche Interesse an einer Aufdeckung von Straftaten, schwerwiegenden Rechtsverletzungen oder sonstiger gravierender Missstände in die Auslegung des Rücksichtnahmegebots und die bei konfligierenden gleichgewichtigen Rechtspositionen vorzunehmende Interessenabwägung im Einzelfall einzubeziehen. Es genügt nicht, bei der Konkretisierung des Rücksichtnahmegebotes (§ 241 Abs. 2 BGB) oder auch der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgebots – auf einer binären Skala - allein auf die konfligierenden Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber abzustellen. Insbesondere das öffentliche Interesse an der Aufdeckung der schwerwiegenden Rechtsverletzung oder des gravierenden Missstandes muss in hinreichendem Maße zur Geltung gebracht und berücksichtigt werden. Dies wird jetzt auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht vorgegeben. Dieser hat im Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 entscheidend auf sechs maßgebliche Abwägungskriterien abgestellt. An erster Stelle ist zu gewichten, ob die Enthüllung angesichts der besonderen Verletzlichkeit der von den aufgedeckten Missständen im öffentlichen Interesse liegt und für die unter den Missständen leidenden Betroffenen von vitaler Bedeutung ist. Zweitens ist prüfen und zu gewichten, ob der/die Beschäftigte die ihm/ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten einer internen Klärung und Abhilfe hinreichend genutzt hat. Zum Dritten müssen die mit der Strafanzeige weitergereichten Informationen „authentisch“ sein; der Whistleblower muss sich vor seiner Anzeige/Enthüllung zuvor um eine sorgfältige, akkurate und verlässliche Ermittlung der relevanten Tatsachen bemüht haben. Viertens muss er/sie in gutem Glauben und in dem Bewusstsein gehandelt, dass es im öffentlichen Interesse liege, die Missstände im Verantwortungsbereich ihres Arbeitgebers den zuständigen Stellen zur Kenntnis zu bringen, weil diskrettere Mittel zur Besserung der Situation nicht mehr zur Verfügung gestanden hätten. Dabei ist zu gewichten, dass in einer demokratischen Gesell-

⁴² LAG Frankfurt/Main., Urteil vom 27.11.2001 – Az: 15 Sa 411/01-

schaft – fünftens - das öffentliche Interesse daran, dass z.B. die Informationen über Missstände in Pflegeeinrichtungen für ältere Menschen aufgedeckt werden, gegenüber den Nachteilen vorrangig, die der Reputation und den geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers durch das Whistleblowing drohen könnten. Das gilt auch für vergleichbare Konstellationen. Sechstens ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung um eine besonders schwerwiegende Sanktion handelt. Diese kann für andere Beschäftigte bei Meinungsäußerungen abschreckend wirken, was nicht nur für die Patienten, sondern auch für die Gesellschaft insgesamt schädlich ist.

Das Heinisch-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21. Juli 2011 macht deutlich, dass nicht nur das die Kündigungsschutzklage der Altenpflegerin abweisende Urteil⁴³ des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 28.3.2006, sondern auch die in dieser Sache ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des BVerfG als konventionswidrig beanstandet werden mussten. Diese Gerichte mussten sich vom Gerichtshof vorwerfen lassen, die Meinungsäußerungsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmerin unzureichend beachtet und geschützt zu haben. Das Urteil des EGMR offenbart: Die bisherige Rechtsprechung in Deutschland bietet keinen hinreichenden Schutz für Whistleblower. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

III. Optionen für den Gesetzgeber - Reformschritte

1. Ratifizierung völkerrechtlicher Abkommen durch Deutschland

1.1 Art. 5 der ILO-Konvention No. 158 vom 22.6.1982

Diese fordert, dass das Einreichen einer arbeitnehmerseitigen Beschwerde bei Gericht, die Beteiligung an Maßnahmen gegen einen Arbeitgeber, dem eine Verletzung von Rechtsvorschriften vorgeworfen wird, sowie die Einlegung eines Rechtsbehelfs bei den zuständigen behördlichen Stellen keinen wirksamen Grund für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses darstellen darf. Deutschland sollte diese Änderung der ILO-Konvention schnellstmöglich in innerstaatliches Recht umsetzen. Dazu sollte die Bundesregierung das nach Art. 59 GG erforderliche Zustimmungsgesetz ohne weitere Verzögerung in den Deutschen Bundestag einbringen.

1.2 Art. 24 sowie Anhang zu Art. 24 der Revidierten Europäischen Sozialcharta

Deutschland sollte die Revidierte Europäische Sozialcharta, die die Vorgaben der ILO-Konvention No. 158 aufgreift und umsetzt, baldmöglichst ratifizieren. Dies erfordert die Vorlage eines Zustimmungsgesetz-Entwurfs der Bundesregierung nach Art. 59 GG.

2. Bundesgesetz zur Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten und zum Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowern)

Da Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei eigenen kritischen Meinungsäußerungen und bei der

Weitergabe von Informationen („Anzeigen“) über gravierende Missstände in Betrieben und Unternehmen angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit besonders schutzbedürftig sind, sollte vordringlich ein hierauf bezogenes spezielles Schutzgesetz geschaffen werden. Zwar kommt auch die Einfügung spezieller Vorschriften in bestehende Gesetze (z.B. BGB oder Betriebsverfassungsgesetz) in Betracht. Jedoch erscheint mir die Schaffung eines speziellen Gesetzes zur Gewährleistung von Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten und zum Schutz von Hinweisgebern wegen der zahlreichen zu regelnden diffizilen Einzelfragen vorzuzugewärtigen. Es kann später in das seit langem geplante Arbeitsgesetzbuch übernommen werden. Für Beamten müsste eine ähnliche Regelung geschaffen werden.

Wer Whistleblower in privaten Beschäftigungsverhältnissen in Deutschland besser schützen will, muss in Erfüllung der Schutzpflichten aus Art. 5 GG und aus Art. 10 EMRK vor allem für drei Dinge sorgen:

- Schutz für das Äußern kritischer *Meinungen* von Beschäftigten (nachfolgend 2.1)
- Schutz von Beschäftigten für den Fall der *Weitergabe von betriebsinternen Informationen* über Rechtsverletzungen, gravierende Missstände sowie schwerwiegende Gefahren und Risiken für gewichtige Rechtsgüter in ihrem beruflichen Wirkungskreis an Behörden und Dritte (nachfolgend 2.2.)
- Regelung über ein Leistungsverweigerungsrecht von Beschäftigten bei Straftaten und gravierenden Rechtsverletzungen (nachfolgend 2.3)

2.1 Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht zur Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK und Art. 5 GG)

Das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit muss für alle Beschäftigten in Betrieben und Unternehmen wirksamer und verlässlicher als bisher gewährleistet werden. Das Gewicht der Meinungsäußerungsfreiheit in Beschäftigungsverhältnissen sollte durch eine ausdrückliche gesetzliche Garantieregelung in Bekräftigung der staatlichen Schutzverpflichtung gestärkt werden. Dazu bedarf es auf der Grundlage der Judikatur des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit und ihrer „schlechthin konstituierenden Bedeutung“ (BVerfG) für eine demokratische Gesellschaft einer klaren gesetzlichen Schutzvorschrift mit einer Vermutungsregel. Formulierungsvorschlag:

(1) Die Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten wird gewährleistet. Sie sind berechtigt, die eigene Meinung im Betrieb und am Arbeitsplatz zu äußern. Das Recht auf freie Meinungsäußerung umfasst auch die Stellungnahme zu Auswirkungen und Folgen betrieblicher Abläufe außerhalb des Betriebes; dies gilt auch dann, wenn die Äußerung gegenüber Dritten oder in der Öffentlichkeit erfolgt.

(2) Diese Rechte finden gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ihre Grenzen in den allgemeinen Gesetzen, in den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und im Recht der persönlichen Ehre. Die arbeitsvertraglich geschuldete Loyalitätspflicht ist zu beachten.

⁴³ Vgl. dazu auch die Kontroverse des Verf. mit Binkert in AuR 2007, 34 ff., 195 ff. und 198 ff.

Bei allen Äußerungen von Beschäftigten, die nicht leichtfertig und nicht wider besseres Wissen erfolgen sowie eine das öffentliche Interesse wesentlich berührende Frage betreffen, spricht bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit im Zweifel eine rechtliche Vermutung für den Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit vor anderen rechtlich geschützten Interessen.

2.2 Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht zur Gewährleistung des Anzeige- und Hinweisrechts (Art. 17 GG und Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK)

2.2.1 Hinweis- und Anzeigerecht

Die bestehende Rechtsunsicherheit in Fällen, in denen sich Beschäftigte nach sorgfältiger Prüfung mit Hinweisen und Informationen zu betrieblichen Verstößen gegen Rechtspflichten oder zu anderen gravierenden Missständen, Gefahren und erheblichen Risiken für gewichtige Rechtsgüter an zuständige Stellen oder ggf. auch an die Öffentlichkeit wenden, muss durch explizite und klare gesetzliche Anzeigerechte in Konkretisierung von Art. 17 GG verringert und so weit wie möglich beseitigt werden.

Auf der Grundlage

- der in der Fachliteratur gemachten und diskutierten Vorschläge,
- des Gesetzesvorschlages der Bundesministerien vom April 2008 (BM Seehofer, BM Zypries, BM Scholz) sowie
- der vorliegenden Vorschläge von Bundestagsfraktionen (Gesetzentwurf der SPD-Fraktion vom 7.2.2012 <BT-Drs. 17/8567>; Diskussionsentwurf zu einem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen von November 2011; Antrag der Fraktion Die Linke vom 6.7.2011 <BT-Drs. 17/6492>)

erscheinen mir vor allem folgende gesetzliche Regelungen notwendig und geboten:

2.2.1.1 Begriffsbestimmungen

(1) Missstand

Formulierungsvorschlag:

Ein Missstand im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn in einem Unternehmen, Betrieb oder Umfeld einer unternehmerischen oder betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten, Ordnungswidrigkeiten- oder Strafvorschriften verletzt werden, verletzt worden sind oder wenn eine solche Verletzung droht. Ein Missstand liegt auch vor, wenn eine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen, für die Umwelt, für das friedliche Zusammenleben der Menschen und Völker oder für vergleichbar gewichtige Rechtsgüter droht.

(2) Geschützte Hinweise

Formulierungsvorschlag:

Geschützte Hinweise sind tatsachenbezogene Äußerungen oder entsprechende sonstige Handlungen, die dazu dienen, auf einen Missstand aufmerksam zu machen.

(3) Geschützter Personenkreis

Geschützt werden sollten

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (einschließlich LeiharbeiterInnen)
- zur Aus- oder Weiterbildung Beschäftigte
- arbeitnehmerähnliche Personen
- in Heimarbeit Beschäftigte
- Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

(4) Zuständige externe Stelle für die Entgegennahme von geschützten Hinweisen/Anzeigen

Formulierungsvorschlag:

Zuständige externe Stelle ist diejenige Behörde, die für die Entgegennahme der Anzeige oder die Beseitigung des angezeigten Missstandes sachlich und örtlich zuständig ist. Die Staatsanwaltschaft und die Polizei sowie Abgeordnete der Volksvertretungen im Sinne von Art. 17 GG (Mitglieder eines Landtags, des Bundestags und des Europäischen Parlaments) sind stets zur Entgegennahme und zur Weiterleitung eingegangener Hinweise an die sachlich und örtlich zuständige Behörde zuständig.

(5) Benachteiligung

Formulierungsvorschlag: *Eine Benachteiligung ist jede unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder rechtliche Beeinträchtigung der beruflichen Stellung der Hinweisgeberin oder des Hinweisgebers. Hierzu gehören insbesondere auch die Bewirkung von Einkommensnachteilen sowie die Verkürzung von beruflichen Entwicklungs- und Karrierechancen.*

2.2.2.2 Rechte der Hinweisgeber

(1) Anzeigerechte

Formulierungsvorschläge:

(a) Interne Anzeigen

Die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber kann sich bei einem Missstand, der tatsächlich vorliegt oder dessen Vorliegen die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber, ohne leichtfertig zu sein, aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte annimmt, an den Arbeitgeber oder einem vom Arbeitgeber im Unternehmen oder Betrieb eingerichtete zuständige Stelle wenden. Gesetzliche Anzeigerechte gegenüber dem Betriebsrat oder betrieblichen Beauftragten bleiben unberührt.

(b) Anzeigen bei der zuständigen externen Stelle

Die Hinweisgeberin oder Hinweisgeber darf sich auch an die zuständige externe Stelle wenden, wenn

- er sich anderenfalls strafbar macht oder eine Ordnungswidrigkeit begeht,
- der Arbeitgeber dem Missstand nicht binnen angemessener Zeit abhilft oder
- eine Abhilfe aufgrund konkreter Anhaltspunkte nicht zu erwarten ist oder
- bei einem weiteren Abwarten gravierende Schäden oder erhebliche Risiken für Leben und Gesundheit von Menschen, für die Umwelt, für das

friedliche Zusammenleben der Menschen und Völker (Art. 25 Satz. 2 GG) oder für vergleichbar wichtige Rechtsgüter drohen.

(c) Öffentliche Äußerung/Weitergabe von Informationen über Missstände

Die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber darf sich an die Öffentlichkeit wenden, wenn die zuständige Behörde nicht angemessen auf den Hinweis reagiert hat. Eine angemessene Reaktion liegt vor, wenn

- *die Behörde den Hinweisgeber oder der Hinweisgeberin unverzüglich den Eingang des Hinweises schriftlich bestätigt,*
- *zeitnah eine der Bedeutung des Missstandes entsprechende inhaltliche Prüfung einleitet,*
- *den Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin hierüber benachrichtigt und*
- *spätestens binnen 1 Monats über das Ergebnis seiner Prüfung oder die Gründe für deren Fortführung schriftlich in Kenntnis setzt.*

Außerdem darf er sich an die Öffentlichkeit wenden, wenn er, ohne leichtfertig zu sein, aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte Grund für die Annahme hat, dass aus dem Unternehmen, Betrieb oder dem Umfeld einer unternehmerischen oder betrieblichen Tätigkeit eine unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen, die Umwelt, für das friedliche Zusammenleben der Menschen und Völker (Art. 25 S. 2 GG) oder für vergleichbar wichtige Rechtsgüter droht und weder der Arbeitgeber noch die zuständige externe Stelle für Abhilfe sorgt.

(d) Berufsständische Verschwiegenheitspflichten

Es sollte klargestellt werden, dass Verschwiegenheitspflichten von Rechtsanwälten, Notaren, Steuerberatern, Ärzten etc. unberührt bleiben, also von diesem Gesetz nicht aufgehoben werden.

(2) Benachteiligungsverbot

Formulierungsvorschlag: Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen dürfen wegen eines von ihnen rechtmäßig abgegebenen oder weitergeleiteten Hinweises nicht benachteiligt, gemäßregelt, versetzt oder gekündigt werden.

(3) Unabdingbarkeit

Formulierungsvorschlag: Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen oder dieses umgehen, sind unwirksam.

(4) Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

Formulierungsvorschlag: Der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Rechtsansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, kann er auf Unterlassung beanspruchen.

(5) Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche

Für den Fall, dass die zugunsten von Whistleblowern ergangenen Schutzregelungen missachtet oder umgangen und hierdurch Schäden oder erhebliche Nachteile verursacht werden, muss ein effektivi-

ver gesetzlicher Anspruch auf Wiedergutmachung und Schadensersatz geschaffen werden.

Formulierungsvorschlag: Verstößt der Arbeitgeber oder einer seiner Beauftragten gegen das Benachteiligungsverbot, hat er dem Hinweisgeber oder der Hinweisgeberin den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, es sei denn, er hat die Benachteiligung oder damit verbundene Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

Der Anspruch ist innerhalb einer Frist von ... Monaten seit Kenntnis des Hinweisgebers oder der Hinweisgeberin von den Umständen, die einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot bewirken, schriftlich geltend zu machen, sofern nicht die Tarifvertragsparteien etwas anderes vereinbart haben.

Auf eine Vereinbarung, die vom Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Arbeitgeber oder der Benachteiligte nicht berufen.

Ansprüche gegen den Arbeitgeber oder andere Beschäftigte, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, bleiben unberührt.

(6) Beweislastregelung

Ein arbeitsrechtliches Benachteiligungs- und Maßregelungsverbot ist nur dann effektiv, wenn der Benachteiligte oder Gemaßregelte diese wirksam durchsetzen kann. Erfahrungen mit Whistleblower-Schutzregelungen in anderen Ländern zeigen: Sind die Repressalien oder Benachteiligungen geschickt getarnt, etwa indem plausible Maßregelungsgründe vorgeschoben werden oder informelle Vergeltungsmaßnahmen durchgeführt werden, läuft der Schutz vielfach aus Beweisgründen leer. Deshalb bedarf es einer adäquaten Beweislastregelung. Diese könnte § 22 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nachgebildet werden. Diese lautet: „Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.“

Formulierungsvorschlag: Beweist der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin im Streitfall das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte (Indizien), die für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot sprechen, trägt die andere Seite die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.

(7) Bußgeldvorschriften

Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot sollten als Ordnungswidrigkeiten mit einer empfindlichen Geldbuße geahndet werden.

2.2.2.3 Schutzpflichten der Arbeitgeber in Betrieb und Unternehmen

(1) Betriebliche Verfahren und Maßnahmen zur Entgegennahme und Bearbeitung von Hinweisen

(a) Der Gesetzgeber sollte es dem Arbeitgeber freistellen, in welcher Weise er die für seinen Betrieb

geeigneten und angemessenen Maßnahmen trifft, um geschützte Hinweise von Hinweisgebern oder Hinweisgeberinnen betriebsintern entgegen zu nehmen (spezielle Compliance-Stelle; Ombudsperson; externer Mediator; IT-gestützte Hotline oder Telefonhotline o.a.).

(b) Der Arbeitgeber sollte gesetzlich verpflichtet werden, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen vor Benachteiligungen zu treffen. Dazu gehört die Schulung der Mitarbeiter und Vorgesetzten, betriebsinterne Information über Rechte und Pflichten von Hinweisgebern; Aufklärung und Ahndung von Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot etc.).

(c) Persönlichkeitsrechte

Die Persönlichkeitsrechte der von den Hinweisen betroffenen Personen müssen durch geeignete Vorkehrungen geschützt werden (Informations-, Berichtigungs-, Lösungs- und Beschwerderechte), um der Gefahr von Denunziationen vorzubeugen.

(d) Betriebsverfassungs- und datenschutzrechtliche Pflichten und Recht müssen beachtet werden.

2.2.2.4 Ansprüche der Arbeitgeber bei rechtswidrigen Anzeigen/Hinweisen

Wie bei jeder Rechtswahrnehmung ist auch bei Whistleblower-Anzeigen Missbrauch möglich. Dagegen gibt es Abwehrrechte bereits im geltenden Recht.

(a) Zivilrechtliche Ansprüche

Das vertragliche Rücksichtnahmegebot (§ 241 Abs. 2 BGB) sowie die zivilrechtlich sanktionsbewehrten Verbote des Rechtsmissbrauchs in § 242 BGB und der sittenwidrigen Schädigung in § 826 BGB gelten auch hier. Außerdem kommen Schadensersatzansprüche nach § 823 BGB in Betracht. Im Gesetz sollte klargestellt werden, dass solche Rechtsansprüche von diesem Schutzgesetz für Hinweisgeber unberührt bleiben.

Die Haftung von Beschäftigten auf Schadensersatz sollte entsprechend den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur gefahrgeneigten Arbeit auf Vorsatz (volle Haftung) und grobe Fahrlässigkeit

(angemessene anteilige Haftung) des Hinweisgeber oder der Hinweisgeberin beschränkt werden.

(b) Strafrechtliche Regelungen

Die Beleidigung, die üble Nachrede und die Verleumdung sind durch die Strafvorschriften der §§ 185 ff. StGB sanktionsbewehrt. Außerdem gibt es spezielle Sanktionsnormen beim Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (u.a. §§ 17, 18 UWG), die ihrerseits grundrechtskonform ausgelegt und angewandt werden müssen. Weitergehende Regelungen erscheinen nicht erforderlich. Der Arbeitgeber sollte von sich aus ggf. auf die geltenden Sanktionsregelungen hinweisen.

2.2.2.5 Unterstützung von Hinweisgebern/innen durch Whistleblower-Verbände

Es sollte erwogen werden, anerkannten Verbänden, die nach ihrer Satzung die besonderen Interessen von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen (Whistleblower) wahrnehmen und über eine festzulegende Mindestmitgliederzahl verfügen, das Recht zuzuerkennen, Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen zu beraten, deren Rechtsangelegenheiten zu besorgen sowie in gerichtlichen Verfahren als Beistände aufzutreten, soweit sichergestellt ist, dass dies durch hinreichend rechtskundige Personen (Befähigung zum Richteramt oder gleichwertige Qualifikation) geschieht.

2.3 Leistungsverweigerungsrecht

Das Gesetz sollte ausdrücklich regeln, dass Beschäftigte wirksam vor Nachteilen geschützt werden, wenn sie sich weigern, an Straftaten mitzuwirken oder diese zu vertuschen. Haben Beschäftigte Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer von ihnen geforderten Tätigkeit oder Verrichtung, sind sie berechtigt und gehalten, sich an den Arbeitgeber zu wenden und ihre Bedenken vorzutragen („Remonstrationsrecht“). Beharrt der Arbeitgeber auf seinem Leistungsanspruch, ist der Beschäftigte berechtigt, die zuständige externe Stelle anzurufen und bei Verdacht auf eine Straftat eine Klärung durch die Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Im Übrigen sollte dem Beschäftigten durch das Gesetz das ausdrückliche Recht eingeräumt werden, ggf. vom Arbeitgeber eine schriftliche Anweisung zu verlangen.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)799

22. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabriele Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Guido Strack, Köln

Zusammenfassung:

Die Gliederung der vorliegenden Stellungnahme orientiert sich an den drei Abschnitten des Antrages der Linksfraktion⁴⁴, wobei die Fragen der Ausgestaltung eines Whistleblowing-Gesetzes im Mittelpunkt stehen. Neben dem Antrag der Linksfraktion werden auch der Gesetzesvorschlag der SPD-Bundestagsfraktion⁴⁵ und der öffentlich zur Diskussion gestellte Gesetzesvorschlag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen⁴⁶ erörtert und in Bezug gesetzt zum Vorschlag dreier Bundesministerien aus dem Jahre 2008. Diese Stellungnahme berücksichtigt auch die Forderungen der Zivilgesellschaft, internationale „best practice“, die nationale und internationale Rechtsprechung sowie insbesondere die Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, der UNO, der OECD und der G20.

Erstaunlich ist, welche große Überschneidungen die Forderungen aus dem Antrag der Linksfraktion mit dem erst danach ergangenen Heinish-Urteil des EGMR⁴⁷ und insbesondere mit den jüngsten Empfehlungen von OECD und G20 aufweisen. Nimmt man hinzu, dass die Bundesregierung bereits erklärt hat,

die Empfehlungen der G20 berücksichtigen zu wollen⁴⁸, sollte einer baldigen Einführung einer internationaler „best practice“ entsprechenden, umfassenden gesetzlichen Regelung zum Whistleblowing und der Herbeiführung effektiven Whistleblowerschutzes in Deutschland eigentlich nichts mehr entgegenstehen.

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

⁴⁴ Bundestag Drucksache 17/6492 vom 05.07.2011 (<http://goo.gl/RNblP>), nachfolgend zitiert als A-Linke.

⁴⁵ Bundestag Drucksache 17/8567 vom 07.02.2012 (<http://goo.gl/wEghf>), nachfolgend zitiert als GE-SPD.

⁴⁶ Veröffentlicht und diskutiert auf <http://gruener-gesetzentwurf.de/>, nachfolgend zitiert als GE-Grüne.

⁴⁷ EGMR: Heinish v. German, No. 28274/08 vom 21.07.2011 (<http://goo.gl/vpa1e>).

⁴⁸ Bundestag Drucksache 17/7053 vom 21.09.2011 (<http://goo.gl/5F6u6>).

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

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

Inhalt:

1: Gesellschaftlicher Nutzen von Whistleblowing und Handlungsnotwendigkeit	54
2: Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen zum Whistleblowing	57
2.1. Definition von Whistleblowing	58
2.2. Ziele und Leitprinzipien gesetzlicher Whistleblowing-Regelungen	58
2.2.1. Insider-Informationen über Missstände zwecks Veränderung/Bekämpfung verfügbar machen	58
2.2.2. Bewusstsein um die Möglichkeit von Whistleblowing fördern	58
2.2.3. Ex-ante Folgenabschätzung durch potentiellen Whistleblower beeinflussen	58
2.2.4. Chance für Veränderung/Bekämpfung des Missstandes erhöhen	58
2.2.5. Effiziente Kosten/Nutzen-Relation der Überprüfung anstreben	59
2.2.6. Ungerechtfertigte Benachteiligungen Dritter durch Whistleblowing vermeiden	59
2.3. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten	59

2.3.1. Notwendigkeit eigenständiger Gesetzgebung	59
2.3.2. Bestimmung des Anwendungsbereichs	60
2.3.2.1. Sachlicher Anwendungsbereich	60
2.3.2.2. Persönlicher Anwendungsbereich	61
2.3.2.2.1. Whistleblower	61
2.3.2.2.2. „Arbeitgeber“ bzw. Organisation	62
2.3.2.2.3. Andere Begünstigte	62
2.3.2.3. Konkurrenz zu Geheimhaltungsvorschriften	63
2.3.2.4. Rechte und Pflichten zum Whistleblowing	63
2.3.3. Anforderungen an rechtmäßiges Whistleblowing	64
2.3.3.1. Formale Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität	64
2.3.3.2. Anforderungen hinsichtlich der Offenbarung der Person des Whistleblowers	64
2.3.3.3. Anforderungen hinsichtlich der Ehrlichkeit und der Sorgfaltspflicht des Whistleblowers	64
2.3.3.4. Anforderungen hinsichtlich der Motivation des Whistleblowers	65
2.3.3.5. Inhaltliche Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität	66
2.3.3.6. Anforderungen hinsichtlich der Wahl des Adressaten des Whistleblowings	66
2.3.3.6.1. Vorüberlegungen und Grundlagen	66
2.3.3.6.2. Internes Whistleblowing	66
2.3.3.6.3. Whistleblowing an zuständige Behörden	67
2.3.3.6.4. Sonstiges externes Whistleblowing	69
2.3.3.6.5. Sonderfragen	71
2.3.4. Rechtsfolgen des Whistleblowings	72
2.3.4.1. Hinsichtlich der Bearbeitung des Hinweises	72
2.3.4.1.1. Recht des Whistleblowers auf eine verkörperte Eingangsbestätigung	72
2.3.4.1.2. Angemessene Dokumentation	74
2.3.4.1.3. Recht des Whistleblowers auf Information	74
2.3.4.2. Hinsichtlich des Schutzes des Whistleblowers	74
2.3.4.2.1. Anspruch auf Schutz der Identität	74

2.3.4.2.2. Benachteiligungsverbot	77
2.3.4.2.3. Anspruch auf Fürsorge und Schutz durch den Arbeitgeber	78
2.3.4.2.4. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung	79
2.3.4.2.5. Leistungsverweigerungsrecht	79
2.3.4.2.6. Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz	80
2.3.4.2.7. Haftungsfreistellungen	80
2.3.4.3. Hinsichtlich des Schutzes der Interessen Dritter	82
2.3.5. Unterstützende Mechanismen, begleitende Regelungen und Sonderfragen	83
2.3.5.1. Beweislast	83
2.3.5.2. Umgehungsverbot	84
2.3.5.3. Bestimmungen über Straftaten und Ordnungswidrigkeiten	84
2.3.5.4. Einzelfallunabhängige Rechte und Pflichten der Arbeitgeber bzw. der Organisation	85
2.3.5.4.1. Allgemeine Vorsorge- und Organisationspflichten	85
2.3.5.4.2. Spezielle Regelungen im Zusammenhang mit der Einrichtung und dem Betrieb von Hinweisgebersystemen	85
2.3.5.5. Staatliche Maßnahmen zur Unterstützung von Whistleblowing	87
2.3.5.5.1. Kompetente und unabhängige Stellen zur Untersuchung von Hinweisen	87
2.3.5.5.2. Hilfe gegen Benachteiligungen	88
2.3.5.5.3. Hilfe bei Beschwerden über den Umgang mit Whistleblowing	88
2.3.5.5.4. Sonstige Unterstützung bei der Wahrnehmung von Rechten	89
2.3.5.5.5. Opferhilfe bzw. Nothilfeentschädigung für Whistleblower	90
2.3.5.6. Sonstige Unterstützung von Whistleblowing und Whistleblowern	90
2.3.5.7. Fristen und Verjährung	91
2.3.5.8. Altfallregelung	91
2.3.6. Maßnahmen zur Evaluation und Weiterentwicklung des Gesetzes	91
3. Begleitende Maßnahmen eines flankierenden Maßnahmenpakets	92

Anhang: Entwurf des Whistleblower-Netzwerks für ein Gesetz zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing-Gesetz) 93

1. Gesellschaftlicher Nutzen von Whistleblowing und Handlungsnotwendigkeit

Hinsichtlich des Abschnitts I des Antrages der Linksfraktion (A-Linke) möchte der Verfasser zunächst auf seine detaillierten Ausführungen in der Stellungnahme vom 02.06.2008⁴⁹ und in der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages vom 04.06.2008⁵⁰ verweisen. Schon dort wurden der potentielle gesellschaftliche Nutzen von Whistleblowing und jene Faktoren benannt, die verhindern, dass jener Nutzen sich hinreichend realisiert. Hingewiesen wurde dabei u.a. auch auf falsch verstandene Loyalität und eine Kultur des Schweigens, als einem von drei wesentlichen Gründen⁵¹, warum notwendiges Whistleblowing oft ausbleibt. Gerade diese Problematik könnte durch die, von A-Linke geforderte explizite Anerkennung der Bedeutung der Tätigkeit von Whistleblowern seitens des Bundestages in Angriff genommen werden.

Whistleblower, die in einem demokratischen Rechtsstaat in gutem Glauben auf Rechtsverletzungen und Risiken hinweisen, um diesen entgegenzutreten, haben es in der Tat nicht verdient, als „Denunzianten“ und „Blockwarte“ beschimpft zu werden. Genau dies ist aber noch im Januar 2011 im Rahmen einer Debatte im Deutschen Bundestag geschehen⁵². Dem sollte der Bundestag, wie von der Linksfraktion gefordert, ein klares Zeichen der Anerkennung entgegensetzen.

Der Bundestag befände sich damit auch in guter Gesellschaft, denn auch international findet Whistleblowing immer mehr Anerkennung. Der Antrag verweist insoweit zu Recht auf die Entschließung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates⁵³, die auch vom Ministerkomitee des Europarates begrüßt wurde⁵⁴, auf die Empfehlungen von Transparency International⁵⁵ und zahlreicher weiteren

⁴⁹ Ausschussdrucksache 16(10)850-B des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (<http://goo.gl/9UMKr>).

⁵⁰ Protokoll Nr. 16/81 des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (<http://goo.gl/I1lmi>).

⁵¹ Die beiden anderen Hauptgründe sind die fehlende Aussicht durch Whistleblowing Änderungen erreichen zu können und die Angst der Whistleblower vor Repressalien. Alle drei Gründe spricht nun auch die Linksfraktion in ihrem Antrag explizit an.

⁵² Vgl. Redebeitrag des MdB Peter Bleser in der 83. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 19.01.2011 und Zwischenrufe des MdB Volker Kauder (<http://goo.gl/ALBlb>).

⁵³ Resolution 1729 (2010) (zitiert als PACE-R - <http://goo.gl/fvvUV>), Recommendation 1916 (2010) (<http://goo.gl/BxKKf>) basierend auf dem Bericht „The protection of „whistle-blowers“ (zitiert als PACE-Report - Doc 12006 - <http://goo.gl/5ej5S>).

⁵⁴ CM/AS(2011)Rec1916 final (<http://goo.gl/m0cEx>).

⁵⁵ Transparency International: Recommended draft principles for whistleblowing legislation, Dezember 2009 (<http://goo.gl/qHEt3>), nachfolgend zitiert als TI-DRec weitere Informationen dazu und eine deutsche Übersetzung sind verfügbar unter <http://goo.gl/SvWrv> und <http://goo.gl/kTTuq>.

Nichtregierungsorganisationen⁵⁶ sowie auf den Aktionsplan der G20-Staaten⁵⁷.

Zu nennen wären außerdem noch Instrumente des internationalen Rechts, die sich für einen Schutz von Whistleblowern aussprechen, wie z.B. Art. 33 der UN-Konvention gegen Korruption⁵⁸, Art. 22 des Strafrechts⁵⁹ und Art. 9 des Zivilrechtsübereinkommens⁶⁰ gegen Korruption des Europarates⁶¹ und Art. 5c der ILO Konvention 158⁶². Wobei all jene Vereinbarungen, darauf sei an dieser Stelle hingewiesen, von der Bundesrepublik Deutschland bisher noch nicht ratifiziert wurden. Ratifiziert hat Deutschland hingegen die „OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions“⁶³ aus der ebenfalls Anforderungen hinsichtlich des Whistleblowerschutzes abgeleitet werden. Auch auf EU-Ebene werden Whistleblowerschutz und dessen Defizite⁶⁴ immer häufiger thematisiert⁶⁵.

⁵⁶ Z.B. in Briefen an die Vorsitzenden der G20-Arbeitsgruppe zur Korruptionsbekämpfung aus dem Februar (<http://goo.gl/tM5WH>) und September 2011 (<http://goo.gl/wfNVb>).

⁵⁷ <http://goo.gl/xO9uk>.

⁵⁸ UNCAC, <http://goo.gl/Op8k1>.

⁵⁹ <http://goo.gl/2JFet>.

⁶⁰ <http://goo.gl/KITjt>.

⁶¹ Auch die beim Europarat angesiedelte Group of States against corruption (GRECO - <http://goo.gl/hU1jz>) beschäftigt sich mit dem Thema Whistleblowing (<http://goo.gl/5slbT>), hatte sich hinsichtlich Deutschlands aber zuletzt mit der Ankündigung der im Jahre 2008 vorgeschlagenen Änderungen zufrieden gegeben und keine genauere Analyse der Situation vorgenommen.

⁶² <http://goo.gl/G8vt5>.

⁶³ <http://goo.gl/lq8IN> im Dritten Umsetzungsbericht der OECD zu Deutschland (<http://goo.gl/ynoIB>) aus dem März 2011, heißt es zum Thema Whistleblowing in Rn. 198f. u.a. „during the on-site visit, representatives from civil society commented that legislation on whistleblower protection of employees could be improved. Germany has not provided any specific guidance on existing whistleblower protection and has not encouraged companies to inform employees of such protection. ... During the on-site visit, the lack of specific legislation granting whistleblower protection was noted by some participants“.

⁶⁴ Zu den Defiziten beim Whistleblowerschutz innerhalb der EU-Institutionen vgl. z.B. die Anhörung des Haushaltskontrollausschusses des Europäischen Parlaments vom 25.05.2011 (<http://goo.gl/EzTdO>) und die hierzu vorgelegten Dokumente (<http://goo.gl/s5bi0>), insbesondere die im Auftrag des Europäischen Parlaments erstellte Studie (<http://goo.gl/1Pzb7>) und die eigene Stellungnahme des Verfassers (<http://goo.gl/6TtpH>). Schon 2008 kam eine andere, ebenfalls vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebene Studie zu ähnlichen Ergebnissen (<http://goo.gl/K0zq5>).

⁶⁵ Vgl. zum Einsatz von Whistleblowing auf EU-Ebene zur Korruptionsbekämpfung die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15.09.2011 (P7_TA(2011)0388 - <http://goo.gl/ol7C4>) und die Mitteilung der Kommission zur Korruptionsbekämpfung in der EU vom 06.06.2011 (KOM(2011)308 - <http://goo.gl/1iuzq>). Zu weiteren Einsatzbereichen, die langjährige Praxis im Wettbewerbsrecht (vgl. <http://goo.gl/rnOuO>), die Rechtslage bei der Flugsicherheit (vgl. Erwägungsgrund 16, Art. 15f. und Anhang I Nr. 3.a.4 der Verordnung 216/2008 - <http://goo.gl/5mMIV> und Richtlinie 2003/42 - <http://goo.gl/7Yhur>), im Datenschutz (vgl. Art. 28 Abs. 4 der Richtlinie 95/46 - <http://goo.gl/mxwjq>) oder bei Insidergeschäften (vgl. Art. 6 Abs. 9 der Richtlinie 2003/6 - <http://goo.gl/G7yg5>) und Geldwäsche (vgl. Art. 26f. der Richtlinie 2005/60 - <http://goo.gl/e8cMN>) sowie die aktuellen Diskussionen über Whistleblowerschutz z.B. in den Bereichen Arbeitsschutz (vgl. Nr. 54 der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. Dezember 2011 über die Halbzeitüberprüfung der Strategie der Europäischen Union für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz 2007–2012 (2011/2147(INI) - <http://goo.gl/FZmzv>) und Finanzkontrolle

Der gesetzgeberische Handlungsbedarf, der in Deutschland in Sachen Whistleblowerschutz besteht, wird besonders deutlich am Fall Heinisch⁶⁶. Die Altenpflegerin hatte im Zusammenhang mit der Feststellung von Pflegemissständen eine Strafanzeige gegen ihren, im Eigentum des Landes Berlin stehenden, Arbeitgeber erstattet und war dafür fristlos gekündigt worden. Das Landesarbeitsgericht Berlin hatte diese Kündigung als rechtmäßig angesehen. Das Bundesarbeitsgericht hat die Nichtzulassungsbeschwerde, das Bundesverfassungsgericht hat die anschließende Verfassungsbeschwerde der Frau Heinisch nicht angenommen. Nach vielen Instanzen und Jahren, am 21.07.2011, stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sodann fest, dass die Bundesrepublik Deutschland und deren Gerichte Frau Heinisch in ihrem Grundrecht auf Meinungsfreiheit aus Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt haben⁶⁷. Davon, dass die deutsche Rechtsprechung durch die Herstellung von Gerechtigkeit im Einzelfall Whistleblower hinreichend schützt⁶⁸ kann also keine Rede sein⁶⁹. Der Fall Heinisch ist leider kein Einzelfall. Allein die Ausstellung „Whistleblowing – Licht ins Dunkel bringen!“⁷⁰ des Whistleblower-Netzwerk e.V. dokumentiert über zwanzig weitere Schicksale von Whistleblowern in Deutschland.

Das im Herbst 2011 im Auftrag der G20-Staaten von der OECD vorgestellte Kompendium enthält auf der Basis der Feststellung der gesellschaftlichen Bedeutung von Whistleblowing eine gute Zusammenfassung der internationalen gesetzgeberischen „best practice“ Bestrebungen und stellt zugleich ebenfalls deutliche Defizite in Deutschland fest⁷¹. Im noch jungen Jahr 2012 haben z.B. auch der Nationale Integritätsbericht von Transparency International⁷² und die landesspezifischen Anmerkungen im Bericht der Organisation Reporter ohne Grenzen⁷³ erneut auf die Defizite des Whistleblowerschutzes in Deutschland hingewiesen und gesetzgeberische Aktivitäten gefordert.

(vgl. Art. 70 des Richtlinienvorschlages KOM(2011)453 vom 20.07.2011 - <http://goo.gl/CXIN3>).

⁶⁶ Eine ausführliche Chronologie des Falles Heinisch mit vielen weiteren Links findet sich beim DokZentrum AnsTageslicht.de unter <http://goo.gl/SalWq>.

⁶⁷ EGMR: Heinisch v. Germany no. 28274/08 (<http://goo.gl/vpa1e>). Vgl. zuvor auch schon die EGMR Urteile in Sachen Guja v. Moldova [GC], no. 14277/04 und Marchenko v. Ukraine, no. 4063/04 (diese und die nachfolgend zitierten Urteile des EGMR sind verfügbar über <http://goo.gl/9lmmj>).

⁶⁸ Diese Auffassung vertritt die Bundesvereinigung der Deutscher Arbeitgeberverbände (BdA) noch immer, vgl. <http://goo.gl/UrSwN>.

⁶⁹ Für eine detaillierte Analyse der nationalen Rechtsprechung und auch zur Problematik der Abschreckungswirkung fehlender Vorhersehbarkeit von Einzelfallentscheidungen ausführlich bereits Ausschussdrucksache 16(10)850-B (s.o. Fn. 49).

⁷⁰ <http://goo.gl/TiBKn>.

⁷¹ OECD, G20 Anti-Corruption Action Plan -Action Point 7: Protection of Whistleblowers, Whistleblower Protection: Frameworks, Compendium of best practices and guiding principles for legislation, 2011 (nachfolgend zitiert als OECD/G20-Kompendium <http://goo.gl/TgTly>).

⁷² Vgl. <http://goo.gl/kR7U8>. Immerhin 4 von Forderungen 84 Forderungen (Nr. 26, 27, 76 und 77) beziehen sich auf den verbesserungsbedürftigen Schutz von Hinweisgebern.

⁷³ <http://goo.gl/pjmL4>.

Schließlich haben auch SPD und Bündnis90/Die Grünen zwischenzeitlich jeweils eigene Gesetzesvorschläge zum Whistleblowerschutz vorgelegt. Beide teilen dabei zumindest die Analyse der Linksfraktion hinsichtlich der Notwendigkeit einer besseren gesellschaftlichen Anerkennung und eines besseren gesetzlichen Schutzes von Whistleblowern wohl weitgehend. Der gemeinnützige Verein Whistleblower-Netzwerk e.V.⁷⁴ und der Deutsche Gewerkschaftsbund⁷⁵ vertreten diese Position seit langem. Die Bundesregierung hat anlässlich der Beantwortung einer Anfrage der Grünen im September 2011 zugesagt, die Empfehlungen der G20-Staaten bei der Prüfung eines möglichen gesetzlichen Handlungsbedarfs in Deutschland zu berücksichtigen⁷⁶. Aufgrund der zwischenzeitlich vorliegenden eindeutigen Aussagen von OECD und G20 kann jener Handlungsbedarf aus Sicht des Verfassers nicht mehr verneint werden.⁷⁷

Hinsichtlich der Einschätzung der Linksfraktion zu Internetplattformen wie WikiLeaks stimmt der Verfasser der These zu, dass WikiLeaks auch eine Reaktion auf das Versagen des klassischen Journalismus ist. Zugleich können derartige Plattformen aber auch als Reaktion auf das Versagen von innerorganisatorischen und behördlichen Umgang mit Whistleblowern angesehen werden. Vielfach besteht eine Art Wettbewerbssituation um die beim Whistleblower über Risiken und Missstände vorhandenen Informationen. Wenn es der betroffenen Organisation und den staatlichen Stellen nicht gelingt dem Whistleblower glaubwürdig zu vermitteln, dass sie sich seines Anliegens annehmen, den Missstand bekämpfen und den Whistleblower selbst zugleich effektiv schützen werden, ist es nur allzu verständlich, dass Whistleblower sich an die Medien wenden, und wo auch diese versagen, an Internetplattformen wie z.B. WikiLeaks⁷⁸. Effektiver interner und effektiver gesetzlicher Whistleblowerschutz sollte demnach gerade von jenen gefordert und gefördert werden, die WikiLeaks und ähnliche Plattformen als gefährlich ansehen.

Andererseits gilt es aber auch WikiLeaks und Leakingplattformen als zeitgemäße Form der Presse- bzw. Medienfreiheit anzuerkennen. Diesbezüglich

⁷⁴ <http://goo.gl/wnp6l>.

⁷⁵ Vgl. insoweit bereits <http://goo.gl/NC4Xq> und nunmehr <http://goo.gl/aZ2js>.

⁷⁶ Bundestag Drucksache 17/7053 vom 21.09.2011 (<http://goo.gl/5F6u6>).

⁷⁷ Im OECD/G20-Kompendium heißt es z.B. in Rn. 63: „It is important to consider the most common barriers to whistleblowing. The burden of current procedures imposed on whistleblowers is also a matter of concern. For example, in Germany, the Federal Labour Court has upheld in certain occasions that public servants wishing to disclose wrongdoings have to first seek in-house clarification and determine the appropriateness of their disclosure or they could face a legal dismissal if they fail to correctly outweigh the public interest versus their loyalty obligation. Usually, courts undertake their own appreciation of situations, which in practice constitutes a disincentive to become a whistleblower.“

⁷⁸ Der US-Whistleblowing Experte Tom Devine drückte dies im Hinblick auf einen Gesetzesentwurf für besseren Whistleblowerschutz in den USA so aus: „Bis das Gesetz verabschiedet wird, wird Wikileaks weiterhin die sicherste Variante für Informanten sein, die keinen beruflichen Selbstmord begehen wollen“ (Zitiert nach <http://goo.gl/he5po>).

sei der Hinweis auf eine „Gemeinsame Erklärung des UN-Sonderberichterstatters zum Recht auf freie Meinungsäußerung und des Sonderberichterstatters für Meinungsfreiheit der Inter-Amerikanischen Kommission für Menschenrechte der Organisation Amerikanischer Staaten zu WikiLeaks“⁷⁹ erlaubt, die darauf hinweist, dass Geheimnisschutz sich rechtlich vorrangig als individuelle Pflicht von Geheimnisträgern zum Schutz legitimer Geheimnisse darstellen sollte. Hier muss der auch aus dem deutschen Zivilrecht bekannte Grundsatz „trau, schau, wem“ gelten. Es kann somit durchaus legitim sein, Geheimnisträger für den Bruch individueller Geheimhaltungspflichten auch zivil-, arbeits- und strafrechtlich zu sanktionieren, wenn das Geheimnis nicht zur Verdeckung von Rechtsbrüchen dient und seine Offenbarung auch nicht durch öffentliche Interessen gerechtfertigt ist. Auf eine Sanktionierung von bloßen Empfängern und Verbreitern von Geheimnissen im Rahmen einer medialen Aktivität, sei es in den neuen oder alten Medien, sollte aber weitestgehend verzichtet werden.

Abschließend sei noch kurz auf die gesellschaftliche und ökonomische Relevanz des Themas Whistleblowing eingegangen. Leider liegen für Deutschland hierzu kaum verlässliche Zahlen vor. In der Literatur wird Whistleblowing seit langem als wichtiges Mittel der Korruptionsbekämpfung benannt⁸⁰. Andererseits gibt es aber kaum verlässliche Daten über das Volumen an Korruption in Deutschland, geschweige denn über das Reduktionspotential, welches hier durch Whistleblowing erreicht werden könnte. Transparency International schätzt die Dunkelziffer auf mindestens 95%⁸¹. Das Bundeskriminalamt beziffert im "Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität" den Schaden durch Wirtschaftskriminalität im Jahre 2010 auf 4,7 Milliarden Euro⁸². Das European Healthcare Fraud and Corruption Network schätzt demgegenüber den jährlichen Schaden allein für die gesetzlichen Krankenkassen auf bereits 5 bis 18 Milliarden Euro⁸³. Die EU-Kommission geht europaweit von einem Durchschnittsschadensvolumen von einem Prozent des BIP durch Korruption aus⁸⁴. Teilweise wird der volkswirtschaftliche Schaden allein in Deutschland durch Korruption sogar auf jährlich dreistellige Milliardenbeträge geschätzt⁸⁵. Bei all jenen Zahlen geht es nur um Korruption. Whistleblowingförderung könnte aber auch jenseits des Bereichs Korruption in vielen anderen Bereichen dazu dienen (Straf-)Täter abzuschrecken und Missstände rechtzeitig zu erkennen und aufzuklären bevor Schäden entstehen oder sich ausweiten.

In den USA gibt es verlässlichere Zahlen. Allen voran jene aus der Anwendung des False Claims

⁷⁹ Vom 21.12.2010 vgl. <http://goo.gl/faywA>.

⁸⁰ Z.B. Bannenberg, Britta: Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle, 2002.

⁸¹ Auskunft von der Geschäftsstelle auf Nachfrage des Verfassers.

⁸² Bundeskriminalamt: "Bundeslagebild Wirtschaftskriminalität 2010" - <http://goo.gl/wWCij>.

⁸³ <http://goo.gl/FDv8H>.

⁸⁴ <http://goo.gl/EAKp1>.

⁸⁵ Vgl. die Aussagen von Prof. Dr. Schneider auf <http://goo.gl/vwe7u7>.

Acts⁸⁶ und das darin errichtete qui-tam und Prämiensystem für Whistleblower. Allein auf US-Bundesebene konnten in den letzten drei Jahren Schadensersatz- und Rückforderungs-Einnahmen aufgrund von Hinweisen von Whistleblowern in Höhe von 7,2 Mrd. US-\$ erreicht werden⁸⁷. Daher verwundert es wenig, dass die USA jenes erfolgreiche Modell nun auf Staaten und Bundesebene in immer mehr Bereichen übernehmen. So seit kurzem auch im Dodd-Frank-Act für die Finanzbranche, wo Whistleblower, neben gesetzlichem Schutz bei Meldungen über Verstöße an die SEC ab einer Schadensrelevanz von 1 Mio-US-\$ bis zu 30% als Prämie erhalten können⁸⁸. Hierzulande werden solche Bonusregelungen oft als moralisch bedenklich kritisiert, andererseits sind Prämien bei der Aufklärung von Verbrechen auch in Deutschland üblich. Bund und Länder waren – selbst ohne explizite gesetzliche Grundlage – bereit, Millionenbeträge für aus dubiosen Quellen stammende Steuer-Daten-CDs auszugeben, und auch V-Leute scheinen sich über mangelnde finanzielle Gegenleistungen für oft fragwürdige Insiderinformationen nicht beklagen zu müssen.

Aber zurück zur besseren Datenlage rund um Whistleblowing in den USA. Insoweit lohnt auch der Blick auf den jüngst veröffentlichten „2011 National Business Ethics Survey“⁸⁹. Überträgt man dessen Zahlen auf Deutschland, so hätten in Deutschland im letzten Jahr 18,5 Millionen Beschäftigte (45%) Missstände und Fehlverhalten am Arbeitsplatz beobachtet. 12 Millionen (65% der Beobachter) hätten darauf hingewiesen, aber von jenen hätten dann immerhin 2,6 Millionen Beschäftigte (22%) aufgrund Ihres Hinweises Repressalien erleiden müssen. Neben dem Schutz dieser Menschen wäre effektiver Whistleblowerschutz aber auch für jene 6,5 Millionen Menschen relevant, die Missstände zwar beobachtet haben, aber dazu schwiegen. Ebenso für jene, die sich bei derartigen Umfragen lieber gar nicht mehr an die Missstände, hinsichtlich derer sie weggeschaut haben, erinnern wollen, und vor allem für all jene, die von jenen Missständen betroffen sind, die bisher nicht gemeldet oder bekämpft wurden und in den nächsten Jahren noch betroffen sein werden. Außerdem beziehen sich alle vorgenannten Zahlen, die, wie gesagt aus den entsprechenden US-Zahlen abgeleitet wurden, lediglich auf ein einziges Kalenderjahr.

Schließlich zeigt auch eine Analyse der jüngsten großen Katastrophe in Deutschland, dem Unglück bei der Loveparade in Duisburg 2010⁹⁰, bei welchem 21 Menschen starben und über 500 Besucher verletzt wurden, dass es in derartigen Fällen sehr oft Insider

gibt⁹¹, die auf Risiken und Rechtsverstöße hinweisen, ohne dass sie bisher in ausreichendem Maße Gehör gefunden hätten⁹².

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

2. Ausgestaltung gesetzlicher Regelungen zum Whistleblowing

In diesem Schwerpunktkapitel der vorliegenden Stellungnahme soll der Versuch unternommen werden, mit Blick auf internationale „best practice“ Empfehlungen⁹³, bestehende Regelungen in anderen Staaten und bei internationalen Organisationen⁹⁴ sowie unter Berücksichtigung von Forschungsergebnissen⁹⁵, die Ziele, die regelungsbedürftigen Fragen und die mögliche Regelungsansätze für ein Whistleblowing-Gesetz und effektiven gesetzlichen Whistleblowerschutz herauszuarbeiten und hierzu Stellung zu beziehen. Dabei werden auch Gesetzesentwürfe⁹⁶ und Vorschläge sowie eventuell übertragbare gesetzliche Regelungen aus Deutschland⁹⁷ berücksichtigt. Dies gilt insbesondere für den Antrag der Linksfraktion (A-Linke)⁹⁸, den Gesetzesvorschlag der SPD-Bundestagsfraktion (GE-SPD)⁹⁹, den Diskussionsvor-

⁸⁶ False Claims Act (31 U.S.C. §§ 3729–3733) auch "Lincoln Law" genannt, vgl. <http://goo.gl/j0lv> und <http://goo.gl/9GpZe>.

⁸⁷ Vgl. <http://goo.gl/cfyUh> und <http://goo.gl/ro5lN>.

⁸⁸ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (<http://goo.gl/Y3XUZ>), Section 922, und dessen Umsetzung durch das Whistleblower-Programm der U.S. Securities and Exchange Commission (SEC - <http://goo.gl/w7Hxs>).

⁸⁹ Vgl. <http://goo.gl/ko5tk> - Übertragung auf Deutschland aufgrund eigener Berechnungen.

⁹⁰ Vgl. die Übersichten bei Wikipedia <http://goo.gl/3zWFy>, <http://goo.gl/GkSyS> und die hierzu bei WikiLeaks, leider ebenfalls erst nach dem Unglück, veröffentlichten Dokumente (<http://goo.gl/7ef39>).

⁹¹ Zu weiteren Beispielen vgl. auch unten Fn.177ff.. Auch bei der Atom-Katastrophe in Fukushima gab es einige Whistleblower deren Warnungen ignoriert wurden, dazu Deiseroth, Dieter; Falter, Annegret (Hg.): Whistleblower im nuklear-industriellen Komplex -- Preisverleihung 2011 - Dr. Rainer Moormann; 2011.

⁹² Am Fall Loveparade wird auch deutlich, dass die für Beamte seit 2009 bestehende Whistleblowing-Regelung in § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG und § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG schon angesichts ihrer Beschränkung auf Korruptionsstraftaten völlig unzureichend ist.

⁹³ Hierbei wird neben TI-DRec (s.o. Fn 55) und den in Fn. 56 erwähnten Schreiben zivilgesellschaftlicher Organisationen vor allem zurückgegriffen auf die, mit zahlreichen weiteren Nachweisen bestehender gesetzlicher Regelung versehene, Zusammenstellung bei: Government Accountability Project, International best practices for whistleblower policies, Oct. 2011 (zitiert als GAP-IBP - <http://goo.gl/hjd4v>).

⁹⁴ Neben dem OCED/G20-Kompendium (s.o. Fn. 71 – Zitate in Deutsch erfolgen auf der Basis der vom Whistleblower-Netzwerks erstellten Übersetzung der Empfehlungen des Anhangs (A-...)) - <http://goo.gl/L07rK> wird insoweit nachfolgend vor allem zurückgegriffen auf die Resolution 1729(2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (PACE-R s.o. Fn. 53) und auf das Toolkit der Vereinten Nationen zur UNCAC: UN Office on Drugs and Crime, The global programme against corruption, UN Anti-Corruption-Toolkit, September 2004 (zitiert als UN-Toolkit).

⁹⁵ So werden z.B. die Erkenntnisse des weltweit größten Forschungsprojekts zum Whistleblowing, welches sich mit dem öffentlichen Sektor in Australien beschäftigte, seine Ergebnisse aber auch für auf den privaten Sektor für übertragbar hält, einbezogen über dessen Abschlussbericht an die Regierung von Queensland: A.J. Brown, Whistleblowing legislation in Queensland, The agenda for reform, Sept 2009 (zitiert als BROWN - <http://goo.gl/oWp1t>).

⁹⁶ So u.a. den im Anhang dieser Stellungnahme wiedergegebenen „Entwurf für ein Gesetz zum Schutz öffentlicher Interessen durch Förderung und Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowing-Gesetz)“ des Whistleblower-Netzwerk e.V. (zitiert als GE-WBNW - <http://goo.gl/ac4r9>).

⁹⁷ Insoweit ist vor allem auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und das Gesetz über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages (Gesetz zu Artikel 45b des Grundgesetzes - WBeauftrG) zu verweisen.

⁹⁸ Bundestag Drucksache 17/6492 vom 05.07.2011 (<http://goo.gl/RNblP>).

⁹⁹ Bundestag Drucksache 17/8567 vom 07.02.2012 (<http://goo.gl/wEghf>).

schlag von Bündnis90/Die Grünen (GE-Grüne)¹⁰⁰ und den Gesetzesentwurf von drei Bundesministerien, der am 04.06.2008 Gegenstand einer öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestag (GE-BMin)¹⁰¹ war.

2.1. Definition von Whistleblowing

In Anlehnung an die im wissenschaftlichen Bereich gebräuchlichste Definition von Miceli u.a.¹⁰² definiert Transparency International Whistleblowing als die Weitergabe von Informationen, über etwas, was als Fehlverhalten, oder diesbezügliches Risiko, innerhalb einer Organisation wahrgenommen wird, an Personen oder Institutionen von denen erwartet wird, dass sie in der Lage sind Maßnahmen zu ergreifen¹⁰³.

Diese Definition¹⁰⁴ soll auch den folgenden Überlegungen zu Grunde gelegt werden, wobei die Begriffe „Whistleblower“ und „Hinweisgeber“ synonym und – wie auch andere – zur Vereinfachung zumeist in männlicher Form verwendet werden, Whistleblowerinnen und Hinweisgeberinnen sind mitgemeint.

2.2. Ziele und Leitprinzipien gesetzlicher Whistleblowing-Regelungen

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

Whistleblowing dient dazu, nicht generell verfügbare Informationen, in Bezug auf Missstände bzw. Risiken, durch deren Meldung, von einer/mehreren Person/en, bei der/denen diese vorhanden sind aber nicht hinreichend vorteilhaft eingesetzt werden können, an eine andere Stelle zu bringen, wo dieser Nutzen im Sinne einer Förderung bzw. eines Schutzes öffentlicher Interessen durch Auslösen einer Reaktion auf den Missstand erzielt werden kann¹⁰⁵. Andere Stelle kann dabei eine spezifische Stelle sein, die aufgrund der Informationen nutzbringend agiert (in der Organisation, aus der auch der Whistleblower kommt, oder z.B. bei einer Behörde). Andere Stelle kann aber grundsätzlich auch die Öffentlichkeit sein, soweit dies als nützlich (z.B. für die demokratische Kultur) angesehen wird.

Bei der Realisierung dieses obersten Ziels gesetzlicher Whistleblowing-Regelungen sind aus Sicht des Verfassers folgende Leitprinzipien zu beachten und

mittels der im Abschnitt 2.3. geschilderten Maßnahmen bestmöglich umzusetzen.

2.2.2. Bewusstsein um die Möglichkeit von Whistleblowing fördern

Noch vor der Frage des Schutzes von Whistleblowern stellt sich jene, ob Whistleblowing von Informationsträgern überhaupt als Handlungsoption wahrgenommen wird¹⁰⁶. Hierzu gehören die Wahrnehmungsfähigkeit bzgl. evtl. relevanter Tatsachen, die Fähigkeit, die Missstandsrelevanz dieser Tatsachen möglichst korrekt zu beurteilen (z.B. das Wissen um die Rechtslage und die Anwendung ethischer Prinzipien) und das Bewusstsein über die Verfügbarkeit mindestens eines Weges¹⁰⁷ des Whistleblowings¹⁰⁸.

2.2.3. Ex-ante Folgenabschätzung durch potentiellen Whistleblower beeinflussen

Folgt man einem ökonomisch rationalen Ansatz wird Whistleblowing nur stattfinden, wenn für mindestens einen als verfügbar abgeschätzten Whistleblowing-Weg in einer ex-ante (also vor der Entscheidung zum Whistleblowing durchgeführten) Abschätzung durch den potentiellen Whistleblower der erwartete Nutzen die erwarteten Kosten übersteigt. Dabei sind die Begriffe Kosten und Nutzen materiell und immateriell zu verstehen und von einer höchst subjektiven Bewertung abhängig. Entscheidende Faktoren sind wahrgenommene moralische Akzeptanz im relevanten Umfeld (Familie, Kollegen, Gesellschaft), Schutz vor Nachteilen und evtl. auch erwartete Vorteile (positives Selbstbild, Anerkennung durch Dritte, materielle Vorteile, positive Beeinflussung des Missstandes)¹⁰⁹. Zugleich liegt hierin auch ein Steuerungspotential, um gewolltes von evtl. ungewolltem Whistleblowing zu scheiden.

2.2.4. Chance für Veränderung/Bekämpfung des Missstandes erhöhen

Whistleblowing bringt keinen gesellschaftlichen Nutzen, wenn der oder die vom Whistleblower gewählten Adressaten nicht über hinreichende Kompetenzen und Mittel¹¹⁰ verfügen, um die übermittelte Information zu überprüfen und um auf gegen festgestellte Missstände/Risiken effektiv agieren zu können. Es findet nicht statt, wo Whistleblower nicht auf eine Chance auf Veränderung hoffen können. Whistleblowing läuft auch leer, wenn der Adressat zwar diese Möglichkeiten hat, sie aber (z.B. wegen

¹⁰⁰ Veröffentlicht und diskutiert auf <http://gruener-gesetzentwurf.de/>.

¹⁰¹ BMAS, BMELV, BMJ: Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch, vom 30.04.2008, Ausschussdrucksache 16(10)849 des Ausschusses für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages (<http://goo.gl/lvVEU>).

¹⁰² Miceli, Marcia P.; Near, Janet Pollex; Dworkin, Terry Morehead: Whistleblowing in organizations; 2008, S. 6, m.w.N., definieren Whistleblowing als "the disclosure by organisation members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action".

¹⁰³ TI-DRec Nr. 1 (s.o. Fn. 55).

¹⁰⁴ Zu den anderen Definitionen und deren Elementen vgl. auch <http://goo.gl/WTq9z> und Leisinger, Klaus M.: Whistleblowing und Corporate Reputation Management; 2003.

¹⁰⁵ Vgl. UN-Toolkit S.448, PACE-R Nr. A.1, TI-DRecNr.2.

¹⁰⁶ Allgemein zu den Voraussetzung und zum Ablauf von Whistleblowing vgl. Miceli u.a. (s.o. Fn. 102)

¹⁰⁷ Ganz ähnliche Voraussetzungen gelten laut sozialpsychologischen Erkenntnissen auch generell bei der Frage wann Menschen z.B. in Notsituationen Hilfe leisten (vgl. z.B. Aronson, Wilson, Akert, Sozialpsychologie, 6. Aufl., S. 368.) was zeigt, dass Whistleblowing letztlich eine Form von Zivilcourage ist (dazu auch G. Meyer in epd Dokumentation Nr. 4, 24.01.2012 „Whistleblowing“ oder der Aufstand der Anständigen, S. 5ff.).

¹⁰⁸ Die Bedeutung des Wissens um Meldewege betonen auch OECD/G20-Kompendium A-4, GAP-IBP Nr. 9 und UN-Toolkit S. 298 u. 452.

¹⁰⁹ Vgl. TI-DRec Nr. 3, PACE-R A.2, A.5 u. A.7 und UN-Toolkit S.298 u. 451.

¹¹⁰ Die diesbezüglichen Defizite sprach in der Bundestagsanhörung 2008 z.B. der Bundesverband der Lebensmittelkontrolleure e.V. an (Ausschussdrucksache 16(10)850-C - <http://goo.gl/hbplH>).

fehlender Unabhängigkeit) nicht nutzt¹¹¹. Jeder Whistleblower ist auf das Agieren des Adressaten angewiesen. Es geht hierbei auch um das „Matching“, d.h. den Whistleblower zu dem im konkreten Fall optimalen Adressaten zu führen, der jene Voraussetzungen am besten erfüllt.

2.2.5. Effiziente Kosten/Nutzen-Relation der Überprüfung anstreben

Whistleblowing führt beim Adressaten zu Überprüfungskosten. Es besteht immer das Risiko, dass diese Kosten verschwendet sind, weil der falsche Adressat gewählt wurde, die übermittelte Information falsch ist oder trotz zutreffender Information kein Risiko besteht oder nicht mehr sinnvoll in Bezug auf dieses agiert werden kann. Auch besteht das Risiko, dass die Ermittlungskosten selbst bei festgestelltem Risiko den daraus möglichen Nutzen übersteigen¹¹². Andererseits ist aber zu beachten, dass auch die Tendenz besteht, Risiken und die Bedeutung von Sicherheitsvorschriften zumindest solange zu unterschätzen bis das Kind im Brunnen liegt¹¹³.

2.2.6. Ungerechtfertigte Benachteiligungen Dritter durch Whistleblowing vermeiden

Die Information über einen evtl. Missstand beinhaltet regelmäßig die Möglichkeit einer Zuweisung der Verantwortung bzw. Schuld an eine Person oder Organisation (sei es als Missstandsverursacher, als Dulder oder Nichtabsteller). Diese Bemakelung ist nur insoweit nützlich und akzeptabel, als sie den Richtigen trifft und seiner Verantwortung bzw. Schuld angemessen ist. In allen anderen Fällen führt sie zu unangemessen Benachteiligungen Dritter, die es zu vermeiden gilt¹¹⁴. Hinzu kommt, dass die Bemakelung schon vor Abschluss der Untersuchung durch den Adressaten eintreten kann und in Form einer Rufschädigung oft auch nur noch sehr schwer oder gar nicht mehr korrigierbar ist. Es ist andererseits auch zu beachten, in wie weit die Bemakelung tatsächlich durch den Whistleblower oder erst nachträglich durch Dritte erfolgt.

2.3. Gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten

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

Davon grundsätzlich unterscheidbar sind Handlungsmöglichkeiten durch Whistleblowing-Politiken innerhalb von Organisationen¹¹⁵, die sowohl aufgrund von gesetzlichen Vorgaben als auch aufgrund freiwilliger Initiative innerhalb eines engeren oder weiteren gesetzlichen Rahmens erfolgen können. Die

Übergänge sind dabei in mehrfacher Weise fließend und hängen z.T. auch von der Entscheidung des Gesetzgebers ab, inwieweit er Detailvorgaben machen oder Freiräume offen lassen will¹¹⁶.

2.3.1. Notwendigkeit eigenständiger Gesetzgebung

Sowohl Transparency International als auch die OECD/G20¹¹⁷ empfehlen einen einheitlichen gesetzlichen Schutzrahmen, denn nur so können Sicherheit und Klarheit und eine nahtlose Anwendung des Rechts gewährleistet werden. Auch sind von einem einheitlichen Rechtsrahmen positive Effekte im Hinblick auf die Bekanntheit und Akzeptanz der Normen, deren Kalkulierbarkeit und auch für die Kosten für alle Beteiligten zu erwarten.

In Deutschland herrschen derzeit demgegenüber eine Fragmentierung von unzureichenden¹¹⁸ Einzelregelungen¹¹⁹ und letztlich durch die Rechtsprechung sogar bis zu einem gewissen Grad eine Einzelfalljustiz vor¹²⁰. Diese gilt es soweit möglich zu überwinden, wobei allerdings im Hinblick auf die föderale Struktur und gut eingeführte Sonderregelungen (wie z.B. den Wehrbeauftragten) gewisse Abstriche an der Einheitlichkeit der Regelungen hinzunehmen sein werden. Dennoch sollte der Versuch unternommen werden, den öffentlichen und den privaten Sektor den im Wesentlichen gleichen Regelungen zu unterwerfen.

Was die Bezeichnung und Reichweite des Gesetzes angeht sind die Hinweise von Brown bemerkenswert, wonach eine Bezeichnung, die auf den Haupt-

¹¹⁶ Bei Regelungen für Beschäftigte Internationaler Organisationen treffen mangels spezifischer Gesetze meist beide Regelungsebenen zusammen, vgl. z.B. die entsprechenden bei UNO (<http://goo.gl/PZAGX>), UNICEF (<http://goo.gl/WUy8G>), Weltbank (<http://goo.gl/jAhxG>), Welternährungsprogramm (<http://goo.gl/wkDWY>), Europäische Investitionsbank (<http://goo.gl/OA10d>) zum Whistleblowing in den EU-Institutionen s.o. Fn. 64.

¹¹⁷ TI-DRec Nr. 1, OECD/G20-Kompendium A-1.1.

¹¹⁸ Vgl. eingehend die Stellungnahme von D. Deiseroth zur Bundestagsanhörung 2008 (Ausschussdrucksache 16(10)850-I, S. 12 - <http://goo.gl/qmLbP>), S. 3ff.

¹¹⁹ Regelungen mit Relevanz für das Whistleblowing finden sich z.B. in Form von rein internen Hinweis- und Beschwerderechten §§ 84ff. BetrVG, §§ 13,16 AGG und Pflichten § 36 Abs. 2 BeamStG § 63 Abs. 2 BBeamtG., in darüber hinausgehenden auch externe Meldungen/Äußerungen betreffenden Regelungen, z.B. Art. 10 EMRK, Art. 5 und 17 GG, § 158 Abs. 1 StPO, § 17 Abs. 2 ArbSchG, § 7 WBeauftrG, § 27 AGG, § 8 PKontrG, § 4f Abs. 5 BDSG (und noch weitergehend zahlreichen Landesdatenschutzgesetzen z.B. § 25 LDStG-NRW) und außerdem auch noch überall dort wo Gesetze Meldepflichten begründen z.B. in § 138 StGB, § 10 WPHG, § 11 GWG oder jedenfalls eine Hilfeleistungspflicht § 323c StGB, § 35 Feuerschutz- und Hilfeleistungsgesetz NRW. Mit Ausnahme der Grundrechte sind sie jeweils auf enge Anwendungsbereiche, z.T. auch auf bestimmte Personengruppen beschränkt und setzen in vielen Fällen auch eine persönliche Betroffenheit voraus, explizite Regelungen zum Schutz der Hinweisgeber sind ebenfalls recht selten, so dass in vielen Fällen der Rückgriff auf § 612a BGB nötig wird, der aber nur innerhalb von Arbeitsverhältnissen möglich ist.

¹²⁰ Auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Arbeitsgerichte zum Whistleblowing wurde bereits in der Stellungnahme des Verfassers aus dem Jahre 2008 (s.o. Fn. 49, dort insbes. S. 14ff.) detailliert eingegangen, die damals gemachten Aussagen sind auch heute noch zutreffend. Der Einfluss des EGMR Urteils im Fall Heinisch hierauf kann derzeit noch nicht sicher abgeschätzt werden. Eine Übersicht über die Rechtsprechung bietet auch: Berthold, Annemarie: Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts; 2010.

¹¹¹ Vgl. hierzu die Abschnitte 1 und 4 des Briefs verschiedener internationaler NGOs vom September 2011 (s.o. Fn. 56), PACE-R A.5 und GAP-IBP Nr. 19 m.w.N.

¹¹² UN-Toolkit S. 449.

¹¹³ Dies zeigen sowohl z.B. die Vorkommnisse im Vorfeld der Loveparade in Duisburg als auch die unterschiedlichen Compliance Aufwendungen von Siemens vor und nach der Korruptionsaffäre.

¹¹⁴ Vgl. Abschnitt 4 des Briefs verschiedener internationaler NGOs vom September 2011 (s.o. Fn. 56), UN-Toolkit S. 449.

¹¹⁵ Hierzu zählen vor allem so genannte Hinweisgebersysteme, auf die unten ab S. 51 noch im Detail eingegangen wird.

zweck des Gesetzes, den Schutz bzw. die Förderung öffentlicher Interessen durch Whistleblowing abstellt, gegenüber Bezeichnungen wie „Whistleblower-Schutzgesetz“ vorzuziehen ist, die nur einen Teilaspekt ansprechen.¹²¹

Gesetzgebungstechnisch spricht einiges für ein eigenständiges Gesetz, welches dann mit einer Darstellung des Ziels¹²² und auch mit Legaldefinitionen wichtiger Begriffe beginnen könnte, während diese Elemente bei Einbeziehung in andere Gesetze leicht als Fremdkörper angesehen werden könnten.

2.3.2. Bestimmung des Anwendungsbereichs

2.3.2.1. Sachlicher Anwendungsbereich

Bei der Frage des sachlichen Anwendungsbereichs geht es darum, zu definieren, welche Arten von Missständen, aus welchen Bereichen, Gegenstand eines gesetzlich geschützten Whistleblowing-Hinweises sein sollen. Das OECD/G20-Kompendium nennt insoweit: „Verletzungen von Gesetzen, Regeln oder Vorschriften; grobe Misswirtschaft; grobe Verschwendung von Mitteln; Machtmissbrauch; eine wesentliche und konkrete Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit; oder Arten von Fehlverhalten, die nach der Definition des innerstaatlichen Rechts unter dem Begriff ‚Korruption‘ fallen“¹²³.

A-Linke geht noch etwas weiter und spricht an: „widerrechtliche Handlungen, Fehlverhalten oder allgemeine Gefahren, die eine Bedrohung für Gesundheit, Leben, Freiheit, Umwelt oder andere berechnete Interessen des Einzelnen oder der Gesell-

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

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

- **Normativer Anknüpfungspunkt:** Schon Miceli u.a. sprechen insoweit von „illegal, immoral or illegitimate“¹²⁴ und zeigen damit auf, dass es neben der Verletzung von Rechtsnormen auch um die Verletzung moralischer Normen gehen kann. Bei den Rechtsnormen ist zu klären, ob nur bestimmte oder alle staatlichen Normen Gegenstand sein können oder ob zusätzlich noch andere Normierungen und Vereinbarungen (Tarifverträge, private Verträge, Arbeitsanweisungen) tauglicher Gegenstand sein können. Ein von der konkreten Verletzung einer Norm etwas abstrahierender Ansatz ist jener, der auf eine Beeinträchtigungen von Rechtsgütern und vielleicht sogar mit der Linksfaktion auf „berechnete Interessen des Einzelnen oder der Gesellschaft“ abstellt.
- **Bereichseingrenzungen:** Hierunter fallen z.B. spezifische Regelungen von Melderechten in Spezialgesetzen, wie z.B. in § 17 Abs. 2 ArbSchG, § 7 WBeauftrG § 4f Abs. 5 BDSG oder in den Landesdatenschutzgesetzen¹²⁵. Die Frage der Anwendbarkeit im privaten und/oder öffentlichen Sektor kann eine Bereichseingrenzung darstellen, kann aber auch für den persönlichen Anwendungsbereich (Beamte/Nicht-Beamte) relevant werden.
- **Verletzungseintritt oder Grad der Bedrohung:** Von der Frage, um welche Normen oder Rechtsgüter es beim Whistleblowing geht, zu trennen ist jene nach dem Grad und ggfls. auch der Wahrscheinlichkeit der bevorstehenden oder bereits eingetretenen Beeinträchtigung.
- **Organisationsbezug:** Hiermit ist die Nähe des Missstandes und seines Auftretens zur Organisation bzw. zum Betrieb oder zum Unternehmen bzw. zur Behörde gemeint.

Die Beantwortung dieser Fragestellungen sollte auf die Ziele und Leitprinzipien des Whistleblowerschutzes abstellen. Dabei wird deutlich, dass es

¹²¹ BROWN, bei Nr. 9 heißt es hierzu: „The stated objectives of public interest disclosure legislation should be: • to support public interest whistleblowing by facilitating disclosure of wrongdoing • to ensure that public interest disclosures are properly assessed, and where necessary investigated and acted on • to ensure that a person making a public interest disclosure is protected against detriment and reprisal. These objectives should be captured in the short and long title to the legislation. Public Interest Disclosure Act is a preferred title to ‘Whistleblower Protection Act’ or ‘Protected Disclosures Act’“.

¹²² Im Südkoreanischen Gesetz (South Korea: Act on the Protection of Public Interest Whistleblowers Act No. 10472, Mar. 29, 2011 – nachfolgend zitiert als SKorea-PIWA <http://goo.gl/j9q8s>) werden als Ziele genannt: „Art. 1 (Purpose) - The purposes of this Act are to contribute to the stability of people’s livelihoods and to a more transparent and ethical social climate by protecting and supporting people who report violations of the public interest and others“. Am Anfang des „The Whistleblower Protection Act 2010“ von Malaysia (<http://goo.gl/ppSmt>) stehen die Worte: „An Act to combat corruption and other wrongdoings by encouraging and facilitating disclosures of improper conduct in the public and private sector, to protect persons making those disclosures from detrimental action, to provide for the matters disclosed to be investigated and dealt with and to provide for other matters connected therewith.“. Der „Public Interest Disclosure Act 2010 – Act No 38 of 2010“ des Australischen Bundesstaates Queensland (nachfolgend zitiert als Queensland-PIDA - <http://goo.gl/1UxM1>) enthält in Sec. 3 folgende Zielbeschreibung: „The main objects of this Act are— (a) to promote the public interest by facilitating public interest disclosures of wrongdoing in the public sector; and (b) to ensure that public interest disclosures are properly assessed and, when appropriate, properly investigated and dealt with; and (c) to ensure that appropriate consideration is given to the interests of persons who are the subject of a public interest disclosure; and (d) to afford protection from reprisals to persons making public interest disclosures“. S.a. § 1 GE-WBNW.

¹²³ OECD/G20-Kompendium A-2.1.

¹²⁴ S.o. S. 10.

¹²⁵ Für weitere Beispiele s.o. Fn. 119.

um das Zusammenbringen von Whistleblower und geeignetem sprich handlungsfähigen Adressaten geht.

Hinsichtlich der Verletzungen von staatlichen Rechtsnormen sollte sich immer ein zuständiger staatlicher Adressat finden, und staatliche Stellen sollten auch an Informationen über Rechtsgutsbeeinträchtigungen immer ein Interesse haben. Dies nicht erst dann, wenn „das Kind in den Brunnen gefallen ist“, sondern, im Sinne eines Frühwarnsystems¹²⁶, sobald eine gewisse Mindestkonkretisierung und daraus folgende (Be-)Handlungsfähigkeit eines Risikos, also einer Rechtsguts- oder Normenverletzung bevorsteht bzw. droht¹²⁷. Demnach sollten jedenfalls alle Verletzungen oder Gefährdungen öffentlicher Interessen als Missstand definiert¹²⁸ und vom sachlichen Anwendungsbereich eines Whistleblowing-Gesetzes umfasst werden. Hierzu sollten alle eingetretenen oder drohenden Verletzungen von Rechtsnormen und Gefahren für von der Rechtsordnung geschützte Rechtsgüter (insbesondere Leben, Freiheit, Gesundheit und Würde des Menschen, Umwelt, Justiz und öffentliche Haushalte¹²⁹) zählen.

¹²⁶ Zu Whistleblowing als Mechanismus „zur gesellschaftlichen Risiko-Früherkennung“ vgl. die Stellungnahme von A. Falter zur Bundestagsanhörung 2008 (Ausschussdrucksache 16(10)850-K - <http://goo.gl/7zG1p>), für B. Rohde-Liebenau betonte bei jener Anhörung (Ausschussdrucksache 16(10)850-D - <http://goo.gl/cv14u>) „die möglichst frühzeitige Identifikation, durch Empfangsbereitschaft auch für „schwache Signale.““

¹²⁷ „The Whistleblower Act, 2006, Act 720“ (<http://goo.gl/x9TJ0>) von Ghana in Sec. 1 und der „Public Interest Disclosure Act, 1998“ in Großbritannien (nachfolgende UK-PIDA - <http://goo.gl/2wdwo>) in Sec. 43B verwenden z.B. die Formulierung „has occurred, is occurring or is likely to occur;“ The Protected Disclosures Act von Jamaika (No. 3 – 2011, <http://goo.gl/zGEy5>) greift sobald „the information disclosed shows or tends to show that improper conduct has occurred, is occurring or is likely to occur“.

¹²⁸ Dies empfiehlt auch BROWN Nr. 11, der z.B. auch einbezieht: „improper financial management that constitutes a significant waste of public money or time“. Art. 6 SKorea-PIWA lautet entsprechend: „Any person may report a violation of the public interest that had already occurred or concerns that a violation of the public interest is likely to occur“.

¹²⁹ § 612b Abs. 2 Nr. 1 GE-Grüne erwähnt außerdem noch „Persönlichkeitsrecht“ und „Stabilität des Finanzsystems“. PACE-R 6.1.1. stellt „unlawful acts“ in den Mittelpunkt. GAP-IBP Nr. 2 nennt neben „illegality“ u.a. „gross waste, mismanagement, abuse of authority“. Der Whistleblower-Protection Act des USA deckt laut 5 USC § 2302 (b)8A (<http://goo.gl/QiTaY>) ab:“(i) a violation of any law, rule, or regulation, or (ii) gross mismanagement, a gross waste of funds, an abuse of authority, or a substantial and specific danger to public health or safety.“. TI-DREC Nr. 4 erwähnt zusätzlich „Justizirrtümer ... und Vertuschungen bezüglich all dieser Sachverhalte“. Neben der Verletzung von Rechtspflichten, sind diese beiden Bereiche auch von Sec. 43B des UK-PIDA umfasst. In Südafrika umfasst Sec. 1 des Protected Disclosure Acts (Government Gazette No. 21453 vom 7.8.2000 - <http://goo.gl/0zMP1>) ebenfalls „a miscarriage of justice“. Gleiches gilt für Jamaika (s.o. Fn.127) und auch nach Sec. 1 des Whistleblowers Protection Act, 2010 von Uganda (<http://goo.gl/VZIUN>) und Sec. 1 der Regelung in Ghana (s.o. Fn. 127) welche zusätzlich auch noch „waste, misappropriation or mismanagement of public resources;“ abdeckt. Der Public Servants Disclosure Protection Act in Canada (S.C. 2005, c. 45 - <http://goo.gl/mv1PC>) umfasst in Sect. 8 u.a. „(b) a misuse of public funds or a public asset;“. Das Whistleblower-Gesetz von Rumänien (Law 571/2004, Published in the Official Gazette on 14 December 14, 2004 - <http://goo.gl/FxaKU>) erfasst „any fact involving a violation of law, of professional deontology or of principles of a good administration, of efficiency, effectiveness, economic efficiency and transparency“. Malaysia (s.o. Fn. 122)

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

Bereichseingrenzungen sollten im Sinne der Einheitlichkeit und Klarheit der Gesetzgebung soweit wie irgend möglich, vermieden werden.¹³⁰

Beim Organisationsbezug ist erneut auf die mögliche Akteurseigenschaft, diesmal vor allem der internen Adressaten und des Arbeitgebers abzustellen. Diese ist weit zu verstehen. Auch weite Bezüge zur Organisation (wie etwa im Falle des LkW-Fahrers Miroslaw Strecker¹³¹, der Verdacht von Straftaten beim Kunden) können evtl. zu einer Sanktion durch die Organisation (um keine Kunden zu verlieren) führen. Soweit eine Organisation eigene Regeln aufstellt und insoweit zu Meldungen auffordert oder diese anregt oder an Verstöße gegen diese Regeln Sanktionen knüpft, sollten Hinweisgeber ebenfalls vor Benachteiligungen geschützt sein¹³².

2.3.2.2. Persönlicher Anwendungsbereich

Hier geht es vorrangig um die Frage, wer Whistleblower sein kann, aber in zweiter Linie auch darum, ob und inwieweit eventuell andere Personen von bestimmten Regelungen des Gesetzes ebenfalls profitieren können sollten, ohne selbst Whistleblower zu sein.

2.3.2.2.1. Whistleblower

Miceli u.a. sprechen insoweit von „organisation members“¹³³. Das OECD/G20-Kompendium¹³⁴ empfiehlt: „Schutz wird öffentlichen und privaten Beschäftigten gewährt, und zwar nicht nur fest angestellten Arbeitnehmern und Beamten, sondern auch anderen Personen wie Beratern, Auftragnehmern, befristet Beschäftigten, ehemaligen Mitarbeitern, Freiwilligen, etc.“. Dieser Ansatz ist mit demjenigen der Linksfraktion im Wesentlichen deckungsgleich¹³⁵.

lässt jedes unangemessene Verhalten („improper conduct“) ausreichen.

¹³⁰ GAP-IBP Nr.1: „There can be no loopholes for form, context or audience“.

¹³¹ Dieser Gammelfleisch-Fall ist Teil der Ausstellung des Whistleblower-Netzwerk e.V. (<http://goo.gl/zzynN>).

¹³² Insoweit geht es dann evtl. nicht um das Öffentliche Interesse daran den gemeldeten Inhalten nachzugehen, sondern darum die im Öffentlichen Interesse liegende Regel der Nichtbenachteiligung von Hinweisgebern durchzusetzen, um insoweit Abschreckungseffekte zu vermeiden. Der „LOV 2005-06-17 nr 62, Act on Working Environment and Employment Protection (Working Environment Act)“ (<http://goo.gl/yR6U>) erlaubt in Norwegen Beschäftigten in §2-4 generell „notice of criticism in the business ... in accordance with the duty or the organization's routines“ und verbietet in §2-5 daraus folgende „Retaliation“.

¹³³ Miceli u.a. (s.o. Fn 102).

¹³⁴ Anhang 2.3.

¹³⁵ Vgl. die Aufzählung dort in IL3. Ähnlich auch TI-DREC Nr. 5, GAP-IBP Nr. 5 die neben Beschäftigten erfassen „all who carry out activities relevant to the organization's mission“ und „those who participate in or are affected by the organization's activities“. Wichtig ist auch der Hinweis bei BROWN Nr. 12 implizit oder explizit ebenfalls abzudecken: „Anonymous persons who can reasonably be suspected to belong, or who are later identified as belonging, to one of these categories“. Mit Blick auf Art. 5 und 17 GG und die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung käme gerade für Deutschland auch eine Ausweitung auf „Jeder-

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

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

Die prinzipielle Gleichstellung von allen¹³⁶ Beschäftigten in der privaten Wirtschaft und Beschäftigten und Beamten im öffentlichen Dienst ist in jedem Fall geboten¹³⁷. Die derzeit bestehenden äußerst rudimen-

mann“ in Betracht. Es entstünde ein allgemeines Petenten- und Hinweisschutzgesetz zur drittwirkenden Ausgestaltung von Art. 17 GG. Dabei würde auf das in der Whistleblowing-Definition enthaltene Kriterium des personalen Organisationsbezuges gänzlich verzichtet, bzw. dieses würde durch einen inhaltlichen Organisationsbezug und letztlich eine sachliche Zuständigkeit ersetzt. Zuständig wären dann Behörden (öffentliche Stellen) und Volksvertretungen im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten sowie über Art. 17 GG hinausgehend auch Unternehmen und andere Organisationen privaten Rechts im Rahmen des durch ihre Tätigkeiten aufgespannten Rahmens (letztlich ein Stakeholder-Approach). Neben den für alle Hinweise geltenden und gegenüber jedermann wirkenden allgemeinen Regeln (z.B. Behandlungsgebot und Benachteiligungsverbot) könnten dort für besondere Nähe- und Insiderbeziehungen noch spezielle Regeln (z.B. weitergehende Informations- und Präventionspflichten) normiert werden. Ein solcher Ansatz klingt zwar in der Stellungnahme von D. Deiseroth zur Bundestagsanhörung 2008 (s.o. Fn. 118 - S. 12) an, ist aber bisher jedenfalls als Gesetzesvorschlag nach Wissen des Verfassers noch nicht ausformuliert worden. Auch GE-WBNW bleibt dahinter zurück. SKorea-PIWA räumt in Art. 6 „any person“ das Recht zum Hinweis ein und definiert in Art. 2 auch den Begriff Whistleblower entsprechend weit.

¹³⁶ Das OECD/G20-Kompendium enthält in A-2.2. und A-4.5. scheinbar Einschränkungen in Bezug auf Landesverteidigung, Auswärtige Angelegenheiten, Fragen der nationalen Sicherheit und Staatsgeheimnisse. Letztlich geht es dabei aber nicht um eine absolute Herausnahme der in jenen Bereichen Beschäftigten aus dem personalen Anwendungsbereich, sondern um die Regelungen von Konkurrenzverhältnissen zu spezifischen Geheimnisschutz-Normierungen und/oder um diesbzügliche besondere Zuweisungen von Hinweisen an spezifische Adressaten („Spezielle Kanäle und zusätzliche Schutzmaßnahmen“). Solche sprich auch TI-DRec Nr. 9 an: „soweit das Whistleblowing Fragen der nationalen Sicherheit betrifft, können zusätzliche Absicherungen durch Verfahrensvorgaben zum Whistleblowing erlassen werden, um die Möglichkeiten interner Weiterverfolgung und Lösung ohne unnötige externe Bekanntwerdung zu maximieren“. Vgl. auch GAP-IBP Nr. 1 m.w.N.

¹³⁷ So auch PACE-Rec 6.1.2. und aus wissenschaftlicher Sicht u.a.: Groneberg, Rut: Whistleblowing -- Eine rechtsvergleichende Un-

tären beamtenrechtlichen Regelungen, sollten in einer allgemeinen Regelung mit weitem sachlichen Anwendungsbereich aufgehen¹³⁸.

2.3.2.2.2. „Arbeitgeber“ bzw. Organisation

Aus dem vorstehenden ergibt sich im Umkehrschluss auch wer, auch hier umfassend hinsichtlich des öffentlichen und privaten Sektors, im Sinne des Gesetzes als „Arbeitgeber“ bzw. Organisation¹³⁹ zu verstehen ist, innerhalb welcher bzw. in Bezug auf welche Whistleblowing stattfinden kann. Im nachfolgenden Text werden der so zu verstehende Begriff des Arbeitgebers und der Organisation synonym verwendet.

2.3.2.2.3. Andere Begünstigte

Während gesetzliche Regelungen, die sich auf die Bearbeitung von Hinweisen beziehen, nur sinnvoll sind, soweit es zu einem Hinweis kommt, sollten Whistleblower-Schutzregelungen auch jene schützen, die irrtümlich als Hinweisgeber angesehen und deswegen diskriminiert werden¹⁴⁰.

Gleiches gilt für jene, die im Begriff sind, Hinweise abzugeben und schon in der Vorphase diskriminiert werden¹⁴¹.

Einen anderen wichtigen Aspekt greift § 16 Abs. 1 Satz 2 AGG auf: „Gleiches gilt für Personen, die den Beschäftigten hierbei unterstützen oder als Zeuginnen oder Zeugen aussagen.“ Eine solche Schutzstreckung ist auch beim Whistleblowing sinnvoll¹⁴².

Schließlich sollte sich der Schutz auch auf die Familie des Whistleblowers erstrecken¹⁴³, da deren Be-

tersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB; 2011; S. 236ff., 282f.

¹³⁸ Eine Begrenzung allein auf die §§ 331-337 StGB, wie sie § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamtStG und § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG vorsehen, entspricht nicht dem soeben als nötig herausgearbeiteten weiten sachlichen Anwendungsbereich. In Zukunft sollten auch Fälle wie jener der Loveparade (s.o. Fn. 92) vom Anwendungsbereich umfasst sein. Wie noch zu zeigen sein wird, genügen die derzeitigen beamtenrechtlichen Regelungen im Übrigen auch in vielen anderen Punkten nicht internationalen „best practice“ Standards.

¹³⁹ So auch die aus dem Beschäftigtenbegriff in Abs. 2 abgeleitete Definition in Abs. 3 ArbSchG. Jamika (s.o. Fn. 81) definiert „employer“ entsprechend weit als, jeden der andere für sich entgeltlich oder unentgeltlich tätig werden oder sich durch andere in seiner Geschäftstätigkeit unterstützen lässt: „employer“ means any person who--- (a) employs or has employed another person to carry out work or provide services and who remunerates, or expressly or tacitly undertakes to remunerate, that other person for the work carried out or services provided; or (b) permits or has permitted another person to assist in any manner in the carrying on or conduct of the business of that person, without any obligation to provide remuneration or reward to that other person;“.

¹⁴⁰ So auch OECD/G20-Kompendium A-1.2 und GAP-IBP Nr. 4 m.w.N.

¹⁴¹ Art. 17 SKorea-PIWA „to include when the public interest whistleblowing was conducted after the whistleblower was subjected to disadvantages measures while preparing for the public interest whistleblowing by collecting evidence, etc.“.

¹⁴² Der Dodd-Frank-Act (s.o. Fn. 88) schützt in Sect. 1057(a) z.B. auch „authorized representative of covered employees“. Die Staff-Rule 8.02 der Weltbank (s.o. Fn. 116) nach Nr. 2.01 auch „staff members who cooperate or provide information during an ensuing review or investigation of such allegations“.

¹⁴³ SKorea-PIWA Art. 27 schützt „whistleblower, etc., his/her relatives, or his/her cohabitants“.

nachteiligung quasi einer Benachteiligung des Whistleblowers gleichkommt und letztlich ja auch den Whistleblower treffen soll.

2.3.2.3. Konkurrenz zu Geheimhaltungsvorschriften

Die Grundidee eines Whistleblowing-Gesetzes ist, dass es hier um die Absicherung des richtigen Umgangs mit Informationen geht, die öffentliche Interessen betreffen (sei es als Rechtsverletzung oder als Rechtsgutbedrohung), daher sollte ein Whistleblowing-Gesetz, in dem Rahmen in dem es Hinweise zulässt, privatrechtlichen Vereinbarungen immer vorgehen. In Deutschland sollte dies auch für Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge gelten, d.h. beim Whistleblowing-Gesetz sollte es sich um zwingendes Recht handeln, welches auch nicht abbedungen oder zulasten des potentiellen Whistleblowers verkürzt werden kann¹⁴⁴. Dies sehen auch § 612a Abs. 3 GE-BMin, § 612b Abs. 5 GE-Grüne und § 13 GE-SPD vor¹⁴⁵.

Neben privatrechtlichen Geheimhaltungsvereinbarungen gibt es auch gesetzliche, insbesondere strafrechtliche Regelungen. Auch diesbezüglich sollte Whistleblowing jedenfalls nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Als weniger problematisch können dabei Geheimnisse angesehen werden, die schon heute aus anderen Gründen gegenüber bestimmten Behörden unter bestimmten Voraussetzungen offenbart werden dürfen. Hier spricht grundsätzlich nichts dagegen, ein Whistleblowing an diese Behörden auch aufgrund des Whistleblowing-Gesetzes zuzulassen. Schwieriger ist es dort, wo die Geheimhaltungspflicht gerade gegenüber dem Staat besteht. Aber auch hier wäre eine Schaffung besonderer Anlaufstellen denkbar, die dann ihrerseits Weitergabe- und teilweisen Verwertungsverbote unterliegen. Entscheidend dabei sollten der Schutzzweck der jeweiligen Norm und wohl auch die Bedeutung der relevanten öffentlichen und privaten Interessen sein¹⁴⁶.

2.3.2.4. Rechte und Pflichten zum Whistleblowing

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

im Whistleblowing-Gesetz keinerlei neue Anzeigepflichten zu normieren.

Dies gilt auch für die von der Rechtsprechung je nach Fallgestaltung aus zivilrechtlichen Haupt- oder Nebenpflichten und aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete Pflicht zur Information von Vertragspartnern, insbesondere von Arbeitgebern, über diesen drohenden Schäden, die individuell aufgrund der Art, Erheblichkeit und Wahrscheinlichkeit des Schadens und auch aufgrund der Stellung des potentiellen Melders bestimmt wird¹⁴⁷.

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

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

Unabhängig davon ist es ratsam, in einem Whistleblowing Gesetz klarstellend festzulegen, dass dieses als Mindeststandard¹⁴⁸ auch in allen Fällen gilt, in denen aufgrund anderer Normen Meldepflichten bestehen, bzw. Meldungen im Rahmen normaler Dienstpflichten gemacht werden¹⁴⁹.

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

Wird auf eine solche Mindestgewährleistungs-Regelung verzichtet, so sollte jedenfalls das Verhältnis des hier geplanten Gesetzes zu § 17 Abs. 2 ArbSchG geklärt werden, da dort ja ein expliziter Vorrang eines internen Klärungsversuches vorge-

¹⁴⁴ So auch TI-DRec Nr. 18 und GAP-IBP Nr. 8 m.w.N.

¹⁴⁵ Zur Umgehungsproblematik s.a. unten ab S. 48:

¹⁴⁶ Eine detailliertere Auseinandersetzung mit diesen Fragen erfolgt unten ab S. 43 anlässlich der Erörterung möglicher Haftungsfreistellungen.

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

¹⁴⁸ Vgl. Art. 5 SKorea-PIWA.

¹⁴⁹ GAP-IPB Nr. 1: „It is necessary to specify that disclosures in the course of job duties are protected, because most retaliation is in response to "duty speech" by those whose institutional role is blowing the whistle as part of organizational checks and balances“.

schrieben wird¹⁵⁰, der entsprechend A-Linke und GE-SPD generell abgeschafft werden sollte.

2.3.3. Anforderungen an rechtmäßiges Whistleblowing

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

2.3.3.1. Formale Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität

Es sollten keine besonderen formalen Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität gestellt werden¹⁵¹, d.h. Whistleblowing sollte insbesondere durch Handlungen oder Gesten, mündlich, fernmündlich, elektronisch und schriftlich möglich sein. Allerdings wird dem Whistleblower regelmäßig zu empfehlen sein, das Whistleblowing zu dokumentieren und elektronische oder schriftliche Formen zu wählen. Und es mag sinnvoll sein, Rückkäuferpflichten des Adressaten an eine dokumentierte Form der Hinweisabgabe zu knüpfen. Von den vorhandenen Entwürfen spricht nur GE-SPD die Form an¹⁵², regelt diese aber im genannten Sinne, bei den anderen Entwürfen dürfte sich implizit gleiches ergeben.

2.3.3.2. Anforderungen hinsichtlich der Offenbarung der Person des Whistleblowers

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003¹⁵³ den Schutzbereich von Artikel 5 GG bei zunächst anonymem Whistleblowing selbst dort verneint, wo die Person des Whistleblowers später bekannt wurde¹⁵⁴. Nach herrschender Mei-

nung setzt jedenfalls der Schutzbereich von Artikel 17 GG eine Identifizierbarkeit der Person des Petenten voraus¹⁵⁵. Zugleich bieten viele interne Whistleblowing-Systeme auch die Möglichkeit zu anonymem Whistleblowing¹⁵⁶ an. Das LKA Niedersachsen¹⁵⁷ unterhält ebenso wie OLAF¹⁵⁸ eine Plattform zur anonymen Abgabe von Hinweisen mit Rückkanalmöglichkeit. Schließlich gab und gibt es schon rein faktisch immer wieder Hinweise an Behörden, die anonym abgegeben werden.

Das OECD/G20-Kompendium¹⁵⁹ schlägt die Verfügbarkeit von Möglichkeiten anonymer Meldungen vor und befindet sich damit im Einklang mit den Vorschlägen von Transparency International¹⁶⁰, der Praxis in zahlreichen Whistleblowing-Gesetzen¹⁶¹ und auch den Vorschlägen von SPD¹⁶² und Linksfraktion¹⁶³. Angesichts der Unklarheiten durch die BAG Rechtsprechung, sollte die Möglichkeit anonymen Whistleblowings explizit ins Gesetz aufgenommen werden.

Ein Whistleblowing-Gesetz kann in der Praxis nie 100%igen Schutz vor Repressalien gewährleisten. Zur Vertrauensbildung und als weiterer Anreiz für Whistleblower wichtige Informationen der Gemeinschaft zur Verfügung zu stellen, sollte daher auch anonymes Whistleblowing, welches ohnehin nicht verhindert werden kann, jedenfalls als rechtlich zulässige Form¹⁶⁴ explizit ermöglicht werden.

2.3.3.3. Anforderungen hinsichtlich der Ehrlichkeit und der Sorgfaltspflicht des Whistleblowers

te (z.B. BGH VI ZR 196/08 vom 23.06.2009 u. OLG Köln 15 U 142/07 vom 27.11.2007), nachweist.

¹⁵⁰ So für Art. 17 GG auch Manger (s.o. Fn. 154) und Klein in Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt-Kommentar, Lfg. 63, Okt. 2011, Rn. 62.

¹⁵⁶ Pittroff, Esther: Whistle-Blowing-Systeme in deutschen Unternehmen -- Eine Untersuchung zur Wahrnehmung und Implementierung; 2011 S. 183f. benennt allerdings auf geringer Datenbasis eine Zahl von knapp 73%, Hassink, Harold; de Vries, Meinderd; Bollen, Laury: A Content Analysis of Whistleblowing Policies of Leading European Companies; in: Journal of Business Ethics; 2007; Vol. 75, S. 25 – 44, S. 35ff. nennen für Europa eine Zahl von 64%.

¹⁵⁷ Das Portal ist erreichbar über <http://goo.gl/MFMPs>, dazu auch: Altenburg, Johannes: Whistleblowing -- Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems?; in: Bucerius Law Journal; 2008; Heft 1, S. 3 – 8 (<http://goo.gl/87a7Y>).

¹⁵⁸ Europäisches Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF): New system to report corruption and fraud anonymously, OLAF /10/03 Brussels, 1 March 2010 (<http://goo.gl/2DUJa>).

¹⁵⁹ OECD/G20-Kompendium A-3.5. „Schutz der Identität durch die Verfügbarkeit von Möglichkeiten anonymer Meldungen“.

¹⁶⁰ TI-DRec Nr. 12: „das Gesetz soll sicherstellen, dass die Identität des Whistleblowers nicht ohne dessen Zustimmung offenbart werden darf und anonymes Whistleblowing ermöglichen“.

¹⁶¹ PACE Doc. 12006 (s.o. Fn. 53), Rn. 116 f: „most existing legislation protecting whistle-blowers allow the disclosures to be made either anonymously or confidentially“, so ermöglicht z.B. auch der US.Dodd-Frank-Act Sec. 932 anonyme Hinweise, ebenso Art. 10 des von der Organisation Amerikanischer Staaten (OAS) erstellten „Draft Model Law to Facilitate and Encourage the Reporting of Acts of Corruption and to Protect Whistleblowers“ (<http://goo.gl/qHhEA>).

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

¹⁶³ A-Linke Abschnitt II. Nr. 6.

¹⁶⁴ Vgl. hierzu auch die Stellungnahme des Verfassers aus 2008 (s.o. Fn. 49). In diesem Gliederungspunkt wird nur die Frage angesprochen, ob der Whistleblower um rechtlichen Whistleblowerschutz genießen zu können, seine Identität offenlegen muss, zu weiteren Fragen s.u. S. 35ff.

¹⁵⁰ Auch sollte auf die eventuell noch immer geplante Einführung von Regelungen im Bereich des Beschäftigtendatenschutz (§ 32l Absatz 4 BDSG im Entwurf der Bundesregierung vom 24.08.2010 - <http://goo.gl/z8Y8q>) verzichtet werden, die eine Anrufung der Datenschutzbehörden zukünftig erst nach einer vorrangigen innerbetrieblichen Klärung zulassen sollen. Der Bundesrat (BRat Drs. 535/2/10 - <http://goo.gl/RmEsY>) hat hierzu zutreffend festgestellt: „Die Regelung des Beschwerderechts in § 32l Absatz 4 BDSG-E ist unzureichend. Die Einschränkung des Beschwerde- und Anrufungsrechtes der Beschäftigten gegenüber der Aufsichtsbehörde dürfte zudem gegen Artikel 28 Absatz 4 der EU-Datenschutzrichtlinie verstoßen. Dem Beschäftigten ist das Wahlrecht einzuräumen, sich unmittelbar an die für die Datenschutzkontrolle zuständige Behörde zu wenden“.

¹⁵¹ So z.B. auch BROWN Nr. 12 und GAP-IBP Nr. 1 m.w.N.

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

¹⁵³ BAG 2 AZR 235/02 vom 03.07.2003, und die detaillierte Kritik an dieser Entscheidung in der Stellungnahme des Verfassers zu Anhörung 2008 (s.o. Fn. 49).

¹⁵⁴ Dies zu Unrecht wie Manger, Michael: Kritik im Arbeitsverhältnis und ihre Grenzen -- Unter Berücksichtigung der Relativität der Schuldverhältnisse; 2011; S. 160ff. jetzt u.a. mit Verweis auf die Gegenteilige Position des BVerfG (2 BvR 1780/04 vom 21.06.2006, 1 BvR 131/96 vom 24.03.1998, 1 BvR 1183/90 vom 08.10.1996, 1 BvR 426/80 vom 20.04.1982) und der Zivilgerich-

Bewusste Falschbehauptungen stellen nach allgemeiner Ansicht kein rechtmäßiges Whistleblowing dar¹⁶⁵, dies muss jedenfalls insoweit gelten als nicht bloß unwesentliche Randbedingungen bewusst falsch wiedergegeben werden.

Hinsichtlich von irrtümlichen Falschbehauptungen ist zu berücksichtigen, dass Hinweisgeber in der Regel nur über Teilinformationen über einen Missstand verfügen und von ihnen auch keine umfassende rechtliche Einordnung von Missständen verlangt werden kann. Ebenfalls nicht verlangt werden sollte von ihnen eine Prüfung oder Recherche jenseits der ihnen ohnehin zur Verfügung stehenden Informationen. Whistleblower verfügen über keine entsprechenden Kompetenzen, sind keine Ermittler, und sollten auch nicht zu solchen gemacht werden. Außerdem würde dadurch die Schutzproblematik in vielen Fällen nicht gelöst, sondern nur noch weiter vorverlagert, auf den Zeitraum während der „Ermittlungen“.

Daher und um eine Abschreckungswirkung zu vermeiden, sollte, auch angesichts der Tatsache, dass der Whistleblower zumeist uneigennützig handeln wird, ein rechtlicher oder tatsächlicher Irrtum des Whistleblowers, die Rechtmäßigkeit des Whistleblowings nicht ausschließen. Dies deckt sich auch mit den Empfehlungen von OECD/G20¹⁶⁶ und Europarat¹⁶⁷.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2001 ausgeführt, dass der Schutz von Zeugen und von Strafanzeigeerstattem aus Art. 2 GG und dem Rechtsstaatsprinzip nur bei Bösgläubigkeit und beim Vorliegen von Leichtfertigkeit entfallen könnte¹⁶⁸. International gibt es Entsprechungen in Formulierungen wie „recklessly“¹⁶⁹ oder „reasonable belief“¹⁷⁰. Auch § 2 Abs. 2 GE-SPD schließt Leichtfertigkeit aus.

Demnach sollte allenfalls bei bloßen Behauptungen ins Blaue hinein, die minimalste auf der Hand liegende Sorgfaltspflichten offensichtlich verletzen und die nachweislich objektiv falsch sind, eine Berufung auf Whistleblowerschutz ausscheiden. Hierbei sollte aber im Hinblick auf die Gefahr einer nicht gewünschten Abschreckungswirkung gelten, dass die Gutgläubigkeit des Whistleblowers generell vermutet wird und die Beweislast sowohl hinsichtlich der Böswilligkeit als auch der Leichtfertigkeit demjenigen obliegt, der die Rechtmäßigkeit des Whistleblowings in Abrede stellt¹⁷¹.

Die Formulierung „aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung“, welche sich im GE-BMin und im GE-Grüne findet, birgt die Gefahr, dass ihr Anforderungen entnommen werden könnten, die über die bloße Nicht-Leichtfertigkeit hinausgehen. Was Gerichte aus einer solchen Formulierung machen könnten, zeigt die zur gleichlautenden Formulierung in § 17 Abs. 2 ArbSchG bereits vorhandene Rechtsprechung¹⁷². Damit würden nicht nur die verfassungsgerichtlich gezogene Grenze und der sich entsprechend entwickelnde internationale Standard missachtet, vor allem würde die in Deutschland schon derzeit bestehende Rechtsunsicherheit perpetuiert. Die nötigen Anreize zur Förderung rechtmäßigen Whistleblowings blieben aus. Dies sollte vermieden werden.

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

2.3.3.4. Anforderungen hinsichtlich der Motivation des Whistleblowers

Menschliches Handeln ist in der Regel durch eine Vielfalt von Einflüssen und Motiven geprägt. Dies ist beim Whistleblowing nicht anders. Zugleich ist die Beurteilung von Motiven eine moralische Frage, über die, und dies zeigt z.B. die Debatte um die Bezahlung von Hinweisgebern, oft sehr hitzig gestritten wird. Der Gesetzgeber sollte sich diesbezüglich neutral verhalten und sich auf die Ziele der Whistleblowing-Gesetzgebung besinnen. Es geht vor allem darum, wichtige und kritische Informationen an geeigneter Stelle für geeignetes Handeln verfügbar zu machen. Von wem diese Informationen warum kommen, ist dabei eigentlich irrelevant, jedenfalls dann, wenn die Informationen relevant und zutreffend¹⁷³ sind.

Das OECD/G20-Kompendium fordert vom Whistleblower keine besonderen Motive. Die Empfehlungen von Transparency International stellen ebenfalls explizit nur auf Ehrlichkeit ab¹⁷⁴ und lassen Motive außen vor. Gleiches gilt im Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung¹⁷⁵ auch für sämtliche vorliegenden Gesetzesentwürfe und Anträge.

¹⁶⁵ So auch § 612a Abs. 1 GE-BMin, §§ 612b Abs. 1, 67a Abs. 1 und § 37a Abs. 1 GE-Grüne, § 2 Abs. 2 GE-SPD und A-Linke Abschnitt II. Nr. 2.

¹⁶⁶ OECD/G20-Kompendium A-2.4 und A-3.7.

¹⁶⁷ Vgl. PACE Doc. 12006 (s.o. Fn. 53), Rn. 116 g.

¹⁶⁸ BVerfG Az: 1 BvR 2049/00 vom 02.07.2001 und hierzu S. 15ff. von Ausschussdrucksache 16(10)850-B (s.o. Fn. 49).

¹⁶⁹ Vgl. PACE Doc. 12006 (s.o. Fn. 53), Rn. 116 g.

¹⁷⁰ Art. 33 UNCAC, Sec 43B UK-PIDA; Sect. 12 (3) Queensland-PIDA.

¹⁷¹ So auch D. Lewis, Evidence to the European Parliament Budgetary Control Committee Hearing on Whistleblowing, 25.05.2011 (s.o. Fn.64 - <http://goo.gl/XK5lZ>), S. 8f. unter Verweis auf Schedule 1 para 3(7) des „Prevention of Corruption (Amendment) Act 2010“ aus Irland (dort heißt es: „it shall be presumed, until the contrary is proved, that the employee concerned acted reasonably and in good faith in forming the opinion and making

the communication concerned“ - <http://goo.gl/jyZmB>) und das Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Ähnlich D. Deiseroth (s.o. Fn. 118, S. 12) vor dem Hintergrund der Vermutungsregel des BVerfG zu Art. 5 GG. Vgl. auch § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG.

¹⁷² Vgl. LAG Mainz 9 Sa 857/02 vom 30.10.2002 und hierzu S.38ff. von Ausschussdrucksache 16(10)850-B (s.o. Fn. 49).

¹⁷³ Dies betrifft die, von jener des Motivs zu unterscheidende, Frage des Irrtums, auf die bereits eingegangen wurde. Zur Trennung von Motiv und Irrtum vgl. Lewis (s.o. Fn. 171) S. 9 und ausführlich: Düsel, Jens: Gespaltene Loyalität -- Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich; 2009; S. 404ff. der ebenfalls auf die Beurteilung von Motiven verzichteten will.

¹⁷⁴ TI-DRec Nr. 6. S.a. BROWN Nr.12 und Groneberg (s.o. Fn. 137). S. 267ff., 284.

¹⁷⁵ Dargestellt in der Stellungnahme des Verfassers 2008 (s.o. Fn. 49).

2.3.3.5. Inhaltliche Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität

Es sollten keine besonderen inhaltlichen Anforderungen an die Whistleblowing-Aktivität gestellt werden, außer dass sich aus dem Inhalt zumindest konkludent der Hinweis auf einen möglicherweise bestehenden Missstand (im Sinne des sachlichen Anwendungsbereichs) und eine Beschwerde darüber bzw. eine Bitte um ein Einschreiten (Überprüfen, Abhilfe) an den Adressaten ergibt¹⁷⁶.

Insbesondere sollte auch keinerlei Anforderung einer Mindestschwere z.B. hinsichtlich einer Normverletzung eingeführt werden. Schon kleine Normverstöße, wie das nicht vollständige Schließen von Türen in Schiffen¹⁷⁷, die personelle Unterbesetzung in sicherheitsrelevanten Bereichen¹⁷⁸, Wartungsfehler¹⁷⁹ oder auch nur der unzulässige Betrieb eines kleinen Heizöfchens¹⁸⁰ können zu extremen Schädigungen führen, die mit Whistleblowing, wenn es rechtzeitig stattgefunden und Gehör gefunden hätte, hätten vermieden werden können.

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

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

2.3.3.6. Anforderungen hinsichtlich der Wahl des Adressaten des Whistleblowings

2.3.3.6.1. Vorüberlegungen und Grundlagen

¹⁷⁶ GE-Grüne und GE-BMin sprechen von „konkrete Anhaltspunkte“ begreifen dies aber vor allem als subjektives Element und Sorgfaltspflicht (s.o.).

¹⁷⁷ Dies war die Ursache beim Untergang der Harald of Free Enterprise der 193 Menschenleben kostete und dessen Untersuchung ein Katalysator für die Schaffung des Britischen Whistleblowing-Gesetzes PIDA wurde. Auch beim Untergang der Costa Concordia wird derzeit über offene Schott-Tore spekuliert, vgl. <http://goo.gl/TbuLM>.

¹⁷⁸ Wie beim Flugzeugabsturz über Überlingen, der wahrscheinlich durch die Unterbesetzung der Fluglotsen begünstigt wurde. Zu denken ist hier natürlich auch an diverse Fälle in der Altenpflege.

¹⁷⁹ Beispielhaft sei hier auf den ICE-Unfall von Eschede verwiesen der 101 Menschenleben kostete.

¹⁸⁰ Bei der Brandkatastrophe der Gletscherbahn Kaprun, Bilanz: 155 Tote.

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

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

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

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

2.3.3.6.2. Internes Whistleblowing

2.3.2.6.2.1. Explizite Normierung eines Rechts auf internes Whistleblowing

Ein Recht auf internes Whistleblowing wird im zivilrechtlichen Arbeitsverhältnis aufgrund allgemeiner Grundsätze bejaht¹⁸¹. Im Beamtenverhältnis dürfte es sich aus der Beratungs- und Remonstrationspflicht¹⁸² der Beamten ableiten lassen. Es kann aus Sicht des Verfassers dennoch sinnvoll sein auch ein Recht zum internen Whistleblowing im Rahmen eines Whistleblowing-Gesetzes gesetzlich explizit zu nor-

¹⁸¹ Vgl. Groneberg, Rut: Whistleblowing -- Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB; 2011; S. 216ff.

¹⁸² §§ 35f. BeamStG und §§ 62f. BBeamStG.

mieren. Dieser Weg wird auch von den Gesetzesentwürfen GE-BMin, GE-SPD und GE-Grüne beschränkt.

2.3.2.6.2.2. Definition der internen Adressaten

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

Der Adressat des internen Whistleblowings sollte aus logischen Gründen spiegelbildlich aus der Definition des persönlichen Anwendungsbereichs¹⁸³ als „organisation member“ ableiten. Demnach wären dies die „organisation“ bzw. ihre für die Zwecke des Whistleblowings geeigneten Stellen und Personen. Wie in § 3 Abs. 4 Satz 2 GE-SPD vorgeschlagen sollten bei der Arbeitnehmerüberlassungen an Dritte auch diese als „Arbeitgeber“ und damit tauglicher Adressat internen Whistleblowings gelten.

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

Die Möglichkeit der Bestimmung durch den „Arbeitgeber“ ergibt sich aus der Privatautonomie und dessen Organisationshoheit. Da vom Zur-Verfügung-Stellen zusätzlicher (!) Adressaten keine negativen Auswirkungen auf den Whistleblower oder das Whistleblowing zu erwarten sind, spricht nichts dagegen dem „Arbeitgeber“ diese Möglichkeit einzuräumen. Daher sollten sämtliche Stellen (entgegen GE-BMin und GE-Grüne nicht nur solche zur innerbetrieblichen Klärung), also insoweit eventuell auch (entgegen der Einengung im GE-SPD „im Unternehmen oder Betrieb eingerichtet“) externe Stellen (z.B. bei Auftraggebern oder im Zusammenhang mit der Überwachung von Qualitätslabels), als taugliche Adressaten internen Whistleblowings gelten, hinsichtlich derer der „Arbeitgeber“ bzw. die Organisation Melderechte einräumt oder Meldepflichten festlegt¹⁸⁴.

Andererseits sollte der Gesetzgeber jedenfalls in größeren Organisationen eine Situation vermeiden, in der nur der u.U. weit entfernte „Arbeitgeber“ selbst als Adressat eines internen Whistleblowings in Betracht kommt. Whistleblowing ist eine Rückmeldung anlässlich einer Tätigkeit für einen „Arbeitgeber“ bzw. eine Organisation. Diese Tätigkeit erfolgt aufgrund von Weisungen, also ist es sinnvoll, dass die Rückmeldung auch an jene zurückfließen kann, die die Weisungen erteilt haben. Besonders deutlich wird dieser enge Zusammenhang bei der noch zu erörternden Frage eines Leistungsverweigerungsrechts¹⁸⁵. Daher sollte der Gesetzgeber auch

sämtliche Personen und Stellen, die die Befugnis haben dem Whistleblower Anweisungen zu erteilen, als taugliche Adressaten von internen Hinweisen definieren¹⁸⁶.

Es kann andererseits ein berechtigtes Interesse des „Arbeitgebers“ geben, Situationen zu vermeiden, in denen wichtige Hinweise bei einem einzigen eventuell hierarchisch relativ weit unten stehenden Vorgesetzten ankommen und stecken bleiben. Daher sollte das Gesetz an dieser Stelle ausnahmsweise die Möglichkeit vorsehen, dass der „Arbeitgeber“ im Rahmen eines innerorganisatorischen Hinweisgeber-systems (an welches dann im Gegenzug aber bestimmte Mindestanforderungen zu stellen sein werden¹⁸⁷) vom Gesetz abweichende Regelungen hinsichtlich der tauglichen Adressaten von internem Whistleblowing trifft.

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

Was die in § 6 Abs. 1 Satz 2 GE-SPD enthaltene Formulierung zur betrieblichen Interessenvertretung angeht, so ist der dahinterstehende Gedanke auf jeden Fall zu unterstützen. Die Formulierung „soweit der Hinweis den Aufgabenbereich des Gremiums betrifft“ könnte aber zu Unrecht als Einschränkung verstanden werden. Außerdem könnte eine solche Regelung auch überflüssig sein, wenn im Gesetz der bereits oben dargestellte allgemeinere Grundsatz einbezogen würde, dass dieses Gesetz als Mindeststandard auch in allen Fällen gilt, in denen aufgrund anderer Normen Meldepflichten bestehen¹⁸⁸. Dann ergäbe sich das von der SPD gewünschte Ergebnis ohne weiteres z.B. i.V.m. §§ 85, 86a BetrVG.

2.3.2.2.2.3. Erweiterter Anwendungsbereich

Die vorliegenden Entwürfe nutzen die Möglichkeit nicht, den sachlichen Anwendungsbereich bei internem Whistleblowing weiter zu stecken als bei anderen Formen. Ethische Bedenken oder Hinweise auf finanzielle Risiken fallen, soweit keine öffentlich relevanten Rechtsnorm oder Rechtsgutverletzungen drohen, nicht in den Zuständigkeitsbereich von Behörden. Andererseits können auch derartige Hinweise für Organisationen hilfreich sein und es besteht ein öffentliches Interesse daran, dass auch in jenen Fällen Hinweisgeber nicht für ihre Hinweise abgestraft werden. Gleiches muss auch dort gelten wo die Organisation bzw. der Arbeitgeber selbst zur Abgabe von Hinweisen auffordert, etwa im Hinblick auf Verstöße gegen betriebliche Regelungen.

2.3.3.6.3. Whistleblowing an zuständige Behörden

Einigkeit aller Vorschläge und auch der bisherigen Rechtsprechung besteht darin, dass es kein generel-

¹⁸³ S.o. Abschnitt 2.3.2.2.

¹⁸⁴ Vgl. in diesem Sinne z.B. Sec. 43C(2) UK-PIDA.

¹⁸⁵ S.u. Abschnitt 2.3.4.2.5.

¹⁸⁶ So auch z.B. in den USA 18 US § 1514A(1)(C) (<http://goo.gl/5x46Q> - Section 806 des Sarbanes-Oxley-Acts SOX - <http://goo.gl/6bO9r>).

¹⁸⁷ S.u. Abschnitt 2.3.5.4.2. Eine entsprechende Klausel enthält Sec. 17 Queensland-PIDA.

¹⁸⁸ S.o. Abschnitt 2.3.2.4.

les Verbot der Einschaltung zuständiger Behörden¹⁸⁹ geben darf. Dies würde letztlich das Gewaltmonopol des Staates in Frage stellen, der auch im Hinblick seiner Schutzpflichten die Einhaltung von Recht und Ordnung gewährleisten und daher auch die dafür nötigen Informationen erlangen können muss.

Die bisherige arbeitsgerichtliche Rechtsprechung in Deutschland, GE-BMin und GE-Grüne wollen die unmittelbar ohne vorgeschaltetes internes Whistleblowing erfolgende Information zuständiger Behörden jedoch nicht generell zulassen, sondern nur dann, wenn diese erforderlich ist. Dies nehmen sie dann an, wenn aufgrund bestimmter Umstände dem Whistleblower ein vorheriges internes Whistleblowing nicht zumutbar ist, oder wenn dieses erfolglos blieb. Die Zumutbarkeit soll dabei entweder im Einzelfall oder mit Hilfe von Regelbeispielen oder auch nur Auslegungsbeispielen ermittelt werden, die z.T. nicht klar formuliert werden¹⁹⁰ z.T. unterschiedlich ausgestaltet werden.

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

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass eine gesetzliche Freigabe der Möglichkeit, sich direkt an zuständige Behörden zu wenden, nicht zu einem Sturm auf die Behörden und auch nicht dazu führen wird, dass Whistleblower gar keine internen Klärungsversuche mehr unternehmen. Die Forschung zeigt, dass Whistleblower selbst dort, wo sie sich an Behörden wenden dürfen, in der Praxis sehr häufig zunächst eine interne Klärung anstreben¹⁹¹. Entgegen ihres Images haben Whistleblower nämlich oft eine überdurchschnittlich starke Identifikation mit IHRER Organisation. Sie sind es, die sich Gedanken machen, dass und warum etwas nicht richtig läuft. Sie sind diejenigen, die es ändern wollen, während Kollegen entweder erst gar nicht genau hinschauen oder nur Dienst nach Vorschrift machen und jenen eventuelle Risiken für die Organisation egal sind.

¹⁸⁹ Unter den Begriff sollten neben Behörden in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich auch andere Einrichtungen und Organisationen fallen, denen durch oder aufgrund eines Gesetzes die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben übertragen wurde.

¹⁹⁰ Eine detaillierte Kritik findet sich in diversen Stellungnahmen zur Anhörung vom 04.06.2008 (vgl. <http://goo.gl/0ldHc>).

¹⁹¹ Miceli u.a. (s.o. Fn. 102) S. 8ff.

Außerdem kann interne Aufklärung, wo sie funktioniert, auch für den Whistleblower Vorteile bieten: die Hemmschwelle ist geringer als beim Gang zu Behörden, die Reaktion kann dank größerer Sachnähe oft schneller, umfassender und zielgerichteter ausfallen.

Intern werden Whistleblower dabei umso eher vorgehen, als ihre Organisation bzw. ihr Arbeitgeber ihnen glaubwürdig vermitteln kann, dass sie sich ihrer Hinweise schnell, sorgfältig, vertrauensvoll und ohne Ansehen der Person annimmt und die Hinweisgeber über all dies auch auf dem Laufenden hält. Das heißt, eine Freigabe der behördlichen Meldemöglichkeit setzt Anreize für Organisationen, gerade wenn diese externes und sei es auch nur an Behörden gerichtetes Whistleblowing verhindern wollen, sich dem Wettbewerb um Whistleblower zu stellen, während diese Anreize entfallen oder zumindest deutlich schwächer sind, wenn sich der Whistleblower aufgrund der Rechtslage ohnehin zunächst dem Unternehmen offenbaren muss.

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

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1987¹⁹² entschieden, dass nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige Strafanzeigen (und entsprechendes muss auch für andere Hinweise über Missstände an zuständige Behörden gelten) im allgemein Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens und der Aufklärung von Straftaten (bzw. Rechtsbrüchen im allgemeinen) liegen. Demnach muss sich daher jedermann beim Vorliegen des Verdachts einer strafbaren Handlung (oder eines anderen Rechtsbruches für dessen Überprüfung eine Behörde zuständig ist) einem mit rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien ausgestatteten Ermittlungsverfahren stellen. Für Organisationen und Unternehmen kann insoweit nichts anderes gelten.

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

Es mag sein, dass Organisationen und Arbeitgeber wirtschaftliche und sonstige Interessen daran haben, keinen Anzeigen bei Behörden ausgesetzt zu sein. Diese unterscheiden sich aber qualitativ nicht von denen normaler Staatsbürger und dieses Interesse unterfällt anders als z.B. das Recht am eingerichteten

¹⁹² 1 BvR 1086/85 Rn. 10ff. (<http://goo.gl/R2mhl>), dazu auch Ausschussdrucksache 16(10)850-B S. 18f. (s.o. Fn. 49).

und ausgeübten Gewerbebetrieb oder der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nicht dem Schutzbereich der Art. 14 und 12 GG. Es fehlt insoweit auch schon am Eingriff, denn die Behördenanzeige als solche bewirkt ja keinerlei direkte Beeinträchtigung der Rechte der Organisation und es geht von ihr, da sie seitens der Behörde regelmäßig vertraulich zu behandeln ist, und vom Hinweisgeber ebenfalls nicht bekannt gemacht werden darf (dann läge eine anders zu beurteilende Form externen Whistleblowings vor), auch keine Rufschädigung aus. Dort, wo es dann in einer zweiten Stufe zu Eingriffen in den Schutzbereich der Grundrechte kommt, erfolgen diese durch die Behörden im Rahmen ihrer Ermittlungen und können seitens der Organisationen bzw. Arbeitgeber, soweit Rechtsverletzungen vorliegen, mit den hierfür vorgesehenen rechtlichen Mitteln bekämpft oder wieder gutgemacht werden. Falls insoweit Defizite bestehen, so bestehen diese völlig unabhängig davon, weshalb die Behörde Ermittlungen aufgenommen hat, sie haben demnach mit Whistleblowing nichts zu tun. Gegenüber bewussten Schädigungen durch falsche oder leichtfertige Hinweise, die kein rechtmäßiges Whistleblowing darstellen, greifen auch weiterhin rechtliche Schutzmechanismen, hinsichtlich deren zumindest der GE-SPD¹⁹³ sogar noch eine Ausweitung bzw. Klarstellung vorschlägt.

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

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

Verwiesen sei schließlich auch noch auf die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für

Menschenrechte, der ebenfalls ein Recht zur direkten Behördenanzeige ohne einen Zwang zu vorheriger innerbetrieblichem Hinweis anerkannt hat. Nur so ist der Halbsatz „disclosure should be made in the **first place** to the person's superior or other **competent authority or body**“ zu verstehen, der sich in allen drei EGMR-Urteilen¹⁹⁴ zum Thema Whistleblowing findet. Dass der EGMR es damit u.a. auch im Falle Heinisch argumentativ nicht sein Bewenden gelassen hat, erklärt sich daraus, dass hier auch eine über die Behördenanzeige hinausgehende öffentliche Information von Bedeutung war und das Gericht sich darum bemühte seine Entscheidung auf eine Vielfalt von Argumenten zu stützen. Dennoch ist für die hier relevante Fragestellung bereits die zitierte Aussage eindeutig.

Die Vorschläge von GE-SPD und A-Linke, die im Ergebnis ein Wahlrecht des Whistleblowers zwischen internem Whistleblowing und der Einschaltung zuständiger Behörden vorsehen, sind somit zu befürworten. Sie entsprechen auch dem „best practice“ Empfehlungen¹⁹⁵ und dem in vielen Staaten bereits geltenden Recht¹⁹⁶. Auch in jenen Staaten sind Unternehmen dadurch nicht in ihrer Funktions- und Leistungsfähigkeit bedroht worden. Auch das OECD/G20-Kompendium spricht explizit vom „Schutz von Meldungen die direkt an die Exekutive oder Strafverfolgungsbehörden gemacht werden“¹⁹⁷.

2.3.3.6.4. Sonstiges externes Whistleblowing

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

Aus dem Wortlaut und der ständigen Rechtsprechung des EGMR ergibt sich zunächst, dass Art. 10 EMRK sowohl auf eigene Meinungs- und Tatsachenäußerungen als auch auf die bloße Weitergabe von Informationen Dritter anwendbar ist¹⁹⁸. Die Norm gilt auch allgemein am Arbeitsplatz und für Beamte¹⁹⁹.

Der Schutzbereich des Art. 10 EMRK umfasst jegliche Form von „interference“, also behördlicher Ein-

¹⁹³ § 10 GE-SPD.

¹⁹⁴ EGMR Guja v. Moldova [GC], no. 14277/04, Rn. 73, Marchenko v. Ukraine, no. 4063/04, Rn. 46, und Heinisch v. Germany no. 28274/08 Rn. 65 [Hervorhebungen im Zitat stammt vom Verfasser].

¹⁹⁵ Z.B. TI-DRec Nr. 8 und UN-Toolkit S. 450.

¹⁹⁶ Z.B. Art. 6 SKorea-PIWA; Art. 2 des Whistleblower Protection Act (Act No. 122 of 2004) in Japan (<http://goo.gl/zww6T>); L 1161-1 des Code de Travail in Frankreich (<http://goo.gl/K6LkU>); Sec. 65 des Anti-Corruption and Economic Crimes Code von Kenia (<http://goo.gl/ARWgN>); Sec. 806 SOX in den USA (s.o. Fn. 186) und Art. 5 c) der ILO-Konvention 158 (s.o. Fn. 62).

¹⁹⁷ OECD/G20-Kompendium A-4.4.

¹⁹⁸ Vgl. EGMR Thoma./Luxembourg, 38432/97, EGMR, Urteil vom 23.09.1994, Jersild./Dänemark4, Series A Nr. 298.

¹⁹⁹ Vgl. EGMR Vogt./Germany, Urteil vom 26.09.1995, Series A No. 323, Rn. 53; Wille./Liechtenstein [GC], 28396/95, Rn. 41, EGMR 1999 VII; Ahmed u.a./Vereinigtes Königreich, Urteil vom 02.09.1998, Reports of Judgments and Decisions 1998 VI, § 56; und EGMR Fuentes Bobo v. Spain, 39293/98, Rn. 38, 29 February 2000.

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

Um durch Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt zu sein, muss ein Eingriff nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR kumulativ drei Voraussetzungen erfüllen: Er muss (a) gesetzlich vorgesehen sein und den Einschränkungsumfang in einer präzisen und vorhersehbaren Art und Weise bestimmen, (b) ein legitimes Ziel, also insbesondere eines der in Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten, verfolgen und (c) zusätzlich in seiner konkreten Ausgestaltung und Anwendung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein.²⁰⁰

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

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

Ein generelles Verbot würde die Vermutung der freien Rede und die Pflicht zum Nachweis der Notwendigkeit ihrer Beschränkung im konkreten Einzelfall ad absurdum führen. Jegliche Regelung eines Whistleblowing-Gesetzes kann daher nur verfassungsmäßig sein, wenn zumindest in Einzelfällen auch öffentliches Whistleblowing zulässig ist. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1970, anlässlich der Beurteilung des Falles eines mit hoch sensiblen Informationen befassten Beamten des Bundesamtes für Verfassungsschutz, anerkannt, dass ein evidenter, besonders schwerer Verfassungsverstoß auch eine sofortige Unterrichtung der Öffentlichkeit erfordern oder zumindest rechtfertigen kann²⁰¹. Da es hier sozusagen um den Schutz der informationellen Kronjuwelen des Staates ging, ist zu erwarten, dass die Anforderungen dort, wo es nur um den Schutz der Geheimhaltungs- und Geschäftsinteressen Privater gegenüber ihren Mitarbeitern geht, die Anforderungen wesentlich niedriger liegen

dürften. Außerdem hat sich auch das Verständnis der Notwendigkeit bei Behörden vorhandene, Informationen dem öffentlichen Diskurs zugänglich zu machen, seit den 1970iger Jahren wesentlich erweitert.²⁰²

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

Aus Gründen der Vollständigkeit und zur Verbesserung der Rechtsklarheit ist es sinnvoll die Problematik des Whistleblowings gegenüber der Öffentlichkeit in einem Whistleblowing-Gesetz zu regeln und dabei den Versuch zu unternehmen, die dargestellten Vorgaben mit einfach gesetzlichen Abwägungs- und Auslegungshilfen wenigstens teilweise zu konkretisieren. Das OECD/G20-Kompendium spricht insoweit von der „Ermöglichung der Informationsweitergabe an externe Kanäle einschließlich der Medien, Organisationen der Zivilgesellschaft, etc.“²⁰³. Auch an anderer Stelle finden sich entsprechende Empfehlungen²⁰⁴ und gesetzgeberische Beispiele²⁰⁵.

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

Demgegenüber stellt der Ansatz von A-Linke²⁰⁶ und GE-SPD²⁰⁷, die ein Recht zum öffentlichen²⁰⁸ Whistleblowing normieren wollen, wenn Hinweise

²⁰⁰ S.o. Fn. 67.

²⁰¹ BVerfG 1 BvR 690/65 vom 28.04.1970 Rn. 34 (<http://goo.gl/kyFe6>).

²⁰² Und durch die Schaffung der Informationsfreiheitsgesetze auch die Rechtslage.

²⁰³ OECD/G20-Kompendium A-4.6.

²⁰⁴ Z.B. in der Zusammenfassung zum PACE-Report (s.o. Fn. 53) oder in TI-DRec Nr. 8.

²⁰⁵ Z.B. Sec. 20 Queensland-PIDA, 43G UK-PIDA

²⁰⁶ Abschnitt II: Nr. Nr. 5 A-Linke.

²⁰⁷ § 6 Abs. 2 GE-SPD.

²⁰⁸ Für die Zwecke dieser Stellungnahme wird davon ausgegangen, dass mit „Öffentlichkeit“ jede andere Form von Whistleblowing an nicht privilegierte Adressaten mit abgedeckt ist. Dies ist jedoch keineswegs zwingend und insoweit sollten auch die Formulierungen in den Entwürfen von GE-SPD und GE-Grüne bzw. in einem zukünftigen Gesetz nochmals daraufhin überprüft werden, ob mit Öffentlichkeit wirklich „Jedermann“ als möglicher Adressat gemeint ist, oder ob es hier noch weiterer Spezifikationen bedarf.

oder Warnungen intern oder gegenüber der Behörde erfolglos geblieben sind oder wenn es sich um eine Notfallsituation handelt bzw. besonders gewichtige Rechtsgüter unmittelbar gefährdet sind, eine legitime, und hinsichtlich der Vorhersehbarkeit für den Whistleblower sinnvolle, Abwägungsvorgabe zugunsten der Meinungsfreiheit dar.

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

2.3.3.6.5. Sonderfragen

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

2.3.3.6.5.1. Unabhängigkeit von zuständiger Behörden und internem Adressaten

Die Idee hinter der Zulassung von zuständigen Behörden als Ansprechstellen für Whistleblower ist, ihnen neben internen Stellen, die jedenfalls manchmal eigene Interessen verfolgen und dann über keine hinreichende Unabhängigkeit zur objektiven Analyse des Missstand und angemessenen Reaktion auf den Missstand verfügen, immer eine unabhängige Stelle als (auch ersten) Ansprechpartner zur Verfügung zu stellen²⁰⁹.

Damit dieses Konzept funktionieren kann, muss die Unabhängigkeit der Behörde vom internen Adressaten auch in der Praxis immer tatsächlich gegeben sein. Insoweit taucht neben den Problemen des Lobbyismus und der personellen Verknüpfung von Überwachern und Überwachten, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, vor allem das Problem auf, dass der Whistleblower auch Insider in der zuständigen Behörde sein kann. Hier ist organisatorisch innerhalb der Verwaltung, sei es durch die Einrichtung von unabhängigen Ombudsleuten oder durch besondere Zuständigkeitsregelungen, sicherzustellen, dass es auch für Mitarbeiter aus der Verwaltung immer einen von ihrer Hierarchie völlig unabhängigen, kompetenten und mit genügend Ressourcen ausgestatteten Ansprechpartner gibt, der die Funktion der zuständigen Behörde übernimmt.

2.3.3.6.5.2. Regelungen zum gemeinschaftlichen Whistleblowing

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

eines gemeinsamen Whistleblowing in seinen Schutzbereich einbeziehen.

2.3.3.6.5.3. Hilfestellung bei der Identifikation der zuständigen Behörde

Von einem Whistleblower kann nicht erwartet werden, dass er im Gesetzesdickicht und Zuständigkeitswirrwarr in der Lage ist die sachlich und örtlich zuständige Behörde in jedem Falle zuverlässig auszumachen. Das britische PIDA²¹⁰ sieht insoweit die Festlegung zuständiger Behörden durch einen speziellen exekutiven Akt vor. Auch dies löst aber die Komplexitätsproblematik nicht vollständig. Stattdessen sollte, wie in § 3 Abs. 5 GE-SPD vorgesehen, eine Auffangzuständigkeit einer mit den notwendigen Geheimhaltungsmechanismen vertrauten und den Bürgerinnen und Bürgern bekannten Behörde begründet werden²¹¹.

2.3.3.6.5.4. Berater des Whistleblowers als privilegierte Adressaten

International gibt es auch Whistleblowing-Regelungen die z.B. Rechtsberater als privilegierte Adressaten von Whistleblowing vorsehen²¹². Auch das OECD/G20-Kompendium²¹³ empfiehlt die Bereitstellung von Beratung für den Whistleblower. Da eine Beratung der Whistleblower sowohl eine höhere Qualität der Inhalte des Whistleblowings als auch eine bessere Beachtung der gesetzlichen Vorgaben sicherstellen kann, spricht vieles dafür, auch in Deutschland eine entsprechende Regelung einzuführen. Allerdings müsste dann zugleich sichergestellt werden, dass die Berater ihrerseits einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterliegen, um so ein öffentliches Whistleblowing unter Umgehung der dafür bestehenden Voraussetzungen zu vermeiden.

2.3.3.6.5.5. Parlamente und Parlamentarier als privilegierte Adressaten

International sehen Whistleblowing Regelungen z.T. Parlamente und Parlamentarier²¹⁴ als privilegierte Adressaten von Whistleblowing vor. In Deutschland sieht Art. 17 GG nur in seinem Anwendungsbereich eine Privilegierung von Parlamenten (es ist umstritten ob hierzu auch einzelne Parlamentarier zählen)²¹⁵ vor, also nur bei offenem schriftlichen Whistleblowing. Im Sinne einer Stärkung des demokratischen Prinzips und einer Stärkung der Legislative gegenüber der Exekutive, erscheint es sinnvoll, im Whistleblowing-Gesetz eine Ausweitung, z.B. auf anonyme Parlamentspetitionen und ggfls. auch auf Mitteilungen an einzelne Abgeordnete vorzusehen, jedenfalls aber Parlamentspetitionen unter den Schutz des Whistleblowing-Gesetzes zu stellen.

2.3.3.6.5.6. Privilegierte Adressaten im Vergaberecht

²¹⁰ Sec. 43F UK-PIDA.

²¹¹ Laut Deiseroth (s.o. Fn. 118) S. 14 „dürfte ausreichen, wenn der Arbeitnehmer berechtigter Weise die vermeintlich zuständige Stelle anruft und diese dann als Empfangsbotin die Sache an die wirklich zuständige Stelle weiterleitet“.

²¹² Z.B. Sec. 43D UK-PIDA.

²¹³ OECD/G20-Kompendium A-4.9.

²¹⁴ Sec. 806 SOX in den USA (s.o. Fn. 186) nennt „any Member of Congress or any committee of Congress“. S.a. Sec. 14 Queensland-PIDA.

²¹⁵ Klein zu Art. 17 GG (s.o. Fn. 155), Rn. 111.

²⁰⁹ Vgl. TI-DRec Nr. 7 und 8.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es sinnvoll sein kann den sachlichen Anwendungsbereich bei internem Whistleblowing weiter zu stecken als bei anderen Formen, weil hier auch unterhalb der Schwelle von Rechtsverletzungen und konkreten Rechtsgutsgefährdungen ein tauglicher Adressat für Whistleblowing vorliegt. Ähnliches gilt, wobei hier je nach Fallgestaltung bereits die Schwelle zu Rechtsverletzungen und konkreten Rechtsgutsgefährdungen überschritten sein kann, im Vergaberecht. Für diesen Bereich sollte aufgrund seiner enormen Relevanz für die öffentlichen Haushalte eine gesetzliche Klarstellung erfolgen, dass Hinweise auf (drohende) Verstöße gegen die Vorgaben der Ausschreibung bzw. des Vergabevertrages, ebenfalls in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen und die vergebenden öffentlichen Stellen insoweit stets als zuständige Behörde anzusehen sind²¹⁶.

2.3.3.6.5.7. Andere privilegierte Adressaten

Auch für die Benennung weiterer privilegierter Adressaten jenseits von internen Anlaufstellen und zuständigen Behörden gibt es international Beispiele²¹⁷. Lösbar wäre diese Problematik über eine offene Formulierung in Gesetz nach der Nennung der zuständigen Behörde „oder andere geeignete Stellen“ oder über eine Öffnungsklausel „oder an andere durch Gesetz oder Rechtsverordnung einer zuständigen Behörde gleichgestellte Stellen“. Die zweite Lösung bietet größerer Rechtssicherheit für alle Beteiligten und sollte als sinnvolle Ergänzung der bisherigen Zuständigkeitsregelungen erwogen werden.

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

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

im Großbritannien oder die U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) ebenfalls als rechtmäßiges Whistleblowing gelten.

2.3.4. Rechtsfolgen des Whistleblowings

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

2.3.4.1. Hinsichtlich der Bearbeitung des Hinweises

Sinn und Zweck des Whistleblowings ist es die Information, die im Hinweis mal mehr, mal weniger offensichtlich enthalten ist, zu analysieren und einer für die Gesellschaft, Staat und Wirtschaft nützlichen Verwendung, vor allem im Sinne einer Bekämpfung des Missstandes zuzuführen. Daher sollte im eigentlichen Sinne der Hinweis und nicht der Hinweisgeber im Mittelpunkt des Gesetzes stehen²¹⁸.

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

2.3.4.1.1. Recht des Whistleblowers auf eine verkörperte Eingangsbestätigung

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

Aus all diesen Gründen bietet es sich an gesetzlich dem Whistleblower zumindest das Recht einzuräumen, eine schriftlich oder elektronisch verkörperte und somit für Beweis Zwecke taugliche, Eingangsbestätigung hinsichtlich des Inhalts und des Zeitpunktes seines Whistleblowings vom Adressaten einfordern zu können²¹⁹. Umgekehrt macht es angesichts

²¹⁶ Das Whistleblower-Netzwerk hatte für den Bereich des Vergaberechts bereits 2008 einen konkreten Vorschlag für eine Gesetzesänderung gemacht (<http://goo.gl/4Y7Xw>), und auch die Fraktion Bündnis90/Die Grünen hatte dieses Thema in ihrem Antrag zur Vergaberechtsreform aufgegriffen (vgl. Bundestags Drucksache 16/8810 - <http://goo.gl/Ps7kH>).

²¹⁷ Z.B. Sec. 9 der Regelung in Jamaika (s.o. Fn.127). Art. 6 des Gesetzes in Rumänien (s.o. Fn. 129) nennt in einer langen Liste alternativer oder kumulativer Ansprechpartner auch Massenmedien und Gewerkschaften. Sec 23 Queensland-PIDA trifft eine spezielle Regelung für Hinweise in Gerichtsverfahren und gegenüber Gerichten.

²¹⁸ Vgl. hierzu auch B. Rohde-Liebenau (s.o. Fn. 126).

²¹⁹ Dies sieht auch Sec 32 Queensland-PIDA vor und trifft hierzu weitere Detailregelungen. Aus Art. 22b Abs.1 b) des EU-

der weiten Definition des sachlichen Anwendungsbereichs und aus Gründen der Vermeidung unnötigen Verwaltungsaufwandes keinen Sinn dem Adressaten eine generelle Pflicht zur Erteilung einer Eingangsbestätigung selbst dort aufzubürden, wo der Whistleblower kein Interesse daran hat.

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

Bei vertraulichem Whistleblowing über Vertraulichkeitsmittler (z.B. einen externen Rechtsanwalt/ Ombudsmann) greift ebenfalls die Organisationshoheit desjenigen der diesen Vertraulichkeitsmittler als Adressaten anbietet. Die Rückmeldung kann in diesem Falle auf dem gleichen Wege wie die Meldung erfolgen. Auch beim anonymen Whistleblowing ist, soweit ein Kanal für eine 2-Wege-Kommunikation²²⁰ verfügbar ist, die Erteilung einer Eingangsbestätigung möglich.

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

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

GE-BMin formuliert, dass der Whistleblower vom Arbeitgeber „Abhilfe verlangen“ kann, beabsichtigt damit aber offensichtlich dennoch keinen Rechtsanspruch des Whistleblowers auf Abhilfe. GE-Grüne spricht von einem „Verlangen nach Abhilfe“, knüpft an die nicht ausreichende oder gar nicht erfolgende Abhilfe (bzw. deren Erwartbarkeit) aber ebenso wie GE-BMin nur Rechtsfolgen hinsichtlich der Zulässigkeit der Einschaltung externer Adressaten. GE-SPD spricht ebenfalls von einem „Verlangen nach Abhilfe“, dem aber zumindest soweit es auf der internen Ebene erfolgt, in jenem Entwurf gar keine rechtliche Bedeutung zuzukommen scheint²²¹. A-

Beamtenstatuts (<http://goo.gl/nMhrw>) folgt die Pflicht von OLAF dem Whistleblower binnen 60 Tagen ordnungsgemäß über die voraussichtliche Dauer der Untersuchung zu informieren.

²²⁰ Zu Beispielen s.o. Fn. 157f.

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

Linke²²² führt im Rahmen der Verpflichtung zur Einrichtung von Hinweissystemen aus: „Whistleblowern muss es möglich sein, eine angemessene Untersuchung einer Beschwerde und gegebenenfalls Abhilfemaßnahmen erreichen zu können“.

Letztlich befinden sich Whistleblower, die keine originär eigenen und damit auf dem Rechtswege ohnehin durchsetzbare Rechte geltend machen, in einer Situation, die jenen der Petenten im Sinne von Artikel 17 GG entspricht. Daher sollte ein Whistleblowing-Gesetz ihre Rechtstellung auch dort, wo die Whistleblower nicht ohnehin zugleich Petenten im Sinne des Artikels 17 GG sind, jener Rechtsstellung anpassen, bzw. diese eventuell auch sachgerecht erweitern²²³.

Daraus folgt zunächst die Forderung nach einem, notfalls auch gerichtlich durchsetzbaren Rechtsanspruch des Whistleblowers auf inhaltliche Befassung des „Arbeitgebers“, bzw. der internen Organisation, bzw. der letztlich sachlich und örtlich zuständigen angerufenen Behörde, mit dem Hinweis und seinem Inhalt. Dies erfordert jedenfalls die sorgfältige Prüfung des Hinweises und dessen sachliche Bescheidung²²⁴.

Wird ein Hinweis wiederholt, so sollte ebenfalls anlog zum Petitionsrecht gelten: Es besteht die Verpflichtung zumindest zur Überprüfung, ob tatsächlich volle Identität vorliegt. In letzterem Fall ist ein Hinweis auf die schon erfolgte Bearbeitung zulässig²²⁵.

Natürlich kann für beim Empfänger auch aus anderen Rechtsnormen eine über die Pflicht zur sorgfältigen Prüfung des Hinweises selbst hinausgehende Pflicht zur umfassenderen Prüfungen und zu weitergehenden Nachforschungen und Ermittlungen bestehen. Gerade in diesen Fällen stellt sich die Frage, ob der Whistleblower sich insoweit zum Sachwalter für die Einhaltung jener Pflichten machen und deren Einhaltung als eigenes Recht vom Empfänger notfalls auch gerichtlich einfordern können soll oder, ob zumindest eine gerichtliche Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Bearbeitung des Hinweises erreicht werden kann²²⁶.

Diese Frage wird international dort bejaht, wo, wie etwa im False Claims Act²²⁷ in den USA, Whistleblowern sogar noch weitergehender das

²²² A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 2.

²²³ Eine detaillierte Regelung zum Umgang mit Hinweisen enthalten z.B. die Sec 18ff. des Gesetzes in Jamaika (s.o. Fn.127) und auch Sec 28ff. Queensland-PIDA.

²²⁴ Klein zu Art. 17 GG (s.o. Fn. 155), Rn. 88ff.

²²⁵ Klein zu Art. 17 GG (s.o. Fn. 155), Rn. 88ff.

²²⁶ Der Verfasser ist trotz Art. 22a und 22b des EU-Beamtenstatuts mit seinem Versuch eine gerichtliche Überprüfung der Untersuchung durch OLAF zu erreichen vor den EU-Gerichten gescheitert (EuG T-4/05 vom 22.03.2006 und EuGH C-237/06P vom 08.03.2007; vgl. hierzu auch die Stellungnahme vor dem Europäischen Parlament). Demgegenüber gewährte der Britische High Court in der Auseinandersetzung um die Rechtmäßigkeit der Einstellungsverfügung durch das Serious Fraud Office im Al-Yamamah Waffengeschäft von BAE mit Saudi-Arabien sogar den zunächst unbeteiligten zivilgesellschaftlichen Gruppen Corner House Research und Campaign Against Arms Trade (CAAT) das Recht auf eine gerichtliche Überprüfung der Einstellungsverfügung (vgl. <http://goo.gl/fCd1X>).

²²⁷ S.o. Fn. 86ff.

Recht eingeräumt wird, Forderungen der öffentlichen Hand selbst in deren Namen gerichtlich durchzusetzen. Wie Eingangs dargelegt hat sich dieses Instrument für die öffentlichen Haushalte als äußerst nützlich erwiesen. Es ist für sein funktionieren andererseits mit einigen Voraussetzungen verbunden, die in Deutschland derzeit regelmäßig nicht vorliegen werden. So z.B. mit aus sanktionsgründen überhöhten Schadenersatzzahlungen, mit der Ausschüttung von Prämien an Whistleblowern und mit einer auf Provisionsbasis arbeitenden Anwaltschaft. Daher ist das Instrument des qui-tam zumindest derzeit noch nicht auf Deutschland übertragbar.

Andererseits ist die, notfalls auch gerichtliche, Geltendmachung von öffentlichen Interessen durch nicht in eigenen Rechten berührte Personen auch in Deutschland in einigen Fällen möglich²²⁸. Auch im Falle von Whistleblowing geht es um die Wahrung öffentlicher Interessen. Andererseits muss aber auch die Gefahr einer Überlastung der Gerichte durch Klagen von Whistleblowern, die über die fehlende Sorgfalt im Umgang mit ihrem Hinweis hinaus auch noch die Nichtvornahme bestimmter Aktivitäten zur Missstandsbekämpfung einklagen, begrenzt werden. Im Whistleblowing-Gesetz sollte den Whistleblowern eine solche Möglichkeit aber überall dort zuerkannt werden, wo ihnen ohnehin aufgrund einer bereits bestehenden anderen gesetzlichen Bewertung eine besondere rechtliche Pflicht im Hinblick auf den Missstand und seine Verhinderung obliegt. Dies wird regelmäßig dort der Fall sein, wo die Whistleblower – aufgrund anderer gesetzlicher Vorschriften – eine Pflicht zum Whistleblowing haben. Soweit diese Pflicht besteht, sollte daraus also ein, notfalls gerichtlich überprüfbares, korrespondierendes subjektives Recht des Whistleblowers folgen, dass im Hinblick auf den von ihm gemeldeten Missstand, seitens des zuständigen Empfängers, über eine sorgfältige Prüfung des Hinweises hinaus auch weitere gebotene Aufklärungs- und Abhilfemaßnahmen ergriffen werden.

2.3.4.1.2. Angemessene Dokumentation

Das Gesetz sollte darüber hinaus eine Pflicht des „Arbeitgebers“, bzw. der Organisation und der zuständigen Behörde, zur angemessenen Dokumentation des Hinweises und der unternommen Prüfungen und Abhilfemaßnahmen statuieren²²⁹. Dies selbstverständlich unter Beachtung datenschutzrechtlicher Anforderungen. Diese Dokumentationspflicht dient dem Empfänger zum Nachweis seinen Rechtspflichten im Umgang mit dem Hinweis genügt zu haben, zugleich ermöglicht sie eine diesbezügliche Kontrolle.

2.3.4.1.3. Recht des Whistleblowers auf Information

Auch jenseits des, im Hinblick auf die Rechte Dritter unproblematischen und hier deshalb vorangestellten Anspruches des Whistleblowers auf Erteilung einer Eingangsbestätigung, sollte der Whistleblower –

soweit möglich und sinnvoll – über die Bearbeitung des Hinweises informiert und in diese eingebunden werden, um eine optimale Nutzung der bei ihm vorhandenen Informationen zu gewährleisten und zugleich der Wertschätzung gegenüber dem Hinweisgeber und seinem Hinweis Ausdruck zu verleihen. Hierzu gehört auch eine angemessene Information über die voraussichtliche Dauer der Bearbeitung.

A-Linke²³⁰ formuliert insoweit: „Die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber haben das Recht auf regelmäßige Information über den Fortgang, den Zeitraum und das Ergebnis ihrer Offenlegung.“ Im GE-SPD taucht dieser Aspekt erneut indirekt in § 6 Abs. 2 Nr. 2 auf. Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt die „Bereitstellung von Informationen, Beratung und von Rückmeldungen an die Whistleblower über Maßnahmen, die in Reaktion auf ihre Meldungen ergriffen wurden“²³¹. Dem sollte der Gesetzgeber durch eine explizite Normierung Rechnung tragen und z.B. vorgeben, dass der Whistleblower in zeitlich und sachlich angemessenem Umfang über die Bearbeitung seines Hinweises und deren voraussichtliche Dauer zu informieren und, soweit sinnvoll, in diese einzubeziehen ist. Angemessen bedeutet dabei, dass auf die zur Bearbeitung des Hinweises nötigen untersuchungstechnischen und –taktischen Beläge ebenso Rücksicht genommen werden darf, bzw. muss, wie auf berechnigte Interessen des Empfängers oder Dritter.

2.3.4.2. Hinsichtlich des Schutzes des Whistleblowers

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

2.3.4.2.1. Anspruch auf Schutz der Identität

GE-BMin und GE-Grüne sprechen diese Problematik nicht an. Aus § 5 Abs. 1 GE-SPD lässt sich eine Verpflichtung zum Identitätsschutz allenfalls vage ableiten. § 11 Abs. 2 GE-SPD beinhaltet eine Verpflichtung von Unternehmen und Betrieben im Falle der (freiwilligen) Einrichtung interner Hinweisgebersysteme, in Verbindung mit der Möglichkeit der Abgabe anonymer Hinweise, das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen Personen zu schützen. Demgegenüber macht der A-Linke²³² klare Schutzvorgaben zugunsten des Whistleblowers: „Anonymes Whistleblowing ist zu ermöglichen. Die Identität von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern ist zu schützen und ver-

²²⁸ Vgl. das Gesetz über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG und hierzu mit der Forderung nach Ausweitung auch das Urteil des EuGH C-115/09 vom 12.05.2011 (<http://goo.gl/at9tO>).

²²⁹ Sec 18 des Gesetzes in Jamaika (s.o. Fn.127) und auch Sec 29 Queensland-PIDA.

²³⁰ A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 4.

²³¹ OECD/G20-Kompendium A-4.9, vgl. auch TI-DRec Nr. 10 und GAP-IBP Nr. 19 m.w.N.

²³² Abschnitt II: Nr. 6 A-Linke.

traulich zu behandeln. Sie darf nicht ohne Zustimmung der Betroffenen offenbart werden.“

Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt zum einen den „Schutz der Identität durch die Verfügbarkeit von Möglichkeiten anonymer Meldungen“²³³ und außerdem „Geordnete rechtsstaatliche Verfahren für beide Parteien (Whistleblower und gegnerische Partei), einschließlich u.a. der Notwendigkeit Vertraulichkeit zu schützen“²³⁴.

Die typische Reaktion auf ungewolltes Whistleblowing ist oft unterschwellig und subtil aber nicht desto weniger schädlich. Auch Mobbinghandlungen sind oft nur sehr schwer nachweisbar und rechtlich greifbar zu machen. Daher ist es für Whistleblower wichtig, dass, jedenfalls soweit sie dies selbst wollen und dies praktisch möglich ist, die Möglichkeiten der Diskriminierung schon rein faktisch dadurch begrenzt werden, dass der Personenkreis, der um ihre Identität und um ihr Whistleblowing weiß, möglichst klein gehalten wird²³⁵.

2.3.4.2.1.1. Anonymes Whistleblowing

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

Außerdem stellen sich bei einer vom Whistleblower selbst organisierten Anonymität große Hürden hinsichtlich der Etablierung einer sicheren 2-Wege-Kommunikation. Letztere, also die Möglichkeit Rückfragen an den Whistleblower zu stellen und beantwortet zu bekommen, ist aber ein wesentliches Kriterium, um die eine hohe Qualität und Glaubwürdigkeit von Whistleblowing-Informationen sicherzustellen. Daher sollte das Whistleblowing-Gesetz anonymes Whistleblowing nicht nur rechtlich zulassen, sondern auch vorsehen, dass zumindest bestimmte Whistleblowing-Adressaten besondere Mechanismen bereitstellen müssen, die sicheres anonymes Whistleblowing inklusive einer sicheren 2-Wege-Kommunikation, in einfacher Weise ermöglichen. Beim LKA-Niedersachsen und bei OLAF²³⁶, sowie in einigen Unternehmen werden bereits heute mehr oder weniger verlässliche Mechanismen be-

reithalten, die eine 2-Wege-Kommunikation auch mit anonymen Whistleblowern, zumindest solange diese dies wollen, ermöglichen.

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

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

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

Der Gesetzgeber sollte die Sicherheit von anonymem Whistleblowing über vom Adressaten speziell hierfür bereitgestellte Mechanismen ggfls. auch noch strafrechtlich, durch ein Ausforschungsverbot, untermauern und durch ein, im Falle illegaler Ausforschung eingreifendes, Beweisverwertungsverbot zugunsten des Whistleblowers absichern. Schließlich sollte der Gesetzgeber auch klarstellen, dass die, mit der Anonymitätsgewährleistung auf der einen Seite für die andere Seite, z.B. einen Beschuldigten, verbundenen Einschränkungen des fehlenden Wissens über die Identität eines rechtmäßigen Hinweisgebers, hinzunehmen sind²³⁷.

Zum Ausgleich sollte hinsichtlich der Würdigung von anonym erlangten Informationen der Grundsatz gelten, dass diese, soweit sie hinreichend konkret sind, zwar einen Ansatzpunkt für weitergehende Ermittlungen darstellen können, unbelegten anonymen Behauptungen selbst aber keinerlei Beweiswert zukommt, sie daher alleine auch nicht zur Rechtfertigung

²³³ OECD/G20-Kompendium A-3.5.

²³⁴ OECD/G20-Kompendium A-3.1.

²³⁵ Zum Identitätsschutz vgl. auch PACE-Report Rn. 116f., TI-DRec Nr. 12, BROWN Nr. 20 und GAP-IBP Nr. 6 m.w.N.

²³⁶ S.o. Fn. 157f.

²³⁷ Die „Stellungnahme 1/2006 zur Anwendung der EU-Datenschutzvorschriften auf interne Verfahren zur Meldung mutmaßlicher Missstände in den Bereichen Rechnungslegung, interne Rechnungslegungskontrollen, Fragen der Wirtschaftsprüfung, Bekämpfung von Korruption, Banken- und Finanzkriminalität der Artikel 29-Datenschutzgruppe 00195/06/DE, WP 117“ vom 01.02.2006 <http://goo.gl/QbGbx> und der hierauf basierende „Arbeitsbericht der Ad-hoc Arbeitsgruppe Beschäftigtendatenschutz des Düsseldorfer Kreises, Whistleblowing – Hotlines: Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigtendatenschutz“ (<http://goo.gl/QbjXN>), stehen anonymen Meldemöglichkeiten skeptisch gegenüber, räumen aber letztlich ein, dass diese, jedenfalls als nicht primär beworbene Option und unter Beachtung der datenschutzrechtlichen Pflichten, bei ihrer Ausgestaltung schon heute auf Unternehmensebene rechtmäßig eingesetzt werden können. Umso eher muss es dem Gesetzgeber möglich sein hier Wertungen vorzunehmen.

tigung der Sanktionierung Dritter dienen können. Darüber hinaus sind natürlich die Rechte etwaiger Beschuldiger, insbesondere aus dem BDSG, zu wahren.

Was die Fähigkeit des anonymen Whistleblowers zur Wahrnehmung seiner Rechte angeht, so gehen mit der Anonymität jedenfalls praktisch Einschränkungen einher (z.B. Nachweis von Benachteiligungen und Klagemöglichkeiten). Hier sollte, anders als vom BAG bisher gehandhabt²³⁸, zukünftig gelten, dass der Whistleblower stets die Möglichkeit hat seine Anonymität zugunsten der besseren Wahrnehmung seiner Rechte aufzugeben und ihm daraus dann keine weiteren Nachteile erwachsen dürfen. Dort, wo es mittels sorgfältiger Ermittlung und häufig zunächst anonym erfolgender 2-Wege-Kommunikation gelingt, Vertrauen beim Whistleblower aufzubauen, wird dieser auch umso eher bereit sein, seine Anonymität aufzugeben und z.B. offen als Zeuge aufzutreten.

2.3.4.2.1.2. Whistleblowing über einen Vertraulichkeitsmittler

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

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

Nach geltendem Recht könnte eine solche Funktion z.B. ein vom Whistleblower selbst beauftragten Rechtsanwalt wahrgenommen werden. Allerdings würde dies bedeuten, dass der Whistleblower einen hierzu qualifizierten Anwalt finden und nicht unerhebliche Mittel aufwenden müsste. In der Praxis dürfte dies eine zu hohe Hürde sein, die Whistleblower abschreckt und gewünschtes Whistleblowing verhindert. Denkbar wären auch andere Whistleblowing-Berater. Bei ihnen besteht jedoch das Problem, dass sie, anders als ein vom Whistleblower beauftragter Anwalt, nicht über Zeugnisverweigerungsrechte verfügen und auch keiner strafrechtlich abgesicherten Pflicht unterliegen, die Identität des Whistleblowers und die Inhalte der Kommunikation mit ihm geheim zu halten²³⁹.

²³⁸ S.o. Fn. 153f.

²³⁹ Sofern Daten Dritter anfallen und die Ausnahmevorschrift des § 19 Abs. 4 BDSG nicht durchgreift haben diese nach § 19 Abs. 1

Hier könnte der Gesetzgeber jedoch eingreifen, indem er die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen schafft und den Aufbau einer solchen Beratungs- und Vertraulichkeitsmittler-Infrastruktur fördert.

In der Praxis sind es derzeit vor allem Unternehmen, die versuchen Vertraulichkeitsmittler zur Verfügung zu stellen, in dem sie z.B. externe Anwälte als Ansprechstellen für Whistleblower beauftragen. Die Auswahl und Kostenproblematik beim Whistleblower wird so gelöst. Rechtlich ist diese Konstruktion allerdings keineswegs unproblematisch, denn der Rechtsanwalt agiert hier in einer Situation, in der seine eigenen Interessen und die seines Auftraggebers nicht zwingend mit denen des Whistleblowers übereinstimmen müssen. Der Anwalt wird regelmäßig ein Interesse daran haben, den Auftrag als „Ombudsmann bzw. Whistleblower-Ansprechstelle“ des potentiellen Adressaten zu behalten. Jener aber will im Zweifel alle kritischen Informationen erlangen und verhindern, dass der Whistleblower andere Formen des Whistleblowings wählt. Ein Rechtsanwalt, der einem Whistleblower in dessen u.U. wohl verstandenen Interesse rät, lieber zu schweigen, bestimmte Informationen erst einmal zurückzuhalten oder aber lieber gleich die Behörden oder gar die Öffentlichkeit zu informieren, wird sich auf Dauer bei seinem Auftraggeber nicht beliebt machen. Dies alles ist eine, für die ansonsten als Parteivertreter agierenden Anwälte, eigentlich unguete Konstellation und auch nicht jene, um deren Willen der Gesetzgeber sie mit umfangreichen Zeugnisverweigerungsrechten ausgestattet hat. Daher ist es letztlich sogar fraglich, ob diese, wenn es einmal hart auf hart käme, in einer derartigen Whistleblowing-Konstellation überhaupt durchgreifen können²⁴⁰. Einige dieser Probleme könnten durch eine gesetzliche Klarstellung und Festschreibung der, den Vertraulichkeitsmittlern insoweit obliegenden, Pflichten gelöst werden.

Bei Behörden besteht ebenfalls das Problem, dass es auch hier in der Regel keine rechtlich und faktisch sichere Möglichkeit gibt, eine Beratung und Vertraulichkeitsmittlung im oben dargestellten Umfange zu gewährleisten, bei der sichergestellt ist, dass die Identität des Whistleblowers nicht in irgendwelchen Akten auftaucht, die dann später doch in die Hände der Vertreter der Organisation oder etwaiger Beschuldiger gelangen. Polizei und Staatsanwaltschaften unterliegen dem Legalitätsprinzip und können den Whistleblower nicht wieder nach Hause schicken, weil sein Risiko zu hoch ist, damit können sie auch nicht ergebnisoffen und unabhängig beraten. Es mag zwar den einen oder den anderen Behördenmitarbeiter geben, der Namen von Whistleblowern nicht

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

²⁴⁰ Zur gesamten Problematik vgl. Goers, Matthias: Der Ombudsmann als Instrument unternehmensinterner Kriminalprävention -- Zur Frage nach der Gestaltung des Vertraulichkeitspostulats anwaltlicher Ombudsmänner mit Wirkung für das Strafverfahren; 2010.

notiert, er bewegt sich damit aber am Rande seiner Dienstpflichten und somit auf dünnem Eis. Daher finden sich derzeit die Namen der Whistleblower meist in den Akten. Die Vornahme einer Akteneinsicht ist heutzutage ein beliebter Weg, um die Identität von Whistleblowern herauszufinden. Ist diese bekannt, so wird ein rechtliches aber auch ein tatsächliches Vorgehen gegen diese möglich.

Um dies zu ändern, bräuchte es eine klare gesetzliche Regelung, die es in Whistleblowing-Fällen entweder erlaubt, die Namen von Whistleblowern aus den Akten herauszulassen und den Betroffenen nicht zu offenbaren, oder die es ermöglicht, eine besondere Einrichtung zwischenzuschalten, die die Funktion eines Beraters und Vertraulichkeitsmittler rechtlich und tatsächlich so erfüllen kann, dass die Vertraulichkeit der Identität des Whistleblowers immer gewahrt bleibt und dessen ergebnisoffene Beratung möglich ist²⁴¹. Als Vorbild insoweit könnten jedenfalls Teile der Vorschriften des Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetzes dienen, insbesondere dessen §§ 3 und 4, die Geheimhaltungsverpflichtungen vorsehen und ein Recht zur Sperrung und Nichtübermittlung von Daten einräumen.

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

2.3.4.2.1.3. Offenes Whistleblowing und Datenschutz

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

erfährt, entscheidend zur größeren gesellschaftlichen Akzeptanz von Whistleblowing beitragen kann. Gelingt es diese zu erreichen, dürfte damit auch ein Rückgang des Anteils des anonymen Whistleblowings einhergehen und so ein, sich selbst verstärkender, positiver Effekt entstehen.

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

2.3.4.2.2. Benachteiligungsverbot

Die Empfehlungen des OECD/G20-Kompendiums hinsichtlich des Benachteiligungsverbots, welches unzweifelhaft ein Kernelement des Schutzes für Whistleblower darstellt²⁴², lauten: „Schutz von diskriminierenden und Vergeltung darstellenden Personalmaßnahmen jeder Art einschließlich: Entlassung, Suspendierung oder Degradierung, andere Disziplinar- oder Korrekturmaßnahmen; Dienstzuteilung oder Versetzung; Leistungsbewertung; Entscheidung über Gehälter, Prämien, Belohnungen, Aus- und Weiterbildung, Anordnungen sich medizinischen Tests oder Untersuchungen zu unterziehen oder jede andere signifikante Veränderung in Pflichten, Verantwortlichkeiten oder Arbeitsbedingungen“²⁴³; „Schutz gegen die Nichtvornahme von Personalmaßnahmen, wie Auswahl, Vertragsverlängerung, Ernennung oder Beförderung“²⁴⁴ und „Schutz vor Mobbing, Stigmatisierung, Drohungen und jeder anderen Form von Vergeltungsmaßnahme“²⁴⁵.

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

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

²⁴¹ B. Rohde-Liebenau (s.o. Fn. 126) S. 42f. schlägt eine Organisation nach dem Vorbild der britischen gemeinnützigen NGO Public Concern at Work (<http://www.pcaw.org.uk/>) vor.

²⁴² Vgl. z.B. TI-DRec Nr. 13; BROWN Nr. 21; Frankreich (s.o. Fn. 196), UNCAC Art. 33, PACE-R 6.1.3.1.; Namibia: § 52 Abs. 4 des Anti-Corruption Act, 2003 (<http://goo.gl/Ttm9W>); Nepal: § 56 des The Prevention of Corruption Act 2059 (<http://goo.gl/vZ0sC>) und GAP-IBP Nr. 7 m.w.N.

²⁴³ OECD/G20-Kompendium A-3.2.

²⁴⁴ OECD/G20-Kompendium A-3.3.

²⁴⁵ OECD/G20-Kompendium A-3.4.

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

Eine Benachteiligung ist jede nachteilige Veränderung der tatsächlichen, dienstlichen oder rechtliche Situation, aber auch die Vorenthaltung von Vorteilen, die eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt²⁴⁶. Es erscheint durchaus sinnvoll dies im Gesetz, wie dies in § 3 Abs. 1 GE-SPD und z.B. auch in § 3 Abs. 1 Satz 1 AGG geschehen ist, nochmals zu konkretisieren. Demgegenüber scheint eine bloß mittelbare Benachteiligung durch neutrale Vorschriften, wie sie § 3 Abs. 2 AGG regelt, hinsichtlich von Whistleblowing kaum denkbar. Andererseits ist aber in einem Whistleblowing-Gesetz eine Klarstellung nötig, dass Mobbing bzw. eine Belästigung i.S.v. § 3 Abs. 3 AGG ebenso als Benachteiligungen gelten, wie die Anweisung zu einer Benachteiligung i.S.v. § 3 Abs. 5 AGG.

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

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

Von besonderer Bedeutung ist schließlich auch noch, dass Whistleblower nicht nur Benachteiligungen seitens ihre „Arbeitgeber“ drohen, sondern dass Benachteiligungen auch durch Dritte (z.B. Kollegen,

Geschäftspartner des Arbeitgebers, zukünftige Arbeitgeber oder Behörden) erfolgen können. GE-BMin und GE-Grüne greifen daher schon systematisch zu kurz, da sie über § 612a BGB nur Benachteiligungen durch den Arbeitgeber erfassen. Whistleblowerschutz muss aber – mindestens entsprechend der Regelungen im AGG – umfassend, also u.a. arbeits- bzw. beamtenrechtlich und auch schuld- und deliktsrechtlich erfolgen. Es kann dabei durchaus Sinn machen, besonders typische und einschneidende Benachteiligungen, wie insbesondere Kündigungen und Disziplinarmaßnahmen, im Gesetz nochmals explizit zu verbieten²⁴⁷.

Ein Benachteiligungsverbot sollte außerdem sicherstellen, dass der Arbeitgeber bzw. die Organisation innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses über § 278 BGB und ansonsten jedenfalls über § 831 BGB gesamtschuldnerisch neben dem Benachteiligenden selbst haftet²⁴⁸.

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

2.3.4.2.3. Anspruch auf Fürsorge und Schutz durch den Arbeitgeber

Zur Absicherung des Benachteiligungsverbots sollte ein Gesetz, auch über den bereits angesprochenen Identitätsschutz hinaus, einen Anspruch des Whistleblowers auf Fürsorge und Schutz, im Sinne von Maßnahmen zur Verhinderung von und zum unmittelbaren Einschreiten²⁴⁹ bei Benachteiligungen haben.

Dabei kann zwischen abstrakt generellen, z.B. vorbeugenden, Maßnahmen unterschieden werden, die bereits vor konkreten Anhaltspunkten für Hinweise getroffen werden sollten²⁵⁰, und solchen, die während bzw. nach einem Whistleblowing zum Schutz des konkreten Hinweisgebers erfolgen. Auf letztere sollte der Whistleblower einen eigenständigen Rechtsanspruch haben.

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

Was die konkreten Schutzmaßnahmen nach dem Whistleblowing angeht, so ist es erstrebenswert, dass

²⁴⁶ In GAP-IPB Nr. 7 heißt es hierzu: „it is necessary to ban any discrimination taken because of protected activity, whether active such as termination, or passive such as refusal to promote or provide training. Recommended, threatened and attempted actions can have the same chilling effect as actual retaliation. The prohibition must cover recommendations as well as the official act of discrimination, to guard against managers who 'don't want to know' why subordinates have targeted employees for an action. In non-employment contexts it could include protection against harassment ranging from discipline to litigation“.

²⁴⁷ Wie dies § 4 Abs. 1 Satz 3 GE-SPD für die Kündigungen tut.

²⁴⁸ Dies muss auch für die Ansprüche auf Schadensersatz, Entschädigung, Unterlassung und Beseitigung gelten.

²⁴⁹ Vgl. TI-DRec Nr. 21. PACE-Report A.6.2.5. spricht ebenfalls „interim relief“ an.

²⁵⁰ Dazu s.u. Kapitel 2.3.5.4.

der „Arbeitgeber“, bzw. hierfür besonders qualifiziertes Personal, sich, jedenfalls soweit der Whistleblower dieses wünscht, unmittelbar nach dem Whistleblowing mit diesem zusammensetzt. In diesem Rahmen sollte dann gemeinsam mit dem Whistleblower eine Analyse hinsichtlich eventuell drohender Benachteiligungen, auch durch Kollegen und Dritte vorgenommen und eine konkrete Strategie zu deren Verhinderung bzw. Begrenzung erstellt werden. Hierzu zählen Maßnahmen zur Begrenzung der Mitwisser und des Identitätsschutzes genauso wie vorbeugende vorübergehende oder dauerhafte Ver- und Umsetzungen²⁵¹. Alle Maßnahmen sollten selbst nicht benachteiligend sein und nur mit Zustimmung des Whistleblowers erfolgen. Darüber hinaus sollte dieser auch in der Folge, während und auch nach der Bearbeitung seines Hinweises, nicht mit eventuell auftretenden Schwierigkeiten alleine gelassen werden²⁵².

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

2.3.4.2.4. Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung

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

Außerdem entsprechen diese Ansprüche auch dem internationalen Standard²⁵³ und den Empfehlungen aus dem OECD/G20-Kompendium für „Mechanismen, zum besonderen Schutz vor Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower“²⁵⁴ und zur „Einräumung des Rechts an Whistleblower, in Gerichtsverfahren als betroffene Partei mit einem individuellen Klagerecht aufzutreten und an deren Verhandlung teilzunehmen“²⁵⁵.

2.3.4.2.5. Leistungsverweigerungsrecht

²⁵¹ Vgl. GAP-IBP Nr. 14.

²⁵² Bei BROWN S.34 heißt es hierzu: “To the extent practicable, an assessment should be undertaken into the impact upon a person of having made a disclosure under the legislation. This assessment should be undertaken at an appropriate time or times (e.g., at intervals of two, five or ten years). This assessment may be conducted by the agency to which the disclosure was made, or by the oversight agency”.

²⁵³ GAP-IBP Nr. 19 m.w.N.

²⁵⁴ OECD/G20-Kompendium A-4.7.

²⁵⁵ OECD/G20-Kompendium A-5.2, vgl. auch GAP-IBP Nr. 10 m.w.N.

A-Linke fordert: „Hinweisgebern muss es außerdem möglich sein, als rechtswidrig vermutete Tätigkeiten zu verweigern“²⁵⁶. § 7 GE-SPD macht hierzu einen konkreten Regelungsvorschlag, der das Leistungsverweigerungsrecht allerdings begrenzt auf die Sonderkonstellation, dass der Hinweisgeber davon ausgeht oder „davon ausgehen darf, sich bei Ausführung der aufgetragenen Tätigkeit der Gefahr der Verfolgung einer Straftat oder der Ahndung einer nicht geringfügigen Ordnungswidrigkeit auszusetzen.“

Das Leistungsverweigerungsrecht wird im OECD/G20-Kompendium zwar nicht explizit erwähnt, gehört aber dennoch zur internationalen best practice des Whistleblowerschutzes²⁵⁷.

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

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

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

Die beamtenrechtliche Remonstrationspflicht²⁵⁸ löst eine Problematik, die der Konstellation beim Whistleblowing entspricht anders. Aus § 36 BeamStG und § 63 BBeamtG folgt, dass ein Beamter der Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung auf dem Dienstweg geltend gemacht hat, die Befolgung außer in Eilfällen solange verweigern kann, bis die Anordnung vom nächst höheren Vorgesetzten schriftlich bestätigt wird. Wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist, muss der ein Beamter, der dies erkennt, die Befolgung sogar dauerhaft verweigern.

Ein Whistleblowing-Gesetz sollte sich hieran orientieren, wobei die beamtenrechtliche Pflicht für andere Beschäftigte, die einen Hinweis auf von ihnen

²⁵⁶ A-Linke Abschnitt II. Nr. 7.

²⁵⁷ Vgl. TI-DRec Nr.17, GAP-IBP Nr.3 m.w.N.

²⁵⁸ Vgl. hierzu Dommel, Michael; Abstrafung von Kritikern? – Whistleblowing und die Nutzung des Remonstrationsrechts von Beamten und die Folgen für die Betroffenen. Pilotstudie anhand parlamentarischer Anfragen; 2010 (<http://goo.gl/Y8mn3>).

geforderte rechtswidrige Handlungen abgegeben haben, allerdings als Recht zur Leistungsverweigerung ausgestaltet werden sollte. Dieses Leistungsverweigerungsrecht sollte Whistleblowern (außer in Eilfällen anlog zu § 36 Abs. 3 BeamtStG) bis zu einer schriftlichen Bestätigung des Arbeitgebers auch im Falle eines nicht leichtfertigen Irrtums über die Rechtswidrigkeit der Handlung zustehen. Bei einer aus ihrer Sicht drohenden Verletzung der Würde des Menschen, Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit auch trotz einer schriftlichen Bestätigung jedenfalls so lange, wie sie noch ohne leichtfertig zu sein, von einer entsprechenden Gefahr ausgehen durften. In den Fällen berechtigter Leistungsverweigerung sollte der Whistleblower zur Erbringung einer geeigneten Ersatzleistung verpflichtet bleiben.

2.3.4.2.6. Anspruch auf Entschädigung und Schadensersatz

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

A-Linke fordert, im Falle von Benachteiligungen des Whistleblowers diesem einen Anspruch auf materiellen und immateriellen Schadensersatz zu gewähren, einschließlich „zu erwartende Folgeschäden einschließlich Rechtsverfolgungskosten wie z. B. Mediation und Anwaltsleistungen“²⁵⁹. § 9 GE-SPD enthält eine explizite Regelung.

Das OECD/G20-Kompendium fordert einen „robusten und umfassenden Schutz von Whistleblowern“²⁶⁰ der somit auch Ansprüche auf Entschädigung und Schadensersatz enthalten sollte. Dies entspräche auch internationaler „best practice“²⁶¹.

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

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

2.3.4.2.7. Haftungsfreistellungen

Neben den Fragen des tatsächlichen Schutzes von Whistleblowern – insbesondere vor Benachteiligung – und seiner Umsetzung, stellt sich auch die Frage,

ob, inwieweit und wie Whistleblower von rechtlichen Ansprüchen und negativen Rechtsfolgen freigestellt werden sollten und könnten, denen sie sich ohne entsprechende Regelungen ausgesetzt sehen könnten. Der Aspekt der Freistellung von ihrer schuldrechtlichen Leistungspflicht wurde bereits unter dem Gesichtspunkt des Leistungsverweigerungsrechts behandelt.

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

A-Linke fordert den „Schutz vor Strafverfolgung wegen übler Nachrede oder der Verletzung von Amts- oder Geschäftsgeheimnissen“²⁶². § 612b Abs. 4 GE-Grüne lautet: „Der Arbeitnehmer darf eine verkörperte Wiedergabe der betrieblichen Information, die er offenbaren will, herstellen und Dritten übermitteln, soweit dies erforderlich ist, um die Voraussetzungen seiner Rechte nach den Absätzen 1 bis 3 glaubhaft zu machen“. GE-BMin und GE-SPD enthalten zumindest keine expliziten Aussagen zur Problematik der Haftungsfreistellung.

2.3.4.2.7.1. Haftungsfreistellungen bzgl. der Informationsübermittlung durch Whistleblowing

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

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

²⁵⁹ A-Linke Abschnitt II. Nr. 7, vgl. hierzu auch GAP-IBP Nr. 9 und 11 m.w.N.

²⁶⁰ OECD/G20-Kompendium A-3.

²⁶¹ Vgl. TI-DRec Nr. 3, 21, PACE-Report A.6.2.5, BROWN Nr. 21, GAP-IBP Nr. 14 u. 16 m.w.N.

²⁶² A-Linke Abschnitt II. Nr. 4 Pt.2.

2.3.4.2.7.1.1. Vertragliche Verpflichtungen

Relativ einfach ist noch die Frage rein zivilrechtlicher Vereinbarungen zu lösen. Ein Whistleblowing-Gesetz muss, um überhaupt Wirkungen entfalten zu können, diesen vorgehen und darf als zwingendes, zur Wahrung öffentlicher Interessen gesetztes, Recht nicht durch zivilrechtliche Vereinbarungen abbedungen werden können²⁶³.

2.3.4.2.7.1.2. Nicht strafbewehrte gesetzliche Verpflichtungen und Verbote

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

2.3.4.2.7.1.3. Strafbewehrte gesetzliche Verpflichtungen und Verbote

Demnach blieben die strafbewehrten Geheimnisse und andere Strafrechtsnormen übrig, mit denen Whistleblower aufgrund ihres Whistleblowings typischer Weise in Konflikt kommen können²⁶⁴.

2.3.4.2.7.1.3.1. §§ 145d, 164, 187 StGB

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

2.3.4.2.7.1.3.2. §§ 186, 188, 193 StGB

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

2.3.4.2.7.1.3.3. §§ 185, 192 StGB

Allerdings kann auch ein eigentlich vorliegendes rechtmäßiges Whistleblowing nicht rechtfertigen, dass ein Hinweis, in der überschießenden Form einer beleidigenden Schmähkritik vorgetragen wird, d.h. als herabsetzende Äußerung, bei der nicht die Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vor-

dergrund steht. Hier findet die Rechtfertigung aus § 193 StGB ihre Grenze und die Möglichkeit einer Strafbarkeit, insbesondere nach §§ 185 und 192 StGB ist eröffnet. Dies ist zum Schutze Dritter angebracht und schränkt die Möglichkeit der für das Whistleblowing kennzeichnenden Faktenübermittlung in keiner Weise ein, beeinträchtigt also auch nicht die Ziele des Whistleblowing-Gesetzes.

2.3.4.2.7.1.3.4. Geheimhaltungs-Delikte zum Schutze von staatlichen Geheimnissen

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

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

2.3.4.2.7.1.3.5 Geheimhaltungs-Delikte zum Schutze privater Geheimnisse

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

²⁶³ Näheres s.u. Abschnitt 2.3.5.2.

²⁶⁴ Vgl. hierzu Lutterbach, Carolin: Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings; 2010 (<http://goo.gl/nYDiC>).

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

2.3.4.2.7.1.3.6. Sonstige Delikte mit indirektem Geheimhaltungs-Schutz

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

2.3.4.2.7.2. Sonstige Haftungsfreistellungen i.Z.m. Whistleblowing

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

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

§ 612b Abs. 4 GE-Grüne greift diesen Gedanken zu Recht auf, setzt aber einen etwas falschen Akzent, da es hier ja nicht um die Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Whistleblowings, sondern um die

Unterstützung von dessen Inhalten geht. Es sollte also eher auf die, aus Sicht des Whistleblowers – nicht leichtfertig – angenommene Eignung der übermittelten Verkörperungen ankommen, das Bestehen eines Missstandes darzulegen oder zu untermauern. Dieser Aspekt sollte ins Whistleblowing-Gesetz explizit aufgenommen werden und als spezieller Rechtfertigungsgrund, auf alle Rechtsgebiete²⁶⁵ durchschlagen.

2.3.4.2.7.3. Whistleblowing als Strafmilderungsgrund / Kronzeugenregelungen

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

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

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

2.3.4.3. Hinsichtlich des Schutzes der Interessen Dritter

§ 10 GE-SPD legt fest, dass Hinweisgeber dem Arbeitgeber oder sonstigen Beteiligten zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind, der diesen durch einen nicht rechtmäßigen Hinweis verursacht wurde. GE-BMIn, GE-Grüne und A-Linke enthalten keine spezifischen Regelungsvorschläge. Die Entscheidung der Parlamentarischen Versammlung des Europarates fordert hingegen die Bereitstellung angemessenen Schutzes gegen bösgläubige Anschuldigungen²⁶⁶.

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

²⁶⁵ Inklusiv des Urheberrechts welches die Stadt Duisburg im Fall Loveparade kurzfristig zur Verhinderung von Aufklärung und Öffentlichkeit einsetzte (vgl. <http://goo.gl/vF0YB>).

²⁶⁶ PACE-R-6.2.7.

Die Situation bei rechtmäßigen Whistleblowing ist dabei vergleichbar mit jener bei einem aus anderem Grunde eingeleiteten amtlichen Untersuchungs- oder Ermittlungsverfahren. Auch hier können Informationen an die Öffentlichkeit dringen und der Ruf selbst Unschuldiger kann erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden. In beiden Fällen dienen Verfahrensgarantien und insbesondere die Unschuldsvermutung dazu, die Gefährdungen Dritter zu begrenzen, sie sind letztlich in einem Rechtsstaat aber hinzunehmen bzw. in besonders schweren Fällen oder bei Ermittlungsfehlern auch von diesem zu entschädigen²⁶⁷.

Demgegenüber stellt das geltende Recht dem Opfer rechtswidriger Hinweise bereits heute zahlreiche Ansprüche zur Verfügung. Hierzu zählen im Hinblick z.B. auf die Rechtsgüter des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schadensersatzansprüche z.B. nach §§ 823 Abs. 1, 824 und 826 BGB aber Ansprüche auch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 144d, 164, 186 StGB oder §§ 17 ff. UWG ebenso wie Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung i.V.m. § 1004 BGB²⁶⁸. Auch besteht durch die o.g. Strafgesetze eine, grundsätzlich hinreichende, Abschreckungs- und Sanktionsmöglichkeit.

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

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

Dennoch gibt es gute Gründe, die dafür sprechen, in ein Whistleblowing-Gesetz auch eine explizite Regelung hinsichtlich der Wahrung der Rechte Betroffener aufzunehmen. Ein spezieller Paragraph könnte insbesondere eine Warn- und Hinweisfunktion haben, die etwaige Whistleblower nochmals ermahnt Vorwürfe nicht leichtfertig zu erheben und ihnen die

dann drohenden Sanktionen deutlich vor Augen führt. Zugleich könnte der Gesetzgeber die Chance nutzen hier spezielle Normierungen hinsichtlich datenschutzrechtlicher Ansprüche und Anspruchskollisionen zu treffen. Er könnte insoweit z.B. einen Informationsanspruch des Betroffenen, ab dem Zeitpunkt des Wegfalls einer Gefahr der Beeinträchtigung oder Vereitelung der Untersuchung und einen Anspruch auf Datenlöschung, nach einer bestimmten Regelfrist, festschreiben²⁶⁹. Außerdem könnte auch zugunsten von Betroffenen, die den Missstand nicht zu vertreten haben, ein Benachteiligungsverbot begründet und mit Ansprüchen auf Beseitigung, Unterlassung, Entschädigung und Schadensersatz abgesichert werden²⁷⁰.

2.3.5. Unterstützende Mechanismen, begleitende Regelungen und Sonderfragen

2.3.5.1. Beweislast

Die Regelung der Beweislast ist ein Kernstück des Whistleblowing-Gesetzes²⁷¹. Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt hierzu eine: „Klare Vorgabe, dass sofern Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower dem Anschein nach vorliegen, dem Arbeitgeber die Beweislast dafür obliegt, nachzuweisen, dass Maßnahmen zum Nachteil des Whistleblowers aus anderen Gründen als aufgrund der Meldung ergriffen wurden“²⁷².

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

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

Außerdem ist hinsichtlich der Beweislast²⁷³ zu beachten, dass das Vorliegen der subjektiven Voraussetzung der Gutgläubigkeit (kein positives Wissen um die Fehlerhaftigkeit des Vorbringens und keine Leichtfertigkeit diesbezüglich) für die Geltendmachung von Rechten als Hinweisgeber vom Gesetz als

²⁶⁷ Der Gesetzgeber sollte allerdings durchaus prüfen, inwieweit auch hier gesetzliche Klarstellungen, z.B. hinsichtlich der Informationspolitik von Behörden und Staatsanwaltschaften oder zur Verbesserung der Entschädigungssituation bei unschuldigen Opfern staatlicher Ermittlungsmaßnahmen sinnvoll sein können.

²⁶⁸ Hier gelten bereits seit BVerfG 1 BvR 1086/85 vom 25.02.1987 die Maßstäbe der Gutgläubigkeit bzw. Nicht-Leichtfertigkeit als Grenze für die Haftung, die mit dem vorliegenden Vorschlag auch in andere Bereiche übertragen werden sollen (vgl. hierzu auch LAG Hamm 11 Sa 2248/10 vom 21.07.2011, Rn. 102).

²⁶⁹ Vorbild insoweit könnten die Empfehlungen des Düsseldorfer Kreises der Datenschutzbeauftragten sein (s.o. Fn.)

²⁷⁰ Ein Modell für eine umfassende Regelung zur Wahrung der Rechte Betroffener im vorstehenden Sinne bietet § 14 GE-WBNW.

²⁷¹ Vgl. TI-DRec Nr. 13; PACE-R A6.3.; GAP-IBP Nr. 12 m.w.N.

²⁷² OECD/G20-Kompendium A-3.6.

²⁷³ Im Bundespersonalgesetz der Schweiz (<http://goo.gl/AnK4A>) wird diese seit dem 01.01.2011 durch ein Zusammenwirken der Art. 22a Abs. 5 und 14 Abs. 1 d) erreicht, in dem die Klägerrolle und damit die Beweislast umgekehrt wird. Dazu auch: Imbach Haumüller, Diana: Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich — ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?; 2011; S. 76ff.

widerlegbare Vermutung ausgestaltet werden sollte, da auch insoweit dem Whistleblower sonst zu hohe Hürden aufgebürdet werden, die dem Vorbringen wichtiger und im öffentlichen Interesse liegender Hinweise entgegenstehen könnten²⁷⁴.

2.3.5.2. Umgehungsverbot

Die Empfehlungen von Transparency International zur Whistleblowing-Gesetzgebung schlagen vor: „das Recht soll jede private Regelung oder Vereinbarung in dem Maße für ungültig erklären als diese, die Wirkung der Gesetzgebung zum Whistleblowing beeinträchtigt“²⁷⁵. § 612a Abs. 3 GE-BMin und § 612b Abs. 5 GE-Grüne setzen diese Empfehlung um und erklären, dass von jeweils vorstehenden Bestimmungen nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf. Auch A-Linke fordert: „Eine zum Nachteil des Whistleblowers von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung ist für unwirksam zu erklären“²⁷⁶. Im GE-SPD findet sich dieser Grundsatz sogar gleich an mehreren Stellen. In Form spezieller Regelungen in den §§ 4 Abs. 2, 6 Abs. 3, 9 Abs. 5, 11 Abs. 3 Satz 2 und darüber hinaus in allgemeiner Form nochmals in § 13 GE-SPD.

Whistleblowerschutz liefe leer, wenn es dem Arbeitgeber, z.B. durch Erzeugen einer Drucksituation, möglich wäre vom Beschäftigten, z.B. schon mit Aufnahme einer Beschäftigung, einen Verzicht hinsichtlich der gesetzlich zu gewährleistenden Schutzstandards zu erreichen. Außerdem dient das Whistleblowing-Gesetz vorwiegend der Wahrung öffentlicher Interessen, weshalb die mit einem Umgehungsverbot einhergehende Einschränkung der Privatautonomie auch gerechtfertigt ist. Ein Umgehungsverbot sollte daher auch grundsätzlich alle Rechte des Whistleblowers und anderer Betroffener aus dem Whistleblowing-Gesetz umfassen und in Form einer generellen gesetzlichen Regelung normiert werden.

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

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

anzutreffenden Vortrag des Arbeitgebers hinsichtlich der Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses eine solche Lücke darstellt, die dann gesetzgeberisch zu schließen wäre²⁷⁷.

2.3.5.3. Bestimmungen über Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

§ 14 GE-SPD enthält den Vorschlag einen Verstoß gegen das Verbot, Whistleblower zu benachteiligen, als Ordnungswidrigkeit mit bis zu 50.000 EUR Bußgeld ahnden zu können. A-Linke fordert darüber hinaus auch strafrechtliche Konsequenzen für „Handlungen, die Hinweise durch Whistleblower stören oder bestrafen“²⁷⁸.

International gibt es zahlreiche Whistleblower-Gesetze, die auch strafrechtliche Sanktionen für Vorgehen gegen Whistleblower oder deren Hinweise vorsehen²⁷⁹. Der dahinterstehende Gedanke kommt auch in der Europaratsempfehlung zum Ausdruck, wenn dort davon die Rede ist, dass Whistleblowing-Gesetzgebung auch Risiken für jene schaffen sollte, die Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower verüben²⁸⁰. Auch das OECD/G20-Kompendium empfiehlt: „Strafen für Vergeltungsmaßnahmen gegen Whistleblower, gleichgültig, ob diese in Form von disziplinarischen oder diskriminierenden Maßnahmen bzw. im Wege zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen erfolgten“²⁸¹.

Es ist in der Tat wichtig, auch durch die Einführung von Vorschriften über Straf- und Ordnungswidrigkeiten klarzustellen, dass es beim Whistleblowing nicht in erster Linie um den Schutz privater Interessen geht, sondern dass jeder rechtswidrige Eingriff in den Umgang mit Hinweisen²⁸² oder gegenüber dem Whistleblower zugleich die Wirksamkeit eines Instruments beeinträchtigt, dessen Funktionsfähigkeit im öffentlichen Interesse liegt. Eine öffentlich-rechtliche bzw. strafrechtliche Sanktion daher auch angemessen sein kann. Außerdem können Bußgelder ein wirksamer Mechanismus sein, um vor allem die systematische Nichtbefolgung auch von Verfahrensbestimmungen zu sanktionieren, hinsichtlich derer individuelles privatrechtliches Vorgehen im Ergebnis kaum wirksam sein dürfte. In solchen Fällen

²⁷⁷ Vgl. <http://goo.gl/rMX1L> unter Verweis u.a. auf BAG 2 AZR 483/07 vom 23.10.2008, LAG Mainz 3 Sa 442/07 vom 08.04.2008 und LAG Bremen 1 Sa 36/09 vom 12.04.2011, 1 Sa 36/09.

²⁷⁸ A-Linke Abschnitt II. Nr. 8

²⁷⁹ Vgl. z.B. Art. 257 des Strafgesetzbuches von Ungarn (<http://goo.gl/XAPnJ>) und GAP-IBP Nr. 18 m.w.N.

²⁸⁰ PACE-R 6.2.6.

²⁸¹ OECD/G20-Kompendium A-5.3. Vgl. auch UN-Toolkit S. 449 und TI-DRec Nr. 22,

²⁸² Zur Sanktionierung des falschen Umgangs mit Hinweisen und der Nichtreaktion aufgrund ihres Inhaltes sollten auch wirtschaftsrechtliche (über das Kriterium der „Zuverlässigkeit“) und zivilrechtliche Elemente (Haftung der nicht-agierenden Personen) verstärkt herangezogen werden, (hierzu auch B. Rohde-Liebenau (s.o. Fn. 126 - S. 13ff.). Ein anderer zu beachtender Ansatz, ist die Prüfung, inwieweit durch Nichtstun trotz Hinweis Personen die zur Überprüfung von Hinweisen zuständig sind Straftatbestände durch Unterlassen verwirklichen. Vgl. dazu BGH 5StR 394/08 vom 17.07.2009. Soweit es um die Nichtbeachtung von Informationen über die Verwirklichung von Straftatbeständen geht sind natürlich auch die §§ 257ff. StGB zu beachten.

²⁷⁴ S.o. Fn. 171 und UN-Toolkit S. 449.

²⁷⁵ TI-DRec Nr. 18, s.a. GAP-IBP Nr. 8 m.w.N.

²⁷⁶ A-Linke Abschnitt II. Nr. 8.

könnte sich eine Bußgeldgrenze von 50.000 EUR allerdings als zu niedrig erweisen.

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

2.3.5.4 Einzelfallunabhängige Rechte und Pflichten der Arbeitgeber bzw. der Organisation

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

2.3.5.4.1. Allgemeine Vorsorge- und Organisationspflichten

Auch das OECD/G20-Kompendium empfiehlt eine „Gesetzliche Verpflichtung für Arbeitgeber, Benachrichtigungen zu erstellen und bereitzuhalten, damit die Beschäftigten über deren Rechte im Zusammenhang mit geschützten Meldungen informiert sind“²⁸³.

Eine teilweise Regelung dieser Thematik findet sich in § 5 GE-SPD, der sich an § 12 AGG orientiert. Es erscheint jedoch sinnvoll vorliegend klarer zwischen der Fürsorgepflicht nach Whistleblowing²⁸⁴ und den allgemeinen organisatorischen Pflichten zu trennen.

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

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

²⁸³ OECD/G20-Kompendium A-6.4.

²⁸⁴ S.o. Abschnitt 2.3.4.2.3.

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

Außerdem sollten die allgemeinen Organisationspflichten und Informationspflichten in einem Whistleblowing-Gesetz sich auf alle Rechte und Pflichten beziehen, die mit jenem Gesetz geschaffen werden und nicht nur auf den Schutz vor Benachteiligungen. Der Arbeitgeber sollte insbesondere verpflichtet werden, den Kreis der potentiellen Whistleblower in geeigneter Art und Weise auf ihre Rechte und Pflichten aus dem Whistleblowing-Gesetz und die von ihm in Umsetzung des Gesetzes getroffenen Maßnahmen hinzuweisen²⁸⁵.

Des Weiteren sollte eine besondere Informations- bzw. Schulungspflicht des Arbeitgebers für all jene Personen festgelegt werden, die als interne Adressaten von Hinweisen in Betracht kommen oder mit der Bearbeitung von Hinweisen betraut sind. Gerade deren sorgfältiger und fürsorgender Umgang mit Hinweis und Hinweisgeber ist für den Erfolg des Whistleblowings und damit auch des Whistleblowing-Gesetzes von entscheidender Bedeutung.²⁸⁶

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

A-Linke sieht vor: „Unternehmen, Behörden und Organisationen werden verpflichtet, ein internes Hinweissystem einzurichten“²⁸⁷. § 11 GE-SPD befasst sich ebenfalls mit der Einrichtung von Hinweisgebersystemen in Unternehmen und Betrieben, ist aber als Kann-Vorschrift ausgestaltet.

Das OECD/G20-Kompendium will Unternehmen ermutigen interne Meldewege zu schaffen und regt für gesetzliche Regelungen an, die „Verpflichtung oder starke Ermutigung für Unternehmen zur Einführung von Kontrollmaßnahmen um Whistleblowing zu ermöglichen und zu erleichtern (z. B. durch interne Kontrollen, Ethik- und Compliance-Programme, spezielle Anti-Korruptions-Programme, Betrugsrisiko Management, etc.)“²⁸⁸. Die Parlamentarische Versammlung des Europarats²⁸⁹ empfiehlt ebenso wie Transparency International und andere Organisationen der Zivilgesellschaft²⁹⁰, die Setzung von „Anreizen“ durch den Gesetzgeber. Damit werden aber zugleich Anforderungen an interne Hinweisgebersysteme verbunden, so z.B. dass Hinweisgebersysteme „sicher und leicht zugänglich sind, eine gründliche, rechtzeitige und unabhängige Untersuchung von Hinweisen sicherstellen und über

²⁸⁵ OECD/G20-Kompendium A-6.1 und A-6.4. GAP-IBP Nr. 9.

²⁸⁶ Dies bringt – dort allerdings beschränkt auf den öffentlichen Sektor – auch die Empfehlung in OECD/G20-Kompendium A.6.3. zum Ausdruck.

²⁸⁷ A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 2.

²⁸⁸ OECD/G20-Kompendium A-1.2.

²⁸⁹ PACER A.6.2.1.

²⁹⁰ TI-DRec Nr. 7, s.a. NGO-Brief September 2011 (s.o. Fn. 56).

angemessene Durchsetzungs- und Weiterverfolgungs-Mechanismen verfügen“²⁹¹.

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

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

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

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

Demnach sollte im Gesetz geregelt werden, dass interne Hinweisgebersystem neben den ohnehin bestehenden gesetzlichen Anforderung außerdem mindestens sicherstellen müssen, dass²⁹²:

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

²⁹¹ TI-DRec Nr.7.

²⁹² Die nachfolgende Liste versteht sich als Beispiel. Derartige Systeme sind, wenn sie richtig aufgestellt und betrieben werden und das Vertrauen von Unternehmensleitung und Beschäftigten genießen, auch ökonomisch sinnvoll. Dazu z.B.: Pittroff (s.o. Fn. 156); Donato, Jessica: Handlungsempfehlungen für eine nutzenstiftende Umsetzung in deutschen börsennotierten Unternehmen; 2009; Briegel, Torsten: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme; 2009; Rohde-Liebena, Björn: Whistleblowing -- Beitrag der Mitarbeiter zur Risikokommunikation; 2005 (<http://goo.gl/5FtbV>). Eine Analyse der gegenwärtigen Praxis und konkrete Ausgestaltungsempfehlungen bietet auch die 2011 im Auftrag der Hans-Böckler Stiftung vom Whistleblower-Netzwerk erstellte Kurzauswertung von Betriebs- und Dienstvereinbarungen, Whistleblowing (<http://goo.gl/mFZrs>) und das in diesem Rahmen erstellte Gestaltungsraster (<http://goo.gl/TY2rK>).

stehenden, insbesondere arbeits- und disziplinarrechtlichen Mitteln umgesetzt wird;

- eine interne Beschwerdeinstanz sowie die Möglichkeit zur Eskalation an vorhandene Aufsichtsgremien bestehen, falls Whistleblower, Beschuldigte oder in die Bearbeitung des Hinweises involvierte Personen Bedenken hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der Ermittlungen oder ihres Ergebnisses haben;
- vorhandene Vertretungen von Beschäftigten in die Ausgestaltung und die Überprüfung der Funktionsfähigkeit des Systems einbezogen werden und von allen Beschwerden über dessen Funktionieren Kenntnis erlangen;
- eine regelmäßige vertrauliche Befragung der Beschäftigten und eine fachliche Evaluation des Whistleblowing-Systems stattfindet;
- jährlich ein Bericht über das Funktionieren des Hinweisgebersystems, seine Nutzung, erzielte Erfolge bei der Früherkennung und Bekämpfung von Missständen und die Ergebnisse von Befragungen und Evaluationen veröffentlicht und intern bekannt gemacht wird.

Was eine Übertragung des Prinzips aus § 161 AktG angeht, ist zu überlegen, ob die Aufgabe der Erarbeitung von eventuell weitergehenden, jedenfalls aber detaillierteren „best-practice“ Empfehlungen innerhalb der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ oder durch ein anderes, evtl. neues, geeignetes Gremium erfolgen sollte. In jedem Falle sollten insoweit auch internationale Standards und Empfehlungen²⁹³ angemessene Berücksichtigung finden. Eine andere ggfls. ergänzend einsetzbare Möglichkeit Standards für interne Hinweisgebersysteme zu etablieren und durchzusetzen böten Rechtsverordnungen nach dem ArbSchG²⁹⁴.

2.3.5.5. Staatliche Maßnahmen zur Unterstützung von Whistleblowing

A-Linke schlägt vor: „Es wird eine unabhängige Ombudsstelle für Whistleblower eingerichtet. Diese Einrichtung wird damit beauftragt, Beschwerden über Benachteiligungen und/oder unsachgemäße Untersuchungen von Hinweisen entgegenzunehmen und hierzu Ermittlungen vorzunehmen. Sie muss über angemessene Durchsetzungs- und Weiterverfolgungsmechanismen verfügen“²⁹⁵. GE-BMin, GE-Grüne und GE-SPD enthalten hierzu keine Aussagen.

International gibt es in vielen Rechtsordnungen Normierungen der Whistleblowing-Problematik die

zumindest auch auf den Einsatz spezieller Anlaufstellen für Whistleblower setzen²⁹⁶. Hierfür gibt es eigentlich auch gute Gründe, da Whistleblower im öffentlichen Interesse tätig werden und somit auch Unterstützung von öffentlicher Seite erfahren können sollten. Allerdings hat sich international an einigen Fällen auch gezeigt, dass der Verweis auf besondere öffentliche Stellen, insbesondere dort, wo er mit einer Verpflichtung der Whistleblower auf diesen Weg und mit einem abschneiden normaler rechtstaatlicher Mechanismen verbunden ist, auch eine Sackgasse werden kann²⁹⁷.

2.3.5.5.1. Kompetente und unabhängige Stellen zur Untersuchung von Hinweisen

Vor diesem Hintergrund und angesichts der ausdifferenzierten Behördenstruktur und der vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung von Rechten sollte in Deutschland jedenfalls auf eine Festlegung von Whistleblowern auf zentralisierte Anlaufstellen verzichtet werden. Die in § 3 Abs. 5 GE-SPD gewählte Lösung Staatsanwaltschaften und Polizei als zur „Entgegennahme und Weiterleitung von Hinweisen“ zuständig zu definieren, soll den Whistleblower nur davor bewahren wegen einer Weiterleitung an eine falsche Behörde haftbar zu werden oder an Schutz einzubüßen, den Staatsanwaltschaften und der Polizei aber außerhalb ihres bestehenden Zuständigkeitsbereichs über die Entgegennahme und Weiterleitung hinaus keine neue Aufgaben zuweisen. Eigentlicher Adressat ist in jenem Fall die für die Sachfrage örtlich und sachlich zuständige Behörde, an welche die Weiterleitung erfolgt.²⁹⁸

Grundsätzlich sollten sich somit die betroffenen Organisationen intern und die hinsichtlich des Missstandes vorhandenen sachlich zuständigen Behörden um die Untersuchung des Hinweises und die Bekämpfung des Missstandes kümmern. Allerdings ist bei diesen sicherzustellen, dass sie hierfür auch über ausreichende Kompetenzen und Ressourcen verfügen und dass sie hinreichend unabhängig sind, um ihre Aufgaben zu erfüllen²⁹⁹. Bei internen Kontrollstellen sollte eine weitgehende Unabhängigkeit zwar ebenfalls angestrebt werden, wird in Fällen, in denen die Aufrechterhaltung von Missständen beabsichtigter Teil der Unternehmenspolitik ist, aber an ihre Grenzen stoßen. Umso wichtiger sind daher aber wirklich unabhängige und kompetente Behörden und ein leichter Zugang der Whistleblower zu ihnen.

Funktionierendes Whistleblowing kann dabei langfristig vielleicht sogar zum Abbau von behördlichen Kontrollressourcen führen, da von seinem Funktionieren nicht zu unterschätzende Abschreckungseffekte auf Übeltäter ausgehen dürften. Dies gilt jedoch erst nachdem jenen klar wird, dass Whistleblower

²⁹³ Hervorzuheben sind insoweit: Australian Standard: AS 8004-2003 incl. Amendment No. 1 -- Whistleblower protection programs for entities; 2003 und British Standards (BSI), Whistleblowing Arrangements Code of Practice under the classification PAS 1998/2008 (download unter: <http://goo.gl/O8BbT>). Die internationale Handelskammer (ICC) hat ebenfalls Guidelines zum Whistleblowing herausgegeben (<http://goo.gl/7cp2a>), die aber von Whistleblowing-NGOs zu Recht skeptisch betrachtet werden und deutlich hinter den vorgenannten Standards zurückbleiben (<http://goo.gl/4ghWX>). Vergleichend auch D. Lewis, W. Vandekerckhove, The content of Whistleblowing Procedures: A critical review of recent official guidelines, 2011 (<http://goo.gl/wT5y6>).

²⁹⁴ S.u. Abschnitt 2.3.5.5.2.

²⁹⁵ A-Linke Abschnitt II. Nr. 5 Pt. 1.

²⁹⁶ Z.B. SKorea-PIWA Sec. 4, Art. 17ff., Jamika (s.o. Fn. 81) Sec. 21, Queensland-PIDA Sec. 58ff.

²⁹⁷ Beispiele sind hier Canada (vgl. <http://goo.gl/d0cBm>) und die USA, jedenfalls in Zeiten G. W. Bushs (<http://goo.gl/XwbqQ>). S.a. GAP-IBP Nr. 10.

²⁹⁸ S.o. Abschnitt 2.3.3.6.5.3.

²⁹⁹ Die entsprechende Kritik des Bundesverbandes der Lebensmittelkontrolleure e.V. in der Anhörung 2008 (Ausschussdrucksache 16(10)850-C - <http://goo.gl/hbplH>) ist insoweit nur ein Beispiel.

auch Gehör finden und die angesprochenen Adressaten den Vorwürfen mit der gebotenen Sorgfalt und Gründlichkeit nachgehen. Davon ist Deutschland derzeit leider teilweise noch weit entfernt. Kurz- und mittelfristig sind daher bei Behörden entsprechende Kapazitäten auf- und auszubauen.

Bezüglich der Unabhängigkeit von Kontrollbehörden bestehen in Deutschland in einigen Bereichen Bedenken. Hinzuweisen ist insoweit auf ein Urteil des EuGH hinsichtlich der fehlenden Unabhängigkeit bei bestimmten Datenschutzbehörden³⁰⁰, aber vor allem auf die fehlende Unabhängigkeit von Justiz und Staatsanwaltschaften. Diese wird sowohl von den Richterverbänden und der Zivilgesellschaft als auch international und in Europa zunehmend kritisch beurteilt und ist dringend reformbedürftig³⁰¹. Ein weiterer Teilaspekt beim Thema Unabhängigkeit, der allerdings ebenfalls weit über das Thema Whistleblowing-Gesetz hinausreicht, ist die hierzulande immer wieder zu beobachtende, personelle Verknüpfung von Kontrolleinrichtungen mit den Kontrollierten und der, nicht seltene, Wechsel von Personen zwischen diesen beiden Aufgaben³⁰².

2.3.5.5.2. Hilfe gegen Benachteiligungen

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

Eine besondere Rolle sollte das Whistleblowing-Gesetz schließlich auch den Arbeitsschutzbehörden zuweisen. Richtiger Umgang mit Whistleblowing ist auch präventiver Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, da mit Whistleblowing oft enorme Gefahren für die psychische Gesundheit der Whistleblower einhergehen³⁰³. Ein Arbeitsplatz an dem Menschen nicht auf Missstände hinweisen können, ohne selbst Risiken einzugehen ist nicht menschengerecht, sondern bürdet dem Menschen auf, gegen die Interessen der Gemeinschaft und das eigene Gewissen Dinge, über die er eigentlich sprechen möchte, herunterzuschlucken und den hierdurch in Konflikt mit seinem eigenen Gewissen zu geraten.

Daher sollten jene Bestimmungen des Whistleblowing-Gesetzes, die dem Arbeitgeber eine Präventionspflicht auferlegen klarstellen, dass die insoweit zu treffenden Maßnahmen zugleich Maßnahmen zur Verhütung von arbeitsbedingten Gesundheitsgefah-

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

2.3.5.5.3. Hilfe bei Beschwerden über den Umgang mit Whistleblowing

Es gibt viele gute Gründe, die dafür sprechen, neben der Eröffnung des Rechtsweges für Whistleblower, die ihre soeben dargestellten Rechte einklagen wollen, eine spezielle Einrichtung, u.a. als Ansprechpartner für Whistleblower zu schaffen, die bei den zuständigen Behörden kein Gehör gefunden haben. Die entsprechende Forderung von A-Linke „eine unabhängige öffentliche Einrichtung für Whistleblowing zu schaffen, die zum Whistleblowing berät, die Funktionsfähigkeit der Whistleblowing-Maßnahmen beobachtet und regelmäßig überprüft“³⁰⁴, wird durch internationale „best practice“³⁰⁵ und die Empfehlungen von Transparency International³⁰⁶ untermauert.

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

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

³⁰⁰ EuGH C-518/07 vom 09.03.2010.

³⁰¹ Vgl. den Bericht von S. Leutheusser-Schnarrenberger für die Parlamentarische Versammlung des Europarates Doc 11993 vom 07.08.2009 (<http://goo.gl/mdSwO>) und m.w.N. <http://gewalten-teilung.de>.

³⁰² Auf europäischer Ebene gibt es ähnliche Probleme, die auch die Setzung von Standards und Kontrollgrundlagen betreffen, wie jüngst eine Studie zur European Food Safety Authority (EFSA) belegte (<http://goo.gl/THGeA>).

³⁰³ Vgl. grundlegend Soeken, Karen L.; Soeken, Donald R.: A Survey of Whistleblowers: Their Stressors and Coping Strategies; 1987 (<http://goo.gl/LRFts>) sowie aktuell auch Brita Bjørkelo & Stig Berge Matthiesen, Preventing and Dealing with Retaliation Against Whistleblowers, in: D. Lewis & W. Vandekerckhove, Whistleblowing and Democratic Values, 2011 (<http://goo.gl/SoCve>) S. 127ff.

³⁰⁴ A-Linke Abschnitt II. Nr. 9. Leider finden sich bei GE-BMin, GE-Grüne und GE-SPD keine entsprechenden Vorschläge.

³⁰⁵ Vgl. GAP-IBP Nr. 9 m.w.N.

³⁰⁶ TI-DRec Nr. 24.

vorschlagen. Hiermit könnte sicherlich in vielen Fällen auch ein unangebrachtes öffentliches Whistleblowing vermieden und eine Befriedung aller Parteien erreicht werden.

Neben der Behandlung individueller Fälle könnte eine solche Einrichtung noch weitere Aufgaben übernehmen. So wäre es z.B. auch für die Steigerung der gesellschaftlichen Akzeptanz von Whistleblowing und Whistleblowerschutz wichtig, die Praxis und auch die Auswirkungen eines speziellen Whistleblowing-Gesetzes sowohl hinsichtlich der Erfolge (Missstände die dank Whistleblowings aufgeklärt und bekämpft werden konnten) als auch hinsichtlich eventuell noch bestehender Defizite (nicht hinreichender Schutz von Whistleblowern oder Beschuldigten) zu erfassen und in aufbereiteter Form, etwa mittels eines Jahresberichts des Whistleblowing-Ombudsmanns der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen. Zuständige Behörden und ggfls. auch Arbeitgeber sollten hierzu ihre Erfahrungen regelmäßig an diese zentrale Stelle berichten.

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

Eine andere Form staatlicher Hilfe bei Beschwerden über den Umgang mit Whistleblowing könnte die Gewährung von politischem Asyl sein³⁰⁷. Insoweit sollte in einem Whistleblowing-Gesetz eine Regelung aufgenommen werden, wonach § 60 Abs. 1 AufenthG entsprechende Anwendung findet auf Ausländer, deren Leben oder Freiheit wegen eines gutgläubigen Hinweises auf einen Verstoß gegen eine anerkannte Norm des internationalen Rechts bedroht ist.

2.3.5.5.4. Sonstige Unterstützung bei der Wahrnehmung von Rechten

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

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

Eine zweite Hürde ist, das im Falle von Whistleblowing oft zu beobachtende Machtungleichgewicht zwischen Whistleblower einerseits und Tätern andererseits. Hier gilt es einerseits Unterstützung für rechtmäßige Whistleblower zu organisieren und andererseits die Voraussetzungen zum Zugang zu regulären rechtsstaatlichen Verfahren möglichst günstig auszugestalten. Im deutschen Recht stellt das im Zusammenhang mit gerichtlichen Verfahren bestehende Kostenrisiko dabei ebenso ein Problem dar, wie die Tatsache, dass vor Arbeitsgerichten beide Parteien ihre Kosten in erster Instanz selbst zu tragen haben. Von letzterem sollte für Streitigkeiten im Zusammenhang mit, letztlich im öffentlichen Interesse erfolgenden, Whistleblowing eine Ausnahme eingeführt werden, etwa indem der Schadensersatz der Whistleblowern zusteht, explizit auch auf jene Kosten erstreckt wird³⁰⁸.

Hinsichtlich des Kostenrisikos wäre eine Begrenzung des Kostenrisikos jedenfalls hinsichtlich der Kosten eines eigenen Rechtsanwalts möglich, wenn Whistleblower die Möglichkeit hätten, mit ihren Anwälten Erfolgshonorare zu vereinbaren und wenn diese im Erfolgsfalle auch von der Gegenseite zu begleichen wären. In den USA hat sich dieses Vorgehen im Zusammenhang mit qui-tam Klagen nach den False-Claims-Acts bewährt³⁰⁹ und dazu geführt, dass Whistleblower, jedenfalls in finanziell potentiell lukrativen Fällen auch ohne eigene Mittel eine gute professionellen Unterstützung erreichen können.³¹⁰

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

Eine weitere Möglichkeit die Wahrung der Rechte von Whistleblowern zu fördern, stellt die Mediation³¹¹ dar, die im Rahmen der Darstellung von Mechanismen interner Hinweisgebersysteme bereits angesprochen wurde, deren Durchführung aber auch in Fällen externen Whistleblowings und daraus folgender Auseinandersetzungen mit der eigenen Organisation, z.B. im arbeitsgerichtlichen Verfahren verstärkt genutzt und gefördert werden sollte.

International wird auch die Möglichkeit gefordert Whistleblowern und ihren Angehörigen soweit not-

³⁰⁷ Vgl. NGO-Brief vom September 2011(s.o. Fn. 56).

³⁰⁸ A-Linke Abschnitt II. Nr. 7 fordert auch den Ersatz von Rechtsverfolgungskosten. S.a. GAP-IBP Nr. 9 und 16.

³⁰⁹ S.o. Fn. 86ff.

³¹⁰ Vgl. Miceli u.a. (s.o. Fn. 102), S. 163ff.

³¹¹ Hierzu auch GAP-IBP Nr. 19.

wendig Zeugenschutz zu gewähren³¹². In Deutschland ist das Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetz auch auf eine Person; auch nach Whistleblowing, nach dessen § 1 ohnehin anwendbar, sofern ohne diese „in einem Strafverfahren die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre“ und „sie auf Grund ihrer Aussagebereitschaft einer Gefährdung von Leib, Leben, Gesundheit, Freiheit oder wesentlicher Vermögenswerte ausgesetzt ist und sich für Zeugenschutzmaßnahmen eignet“. Grundsätzlich dürfte damit der Hauptanwendungsfall schwerwiegender konkreter Gefährdungen von Whistleblowern angesprochen sein, allerdings könnte es in Ausnahmefälle auch bei zunächst nicht-strafrechtsbezogenem Whistleblowing zu ähnlichen Gefährdungen kommen, weshalb eventuell auch eine explizite Erklärung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Zeugenschutz-Harmonisierungsgesetzes auf Whistleblower in Betracht gezogen werden könnte.

2.3.5.5.5. Opferhilfe bzw. Nothilfeentschädigung für Whistleblower

In vielen Fällen des Whistleblowings stellt sich das Problem, dass gerade bei verhältnismäßig bedeutenden Missständen in kleineren und mittleren Unternehmen, das Whistleblowing eines Beschäftigten schnell dazu führen kann, dass das Unternehmen behördlich geschlossen und/oder aufgrund einer, in diesem Falle berechtigten, Reaktion der Öffentlichkeit, vom Markt verdrängt wird. Kurzum, das Unternehmen ist insolvent und der Whistleblower ist seinen Arbeitsplatz und gegebenenfalls auch seine ökonomische Existenz los. Da der Beschäftigte in solchen Fällen die Brisanz und Folgen einer Enthüllung auch recht gut abschätzen können, hat diese Ausgangslage gegenwärtig sicherlich des Öfteren zur Folge, dass Whistleblowing unterbleibt. Ein Whistleblowing-Gesetz muss sich, um sein Ziel erreichen zu können, auch dieser Konstellation stellen. Benachteiligungsverbote und nicht realisierbare Ansprüche alleine nützen insoweit nichts. Der Forderung aus A-Linke³¹³ einen staatlichen Entschädigungsanspruch für Fälle einzurichten, in denen arbeitsrechtliche Ansprüche, zum Beispiel durch Insolvenz, ausfallen, ist demnach zuzustimmen.

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

§ 8 Abs. 5 GE-WBNW verweist insoweit auf § 2 Absatz 1 Nr. 13 SGB VII, § 13 SGB VII und § 116 SGB X, die Entschädigungsansprüche z.B. für Nothelfer

³¹² Vgl. UN-Toolkit S. 369 und 449; PACE-A.6.1.3.2; NGO-Brief vom September 2011 (s.o. Fn. 56).

³¹³ A-Linke Abschnitt II Nr. 4 Pt. 1. Siehe auch TI-DReC Nr. 21 und § 8 Abs. 6 GE-WBNW, die in solchen und anderen Härtefällen eine Entschädigung aus einem speziellen Fonds vorschlagen.

vorsehen. Einen anderen Ansatz, der ebenfalls fruchtbar gemacht werden könnte, wählen, mit der entsprechenden Anwendung des Bundesversorgungsgesetzes, z.B. § 60 Infektionsschutzgesetz und das Opferentschädigungsgesetz. Letzteres erfasst in § 1 Abs. 3 sogar Schäden „für einen Unfall den der Geschädigte bei der unverzüglichen Erstattung der Strafanzeige erleidet“, regelt in gewisser Weise also bereits eine Sonderform von Whistleblowing-Entschädigung.

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

2.3.5.6. Sonstige Unterstützung von Whistleblowing und Whistleblowern

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

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

Der Gesetzgeber sollte auch evaluieren, inwieweit besondere gesetzliche Regelungen, im Whistleblowing-Gesetz, aber auch an anderer Stelle sinnvoll sind. In Betracht käme insoweit die Übernahme einer § 17 AGG entsprechenden Regelung³¹⁴ in das Whistleblowing-Gesetz ebenso wie die Ergänzung z.B. von Vorschriften des BetrVG, insbesondere § 75 BetrVG um den Aspekt des Whistleblowings.

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

³¹⁴ Vgl. Schwering, Manuel; Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz als Aufgabe und Instrument des Betriebsrates; 2010.

2.3.5.7. Fristen und Verjährung

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

Auf eine derartige Fristenregelung sollte verzichtet werden³¹⁵. Erst recht sollte eine solche Regelung nicht durch die Tarifparteien ausgestaltet werden können, da spezielle tarifvertragliche Regelungen insoweit der angestrebten Klarheit und Rechtssicherheit entgegenstehen.

Dem Vorschlag der SPD scheint eine gewisse Orientierung an § 21 Abs. 5 AGG zu Grunde zu liegen. Eine Übertragung dieser AGG-Regelung auf die Whistleblowing-Problematik ist aber nicht sachgerecht. Anders als beim AGG steht im Falle von Whistleblowing die Benachteiligung meist weder am Anfang noch im Mittelpunkt der Auseinandersetzung.

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

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

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

³¹⁵ Zur Problematik von Fristenregelungen s.a. GAP-IBP Nr. 13.

2.3.5.8. Altfallregelung

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

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

2.3.6. Maßnahmen zur Evaluation und Weiterentwicklung des Gesetzes

Das OECD/G20-Kompendium empfiehlt die „Überwachung und regelmäßige Überprüfung der Wirksamkeit des Whistleblowing-Regelwerks, Sammeln und Verbreiten von Daten, etc.“³¹⁶. In den Empfehlungen Transparency heißt es: „das Recht soll eine öffentliche Einrichtung schaffen oder beauftragen um der Öffentlichkeit Beratung in allen Fragen im Zusammenhang mit Whistleblowing zur Verfügung zu stellen, die Funktionsfähigkeit aller Whistleblowing-Maßnahmen zu beobachten und regelmäßig zu überprüfen und um die Herausbildung eines öffentlichen Bewusstseins zu fördern, im Hinblick auf eine umfassende Nutzung der Whistleblowing-Regelungen und eine breitere kulturelle Akzeptanz solcher Handlungen“³¹⁷.

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

Um dies tun zu können sind Verfügbarkeit und die Sammlung von Daten aus der Lebenswirklichkeit und deren wissenschaftliche Aufarbeitung von entscheidender Bedeutung. Daher sollte ein Whistle-

³¹⁶ OECD/G20-Kompendium A-6.1; ähnlich auch PACE-Report A.6.4.

³¹⁷ TI-DRec. Nr. 24.

blowing-Gesetz auch Berichtspflichten hinsichtlich des praktischen Umgangs mit Whistleblowing-Fällen mindestens durch die zuständigen Behörden enthalten. Die hiermit verbundenen Koordinierungsaufgaben könnten z.B. beim Whistleblowing-Ombudsmann bzw. –Beauftragten³¹⁸ angesiedelt werden, der bei seiner Evaluierung auch die Tarifparteien und Vertreter der Zivilgesellschaft angemessen beteiligen³¹⁹ sollte.

Diese Vorschläge entsprechend weitgehend denjenigen aus A-Linke³²⁰. Dort wird allerdings zusätzlich gefordert, das Gesetz solle öffentliche und private Einrichtungen ermächtigen Whistleblower-Fälle öffentlich zu machen. Der dahinter stehende Gedanke mehr Transparenz und ein größeres Bewusstsein der Öffentlichkeit für den gesellschaftlichen Nutzen von Whistleblowing zu erreichen ist zu begrüßen. Sicherlich braucht es insoweit, neben mehr oder minder gescheiterten Helden, zukünftig auch sichtbare positive Beispiele, die zur Nachahmung anregen. Andererseits sind bei der Veröffentlichung aber stets die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen und auch so mancher Whistleblower mag lieber im Verborgenen wirken.

3. Begleitende Maßnahmen eines flankierenden Maßnahmenpakets

A-Linke³²¹ nennt sieben Bereiche in denen der zu schaffende gesetzliche Whistleblowerschutz mit einem Maßnahmenpaket flankiert werden sollte.

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

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

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

³¹⁸ Die Notwendigkeit eine solche Einrichtung zu schaffen wurde schon oben in Abschnitt 2.5.3.6.3. dargelegt und wird durch die hier beschriebenen Aufgaben untermauert.

³¹⁹ Dazu PACE-Report A.8, TI-DRec Nr. 26

³²⁰ A-Linke Abschnitt II. Nr. 9 und 10. GE-BMin, GE-Grüne und GE-SPD enthalten leider keinerlei Aussagen zum Thema Evaluierung.

³²¹ A-Linke Abschnitt III.

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

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

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

Ein ganz wichtiger Aspekt begleitender Maßnahmen taucht aber auch im A-Linke nicht auf: Die Vorbildfunktion der öffentlichen Hände. Sie sollten nicht nur mithelfen „best practice“ Whistleblower-Systeme theoretisch zu entwickeln, sondern diese auch in ihren eigenen Häusern und mit ihren eigenen Mitarbeitern und auch in den Organisationen privaten Rechts die mehrheitlich der öffentlichen Hand gehören, einführen und praktizieren. Alle Mitarbeiter die als Adressaten für interne oder externe Whistleblower in Betracht kommen, sollten überdies durch gezielte Schulungen besonders auf diese Aufgabe vorbereitet werden³²².

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

³²² Dies fordert auch UN-Toolkit S. 451 und OECD/G20-Kompendium A-6.3.

Whistleblowerschutz auch dort am Herzen liegt, wo sie an der Macht sind. Die jeweiligen politischen Spitzen sollten die neue Richtung pro Whistleblowerschutz vorgeben³²³ und diesen im eigenen Haus in vorbildlicher Weise praktizieren.

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

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

Entwurf für ein:

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

§ 1: Ziel des Gesetzes

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

§ 2 Anwendungsbereich

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

- a) durch juristische Personen oder deren Organe,
- b) durch natürliche Personen anlässlich
 - aa) der Ausübung von öffentlichen Aufgaben oder Ämtern,

oder

- bb) der Ausübung einer selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit,

oder

- c) durch natürliche Personen anlässlich der Beschäftigung bei, der sonstigen Mitarbeit bei oder der sonstigen Unterstützung der unter a) und b) Genannten.

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

oder die Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt.

§ 3 Begriffsbestimmungen

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

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

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

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

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

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

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

³²³ UN-Toolkit S. 451 fordert: "There must be a real commitment within the organization to act upon disclosures and to protect those making them".

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

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

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

§ 4 Rechte der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber

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

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

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

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

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

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

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

(2) Soweit der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin dem internen Adressaten oder der von diesem vertretenen Organisation gegenüber zu einer Leistung verpflichtet ist, durch deren Erbringung er/sie eine Aufrechterhaltung, Verschleierung oder Aus-

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

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

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

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

§ 5 Benachteiligungsverbot

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

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

- zunächst ein interner und/oder ein an eine Behörde adressierter Hinweis erfolgt ist, und bei dessen Behandlung das Recht des Hinweisgebers bzw. der Hinweisgeberin aus § 4 Absatz 1 b) dieses Gesetzes in nicht nur unerheblichem Maße verletzt oder Straftaten begangen wurden,
- eine unmittelbare Gefahr für das demokratische Staatswesen, Verfassungsorgane, Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht, die durch einen internen oder an eine

- Behörde adressierten Hinweis nicht oder nicht rechtzeitig abgewendet werden kann,
- der Hinweis sich auf eine europarechtliche oder völkerrechtliche Pflicht der Bundesrepublik Deutschland bezieht und sich nach einem erfolglosen nationalen Klärungsversuch an einen geeigneten externen Adressaten wie z.B. ein Organ der Europäischen Union, andere Parteien des betroffenen völkerrechtlichen Vertrages, die Organe der Vereinten Nationen oder von diesen eingerichtete internationale Gerichte richtet, oder
 - das Interesse der Öffentlichkeit, von dem Missstand Kenntnis zu erlangen, andere Interessen an dessen Geheimhaltung überwiegt.

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

(4) Das vorstehende Benachteiligungsverbot schließt auch die Benachteiligung aufgrund einer im Rahmen des Hinweises stattfindenden Offenbarung von Informationen aus, deren Geheimhaltung eigentlich dem Schutz der Rechtsordnung unterläge, es sei denn, dass jenes Schutzrecht ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der Aufdeckung des Missstandes überwiegt. § 185 StGB und der Schutz von Geheimnissen im Sinne des § 203 Absatz 1 StGB bleiben unberührt.

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

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

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

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

§ 7 Verbot der Beeinflussung von Prüfungen

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

- sie die Prüfung vereitelt oder vereiteln soll,

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

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

§ 8 Ansprüche

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

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

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

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

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

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

(7) Für den Fall, dass der Hinweisgeber bzw. Hinweisgeberin ein Arbeitnehmer/in im Sinne des Kündigungsschutzgesetzes ist und der Hinweis im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis erfolgte,

setzt die Anwendung von § 9 Satz 2 KSchG die Zustimmung des Hinweisgebers bzw. der Hinweisgeberin voraus.

§ 9 Beweislast

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

§ 10 Maßnahmen und Pflichten insbesondere von Arbeitgebern

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

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

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

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

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

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

§ 11 Verantwortung der Beteiligten

(1) Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber, Beschäftigte und deren Vertretungen sowie berufsständische

Organisationen und Kammern sind aufgefordert, im Rahmen ihrer Aufgaben und Handlungsmöglichkeiten an der Verwirklichung des in § 1 genannten Ziels mitzuwirken.

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

§ 12 Unterstützung durch Whistleblowingverbände

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

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

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

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

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

§ 13 Bundesbeauftragter für Whistleblowing

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

(2) Die Vorschriften des Gesetzes über den Wehrbeauftragten des Deutschen Bundestages gelten für den Bundesbeauftragten für Whistleblowing entsprechend. Dies gilt mit der Maßgabe, dass jedermann, der nachweist, zuvor bereits eine andere zuständige behördliche Stelle mit seinem Hinweis befasst zu haben, das Recht auf eine anonyme oder nicht-

anonyme Eingabe an den Bundesbeauftragten zusteht. Außerdem werden die Rechte, die das Gesetz über den Wehrbeauftragten dem Verteidigungsausschuss zubilligt, vom Petitionsausschuss wahrgenommen und die Amtsbefugnisse des Bundesbeauftragten für Whistleblowing erstrecken sich jenseits des Bundesverteidigungsministeriums auf alle Einrichtungen und Dienststellen des Bundes mit Ausnahme der Ausschüsse des Deutschen Bundestages, die für die Entgegennahme und Behandlung von an Behörden adressierten Hinweisen zuständig sind oder denen in Hinweisen an den Bundesbeauftragten Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Hinweisen vorgeworfen wird.

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

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

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

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

§ 14 Wahrung der Rechte Betroffener

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

(2) Etwas anderes gilt im Hinblick auf das Recht auf Verarbeitung, Speicherung und die Weitergabe persönlicher Daten sowie das Recht auf Geheimnisschutz (jenseits des unangetasteten Schutzes der in § 202 Absatz 1 StGB genannten Geheimnisse), soweit deren Durchbrechung zur ordnungsgemäßen Aus-

übung, Bearbeitung und Prüfung von zulässigen Hinweisen notwendig und mit Blick auf die Wahrung und den Schutz öffentlicher Interessen erforderlich ist. Dabei ist der Kreis der informierten Personen und die Dauer der Informationsspeicherung, auf das notwendige Maß zu begrenzen.

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

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

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

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

§ 15 Bußgeldvorschriften

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

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

§ 16 Strafvorschriften

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

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

1. handelt, um sich oder einen Dritten zu widerrechtlich zu bereichern,

2. einen vorsätzlichen Verstoß gegen § 5 oder § 6 begeht,

3. Amtsträger im Sinne des § 11 Nr. 2 des Strafgesetzbuches ist oder

4. handelt, um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken.

(3) Der Versuch ist strafbar.

§ 17 In Kraft treten

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

§ 18 Übergangsvorschrift

Für Schäden von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen, die vor In-Kraft-treten dieses Gesetzes entstanden sind, kann der Bundesbeauftragte aus dem

Whistleblower-Fonds unter den Voraussetzungen des § 8 Absatz 7 eine Entschädigung bewilligen, sofern ihm dies angemessen erscheint. Die Ersteinlage des Whistleblower-Fonds beträgt Y EUR.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)794

21. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabriele Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Cathy James, London

1. In diesem Kurzbeitrag möchte ich darlegen, welchen Schutz Whistleblower [Hinweisgeber/-innen] am Arbeitsplatz nach britischem Recht im Rahmen des 1998 verabschiedeten *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) genießen. Er wurde vor dem Hintergrund des von den Bundestagsmitgliedern Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch und anderen Mitgliedern der Fraktion DIE LINKE eingebrachten Antrags 17/6492, **Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen – Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen**, geschrieben und soll als Grundlage für die Stellungnahme dienen, die ich am 5. März 2012 anlässlich der öffentlichen Anhörung abgeben werde.

2. **Hintergrund: Was ist *Public Concern at Work* (PCaW)?**

PCaW ist eine unabhängige (gemeinnützige) Nichtregierungsorganisation, die 1993 im Anschluss an eine Serie von Katastrophen und Skandalen (z. B. die Explosion der Bohrinself Piper Alpha, das Zugunglück von Clapham und der Zusammenbruch der BCCI) gegründet wurde. Im Zuge öffentlicher Untersuchungen zur Klärung der Frage, was in jedem dieser Fälle sowie in anderen schiefgegangen war, wurde festgestellt, dass Mitarbeiter über die Probleme und Risiken Bescheid gewusst und entweder zu viel Angst gehabt hatten, um den Mund aufzumachen, oder dass sie ihre Bedenken vorgetra-

gen hatten, nur um anschließend geschnitten oder, was noch schlimmer war, gefeuert zu werden. Die Gründer der Organisation waren sehr daran interessiert, all denen beizustehen, die Zeuge von Fehlverhalten oder widerrechtlichen Handlungen am Arbeitsplatz geworden sind, und das Whistleblowing als Instrument der Rechenschaftslegung zu fördern.

3. Im Mittelpunkt unserer Arbeit steht die kostenlose, vertrauliche und sachkundige Beratung von Arbeitnehmern, die auf einen Missstand von öffentlichem Interesse hinweisen möchten (z. B. einen medizinischen Behandlungsfehler, Betrug, Korruption oder ein anderes Fehlverhalten) und sich nicht sicher sind, ob und wie sie ihr Anliegen vorbringen sollen. Die telefonische Beratungsstelle von PCaW ist mit Rechtsanwältinnen und Rechtspflegern besetzt, und die gemeinnützige Einrichtung arbeitet als ausgewiesenes Rechtsberatungszentrum, das der Aufsicht der *Solicitors Regulation Authority* und des *Bar Council of England and Wales* untersteht. Alle Berater verfügen über eine juristische Ausbildung (2 *Solicitors*, 1 *Barrister* und 5 Rechtspfleger), und alle erteilten Ratschläge fallen unter das anwaltliche Aussageverweigerungsrecht. Das bedeutet, dass Einzelpersonen einen ‚sicherer Zufluchtsort‘ für eine unabhängige Beratung vorfinden, und dass alles, was dort zur Sprache kommt, nur mit ihrer ausdrücklichen Zustimmung offen gelegt wird. Wenn unsere Berater

einen Anruf entgegennehmen, richten sie ihr Hauptaugenmerk auf das Risiko und auf das, was den Einzelnen davon abhält, sein Anliegen offen zur Sprache zu bringen. Wir versuchen, von jedem möglichst viel über die Angelegenheit und über sein berufliches Umfeld und seine Arbeitsbeziehungen zu erfahren. Wir helfen dem Betroffenen beim Prüfen der ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, sein Anliegen vorzutragen, und können bei Bedarf als ‚Verbindungsmann‘ für sein Anliegen fungieren (das heißt, wir können das Anliegen im Namen des Betroffenen vortragen, wenn wir dazu aufgefordert werden). Aufgrund des sensiblen Charakters der Gespräche und der Art der erteilten Ratschläge sträuben sich Anrufer oft, persönliche Angaben zu hinterlassen.

4. Die Organisation war auch maßgeblich an der Ausgestaltung des gesetzlichen Rahmens für den Schutz von Whistleblowern in Großbritannien im Rahmen von PIDA beteiligt. Wir können Einzelpersonen helfen, die ihnen zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten zu prüfen, doch wir prozessieren nicht und greifen keine Fälle ihrem Namen auf der Grundlage von PIDA auf. Außerdem bietet PCaW maßgeschneiderte Schulungen und Beratungen für Organisationen aus dem öffentlichen, dem privaten und dem freiwilligen Sektor an. In den letzten Jahren haben wir mit einer ganzen Reihe von Gewerkschaften, Berufsverbänden und Aufsichtsbehörden, darunter auch dem nationalen Gesundheitsdienst (National Health Service, NHS), der Finanzmarktaufsichtsbehörde FSA, Ofsted und der Bank von England zusammengearbeitet.

5. PIDA in der Praxis

PIDA erkennt an, dass sich Arbeitnehmer in einer Ausnahmeposition befinden, da sie a) oftmals als erste Kenntnis von einer Korruption, einem Betrug oder einem anderen Fehlverhalten bekommen und b) insoweit verletzlich sind, als sie um ihre Existenz gebracht werden können, wenn sie versuchen, ihren Arbeitgeber oder die zuständigen Behörden auf ein vermutetes Fehlverhalten aufmerksam zu machen. PIDA gilt für die meisten Arbeitnehmer in Großbritannien, unterliegt weder sektoralen noch von der Art des Fehlverhaltens - einschließlich seiner Vertuschung - abhängigen Einschränkungen und bietet zudem Schutz bei außerbetrieblichen Offenlegungen an eine nach dem Gesetz als erste Instanz vorgesehene Aufsichtsbehörde, unter entsprechenden Umständen aber auch darüber hinausgehend an die Medien oder die Polizei beispielsweise.

Kurzanleitung zu PIDA und seinen wichtigsten Bestimmungen für Arbeitnehmer, die Missstände wie Korruption, widerrechtliche Handlungen oder Fehlverhalten aufzeigen

- Gilt für die meisten britischen Arbeitnehmer, darunter auch Angestellte, Vertragsfirmen, Auszubildende und Leiharbeiter, Polizeibeamte und alle Beschäftigten des National Health Service.

- Definiert widerrechtliche Handlung umfassender durch Einbeziehung von Offenlegungen über Korruption oder andere Straftaten, zivilrechtliche Vergehen (einschl. Fahrlässigkeit, Vertragsbruch oder verwaltungsrechtlicher Verstöße), Justizirrtümer, Gefahren für Gesundheit, Sicherheit und Umwelt und, was noch wichtiger ist, jede diesbezügliche **Vertuschung**; der Arbeitnehmer muss die widerrechtliche Handlung nicht beweisen, und es spielt keine Rolle, ob die Personen, denen die Handlung gemeldet wurde, bereits davon Kenntnis haben.

- Bietet Schutz bei **intern** vorgebrachten Bedenken gegenüber dem Arbeitgeber (oder dem zuständigen Minister in entsprechenden Fällen), einer der vielen aufgeführten Aufsichtsbehörden, der Polizei in schwerwiegenden Fällen und, was am wichtigsten ist, den Medien unter bestimmten Umständen, insbesondere dann, wenn alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft und gescheitert sind und die Handlung fort dauert.

- Sieht Entschädigung bei Entlassung **und** bei Benachteiligung (d. h. Viktimisierung) ohne Entlassung einschließlich immaterieller Schäden vor, und der Betroffene kann durch einstweilige Verfügung binnen sieben Tagen die Fortsetzung seiner Beschäftigung erwirken; dem wegen Whistleblowing ungerechtfertigterweise Entlassenen wird der gesamte erlittene Vermögensschaden erstattet (ohne obere Begrenzung), womit anerkannt wird, dass es zu einem Setzen auf die Schwarze Liste kommen kann und dass auch Spitzenverdiener Hinweisgeber sein können.

6. Der Gesetzgeber gibt auch deutlich zu verstehen, dass jeder Versuch, einen Whistleblower – beispielsweise in einem Arbeitsvertrag oder einer Vergleichsvereinbarung - zu hindern, aufrichtige Bedenken wegen eines rechtswidrigen Verhaltens vorzutragen, nichtig ist. Und schließlich verlieren die unter den *Official Secrets Act* fallenden Personen (abgesehen von den Beschäftigten der Streitkräfte oder des Nachrichtendienstes, die nicht durch das Gesetz geschützt sind) den PIDA-Schutz nur dann, wenn sie wegen deliktischer Verletzung des *Official Secrets Act* verurteilt werden oder wenn ein Arbeitsgericht (unter Zugrundelegung hoher Beweisanforderungen, die denen des Strafrechts nahekommen) zu der Überzeugung gelangt, dass die strafbare Handlung begangen wurde.

7. Whistleblowing-Vorkehrungen

Obwohl PIDA den Organisationen keine ausdrückliche Verpflichtung auferlegt, für ihre Mitarbeiter Vorkehrungen zum sicheren und verantwortungsvollen Vorbringen von Anliegen zu treffen, um sie vor ungerechtfertigter Behandlung, Benachteiligung oder Entlassung zu schützen, gibt es einige stichhaltige politische und juristische Gründe, weshalb in Großbritannien öffentliche und private Einrichtungen dies dennoch tun; einige von diesen sind nachstehend aufgeführt. Vorkehrungen für Whistleblowing sind auch wichtig, weil unabhängig von den ge-

- setzlichen Vorgaben echter Schutz mit ‚guter Praxis‘ am Arbeitsplatz beginnt.
8. Nach den Bestimmungen von PIDA prüft ein **Arbeitsgericht** bei der Entscheidung darüber, ob eine breitere Offenlegung zum Beispiel an die Medien angemessen war, inwieweit der Arbeitgeber über Vorkehrungen für Whistleblowing verfügte, die der Arbeitnehmer hätte nutzen können oder sollen.
 9. Das unabhängige **Committee on Standards in Public Life** legte in seinem 2., 4. und 10. Bericht dringend nahe, dass alle öffentlichen Stellen einschließlich aller Regierungsbehörden, Kommunalverwaltungen, Quasi-Nichtregierungsorganisationen (NDPB), Universitäten und Einrichtungen des National Health Service Vorkehrungen treffen sollten, um Beschäftigten die Möglichkeit zur internen und externen Anzeige von Missständen und zu einer unabhängigen Beratung zu geben. In seinem 4. Bericht nannte der Ausschuss die sechs wichtigsten Elemente guter Whistle-blowing-Vorkehrungen (nachstehend wiedergegeben), und in seinem 10. Bericht hob er die Bedeutung der Übernahme einer Leitfunktion hervor und erklärte, alle öffentlichen Stellen sollten erneut ihre Bereitschaft zur wirksamen Durchführung von PIDA bekräftigen.
 10. Der **UK Corporate Governance Code** (C.3.4) sieht vor, dass in Unternehmen, die an der Londoner Börse notiert sind, der Vorstand und insbesondere der Prüfungsausschuss dafür zu sorgen haben, dass Vorkehrungen für das vertrauliche Vortragen von Bedenken wegen möglicher finanzieller und sonstiger Unredlichkeiten getroffen sind und dass solche Bedenken angemessen und unabhängig untersucht und weiterverfolgt werden.
 11. Das **Bribery Act 2010** (§ 7) legt den Grundstein für eine neue Form der unternehmerischen Verantwortung für die Nichtverhinderung einer Bestechung und stellt klar, dass die Einführung und Förderung interner Whistleblowing-Vorkehrungen – die auch den Zugang zu Beratungsmöglichkeiten einschließen – Bestandteil einer rechtmäßigen Verteidigung ist (*Ministry of Justice, Guidance to the Section 9 of the Bribery Act, 2011*).
 12. **PIDA noch nicht vollständig umgesetzt**
PIDA lässt sich nur dann als schlagkräftiges Instrument zur Bekämpfung von Korruption einsetzen, wenn Arbeitgebern und Arbeitnehmern bewusst ist, dass die innerbetriebliche und, was noch wichtiger ist, außerbetriebliche Weitergabe von Informationen unter Schutz gestellt sind. Außerhalb des Gesundheitswesens ist PIDA von der britischen Regierung nicht aktiv unterstützt worden. Die GRECO-Gruppe [*Group of States against Corruption*] empfahl der britischen Regierung, mehr zu tun, um das Whistleblowing im öffentlichen Sektor zu fördern, und stellte fest, dass Großbritannien trotz Einführung eines neuen *Civil Service Code* die von GRECO

- 2006³²⁴ ausgesprochene Empfehlung nur teilweise umgesetzt hat. Die OECD empfahl nachdrücklich, dass Großbritannien, „seine Bemühungen um eine bessere Bekanntmachung der Maßnahmen zur Ermutigung und zum Schutz von Whistle-blowern in der breiten Öffentlichkeit [Unterstreichung hinzugefügt]“³²⁵ im Rahmen einer wirksamen Strategie gegen Bestechung von ausländischen Amtsträgern weiterführen sollte. Obwohl der Europarat 2010³²⁶ PIDA als Beispiel umfassender Whistleblower-Rechtsvorschriften lobte, kennt die überwiegende Mehrheit der britischen Bevölkerung im Erwachsenenalter PIDA noch nicht. Eine von *Public Concern at Work* in Auftrag gegebene YouGov-Umfrage (2011)³²⁷ ergab, dass ungeachtet der Tatsache, dass 85 % der berufstätigen Umfrageteilnehmer im Erwachsenenalter nach eigener Aussage ihren Arbeitgeber auf Missstände wie eine mögliche Korruption, Gefährdung oder schwerwiegende Zuwiderhandlung am Arbeitsplatz aufmerksam machen würden, 77 % aller erwachsenen Befragten entweder nichts von einem Gesetz zum Schutz von Whistleblowern wussten oder dachten, dass es keines gibt.³²⁸ Es besteht die Gefahr, dass wenn ein gravierender Missstand von öffentlichem Interesse von der Organisation selbst nicht angemessen weiterverfolgt wird oder wenn die Angelegenheit so schwerwiegend ist, dass sie nach außen getragen werden muss, die Arbeitnehmer nicht wissen, ob sie befugt sind, sie an anderer Stelle vorzutragen, oder wer am besten geeignet ist, für ihre Offenlegung zu sorgen (d. h. Aufsichtsbehörde, Parlamentsmitglied, Medien).
13. Obwohl die Zahl der PIDA-Klagen von Jahr zu Jahr zunimmt, machen sie immer noch weniger als 1 % aller eingereichten Klagen³²⁹ aus, und 74 % werden durch Vergleich geregelt oder zurückgezogen. Die britische Regierung weigert sich, das PIDA-Klageregister für eine öffentliche Überprüfung zugänglich zu machen, und dies ist ein weiteres wichtiges Versäumnis, das die volle Durchführung des Gesetzes verhindert. Eine 2010 erlassene neue Vorschrift gab Klageführern

³²⁴ GRECO (2006) *Second Evaluation Round: Compliance Report on the United Kingdom*, von GRECO verabschiedet anlässlich der 30. Plenartagung in Straßburg, 2006, ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2\(2006\)8_Add_UnitedKingdom_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/GrecoRC2(2006)8_Add_UnitedKingdom_EN.pdf)).

³²⁵ OECD (2005) *United Kingdom: Phase 2 Report on the Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 1997 Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions*, OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, 16 (<http://www.oecd.org/dataoecd/62/32/34599062.pdf>).

³²⁶ Council of Europe Resolution 1729 (2010): *Protection of „Whistleblowers“* (<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1729.htm>).

³²⁷ Weitere Einzelheiten siehe: <http://www.pcaw.org.uk/newsattachments/Results%20for%20PCAWYouGov%20Survey.pdf>.

³²⁸ 21 % der Befragten waren der Meinung, es gebe kein Gesetz zum Schutz von Whistleblowern (Ibid, Anm. 5).

³²⁹ Aus den Zahlen des *Employment Tribunal* ergibt sich, dass zwischen 2009 und 2010 2.000 PIDA-Klagen eingereicht wurden; insgesamt wurden 236.100 Klagen eingereicht. Von den 2.000 PIDA-Klagen wurden 1.600 durch Vergleich beendet oder zurückgezogen (siehe <http://www.pcaw.org.uk/law/pidalatestfigures.htm>).

die Möglichkeit, das Gericht um Weiterleitung einer Kopie ihrer Klage (mit Einzelheiten ihres Vorbringens) an die zuständige Aufsichtsbehörde zu ersuchen. Dies war jedoch eine Kompromissmaßnahme, und *Public Concern at Work* macht sich weiterhin für eine einfache offene Justiz stark. Die mangelnde Transparenz im Gerichtswesen gefährdet eine wirksame Steuerung und Koordination, indem sie zulässt, dass Gemeinwohlanliegen in nicht zur vollen richterlichen Entscheidung gelangenden Vergleichen „verscharrt“ werden. Im Verbund mit der mangelnden Kenntnis der wichtigsten PIDA-Bestimmungen bedeutet dies, dass mit dem öffentlichen Interesse unbewusst oder bewusst zum persönlichen Nutzen geschachert werden kann. Dies sollte für jeden, der versucht, gegen Korruption, Betrug, Risiko oder widerrechtliche Handlungen am Arbeitsplatz vorzugehen, Anlass zur Besorgnis sein.

14. Es spricht auch vieles dafür anzuregen, dass die Rechtsvorschriften nach nunmehr zehn Jahren seit ihrer Einführung überprüft werden. Was die Politik betrifft, gehen wir nicht davon aus, dass die britische Regierung diese Überprüfung veranlassen wird; deshalb haben wir vor, 2012 eine Befragung zu starten, um die Meinung einer Vielzahl von Akteuren (Gewerkschaften, Unternehmen, staatliche Aufsichtsbehörden und Politiker) einzuholen. Angesichts der jüngsten Vorschläge der Regierung, die eine Beschneidung der Rechte des Einzelnen im Bereich der Beschäftigung beinhalten (Einführung von Gebühren an Arbeitsgerichten, Änderung der Kostenvorschriften und verbindlich vorgeschriebene Vergleichsverhandlungen), ist diese Überprüfung notwendig, denn je, denn wir machen uns zunehmend Sorgen, dass sich bei PIDA Risse zu zeigen beginnen, was bedeutet, dass das Gesetz keinen ausreichenden Schutz mehr für Menschen bietet, die im Interesse der Öffentlichkeit ihre Stimme erhoben haben. Zu den Punkten, für die wir eine Überprüfung vorschlagen würden, gehören folgende:

- Prüfung des ‚öffentlichen Interesses‘ – nach gängiger Rechtsprechung können Beschäftigte PIDA inzwischen zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen wegen Verletzung ihrer persönlichen Arbeitnehmerrechte heranziehen, womit das Gesetz untergraben zu werden droht, da es auf den Schutz derjenigen ausgerichtet ist, die das öffentliche Interesse betreffende Belange zur Sprache bringen. Umgekehrt könnte der Text des Gesetzes bedeuten, dass ein Arbeitnehmer ein Anliegen vortragen könnte, das im öffentlichen Interesse liegt, aber zu keiner der in PIDA aufgeführten Arten von Zuwiderhandlungen passt. Infolgedessen bestünde kein Schutz.
- Die Verwendung von Knebelklauseln in Vergleichsvereinbarungen, um zu versuchen, Arbeitnehmer daran zu hindern, nach dem Ausscheiden aus dem Dienst Anliegen von öffentlichem Interesse zur Sprache zu bringen. Unser Ziel ist es, die Bestimmung in

PIDA, die diese Klauseln ungültig macht, stärker ins Bewusstsein zu bringen.

- Haftung für eine Handlung Dritter – ein unlängst verhandelter Fall am Berufungsgericht führte zu einer erheblichen Beschneidung des Whistleblower-Schutzes, als das Gericht entschied, dass ein Arbeitgeber nicht für die Viktimisierungshandlungen seiner Mitarbeiter an Whistleblowern haftbar sei.
 - Offene Justiz (siehe oben) – es bedarf einer externen Überwachung der vor das Arbeitsgericht gebrachten Klagen, wenn PIDA sein Potenzial zur Gewährleistung von Verantwortlichkeit voll zur Geltung bringen soll.
15. Wir beabsichtigen, die Antworten für die Erstellung eines Berichts heranzuziehen, mit dem wir die Regierung veranlassen wollen, die notwendigen Veränderungen zur Stärkung von PIDA vorzunehmen. Außerdem wollen wir das Anhörungsverfahren dazu verwenden, politische Entscheidungsträger und Gesetzgeber über PIDA und seine Rolle bei der Förderung von Offenheit und Verantwortlichkeit am Arbeitsplatz aufzuklären.

16. Recht & Praxis

Die deklaratorische Wirkung des Gesetzes, das all diejenigen schützt, die auf Missstände hinweisen, deren Aufdeckung im öffentlichen Interesse liegt, ist enorm wichtig und ein weiterer Grund, weshalb die Förderung von PIDA als wesentliche Voraussetzung für den Whistleblower-Schutz zu betrachten ist. Allerdings gibt es wirklichen Schutz nur dann, wenn ein Arbeitgeber seine Mitarbeiter ermutigt, ihr Anliegen offen zur Sprache zu bringen, und ihnen versichert, dass das gefahrlos möglich ist und sichere außerbetriebliche Wege bestehen, und wenn er wirksam und angemessen auf das Anliegen reagiert und rasch handelt, um den verständigen und aufrichtigen Hinweisgeber vor Repressionen zu schützen.

Committee on Standards in Public Life: wichtige Merkmale guter Whistleblowing-Vorkehrungen³³⁰

- Sie liefern Beispiele zur Unterscheidung von Whistleblowing und Beschwerde.
- Sie bieten Mitarbeitern die Möglichkeit, ein Whistleblower-Anliegen außerhalb des Linienmanagements vorzutragen.
- Sie bieten Zugang zu einer unabhängigen telefonischen Anlaufstelle, die eine vertrauliche Beratung anbietet.
- Sie räumen Mitarbeitern das Recht auf Vertraulichkeit beim Vortragen eines Anliegens ein.
- Sie erläutern, wann und wie das Vorbringen eines Anliegens außerhalb der Organisation (z. B. bei einer Aufsichtsbehörde) gefahrlos möglich ist.

³³⁰ Committee on Standards in Public Life, Third Report (1996), Seite 48.

- Sie stufen Folgendes als Disziplinarangelegenheit ein: a) die Viktimisierung eines in gutem Glauben handelnden Whistleblowers und b) die vorsätzliche Aufstellung falscher Behauptungen.

Für aufgeklärte Arbeitgeber, die robuste interne Regelungen einführen möchten, sind entsprechende Ressourcen verfügbar, namentlich der *Code of Practice of Whistleblowing Arrangements* der British Standards Institution, der kostenlos erhältlich ist³³¹.

³³¹ British Standards Institution (2008): *Whistleblowing Arrangements Code of Practice*, PAS 1998:2008. Kostenlos herunterladbar unter: www.pcaw.org.uk/bsi.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)807

28. Februar 2012

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Prof. Dr. Jens M. Schubert, Berlin

10 Thesen**1.**

Sowohl aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen ist es erforderlich, den Schutz von Hinweisgebern gesetzlich zu regeln – in einem gesonderten Gesetz oder in einem Artikelgesetz, das insbesondere im Umfeld von § 612a BGB (Maßregelungsverbot) mit Neuregelungen ansetzt.

2.

Rechtlich ist eine gesetzliche Regelung notwendig, weil sich gezeigt hat, dass die berechnete Weitergabe von Hinweisen an Dritte (staatliche Stelle, Öffentlichkeit) in der Rechtsprechung nicht etwa dazu geführt hat, Maßregelungen bis hin zu Kündigungen eine Zulässigkeit abzusprechen. Divergierende höchstgerichtliche Rechtsprechung (BAG 3.7.2003, 2 AZR 235/02 – BVerfG 2.7.2001, 2 BvR 2049/00), überlagert durch die jüngste – zutreffende – Entscheidung des EGMR in Sachen Heinisch (21.7.2011, Nr. 28274/08), verursacht gegenwärtig Rechtsunsicherheit. Unangemessen ist es zudem, wenn das BAG nach unläuterer Motiven („unverhältnismäßige Reaktion“) fragt. Dies hält Beschäftigte von für das Unternehmen, Betroffene und die Gesellschaft wichtigen Hinweisen ab (dieser Aspekt wird auch vom EGMR angeführt, vgl. auch Schubert/Lörcher AuR 2011, 326ff.).

3.

Tatsächlich ist es für eine demokratische Gesellschaft unerlässlich, Hinweisgeber zu schützen, um

die Gesellschaft vor z.B. Gammelfleisch, Pflegemissständen oder Korruption zu schützen bzw. Gelegenheit zur Abhilfe zu ermöglichen.

4.

Insofern bieten beide Entwürfe zutreffende Ansätze. Der Entwurf der Fraktion der SPD, der oftmals auf die Systematik des AGG zurückgreift, beinhaltet allerdings Vorschriften, die faktisch dem Telos des Gesetzes entgegenstehen könnten (jedenfalls so ausgelegt werden könnten), was sicherlich nicht intendiert ist. Hierzu gehört § 10 des Entwurfes. Diese Vorschrift kann schlicht gestrichen werden, es kann auf die allgemeinen Regeln zurückgegriffen werden (§§ 823, 826 BGB). Bleibt sie erhalten, hat sie erhebliches Potential, berechtigtes Hinweisgeben zu verhindern.

Zweitens steht dem Ziel des Gesetzes die unglückliche Vermengung von *internem* und *externem* Whistleblowing (§ 11 SPD-Entwurf) entgegen. Ein solches Gesetz muss seinen Schwerpunkt im externen Whistleblowing haben. „Betriebliche“ Anzeigepflichten zwischen den Beschäftigten untereinander (oder entsprechende durch Gesetz geförderte faktische Erwartungen) können dagegen zu einem Klima der Denunziation im Betrieb führen.

5.

Die rechtlichen und tatsächlichen Erwägungen zeigen auf, dass es erforderlich ist, bei der Benennung des Gesetzes nicht nur den Schutz des Hinweisgebers, sondern auch die Bedeutung des nicht leicht-

fertigen Whistleblowing für Demokratie, Zivilgesellschaft und Förderung von Zivilcourage aufzuzeigen. Dies ist auch wichtig für die Akzeptanz des Gesetzes. Hier bleibt der SPD-Entwurf etwas zurück.

6.

Es ist erforderlich, den Vorgang des Hinweisgebens legal zu definieren. Beide Vorschläge enthalten hierzu gute Ansätze. Allerdings ist der Begriff der „rechtlichen Pflichten“ zu konkretisieren (§ 3 Abs. 2 S. 1 SPD-Entwurf). Ist es beispielsweise gewollt, dass ein Beschäftigter auf die vermeintliche „low performance“ eines anderen hinweist (als Verstoß gegen dessen Arbeitsvertrag)?

In diesem Umfeld ist zudem zu empfehlen, folgende Punkte zu bedenken:

- Der Beschäftigtenbegriff hat auch Beamte zu erfassen;
- es sind die Rechtsgüter konkret aufzunehmen, bei denen ein Hinweisgeben zulässig ist. Zu den in den Entwürfen genannten Rechtsgütern könnten noch die *Stabilität des Finanzsystems* und *Persönlichkeitsrechte* hinzu kommen;
- es sind Regelbeispiele für „leichtfertig“ aufnehmen (oder was eben nicht leichtfertig ist).

7.

Beide Entwürfe enthalten zutreffende Vorschläge zu Benachteiligungsverboten/Maßregelungsverboten. § 4 Abs. 3 des SPD-Entwurfes ist allerdings insofern missverständlich, weil er den Eindruck erwecken kann, es gebe eine schuldrechtliche Beziehung zwischen den Beschäftigten, was juristisch nicht der Fall ist. Dieser Eindruck taucht an einer weiteren Stelle auf (§ 9 des SPD-Entwurfes). Anspruchsgegner ist aber nur der Arbeitgeber, der ggf. innerbetrieblich Regress nehmen kann.

8.

Beide Entwürfe enthalten den Vorschlag, dass sich der Hinweisgeber entweder an den Arbeitgeber oder sogleich an eine externe Stelle wenden kann (Wahl-

recht). Bislang wurde eher das Modell einer Stufenfolge diskutiert, das darauf abstellt, zunächst den Arbeitgeber zu informieren und ihm Gelegenheit zur Abhilfe zu geben und dann erst den Weg zu staatlichen Stellen und sogar zur Öffentlichkeit zu erlauben (je nach Gefährungsgrad für das betroffene Rechtsgut oder bei Untätigkeit des Arbeitgebers). Die „schärferen“ Vorschläge lassen sich aber wohl dadurch rechtfertigen, dass eine Pflichtinformation des Arbeitgebers viele Beschäftigte vom Hinweisgeben insgesamt abhalten dürfte. Eine Unterscheidung zwischen staatlichen Stellen und der Presse ist angemessen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind Meldungen an die Staatsanwaltschaften besonders zu betrachten. Ggf. kann durch Differenzierungen beim Gefahrenbegriff feinjustiert werden (Gefahr – erhebliche Gefahr).

9.

Bei aller Kritik am Beauftragtenwesen ist zu überdenken, ob nicht ein Whistleblowing-Beauftragter ab einer gewissen Betriebsgröße zu installieren ist (unabhängig, Bestellung mit Betriebsrat bzw. Personalrat). An diesen könnten (anonyme) Hinweise gegeben werden. Auch datenschutzrechtlichen Bedenken könnte so entgegengewirkt werden.

10.

Insgesamt weisen beide Entwürfe in die richtige Richtung: Benachteiligungsverbot, Anzeigerecht, Anspruchsgrundlagen für Benachteiligte und angemessene Beweislastregelungen sind vorhanden. Durch eine Streichung von Verpflichtungen, die ein Klima von Denunziation schaffen könnten (§ 11 SPD-Entwurf) und das Entfernen in der betrieblichen Praxis wirkender Hindernisse (§ 10 SPD-Entwurf) kann ein solches Gesetz ein wichtiger Beitrag für die Arbeitswelt und die Gesellschaft insgesamt sein.

DEUTSCHER BUNDESTAG

Ausschuss für
Arbeit und Soziales
17. Wahlperiode

Ausschussdrucksache 17(11)801

23. Februar 2012

Information für den Ausschuss

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Handelsverband Deutschland**Thesenartige Zusammenfassung**

Verbindliche betriebs- bzw. unternehmensinterne Rahmenbedingungen für Hinweisgeber können eine wichtige Funktion für das Unternehmen und die Gesellschaft erfüllen. In zahlreichen Einzelhandelsunternehmen sind aus diesem Grund bereits Whistleblowing-Hotlines auf freiwilliger Basis eingerichtet worden und werden mit Erfolg praktiziert. Der HDE lehnt daher auch Versuche ab, Whistleblower generell mit Denunzianten gleichzusetzen.

Unbeschadet dieser grundsätzlichen positiven Bewertung des Whistleblowings und der positiven praktischen Erfahrungen steht der HDE einer gesetzlichen Regelung dieser Materie sehr kritisch gegenüber. Zu dem vorliegenden Antrag der Fraktion DIE LINKE und dem Gesetzentwurf der SPD-Fraktion ist zusammenfassend Folgendes zu bemerken:

- Arbeitsrechtliche Regelungen zum Schutz von Hinweisgebern sind entbehrlich, da die bestehenden Regelungen - insbesondere § 612 a BGB - unter Berücksichtigung der obergerichtlichen Rechtsprechung ausreichen.
- Zum Schutz der Hinweisgeber reicht die bestehende Arbeits- und Strafgerichtsbarkeit aus, die Einrichtung zusätzlicher Behörden ist nicht erforderlich.
- Die Einführung eines Whistleblowing-Systems muss der autonomen Entscheidung der Unternehmen überlassen werden.

- Um das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht zu belasten, die Treuepflichten des Arbeitnehmers hinreichend zu berücksichtigen und den Betriebsfrieden aufrechtzuerhalten, kann ein Recht des Whistleblowers, seine Hinweise zu veröffentlichen oder einer externen Stelle zu übermitteln, nur als Ultima Ratio bei Vorliegen von schweren Straftaten und Gefahren für die Gesundheit, das Leben oder die Umwelt und keinesfalls bei jeder rechtswidrigen Handlung in Betracht kommen.
- Whistleblowing kann nur durch eine Änderung des gesamtgesellschaftlichen Verständnisses vom Makel des Denunziantentums befreit werden. Ein solcher Prozess wird durch gesetzliche Zwangsmaßnahmen und Sanktionen eher erschwert. Entsprechende gesetzliche Änderungen sollten daher unterbleiben.
- In jedem Fall muss auch in Zukunft sichergestellt werden, dass Arbeitnehmer nicht auf Grundlage rein subjektiver, nicht nachprüfbarer Einschätzungen ihrem Arbeitgeber durch die Veröffentlichung von Hinweisen schwere Imageschäden zufügen können.
- Auf eine Neuregelung der Beweislastverteilung sollte verzichtet werden. Schon heute gelten nach der Rechtsprechung zu § 612 a BGB zugunsten des Arbeitnehmers Beweiserleichterungen. Eine Positivierung dieser Rechtsprechung ist entbehrlich und würde voraussichtlich dazu

führen, die Beweislast in unverhältnismäßiger Weise weiter auf den Arbeitgeber zu verlagern.

I. Grundsätzliches

Verbindliche Rahmenbedingungen in Bezug auf das Whistleblowing können einen wichtigen Baustein in einem unternehmensinternen Compliance-System darstellen. Zahlreiche Einzelhandelsunternehmen nutzen dieses Instrument. In der Praxis wird es auch durch die Einrichtung von unternehmensinternen Whistleblowing-Hotlines umgesetzt. Häufig existieren sogar interne und externe Hotlines nebeneinander. Die externe Lösung, die in der Regel eine Verbindung zu einem unabhängigen Rechtsanwalt darstellt, erhöht noch das Vertrauen des Hinweisgebers in die Stelle und sichert - dank anwaltlicher Verschwiegenheitspflicht - in besonderem Maße dessen Interessen.

Soweit eine Whistleblowing-Hotline eingerichtet wird, muss zum Schutz der Arbeitnehmer natürlich auch ein rechtlicher Rahmen geschaffen werden, z. B. durch Betriebsvereinbarungen. Obwohl Versuche von Denunzianten, solche Instrumente für eigene Zwecke zu missbrauchen, nicht auszuschließen sind und in der Praxis vielfach vorkommen, können durch ein institutionalisiertes Whistleblowing-System wichtige gesellschaftliche und unternehmerische Ziele erreicht werden. Solche Systeme werden daher vom HDE grundsätzlich positiv bewertet.

Dabei ist zu beachten, dass unternehmensinterne Konfliktlösungsmechanismen - zu denen auch die Einrichtung einer Whistleblowing-Hotline zählt - eine wichtige Ventilfunktion erfüllen können. Sie wirken sich günstig auf das Betriebsklima aus und können helfen, die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben im Unternehmen zu gewährleisten. Sie dienen damit nicht nur gesamtgesellschaftlichen Zwecken, indem die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben gewährleistet wird, sondern schützen auch das Unternehmen vor Imageschäden.

Der HDE lehnt aufgrund dieser Erwägungen Versuche ab, Whistleblowing generell dem Denunziantentum gleichzusetzen.

II. Generelle Anmerkungen zu dem Antrag und dem Gesetzentwurf

Der HDE bittet den Deutschen Bundestag aber dringend, von einer arbeitsrechtlichen Regelung der Materie abzusehen. Sie widerspricht dem Grundsatz, nach dem die Nutzbarmachung des Whistleblowings nur freiwillig und unter Berücksichtigung der unternehmensspezifischen Situation erfolgen darf (vgl. hierzu auch die Ausführungen unter Gliederungspunkt V.). Soweit im Unternehmen schwerwiegende, mit erheblichen Gefahren verbundene Straftaten begangen werden, hat die Rechtsprechung ausreichende und praxisgerechte Grundsätze zum Schutz der Hinweisgeber aufgestellt (z. B. BAG, Urteil vom 03.07.2003, Az. 2 AZR 235/02, in: NZA 2004, S. 427 ff.). Eine Notwendigkeit, diese Rechtsprechung zu positivieren, besteht nicht.

Die Intention des vorliegenden Antrags der Fraktion DIE LINKE geht aber über eine Positivierung der Rechtsprechung weit hinaus. Angestrebt wird eine signifikante Erweiterung der Aussagerechte bei

gleichzeitiger Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten betroffener Unternehmen. So wird zum Beispiel der von der Rechtsprechung entwickelte Ultima Ratio-Grundsatz infrage gestellt und die Möglichkeit zur Anzeige auch bei Vorliegen allgemein widerrechtlicher Handlungen eröffnet. Es besteht damit die Gefahr, dass böswillige Arbeitnehmer bei jedem Rechtsverstoß von den Möglichkeiten des Whistleblowings - auch aus sachfremden Motiven - Gebrauch machen könnten. Solche Regelungen würden das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber untergraben und dem Betriebsfrieden schweren Schaden zufügen. Die vorgeschlagenen Regelungen werden vom HDE daher als vollständig ungeeignet abgelehnt.

Auch der Gesetzentwurf der SPD-Fraktion ist nicht geeignet, einen Beitrag zur Verbesserung der Whistleblowing-Kultur in Deutschland zu leisten. Die vorgeschlagenen gesetzlichen Änderungen sind mindestens überflüssig, wie z. B. die ausdrückliche Regelung zur Beweislastverteilung zum Nachteil der Unternehmen oder die Normierung von Leistungsverweigerungsrechten, Beseitigungs-, Unterlassens- sowie materieller Schadensersatzansprüche. Auch eine Notwendigkeit, dass bereits in § 612 a BGB normierte Benachteiligungsverbot speziell zu regeln, ist nicht zu erkennen. Teilweise sind die Regelungen aber auch im Hinblick auf die verfolgte Zielsetzung direkt schädlich. Das vorgesehene Recht der Arbeitnehmer zur Veröffentlichung von Hinweisen gegenüber einer externen Stelle ohne das weitere Voraussetzungen - wie z. B. die Untätigkeit des Arbeitgebers nach betriebsinterner Anzeige - vorliegen müssen, wird das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nachhaltig beeinträchtigen. Weil der Beschäftigte bei Untätigkeit der Behörde auch noch das Recht erhalten soll, die Hinweise allgemein zu veröffentlichen, erhält der Arbeitnehmer die Möglichkeit, den Ruf seines Arbeitgebers weitgehend nach eigenem Gutdünken zu beschädigen, ohne dass der Arbeitgeber dies durch eigenes Handeln - z. B. durch Beseitigung der Missstände - abwenden kann. Auf diese Weise wird der Betriebsfrieden schwer gestört. Wegen dieser negativen Begleiterscheinungen und den vielfältigen Handlungsmöglichkeiten des Beschäftigten ohne Rücksicht auf die Unternehmensinteressen wird in der Praxis eine positive Änderung der gesellschaftlichen Bewertung des Whistleblowings eher unwahrscheinlich. Auch die Regelungen des Gesetzentwurfs werden vom HDE daher abgelehnt.

III. Anmerkungen zu dem Antrag der Fraktion DIE LINKE im Einzelnen:

Zu Nr. 2.:

Geschützt werden sollen auch Personen außerhalb eines klassischen Arbeitsverhältnisses

Es bleibt unklar, warum auch Personen außerhalb des Arbeitsverhältnisses vom Schutzbereich etwaiger Regelungen erfasst werden sollen. Dritte haben entweder andere Vertragspartner (z. B. Leiharbeiter), mehrere Vertragspartner (z. B. Berater, Lieferanten) oder sind vom Unternehmen nicht wirtschaftlich abhängig (z. B. Praktikanten). Sie alle befinden sich nicht in einem Abhängigkeitsverhältnis, welches die

Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kennzeichnet. Dritte sind damit niemals ebenso schutzbedürftig wie Arbeitnehmer. Dagegen wird die Erweiterung des Schutzbereichs auf Dritte zu unverhältnismäßigen Eingriffen in die Vertragsfreiheit führen und muss daher in jedem Fall unterbleiben.

Zu Nr. 3:

Definition des Whistleblowings und Beweiserleichterung in Bezug auf das Vorliegen der Gutgläubigkeit

Die Definition des Whistleblowings als gutgläubige Weitergabe von Informationen nicht nur über Straftaten, sondern auch über allgemeines Fehlverhalten, jegliche Rechtsverstöße (z. B. auch Ordnungswidrigkeiten) oder allgemeiner Gefahren ist viel zu weit. Richtigerweise darf vom Begriff des (zulässigen) Whistleblowings nur der Hinweis auf schwerwiegende, mit erheblichen Gefahren verbundene Straftaten erfasst werden.

Abzulehnen ist auch die vorgeschlagene Beweiserleichterung, nach der Gutgläubigkeit des Hinweisgebers immer vorliegt, wenn er der Auffassung ist, dass die Information wahr sei. Auf rein subjektive Elemente und Einschätzungen des Hinweisgebers darf es in diesem Zusammenhang nicht ankommen, weil deren Vorliegen im Streitfall von ihm behauptet und vom Unternehmer nicht widerlegt werden kann. Daher darf nur unter der Voraussetzung von einem gutgläubigen Verhalten ausgegangen werden, dass der Hinweisgeber aufgrund vorliegender konkreter Tatsachen von der Richtigkeit der weitergegebenen Information objektiv - nach Wertung eines durchschnittlichen und unbeteiligten Dritten - überzeugt sein durfte.

Zu Nr. 4:

Schutz des Hinweisgebers vor arbeitsrechtlichen und sonstigen Sanktionen

Zunächst ist festzustellen, dass eine solche Bestimmung zum Schutz von Hinweisgebern nicht erforderlich ist. Bereits nach aktueller Rechtslage ist der Arbeitgeber nämlich verpflichtet, Gründe für arbeitsrechtliche Sanktionen zu beweisen. Soweit der Hinweisgeber aber unnötigerweise zusätzlich durch eine spezielle gesetzliche Regelung vor Vergeltungsmaßnahmen geschützt werden soll, muss auch gewährleistet werden, dass die betroffenen Unternehmen nicht gleichzeitig vollständig schutzlos unberechtigten Behauptungen und Unterstellungen ausgesetzt werden. Dies wäre aber der Fall, wenn Änderungen im Straf- und Medienrecht dazu führen würden, dass sich ein Unternehmen gegen unbegründete Vorwürfe nicht mehr wehren könnte, weil diese unter dem Schutzmantel eines behaupteten „Whistleblowings“ erfolgen, tatsächlich jedoch auch andere Motive haben können.

Zu Nr. 5.:

Freie Wahl der Berichtswege für den Hinweisgeber und Ombudsstelle

Der Vorschlag, dem Hinweisgeber zu ermöglichen, frei zwischen interner und behördlicher Offenlegung seines Wissens wählen zu können, berücksichtigt das bestehende Treueverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht und würde daher den

Betriebsfrieden erheblich gefährden. Auch wenn das bestehende Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 GG) selbstverständlich auch den Hinweisgebern zusteht, ist zu beachten, dass dieses Recht nicht schrankenlos ausgeübt werden darf. Der Hinweisgeber muss die Grenzen des Art. 5 GG beachten, nach dem die Äußerung geeignet, erforderlich und angemessen sein muss, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Dies schließt eine vollständig freie Wahl zwischen interner und externer Offenlegung aber von vornherein aus.

Soweit das Whistleblowing überhaupt einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden soll, muss im Gegensatz zu dem vorliegend verfolgten Ansatz sichergestellt werden, dass das Fehlverhalten von den Mitarbeitern primär einer unternehmensinternen Klärung zugeführt wird und die Anzeige bei der Behörde immer nur als Ultima Ratio in Betracht kommt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein unmittelbarer Gang an die Öffentlichkeit schwere Schäden für das Unternehmen zur Folge haben kann, die vielfach durch eine interne Klärung vermieden werden können. Bei Vorliegen von Straftatbeständen hat der Whistleblower bereits heute die Möglichkeit, sich unmittelbar an die Öffentlichkeit zu wenden. Eine Regelung dieser Materie ist daher nicht erforderlich.

Die angestrebte Verpflichtung aller Unternehmen, ein internes Hinweissystem einzurichten, wird abgelehnt. Eine solche Pflicht ist ohne Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten im Einzelfall nicht zielführend. Die Einrichtung eines Hinweisgebersystems sollte daher im Rahmen einer autonomen Entscheidung des Unternehmens auf Grundlage einer individuellen Erforderlichkeitsprüfung erfolgen.

Auch besteht kein Bedarf, eine zusätzliche Ombudsstelle für Whistleblower einzurichten. Zum Schutz der Hinweisgeber genügt die bestehende Arbeits- und Strafrechtsbarkeit, mit deren Hilfe der Whistleblower bei ungerechtfertigten Benachteiligungen seine Rechte durchsetzen und Sanktionen des Arbeitgebers herbeiführen kann. Auch im Hinblick auf die notwendige Entbürokratisierung und zur Einsparung von Verwaltungskosten sollte keine zusätzliche Behörde geschaffen werden. Auch ist aus gleichen Gründen keine Notwendigkeit zu erkennen, eine besondere öffentliche Beratungsstelle für Whistleblower einzurichten.

Zu Nr. 6.:

Anonymes Whistleblowing

Die Möglichkeit anonymen Whistleblowings kann im Zuge unternehmensspezifischer Lösungen realisiert werden. Gegenüber staatlichen Organen muss von einem Hinweisgeber aber verlangt werden, dass er seine Identität offenbart. Anderenfalls würde dem Missbrauch durch Denunzianten Tür und Tor geöffnet und die Verteidigungsmöglichkeiten des betroffenen Unternehmens unverhältnismäßig eingeschränkt werden.

Zu Nr. 7.:

Spezieller Schadensersatzanspruch für Whistleblower

Es gelten im Arbeitsrecht die allgemeinen Schadensersatzvorschriften. In diesem Rahmen können einem Hinweisgeber auch schon nach der geltenden Rechtslage Schadensersatzansprüche entstehen, wenn er ungerechtfertigte Sanktionen wegen der Weitergabe von Hinweisen erfährt. Die geltenden Regelungen reichen aus. Besonderer neuer Anspruchsgrundlagen, insbesondere im Hinblick auf den Ersatz immaterielle Schäden, bedarf es nicht. Neue immaterielle Schadensersatzansprüche würden zudem einen verfassungsrechtlich bedenklichen Eingriff in die Eigentumsrechte des Unternehmens darstellen.

Zu Nr. 8.:

Sanktionen für „Störer“ von Hinweisgebern

Bereits der Ansatz, durch vielfältige neue Sanktionen ein günstigeres Umfeld für das Whistleblowing schaffen zu wollen, ist verfehlt. Eine Änderung der Wahrnehmung des Whistleblowings kann nämlich nicht durch neue Sanktionen, sondern nur durch eine entsprechende Überzeugung der Entscheidungsträger auf Grund eines gesamtgesellschaftlich getragenen Meinungsänderungsprozess herbeigeführt werden.

Außerdem gibt es auch kein Bedürfnis, besondere gesetzliche Sanktionen für Handlungen, die Hinweise durch Whistleblower stören oder bestrafen, vorzusehen. Die geltenden strafrechtlichen Regelungen, insbesondere § 240 StGB, reichen aus.

Weitergehende Sanktionen für so genannte Störer von Hinweisgebern würden für Vorgesetzte mit unverhältnismäßigen rechtlichen Risiken verbunden sein und sie in eine inakzeptable Konfliktsituation bringen.

Zunächst ist festzustellen, dass die Verhinderung unberechtigten Whistleblowings immer zulässig sein muss. Vorgesetzte befinden sich in einem besonderen Treueverhältnis zum Arbeitgeber und sind in diesem Zusammenhang auch arbeitsrechtlich verpflichtet, Schäden vom Unternehmen fernzuhalten. Hierzu gehören auch Imageschäden durch unberechtigtes Whistleblowing oder unnötigen Denunziationen. Es besteht die Gefahr, dass bereits der Verweis auf ein internes Beschwerdesystem oder die Anweisung, vor einer Veröffentlichung der Hinweise zunächst eine betriebsinterne Prüfung abzuwarten, als strafrechtlich relevante „Störung“ von Whistleblowern bewertet werden könnte. Würde eine solche Verhinderung von Whistleblowing (straf-)rechtlich sanktioniert, könnte der Einzelne den potentiellen Hinweisgeber nur risikolos auf andere Beschwerdewege verweisen oder bitten, den Abschluss einer betriebsinternen Prüfung abzuwarten, wenn er sicher wüsste, dass dessen Vorwürfe unberechtigt sind. Solange z. B. noch betriebsinterne Nachprüfungen laufen, ist ihm solch eine Einschätzung aber schlechterdings unmöglich. Vorgesetzte würden durch die Vorschrift also gezwungen, ihre arbeitsrechtlichen Treuepflichten zu verletzen und sich ggf. zum Komplizen eines Hinweisgebers machen, selbst wenn sich später herausstellt, dass die Unterstellungen nicht der Wahrheit entsprechen.

Zu Nr. 10.:

Ermächtigung zur Veröffentlichung von Whistleblower-Fällen

Eine Ermächtigung öffentlicher und privater Einrichtungen, Whistleblower-Fälle öffentlich zu machen, läuft auf die Einrichtung eines modernen Prangers hinaus und kann - soweit persönliche Daten anderer Beschäftigter betroffen sind - auch gegen die Grundsätze des deutschen Datenschutzrechts verstoßen. Dies gilt insbesondere, weil offenbar auch die Veröffentlichung von Hinweisen geplant ist, bevor deren Richtigkeit überprüft werden konnte. Auf diese Weise würde daher völlig unverhältnismäßig in die Rechte der Betroffenen eingegriffen. Ziel des Whistleblowings sollte aber die Beseitigung der Missstände und nicht die willkürliche Diskreditierung betroffener Unternehmen sein.

IV. Anmerkungen zu dem Gesetzentwurf der SPD-Fraktion

1. Anwendungsbereich (§ 2)

Die Definition des Hinweisgebers in Absatz 2 geht zu weit, indem auch Personen unter den Begriff subsumiert werden, die auf einen Missstand aufmerksam machen, der in der Realität nicht besteht und deren Existenz die Person „ohne leichtfertig zu sein, annimmt“. Damit wird die Abgrenzung des Hinweisgebers vom Denunzianten und Verleumder weitgehend von nicht nachprüfbar subjektiven Elementen abhängig gemacht. Offen ist nämlich die Frage, ab wann die falsche Behauptung, dass ein Missstand vorliegt, „leichtfertig“ erfolgt. Mindestens muss klargestellt werden, dass nur dann kein leichtfertiges Verhalten vorliegt, wenn der Beschäftigte von der Existenz eines behaupteten Missstands aufgrund konkreter, objektiv nachprüfbarer Tatsachen - auch nach der Wertung eines unbeteiligten Dritten - ausgehen durfte.

2. Begriffsbestimmung (§ 3)

Die Definition des Begriffs „Missstand“ in Absatz 2 geht - insbesondere im Hinblick auf die daraus resultierenden Rechte des Beschäftigten nach § 6 Abs. 2 - zu weit, indem bestimmt wird, dass jede Rechts- und Pflichtverletzung einen solchen Missstand darstellt. Damit werden als Missstände nicht nur Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, sondern alle Verstöße gegen vertragliche oder gesetzliche Vorschriften definiert. Dies würde dazu führen, dass Handlungen, die der Gesetzgeber aus guten Gründen für nicht sanktionsbedürftig bewertet hat, gleichwohl unter den Begriff des Missstands fallen und die entsprechenden Rechtsfolgen auslösen können.

Es ist nicht nachvollziehbar, warum nach der Regelung in Satz 2 des Absatzes 4 die Zeitarbeitnehmer den Beschäftigten des Entleihers gleichgestellt werden sollen. Zeitarbeitnehmer sind nicht von dem Entleiher wirtschaftlich abhängig, da sie einen anderen Arbeitgeber haben. Es besteht daher kein Schutzbedürfnis, welches eine solche Gleichstellung mit den Beschäftigten des Entleihers rechtfertigen könnte.

3. Benachteiligungsverbot (§ 4)

Die Bestimmung wiederholt weitgehend lediglich die Regelungen des § 612 a BGB und hat nicht mehr als deklaratorische Bedeutung. Zunächst ist mehr als fraglich, ob auf diesem Wege ein wirksamer Beitrag des Gesetzgebers zu einer offeneren Whistleblowing-Kultur geleistet werden kann. Vor allem fehlt in der Norm aber eine ausdrückliche Einschränkung der vorgesehenen Rechte durch die arbeitsvertragliche Treupflicht, die auch die Bestimmung des § 612 a BGB beschränkt. Dies ist deshalb besonders wichtig, weil bei der Neuregelung jede Kasuistik fehlt, sodass eine ausreichende Würdigung dieses Gesichtspunkts keinesfalls automatisch sichergestellt ist.

4. Anzeigerecht (§ 6)

Unvereinbar mit den besonderen Treupflichten im Arbeitsverhältnis ist die Regelung in Absatz 1 Satz 3, die den Beschäftigten berechtigt, sich bei Vorliegen auch unbedeutender Missstände vor einem betriebsinternen Klärungsversuch an eine externe Stelle zu wenden. Dies ist mit dem Ultima Ratio-Grundsatz - der die Meinungsäußerungsfreiheit im Arbeitsverhältnis beschränkt - nicht zu vereinbaren und wird zwangsläufig den Betriebsfrieden und das Vertrauensverhältnis erheblich beschädigen. Soweit nicht das Leben oder die Gesundheit von Menschen oder die Umwelt unmittelbar gefährdet ist, kann daher ein Recht des Beschäftigten, sich auch an eine externe Stelle zu wenden, nur nach einem erfolglos verlaufenen betriebsinternen Klärungsversuch in Betracht kommen. Im Übrigen wird ergänzend auf die Ausführungen unter Gliederungspunkt III. (zu Nr. 5.) verwiesen.

Mit Rücksicht auf die Tatsache, dass den vom Whistleblowing betroffenen Unternehmen auch eine vollständige Verteidigung im Hinblick auf die erhobenen Vorwürfe möglich bleiben muss, erscheint die geplante anonyme Bearbeitung der Hinweise durch die externe Stelle bedenklich. Ein solches Vorgehen ist auch nicht geeignet, derzeit noch bestehende Vorbehalte gegenüber aus der Anonymität heraus agierenden Hinweisgebern auszuräumen und diese vom Makel des Denunziantentums zu befreien.

Besonders problematisch ist das in Absatz 2 vorgesehene Recht des Beschäftigten, Hinweise zu veröffentlichen, wenn die zuständige Behörde nicht angemessen auf den Hinweis reagiert hat. Da nach dem Konzept des Gesetzentwurfs der Beschäftigte immer das Recht haben soll, sich mit seinen Hinweisen an eine Behörde zu wenden, wird durch die Bestimmung die legale Veröffentlichung dieser Hinweise vom Behördenverhalten abhängig gemacht. Durch Untätigkeit der Behörde kann der Beschäftigte die Möglichkeit erhalten, sensible Informationen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen und damit seinem Arbeitgeber schweren Schaden zuzufügen, der im Ergebnis sogar zu Arbeitsplatzverlusten anderer Arbeitnehmer führen kann. Dies ist äußerst problematisch, weil dieses Recht des Beschäftigten bei allen Missständen, also nicht nur bei schweren Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten, zum Tragen kommen soll.

5. Entschädigung und Schadensersatz (§ 9)

Zunächst erschließt sich nicht, warum die Frage möglicher Schadensersatzansprüche des Beschäftigten überhaupt speziell geregelt werden soll. Die im Arbeitsrecht allgemein geltenden Schadensersatzvorschriften reichen aus. In diesem Rahmen können einem Hinweisgeber nämlich auch schon Schadensersatzansprüche entstehen, wenn er ungerechtfertigte Sanktionen wegen der Weitergabe von Hinweisen erfährt. Besonderer neuer Anspruchsgrundlagen, insbesondere im Hinblick auf den Ersatz immaterieller Schäden, bedarf es nicht. Neue immaterielle Schadensersatzansprüche würden zudem einen verfassungsrechtlich bedenklichen Eingriff in die Eigentumsrechte des Unternehmens darstellen.

6. Errichtung eines Hinweisgebersystems in Unternehmen und Betrieben (§ 11)

Begrüßenswert ist der Ansatz, den Betriebsparteien die Einrichtung von unternehmens- oder betriebsinternen Hinweissystemen freizustellen und Freiheit bei der Gestaltung dieser Systeme zu gewähren. Die Regelung ermöglicht es, die unternehmens- und betriebsspezifischen Besonderheiten bei der Einrichtung eines Hinweissystems zu berücksichtigen und auch dessen Erforderlichkeit zu prüfen. Auf diese Weise können passgenaue Lösungen gefunden werden. Durch die Einbindung der Betriebsparteien kann am besten die Entwicklung einer positiven Hinweisgeberkultur gewährleistet werden. Erfahrungen aus den USA zeigen nämlich, dass verpflichtende gesetzliche Maßnahmen auch das Gegenteil vom intendierten Ziel bewirken können. Wissenschaftliche Untersuchungen belegen, dass die Mitarbeiter den gesetzlichen Regelungen und Schutzbestimmungen wenig vertrauen und informelle Repressalien nach Inkrafttreten der Bestimmungen in den Betrieben eher zugenommen haben. Dies ist in Grenzen deshalb erklärbar, weil gleichzeitig festgestellt wurde, dass mancher Hinweisgeber bereits früher durch mangelnde Leistung oder andere Pflichtverletzung aufgefallen ist und damit der Verdacht entsteht, dass das Hinweisrecht nicht selten missbraucht wird, um ansonsten zulässige arbeitsrechtliche Sanktionen zu vermeiden (Király, ZRP 2011, S. 146 ff.). Auch diese praktischen Erfahrungen sprechen daher dafür, betriebsspezifischen Lösungen - die unter Beteiligung der Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertreter erarbeitet werden können - den Vorrang vor gesetzlichen Regulierungen zu geben.

7. Beweislast (§ 12)

Vorgesehen ist, die neuen gesetzlichen Bestimmungen mit einer Regelung zur Beweislastumkehr zu ergänzen. Danach hätte der Arbeitgeber die Beweislast dafür zu tragen, dass keine Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen zulässiger Ausübung seiner Rechte vorliegt, sobald der Arbeitnehmer Indizien bewiesen hat, die eine solche Benachteiligung vermuten lassen.

Grundsätzlich trägt nach geltender Rechtslage der Arbeitnehmer die Beweislast für einen Verstoß gegen die Bestimmung des § 612 a BGB. Nach der Rechtsprechung genügt allerdings in der Regel der

Anscheinsbeweis. Auch das Bundesverfassungsgericht hat mit Entscheidung vom 02.07.2001 (Az. 1 BvR 2049/00) keineswegs festgestellt, dass diese Beweislastumkehr im Fall des § 612 a BGB generell und ausnahmslos zu gelten hat. Es ist nicht erkennbar, warum über diese von der Rechtsprechung festgelegten Grundsätze hinausgegangen werden sollte. Die Berücksichtigung der besonderen Sachlage im Einzelfall wäre damit in Zukunft nicht mehr möglich und der Anscheinsbeweis wäre nicht nur - wie heute - die Regel, sondern würde zur Norm. Es liegt auf der Hand, dass dies ein qualitativer Unterschied ist. Die vorgeschlagene Beweislastumkehr geht damit über die geltende Rechtslage hinaus und stellt nicht nur eine Positivierung der Rechtsprechung dar. Dies ist deshalb besonders bedenklich, weil der Nachweis des Nichtvorliegens eines Umstands (hier: Kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung) immer deutlich schwerer zu führen ist, als dessen Existenz zu belegen.

Die ausdrückliche Regelung zur Beweislast sollte daher entfallen.

V. Position des HDE zum Whistleblowing als betriebsinternes Compliance-

Instrument

Die Umsetzung von Whistleblowing-Systemen ist im Rahmen der geltenden Rechtsvorschriften in den Betrieben problemlos möglich. Die Mitarbeiter werden durch die von der Rechtsprechung entwickelten Vorgaben, welche die Interessen des Hinweisgebers ebenso berücksichtigen wie die der betroffenen Unternehmen, hinreichend geschützt.

Auch wenn Whistleblowing-Systeme also grundsätzlich praktikabel und sinnvoll sein können, ist zu berücksichtigen, dass es keine generelle Lösung für die Gestaltung der unternehmensinternen Compliance gibt. Die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben durch die Mitarbeiter des Unternehmens kann nämlich durch verschiedene Maßnahmen gewährleistet werden. Jedes Unternehmen muss anhand seiner spezifischen Situation feststellen, mit welchen Instrumenten die Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen am besten sichergestellt und wie am effizientesten auf die bestehenden Herausforderungen reagiert werden kann. Dabei sind z. B. die Einrichtung einer Whistleblowing-Hotline oder die Bestellung eines Whistleblowing-Beauftragten Lösungen von vielen. Wegen der unterschiedlichen Handlungsoptionen und spezifischen Anforderungen verbietet sich allerdings eine abstrakte rechtliche Regelung der Thematik. Abgelehnt werden insbesondere gesetzliche Verpflichtungen zur Einrichtung einer Whistleblowing-Hotline oder zur Bestellung eines Whistleblowing-Beauftragten.

Gesetzliche Verpflichtungen zur Einrichtung von Konfliktlösungs- oder Whistleblowing-Instrumenten müssen unterbleiben. Es besteht sonst die Gefahr, dass solche Instrumente von den Unternehmen lediglich als Feigenblatt genutzt werden, ohne dass ihre Inhalte tatsächlich im betrieblichen Alltag umgesetzt werden. Auch ist die Einrichtung solcher Systeme für die Unternehmen - abhängig von ihrer Größe - mit einem erheblichen administrativen Auf-

wand verbunden, der eine ernst zu nehmende wirtschaftliche Belastung darstellen kann.

Ebenso muss auch die konkrete Organisationsform eines Whistleblowing-Systems in das Ermessen des Unternehmens gestellt werden. Zwingende gesetzliche Vorgaben sollten daher unterbleiben.

VI. Zusammenfassung

Die Vorschläge aus dem Antrag der Fraktion DIE LINKE sind ausnahmslos ungeeignet, um einen verhältnismäßigen Schutz von Whistleblowern unter Berücksichtigung der legitimen Interessen der Unternehmen zu erreichen. Sie gehen durchgehend weit über das Maß hinaus, welches zur Sicherung der Interessen Einzelner und der Allgemeinheit vor erheblichen Gefahren im Zusammenhang mit Rechtsverstößen in Unternehmen erforderlich ist. Stattdessen würde eine Umsetzung der Vorschläge den Betriebsfrieden gefährden. Das bestehende Treueverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird an keiner Stelle angemessen berücksichtigt. Völlig einseitig werden Schutzmaßnahmen für Arbeitnehmer und andere Dritte eingefordert, ohne die legitimen Interessen eines zu unrecht beschuldigten Unternehmens zu schützen.

Den Vorschlägen liegt der Generalverdacht gegen die Unternehmen der deutschen Wirtschaft zugrunde, Hinweisgeber immer mundtot machen zu wollen. Auf der anderen Seite wird nicht berücksichtigt, dass die erweiterten Möglichkeiten des Whistleblowings auch von einzelnen Arbeitnehmern mit sachfremden Zielen missbraucht werden können. Gerade die Praxis der Unternehmen mit Whistleblowing-Hotlines beweist, dass diese Instrumente häufig von den Hinweisgebern nicht mit altruistischen Motiven genutzt werden. Dem Antrag liegt ein Schwarz-Weiß-Denken zugrunde, dem auch der Vorschlag entspringt, für die Unternehmen einen modernen öffentlichen Pranger vorzusehen.

Auch der Gesetzentwurf der SPD-Fraktion ist zur Zweckerreichung weitgehend ungeeignet. Teilweise sind die Regelungen lediglich deklaratorisch und damit überflüssig. Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass eine gesetzliche Umsetzung des Entwurfs die praktische Position von Hinweisgebern in den Unternehmen eher verschlechtern als verbessern würde. Insgesamt sind die gesetzlichen Vorschläge von mangelndem Vertrauen in die unternehmensinternen Konfliktlösungsmechanismen gekennzeichnet. Dies wird auch dadurch deutlich, dass den Beschäftigten immer die Möglichkeit eingeräumt wird, alle Missstände bis hin zu Bagatelldfällen bei externen Stellen zur Anzeige zu bringen. Abhängig vom Behördenverhalten sollen die Beschäftigten darüber hinaus die Möglichkeit zur frühzeitigen Veröffentlichung der Hinweise erhalten, ohne dass der Unternehmer immer vorher die Möglichkeit erhält, Abhilfemaßnahmen einzuleiten.

Der Gesetzgeber sollte akzeptieren, dass die durchaus mit einem funktionierenden Whistleblowing-System verbundenen Chancen nur im Zuge eines gesamtgesellschaftlichen Umdenkensprozess genutzt werden können. Diesen Prozess kann der Gesetzgeber in seiner notwendigen Tiefe aber kaum durch neue Regulierungen beeinflussen. Sinnvollerweise

sollte er daher von den Betriebsparteien autonom getragen werden, wie dies auch schon heute vielfach in der Praxis erfolgt. Der in § 11 des Gesetzentwurfs zum Ausdruck kommende Grundgedanke, nachdem in Unternehmen und Betrieben autonom über die Einrichtung eines Hinweisgebersystems entschieden werden kann, ist daher richtig. Die mit § 11 vorgesehene gesetzliche Regelung ist hierzu allerdings nicht erforderlich.

Eine Umsetzung der Vorschläge beider Fraktionen würde in der Praxis nicht dazu führen, mehr gesellschaftliche Akzeptanz gegenüber Personen zu schaffen, die berechtigt Hinweise auf schwere Straftaten weiterleiten, sondern droht vielmehr das Compliance-Instrument des Whistleblowings insgesamt zu diskreditieren.