

Stellungnahme von Whistleblower-Netzwerk (WBN)

Verfasserin: Dipl.-Pol. Annegret Falter (Vorsitzende)

zu den Gesetzentwürfen der Fraktionen von
SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP

**Entwurf eines Gesetzes für einen
besseren Schutz Hinweisgebender
Personen sowie zur Umsetzung
der Richtlinie zum Schutz von Personen,
die Verstöße gegen das Unionsrecht melden
(BT-Drucksache 20/5992)**

und

**Entwurf eines Gesetzes zur
Ergänzung der Regelungen
zum Hinweisgeberschutz
(BT-Drucksache 20/5991)**

Geschäftsführender Vorstand: Dipl.-Pol. Annegret Falter (Vorsitz), OStA a.D. Robert Bungart (Stellv.),
Dr. Detlev Böttcher (Schatzmeister), RA Klaus Bergmann

Erweiterter Vorstand: Prof. Dr. Johannes Ludwig, Martin Porwoll, Dipl.-Journ. Lothar Hausmann

Beirat: Wolfgang Neskovic (Vorsitz), RA Renata Avila, Frank Wehrheim, Prof. Dr. Ninon Colneric, Ali Fahimi,
Klaus Henneman, Dr. Constanze Kurz, Prof. Dr. Karin Lenhart, Markus Löning, Katharina Nocun, Prof. Dr. Roland
Roth, Peter Schaar, Arne Semsrott, Matthias Spielkamp, Dr. Elke Steven, Christian Thönnies, Konstantin Wecker,
Jana Wömpner, Dr. Theresa Züger

Vorbemerkungen zum aktuellen Stand der Gesetzesentwürfe

Whistleblower-Netzwerk (WBN) hat sich intensiv in die gesellschaftliche und politische Debatte über die Umsetzung der „Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ in deutsches Recht eingebracht.¹ Wir haben unsere auf langjähriger Erfahrung beruhenden Vorstellungen zu einem effektiven Whistleblowerschutz gegenüber der Öffentlichkeit und in Veranstaltungen und Gesprächen mit politischen Entscheidungsträgern begründet und [immer wieder](#) vorgetragen.

Am 13.4.2022, fast ein Vierteljahr nach Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinie, wurde ein [Referentenentwurf](#) für ein „Gesetz für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“, der insbesondere einen Entwurf für ein Hinweisgeber-schutzgesetz (HinSchG-E) enthält, veröffentlicht.

Anlässlich der Expertenanhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestages am 19.10.2022 haben wir eine ausführliche schriftliche [Stellungnahme](#) dazu abgegeben und an der Anhörung selbst teilgenommen. Unsere zentralen rechtspolitischen Forderungen, die von den meisten der an der Diskussion beteiligten Nichtregierungsorganisationen geteilt werden, bezogen sich von Anfang an auf folgende Punkte:

1. den sachlichen Anwendungsbereich;
2. die Kriterien für Offenlegung (öffentliches Whistleblowing);
3. die Ausschlussstatbestände für Verschluss-sachen, Nachrichtendienste, nationale Sicherheit

Sowohl in unserer im Rahmen der Verbändeanhörung abgegebenen [Stellungnahme](#) vom 11.5.2022 zum Referentenentwurf vom 13.4.2022 wie auch zum [Regierungsentwurf](#) vom 27.07.2022 haben wir kritisiert,

1. dass, anders als im [Koalitionsvertrag](#) vom 24.11.2021 angekündigt, sog. „erhebliches Fehlverhalten“ oder Missstände unterhalb der Schwelle von Rechtsverstößen nicht schutzwürdig sein sollen. Damit fällt u.a. die Meldung von gravierenden Missständen etwa im Bereich von Pflege sowie im Bereich Steuern und Finanzen aus dem Schutzbereich des Gesetzes.
2. dass die geplante Vorschrift zum öffentlichen Whistleblowing weder dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit für Whistleblower noch dem Informations- und Partizipationsanspruch einer demokratischen Gesellschaft genüge. Denn Whistleblower müssen sich ohne Angst vor Repressalien unmittelbar an die Medien wenden dürfen, um im öffentlichen Interesse auf erhebliche Missstände aufmerksam zu machen. Andernfalls kann die „Vierte Gewalt“ ihre Kontrollfunktion nicht ausüben
3. dass es auch im deutschen Recht pauschale Ausschlussstatbestände für Verschluss-sachen, Geheimdienste und nationale Sicherheit geben sollte:
> Denn die weitgehende Ausgrenzung von Verschluss-sachen aus dem Schutzbereich des Gesetzes ist geradezu ein Anreiz, illegale oder unethische Handlungen durch deren Einstufung als Verschluss-sachen gegen Whistleblowing zu „immunisieren“.

¹ Viele Anregungen und Hinweise haben wir dem von Ninon Colneric und Simon Gerdemann verfassten Gutachten entnommen: Colneric/Gerdemann, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in deutsches Recht, 2020.

- > Die Geheimdienste bleiben trotz der Enthüllungen von Edward Snowden und anderen für die Öffentlichkeit weiterhin und grundsätzlich eine Black Box.
- > Die sogenannte nationale Sicherheit ist nicht definiert.

Diese auch von anderen Experten vorgetragene Kritik führte zu marginalen Veränderungen am Entwurfstext. Allerdings wurde der sachliche Anwendungsbereich in einem nicht unwesentlichen Punkt verschlimmbessert: Statt den sachlichen Anwendungsbereich generell und systematisch auf anderes Fehlverhalten oder Missstände auszuweiten, wurde ein einziger Fall von möglichem Fehlverhalten (mit der Tendenz zu einem kleinen „Radikalenerlass“) eingefügt.

Der Gesetzesentwurf wurde vom Bundestag am 16.12.2022 verabschiedet. Daraufhin blockierten die von CDU/CSU regierten Bundesländer den Gesetzesbeschluss des Bundestags am 10.2.2023 im Bundesrat. Diese Blockade führte wiederum zu einer neuen Gesetzesinitiative der Regierungskoalition. Der nunmehr von den zustimmungspflichtigen Vorschriften befreite erste Gesetzesentwurf der Koalition ist allerdings nicht EU-Richtlinien-konform. In der EU-Richtlinie heißt es, dass der persönliche Anwendungsbereich „Arbeitnehmer im Sinne von Artikel 45 Absatz 1 AEUV, einschließlich Beamte“ umfasst (Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe a der HinSch-RL). Der erste der beiden Gesetzesentwürfe der Regierungskoalition nimmt

„Beamtinnen und Beamte der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Richterinnen und im Landesdienst“ dagegen vom persönlichen Anwendungsbereich aus (§ 2 (3) HinSchG).

Statt die zwischenzeitlich ergangene bahnbrechende [Entscheidung](#) der Großen Kammer des EGMR im Fall des LuxLeaks-Whistleblowers Halet für einen umfassenden Begriff der Offenlegung im „öffentlichen Interesses“ nutzbar zu machen, der Meinungs- und Informationsfreiheit bei Offenlegung breiteren Raum einzuräumen und damit die Schwelle für geschütztes öffentliches Whistleblowing ein Stückweit zu senken, wurde die restriktive Formulierung des §32 HinSchG weiterhin beibehalten.

So, als seien die großen Skandale von Missbrauch in der katholischen Kirche über Vernachlässigungen in der Altenpflege bis hin zu Strukturdefiziten des öffentlich-rechtlichen Rundfunks nicht allein durch Whistleblowing öffentlich verhandelbar geworden.

Für den 27.3.2023 ist eine neuerliche Expertenanhörung mit weitgehend denselben Experten wie am 19.10.2023 angesetzt. Nur drei Tage später, am 30.3.2023, sollen diese Gesetzesentwürfe vom Bundestag verabschiedet werden.

Damit wird die Anhörung von Sachverständigen und Interessenvertretern endgültig in Symbolpolitik verkehrt.

Wo aber, wenn nicht bei einem Whistleblowerschutzgesetz, wäre eine echte Beteiligung der Zivilgesellschaft wichtig gewesen?

Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs

Der sachliche Anwendungsbereich der Whistleblowing-Richtlinie (WBRL)² ist durch die Kompetenzen der Europäischen Union beschränkt und erfasst lediglich die Meldung von Verstößen gegen bestimmte europäische Rechtsakte auf inhaltlich begrenzten Rechtsgebieten. Bei einer 1:1 Umsetzung hätte für einen Whistleblower im unionsrechtlichen Kontext ein besserer Schutz bestanden als beim Melden eines Verstoßes gegen rein nationale Normen. Das hätte jedenfalls einen erheblichen Mangel an Rechtssicherheit für den Whistleblower zur Folge gehabt. In der rechtspolitischen Umsetzungsdebatte wurde deswegen von Anfang an ein umfassendes, einheitliches Schutzgesetz gefordert. Dieser Empfehlung ist die Bundesregierung mit seinem nunmehr vorgelegten Entwurf für ein Stammgesetz weitgehend gefolgt. Geschützt sind Meldungen über alle Verstöße gegen nationales Strafrecht (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-E), nationale Normen im Sachzusammenhang mit dem erfassten Unionsrecht sowie Bußgeld-bewehrte Verstöße, „soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient“. Mit letzterer Einschränkung wird vernünftigerweise Personen, die nur unerhebliches Fehlverhalten melden, der Whistleblower-Status und die daraus sich ergebenden Rechte verweigert.

Sonstiges Fehlverhalten (erhebliche Missstände)

Entgegen dem Versprechen der Koalitionsvereinbarung 2021 – 2025 zwischen SPD, BÜNDNIS 90 / DIE GRÜNEN und FDP, (S. 111) vom Dezember 2021 sieht der Entwurf nur vor, Meldungen von Rechtsverstößen zu schützen. Meldungen von "sonstigem Fehlverhalten", etwa ethisch fragwürdigen Handlungen oder erhebliche Missstände unterhalb der Schwelle von eindeutigen Rechtsverstößen, sind weiterhin nicht schutzwürdig. Obwohl der Begriff "Missstand" in der Begründung des Entwurfstextes häufig Erwähnung findet, bezieht er sich ausschließlich auf Verstöße gegen Rechtsnormen. Das ist irreführend. Tatsächlich fallen viele Missstände aus dem sachlichen Anwendungsbereich heraus – beispielsweise Vernachlässigungen in Pflege und Altenpflege. So gefährdete die durch Brigitte Heinisch aufgedeckte Unterversorgung von Pflegebedürftigen zwar deren Gesundheit, erfüllte aber keinen Straftatbestand. Erst durch die öffentlichen Enthüllungen von Heinisch wurde deutlich, dass es hier an passenden und zureichenden staatlichen Regelungen und Kontrollen fehlte. Im Zuge der damaligen öffentlichen Debatte wurde 2008 u.a. der sog. Pflege-TÜV eingeführt. Rechtskonform waren auch Vorkommnisse, wie sie unlängst Frances Haugen bei Facebook aufgedeckt hat und die weltweit Empörung ausgelöst haben. Ein weiteres Beispiel wäre unethisches Verhalten in Wissenschaft und Forschung, etwa bei der Publikationspraxis von Professoren. Das wird wohl auch künftig von Mitarbeitern nicht gemeldet werden, obwohl es die Karrierechancen von Nachwuchswissenschaftlern negativ beeinflussen kann.

Auch wird verkannt, dass das Recht häufig den technischen, aber auch den sozialen und politischen Entwicklungen hinterherhinkt und schädliche Entwicklungen nicht rechtzeitig einhegen kann. Der im Gesetzesentwurf vorgesehene pauschale Ausschluss entsprechender Meldungen über (noch) legale Missstände vom Whistleblowerschutz würde etwa dazu führen, dass ein deutscher Edward Snowden auch hier mit harten Sanktionen rechnen müsste, weil seine Enthüllungen sich größtenteils nicht auf Rechtsverstöße (der Geheimdienste) bezögen.

² „Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“.

Im Übrigen würde mit dieser Auslassung das Whistleblowerschutzgesetz hinter das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen von 2019 zurückfallen, das in Art.5 Nr. 2 sehr wohl die Offenlegung von "sonstigem Fehlverhalten" zulässt, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt³ Es bliebe dann der Rechtsprechung überlassen, den sich hier ergebenden Wertungswiderspruch aufzulösen. Die Folgen für Whistleblower, die sich womöglich zu Unrecht am GeschGehG orientieren, wäre der oft Jahre andauernde Weg durch die Instanzen.

Ausschlussstatbestände für Verschlussachen und nationale Sicherheit

Die Meldung von Missständen im Geheimschutzbereich ist im Gesetzesentwurf weitgehend vom Schutzbereich des Gesetzentwurfes ausgenommen, der Bereich der nationalen Sicherheit sogar vollständig (§ 5 HinSchG-E). Dies stellt geradezu einen Anreiz dar, „illegale Geheimnisse“ durch deren Einstufung als Verschlussachen gegen Whistleblowing zu „immunisieren“.

Staatliche Geheimhaltung ist aber nur dann akzeptabel, wenn sie legal ist und damit (jedenfalls ex definitione) dem Gemeinwohl dient. Dabei wissen wir nicht erst seit Edward Snowdens Whistleblowing, sondern schon durch die Enthüllungen von Werner Pättsch, dem Mitarbeiter des Bundesamtes für Verfassungsschutz (BfV), dass im Bereich der Sicherheitspolitik Machtmissbrauch und Grenzüberschreitungen notorisch zu befürchten sind.⁴ Vor der Aussparung dieser Bereiche ist zu warnen. Unlängst hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) im Jahr 2020 einen Teil der Überwachungs- und Datensammelpraktiken des Bundesnachrichtendienstes (BND) als verfassungswidrig zurückgewiesen und effektivere Kontrolle gefordert. Der Gesetzgeber wäre gut beraten, den Schutz von Whistleblowern, deren Aufdeckungen von erheblicher Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen sind, in die fällige Gesetzesänderung einzubeziehen. Dabei sind an die Offenlegung von streng vertraulichen Dienstgeheimnissen oder Staatsgeheimnissen noch einmal andere Kriterien anzulegen als an leider alltägliche, schwerwiegende Missstände im öffentlichen Dienst, deren Offenlegung im öffentlichen Interesse das staatliche Interesse an ihrer Geheimhaltung erheblich überwiegt.⁵

³„Die Erlangung, die Nutzung oder die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses fällt nicht unter die Verbote des § 4, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt, insbesondere

1.zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien;

2. zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens, wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen; (...“

⁴ „Geheimdienstskandale pflastern den Weg der Bundesrepublik. Die Hälfte der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse in Bund und Ländern haben sich mit den Geheimdiensten befasst – um im Nachhinein aufzuklären, was gute Kontrolle von vornherein hätte verhindern können oder müssen. Es gab eine Rekrutenvereidigung, bei der V-Männer als Steinewerfer erkannt wurden. Es gab Mordfälle, bei denen der Inlandsgeheimdienst die Aufklärung vertuschte und die Bestrafung der Täter vereitelt hat. Es gab Waffenlieferungen in Krisengebiete, die der Auslandsgeheimdienst organisierte. Es gab das Celler Loch: Der Landesgeheimdienst sprengte nach Absprache mit dem Ministerpräsidenten ein Loch in die Mauer des Gefängnisses von Celle, auf dass man sich beim Wähler als effektiver Terroristenverfolger empfehlen konnte. Opfer wurden Unschuldige, aber auch die Polizei, die an terroristische Aktionen glaubte; Parlament und die Öffentlichkeit wurden zum Narren gehalten. Es gab immer neue Skandale, aber nie eine grundlegende Reform, nie eine Neuordnung bei den Geheimdiensten, nie den umfassenden und erfolgreichen Versuch, die Kontrolle dieser Dienste effektiv zu verbessern - auch nicht nach dem NSU-Skandal.“

„Prantls Blick“, 24. Mai 2020, „Snowden - Ehrensensator des Bundesverfassungsgerichts“

⁵ Vgl. Gesetzentwurf der GRÜNEN, BT-Drucksache 19/4558, v. 26.09.2018

Die Schaffung spezieller Anlaufstellen für Whistleblower aus dem Geheimschutzbereich, etwa in Form eines Bundestransparenzbeauftragten, sind ein Beispiel für einen praktikablen Kompromiss zwischen den legitimen Geheimhaltungsinteressen des Staates und dem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung von Missständen. Eine derartige Stelle würde die Einstufung als Verschlussache punktuell und eigeninitiativ sowie auf Aufforderung eines potenziellen Whistleblowers prüfen. Illegales staatliches Handeln wäre ein starkes Indiz dafür, dass es sich nicht um ein schutzwürdiges Geheimnis handelt. Ungerechtfertigte Einstufungen könnte der Bundestransparenzbeauftragte aufheben und so die regulären Meldemöglichkeiten und -verfahren für den Whistleblower eröffnen.⁶

Meldewege: Gleichrangigkeit von internem und externem Whistleblowing

Mit der Umsetzung der EU-Whistleblowing-Richtlinie endet auch in Deutschland der von Arbeitgeberseite seit je mit Nachdruck verteidigte Vorrang der Organisations-internen Meldung vor der externen. Deutschland gehörte zu den wenigen Staaten, die diese Regelung schon in Brüssel vor Verabschiedung der Richtlinie zu verhindern suchten. Die Abschaffung der bis dahin praktizierten drei Eskalationsstufen (interne>externe>öffentliche Meldung) war dem Engagement von einigen Parlamentariern und über 80 kooperierenden internationalen NGOs und Jurist:innen zu verdanken. Künftig steht es Whistleblowern im Rahmen des Anwendungsbereichs frei, zunächst den internen Meldeweg zu wählen oder sich unmittelbar an eine externe „zuständige Stelle“ zu wenden. Das ist nach dem vorliegenden Entwurf in erster Linie das Bundesamt für Justiz, außerdem bereichsspezifisch die BaFin und das Bundeskartellamt. Es bleibt allein der Situationseinschätzung und dem Beurteilungsvermögen des Arbeitnehmers vor Ort überlassen, auf welchem Wege er sich mehr Erfolg auf Abhilfe durch seine Meldung bzw. weniger Nachteile für sich selbst verspricht.

Durch diese Gleichrangigkeit treten Whistleblower-freundlich ausgestaltete, interne Meldekanäle in fruchtbaren Wettbewerb mit externen Meldewegen und schaffen damit einen Anreiz zur internen Meldung. Wie Studien belegen, wird sich die große Mehrheit der Hinweisgeber: innen für internes Whistleblowing entscheiden, sofern sie Vertrauen in die internen Meldekanäle, das Whistleblowing-Management und die Verantwortlichen haben.

§ 28 Abs. 1 S. 3 HinSchG-E2 sieht vor, dass die externen Meldestellen nach Erhalt einer externen Meldung auf die Möglichkeit einer internen Meldung hinweisen sollen. Das soll der Förderung interner Meldungen dienen, wie sie die Richtlinie in Art. 7 Abs. 2 empfiehlt „Die Mitgliedstaaten setzen sich dafür ein, dass die Meldung über interne Meldekanäle gegenüber der Meldung über externe Meldekanäle in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet.“ Wir halten diese gewählte Umsetzungslösung für problematisch. Nach unserer langjährigen Erfahrung würde ein solcher Hinweis einen erheblichen Abschreckungscharakter für potenzielle Whistleblower haben und diese in vielen Fällen veranlassen, ihre Meldung gänzlich zurückzuziehen. Das wäre dann zwar im Sinne der Wirtschaft, nicht aber im Sinne der Richtlinie.

Schutz für öffentliches Whistleblowing („Offenlegung“)

Die Voraussetzungen für die geschützte „Offenlegung“ von Rechtsverstößen und anderem Fehlverhalten gegenüber den Medien sind nicht erleichtert worden, wie von Whistleblower-Netzwerk, anderen NGOs und Juristen gefordert. Whistleblowing gegenüber den

⁶ <https://verfassungsblog.de/alles-unter-verschluss/>

Medien ist gemäß der Richtlinie nach wie vor nur unter engen Ausnahmebedingungen als letzte Eskalationsstufe zulässig.

Das bestätigt einmal mehr die Beobachtung des Frankfurter Rechtsprofessors und ehemaligen Bundesdatenschutzbeauftragten Spiros Simitis. Er befand anlässlich der Verleihung des Whistleblower-Preises an Brigitte Heinisch im Jahr 2005:

„Nichts kennzeichnet die Geschichte des Whistleblowing mehr als die anhaltenden Versuche, die Öffentlichkeit auszusperrern.“⁷

Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E zur „Offenlegung“ darf ein Whistleblower nur unter folgenden Bedingungen an die Öffentlichkeit gehen:

(1) Personen, die Informationen über Verstöße offenlegen, fallen unter die Schutzmaßnahmen dieses Gesetzes, wenn sie

1. zunächst gemäß Abschnitt 2 Unterabschnitt 4 eine externe Meldung erstattet haben und

a) hierauf innerhalb der Fristen für eine Rückmeldung nach § 28 Absatz 4 keine geeigneten Folgemaßnahmen nach § 29 ergriffen wurden oder

b) sie keine Rückmeldung über das Ergreifen solcher Folgemaßnahmen erhalten haben oder

2. hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass

a) der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann,

b) im Fall einer externen Meldung Repressalien zu befürchten sind oder

c) Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten, Absprachen zwischen der zuständigen externen Meldestelle und dem Urheber des Verstoßes bestehen könnten oder aufgrund sonstiger besonderer Umstände die Aussichten gering sind, dass die externe Meldestelle wirksame Folgemaßnahmen nach § 29 einleiten wird.

(2) Das Offenlegen unrichtiger Informationen über Verstöße ist verboten.

Diese Vorschrift genügt weder dem Gebot der Meinungsäußerungsfreiheit noch dem Informations- und Partizipationsanspruch einer demokratischen Gesellschaft. Die Norm muss den direkten Gang an die Öffentlichkeit zulassen, wenn eine Offenlegung geeignet ist, das öffentliche Interesse zu schützen. Das gilt insbesondere, wenn eine Offenlegung von grundlegender Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen ist.

Darum wird empfohlen, den Absatz 2 a) entsprechend weiter zu fassen. Die stark einschränkenden konkreten Beispiele sind dahingehend zu verändern, dass die Schwelle für eine direkte Offenlegung deutlich niedriger ist.

So würde der konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit für eine demokratische Gesellschaft (BVerfG) Rechnung getragen. Diese Gewichtung der Meinungsäußerungsfreiheit findet sich in Deutschland bereits vor hundert Jahren in der Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 in Artikel 118:

(1) „Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An

⁷ Simitis, Spiros, Whistleblowing – Vom individuellen Risiko zur staatlichen und unternehmenspolitischen Instrumentalisierung, in: Deiseroth, Dieter und Annegret Falter (Hrsg.), Whistleblower in Altenpflege und Infektionsforschung, Preisverleihung 2007, Berlin 2007.

diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.“⁸

Es geht um das Menschenrecht auf Meinungs- und Informationsfreiheit für jedermann auch am und vom Arbeitsplatz aus und das damit einhergehende Recht, auf den demokratischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess auch mit internen Informationen aus dem Arbeitsumfeld Einfluss zu nehmen. Denn nur, wenn die entsprechenden Informationen vorliegen, kann Machtmissbrauch zur Sprache gebracht und die Einhaltung demokratischer Regeln ein Stückweit gewährleistet und werden. Nur dann ändern sich häufig durch die öffentliche Debatte und den öffentlichen Druck auch Strukturen und Normen.

Der ehemalige Bundesverwaltungsrichter Dr. Dieter Deiseroth hat darum als „Vermutungsregel“ aufgestellt:

„Bei allen Äußerungen von Beschäftigten, die nicht leichtfertig und nicht wider besseres Wissen erfolgen sowie eine das öffentliche Interesse wesentlich berührende Frage betreffen, spricht eine gesetzliche Vermutung für den Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit vor anderen rechtlich geschützten Interessen.“⁹

Diese Erwägungen und eine entsprechende Kodifizierung fehlen im vorliegenden Entwurf und müssen nachgeholt werden. Die ggf. einhergehende größere Rechtsunsicherheit ist in Kauf zu nehmen.

Die durch die aktuelle Ausgestaltung des § 32 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-E zur „Offenlegung“ sehr eingeschränkte Möglichkeit sich an Medien zu wenden und auf erhebliche Missstände aufmerksam zu machen oder Anstoß zur investigativen Recherche zu geben, behindert außerdem die journalistische Arbeit und erschwert es den Medien ihre Kontrollfunktion auszuüben. Eine stärkere Berücksichtigung des öffentlichen Interesses und der Pressefreiheit würde außerdem die Einheitlichkeit des Rechts mit dem 2019 verabschiedeten Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) herstellen, das in Art. 5 Abs.2 deutlich mehr Beurteilungs-Spielraum für eine direkte Offenlegung lässt.

Gutgläubigkeit

Unsere eigenen Erfahrungen und empirische Studien zeigen, dass die meisten Whistleblower, entgegen manchen Vorurteilen, keine Schädigungsabsicht gegenüber ihrem Arbeitgeber hegen. Gleichzeitig handelt es sich überwiegend um juristische Laien, die nur schwerlich einschätzen können, wo die Grenzen des Erlaubten verlaufen. Der Gesetzentwurf trägt dem Rechnung, indem er vorsieht, dass ein Whistleblower zum Zeitpunkt der Meldung nur hinreichenden Grund zur Annahme eines Rechtsverstößes haben muss („guter Glaube“).

Dieser Maßstab der Gutgläubigkeit sollte sich auch auf die Zulässigkeit der Beschaffung von Informationen beziehen. Da Whistleblower im Vorhinein nicht zweifelsfrei einschätzen können, ob die von ihnen durchgeführten Beschaffungsmaßnahmen ausschließlich relevante Informationen zutage führen, muss hier konsequenterweise ein subjektiver Gutgläubensmaßstab gelten. Ohne einen derartigen Schutz könnte gegen den Whistleblower unter dem Vorwand einer (teilweise) unzulässigen Informationsbeschaffung Repressalien veranlasst werden, was wiederum abschreckende Wirkung haben würde.

⁸ S. auch Artikel 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen von 1948 und andere Kodifizierungen der Menschenrechte.

⁹ D.Deiseroth, Neue Vorgaben für die deutschen Gerichte aus Straßburg? Der Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten nach Art.10 EMRK, in: ZRFC 2/12 S.66-71, S.71.

Anonymität

Die Erfahrung zeigt, dass viele Whistleblower gerade bei binnenorganisatorischen Meldungen zunächst Vertrauen zum Ansprechpartner aufbauen wollen, bevor sie im Verlauf des weiteren Prozesses bereit sind, ihre Identität preiszugeben. Erreicht eine Whistleblowing-Stelle eine plausible anonyme Meldung mit ggf. erheblichen Belegen für relevante Verstöße, sollte sie daher dazu verpflichtet sein, diese zu bearbeiten und ggf. entsprechende Ermittlungsschritte einzuleiten.

Finanzstarke Großunternehmen und externe Whistleblowing-Behörden sollten Meldekanäle zur anonymen Kommunikation mit dem Whistleblower bereitstellen müssen. Studien und Erfahrungen zeigen, dass die Bereitstellung anonymer Hinweiskanäle nicht zu einer nennenswerten Zunahme von missbräuchlichen Meldungen führt.

Verbot von Repressalien; Beweislastumkehr

§ 36 Abs. 2 des Entwurfs legt fest, dass wenn eine hinweisgebende Person, die nach einer Meldung oder Offenlegung eine Benachteiligung im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit erleidet, vermutet wird, dass diese Benachteiligung eine Repressalie ist. Diese Beweislast-Regelung wird – obwohl u.a. in den USA erfolgreich praktiziert - insbesondere von Arbeitgeberseite heftig kritisiert. Sie sollte dennoch beibehalten und erweitert werden. Das mag ein Whistleblower –„Fall“ verdeutlichen:

Martin Porwoll war kaufmännischer Leiter einer Bottroper Apotheke, in der Krebsmedikamente nach individueller ärztlicher Verordnung hergestellt wurden. Als er aufgrund konkreter Verdachtsmomente zu der Überzeugung gelangte, dass die Dosierung der Wirkstoffe vom Inhaber der Apotheke, Peter S., in betrügerischer Absicht skrupellos manipuliert wurden und so das Leben vieler Patient*innen in Gefahr war, erstattete er Strafanzeige. Sein Arbeitgeber kündigte ihm fristlos, unmittelbar nachdem er in Untersuchungshaft über das Akteneinsichtsrecht seines Anwalts den Namen des Whistleblowers erfahren hatte. Er ließ monatelang Kündigungsgründe nachschieben. Einer davon, der nichts mit dem Whistleblowing zu tun hatte, reichte schließlich zur Abweisung von Porwolls Kündigungsschutzklage in der ersten Instanz.

Es ist daher zu begrüßen, dass der Referentenentwurf gegen Widerstände die Beweislast im Kündigungsfall umkehren und damit das herrschende Richterrecht auf diesem Rechtsgebiet ein Stückweit zurechtrückt. Aber warum nur ein Stückweit? Wenn schon in einem scheinbar klaren Fall von Betrug, wenn nicht Verbrechen, wie im Fall des Apothekers S., ein vorgeschobener Kündigungsgrund als Rechtsens erkannt wird – wie viel schwieriger ist es dann, sich mit einem übermächtigen Gegner (wie Vivantes) anzulegen, wo nicht einmal ein konkreter Rechtsverstoß in Rede steht? Der Vivantes-Konzern hat im Fall Heinisch nach dem erstinstanzlichen Urteil zugunsten von Frau Heinisch in der weiteren gerichtlichen Auseinandersetzung den ursprünglichen Kündigungsgrund gewechselt. Statt wegen Offenlegung wurde fortan über ihre Erstattung einer Strafanzeige verhandelt und Heinisch unterlag bis hinauf zum BVerfG.

Aus den geschilderten Fällen lässt sich folgerichtig die Empfehlung ableiten, dass jegliche Hilfsbegründungen eine Repressalie, die (auch) wegen Whistleblowing angeordnet wird, nicht rechtfertigen können, selbst wenn der Arbeitgeber behauptet, das Whistleblowing sei nur einer unter mehreren, vermeintlich wichtigeren Gründen.

Informations- und Schulungspflichten

Bei einer effektiven Verankerung in der Organisationskultur trägt Whistleblowing zu einer gelebten Kultur des Hinsehens bei. Zudem können potenzielle Whistleblower nur von einem besseren Rechtsschutz profitieren, wenn sie ihre Rechte und Pflichten kennen. Unternehmen und externe Whistleblowing-Behörden sollten daher niederschwelliges und mehrsprachiges Informations- und Schulungsmaterial bereitstellen.

Behörden, größere Unternehmen und Unternehmen aus besonders sensiblen Bereichen sollten neben den im Gesetzentwurf vorgesehenen Informationspflichten gesetzlich dazu verpflichtet werden, das Thema Whistleblowing regelmäßig in internen Kursen und Schulungen zu behandeln, ggf. auch in Form von Online-Seminaren. Bei der Bewertung der Qualität der internen Meldesysteme, z.B. für die Bemessung von Unternehmenssanktionen, sollte die Qualität der Informations- und Schulungsangebote zum Thema Whistleblowing ausdrücklich berücksichtigt werden.

Etablierung nationaler Whistleblowing-Behörden (§§ 19-31 HinSchG-E)

Eine effektive Ausgestaltung der Anlauf-, -Investigativ- und Rechtsdurchsetzungsfunktion von Whistleblowing-Behörden ist von zentraler Bedeutung für das Gelingen eines Whistleblowing-Gesetzes. Die notwendige organisatorische und personelle Unabhängigkeit ist sicherzustellen und sollte ggf. auf Länderebene gespiegelt werden.

Die Einrichtung nur einer für die Meldung sämtlicher unter das Gesetz fallenden Verstöße (außer im Finanzbereich und Kartellrecht) zuständigen Whistleblowing-Behörde hätte zur Folge, dass sich deren Aufgabenbereich auf eine Vielzahl inhaltlich sehr unterschiedlicher, teils sehr komplexer Regulierungsfelder erstrecken würde. Es dürfte für eine einzelne Behörde und deren Mitarbeiter*innen praktisch kaum möglich sein, die dafür notwendige Expertise und Erfahrung aufzubauen. Die zentralen Anlaufstellen für Bundes- und ggf. Länderebene sollten sich deswegen darauf beschränken, die Funktion eines administrativen Brückenkopfes zwischen Whistleblower und anderen für die Ermittlungen zuständigen Behörden einzunehmen.

Um den Whistleblower effektiv schützen zu können, sollten staatliche Whistleblower-Behörden zusätzliche Kompetenzen und Schutzfunktionen erhalten, namentlich die Kompetenz einstweiliger Diskriminierungsschutzanordnungen und Vergeltungsschutzanordnungen zugunsten des Whistleblowers. Dadurch könnten sie Whistleblower bis zu einer endgültigen Gerichtentscheidung vor Benachteiligungen schützen und deren Kooperationsbereitschaft während der Ermittlungen fördern.

Unterstützungsfonds

Whistleblower sind während und nach ihrer Meldung oft mit schwerwiegenden beruflichen und privaten Konsequenzen konfrontiert, die durch die individuelle Verfolgung von Schadenersatz-Ansprüchen nicht hinreichend abgemildert werden können. Weitergehende Unterstützungsressourcen zu Bereitstellung insbesondere rechtsberatender, psychologischer und kompensatorischer Leistungen sind daher sinnvoll und erforderlich. Finanziert werden könnte dies aus einem neu zu schaffenden Unterstützungsfonds für Whistleblower, der sich unter anderem aus jenen Straf- und Bußgeldzahlungen speist, die auf Basis erfolgreicher Whistleblowing-Fälle an den Staat geleistet worden sind. Das Entscheidungsgremium des Unterstützungsfonds könnte sich, ähnlich wie bei den bereits in einigen Bundesländern etablierten Sammelfonds, aus Mitarbeiter*innen der staatlichen und nicht-staatlichen Informations- und Beratungsstellen für Whistleblower sowie Richter:innen, Staatsanwält:innen und Vertreter:innen anderer Behörden zusammensetzen.

Den Unterstützungsbedarf möchte ich anhand zweier bekannter Fälle verdeutlichen.

1. Der bereits oben vorgestellte Martin Porwoll hat das im Vergleich erstrittene Geld bis heute nicht erhalten. Sein ehemaliger Arbeitgeber hatte die Apotheke, die er selbst nicht mehr betreiben durfte, zwischenzeitlich seiner alten Mutter überschrieben. Durch weitere finanzielle Kunstgriffe und die Geldstrafe, zu der er im vorausgegangenen Strafprozess verurteilt worden war, wurde er zahlungsunfähig. Die rechtmäßigen Ansprüche des Whistleblowers wurden im Insolvenzverfahren hintangestellt. Martin Porwoll muss wohl oder übel weiter streiten und kämpfen, nur der Kriegsschauplatz hat gewechselt. Zur Ruhe sind er und seine sechsköpfige Familie nicht gekommen.

Sie mussten jahrelang ohne jegliche immaterielle oder finanzielle Unterstützung zurechtkommen. Martin Porwoll schildert das so:

„In dem Moment, in dem mir klar wurde, dass ich zum „Whistleblower“ werden würde, schienen mir alle Konsequenzen bewusst. Ich kann nicht behaupten, dass ich nicht geahnt hätte, was auf mich zukommt, was das alles für meine Familie bedeuten würde. Verlust des Arbeitsplatzes, der Ruf ein Verräter zu sein, keinen neuen Arbeitsplatz zu finden. Ich wusste, dass Whistleblower in Deutschland kaum geschützt sind. Die Konsequenzen waren Teil meiner bewussten Entscheidung. *Wie schlimm es dann wirklich kommt, kann man sich kaum vorstellen.*“¹⁰

2. In der Begründung des HinSchG-E wird zwar auf den Fall der Brigitte Heinisch verwiesen. Konsequenzen in Bezug auf den Unterstützungsbedarf von Whistleblowern werden daraus aber nicht gezogen. Auch hinter diesem prominenten „Fall“ versteckt sich ein menschliches Schicksal:

Der Großkonzern Vivantes, überwiegend in Berliner Landeseigentum, hatte die 50jährige Altenpflegerin mit mehreren Kündigungen abgestraft, nachdem sie auf den Personalmangel und die damit verbundenen untragbaren Zustände an ihrem Arbeitsplatz aufmerksam gemacht hatte. Erst intern, dann mit dem Notbehelf einer Strafanzeige¹¹, schließlich öffentlich. Der EGMR urteilte in Bezug auf ihre Offenlegung, dass sie ihr Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit zugunsten der hilflosen Heimbewohner im öffentlichen Interesse wahrgenommen habe.

Heinisch hatte den Finger in eine gesellschaftliche Wunde gelegt. Sie war im Recht. Der EGMR hat es ihr bestätigt. Ein deutscher Arbeitsrichter legte dennoch einen Vergleich nahe. Der Vergleich sah u.a. vor, dass Vivantes an Heinisch eine Abfindung von 90.000 € brutto gemäß §§ 9-10 Kündigungsschutzgesetz zahle. 90.000 € brutto für siebeneinhalb Lebensjahre voller finanzieller Einbußen, Existenzangst, Zweifeln und Verzweiflung, Depression und Wut.

Knapp 13.000 Euro pro Jahr – wovon hat Frau Heinisch in den 7 Jahren überhaupt gelebt?

Die Fälle Heinisch und Porwoll lassen das Kräfte-Ungleichgewicht erkennen, das die meisten Whistleblower-Fälle kennzeichnet. Die schiere Übermacht der finanziellen Ressourcen eines Unternehmens im Vergleich zu den Gehältern der meisten Beschäftigten lässt viele Whistleblower vor einer möglichen gerichtlichen Auseinandersetzung mit ihrem

¹⁰ Falter, Annegret; Martin Porwoll, Geschichten außerhalb des Scheinwerferlichts, Scheinwerfer Nr. 78, S.11.

¹¹ Die fristlose Kündigung wegen Erstattung einer Strafanzeige war Gegenstand der Klage vor dem EGMR.

Arbeitgeber zurückschrecken. Konzerne wiederum benutzen bisweilen ihre finanzielle Übermacht zu sogenannten strategischen Klagen, mit denen sie Prozessgegner am ausgestreckten Arm verhungern lassen können. Und das sind keine Einzelfälle.

Gegen eine Kündigung kann ein Whistleblower sich aber nur mit einer Kündigungsschutzklage wehren. In der langen Zeit, die der Weg durch die Instanzen dauern kann, erhält er kein Gehalt. Eine Weile mögen Ersparnisse zum Unterhalt der Familie und zur Bezahlung von Anwälten herhalten. Aber ein potenzieller Whistleblower braucht nicht viel Fantasie, um sich vorzustellen, wie lange er das durchhalten kann. In Beratungsgesprächen mit Whistleblowern erfahren wir immer wieder, dass potenzielle Whistleblower aus diesem Grunde von einer Meldung absehen.

Da das weder im Sinne der Richtlinie ist und auch vom deutschen Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, empfiehlt Whistleblower-Netzwerk die Einrichtung eines Unterstützungsfonds.

Nicht-staatliche Beratungsangebote

NGOs und andere zivilgesellschaftliche Akteure bieten für potenzielle Whistleblower ebenfalls umfassende und unabhängige Informationen und Beratung über die verfügbaren Abhilfemöglichkeiten und Verfahren gegen Repressalien bis hin zu einer Rechtsberatung an.

Nicht-staatliche Unterstützer müssen sich zu einer vertraulichen Behandlung der Identität des Whistleblowers verpflichten. Umgekehrt sollten sie die Identität des Whistleblowers sowie die dessen Meldung betreffenden Unterlagen nur im klar definierten Ausnahmefall weitergeben müssen. Analog zu den Mittlern sollten diese nichtstaatlichen Akteure vor Repressalien geschützt sein.

Kontakt:

Whistleblower-Netzwerk e.V. (WBN)
Annegret Falter, Vorsitzende
falter@whistleblower-net.de
Tel: +49 170 2965660