

Bremen, September 2015

**Internationalrechtliche Regulierung des Whistleblowing**  
**Anpassungsbedarf im deutschen Recht**

Juristisches Kurzgutachten  
im Auftrag des DGB

Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, LL.M. (EUI)

Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP)  
Fachbereich Rechtswissenschaft, Universität Bremen

## A. Inhaltsverzeichnis

<b>A. INHALTSVERZEICHNIS .....</b>	<b>2</b>
<b>B. FRAGESTELLUNG .....</b>	<b>3</b>
<b>C. RECHTSGUTACHTEN.....</b>	<b>5</b>
<b>I. WHISTLEBLOWING IM DEUTSCHEN RECHT .....</b>	<b>6</b>
1. Fehlender systematischer Schutz .....	6
2. Fehlende Vorgaben hinsichtlich der Meldeverfahren .....	8
3. Unbestimmte Voraussetzungen bei der Strafbarkeit.....	10
4. Zwischenergebnis.....	11
<b>II. WHISTLEBLOWING IM INTERNATIONALEN RECHT .....</b>	<b>12</b>
1. Rechtspolitische Initiativen .....	12
a) G 20.....	13
b) Europarat.....	14
(1) Parlamentarische Versammlung.....	14
(2) GRECO .....	15
(3) Ministerkomitee .....	16
2. Internationale Verträge .....	17
a) Universelle Ebene .....	17
(1) UN-Konvention gegen Korruption (UNCAC).....	17
(a) Systematischer Schutz des Whistleblowing .....	19
(b) Verbot von Rechtsnachteilen.....	20
(c) Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben.....	21
(d) Prozedurale Staatenpflichten .....	22
(2) OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung.....	24
(3) ILO-Übereinkommen 158.....	25
(4) UN-Zivilpakt.....	25
b) Regionale Verträge .....	27
(1) Europäische Antikorruptionskonventionen.....	28
(2) EMRK.....	29
(a) Systematischer Schutz .....	31
(b) Externe Meldungen.....	33
(c) Zwischenergebnis.....	34
(3) Rev. Europäische Sozialcharta.....	34
<b>III. ANPASSUNGSBEDARF .....</b>	<b>36</b>
1. Statusübergreifender Schutz .....	36
2. Konturierung der Interessenabwägung .....	36
3. Systematischer Schutz .....	37
4. Prozedurale Schutzmaßnahmen .....	37
<b>D. ZUSAMMENFASSUNG.....</b>	<b>38</b>

## B. Fragestellung

Es ist mittlerweile unbestritten, dass Whistleblowing Rechtswidrigkeiten und gesellschaftliche Missstände wirksam ins öffentliche Bewusstsein rücken kann. Whistleblowing interveniert hierbei jeweils in ein Spannungsfeld: In der Perspektive der hinweisgebenden Person werden als unzumutbar empfundene Zustände ins Licht der Öffentlichkeit gebracht, für die betroffenen Institutionen hingegen stehen Geheimhaltungs- und Reputationsinteressen – seien sie wirtschaftlicher, seien sie politischer Natur – auf dem Spiel. Hinzu kommen die Interessen der Öffentlichkeit. Bei der Regulierung des Whistleblowing geht es nicht lediglich darum, einen bilateralen Konflikt zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden zu regulieren. Die rechtspolitische Herausforderung des Whistleblowing liegt in der polygonalen Struktur des Konfliktes: Whistleblowing erfüllt in unterschiedlichen systemischen Kontexten unterschiedliche Funktionen.

Im Bereich der Wirtschaft gehört es zu den Leistungen funktionierender Whistleblowing-Systeme, dass sie zu Wettbewerbsgerechtigkeit und zum Funktionieren des Marktes beitragen können, etwa zur Verhinderung von Korruption und Bestechung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Daneben hat aber das Whistleblowing einen Zweck, der sich nicht im Funktionieren des Marktes erschöpft, sondern darüber hinaus auch darin liegt, den Schutz von Allgemeininteressen - Umweltbelange, Wohlfahrtsstaatsbelange, Gesundheitsbelange, Menschenrechte - zu befördern. Whistleblowing ist daher nicht allein ein Marktschutzinstrument, sondern ein Instrument zur Ermöglichung demokratischer Öffentlichkeit und Kontrolle und damit zentraler Baustein in der Demokratie.

Im Hinblick auf diese polygonale - und nicht lediglich bilaterale - Interessenkollision drohen Beschuldigten, Anschuldigenden und der Öffentlichkeit gleichermaßen nachhaltige Schädigungen, wenn die Fragen des Whistleblowing, seine Zulässigkeit und Grenzen nicht durch den Gesetzgeber ausgestaltet werden. Whistleblowerinnen und Whistleblower sind existenziellen Gefahren – drohender Verlust des Arbeitsplatzes, disziplinarrechtliche Maßnahmen, strafrechtliche Verfolgung, außerrechtliche Sanktionen – ausgesetzt, die sie ggf. davon abhalten können, ihre für die demokratische Öffentlichkeit wichtige Funktion auszuüben. Für die Beschuldigten birgt das Whistleblowing existenzielle – wirtschaftliche, politische, strafrechtliche – Risiken und die Öffentlichkeit ist in ihrer Kontrollmöglichkeit eingeschränkt, was wiederum Auswirkungen für die Gewährleistung der Güter im Wohlfahrtsstaat - Sicherheit, Gesundheit, Umweltschutz, Menschenrechte - hat.

Um dieses Spannungsfeld einigermaßen in Ausgleich zu bringen, um die für die Demokratie konstitutiven Funktionen des Whistleblowing freizusetzen und seine destruktiven Gefahren zugleich einzudämmen, hat die internationale Staatengemeinschaft mit einer Vielzahl grenzüberschreitender Regelungsbemühungen reagiert. Das Whistleblowing schützende und regulierende

Normen finden sich im Antikorruptionsplan der G 20, in Aktionsplänen der OECD und in den rechtspolitischen Vorschlägen von Nichtregierungsorganisationen wie Transparency International. Völkervertragliche Vorkehrungen zur Regulierung des Whistleblowing finden sich zudem in zahlreichen Anti-Korruptions-Konventionen, aber auch in allgemeinen Menschenrechtsverträgen.<sup>1</sup>

Im Hinblick auf die internationalrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik sieht der Koalitionsvertrag vom November 2013 einen Prüfungsauftrag im Hinblick auf das Whistleblowing vor:

„Beim Hinweisgeberschutz prüfen wir, ob die internationalen Vorgaben hinreichend umgesetzt sind“.<sup>2</sup>

Die Erfüllung dieses Prüfauftrages steht noch aus. Die vorliegende Studie sucht die sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen zu beantworten. Sie wird in drei Schritten vorgehen:

- (1) Zunächst ist der Status quo im deutschen Recht zu identifizieren. Welche Normen sind im Fall des Whistleblowing einschlägig und stellen diese einen umfassenden Schutz für Hinweisgebende sicher?
- (2) Im zweiten Schritt wird herauszuarbeiten sein, aus welchen internationalen Rechtsquellen Vorgaben zum Schutz des Whistleblowing bzw. zum Verbot der Bestrafung aufgrund von Whistleblowing entnommen werden können und inwieweit rechtspolitische Initiativen diese völkervertraglichen Anforderungen konkretisieren.
- (3) Schließlich, das ist der dritte Schritt, ist zu fragen, inwieweit Deutschland seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen genügt und welcher Handlungsbedarf identifiziert werden kann.

---

<sup>1</sup> Zur Zusammenfassung siehe beispielsweise OECD, Whistleblower Protection: Encouraging Reporting, Juli 2012; siehe nunmehr auch den Bericht "Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression" des UN-Special Rapporteur on freedom of opinion and expression, David Kaye, für die Generalversammlung der UN v. 8.9.2015, UN Doc. A/70/361, S. 12 ff. zum Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern; siehe ferner CCR, Written Submission. Call for Submissions on the Protection of Sources and Whistleblowers by the United Nations Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, 22. Juni 2015, abrufbar via <https://ccrjustice.org>.

<sup>2</sup> Koalitionsvertrag vom 27.11.2013, 18. Legislaturperiode, S. 70.

## C. Rechtsgutachten

# I. Whistleblowing im deutschen Recht

Grenzen und Schutz des Whistleblowing sind in Deutschland nicht ausdrücklich geregelt. Im Unterschied dazu haben viele andere Länder – darunter die USA, Frankreich, Kanada und Australien – spezifische Schutzgesetze erlassen, welche die Enthüllung von Missständen oder Verbrechen im Arbeitsverhältnis durch spezifische Meldeverfahren erleichtern und dadurch Hinweisgebende und Betroffene gleichermaßen vor ungerechtfertigten Nachteilen bewahren.<sup>3</sup>

## 1. Fehlender systematischer Schutz

Der gesetzliche Whistleblowingschutz in Deutschland wird zu Recht als fragmentiert beschrieben.<sup>4</sup> Grundsätzlich hat jede und jeder das Recht, bei Verdacht einer Straftat eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft einzureichen (§ 158 StPO). Unter welchen Umständen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Strafanzeige gegen die Arbeitgebenden einreichen oder sich außerhalb des strafrechtlichen Verfahrens an die Öffentlichkeit wenden dürfen, ohne sanktioniert zu werden, bleibt allerdings ungeklärt.<sup>5</sup> Eine statusübergreifende Regelung, welche die Voraussetzungen für zulässige Veröffentlichungen von Informationen über Missstände und Straftaten im Arbeitsverhältnis klären und die divergierenden Interessen ins Verhältnis setzen würde, existiert nicht.

Die Fragmentierung des Rechtsschutzes kommt insbesondere im Fehlen genereller und systematischer Rechtsdefinitionen zum Ausdruck. Es fehlt bereits an einer Begriffsbestimmung dazu, wer eine geschützte Person im Hinblick auf das Whistleblowing ist. Es fehlt an durch den Gesetzgeber vorstrukturierten Gesichtspunkten für die Interessenabwägung von öffentlichen Aufklärungs- und unternehmensbezogenen Geheimhaltungsinteressen und es fehlt an einer systematischen Regelung prozeduraler Fragen, die sich in diesem Zusammenhang stellen. Das Verhältnis von unternehmensinternen und externen Aufklärungswegen ist genauso ungeklärt wie die Mindestbedingungen im Hinblick auf Effektivität, Unabhängigkeit und Anonymität des Verfahrens.

---

<sup>3</sup> Siehe etwa Übersicht und Nachweise auf der OECD-Homepage: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/whistleblower-protection.htm>.

<sup>4</sup> Für einen Überblick siehe Guido Strack, Providing an Alternative to Silence: Towards Greater Protection and Support for Whistleblowers in the EU. Country Report: Germany (Germany: October 2012); Transparency International (Hg.), Whistleblowing in Europe. Legal Protection for Whistleblowers in the EU, November 2013, S. 47 f.; ferner die Zusammenfassung bei Ulrich Beyer, Whistleblowing in Deutschland und in Großbritannien, Frankfurt am Main 2013, 67 ff.; zur internationalen Dimension siehe Robert G. Vaughn, The Successes and Failures of Whistleblower Laws, Cheltenham 2012, S. 239 ff.

<sup>5</sup> Siehe aus jüngerer Zeit Mirjam Muhs, Beamte pfeifen auf eigenes Risiko, in: Der Personalrat 32 (2015), S. 37 ff. (die Rechtsschutzlücken für Beamtinnen und Beamte identifiziert); Nico Herold, Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des ‚Whistleblowing‘, in: ZBR 2013, S. 8 ff. (der „praktische Unsicherheiten“ und „wenig brauchbare Bewertungsmaßstäbe“ kritisiert); Konstantin v. Busekist & Stephan Fahrig, Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern, Der Betriebsberater 68 (2013), S. 119 ff. (die die Gesetzeslage im Hinblick auf ihre rechtspolitischen Ziele für hinreichend erachten); Udo Branahl, Whistleblower zwischen Loyalitätspflichten und öffentlichem Informationsinteresse, in: HFR 1/2012 (der den gesetzlichen Schutz des Whistleblowing für unzureichend hält).

Ob und inwieweit Whistleblowing von den Arbeitgebenden sanktioniert werden kann, hängt von der Auslegung der im jeweiligen Arbeitsverhältnis geltenden Vorschriften ab. Das Recht operiert in Deutschland derzeit mit unbestimmten Rechtsbegriffen, ohne den Tatbestand des Whistleblowing explizit zu bestimmen. So dürfen Arbeitgebende die Arbeitnehmenden nicht benachteiligen, wenn die Arbeitnehmenden in zulässiger Weise ihre Rechte ausüben (§ 612a BGB). Ob und inwieweit die Weitergabe von Informationen über Missstände und Straftaten, die die Arbeitgebenden betreffen, eine zulässige Rechtsausübung darstellen kann, lässt die Norm jedoch genauso offen wie die Fragen der Beweislast im Hinblick auf Nachteile, die in (zeitlichem oder sachlichem) Zusammenhang mit einem Whistleblowing stehen.

Auch für Auszubildende gibt es Regelungslücken. So sieht § 10 Abs. 2 BBiG zwar teilweise eine entsprechende Anwendung arbeitsrechtlicher Regeln vor. § 13 Ziff. 6 BBiG enthält jedoch ein allgemeines Stillschweigensgebot, das Whistleblowing entgegenstehen kann.

Grundsätzlich können sich Whistleblowerinnen und Whistleblower zwar auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) und der Meinungsfreiheit (Art. 5 GG) und unter Umständen auch auf Art. 17 GG (Petitionsrecht) berufen. Die Rechtsprechung hat bislang jedoch nur in wenigen Fällen einen Schutz des Whistleblowing im Arbeitsverhältnis anerkannt. Das BVerfG hatte festgestellt, dass eine Strafanzeige durch einen Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber allein keinen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen darf, auch wenn das Strafverfahren letztlich eingestellt wurde.<sup>6</sup> Aufbauend auf dieser Entscheidung hat das BAG ebenfalls Strafanzeigen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nicht in jedem Fall als Kündigungsgrund gelten lassen, hierbei aber sehr vage Kriterien genannt:

„Der Arbeitnehmer kann seine vertragliche Rücksichtnahmepflicht verletzen, wenn sich seine Strafanzeige gegen den Arbeitgeber oder dessen Repräsentanten als eine unverhältnismäßige Reaktion auf dessen Verhalten darstellt. Dabei können als Indizien für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden Arbeitnehmers sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sprechen.“<sup>7</sup>

Zwar sind mittlerweile durch das Urteil des EGMR im Fall Heinisch – der EGMR hat hier die Bundesrepublik wegen der Verletzung des Art. 10 EMRK verurteilt, da eine Arbeitnehmerin nicht hinreichend vor Sanktionen im Arbeitsverhältnis geschützt wurde, obschon sie durch Whistleblowing von ihrer Meinungsfreiheit Gebrauch gemacht hatte – für das deutsche Recht einige Wegweisungen gegeben worden.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> BVerfG, NJW 2001, S. 3474 ff.

<sup>7</sup> Siehe u.a. BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 und Urteil vom 7.12.2006, 2 AZR 400/05, NZA 2004, 427 ff.; dazu Guido Strack, Whistleblowing in Germany, Fn. 4, S. 7 f.

<sup>8</sup> EGMR, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08, Heinisch ./.. Deutschland; hierzu siehe Claudia Schubert, Whistle-Blowing after Heinisch v. Germany, GYIL 54 (2011), S. 753 ff.; ferner Katharina Pabel, Der

Dennoch hat auch die Rechtsprechung des EGMR bislang nur punktuelle Vorgaben machen können.<sup>9</sup> Für einen systematisch umfassenden Schutz des Whistleblowing ist das ein erster Schritt, insgesamt aber noch zu wenig. Auch wenn man die für die Bundesrepublik völkerrechtlich verbindliche EGMR-Rechtsprechung als Teil des deutschen Whistleblowing-Rechts versteht, fehlt es an einem systematischen, kohärenten und umfassenden Schutzsystem. Die Regulierung des Whistleblowing wird der Einzelfalljurisdiktion nationaler und internationaler Gerichte übermittlelt. Der Gesetzgeber lässt grundrechtswesentliche Gesichtspunkte ungeregelt und im Vagen. Es finden sich keine systematischen Regelungen zum Verbot zivil- und arbeitsrechtlicher Nachteile, keine hinreichenden Regelungen zur Beweislastverteilung bei Nachteilszufügung im Zusammenhang mit Whistleblowing im Arbeitsverhältnis und keine transparente Klärung für die Zulässigkeit der Einschaltung der Öffentlichkeit.

Diese Unklarheiten gehen zu Lasten der Whistleblowerinnen und Whistleblower, aber auch der Öffentlichkeit und der jeweils Beschuldigten.

## **2. Fehlende Vorgaben hinsichtlich der Meldeverfahren**

Diese materiellrechtlichen Unklarheiten werden durch intransparente Verfahrensregelungen verschärft. Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist nicht nur intransparent und unsicher, was wann worüber mitgeteilt werden kann, wann öffentliche und wann private Interessen überwiegen. Im deutschen Recht ist vielmehr auch nicht hinreichend systematisch geregelt, wem gegenüber Mitteilung gemacht werden kann. So fehlen gesetzlich ausgestaltete Meldeverfahren, die Whistleblowing regulieren und einen angemessenen Schutz für Informantinnen und Informanten, aber auch für die Betroffenen vorsehen könnten.

Es bestehen zwar eine Reihe expliziter interner und externer Beschwerderechte für Arbeitnehmende. Diese setzen jedoch regelmäßig eine eigene Betroffenheit voraus bzw. umfassen nur eng umgrenzte Sachbereiche. So dürfen sich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gem. § 84 I Satz 1 BetrVG bei den zuständigen Stellen des jeweiligen Betriebs beschweren, wenn sie sich im Arbeitsverhältnis benachteiligt oder ungerecht behandelt fühlen. Ein internes Beschwerderecht bei Diskriminierungen ist in § 13 AGG vorgesehen. Zudem haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer das Recht, sich in eigener Sache an die Antidiskriminierungsstelle zu wenden (§ 27 I AGG). Schließlich besteht ein Beschwerderecht über unzureichende Maßnahmen der Arbeitgebenden im Bereich der Sicherheit des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz (§ 17 ArbSchG). Für Beamtinnen und Beamte gibt es ein Anzeigerecht als Ausnahme von der allgemeinen Verschwiegenheitspflicht im Fall des begründeten Verdachts einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331 bis 337 des Strafgesetzbuches (§ 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamStG, § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG bzw. § 37

---

grundrechtliche Schutz des Whistle-blowing, in: Rudolf Feik u.a. (Hg.), FS Walter Berka, Wien 2013, S. 161 ff.

<sup>9</sup> Details hierzu siehe unten unter C.II.2.b)(2).

Abs. 2 Nr. 3 BeamtenstatusG). Angehörigen der Nachrichtendienste ist es gestattet, sich in dienstlichen Angelegenheiten an das Parlamentarische Kontrollgremium zu wenden (§ 8 PKGrG). Nach Art. 17 GG gibt es zudem ein grundrechtlich abgesichertes Petitionsrecht.

In der Summe bewirken diese Einzelregelungen aber keinen systematischen Schutz und keine klare Verfahrensregulierung. Sie belassen zentrale Begriffe im Unklaren. Das gefährdet hinweisgebende und belastete Personen gleichermaßen. Diese Unsicherheiten schränken den Zugang der Öffentlichkeit im Ergebnis ein. Insbesondere bleibt unsicher, wann der Weg an die Öffentlichkeit über externe Hinweisgebung gestattet und wann ein vorheriger interner Hinweis verpflichtend ist.<sup>10</sup>

Die Rechtsunsicherheit in dieser für die Rechtmäßigkeit des Whistleblowing zentralen Frage wird durch Codes of Conduct und Ethikrichtlinien auf Unternehmensebene noch gesteigert.<sup>11</sup> Das Verhältnis der unternehmensinternen Anreizsysteme, die das interne Whistleblowing befördern sollen,<sup>12</sup> zu den öffentlichen Meldeverfahren ist ungeklärt. In der Rechtsprechung des BAG ist ein Kriterium für die Schutzwürdigkeit des Whistleblowing, ob interne Meldeverfahren genutzt wurden.<sup>13</sup> Das birgt die Gefahr, dass es dann letztlich die Unternehmen in der Hand hätten, durch die Etablierung interner Verfahren – deren Effektivität, Anonymität und Unabhängigkeit durch den Gesetzgeber nicht vorgegeben sind – die Meinungsfreiheit und die öffentliche Diskussion einzuschränken. Im Extremfall könnte dann der Gang an die Öffentlichkeit durch die Einrichtung interner Scheinverfahren verhindert werden.

Hinzu kommt, dass die internen Meldesysteme – wie zum Beispiel Whistleblower-Hotlines – sich zwar in einigen Fällen als nützliches Instrument zur Beseitigung betriebsinterner Missstände bewähren und damit die Unternehmensinteressen befördern können. Interne Kontrollsysteme bergen allerdings die Gefahr, gerade in Verbindung mit unternehmensinternen Ethik-Richtlinien, welche die Arbeitnehmenden zur Meldung von jeglichen Verstößen gegen diese Richtlinien unter Wahrung der Anonymität verpflichten, dass hierdurch die Kontrolle der Arbeitgebenden über die Belegschaft erweitert wird. Eine mögliche Konsequenz solcher Strukturen kann sein, dass die internen Kommunikationskanäle dafür genutzt werden, kritische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einzuschüchtern und sie vom Gang an die Öffentlichkeit abzuhalten. Im Ergebnis kann das wiederum dazu führen, dass sich interne und externe Meldeverfahren nicht komplementär zueinander verhalten, sondern dass erstere die Effektivität der externen Meldeverfahren und letztlich den Schutz der Meinungsfreiheit untergraben.

---

<sup>10</sup> Siehe das Plädoyer für die Achtung des Arbeitgeberinteresses an Wahrung „geschäftlicher Interessen“ bei Bernd Wiebauer, Whistleblowing im Arbeitsschutz, NZA 2015, S. 22 ff.

<sup>11</sup> Mike Schulz, Ethikrichtlinien und Whistleblowing. Arbeitsrechtliche Aspekte der Einführung eines Compliance-Systems, Frankfurt am Main 2010, 67 ff.

<sup>12</sup> Torsten Briegel, Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 81 ff.

<sup>13</sup> BAG, Fn. 7.

Die Unsicherheiten für die hinweisgebenden und die von den Hinweisen betroffenen Personen sind wegen des ungeklärten Zusammenspiels interner und externer Meldeverfahren evident und existentiell. Whistleblowing setzt in der Regel ein hohes Maß an Zivilcourage voraus<sup>14</sup> und bleibt selten frei von negativen betrieblichen Folgen. Die Unsicherheit, die aus der mangelnden Verfahrensregulierung resultiert, belastet die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zusätzlich. Sie belastet aber auch die Betroffenen, da der Gesetzgeber nicht hinreichend ausgestaltet hat, welche rechtsstaatlichen Anforderungen an unternehmensinterne Kontrollsysteme zu stellen sind. Das gefährdet im Ergebnis die Verfahrensrechte nicht nur der hinweisgebenden, sondern auch der belasteten Personen.

Die Gestaltung des Verhältnisses von internen und externen Meldesystemen wirft schwerwiegende Fragen im Hinblick auf die in Art. 5 GG und Art. 10 EMRK geschützten Grundrechte auf, die einer klärenden gesetzlichen Regelung bedürfen, da sie grundrechtswesentlich sind.

### 3. Unbestimmte Voraussetzungen bei der Strafbarkeit

All diese Rechtsunsicherheiten werden noch einmal potenziert durch die vom Gesetzgeber zu verantwortende Unklarheit im Hinblick auf eine mit dem Whistleblowing verbundene Strafbarkeit. Das deutsche Recht beinhaltet eine Reihe von Vorschriften, die Whistleblowerinnen und Whistleblowern ihrerseits dem Verdacht einer Straftat aussetzen können. Diese betrifft das Verbot der Preisgabe von Staatsgeheimnissen (§§ 93 ff. StGB) und Dienstgeheimnissen (§ 353b StGB). Diese Straftatbestände enthalten keine expliziten Ausnahmen, die ein Whistleblowing rechtfertigen könnten. Die Begriffe sind unklar, wie zuletzt die Anschuldigungen gegen netzpolitik.org wegen Landesverrats (§ 94 StGB) gezeigt haben, im Rahmen derer erst nach einem Gutachtenstreit die Rechte der Öffentlichkeit akzentuiert werden konnten.<sup>15</sup> Auch daraus wird in der Literatur geschlossen, dass man Whistleblowerinnen und Whistleblowern

„nicht wirklich guten Gewissens raten [kann], sich zu trauen, Missstände öffentlich anzuprangern. Neben den arbeitsrechtlichen Folgen des *Whistleblowing* wird im Schrifttum zu Recht betont, dass auch die strafrechtlichen Folgen des *Whistleblowing* nicht zu unterschätzen seien.“<sup>16</sup>

Diese Unsicherheit betrifft nicht nur die hinweisgebende Person. Auch für Journalistinnen und Journalisten – und damit die Pressefreiheit – und für die von den Hinweisen betroffenen Personen ist die Lage in grundrechtsrelevanter Weise ungeklärt. Die sich in dieser Kollisionslage stellenden Rechtsfragen sind durch den

---

<sup>14</sup> Gunther Teubner, Whistleblowing gegen den Herdentrieb?, in: Dirk Becker u.a. (Hg.), Ökonomie der Werte, Marburg 2013, S. 39 ff.; Dieter Deiseroth, Zivilcourage am Arbeitsplatz – „Whistleblowing“, in: Gerd Meyer u.a. (Hg.), Zivilcourage lernen, Bonn 2004, S. 124 ff.

<sup>15</sup> Siehe Gregor Fischer, Innenministerium war doch umfassend informiert, in: Die ZEIT v. 6.8.2015.

<sup>16</sup> Barbara Weichselbaum, *Whistleblowing*. Der Meinungsfreiheit vertrauen und sich trauen?, in: Jahrbuch Menschenrechte 2012/2013, S. 213 ff. (226), m.w.N.

Gesetzgeber nur unzureichend gesetzlich beantwortet. Der Gesetzgeber kommt hier insbesondere seiner aus den Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit resultierenden Gestaltungsverantwortung nicht hinreichend nach.

#### 4. Zwischenergebnis

Das deutsche Recht ist im Hinblick auf den Schutz von hinweisgebenden Personen insgesamt dadurch geprägt, dass bereichsspezifische Spezialregelungen parallel gelten, über die je punktuell interveniert wird. Die einzelnen Sonderfälle werden nicht koordiniert geregelt, ein systemübergreifendes Politikziel ist nicht auszumachen.<sup>17</sup> Zentrale Aspekte – wie die Frage, welche Kriterien bei der Abwägung zwischen unternehmerischen bzw. staatlichen Geheimhaltungsinteressen und öffentlichem Aufklärungsinteresse im Fall von Whistleblowing zu berücksichtigen und wie diese im Einzelfall zu gewichten sind, welche Meldeverfahren (intern oder extern) zu nutzen sind, wie der Schutz vor Nachteilen im Arbeitsverhältnis gestaltet werden kann – bleiben weiterhin ungeklärt.

Die Risiken für die von den Hinweisen Betroffenen, aber auch für die jeweiligen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, sich durch einen Hinweis strafbar zu machen oder den Arbeitsplatz durch verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitgebers zu verlieren, sind hoch. Die Unsicherheit betrifft nicht nur Beschäftigte privater Unternehmen, sondern auch Angestellte des öffentlichen Dienstes. So hat der wissenschaftliche Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags im vergangenen Jahr festgestellt,

„dass in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage, die die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Whistleblowing normiert, eine Rechtsunsicherheit – auch für Angestellte des Landes oder der Kommunen – verbleibt.“<sup>18</sup>

Seither hat es in dieser Hinsicht keine Klärungen gegeben. Der Prüfauftrag des Koalitionsvertrages im Hinblick auf die internationalrechtliche Lage bleibt unerfüllt. Gesetzesinitiativen der Opposition im Jahr 2014<sup>19</sup> haben – wie bereits ein gemeinsamer Vorschlag der Bundesministerien für Justiz, Arbeit und Landwirtschaft in 2008<sup>20</sup> und eine Bundesratsinitiative des Landes Berlin in 2011<sup>21</sup> – nicht dazu geführt, dass der Gesetzgeber seiner Ausgestaltungsverantwortung im Hinblick auf die Regulierung des Whistleblowing nachgekommen wäre.

---

<sup>17</sup> Siehe den Überblick bei Paula Aschauer, Whistleblowing im Arbeitsrecht, Wien 2012, S. 201 ff.

<sup>18</sup> Wiss. Dienst (Landtag SchlH), Umdruck 18/3198 v. 22.7.2014, S. 13.

<sup>19</sup> BT-Drs. 18/3043 v. 4.11.2014 und BT-Drs. 18/3039 v. 4.11.2014 und die darauf bezogenen Stellungnahmen im Ausschuss Arbeit und Soziales des BT (Ausschuss-Drs. 18(11)321 v. 11.03.2015.

<sup>20</sup> Ausschuss-Drs. 16(10)849; siehe hierzu Cornelius Becker, Whistleblowing. Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, 162 ff.; Annemarie Berthold, Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt am Main 2010, 94 ff.

<sup>21</sup> BR-Drs. 534/11 vom 6.9.2011.

## II. Whistleblowing im internationalen Recht

Ganz im Gegensatz zur rechtspolitischen Stagnation in Deutschland finden sich auf transnationaler Ebene zahlreiche rechtspolitische Initiativen (hierzu 1.) und internationale Konventionen (hierzu 2.), die auf eine Regulierung des Whistleblowing zielen.

### 1. Rechtspolitische Initiativen

Maßgebliche rechtspolitische Impulse gehen hierbei auf NGOs zurück. So hat Transparency International Grundprinzipien zur Regulierung des Whistleblowing vorgelegt.<sup>22</sup> Mehr als 20 NGOs haben zudem am 12. Juni 2013 in Tshwane, Südafrika, „Weltweite Prinzipien zur nationalen Sicherheit und dem Recht auf Informationen (Tshwane Prinzipien)“ beschlossen, die insbesondere eine Strukturierung der Abwägung von Geheimhaltungs- und Veröffentlichungsgesichtspunkten vorschlägt.

Auf supranationaler Ebene hat das Europaparlament im Oktober 2013 die EU-Kommission dazu aufgefordert,

„einen Gesetzgebungsvorschlag vorzulegen, der für den privaten und den öffentlichen Sektor ein wirksames und umfassendes europäisches Schutzprogramm für Personen vorsieht, die Missmanagement und Unregelmäßigkeiten aufdecken und Hinweise zu Korruption im Zusammenhang mit nationalen und grenzüberschreitenden Belangen und finanziellen Interessen der EU geben, und insbesondere für Zeugen, die gegen mafiöse und andere kriminelle Organisationen aussagen, und das vor allem eine Lösung für ihre schwierigen Lebensbedingungen bietet (vom Risiko von Vergeltungsversuchen bis zur Isolierung von der Familie oder von der räumlichen Entwurzelung bis zur sozialen und beruflichen Ausgrenzung); fordert die Mitgliedstaaten auch auf, einen geeigneten und wirksamen Schutz für Informanten einzurichten“.<sup>23</sup>

Neben diesen zivilgesellschaftlichen und supranationalen Impulsen, sind die völkerrechtspolitischen Initiativen im Rahmen der G20 und des Europarats für die deutsche Rechtsgestaltung von besonderer Bedeutung.

---

<sup>22</sup> Transparency International, Recommended Draft Principles for Whistleblowing Legislation, November 2009; siehe ferner Simon Wolfe u.a., Whistleblower Protection Laws in G20 Countries. Priorities for Action, September 2014.

<sup>23</sup> EP, Entschließung 2013/2107/INI v. 23.10.2013, Ziff. 14; der RL-Entwurf der EU-Kommission zum Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung (COM(2013)813final) setzt diese Initiative des EP nicht um. Der COM-Entwurf ist vor dem Hintergrund der in Art. 11 GRC geschützten Meinungsfreiheit äußerst problematisch, da der Begriff des Geschäftsgeheimnisses zu weit gefasst und der Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht hinreichend ausgestaltet ist. Das Mindestniveau des Whistleblowingschutzes im EU-Recht ist aufgrund des Art. 52 Abs. 3 GRC Art. 10 EMRK zu entnehmen (hierzu siehe unten C.II.2.b)(2)).

## a) G 20

Im Rahmen der G20 stellt der – von Deutschland mitverabschiedete – Anti-Korruptions-Aktionsplan als Teil der Abschlusserklärung des Gipfels in Seoul vom 12. November 2010 (Annex III Nr. 7) die Forderung nach einem wirksamen Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern auf:

“To protect whistleblowers, who report in good faith suspected acts of corruption, from discriminatory and retaliatory actions, G20 countries will enact and implement whistleblower protection rules by the end of 2012. To that end, building upon the existing work of organizations such as the OECD and the World Bank, G20 experts will study and summarize existing whistleblower protection legislation and enforcement mechanisms, and propose best practices on whistleblower protection legislation.”<sup>24</sup>

Der Anti-Corruption Action Plan 2013 – 2014 wiederholt in Ziff. 9 die Aufforderung an die Staaten, den Schutz der Whistleblower gesetzlich zu verankern:

“The G20 countries that do not already have whistleblower protections will enact and implement whistleblower protection rules drawing on the principles developed in the Working Group, for which Leaders expressed their support in Cannes and also take specific actions, suitable to the jurisdiction, to ensure that those reporting on corruption, including journalists, can exercise their function without fear of any harassment or threat or of private or government legal action for reporting in good faith.”<sup>25</sup>

Die lediglich punktuellen Schutzvorschriften im deutschen Recht genügen diesen rechtspolitischen Vorstellungen im Rahmen der G20 nicht. Das wird auch an Erklärungen im Zusammenhang mit dem Gipfel in Cannes 2011 deutlich. Hier hatte die nach Seoul eingerichtete Arbeitsgruppe einen ersten Fortschrittsbericht zum Aktionsplan gegen Korruption vorgelegt. Darin findet sich in Ziff. 13 zum Thema Whistleblowing unter anderem die Formulierung:

“G20 countries have committed to enact and implement whistleblower protection rules by the end of 2012. Thirteen G20 countries already have relevant whistleblower protection legislation in place for the private sector, and fourteen for the public sector. Many countries are in the process of

---

<sup>24</sup> Dt. Übersetzung: „Um Hinweisgeber, die gutgläubig einen Verdacht auf Korruption melden, vor Diskriminierung und Vergeltungsmaßnahmen zu schützen, werden die G20-Staaten bis Ende 2012 Regeln zum Whistleblower-Schutz erlassen und umsetzen. Zu diesem Zweck, und unter Rückgriff auf Arbeitsergebnisse von Organisationen wie der OECD und der Weltbank, werden Experten der G20-Staaten Whistleblowerschutzgesetze und Sanktionsmechanismen prüfen, zusammengefasst darstellen und Best Practices für eine Whistleblowerschutzgesetzgebung vorschlagen.“

<sup>25</sup> Dt. Übersetzung: „Die G20-Staaten, welche bislang keinen Hinweisgeberschutz haben, werden aufgefordert, entsprechende Regelungen zu verabschieden und umzusetzen, gestützt auf die Leitlinien, die in den Arbeitsgruppen entwickelt und von den Vorsitzenden akzeptiert wurden. Sie sind verpflichtet, gerichtliche Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen dass Whistleblower, welche auf Korruption hinweisen, dies ohne Angst vor Belästigungen oder Sanktionen tun können, solange sie im guten Willen handeln.“

strengthening existing whistleblower protection measures or introducing legislation.”

Die Bundesrepublik war bei jenen Staaten, die bereits über adäquate Schutzgesetze verfügten, nicht genannt. Der Aufforderung, den Schutz des Whistleblowing bis 2012 zu stärken, ist die Bundesrepublik bis heute nicht nachgekommen.

In Cannes hatten die G20 auch ein Kompendium zum Schutz des Whistleblowing bei der OECD in Auftrag gegeben, die dieses im Jahr darauf vorlegte.<sup>26</sup> Das Ziel der Maßnahmen des Schutzes von Whistleblowern, so heißt es darin, sei:

“Encouraging and facilitating whistleblowing, in particular by providing effective legal protection and clear guidance on reporting procedures”.<sup>27</sup>

Nur ein über einen punktuellen Schutz hinausgehendes systematisches Konzept zum Schutz des Whistleblowing entspricht demnach den rechtspolitischen Vorstellungen von OECD und G20. Im deutschen Recht haben sich diese Bemühungen um einen systematischen Schutz allerdings bislang nicht hinreichend niedergeschlagen.

## **b) Europarat**

Auch auf der regionalen Ebene finden sich völkerrechtspolitische Entwürfe mit dem Ziel der Intensivierung des Schutzes für Whistleblowerinnen und Whistleblower. Für Deutschland sind insbesondere die Aktivitäten im Rahmen des Europarats von Relevanz.

### **(1) Parlamentarische Versammlung**

Die Parlamentarische Versammlung des Europarats hat 2010 die Entschließung 1729 verabschiedet. In ihr werden alle Mitgliedstaaten des Europarats, also auch Deutschland,<sup>28</sup> aufgefordert, ihre Gesetzgebung betreffend den Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern unter Beachtung einer Reihe von Leitsätzen zu überprüfen und den Schutz für das Whistleblowing zu stärken.<sup>29</sup> In einer jüngeren Entschließung aus dem Mai 2015 hat die Versammlung empfohlen, auch Mitarbeiter von Geheimdiensten zu schützen, wenn sie illegale Aktivitäten aufdecken:

“In view of the disclosures concerning mass surveillance and intrusions of privacy carried out by the United States National Security Agency and other intelligence agencies, which affect communications of numerous persons who are not suspected of any wrongdoing, the committee considers that whistle-

---

<sup>26</sup> OECD, G20 Anti-Corruption Action Plan. Protection of Whistleblowers. Study on Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation, 2012.

<sup>27</sup> Ebd., Ziff. 2.

<sup>28</sup> BGBl. 1950 S. 263; 1954 II S. 1126.

<sup>29</sup> Entschließung 1729 (2010) v. 29.4.2010; siehe auch Ausschuss für Recht und Menschenrechte der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, Der Schutz von „Whistleblowern“, Dok. 12006 (14. September 2009).

blower protection measures should cover all individuals who denounce wrongdoings which place fellow human beings at risk of violations of their rights protected under the European Convention on Human Rights, including persons working for national security or intelligence agencies. Given the importance of whistle-blowing to ensure that legal limits placed on mass surveillance are respected and the international ramifications of whistle-blowing in the field of national security or intelligence, whistleblowers (including employees of relevant government agencies or private contractors), whose disclosures are otherwise in line with Resolution 1729 (2010), Committee of Ministers Recommendation CM/Rec(2014)7 or the Tshwane Principles as supported by Resolution 1954 (2013), should be granted asylum in a member State of the Council of Europe when they are persecuted in their home country.”<sup>30</sup>

Die Stellungnahmen der Parlamentarischen Versammlung akzentuieren das Whistleblowing als Mechanismus zur Herstellung von Öffentlichkeit. Die Funktion des Whistleblowing erschöpft sich daher nicht in der wirksamen Korruptionsbekämpfung oder der Aufdeckung von Bestechung. Whistleblowing hat vielmehr eine polygonale Dimension und dient auch und gerade den Interessen einer demokratischen Öffentlichkeit. Die Bundesrepublik bleibt eine diesen Zielen und Vorgaben entsprechende systematische Regulierung zum Schutz des Whistleblowing weiterhin schuldig. Insbesondere im Bereich der Sicherheitspolitik sind Whistleblowerinnen und Whistleblower Unsicherheiten ausgesetzt, die es zu beseitigen gilt.<sup>31</sup>

## **(2) GRECO**

Neben der Parlamentarischen Versammlung hat sich auch die Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) im Rahmen des Europarats der Intensivierung des Schutzes von Whistleblowerinnen und Whistleblowern gewidmet und insbesondere betont, dass der Schutz des Whistleblowing nur bei einem integrierten Ansatz gewährt werden kann, der

“measures in such areas as awareness-raising, guidance and support, institutional arrangements and administrative procedures, enforcement measures, compensation mechanisms etc.”<sup>32</sup>

beinhaltet. Lediglich punktuelle Schutznormen wie im deutschen Recht sind nicht hinreichend effektiv und widersprechen den Vorstellungen im Rahmen der GRECO.

---

<sup>30</sup> Empfehlung 13791 vom 19.5.2015, S. 1.

<sup>31</sup> Siehe die Beiträge in Dieter Deiseroth & Annegret Falter, Whistleblowing in der Sicherheitspolitik, Berlin 2014; ferner Andreas Fischer-Lescano, Mäßigung der Verhältnismäßigkeit. Whistleblowing im transnationalen Recht, in: Graf Calliess (Hg.), Transnationalisierung des Rechts, Tübingen 2014, S. 435 ff.; Dieter Deiseroth,

<sup>32</sup> Siehe die Zusammenfassung von Christophe Speckbacher, The protection of whistleblowers in the light of GRECO's work, 20.3.2009, Ziff. 37.

### (3) Ministerkomitee

Schließlich hat auch das Ministerkomitee des Europarats Empfehlungen zur Regulierung des Whistleblowing abgegeben. So hatte zunächst der Europäische Ausschuss für rechtliche Zusammenarbeit, einer der Lenkungsausschüsse des Ministerkomitees nach Art. 17 der Europarats-Satzung, 2012 eine Studie zur Durchführbarkeit eines Rechtsinstruments zum Schutz von Whistleblowern erstellt.<sup>33</sup> An diesen Bericht knüpften sodann die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats, gestützt auf Art. 15 lit. b) der Satzung des Europarats, an.<sup>34</sup> Das Ministerkomitee erlässt in seinen Empfehlungen 29 Prinzipien und betont, dass Whistleblowing eine Form der Ausübung des europäischen Grundrechts auf Meinungsfreiheit darstellt. Das Ministerkomitee ermuntert darin die Staaten nicht nur zur Schaffung kostenloser Beratungsangebote für Whistleblowerinnen und Whistleblower und zu Aufklärungskampagnen über die positiven Effekte von Whistleblowing, sondern stellt daneben sehr konkrete Regelungen vor, die einen Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern ermöglichen und die nationale Gesetze beachten sollen:

- So sollen die Gesetze die Minimalbedingungen des öffentlichen Interesses festlegen (Ziff. 3 der Empfehlungen: „zumindest die Gesetzes- und Menschenrechtsverletzungen sowie die Gefahren für die öffentliche Gesundheit und Sicherheit und für die Umwelt“).
- Der Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern soll statusübergreifend, also unabhängig von der Art des Arbeitsverhältnisses, erfolgen und Whistleblowing durch bezahlte und unbezahlte, gegenwärtige und frühere Beschäftigte sowohl in der Privatwirtschaft als auch im öffentlichen Sektor umfassen (Ziff. 3-6).
- Der gesetzgeberische Ansatz soll umfassend und kohärent sein und mehrere interne und externe Meldemöglichkeiten schaffen (Ziff. 7-17).
- Die nationalen Instanzen haben die Pflicht, unabhängige Untersuchungen einzuleiten (Ziff. 19-20).
- Der Schutz der Identität der Whistleblowerinnen und Whistleblower und die Vertraulichkeit der Kommunikation ist zu gewährleisten (Ziff. 18).
- Die Whistleblowerinnen und Whistleblower sollen vor Repressalien geschützt werden (Ziff. 21 ff.).
- Bei Nachteilen, die die Whistleblowerinnen und Whistleblower in laufenden Arbeitsbeziehungen erleiden, soll eine Beweislastumkehr gelten, nach der der jeweilige Arbeitgeber zu beweisen hat, dass die erlittenen Nachteile keine Sanktionierung des Whistleblowing darstellen (Ziff. 25).

---

<sup>33</sup> Paul Stephenson und Michael Levi, Der Schutz von „Whistleblowern“: Bericht über eine Studie zur Durchführbarkeit eines Rechtsinstruments zum Schutz von Beschäftigten, die Informationen im öffentlichen Interesse verbreiten, CDCJ (2012) 9FIN.

<sup>34</sup> Ministerkomitee, Empfehlungen v. 30.4.2014; siehe hierzu auch Europarat, Der Schutz von Whistleblowern. Erläuternder Bericht zur Empfehlung, 2014.

Diese Empfehlungen und rechtspolitischen Desiderata erfüllt das deutsche Recht mit seinen fragmentierten und punktuellen Einzelvorschriften zum Schutz des Whistleblowing nicht annähernd.

## **2. Internationale Verträge**

Neben den rechtspolitischen Empfehlungen können sich konkrete rechtliche Umsetzungspflichten daraus ergeben, dass die Bundesrepublik Deutschland durch internationale Verträge zum Schutz von Whistleblowern verpflichtet ist.

### **a) Universelle Ebene**

Auf der universellen Ebene sind mit der UN-Konvention gegen Korruption (hierzu (1)), der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung (hierzu (2)) und dem ILO-Übereinkommen 158 (hierzu (3)) drei spezielle Konventionen in Kraft, aus denen sich ggf. Rechtswirkungen für Deutschland ergeben. Unter den menschenrechtlichen Konventionen schützt der UN-Zivilpakt die Meinungsäußerungsfreiheit. Auch hieraus sind Vorgaben für die Ausgestaltung des Whistleblowingschutzes zu entnehmen (hierzu (4)).<sup>35</sup>

#### **(1) UN-Konvention gegen Korruption (UNCAC)**

Mit dem Gesetz vom 27. Oktober 2014 zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 31. Oktober 2003 gegen Korruption (United Nations Convention against Corruption – UNCAC) hat Deutschland die UNCAC ratifiziert.<sup>36</sup> Am 12. Dezember 2014 ist das Abkommen für Deutschland in Kraft getreten (Art. 68 Abs. 2 UNCAC).<sup>37</sup> Das Abkommen enthält die Pflicht, eine Reihe von Korruptionstatbeständen (Art. 15 bis 25 UNCAC) unter Strafe zu stellen. Zudem zielt die Konvention in Art. 8 IV UNCAC explizit auf den Schutz von Whistleblowing durch Amtsträger:

„Jeder Vertragsstaat erwägt ferner, in Übereinstimmung mit den wesentlichen Grundsätzen seines innerstaatlichen Rechts Maßnahmen zu treffen und Regelungen vorzusehen, die es Amtsträgern erleichtern, den zuständigen Behörden Korruptionshandlungen zu melden, wenn ihnen solche Handlungen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben bekannt werden.“

---

<sup>35</sup> Vgl. den Überblick bei David Banisar, Whistleblowing: International Standards and Developments, in: Sandoval (Hg.), Corruption and Transparency: Debating the Frontiers between State, Market and Society, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, D.C. 2011, S. 7 ff.; zum Recht der UN und der Spruchpraxis in diesem Kontext siehe Tamara A. Shockley, Ethics and the United Nations International Civil Servant: The Jurisprudence of the United Nations Dispute Tribunals and the United Nations Appeals Tribunal on Workplace Retaliation – The Rights of the 'Whistleblower' in the United Nations, in: Southwestern Journal of International Law 20 (2013), S. 1 ff.; siehe auch Kaye, obere Fn. 1, Rdn. 51 ff., Arnaud Poitevin, Whistleblowers and the mainstreaming of a protection within the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, 07.02.2014, abrufbar via (letzter Abruf 20.09.2015): [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2395470](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2395470) .

<sup>36</sup> BGBl. 2014 II S. 762, 763

<sup>37</sup> BGBl. 2015 II S. 140.

Daneben verlangt die Konvention gemäß Art. 13 UNCAC eine Sicherstellung des Schutzes der Öffentlichkeit, in Art. 32 UNCAC die Etablierung eines Zeugen- und Expertenschutzes und in Art. 33 UNCAC generelle Schutzvorkehrungen für Hinweisgeber:

„Jeder Vertragsstaat erwägt, in seiner innerstaatlichen Rechtsordnung geeignete Maßnahmen vorzusehen, um Personen, die den zuständigen Behörden in redlicher Absicht und aus hinreichendem Grund Sachverhalte betreffend in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten mitteilen, vor ungerechtfertigter Behandlung zu schützen.“

Die Bundesregierung meint, so stellte sie es bei der Einbringung des Umsetzungsgesetzes zur UN-Antikorruptionskonvention im Juli 2014 dar, den internationalrechtlichen Anforderungen jedenfalls dieser Konvention sei durch das deutsche Recht bereits Genüge getan. Der Schutz des Whistleblowing in Deutschland entspreche den Vorgaben der UNCAC:

„Die Anregung des Übereinkommens ist in Deutschland bereits umgesetzt [...] Der Schutz von Hinweisgebern wird derzeit außerdem im Hinblick auf sonstige internationale Vorgaben geprüft.“<sup>38</sup>

An dieser Einschätzung ist zunächst einmal richtig, dass die Art. 8 und 33 UNCAC, auf die sich die o.g. Ausführung der Bundesregierung beziehen, nur Normerlassanregungen darstellen.<sup>39</sup> Die Normen sind inhaltlich nicht-obligatorisch, auch wenn eine systematische Prüfung verpflichtend ist.<sup>40</sup>

Nun ist zwar eine solche systematische Prüfung bislang in Deutschland nicht erfolgt und die apodiktische Feststellung in der Begründung zum Umsetzungsgesetz genügt dem Auftrag aus Art. 8 und 33 UNCAC jedenfalls nicht. Diese Verletzung der völkerrechtlichen Prüfungspflicht, so evident sie auch ist, heißt für die materielle Regulierung des Whistleblowing aber zunächst einmal nicht, dass die Bundesrepublik auch hier vertragsbrüchig wäre. Eine solche Vertragsbrüchigkeit müsste sich aus den inhaltlichen Normen selbst ergeben.

Die Auslegung der UNCAC muss den gewohnheitsrechtlich anerkannten Auslegungsgesichtspunkten der Wiener Vertragsrechtskonvention (Art. 31 WVK) folgen. Danach ist der Ausgang der Wortlaut des Vertrages, verbunden mit systematisch-teleologischen Erwägungen, Art. 31 Abs. 1 WVK:

---

<sup>38</sup> BT-Drs. 18/2138 v. 17.7.2014, S. 74; siehe auch ebd., S. 86.

<sup>39</sup> Kristian Soltes, Facilitating Appropriate Whistleblowing. Examining Various Approaches to what Constitutes Fact to Trigger Protection under Article 33 of the United Nations Convention against Corruption, in: Am.U.Int'l.L.Rev. 27 (2012), S. 925 ff. (928); vgl. zu den nationalen Differenzen Elletta Sangrey Callahan u.a., Whistleblowing. Australian, U.K., and U.S. Approaches to Disclosure in the Public Interest, in: Virginia Journal of International Law 44 (2004), S. 880 ff.

<sup>40</sup> Siehe Indira Carr & David Lewis, Combating Corruption through Employment Law and Whistleblower Protection, Industrial Law Journal 39 (2010), S. 52 ff., und siehe ferner Jan Wouters u.a., International Legal Framework against Corruption: Achievements and Challenges, in: Melb. J. Int'l L. 14 (2013), S. 205 ff.

„Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“

Mit anderen Worten: Vorgaben zur Whistleblowing-Regulierung sind möglicherweise nicht alleine dem Wortlaut der Art. 8 und 33 UNCAC zu entnehmen. Gefragt ist vielmehr eine Auslegung der UNCAC in ihrem systematischen Zusammenhang. Die UNCAC stellt nun aber neben dem Auftrag, den nationalen Schutz des Whistleblowing auf seine Effektivität zu überprüfen, in systematisch mit Art. 33 UNCAC in Zusammenhang stehenden Normen – insbesondere Art. 13 und 32 UNCAC – Anforderungen auf, die in von dem United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) zu verantwortenden Arbeiten konkretisiert werden, so dem Technical Guide, dem Legislative Guide und zuletzt dem Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons.<sup>41</sup> Auch die Empfehlungen, die im Rahmen der Implementierung der UNCAC im Hinblick auf Staatenberichte an die Konferenz der Vertragsstaaten nach Art. 63 UNCAC abgegeben wurden, konkretisieren die Rechtspflichten aus dieser Konvention im Hinblick auf das Whistleblowing weiter.<sup>42</sup> Im Hinblick auf die Anforderungen, die sich aus der systematischen Gesamtschau der UNCAC und den hierzu ergangenen Konkretisierungen in der Vertragspraxis, die nach Art. 31 Abs. 3 lit. b) WVK ebenfalls für die Auslegung dieses Völkerrechtsvertrages zu berücksichtigen ist, ergeben, ist die deutsche Rechtslage gleich mehrfach defizitär:

### **(a) Systematischer Schutz des Whistleblowing**

In der Vertragspraxis der UNCAC werden die Staaten denn auch in Anwendung dieser systematischen Zusammenschau von Art. 8, 13, 32 und 33 UNCAC regelmäßig dafür kritisiert, dass sie den nach der UNCAC gebotenen Schutz des Whistleblowing nicht etabliert haben und

„have not established comprehensive whistle-blower protection programmes“.<sup>43</sup>

Hierbei betont die Konferenz der Vertragsstaaten besonders, dass

„the existence of piecemeal and fragmented provisions does not contribute to the afforded protection.“<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, New York 2015; UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Wien 2009; UNODC, Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption, Wien 2006.

<sup>42</sup> Siehe die Zusammenfassung der Empfehlungen zum Schutz des Whistleblowing in: Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Panama City 29.11.2013, CAC/COSP/2013/CRP.7, S. 80 ff.

<sup>43</sup> Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Fn. 42, S. 80.

<sup>44</sup> Ebd.

In der Vertragspraxis der UNCAC wird diese Pflicht, einen umfassenden und kohärenten Schutzansatz zu verfolgen, darum nicht aus Art. 33 UNCAC allein, sondern aus einer Gesamtschau der schutzbezogenen Normen hergeleitet. In dieser Hinsicht ist im Hinblick auf die deutsche Rechtslage zu bemängeln, dass dem integrierten Schutzansatz der UNCAC bislang nicht hinreichend Beachtung geschenkt wird. Art. 33 komplettiert die obligatorischen Vorschriften zum Zeugen- und Expertenschutz, wie sie in Art. 32 UNCAC vorgesehen sind. So verpflichten sich die Vertragsstaaten nach Art. 32 Abs. 1 UNCAC zur Ergreifung von geeigneten

„Maßnahmen, um Zeugen und Sachverständigen, die über in Übereinstimmung mit diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten aussagen, sowie gegebenenfalls ihren Verwandten und anderen ihnen nahe stehenden Personen wirksamen Schutz vor möglicher Vergeltung oder Einschüchterung zu gewähren.“

Diese verbindlichen Vorgaben verpflichten zum Schutz von Whistleblowern nicht nur dann, wenn sie als Zeugen für Gerichtsverfahren relevant sind.<sup>45</sup> Der obligatorische Schutzauftrag geht vielmehr darüber hinaus. Nach dem Technical Guide sollen vom obligatorischen Schutz des Art. 32 UNCAC umfasst sein:

„all persons that can provide law enforcement bodies and courts with expertise whether during an investigation or as witnesses in court. They should be afforded the same range of protection measures applied to witnesses.“<sup>46</sup>

Daraus ergibt sich daher die Verpflichtung, auch Whistleblowerinnen und Whistleblower in den Quellenschutz einzubeziehen und

“procedural safeguards to protect the source“<sup>47</sup>

zu entwickeln. Diese Schutzvorschriften sind im deutschen Recht weder hinreichend systematisch angelegt noch schützen die einzelnen Normen die Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber in der Breite, die Art. 32 i.V.m. Art. 33 UNCAC vorgibt. So etabliert zwar § 68 StPO einen Zeugenschutz. Dieser gilt aber nur für strafrechtliche Verfahren. Der Experten-, Zeugen- und Hinweispersonenschutz, auf den Art. 32 und 33 UNCAC zielen, geht aber über das Strafverfahren hinaus und erfordert auch für andere Verfahrensgestaltungen, insbesondere auch zivilrechtlicher Art, Schutzmaßnahmen für Whistleblowerinnen und Whistleblower.<sup>48</sup>

## **(b) Verbot von Rechtsnachteilen**

Zu den nach UNCAC gebotenen Schutzmaßnahmen gehört nicht nur die Staatenpflicht, die körperliche Integrität von Whistleblowerinnen und Whistleblowern

---

<sup>45</sup> UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Fn. 41, S. 105.

<sup>46</sup> UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Fn. 41, S. 102.

<sup>47</sup> UNODC, Technical Guide to the UNCAC, Fn. 41, S. 25.

<sup>48</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 23 ff.

zu schützen. Vielmehr hat die Konferenz der Vertragsstaaten in der Vertragspraxis der UNCAC mehrfach betont, dass es zu den Pflichten aus der Konvention gehört, Nachteile für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu verhindern, die auf das Whistleblowing zurückzuführen sind:

“A clear delineation of a reporting person’s rights and special measures for the enhancement of his/her protection are needed, including the explicit prohibition of discriminatory transfer, reassignment, demotion, pay cut, suspension from employment, dismissal, forced retirement, or any other professional disadvantage that may follow a whistle-blower report; and eventually shifting the burden of proof in related labour proceedings to the employer. In addition, it may be helpful, as one State party has done, to have a special agency in place to which persons can bring their own actions or complaints of adverse treatment, as well as to explore ways to expedite access to existing protection mechanisms and remove cumbersome processes.”<sup>49</sup>

Verfahrensrechtlich ist diese Schutzpflicht, darauf weisen die Richtlinien des UNODC zur UNCAC explizit hin, durch eine Beweislastumkehr im arbeitsrechtlichen Verfahren abzusichern. Danach darf es nicht den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern obliegen, die Kausalität des Whistleblowing für damit im Zusammenhang stehende Nachteile im Arbeitsverhältnis nachzuweisen. Es ist vielmehr Sache der Arbeitgebenden, die Sachbezogenheit etwaiger Nachteile und deren Nichtverbindung zum Whistleblowing darzutun.<sup>50</sup>

### **(c) Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben**

Der Schutz, den die UNCAC in den Art. 8, 13, 32 und 33 UNCAC gewährt, ist unabhängig von der Motivlage der Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber. Entscheidend ist vielmehr, ob die hinweisgebende Person von der Richtigkeit ihrer Angaben ausgehen durfte. Wenn eine Person nachvollziehbare Gründe für die Meldung hat, ist sie schützenswürdig, auf die Motive kommt es hierbei nicht an:

“Hence, if a person has reasonable grounds to believe that the information shows wrongdoing or malpractice, and that the belief was reasonable for someone in his or her position based on the information available to him or her, that person should be protected.”<sup>51</sup>

Für diese ex ante-Perspektive ist es auch irrelevant, ob sich die Vorwürfe dann tatsächlich in Verfahren bewahrheiten. Der Schutz bezieht sich gerade auch auf solche Vorwürfe, die im Verfahren nicht nachgewiesen werden können – solange keine wissentlich falschen oder leichtfertigen Angaben gemacht wurden:

---

<sup>49</sup> Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Fn. 42, S. 81.

<sup>50</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 64 f.

<sup>51</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 24 f.

“If, however, someone reports information that they know to be untrue, then clearly there should be safeguards, meaning that the individual would not be able to seek protection from the law and could be sanctioned if harm was caused.”<sup>52</sup>

#### **(d) Prozedurale Staatenpflichten**

Die Konferenz der Vertragsstaaten hat in der Vertragsimplementierung der UNCAC ferner regelmäßig darauf bestanden, dass die Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen durch den Gesetzgeber vorstrukturiert wird. Die Vertragsstaaten sollen in Umsetzung der UNCAC

“make every effort to strike a balance between acknowledging the loyalty and confidentiality obligations of civil servants and private employees towards the State and their employer, respectively, and the obligation to provide protection against any “unjustified” treatment of reporting persons. This could be done by providing for different “spheres” of disclosure with corresponding levels of protection.”<sup>53</sup>

Das heißt nicht nur, dass die Interessenabwägung gesetzlich strukturiert werden soll, sondern es bedeutet auch, dass Kommunikationskanäle für die Meldung eröffnet werden müssen. Die Verpflichtung der Staaten, alternative Kommunikationskanäle für Whistleblowerinnen und Whistleblower zu eröffnen, ergibt sich aus den Art. 8, 13, 32 und 33 UNCAC. Die UNCAC fordert einerseits effektive und andererseits auch alternative Meldekanäle:

“This will help ensure that individuals in the workplace can bypass their managers or go outside the organization, particularly if that is where the problem lies, and thus avoid the creation of a bottleneck or a potential breaking point in the regulatory or judicial system.”<sup>54</sup>

Art. 13 UNCAC, der die diesbzgl. Fragen der öffentlichen Beteiligung detailliert regelt, verpflichtet die Staaten nicht nur, den öffentlichen Zugang zu Meldestellen zu ermöglichen, sondern hält auch dazu an, ein System für die Bearbeitung und Einreichung anonymer Meldungen zu etablieren.<sup>55</sup>

Die Frage, die sich im Arbeitsverhältnis regelmäßig stellt, nämlich ob externe Meldestellen trotz vorhandener unternehmensinterner Meldesysteme in Anspruch genommen werden dürfen, entscheidet Art. 13 UNCAC für eine größtmögliche Öffentlichkeitsbeteiligung. So stellt das UNODC explizit klar:

---

<sup>52</sup> Ebd.

<sup>53</sup> Conference of the State Parties to the UNCAC, State of Implementation of the UNCAC, Fn. 42, S. 82.

<sup>54</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 31.

<sup>55</sup> Zu den Details siehe UNODC, Legislative Guide, Fn. 41, S. 23, Ziff. 64, ferner UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 39.

„In many jurisdictions, and particularly with respect to the private sector, employees are subject to duties of loyalty or confidentiality with respect to technical or operational information, which means that it is often a disciplinary offence to report outside the organization itself. Business reputation is also highly valued and thus many workers are subject to strong contractual obligations in this regard. Therefore, it is important – above all with respect to reporting to competent or appropriate authorities, or more widely where necessary – that the law removes or settles any doubt that reporting wrongdoing or harm to the public interest will override any such duties to the employer.”<sup>56</sup>

Die UNODC beziehen sich hierbei für die Frage, welche Meldewege zu wählen sind, auf die EntschlieÙung der parlamentarischen Versammlung des Europarates.<sup>57</sup> Nach dieser EntschlieÙung, die durch diese Heranziehung in der Vertragspraxis der UNCAC als Konkretisierung der Konventionspflichten mittelbare Rechtswirkung entfaltet, entfällt der Vorrang der internen Informationsweitergabe, wenn der interne Weg nicht zumutbar ist (weil die meldende Person in einer subjektiven ex ante-Perspektive eigene Nachteile zu erwarten hätte), wenn durch ihn – ex ante und in nachvollziehbarer Weise – keine Abhilfe erwartet werden kann und wenn interne Hinweise nicht zum Erfolg führen.<sup>58</sup>

Die nach Art. 13 UNCAC geforderte Pflicht, Öffentlichkeit herzustellen, führt daher zur prozeduralen Komplementärpflicht, externe Meldeverfahren nicht auszuhebeln. Art. 13 UN, der auf „die Freiheit zur Einholung, Entgegennahme, Veröffentlichung und Verbreitung von Informationen“ zielt, ist zudem in Verbindung mit den menschenrechtlichen Verpflichtungen insbesondere auf den Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit zu lesen. Aus diesen Normen ergeben sich weitere Anforderungen für den Schutz des Whistleblowing.<sup>59</sup>

Aus alledem ergibt sich, dass interne Meldewege die externen Kommunikationskanäle nicht desavouieren dürfen. Der Gesetzgeber ist nach der UNCAC nicht nur dazu aufgerufen, Vorgaben für die rechtsstaatliche Ausgestaltung interner Meldeverfahren zu machen, sondern auch sicherzustellen, dass sich Whistleblowerinnen und Whistleblower immer dann an externe Verfahren und die Öffentlichkeit wenden können, wenn aus ihrer subjektiven ex ante-Perspektive der interne Weg nicht zumutbar, impraktikabel oder ineffektiv ist.

---

<sup>56</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 27.

<sup>57</sup> Parlamentarische Versammlung des Europarats, EntschlieÙung 1729 v. 29.04.2010, Ziff. 6.1.2. und 6.1.3.

<sup>58</sup> UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 30.

<sup>59</sup> Zur Regime-Interdependenz von Menschenrechten und Korruptionsbekämpfung siehe auch UNODC, Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons, Fn. 41, S. 41 ff.; zu den menschenrechtlichen Anforderungen siehe unten C.II.2.a)(4) und C.II.2.b)(2).

## (2) OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung

Aus dem OECD-Übereinkommen vom 17.12.1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr können sich weitere Verpflichtungen ergeben. Das Abkommen hat Deutschland 1998 ratifiziert.<sup>60</sup> Die Konvention ist die erste Antikorruptionskonvention auf globaler Ebene.<sup>61</sup> Sie sieht in Art. 4 u.a. vor, eine effektive Gerichtsbarkeit gegen Korruption einzuführen.

Im Rahmen des nach Art. 12 der Konvention etablierten Monitoring hat die OECD Working Group on Bribery in International Business Transactions eine Reihe von Empfehlungen<sup>62</sup> zum Whistleblowing erlassen, die teilweise auch unmittelbar an Deutschland gerichtet wurden. Im Dezember 2014 fasste die Arbeitsgruppe die Forderungen in diesem Politikbereich wie folgt zusammen:

“Regarding whistleblower protection, the Working Group recommends that Germany enhance reporting of suspicions of foreign bribery by company employees, through any appropriate means, e.g. by codifying the protection identified by jurisprudence and disseminating information on such protection [2009 Recommendation, IX (iii) and X.C (v)].”<sup>63</sup>

Die hier in Bezug genommene Empfehlung IX (iii) des Rats der OECD aus dem Jahr 2009 zielt auf die Einrichtung von

“appropriate measures [...] to protect from discriminatory or disciplinary action public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities suspected acts of bribery of foreign public officials in international business transactions.”

Und X.C (v) rät dazu, zu ermutigen, dass Unternehmen

“provide channels for communication by, and protection of, persons not willing to violate professional standards or ethics under instructions or pressure from hierarchical superiors, as well as for persons willing to report breaches of the law or professional standards or ethics occurring within the company in good

---

<sup>60</sup> BGBl II, S. 2327 ff.

<sup>61</sup> Zur Bestandsaufnahme siehe Rachel Brewster, The Domestic and International Enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention, *Chicago Journal of International Law* 15 (2014-15), S. 84 ff.

<sup>62</sup> Empfehlungen als Handlungsform der OECD sind in Art. 5 der Konvention genannt. Zur Handlungsform des Politikvergleichs im Rahmen der OECD am Beispiel der PISA-Verfahren siehe Armin von Bogdandy & Matthias Goldmann, The Exercise of International Public Authority through National Policy Assessment. The OECD's PISA Policy as a Paradigm for a New International Standard Instrument, in: *International Organizations Law Review* 5 (2008), S. 241 ff.

<sup>63</sup> Working Group on Bribery in International Business Transactions, *Compilation of Recommendations made in The Phase 3 Reports. Implementation and Application of the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and the 2009 Recommendations on further Combating Bribery*, Dezember 2014, S. 71, Ziff. 5.

faith and on reasonable grounds, and should encourage companies to take appropriate action based on such reporting”.<sup>64</sup>

Und 2013 anlässlich des Reports für die Phase 3 hat die Working Group die Bundesrepublik für die fehlende Whistleblower-Gesetzgebung gerügt:

“The Working Group again encouraged Germany to take steps to enhance reporting of suspicions of foreign bribery by company employees by, for example, codifying whistleblowers’ protections in the private sector and asked Germany to provide a written report on progress made in this regard within one year”.<sup>65</sup>

Auch im Zusammenhang der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung bleibt Deutschland damit den geforderten Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern schuldig.

### **(3) ILO-Übereinkommen 158**

Auch in Artikel 5 des Übereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist ein expliziter Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern vorgesehen:<sup>66</sup>

„Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten insbesondere nicht als triftige Gründe: [...] (c) der Umstand, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Gesetzesvorschriften gegen den Arbeitgeber eine Klage eingebracht oder sich an einem Verfahren gegen ihn beteiligt oder die zuständigen Verwaltungsbehörden angerufen hat.“

Deutschland hat dieses Übereinkommen aber nicht ratifiziert, weshalb sich aus ihm derzeit auch keine völkervertraglichen Pflichten ergeben.

### **(4) UN-Zivilpakt**

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt) wurde 1973 durch die Bundesrepublik ratifiziert.<sup>67</sup> Der Pakt schützt in Art. 19 Abs. 2 die Meinungsäußerungsfreiheit, einschließlich des Rechts, „ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.“ Die Norm schützt nicht nur gegen staatliche Eingriffe, sondern verpflichtet auch zu Schutzmaßnahmen:

---

<sup>64</sup>Rat der OECD, Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 26.11.2009.

<sup>65</sup>OECD Working Group on Bribery, Summary and conclusions to the Phase 3-Report of Germany, 15.4.2013, Ziff. 5.

<sup>66</sup>ILO-Übereinkommen Nr. 158 vom 22. Juni 1982.

<sup>67</sup>BGBI. 1973 II S. 1533, 1534.

“States parties should put in place effective measures to protect against attacks aimed at silencing those exercising their right to freedom of expression.”<sup>68</sup>

Das umfasst nach dem mit der Implementierung des UN-Zivilpaktes beauftragten Menschenrechtsausschuss auch den Schutz gegen Maßnahmen privater Rechtssubjekte, die die Ausübung der Meinungsfreiheit beeinträchtigen können.<sup>69</sup> Zwar erwähnt die Spruchpraxis des Menschenrechtsausschusses bislang das Whistleblowing nicht explizit. Die besondere Schutzbedürftigkeit von Journalisten und Hinweisgebern im Allgemeinen hat der Ausschuss aber durchaus hervorgehoben:

„persons who engage in the gathering and analysis of information on the human rights situation and who publish human rights-related reports,”<sup>70</sup>

seien durch Art. 19 Abs. 2 UN-Zivilpakt in besonderer Weise zu schützen. Für Whistleblowerinnen und Whistleblower, die von ihrer Meinungsäußerungsfreiheit Gebrauch machen und eine vergleichbare öffentliche Funktion einnehmen, gilt dies entsprechend.<sup>71</sup>

Dementsprechend haben auch Frank de la Rúa, UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, und Catalina Botero Marino, Inter-American Commission on Human Rights Special Rapporteur for Freedom of Expression, in einer gemeinsamen Erklärung 2010 die besondere Schutzbedürftigkeit von Whistleblowerinnen und Whistleblowern im Hinblick auf die Meinungsäußerungsfreiheit betont:

“whistleblowers’ releasing information on violations of the law, on wrongdoing by public bodies, on a serious threat to health, safety or the environment, or on a breach of human rights or humanitarian law should be protected against legal, administrative or employment-related sanctions if they act in good faith.”<sup>72</sup>

In dieser Erklärung kommt ein Grundsatz zum Ausdruck, der für die angemessene Ausgestaltung des Schutz des Whistleblowings von essentieller Bedeutung ist: Whistleblowing hat neben den in speziellen Konventionen zum Ausdruck kommenden Funktionen für die Bestechungs- und Korruptionsbekämpfung eine zentrale Funktion für die Öffentlichkeit. Die sich daraus ergebende Pflicht ist

---

<sup>68</sup>HRC, General Comment 34, CCPR/C/GC/34, Juli 2011, Ziff. 23.

<sup>69</sup> HRC, ebd., Ziff. 7.

<sup>70</sup> Ebd.

<sup>71</sup> Siehe auch Roslyn Fuller, A Matter of National Security: Whistleblowing in the Military as a Mechanism for International Law Enforcement, in: San Diego International Law Journal 15 (2013), S. 249 ff.; ferner Björn Festerling & David Lewis, Leaks, legislation and freedom of speech: How can the law effectively promote public-interest whistleblowing?, in: International Labour Review 153 (2014), S. 71 ff.

<sup>72</sup> Frank de la Rúa, UN Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, und Catalina Botero Marino, Inter-American Commission on Human Rights Special Rapporteur for Freedom of Expression, Joint Statement On Wikileaks, 21.12.2010, Ziff. 3.

umfassend und nicht auf den Bereich der Wirtschaftskriminalität begrenzt: Whistleblowerinnen und Whistleblower sind, sofern sie keine wissentlich falschen Angaben machen, zu schützen.<sup>73</sup> Das umfasst nicht nur das aus der Meinungsfreiheit fließende Verbot der Strafbarkeit sondern auch die Pflicht entsprechende prozedurale Voraussetzungen für das Whistleblowing zu schaffen, insbesondere durch die Einrichtung effektiver und unabhängiger Meldeverfahren, in denen die hinweisgebenden Personen auch durch die Gewährleistung der Vertraulichkeit zu schützen sind. I.d.S. forderte auch Navi Pillay, die UN-Menschenrechtskommissarin, einen Vertraulichkeitsschutz für hinweisgebende Personen:

“confidentiality is an essential element of the working methods of UN human rights officers, and [...] their work is of fundamental importance to the restoration and maintenance of international peace and security, the rule of law, and the administration of justice.”<sup>74</sup>

Ohne den Schutz der Vertraulichkeit der Quelle von Journalistinnen und Journalisten, aber auch von NGOs und Bloggern,<sup>75</sup> entstehe die Gefahr, dass Whistleblowerinnen und Whistleblower nicht bereit sein könnten,

“to cooperate with, and provide reliable information to, UN human rights officers, thereby making it impossible for the human rights officers to carry out their functions effectively.”<sup>76</sup>

Die Schutzbedürftigkeit der Whistleblowerinnen und Whistleblower als vulnerable Gruppe – vergleichbar derjenigen von Fact Finding Persons und UN-Beobachtungspersonen – wird in einer Vielzahl von Stellungnahmen anerkannt.<sup>77</sup> Der deutsche Gesetzgeber ist diesen aus dem universellen Menschenrechtsschutz folgenden Schutzpflichten zum expliziten Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern bislang nicht hinreichend nachgekommen.

## **b) Regionale Verträge**

Von den regionalen Völkerverträgen sind insbesondere die beiden europäischen Antikorruptionskonventionen (hierzu (1)), die EMRK (hierzu (2)) und die rev. Europäische Sozialcharta (hierzu (3)) für den Schutz des Whistleblowing relevant.

---

<sup>73</sup> Kaye, obere Fn. 1, Rdn. 30: “reasonable belief”.

<sup>74</sup> Amicus Curiae Brief of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Prosecutor v. Alex Tamba Brima et al., SCSL, No. SCSL-2004-16-AR73 (16.12.2005), Rn. 32 ff.

<sup>75</sup> Zu dieser Trias siehe Kaye, obere Fn. 1, Rdn. 19 ff.; ferner David Banisar, Silencing sources: an international survey of protections and threats to journalists’ sources, Privacy International Global Survey Series, 2007; Julie Posetti, Protecting journalism sources in the digital age, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) Series on Internet Freedom, UNESCO Publishing, 2015.

<sup>76</sup> Ebd., Rn. 37.

<sup>77</sup> Nachweise bei CCR, Protection of Sources, Fn. 1, Ziff. 33 ff.

## (1) Europäische Antikorruptionskonventionen

Das im Rahmen des Europarats geschlossene Zivilrechtsübereinkommen über Korruption (Straßburg, 4. November 1999) sieht in Art. 9 einen Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor:

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

In Art. 2 der Konvention wird der Begriff der „Korruption“ definiert:

„Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet „Korruption“ das unmittelbare oder mittelbare Fordern, Anbieten, Gewähren, Annehmen oder Inaussichtstellen von Bestechungsgeldern oder eines anderen ungerechtfertigten Vorteils, das die Erfüllung der dem Begünstigten obliegenden Pflichten beeinträchtigt oder dazu führt, dass er sich nicht wie geboten verhält.“

Im Explanatory Report zu Art. 9 wird der verpflichtende Inhalt dieser Norm u.a. wie folgt konkretisiert:

“The "appropriate protection against any unjustified sanction" implies that, on the basis of this Convention, any sanction against employees based on the ground that they had reported an act of corruption to persons or authorities responsible for receiving such reports, will not be justified. Reporting should not be considered as a breach of the duty of confidentiality. Examples of unjustified sanctions may be a dismissal or demotion of these persons or otherwise acting in a way which limits progress in their career. [...] Therefore the appropriate protection which Parties are required to take should encourage employees to report their suspicions to the responsible person or authority. Indeed, in many cases, persons who have information of corruption activities do not report them mainly because of fear of the possible negative consequences.”<sup>78</sup>

Deutschland hat dieses Übereinkommen unterschrieben, allerdings bislang nicht ratifiziert. Die Bundesregierung sieht aber selbst, dass der Schutz von Whistleblowern im deutschen Recht nicht dieser Norm entspricht.<sup>79</sup>

---

<sup>78</sup> Ebd., Ziff. 69 ff.

<sup>79</sup> Siehe BT-Drs. 17/12996 v. 2.4.2014, S. 3 f.: „Deutschland hat das Übereinkommen am 4. November 1999 gezeichnet. Eine deutsche Ratifikation kann erst erfolgen, wenn eine Regelung zum ‚Whistleblowing‘ ins deutsche Recht eingefügt worden ist.“

Auch das Strafrechtsübereinkommen über Korruption (Straßburg, 27. Januar 1999) hat die Bundesrepublik bislang nicht ratifiziert. Das Übereinkommen sieht in Art. 22 einen Whistleblowingschutz vor:

„Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um einen wirksamen und angemessenen Schutz folgender Personen zu gewährleisten: (a) Personen, die Angaben über aufgrund der Artikel 2 bis 14 umschriebene Straftaten machen oder in anderer Weise mit den für Ermittlung oder Strafverfolgung zuständigen Behörden zusammenarbeiten; (b) Zeugen, die eine Aussage in Bezug auf solche Straftaten machen.“

Im Explanatory Report zu dieser Bestimmung heißt es dann, dass das Wort „Zeugen“, sich auf eine Person bezieht,

„who possess information relevant to criminal proceedings concerning corruption offences as contained in Articles 2 – 14 of the Convention and includes whistleblowers“.<sup>80</sup>

Für diese Personen wird ein wirksamer und angemessener Schutz gefordert. Das verweise, so sagen es diese Ausführungsbestimmungen,

“to the need to adapt the level of protection granted to the risks that exist for collaborators of justice, witnesses or whistleblowers. In some cases it could be sufficient, for instance, to maintain their name undisclosed during the proceedings, in other cases they would need bodyguards, in extreme cases more far-reaching witnesses-protection measures such as change of identity, work, domicile, etc. might be necessary”.<sup>81</sup>

An solchen Schutzvorschriften fehlt es bislang im deutschen Recht. Die Bundesregierung beabsichtigt offenbar, zumindest das strafrechtliche Antikorruptionsübereinkommen des Europarats zu ratifizieren.<sup>82</sup> Für diesen Fall wird auch aus Art. 22 dieses Übereinkommens die Pflicht resultieren, den Schutzstandard für Whistleblowerinnen und Whistleblower in Deutschland zu erhöhen.

## **(2) EMRK**

Auch aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) können sich Pflichten im Hinblick auf das Whistleblowing ergeben. Nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 EMRK ist das Recht auf freie Meinungsäußerung umfassend geschützt. Nach Art. 10

---

<sup>80</sup> Ebd., Ziff. 111.

<sup>81</sup> Ebd., Ziff. 113.

<sup>82</sup> BT-Drs. 17/12996 v. 2.4.2014, S. 2: „Das Übereinkommen wurde von der Bundesrepublik Deutschland am 27. Januar 1999 unterzeichnet. Zur Umsetzung des Übereinkommens sind Änderungen im Bereich des Strafrechts, insbesondere die Ausweitung des Straftatbestands der Abgeordnetenbestechung (§ 108e StGB) notwendig. Es ist beabsichtigt, das Übereinkommen zu ratifizieren.“

Abs. 1 Satz 2 EMRK schließt das die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Die Bundesrepublik Deutschland hat die EMRK in deutsches Recht transformiert.<sup>83</sup> Aus der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes und dem Bekenntnis zu den Menschenrechten in Art. 1 Abs. 2 GG hat das BVerfG der EMRK de facto einen quasi-konstitutionellen Rang zuerkannt. Die EMRK ist Auslegungshilfe im Hinblick auf die nationalen Grundrechte. Das BVerfG sieht alle Staatsorgane in der Pflicht, die Normen der EMRK im nationalen Recht zur Geltung zu bringen.<sup>84</sup> Das BVerfG verlangt dabei kein blindes Nachvollziehen der Entscheidungen der EMRK und des EGMR, sondern eine wertende Berücksichtigung. Für den Fall, dass Entscheidungen des EGMR im nationalen Recht diese Berücksichtigung nicht zuteil kommt, sieht das BVerfG die Verfassungsbeschwerde für eröffnet. In der Nichtberücksichtigung läge nicht nur ein Konventionsverstoß, sondern auch eine Verletzung des Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem jeweiligen Korrespondenzgrundrecht des GG.<sup>85</sup> Diese Berücksichtigungspflicht hat das BVerfG auch auf Entscheidungen anderer internationaler Gerichte erstreckt.<sup>86</sup>

Der EGMR hat in einer Reihe von Entscheidungen die Rechte von Whistleblowerinnen und Whistleblowern gestärkt<sup>87</sup> und den Schutz des Art. 10 EMRK auch in dem gegen die Bundesrepublik ergangenen Urteil in der Rechtssache *Heinisch v. Deutschland* auf das Whistleblowing erstreckt.<sup>88</sup> Der EGMR hat für den konkreten Fall festgestellt, dass die Kündigung – und insbesondere die gerichtliche Bestätigung der Kündigung, es handelt sich um einen Fall mittelbaren Menschenrechtsschutzes – die Whistleblowerin in ihren Rechten verletzt, da das öffentliche Interesse im konkreten Fall das Geheimhaltungsinteresse überwiege.

Da das deutsche Recht nach der Rechtsprechung des BVerfG konventionskonform auszulegen ist und die deutschen Gerichte zur Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR verpflichtet sind, wird vertreten, dass die EMRK-Konformität des deutschen Rechts nicht notwendig durch eine Gesetzesänderung hergestellt werden müsste. Es sei hinreichend, wenn die Arbeitsgerichtsbarkeit die Grundsätze des EGMR und der EMRK entsprechend der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung berücksichtige.<sup>89</sup>

---

<sup>83</sup> BGBl. 1952 II S. 685.

<sup>84</sup> BVerfGE 111, 307/317.

<sup>85</sup> BVerfGE 111, 307/327ff.

<sup>86</sup> In Bezug auf die Rechtsprechung des IGH siehe BVerfG NJW 2007, 499 ff.; zur vergleichbaren Verfassungslage in den USA und Italien siehe Supreme Court of the United States, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, Gutachten v. 28.06.2006 – No. 04–10566; Italienischer Verfassungsgerichtshof, Urteil Nr. 238/2014 vom 22.10.2014 (Schadensersatzansprüche von NS-Opfern); auch der EuGH geht von einer dualistischen Theorie aus, siehe EuGH, Urteil v. 03.09.2008 – C-402/05.

<sup>87</sup> Zuletzt EGMR, Urteil v. 13.01.2015, 79040/12, *Rubins ./. Latvia*; siehe schon EGMR, Urteil v. 12.2.2008, Az. 14277/04, *Guja v. Moldova*, Rn. 72; EGMR, Urteil v. 19.2.2009, Az. 4063/04, *Marchenke v. Ukraine*, Rn. 46; siehe auch EGMR, Urteil v. 18.10.2011, Az. 10247/09, *Sosinowska v. Polen*.

<sup>88</sup> EGMR, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08, *Heinisch ./. Deutschland*.

<sup>89</sup> Monika Schachter, Kündigung wegen ‚Whistleblowing‘?, in: RdA 2012, S. 108 ff. (109).

Dieser Rechtsauffassung ist insofern beizupflichten, als das deutsche Recht im engen Kontext des Kündigungsschutzrechtes eine Durchlässigkeit ermöglicht: Die Arbeitsgerichte können im Rahmen unbestimmter nationaler Normen die Wertungen der EMRK und des EGMR berücksichtigen, wenn beispielsweise im Rahmen des § 612a BGB zu fragen ist, ob „der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt“.

Die Antwort, dass die deutsche Rechtsordnung daher im Ganzen konventionskonform sei, greift allerdings zu kurz. In der Rechtsprechung des EGMR haben die Menschenrechte der EMRK nicht nur eine abwehrgerichtete Funktion, sondern umfassen auch positive Schutzpflichten. Das gilt auch für die Meinungsäußerungsfreiheit, bei der es sich nach der Rechtsprechung des EGMR „um eine der wesentlichen Grundlagen der demokratischen Gesellschaft und eine unverzichtbare Bedingung für ihren Fortschritt und die individuelle Selbstverwirklichung jedes einzelnen“ handelt.<sup>90</sup> Gemessen daran entspricht das deutsche Recht nicht den Standards, die nach der EMRK zu verlangen sind. Der Gesetzgeber bleibt vielmehr dazu berufen, den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer legislativ auszugestalten. Das hat seinen Grund zum einen in der Unschärfe der auf die EGMR-Entscheidungen bezogenen „Berücksichtigungsformel“, wie sie das BVerfG entwickelt hat. Die bestehende Rechtsschutzlücke beruht aber auch darauf, dass der EGMR zwar in singulären Einzelfällen (in der Regel Kündigungsprozesse) interveniert hat. Eine Reihe grundsätzlicher Klärungen zum Schutz des Whistleblowing, die der EGMR beispielsweise hinsichtlich der Interessenabwägung vorgenommen hat, sind aber auch außerhalb dieser arbeitsvertraglichen Kontexte relevant. Um die Vorgaben des EGMR und der EMRK angemessen umzusetzen, reicht es nicht aus, auf die Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung durch die Arbeitsgerichte zu setzen. Vielmehr ist der Gesetzgeber weiter in grundsätzlicher Hinsicht gefragt. Im Einzelnen betreffen die Regelungslücken folgende Bereiche:

### **(a) Systematischer Schutz**

Der EGMR hat für den systematischen Schutz von hinweisgebenden Personen detaillierte Vorgaben gemacht. Das ergibt sich zum einen aus der Rechtsprechung des EGMR zum Quellenschutz der Presse. Der Schutz der journalistischen Quelle ist für den EGMR nicht einfach ein Privileg, sondern eine wesentliche Komponente der freien Presse.<sup>91</sup> Quellenschutz und Schutz des Whistleblowing sind aufs Engste verknüpft.<sup>92</sup>

Der Schutz des Whistleblowing, so wie der EGMR ihn aus Art. 10 EMRK konkretisiert hat, bezieht sich insbesondere auf solche Mitteilungen, die in gutem Glauben gemacht wurden, die die mitteilende Person also nach entsprechend sorgfältiger

---

<sup>90</sup> EGMR, Urteil v. 23.04.1992, 11798/85, Castells ./.. Spanien, Rn. 42.

<sup>91</sup> EGMR, Urteil v. 27.11.2007, 20477/05, Tillack ./.. Belgien.

<sup>92</sup> Der Bericht von David Kaye, Special Rapporteur on freedom of opinion and expression, Fn. 1, führt daher konsequenterweise beide Komplexe zusammen.

Prüfung für wahr hält.<sup>93</sup> Der EGMR setzt hierbei nicht voraus, dass sich die Vorwürfe später bewahrheiten. Er stellt auf eine ex ante-Perspektive ab und darauf, ob die hinweisgebende Person „to the extent permitted by the circumstances“ von der Wahrheit der Mitteilung ausgehen durfte.<sup>94</sup> Bei der Konkretisierung der Gutgläubensanforderung lässt der EGMR die Motive regelmäßig dahinstehen und verlangt lediglich, dass die Vorwürfe „nicht gänzlich eines sachlichen Hintergrunds“ entbehren.<sup>95</sup>

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind – keine wissentlich leichtfertigen und unwahren Angaben, Möglichkeit der Sachorientierung – prüft der EGMR, ob das Interesse der Öffentlichkeit im konkreten Fall überwiegt. Im Urteil Guja ./ Moldova hat der EGMR daher die Bedeutung der Öffentlichkeit für das Funktionieren der Demokratie betont und verdeutlicht, dass die öffentlichen Interessen daher auch private und staatliche Geheimhaltungs- und Loyalitätsinteressen überwiegen können.<sup>96</sup> Und auch im Urteil im Fall Heinisch hat der EGMR festgehalten,

„dass das Interesse der Allgemeinheit, über Defizite bei der institutionellen Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen informiert zu werden, in einer demokratischen Gesellschaft so wichtig ist, dass es das Interesse am Schutz des geschäftlichen Rufs und der Interessen dieses Unternehmens überwiegt.“<sup>97</sup>

Um diese Pflichten zum Schutz der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK umzusetzen, ist der Gesetzgeber gefordert. Es gilt insbesondere, eine verlässliche Planungssicherheit für Beschäftigte und Arbeitgeber herzustellen. Der EGMR verweist bei der Konkretisierung des öffentlichen Interesses in seinem Urteil im Fall Heinisch auch auf rechtspolitische Empfehlungen, denen der Gerichtshof strukturierende Kriterien entnimmt. So bezieht sich der EGMR<sup>98</sup> explizit auf die Entschließung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats 1729.<sup>99</sup> Das verleiht der Entschließung zumindest eine mittelbare Rechtswirkung,<sup>100</sup> insbesondere auch im Hinblick auf die durch den EGMR zitierte Passage in ihrer Ziff. 6.1.1.:

„Die Definition geschützter Enthüllungen umfasst alle in gutem Glauben geäußerten Warnungen vor verschiedenen Arten rechtswidriger Handlungen, u. a. sämtliche schweren Menschenrechtsverletzungen, die das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder sonstige berechnete Interessen Einzelner als Subjekte der öffentlichen Verwaltung oder als Steuerzahler, Anteilseigner, Arbeitnehmer oder Kunden von Privatunternehmen beeinträchtigen oder bedrohen“.

---

<sup>93</sup> EGMR, Urteil v. 12.2.2008, Az. 14277/04, Guja v. Moldova, Rn. 75.

<sup>94</sup> EGMR, ebd.

<sup>95</sup> EGMR, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08, Heinisch ./ Deutschland, Rn. 85.

<sup>96</sup> EGMR, Urteil v. 12.2.2008, Az. 14277/04, Guja v. Moldova, Rn. 74.

<sup>97</sup> EGMR, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08, Heinisch ./ Deutschland, Rn. 90.

<sup>98</sup> EGMR, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08, Heinisch ./ Deutschland, Rn. 37.

<sup>99</sup> Siehe Fn. 29.

<sup>100</sup> Kritisch hierzu Pabel, Der grundrechtliche Schutz des Whistle-blowing, Fn. 8, S. 177.

Die Einbeziehung dieser Rechtsprechung ins deutsche Recht kann nicht einfach der Gerichtsbarkeit überlassen werden. Es gibt zahlreiche Normen, deren Wortlaut dieser Rechtslage evident zuwiderläuft und die Meinungsfreiheit nicht hinreichend akzentuiert (so unter anderem § 10 Ziff. 6 BBiG). Vor dem Hintergrund der durch den EGMR entwickelten umfassenden Schutzgesichtspunkte und der bestehenden Unsicherheiten im deutschen Recht im Hinblick auf die Interessenabwägung ist die Forderung von Dieter Deiseroth daher konsequent:

„Die Rechtsprechung allein kann auf der Grundlage des bisherigen Normenbestandes in Deutschland für keinen hinreichenden Schutz von Whistleblowern sorgen. Denn die – mangels präziser gesetzlicher Vorgaben – von ihr praktizierte Abwägung von Einzelfallgesichtspunkten beinhaltet strukturell ein erhebliches Maß an Unbestimmtheit und Rechtsunsicherheit [...] Damit wird die durch Art. 10 EMRK vorgegebene Pflicht zur Gewährleistung hinreichenden Schutzes nicht hinreichend erfüllt.“<sup>101</sup>

Der Gesetzgeber ist durch Art. 10 EMRK gefordert, eine verlässliche Planungssicherheit für Beschäftigte und Arbeitgebende herzustellen. An dieser fehlt es im deutschen Recht. Der Gesetzgeber kommt seiner Schutzpflicht aus Art. 10 EMRK bislang nicht hinreichend nach.

### **(b) Externe Meldungen**

Diese Schutzpflicht bezieht sich auch darauf, dass in der nationalen Rechtsordnung zu klären ist, wie mit dem Anzeigerecht umzugehen ist, wie also das Verhältnis von internen zu externen Meldeverfahren gestaltet ist. Die grundrechtliche Dimension des Whistleblowing rührt gerade daher, dass es nicht um einen lediglich bilateralen Konflikt geht, sondern polygonale Interessensdifferenzen bestehen.<sup>102</sup> Der EGMR reflektiert dies in seiner Whistleblowing-Rechtsprechung und schließt daraus, dass es zwar Gründe für eine Nutzung interner Meldemechanismen geben kann.<sup>103</sup> Die Pflicht, etablierte interne Meldesysteme zu nutzen, sei allerdings nicht grenzenlos. Der EGMR macht hierfür insbesondere die Einschränkung, dass es bei der Beurteilung, ob extern mitgeteilt werden kann, darauf ankommt, ob die interne Mitteilung „praktikabel“ ist.<sup>104</sup> Bei dieser Beurteilung ist für den EGMR im Hinblick auf die deutsche Rechtsordnung relevant,

„dass das deutsche Recht keinen speziellen Durchführungsmechanismus für die Untersuchung von Hinweisen eines Whistleblowers und für Forderungen nach entsprechender Abhilfe durch den Arbeitgeber bereithält.“<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> Dieter Deiseroth, Neue Vorgaben für die deutschen Gerichte aus Straßburg? Der Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten nach Art. 10 (EMRK), in: Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance (ZRFC) 2012, S. 66 ff. (72).

<sup>102</sup> Siehe auch Simona Kreis, *Whistleblowing: Arbeitsrecht jenseits des Zwei-Personen-Konflikts*, in: Johannes Fütterer u.a. (Hg.), *Arbeitsrecht – Für wen und wofür?*, Baden-Baden 2015, S. 131 ff.

<sup>103</sup> EGMR, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08, Heinisch ./.. Deutschland, Rn. 75.

<sup>104</sup> Ebd., Rn. 65.

<sup>105</sup> Ebd., Rn. 74.

Die Effektivität, das Schutzniveau und die Adäquanz interner Meldemechanismen sind in Deutschland nicht durch den Gesetzgeber vorstrukturiert. Der Gesetzgeber kommt auch in dieser Hinsicht seinen Schutzpflichten für die nach Art. 10 EMRK zu sichernde Meinungsfreiheit nicht hinreichend nach. Er wird Maßstäbe für die Effektivität und Adäquanz unternehmensinterner Meldesysteme in Gesetzesform gießen müssen und dabei zugleich sicherstellen müssen, dass aus grundrechtlichen Gesichtspunkten der Vorrang der internen Informationsweitergabe jedenfalls dann entfällt, wenn sie nicht zumutbar, impraktikabel oder ineffektiv ist.<sup>106</sup> In diesen Fällen haben die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein vorbehaltlos gewährleistetes externes Anzeigerecht, das nicht zur Disposition von Arbeitsverträgen, Ethikrichtlinien oder Codes of Conduct steht.

### **(c) Zwischenergebnis**

Das Gebot, Planungssicherheit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Hinblick auf die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK herzustellen, macht eine gesetzliche Vorstrukturierung der Interessensabwägung und auch umfassende Schutznormen für Whistleblower nötig, die Diskriminierungen und Nachteilszufügungen im Arbeitsverhältnis auch jenseits des Kündigungsschutzes verhindern. Diesen Anforderungen aus Art. 10 EMRK entspricht das deutsche Recht bislang nicht. Der Gesetzgeber bleibt hier in der Pflicht. Der deutsche Gesetzgeber muss daher nicht nur die Abwägungsentscheidung gesetzlich vorstrukturieren, sondern auch dafür sorgen, dass die EMRK und die Urteile des EGMR zum Whistleblowing in jedem Fall befolgt werden.

### **(3) Rev. Europäische Sozialcharta**

Auch die revidierte Europäische Sozialcharta sieht einen Schutz von Whistleblowern im Arbeitsverhältnis vor. So lautet Artikel 24:

„Um die wirksame Ausübung des Rechts auf Schutz bei Kündigung zu gewährleisten, verpflichten sich die Vertragsparteien: [...] a) das Recht der Arbeitnehmer, nicht ohne einen triftigen Grund gekündigt zu werden, der mit ihrer Fähigkeit oder ihrem Verhalten zusammenhängt oder auf den Erfordernissen der Tätigkeit des Unternehmens, des Betriebs oder des Dienstes beruht; [...] anzuerkennen.“

Und im Anhang zu Artikel 24 heißt es (Ziff. 3):

„Für die Zwecke dieses Artikels gelten insbesondere nicht als triftige Gründe für eine Kündigung: [...] c) die Tatsache, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage gegen den Arbeitgeber einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft.“

---

<sup>106</sup> Zu dieser Trias siehe auch Branahl, Whistleblower zwischen Loyalitätspflichten und öffentlichem Informationsinteresse, Fn. 5, Rn. 17.

Auch diese Norm verpflichtet daher zu einem Schutz des Whistleblowing. Allerdings hat Deutschland die revidierte Europäische Sozialcharta noch nicht ratifiziert. Für Deutschland gilt derzeit nur die Europäische Sozialcharta aus dem Jahr 1961,<sup>107</sup> die eine solche explizite Erwähnung des Whistleblowing nicht vorsieht. Zwar hat die Bundesregierung eine Prüfung, ob die Ratifikation der rev. Sozialcharta erfolgen soll, für die 18. Legislaturperiode angekündigt.<sup>108</sup> Bislang können aus der rev. Europäischen Sozialcharta allerdings keine völkervertraglichen Bindungen abgeleitet werden. Das ist auch für den Fall einer Ratifizierung unsicher, da Art. 24 RESC bei der Ratifizierung dispositiv ist.

---

<sup>107</sup> BGBl 1965 II S.1261 und BGBl II S. 1122.

<sup>108</sup> BT-Drs. 17/12996 v. 2.4.2014, S. 4: „Die Bundesregierung wird in der kommenden Legislaturperiode eine erneute Prüfung der Ratifizierung der Revidierten Europäischen Sozialcharta vornehmen.“

### **III. Anpassungsbedarf**

Das deutsche Recht entspricht den o.g. internationalrechtlichen Vorgaben nicht.<sup>109</sup> Punktuell mag die deutsche Rechtsordnung in den letzten Jahren einige Verbesserungen zur Regulierung des Whistleblowing gebracht haben. Diese sind, da maßgebliche Fragen weiterhin ungeklärt bleiben und internationale Vorgaben ignoriert werden, allerdings nicht umfassend genug. Die völkerrechtlichen Pflichten werden nur rudimentär und punktuell umgesetzt. Die Bundesrepublik Deutschland ist bei der Regulierung des Whistleblowing vertragsbrüchig. Regelungsbedarf besteht vor allem in folgenden Punkten:

#### **1. Statusübergreifender Schutz**

Es gibt bislang keinen effektiven Schutz für die Veröffentlichungen, die als Whistleblowing einzustufen sind und öffentliche Belange schützen. Dieser Schutz muss entsprechend der internationalen Vorgaben umfassend sein und alle hinweisgebenden Personen, unabhängig von ihrem Status, ihrem Geschäftsbereich und unabhängig von ihrer Beschäftigungsform umfassen.<sup>110</sup> Dieser Schutz ist in der deutschen Rechtsordnung bislang in keiner Beschäftigungsform hinreichend gewährleistet. Das gilt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, für Auszubildende und auch für Beamtinnen und Beamte, bei denen insbesondere Unklarheiten im Hinblick auf die Pflichten des achtungs- und vertrauenswürdigen Verhaltens und der Einhaltung des Dienstweges bestehen, da die Ausnahmen von der Verschwiegenheit unklar gefasst sind.

#### **2. Konturierung der Interessenabwägung**

Der Gesetzgeber hat bislang nicht hinreichend durch eigene Entscheidung vorstrukturiert, wann im Rahmen der Strafbarkeit (Preisgabe von Staatsgeheimnissen und Verletzung von Dienstgeheimnissen) und im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen das öffentliche Interesse an der Informationsweitergabe das Geheimhaltungsinteresse überwiegt: Es fehlt an einer Vermutungsregel für den Vorrang der Meinungsfreiheit für Äußerungen, die nicht leichtfertig und nicht wider besseres Wissen erfolgt sind. Das widerspricht den Anforderungen der UNCAC und den menschenrechtlichen Schutzpflichten. Die rechtliche Unklarheit schränkt letztlich auch die Effektivität des Kündigungsschutzes ein, da verhaltensbedingte Kündigungen bei Whistleblowing möglich sind und klare Regeln, wann eine Kündigung im Zusammenhang mit Whistleblowing unverhältnismäßig ist, fehlen.

---

<sup>109</sup>Siehe auch Ada-Iuliana Popescu, A Critical Analysis of Whistleblower Protection in the European Union, in: Journal of Public Administration, Finance and Law 2015, S. 135 ff. (138): "The same is true in Poland, Lithuania, Spain, Austria and Germany. In these countries, government officials and political party leaders have repeatedly failed to find a need to consolidate whistleblowers' rights."; siehe ferner Deiseroth, Neue Vorgaben für die deutschen Gerichte, Fn. 101, S. 66 ff.

<sup>110</sup>Kaye, obere Fn. 1, Rdn. 28 ff.

### **3. Systematischer Schutz**

Es fehlt im deutschen Recht ferner an einem systematischen Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern. Das betrifft insbesondere die Verpflichtungen aus der UNCAC, der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung und den menschenrechtlichen Konventionen, sicherzustellen, dass die hinweisgebenden Personen keine arbeitsvertraglichen Nachteile erleiden, wenn sie Mitteilungen machen, die nicht wissentlich unwahr oder leichtfertig sind, auch wenn sie sich im Verfahrensverlauf als unrichtig erweisen sollten.

### **4. Prozedurale Schutzmaßnahmen**

Es gibt in Deutschland auch keine hinreichenden prozeduralen Schutzmaßnahmen. Eine Berücksichtigung der besonderen Vulnerabilität von Whistleblowerinnen und Whistleblowern, so wie sie das internationale Recht fordert, erfolgt nicht. Die Vertraulichkeit der Kommunikation mit Whistleblowerinnen und Whistleblowern ist nicht immer gewährleistet und auch im Hinblick auf die Zulässigkeit von externen Meldeverfahren und der Einschaltung der Öffentlichkeit entspricht das deutsche Recht nicht den Vorgaben aus der UNCAC und den menschenrechtlichen Konventionen. Nach diesen Vorgaben sind Mindestnormen für die Effektivität und rechtsstaatliche Ausgestaltung interner Meldesysteme zu entwickeln. Ferner besteht nach diesen völkerrechtlichen Regeln ein vorbehaltloses Anzeigenrecht jedenfalls immer dann, wenn interne Meldeverfahren nicht zumutbar, impraktikabel oder ineffektiv sind.

Schließlich verpflichtet die UNCAC zur Einrichtung effektiver und unabhängiger öffentlicher Verfahren zur Aufklärung der Vorwürfe. Auch das hat der Gesetzgeber umfassend, kohärent und systematisch zu strukturieren. Auch dieser Pflicht kommt er bislang nicht hinreichend nach.

## D. Zusammenfassung

1. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung des arbeitsrechtlichen Schutzes von Whistleblowerinnen und Whistleblowern ist vor dem Hintergrund der internationalrechtlichen Normierungen überfällig. Das deutsche Recht setzt die **internationalen Vorgaben bislang nicht hinreichend um**, ein systematischer Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern fehlt. Die Bundesrepublik ist im Hinblick auf ihre internationalrechtlichen Vertragspflichten derzeit **vertragsbrüchig**.
2. Die Bundesrepublik Deutschland ist völkervertraglich dazu verpflichtet, den Schutz des Whistleblowing umfassend und systematisch zu regeln. Diese Vertragspflicht ergibt sich insbesondere aus der UN-Konvention gegen Korruption (UNCAC), aus der OECD-Konvention zur Bestechungsbekämpfung, aus dem UN-Zivilpakt und aus der EMRK. Diese Übereinkommen hat die Bundesrepublik ratifiziert, an sie ist sie vertraglich gebunden. Aus diesen Verträgen ergeben sich Verpflichtungen, denen die Bundesrepublik bislang nicht hinreichend nachkommt:
  - Die völkerrechtlichen Verträge verpflichten zu einem systematischen, umfassenden und statusübergreifenden Schutz von Whistleblowerinnen und Whistleblowern. Das umfasst den **Schutz der körperlichen Integrität**, aber auch die **Pflicht, Nachteile im Arbeitsverhältnis**, die aus dem Whistleblowing resultieren können, abzuwenden. Prozedural ist dies durch eine **Beweislastumkehr** im arbeitsgerichtlichen Verfahren abzusichern.
  - Die Bundesrepublik ist völkerrechtlich verpflichtet, einen verbindlichen Schutzrahmen zu für das Whistleblowing. Daraus resultiert, dass ein klarer Rahmen für die Frage zu entwickeln ist, wann die **öffentlichen Interessen die gegenläufigen Interessen auf Geheimhaltung überwiegen**. Hierbei ist eine **Vermutungsregel für die Meinungsfreiheit zu etablieren**.
  - Der internationalrechtliche Schutz erstreckt sich auf Whistleblowerinnen und Whistleblower, die **Angaben machen, die nicht unwahr und nicht wissentlich leichtfertig sind**, auch wenn sich die Angaben im Verfahren nicht nachweisen lassen. Entscheidend ist die subjektive ex ante-Perspektive der hinweisgebenden Person. Das nationale Recht setzt auch diese internationalrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der zu schützenden Information bislang nicht hinreichend um.
  - Schließlich gehört zu dem durch die internationalen Verträge aufgegebenen umfassenden Schutz des Whistleblowing auch, dass das **Verhältnis interner und externer Meldesysteme** so zu arrangieren ist, dass den Öffentlichkeitserfordernissen, die Art. 13 UNCAC statuiert und

die sich daneben aus den menschenrechtlichen Pflichten ergeben, Rechnung getragen wird. Der Gesetzgeber muss rechtsstaatliche Vorgaben für die internen und externen Verfahren, ihre Unabhängigkeit und Effektivität, machen. Der Vorrang interner Informationsweitergabe entfällt nach internationalem Recht, wenn diese **nicht zumutbar** ist (weil der hinweisgebenden Person nach ihrem subjektiven Dafürhalten Nachteile drohen), wenn **Abhilfe durch sie nicht erwartet werden kann** und auch für den Fall, dass sie **bereits erfolglos** versucht wurde. In diesen Fällen besteht ein **vorbehaltloses Anzeigerecht**, das im Arbeitsverhältnis nicht disponibel ist und das es Whistleblowerinnen und Whistleblowern ermöglicht, externe Meldesysteme und die Öffentlichkeit zu informieren.