

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1418

Der verfassungsrechtliche Schutz von Whistleblowern

Von

Jan-Philipp Redder



Duncker & Humblot · Berlin

JAN-PHILIPP REDDER

Der verfassungsrechtliche Schutz
von Whistleblowern

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1418

Der verfassungsrechtliche Schutz von Whistleblowern

Von

Jan-Philipp Redder



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft
hat diese Arbeit im Jahr 2018
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextformA(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15826-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55826-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

„Die Aufmerksamkeit und das Verantwortungsbewußtsein des Staatsbürgers, der Mißstände nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern sich auch für deren Abstellung einsetzt, ist eine wesentliche Voraussetzung für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Ordnung [...]“

BVerfGE 28, 191 (202)

Vorwort

Dieses Buch basiert auf meiner im Jahre 2018 von der Bucerius Law School angenommenen Dissertation mit dem gleichnamigen Titel, die während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Öffentliches Recht I – Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School bei meinem Doktorvater und Erstgutachter Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer entstand. Am 14. März 2019 konnte ich mit der mündlichen Prüfung zum Thema „Die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) im bewaffneten Konflikt“ das Promotionsverfahren erfolgreich abschließen. Für das Buch fanden Rechtsprechung und Literatur bis Juni 2019 Berücksichtigung.

Professor Dr. Kämmerer danke ich für die herausragende Betreuung und Zusammenarbeit über den gesamten Zeitraum meiner Tätigkeit am Lehrstuhl. Die Zeit an der Bucerius Law School, insbesondere am Lehrstuhl werde ich in sehr guter Erinnerung behalten. Auch die Zusammenarbeit mit Professor Dr. Christian Ernst, Andreas Haas, LL.B., Dr. Andreas Kerkemeyer, Alisa Priess, LL.B., Julia Spiesberger und Alina Winter, LL.B., die ebenfalls stets für einen gemeinsamen Gedankenaustausch und fachliche Gespräche bereit waren, hat mir große Freude bereitet.

Professor Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley) danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern, die mich mein ganzes Leben lang unermüdlich unterstützt und gefördert haben.

Hamburg, im September 2019

Jan-Philipp Redder

Inhaltsübersicht

1. Teil

Einleitung	23
A. Ziel der Untersuchung	23
B. „Whistleblowing“: Eingrenzung eines unbestimmten Begriffes	26
I. Schwierigkeit einer sinngemäßen Übersetzung	26
II. Primär selbstlose bzw. gemeinnützige Motivation als maßgebliches Abgrenzungskriterium zu Denunzianten	28
III. Internes und externes Whistleblowing	29
1. Privater Sektor	30
2. Öffentlicher Dienst	31
C. Whistleblowing in der Praxis	32
I. Der Fall Werner Pätisch	32
II. Der Fall Edward Snowden	33
III. Der Fall Brigitte Heinisch	34
D. Gesellschaftliche Akzeptanz des Whistleblowings	35
E. Überblick über die Gesetzeslage	37

2. Teil

Grundrechtsquellen des Whistleblowings	42
A. Whistleblowing als Grundrechtsausübung unter dem Grundgesetz	42
I. Grundsätzlicher Schutz von Whistleblowing	42
1. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	42
2. Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG	49
II. Zusätzlicher Grundrechtsschutz in Abhängigkeit vom Adressaten der Informationsweitergabe	50
1. Informationsweitergabe an die Presse, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	50
2. Informationsweitergabe an die zuständigen staatlichen Stellen und die Volksvertretung	51
3. Informationsweitergabe an die zuständige Gewerkschaft, Art. 9 Abs. 3 GG	56

III.	Whistleblowing zum Schutz der Würde und Ehre des Whistleblowers als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG . . .	57
IV.	Wirkung der Grundrechte bei Whistleblowing im privaten Sektor	58
V.	Der Hinweis auf einen Missstand als Grundrechtsausübung von Beamten	59
B.	Recht zum Whistleblowing als Teil des internationalen Menschenrechtsschutzes . . .	60
I.	Whistleblowing im Rahmen der EMRK	60
	1. Betroffene Menschenrechte	60
	2. Anwendungsbereich der EMRK	61
II.	Whistleblowing im Rahmen des IPBPR	62
	1. Betroffene Menschenrechte	62
	2. Anwendungsbereich des IPBPR	62
III.	Whistleblowing im Rahmen der EU-GrCh	63
	1. Betroffene Menschenrechte	63
	2. Anwendungsbereich der EU-GrCh	64

3. Teil

	Die Zulässigkeit von internem Whistleblowing	65
A.	Internes Whistleblowing im privaten Sektor	65
I.	Recht zum internen Whistleblowing	68
	1. Einfachrechtliche Konkretisierung	68
	2. Schranken des Beschwerderechts	70
II.	Pflicht zum internen Whistleblowing	80
	1. Grundlagen	80
	2. Begrenzung der Pflicht	81
III.	Zusammenfassung	90
B.	Internes Whistleblowing im öffentlichen Dienst	91
I.	Rechtslage für (Berufs-)Beamte	91
	1. Recht zum internen Whistleblowing	91
	2. Pflicht zum internen Whistleblowing	98
II.	Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes	106
III.	Zusammenfassung	107

4. Teil

Die Zulässigkeit von externem Whistleblowing

	108
A. Rechtliche Grundsatzgedanken zum externen Whistleblowing	108
I. Die Bedeutung der Umstände des Einzelfalles für externes Whistleblowing	108
II. Differenzierung zwischen der Zulässigkeit von externem Whistleblowing und der rechtlichen Reaktion hierauf	109
III. Zur Notwendigkeit einer Konstellationsdifferenzierung	111
B. Recht zum externen Whistleblowing	113
I. Einfachrechtliche Konkretisierung	113
II. Kollidierende Rechte (und Pflichten) bei externem Whistleblowing: Legitime Zwecke zur Einschränkung der Grundrechte des Whistleblowers	113
1. Im privaten Sektor	114
2. Im öffentlichen Dienst	128
III. Grundlagen einer verfassungsrechtlichen Abwägungsentscheidung	139
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	139
2. Internationale Einflüsse: Externes Whistleblowing in der Judikatur des EGMR	140
IV. Kriterien und Grundsätze für eine verfassungsrechtliche Abwägungsentscheidung bei externem Whistleblowing	149
1. Abwägungskriterien für die Zulässigkeit externen Whistleblowings	150
2. Die EGMR-Rechtsprechung zum externen Whistleblowing	208
3. Wechselseitige Beeinflussung der Abwägungskriterien	215
4. Drei Grundsätze für die Interessenabwägung	216
V. Differenzierung nach Fallkonstellationen	223
1. Die Zulässigkeit von externem Whistleblowing an zuständige externe staatliche Stellen	223
2. Die Zulässigkeit von externem Whistleblowing an die breite Öffentlichkeit	230
3. Externes Whistleblowing trotz erfolgreicher interner Abhilfebemühungen	242
4. Irrtum über den Missstand: Anforderungen an einen „berechtigten“ Hinweis	243
5. Ergänzung: Hinweise an einzelne Personen	245
VI. Die Zusicherung finanzieller Anreize für externes Whistleblowing als verfassungsrechtliches Problem	246
1. Überblick	246
2. Enthüllungen von Insidern als rechtsstaatliche Notwendigkeit	247
3. Verfassungsrechtliche Grenzen für finanzielle Anreize	248
VII. Zusammenfassung	252

C.	Pflicht zum externen Whistleblowing	252
I.	Grundlagen für den privaten Sektor und den öffentlichen Dienst	252
1.	Verfassungswidrigkeit einer allumfassenden Pflicht	252
2.	Zur Notwendigkeit einer (hinreichend bestimmten) gesetzlichen Regelung	253
3.	Beachtung des Nemo-tenetur-Grundsatzes	254
4.	Keine Pflicht aus Art. 20 Abs. 4 GG	254
II.	Pflicht zum externen Whistleblowing im privaten Sektor	254
1.	Externes Whistleblowing an zuständige externe staatliche Stellen	254
2.	Externes Whistleblowing an die breite Öffentlichkeit	255
III.	Pflicht zum externen Whistleblowing im öffentlichen Dienst	256
1.	(Berufs-)Beamte	256
2.	Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes	257

5. Teil

Zusammenfassung der Ergebnisse	259
Literaturverzeichnis	261
Sachwortverzeichnis	276

Inhaltsverzeichnis

1. Teil

Einleitung	23
A. Ziel der Untersuchung	23
B. „Whistleblowing“: Eingrenzung eines unbestimmten Begriffes	26
I. Schwierigkeit einer sinngemäßen Übersetzung	26
II. Primär selbstlose bzw. gemeinnützige Motivation als maßgebliches Abgrenzungskriterium zu Denunzianten	28
III. Internes und externes Whistleblowing	29
1. Privater Sektor	30
2. Öffentlicher Dienst	31
C. Whistleblowing in der Praxis	32
I. Der Fall Werner Pätch	32
II. Der Fall Edward Snowden	33
III. Der Fall Brigitte Heinisch	34
D. Gesellschaftliche Akzeptanz des Whistleblowings	35
E. Überblick über die Gesetzeslage	37

2. Teil

Grundrechtsquellen des Whistleblowings	42
A. Whistleblowing als Grundrechtsausübung unter dem Grundgesetz	42
I. Grundsätzlicher Schutz von Whistleblowing	42
1. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	42
a) Hinweise auf Missstände als Meinungsäußerung	42
b) Anonyme Hinweisgeber	44
aa) Uneinigkeit in der Gerichtspraxis	45
bb) Schutz der Anonymität	47
2. Gewissensfreiheit, Art. 4 Abs. 1 GG	49
II. Zusätzlicher Grundrechtsschutz in Abhängigkeit vom Adressaten der Informationsweitergabe	50

1. Informationsweitergabe an die Presse, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	50
2. Informationsweitergabe an die zuständigen staatlichen Stellen und die Volksvertretung	51
a) Petitionsrecht, Art. 17 GG	51
aa) Externe Hinweise als Petition	51
bb) Anonyme Petitionen	52
b) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG	53
aa) Erstattung einer (Straf-)Anzeige	54
bb) Mitwirkung im behördlichen (Straf-)Verfahren	56
3. Informationsweitergabe an die zuständige Gewerkschaft, Art. 9 Abs. 3 GG	56
III. Whistleblowing zum Schutz der Würde und Ehre des Whistleblowers als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	57
IV. Wirkung der Grundrechte bei Whistleblowing im privaten Sektor	58
V. Der Hinweis auf einen Missstand als Grundrechtsausübung von Beamten	59
B. Recht zum Whistleblowing als Teil des internationalen Menschenrechtsschutzes	60
I. Whistleblowing im Rahmen der EMRK	60
1. Betroffene Menschenrechte	60
a) Meinungs- und Informationsfreiheit, Art. 10 Abs. 1 S. 1, S. 2 EMRK	60
b) Gewissensfreiheit, Art. 9 Abs. 1 EMRK	61
2. Anwendungsbereich der EMRK	61
a) Whistleblowing im privaten Sektor	61
b) Whistleblowing im öffentlichen Dienst	62
II. Whistleblowing im Rahmen des IPBPR	62
1. Betroffene Menschenrechte	62
a) Meinungsfreiheit, -äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit, Art. 19 Abs. 1, Abs. 2 IPBPR	62
b) Gewissensfreiheit, Art. 18 Abs. 1 IPBPR	62
2. Anwendungsbereich des IPBPR	62
a) Whistleblowing im privaten Sektor	62
b) Whistleblowing im öffentlichen Dienst	63
III. Whistleblowing im Rahmen der EU-GrCh	63
1. Betroffene Menschenrechte	63
a) Meinungs- und Informationsfreiheit, Art. 11 Abs. 1 EU-GrCh	63
b) Gewissensfreiheit, Art. 10 Abs. 1 EU-GrCh	64
c) Petitionsrecht, Art. 44 EU-GrCh	64
2. Anwendungsbereich der EU-GrCh	64

3. Teil

	Die Zulässigkeit von internem Whistleblowing	65
A.	Internes Whistleblowing im privaten Sektor	65
I.	Recht zum internen Whistleblowing	68
1.	Einfachrechtliche Konkretisierung	68
a)	Das allgemeine Anzeige- und Beschwerderecht, § 241 Abs. 2 BGB	68
b)	Andere interne Anzeige- und Beschwerderechte (Überblick)	69
aa)	Beschwerden nach § 84 BetrVG	69
bb)	Beschwerden nach § 13 AGG	69
2.	Schranken des Beschwerderechts	70
a)	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)	70
b)	Sachlichkeitsgebot	71
c)	Vorrangverhältnis beim internen Adressaten der Beschwerde	72
aa)	Einhaltung der internen Hierarchie	72
bb)	Verhältnis der zuständigen internen Stelle zur betriebsinternen Öffentlichkeit	75
d)	Motivation des Arbeitnehmers als irrelevantes Kriterium	76
e)	Irrtum des Whistleblowers über die Existenz des Missstandes	76
aa)	Kein genereller Ausschluss verfassungsrechtlichen Schutzes bei Irrtümern	76
bb)	Maßstab der Güterabwägung	78
cc)	Anforderungen an einen „berechtigten“ Hinweis	79
II.	Pflicht zum internen Whistleblowing	80
1.	Grundlagen	80
2.	Begrenzung der Pflicht	81
a)	Allgemeine Grundsätze zur Begrenzung	82
aa)	Kenntnis des Arbeitgebers	82
bb)	Keine Beschränkung auf den eigenen Aufgabenbereich	82
b)	Differenzierung zwischen Verursachern	83
aa)	Eigenes Fehlverhalten des Arbeitnehmers	83
(1)	Grundsatz	83
(2)	Ausschluss bei strafrechtlichen Selbstbezeichnungen?	84
(a)	Möglichkeit einer Abwägung mit dem Informationsinteresse des Arbeitgebers	84
(b)	Die allgemeine Schadensabwendungspflicht des § 241 Abs. 2 BGB als hinreichende gesetzliche Grundlage?	86
(c)	Begrenzung der Pflicht auf schwere Gefahren bzw. Risiken für den Arbeitgeber	86

bb) Fehlverhalten von Kollegen	87
cc) Fehlverhalten des Arbeitgebers bzw. Vorgesetzten	89
dd) Fehlverhalten von Untergebenen	89
c) Ergebnis: Keine unbeschränkte Pflicht	90
III. Zusammenfassung	90
B. Internes Whistleblowing im öffentlichen Dienst	91
I. Rechtslage für (Berufs-)Beamte	91
1. Recht zum internen Whistleblowing	91
a) Anträge und Beschwerden	91
b) Grenzen	92
aa) Grundsätze	93
(1) Beschränkung des Adressatenkreises	93
(a) Einhaltung des Dienstweges	93
(b) Verhältnis des Dienstweges zur Personalvertretung (§ 68 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG)	94
(2) Sachlichkeitsgebot	95
(3) Kenntnis bzw. Reaktion des Vorgesetzten	97
(4) Motivation des Beamten als irrelevantes Kriterium	97
bb) Vermeintlicher Missstand	98
2. Pflicht zum internen Whistleblowing	98
a) Zur Existenz einer gesetzlichen Pflicht	98
aa) Formell-gesetzliche Regelungen und Art. 33 Abs. 5 GG	99
bb) Verwaltungsrichtlinien	100
b) Die Grenzen der Pflicht	101
aa) Allgemeine Grundsätze	101
(1) Kenntnis des Vorgesetzten	101
(2) Keine Dezernatsbeschränkung	102
bb) Differenzierung zwischen Verursachern	102
(1) Eigenes Fehlverhalten des Beamten	102
(2) Fehlverhalten von Kollegen	104
(3) Fehlverhalten des Vorgesetzten	105
(4) Fehlverhalten von Untergebenen	106
II. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes	106
III. Zusammenfassung	107

4. Teil

Die Zulässigkeit von externem Whistleblowing		108
A.	Rechtliche Grundsatzgedanken zum externen Whistleblowing	108
I.	Die Bedeutung der Umstände des Einzelfalles für externes Whistleblowing	108
II.	Differenzierung zwischen der Zulässigkeit von externem Whistleblowing und der rechtlichen Reaktion hierauf	109
III.	Zur Notwendigkeit einer Konstellationsdifferenzierung	111
B.	Recht zum externen Whistleblowing	113
I.	Einfachrechtliche Konkretisierung	113
II.	Kollidierende Rechte (und Pflichten) bei externem Whistleblowing: Legitime Zwecke zur Einschränkung der Grundrechte des Whistleblowers	113
1.	Im privaten Sektor	114
a)	Die Berufsfreiheit des Arbeitgebers, Art. 12 Abs. 1 GG, als verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt	114
b)	Durchbrechung der Rücksichtspflichten bei interner Illegalität?	116
aa)	Grundlagen	116
bb)	Grundsätzlich kein verfassungsrechtlich begründeter Ausschluss per se	117
cc)	Die Geheimhaltung von Illegalität aus verfassungsrechtlicher Sicht	119
(1)	Der Schutz natürlicher Personen	120
(2)	Der Schutz juristischer Personen	121
(3)	Insbesondere: Die Behinderung des Markterfolges	122
(a)	Verfassungsrechtliche Grundlage	122
(b)	Das Geheimhalten illegaler Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse	123
dd)	Einfachrechtlicher Schutz der Geheimhaltung von Illegalität?	126
ee)	Kein Ausschluss der Geheimhaltung aus der EMRK	128
ff)	Zwischenergebnis	128
2.	Im öffentlichen Dienst	128
a)	(Berufs-)Beamte	128
aa)	Pflichten aus Art. 33 Abs. 5 GG und einfach-rechtlichen Konkretisierungen	128
(1)	Überblick	128
(2)	Gesetzlich vorgesehene Ausnahmen zur Verschwiegenheitspflicht und rechtspolitische Kritik	131
bb)	Durchbrechung der Treuepflicht bei interner Illegalität?	133
(1)	Die Geheimhaltung illegaler Missstände aus verfassungsrechtlicher Sicht	133
(2)	Einfachrechtlicher Schutz der Geheimhaltung von Illegalität?	138
(3)	Kein Ausschluss der Geheimhaltung aus der EMRK	138

	b) Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst	138
III.	Grundlagen einer verfassungsrechtlichen Abwägungsentscheidung	139
	1. Verfassungsrechtliche Grundlagen	139
	2. Internationale Einflüsse: Externes Whistleblowing in der Judikatur des EGMR	140
	a) Verfassungsrechtliche Pflicht zur Berücksichtigung der EMRK	141
	b) Die Entscheidungen „Guja“ und „Heinisch“	142
	c) „Externes Whistleblowing“ als eigene Rechtskategorie des EGMR ...	142
	aa) Definition von „Whistleblowing“ in der EGMR-Rechtsprechung .	143
	bb) Einheitliches Prüfungskonzept des EGMR?	144
	cc) Zur Übertragbarkeit der Entscheidungen auf andere Fallkonstellationen	146
	dd) Zur Möglichkeit einer Kriterienkonkretisierung durch andere EGMR-Entscheidungen	147
	ee) Zur Heranziehung weiterer Kriterien aus Sicht des EGMR	147
IV.	Kriterien und Grundsätze für eine verfassungsrechtliche Abwägungsentscheidung bei externem Whistleblowing	149
	1. Abwägungskriterien für die Zulässigkeit externen Whistleblowings	150
	a) Vorrang internen Whistleblowings	150
	aa) Rechtsprechung des EGMR	150
	bb) Vorrangverhältnis im privaten Sektor	152
	(1) Rechtsprechung deutscher Gerichte	152
	(2) Vergleich zwischen der Rechtsprechung des EGMR und der Grundsatzentscheidung des BAG	154
	(a) Grundsatzkonflikt zwischen EGMR und BAG	154
	(b) Strengere Prüfung alternativer Möglichkeiten	154
	(c) Keine vollständige Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BAG	155
	(d) Verweis auf interne Kanäle	155
	(e) Anforderungen an den internen Hinweis des Whistleblowers	156
	(3) Vorzugswürdigkeit des Vorranges internen Whistleblowings ..	156
	(4) Zur Erstattung einer Strafanzeige (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG)	160
	(a) Kein abwägungsfestes Grundrecht	160
	(b) Der Abwägungsgrundsatz „im Regelfall“	161
	(5) Keine Ableitung eines allgemeinen Vorrangverhältnis aus gesetzlichen Regelungen	164
	(6) Ergänzung: Zum Vorrangverhältnis in (Gesetzes-)Entwürfen	165
	cc) Vorrangverhältnis im öffentlichen Dienst	166
	(1) Rechtsprechung deutscher Gerichte	166
	(2) Vergleich mit der Rechtsprechung des EGMR	168

(3) Allgemeine Erwägungen	169
(4) Das Petitionsrecht (Art. 17 GG) und das Erfordernis der Dienstwegerschöpfung nach § 125 BBG	172
(5) Das Petitionsrecht (Art. 17 GG) bei Arbeitnehmern des öffentlichen Dienstes	174
b) Das Interesse der Öffentlichkeit an der Information	175
aa) Rechtsprechung des EGMR	175
bb) Verfassungsgerichtliche Judikatur	177
cc) Deutsche Gerichte zum privaten Sektor	178
dd) Deutsche Gerichte zum öffentlichen Dienst	179
ee) Zusammenhang mit den Staatsstrukturprinzipien des Grundgesetzes	179
(1) Die Bedeutung der Enthüllung für die Demokratie	181
(2) Die Bedeutung der Enthüllung für den Rechtsstaat	183
ff) Die wirtschaftliche Bedeutung der Enthüllung	184
c) Die Authentizität der Information	185
aa) Rechtsprechung des EGMR	185
bb) Verfassungsgerichtliche Judikatur	186
cc) Deutsche Gerichte zum privaten Sektor	186
dd) Deutsche Gerichte zum öffentlichen Dienst	188
ee) Bedeutung der Authentizität	189
d) Die negativen Auswirkungen für den vom Whistleblowing Betroffenen	189
aa) Rechtsprechung des EGMR	189
bb) Deutsche Gerichte zum privaten Sektor	190
cc) Deutsche Gerichte zum öffentlichen Dienst	191
dd) Voraussichtliche negative Auswirkungen für den Betroffenen	191
e) Die Motivation des Whistleblowers (als irrelevantes Kriterium)	192
aa) Rechtsprechung des EGMR	192
bb) Verfassungsgerichtliche Judikatur	193
cc) Deutsche Gerichte zum privaten Sektor	193
dd) Deutsche Gerichte zum öffentlichen Dienst	195
ee) Kritik	195
(1) Grundlagen	196
(2) Böswillige Insider	197
(a) Zum Rechtsmissbrauch im Verfassungsrecht	197
(b) Keine Berücksichtigung der Motivation bei böswilligen Insidern	198
(3) Keine Berücksichtigung bei Whistleblowern	200
(4) Berücksichtigungsmöglichkeit im Rahmen der Rechtsfolgen von externem Whistleblowing	201

f)	Exkurs: Die Strafe für den Whistleblower	201
aa)	Rechtsprechung des EGMR	202
bb)	Verfassungsgerichtliche Judikatur	202
cc)	Deutsche Gerichte zum privaten Sektor	203
dd)	Deutsche Gerichte zum öffentlichen Dienst	204
g)	Differenzierung nach Art des internen Missstandes	204
h)	Zeitpunkt der Enthüllung	206
i)	Rechtspositionen von anderen Personen	206
j)	Zur Möglichkeit der Selbstabhilfe bzw. Leistungsverweigerung	207
k)	Adressat des externen Whistleblowings	207
aa)	Differenzierung nach Pflicht des Adressaten zur Vertraulichkeit	207
bb)	Schutzbereichsverstärkung bei Informierung der Presse?	207
l)	Bedeutung anonymer Hinweise	208
2.	Die EGMR-Rechtsprechung zum externen Whistleblowing	208
a)	Unklarheiten in der EGMR-Rechtsprechung	209
aa)	Rangverhältnis der verschiedenen Kriterien zueinander	209
bb)	Verhältnis des Vorranggrundsatzes zu den sonstigen Kriterien	210
cc)	Geschützter interner Personenkreis	210
b)	Die Rechtsprechung des EGMR und deutscher Gerichte im Vergleich	211
aa)	Externes Whistleblowing im privaten Sektor	211
bb)	Externes Whistleblowing im öffentlichen Dienst	214
3.	Wechselseitige Beeinflussung der Abwägungskriterien	215
4.	Drei Grundsätze für die Interessenabwägung	216
a)	Das Verhältnis der verschiedenen Rechtsgüter zueinander (Grundsatz 1)	216
b)	Effektivität und Minimierung negativer Folgen (Grundsatz 2)	217
aa)	Vorrang zuständiger externer staatlicher Stellen vor privaten Adressaten	217
bb)	Vorrangverhältnis zwischen mehreren zuständigen externen staatlichen Stellen?	218
cc)	Zur Informierung der „breiten Öffentlichkeit“	219
(1)	Kein Vorrangverhältnis zwischen mehreren Adressaten innerhalb der breiten Öffentlichkeit	219
(2)	Kein Vorrangverhältnis zwischen privaten Adressaten und der breiten Öffentlichkeit	220
(3)	Kein Vorrangverhältnis zwischen mehreren „Informationsplattformen“	220
(4)	Zur Schutzbereichsverstärkung durch Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG bei Informierung der Presse	220
c)	Selbstschutz des Whistleblowers (Grundsatz 3)	222
d)	Gegenseitige Beeinflussung der drei Grundsätze	223

V.	Differenzierung nach Fallkonstellationen	223
1.	Die Zulässigkeit von externem Whistleblowing an zuständige externe staatliche Stellen	223
a)	Vor Erschöpfung interner Abhilfemöglichkeiten	223
aa)	Gesetzlich vorgesehene Zulässigkeit	224
bb)	Mangelnde Erfolgsaussichten interner Abhilfebemühungen	224
cc)	In der Vergangenheit liegende Missstände	226
dd)	Straftaten gegen den Whistleblower	227
	(1) Im privaten Sektor	227
	(2) Im öffentlichen Dienst	227
ee)	Straftaten gegen den Arbeitgeber/Dienstherrn	227
ff)	Meldung schwerer Gesetzesverstöße	228
	(1) Im privaten Sektor	228
	(2) Im öffentlichen Dienst	228
gg)	Besondere Position des Insiders	228
	(1) Im privaten Sektor	228
	(2) Im öffentlichen Dienst	229
b)	Nach erfolgloser Erschöpfung interner Abhilfemöglichkeiten	229
2.	Die Zulässigkeit von externem Whistleblowing an die breite Öffentlichkeit	230
a)	Allgemeines Interesse der Öffentlichkeit an der Information als unabdingbare Voraussetzung	231
b)	Nach erfolgloser Erschöpfung interner Abhilfemöglichkeiten und nach erfolgloser Informierung zuständiger externer staatlicher Stellen	231
c)	Nach erfolgloser Erschöpfung unternehmensinterner Abhilfemöglichkeiten, aber vor Informierung zuständiger externer staatlicher Stellen	233
d)	Vor Erschöpfung interner Abhilfemöglichkeiten, aber nach Informierung zuständiger externer staatlicher Stellen	234
e)	Vor erfolgloser Erschöpfung interner Abhilfemöglichkeiten und vor erfolgloser Informierung zuständiger externer staatlicher Stellen	235
aa)	Rechtsprechung zum öffentlichen Dienst	235
bb)	Generelle Eingrenzung für den privaten Sektor und den öffentlichen Dienst	237
	(1) Erstes Rechtfertigungskriterium: besonders gravierende Gefahr für einen Wert mit Verfassungsrang	237
	(a) Grundlagen	237
	(b) Besondere Gesichtspunkte bei staatlichen Missständen	238
	(2) Zweites Rechtfertigungskriterium: zeitlich begründeter Ausschluss alternativer Abhilfemöglichkeiten	241
f)	Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes	242
3.	Externes Whistleblowing trotz erfolgreicher interner Abhilfebemühungen	242

4. Irrtum über den Missstand: Anforderungen an einen „berechtigten“ Hinweis	243
5. Ergänzung: Hinweise an einzelne Personen	245
VI. Die Zusicherung finanzieller Anreize für externes Whistleblowing als verfassungsrechtliches Problem	246
1. Überblick	246
2. Enthüllungen von Insidern als rechtsstaatliche Notwendigkeit	247
3. Verfassungsrechtliche Grenzen für finanzielle Anreize	248
a) Grenze bei illegalem Handeln des Arbeitnehmers bzw. Beamten	249
aa) Bei illegaler Informationsbeschaffung	249
bb) Bei illegaler Informationsweitergabe	250
b) Ausnahmen	251
VII. Zusammenfassung	252
C. Pflicht zum externen Whistleblowing	252
I. Grundlagen für den privaten Sektor und den öffentlichen Dienst	252
1. Verfassungswidrigkeit einer allumfassenden Pflicht	252
2. Zur Notwendigkeit einer (hinreichend bestimmten) gesetzlichen Regelung	253
3. Beachtung des Nemo-tenetur-Grundsatzes	254
4. Keine Pflicht aus Art. 20 Abs. 4 GG	254
II. Pflicht zum externen Whistleblowing im privaten Sektor	254
1. Externes Whistleblowing an zuständige externe staatliche Stellen	254
a) Ausdrückliche Pflichten	254
b) Keine Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB	255
2. Externes Whistleblowing an die breite Öffentlichkeit	255
III. Pflicht zum externen Whistleblowing im öffentlichen Dienst	256
1. (Berufs-)Beamte	256
a) Externes Whistleblowing an zuständige externe staatliche Stellen	256
aa) Keine Pflicht aus dem Bundesbeamtengesetz	256
bb) Verwaltungsvorschriften	257
b) Externes Whistleblowing an die breite Öffentlichkeit	257
2. Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes	257
<i>5. Teil</i>	
Zusammenfassung der Ergebnisse	259
Literaturverzeichnis	261
Sachwortverzeichnis	276

1. Teil

Einleitung

A. Ziel der Untersuchung

Whistleblowing ist ein Phänomen, dem sich Staat und Gesellschaft seit langem stellen müssen und das stets kontroverse Stellungnahmen hervorgerufen hat. Insider¹, die Interna weitergeben, um die Öffentlichkeit über Missstände zu informieren, spielen seit langem eine bedeutsame Rolle. Der mediale Fokus auf spektakuläre Fälle darf darüber nicht hinwegtäuschen.² Oftmals sind es Whistleblower, die unter Erbringung großer persönlicher Opfer der Öffentlichkeit einen Einblick in die dunklen Geheimnisse von Machträgern bieten. Den Kampf im Subordinationsverhältnis können sie vielleicht (nach Jahren) rechtlich gewinnen – faktisch aber müssen sie bei der Informierung von Außenstehenden nicht selten Sanktionen (unabhängig von deren Legalität) in Kauf nehmen. Damit sind letztlich diejenigen, die die doch so oft geforderte Zivilcourage aufbringen, die Leidtragenden.

Wiegen die Konsequenzen bereits schwer genug, kommen auch rechtliche Unklarheiten hinzu: Wer in welcher Situation welche internen Missstände an wen melden darf, ist mangels rechtlicher Vorgaben weitgehend unklar. Verschiedene Forderungen nach Gesetzen, die (zumindest in Grundzügen) regeln, was Insider wann in welcher Situation unternehmen dürfen, konnten sich politisch noch nicht durchsetzen.

Der Themenkomplex „Whistleblowing“ führte – trotz verschiedener bekannt gewordener Fälle³ – für die breite Öffentlichkeit in Deutschland über Jahrzehnte hinweg eher ein Schattendasein, was sich erst mit den Veröffentlichungen Edward Snowdens über die globale geheimdienstliche Überwachung⁴ geändert haben dürfte: Plötzlich wurde großen Teilen der (Welt-)Bevölkerung bewusst, dass die Informationen, die Whistleblower ans Tageslicht fördern, sie auch selbst betreffen können. Diese Erkenntnis dürfte auch in den folgenden Jahren weitere Diskussionen fördern und könnte sogar in einem hinreichend klar formulierten Gesetz münden.

¹ Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Folgenden ausschließlich die männliche Form genutzt.

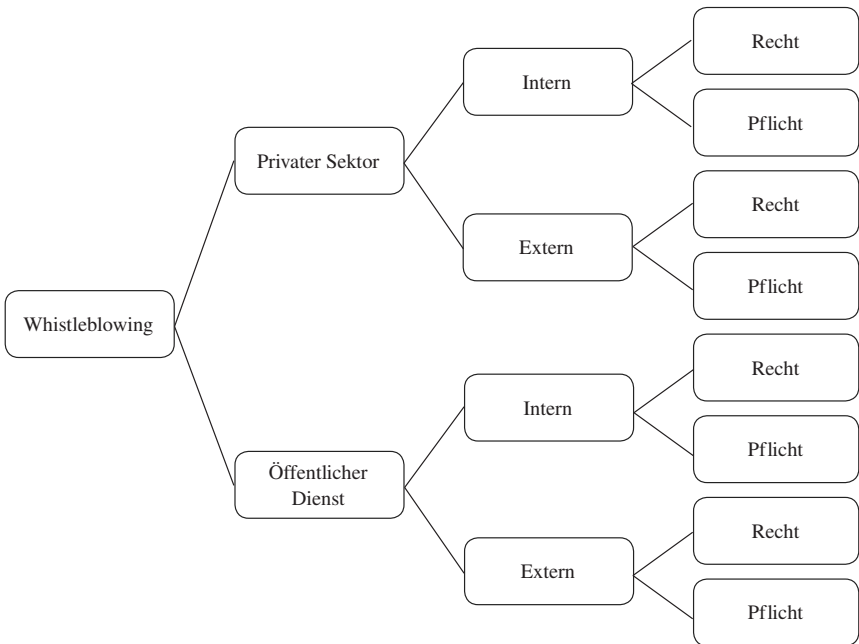
² S. auch *Király*, ZRP 2011, 146.

³ S. *Wiedmann/Seyfert*, CCZ 2019, 12 (13).

⁴ Hierzu 1. Teil, C. II.

Ist damit bereits angedeutet, dass die derzeitige Rechtslage in Deutschland mangels allgemeiner gesetzlicher Regelungen unklar ist, muss konstatiert werden, dass diese Unsicherheit durch verschiedene Faktoren noch verschärft wird: Da Whistleblowing auch vom Schutzbereich verschiedener Grund- bzw. Menschenrechte umfasst ist, ergeben sich zwangsweise schwierige Fragen bei der Abwägung mit der Rücksichtnahmepflicht des Insiders. Auch diejenigen, die durch das Whistleblowing Nachteile erfahren, können legitime Interessen geltend machen. Welche Umstände sollten im Einzelfall berücksichtigt werden? Und wie sind diese Umstände im Einzelfall zu gewichten?

Whistleblowing ist mit zahlreichen unbeantworteten Problemen verknüpft, für die Rechtsprechung und Wissenschaft unterschiedliche Lösungen entwickelt haben. Hieran anknüpfend wird auch das Ziel dieser Untersuchung deutlich: Es sollen hinreichend konkrete Vorgaben zu der Frage entwickelt werden, in welcher Situation sich Whistleblower an wen wenden können, um über den internen Missstand zu berichten. Da es sich primär um eine Verfassungsfrage handelt, können die hierbei entwickelten Grundsätze auf alle einfachrechtlichen Rechtsgebiete übertragen werden. Dabei zeigt folgende Übersicht, dass sich bei dieser Thematik verschiedene Ebenen unterscheiden lassen, was eine Klärung weiter verkompliziert:



Übersicht über die verschiedenen Whistleblowing-Konstellationen

Zur Beantwortung der Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Whistleblowing zulässig ist, muss zunächst zwischen Whistleblowing im privaten Sektor

und im öffentlichen Dienst⁵ differenziert werden. Ferner ist zu berücksichtigen, ob sich ein Whistleblower innerhalb einer Organisation⁶ bewegt oder sich an Externe wendet, um auf den Missstand hinzuweisen. Schließlich muss bei jeder Konstellation abschließend gefragt werden, ob neben einem Recht des Whistleblowers zum Whistleblowing nicht gar eine Pflicht zum Whistleblowing besteht.

Diese Konstellationen werden wiederum von der Berechtigung des Hinweises bzw. dem Wissen des Whistleblowers beeinflusst, wobei sich zwei Fallkonstellationen unterscheiden lassen:

- Fallkonstellation 1: Der Missstand besteht und der Whistleblower nahm dies berechtigterweise an.
- Fallkonstellation 2: Der Missstand besteht nicht, der Whistleblower nahm dessen Existenz aber aufgrund der ihm zur Verfügung stehenden Informationen berechtigterweise an.

Darüber hinaus ist es ebenfalls denkbar, die Konstellationen umzudrehen. Aufgrund der dann regelmäßig bestehenden primär negativen Intention des Insiders liegt aber häufig kein Fall des Whistleblowings vor⁷ (diese Konstellationen werden daher größtenteils außer Acht gelassen):

- Fallkonstellation 3: Der Missstand besteht zwar, der Insider nahm allerdings an, dass dieser Missstand nicht existierte.
- Fallkonstellation 4: Der Missstand besteht nicht und der Insider durfte auch nicht annehmen, dass ein Missstand existierte.

Weiter ließe sich dieses Diagramm danach verfeinern, welche Adressaten der Whistleblower in welcher Reihenfolge kontaktiert hat, und zwar sowohl innerhalb als auch außerhalb der jeweiligen Organisation.

Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Frage, inwiefern Whistleblowing zulässig ist, nicht ohne Beachtung des menschenrechtlichen Mehrebenensystems betrachtet werden kann. So gab es bereits wichtige Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zum Themenkomplex „externes Whistleblowing“, deren Auswirkungen auf die deutsche Judikatur ebenfalls untersucht werden. Bei der Frage, wann Whistleblowing zulässig ist, orientiert sich diese Untersuchung allerdings nicht strikt an den verschiedenen Ebenen. Vielmehr wird ein einheitliches Prüfungskonzept entworfen, das auf allen Ebenen berücksichtigt werden kann.

⁵ Diese Untersuchung beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf die Rechtslage für (Berufs-) Beamte und Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes.

⁶ „Organisation“ ist hier und im Folgenden grundsätzlich weit zu verstehen und umfasst etwa Unternehmen, es sei denn, aus dem Kontext ergibt sich etwas anderes.

⁷ S. hierzu I. Teil, B.II.