

DIE STRAFRECHTLICHE WÜRDIGUNG DES WHISTLEBLOWINGS

**Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaften (Dr. jur.)**

Bremen 2010

**Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen**

vorgelegt von

Carolin Lutterbach

Gutachter:

- 1. Prof. Dr. Felix Herzog**
- 2. Prof. Dr. Edda Weßlau**

Kolloquium am 27. Juni 2011

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Begriffsbestimmung	3
1. Kapitel: Etymologie des Begriffes und angloamerikanische Herleitung	3
2. Kapitel: Rechtslage international.....	6
A. USA.....	8
B. Großbritannien	13
C. Südafrika	14
D. Australien.....	15
E. Neuseeland	15
F. Sonstiges Europa	16
G. Sonstige Staaten	16
H. Supranationale Ebene.....	17
I. UNO	17
II. OECD	18
III. Europäischer Rat	19
IV. Europarat	19
V. Europäische Union	20
VI. Transparency International.....	20
VII. ICC	21
3. Kapitel: Rechtslage in Deutschland.....	21
A. Rechtsprechung.....	22
B. Gesetzliche Normierungen.....	25
I. Grundrechte	25
II. Beamtenstatusgesetz.....	25
III. Kontrollgremiumgesetz.....	26
IV. Datenschutzrecht	26
V. BImSchG, WHG, KrW-/AbfG.....	27
VI. Gefahrstoffverordnung	27
VII. Arbeitsrecht	27
VIII. Compliance	29
IX. § 612a BGB n.F.....	29
X. Strafrecht	32
XI. Wertpapierhandelsgesetz.....	32
4. Kapitel: Merkmale des Whistleblowings	32

A. Wirkung	33
B. Intention	34
C. Qualität des angezeigten Verhaltens	36
D. Status des Hinweisgebers.....	37
E. Adressaten des Hinweises	38
F. Form des Hinweises.....	39
5. Kapitel: Abgrenzung zu anderen (Rechts-)Phänomenen.....	39
A. Der Kronzeuge	39
B. Denunziation	42
6. Kapitel: Fazit	46
Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen	47
1. Kapitel: Allgemeines	47
2. Kapitel: Gründe für die Einführung.....	48
3. Kapitel: Grundsätzliche Ausgestaltung	49
A. Kommunikationsweg	49
B. Kommunikationsmittel.....	51
C. Zugänglichkeit des Hinweisgebersystems	51
D. Deliktfokus.....	52
I. Wirtschaftsstraftat	52
II. Korruptionsdelikte.....	54
III. Delikte beim Whistleblowing.....	54
Materiell-rechtliche Würdigung	57
1. Kapitel: Strafrechtliche Risiken auf Tatbestandsebene	57
A. Geheimnisschutz	58
I. §§ 17 ff. UWG.....	58
1. Geheimnisbegriff.....	59
a. Fehlende Offenkundigkeit.....	59
b. Unternehmensbezug.....	60
c. Geheimhaltungswille	60
aa. Notwendigkeit des Geheimhaltungswillens.....	61
bb. Installation eines Hinweisgebersystems	64
d. Geheimhaltungsinteresse	68
aa. Notwendigkeit.....	68
bb. Definition	70
cc. Fazit.....	72
2. Geheimnisverrat – § 17 Abs. 1 UWG	72
a. Bei einem Unternehmen beschäftigte Person	72
b. Im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut oder zugänglich geworden	73

c. Mitteilen an jemanden.....	74
d. Während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses	76
3. Geheimnishehlerei – § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG.....	76
4. Unbefugt	77
5. Vorsatz.....	79
6. Absichtsmerkmale	79
a. Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs	79
b. Handeln aus Eigennutz.....	80
c. Handeln zugunsten eines Dritten	80
d. Handeln mit Schädigungsabsicht	80
e. Relevanz für das Whistleblowing	81
II. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts.....	81
III. Geheimnisschutzvorschriften (im weiteren Sinne) des Kernstrafrechts	83
1. §§ 203, 204 StGB	83
2. §§ 93 ff. StGB.....	84
3. § 355 StGB	85
4. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften im weiteren Sinne	85
B. Untreue.....	86
C. Fazit zu den strafrechtlichen Risiken auf Tatbestandsebene.....	90
2. Kapitel: Rechtswidrigkeit	90
A. § 17 UWG.....	91
I. (Mutmaßliche) Einwilligung	91
II. Güter- und Interessenabwägung.....	93
1. § 34 StGB	93
a. Gefahr für ein Rechtsgut	93
b. Gegenwärtigkeit	95
c. Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr	97
d. Interessenabwägung	99
aa. Rechtsgut des § 299 StGB	100
bb. Rechtsgüter der §§ 331 ff. StGB.....	101
cc. Rechtsgüter der §§ 263, 266 StGB	101
dd. Rangverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter	102
ee. Grad der drohenden Gefahren.....	104
(1) Informationen des Vorgesetzten oder anderer Geheimnisträger innerhalb des Unternehmens	105
(2) Nutzung eines Hinweisgebersystems	106
(3) Hinweis an Ermittlungsbehörden	107
(4) Benachrichtigung der Allgemeinheit	109
ff. Gesamtbewertung	110
(1) Nutzung eines Hinweisgebersystems	110
(2) Hinweis an die Ermittlungsbehörden	111

(3) Benachrichtigung der Allgemeinheit	116
gg. Fazit der Interessenabwägung.....	118
e. Subjektives Rechtfertigungselement.....	118
2. Allgemeine Interessen- und Güterabwägung und Wahrnehmung berechtigter Interessen	119
III. Grundrechte	120
IV. Gesetzliche Auskunft- und Aussagepflichten und -rechte.....	121
B. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts.....	122
C. Geheimnisschutzvorschriften (im weiteren Sinne) des Kernstrafrechts	123
I. §§ 203, 204 StGB	123
II. § 355 StGB	125
III. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften im weiteren Sinne	127
D. Untreue.....	128
3. Kapitel: Schuld	128
4. Kapitel: Irrtümer des Whistleblowers.....	129
A. Tatumstandsirrtum	129
B. Erlaubnistatumstandsirrtum	131
C. Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum.....	132
I. Voraussetzungen des § 17 StGB	133
II. Rechtsfolgen des § 17 StGB.....	134
Formell-rechtliche Würdigung	139
1. Kapitel: Verfahren des Hinweisgebers	139
A. § 17 UWG.....	139
I. Antragserfordernis.....	139
II. Verjährung.....	140
III. Sonstige prozessuale Besonderheiten.....	140
B. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts.....	141
C. §§ 203, 204 StGB	141
D. §§ 201 Abs. 2 Nr. 2, 206, 266, 355 StGB	141
2. Kapitel: Verfahren der Täter der Wirtschafts- und Korruptionsstraftat	142
A. Grundsätzliches zur Verwertbarkeit	142
B. Bedeutung für das Whistleblowing.....	144
3. Kapitel: Anonymes Whistleblowing	146
Fazit	149
Anhang	151
Literaturverzeichnis	153

Einleitung

„Der größte Lump im ganzen Land – das ist und bleibt der Denunziant!“¹

„Ein Gesetz, das Denunziantentum im Arbeitsleben Tür und Tor öffnet, ist alles andere als wünschenswert.“²

Diese Äußerungen und die ihnen immanente Missbilligung könnten ein erster Erklärungsansatz dafür sein, warum das Whistle-blowing in der deutschen Rechtskultur lange Zeit so wenig präsent war. Doch spätestens seit der sog. „Liechtensteiner Steuer-affäre“³, dem Gesetzgebungsverfahren zum Lebens- und Futtermittelrecht⁴ und nicht zuletzt dem aktuellen sog. „Steuersünder-Fall“ wird auch in Deutschland das Whistle-blowing thematisiert und – beispielsweise durch die Änderung des § 8 PKGrG – fast unbemerkt ins deutsche Recht implementiert.⁵

Im deutschen Sprachgebrauch ist der Begriff jedoch nach wie vor kaum verankert – und zudem mehrdeutig.

Eine Auseinandersetzung mit der Thematik erfolgte bisher hauptsächlich im Rahmen verhaltensbedingter Kündigungen aufgrund von Whistleblowing⁶ im Arbeitsrecht. Allerdings spielen Hinweisgebersysteme auch zunehmend als Kontrollmaßnahmen gegen Wirtschaftskriminalität und Korruption eine Rolle. Compliance-Programme, Risk Management oder auch Corporate Governance⁷ preisen den Hinweisgeber und dessen umfassenden Schutz als Win-win-Situation⁸ für alle Seiten.⁹

1 *August Heinrich Hoffmann von Fallersleben* (1798–1884): Politische Gedichte 1843.

2 *Bauer*: Gesetz zur Förderung des Denunziantentums, NJW Editorial 23/2008.

3 Ausführlich zum Sachverhalt: *Bruns*: Liechtenstein oder das Beweisverwertungsverbot, StraFo 2008, 189; *Göres/Kleinert*: Die Liechtensteiner Finanzaffäre – Steuer- und steuerstrafrechtliche Konsequenzen, NJW 2008, 1353; *Kelnhöfer/Krug*: Der Fall LTG Liechtenstein – Beweisführung mit Material aus Straftaten im Auftrag des deutschen Fiskus?, StV 2008, 660; *Schünemann*: Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, NStZ 2008, 305; *Stahl/Demuth*: Strafrechtliches Verwertungsverbot bei Verletzung des Steuergeheimnisses – Ein Zwischenruf im Fall Zumwinkel, DStR 2008, 600; *Trüg/Habetha*: Die „Liechtensteiner Steueraffäre“ – Strafverfolgung durch Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887.

4 Letzte Anhörung im Bundestag am 04.06.2008, mittlerweile auf Eis gelegt; vgl. NJW-Spezial 2009, 180; BB 2009, 381.

5 Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes, BT-Drs. 16/13220 und BT-Drs. 16/12411.

6 Beispielsweise BAG NJW 2004, 1547.

7 Sieber: Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht, FS Tiedemann, 2008, S. 449 (451).

8 PricewaterhouseCoopers: Wirtschaftskriminalität 2007, Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft, 2007, S. 35.

9 Deutsche Bahn AG – Compliance-Bericht 2006/2007 (Stand April 2008), S. 13 ff. (<http://www.db.de/compliance> [12.06.2009]).

Daneben unterliegt eine Reihe von deutschen Unternehmen dem US-amerikanischen Sarbanes-Oxley Act 2002, einem Gesetz, welches Unternehmen zur Einrichtung von Hinweisgebersystemen und zum Whistleblower-Schutz verpflichtet.¹⁰

Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings wird im Zuge der Entwicklungen jedoch – wie generell die potenzielle Gefahr, die von Mitarbeitern ausgeht¹¹ – vernachlässigt. Nicht zuletzt *Sieber* und *Sasse* merken beiläufig an, die strafrechtlichen Grenzen seien noch nicht ausreichend geklärt.¹²

Wie die Debatte zur Einführung des § 612a BGB und der zunehmende Bedarf an Compliance-Systemen zeigen, wird das Whistleblowing in Zukunft jedoch mehr und mehr in den Fokus rücken. Nicht nur der Hinweisgeber, sondern auch das jeweilige Unternehmen ist insofern auf rechtliche Anhaltspunkte in der Rechtsprechung und Literatur angewiesen. Hierzu soll die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten. Dabei werden nicht die Effizienz des Whistleblowings als Mittel zur Korruptionsbekämpfung oder gar die verschiedenen Möglichkeiten der Implementierung untersucht, sondern die „Haftungsrisiken“, mit welchen der Hinweisgeber (als natürliche Person) im deutschen Strafrecht konfrontiert wird.

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht daher die **materiell-rechtliche Würdigung** des Verhaltens eines Whistleblowers, welcher Wirtschafts- oder Korruptionsstraftaten anzeigt. Vorab ist jedoch eine **Begriffsbestimmung** notwendig, die genau definiert, was unter Whistleblowing verstanden wird. Zudem ist der Einfluss von **Hinweisgebersystemen in deutschen Unternehmen** auf die Bewertung der strafrechtlichen Risiken für den Hinweisgeber zu untersuchen.

Daneben muss die materiell-rechtliche durch eine **formell-rechtliche Würdigung** ergänzt werden, um letztendlich die strafrechtlichen Risiken für einen Whistleblower insgesamt beurteilen zu können. Nicht immer wird sich dabei eine eindeutige Grenze ergeben. Es soll allerdings aufgezeigt werden, *dass* strafrechtliche Risiken bestehen und in welchen Bereichen sie konkret beachtet werden müssen.

10 *Bussmann/Matschke*: Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen – ein Vergleich zwischen den USA und Deutschland, *wistra* 2008, 88 (93).

11 KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 5 und S. 20 (vgl. oben).

12 *Sieber*: Ermittlungen in Sachen Liechtenstein – Fragen und erste Antworten, *NJW* 2008, 881 (884); *Sasse*: Hilfspolizist Arbeitnehmer – oder sinnvolle Regelung?, *NZA* 2008, 990 (993).

Begriffsbestimmung

Die materiell- und formell-rechtliche Würdigung und eine Subsumtion sind nur dann möglich, wenn das Whistleblowing klar definiert und von ähnlichen Erscheinungen abgegrenzt wird.

Im Deutschen sind die Begriffe Whistleblower oder Hinweisgeber unterschiedlich konnotiert:¹³ der Denunziant oder Verräter auf der einen Seite¹⁴ und der aufmerksame, schützenswerte Mitarbeiter, der auf Gefahren aufmerksam macht, welche die Allgemeinheit betreffen, auf der anderen Seite. Die Vergabe eines jährlichen Whistleblower-Preises durch die Vereinigung deutscher Wissenschaftler (VDW), IALANA (International Association of Lawyers Against Nuclear Arms) und der Ethikschutzinitiative des International Network for Engineers and Scientists for Social Responsibility (INESPE) seit 1999 lässt wiederum darauf schließen, dass hier verräterisches Auftreten kaum gemeint sein kann.¹⁵

Nicht nur die angloamerikanische Genese des Whistleblowings und der damit einhergehende Anglizismus, sondern auch die Verwendung in anderen Rechtsgebieten, vornehmlich dem Zivilrecht (respektive dem Arbeitsrecht), machen eine klare Begriffsbestimmung notwendig. Nicht alle Erscheinungsformen sind dabei jedoch von (strafrechtlicher) Bedeutung für die Korruptionsbekämpfung.

1. Kapitel: Etymologie des Begriffes und angloamerikanische Herleitung

Wörtlich übersetzt heißt Whistleblowing „die Pfeife blasen“ oder „verpfeifen“ und „verraten“.¹⁶ Grundsätzlich wird hierunter jedoch „Alarm schlagen“¹⁷ oder „Hinweis geben“ verstanden.¹⁸ Der Whistleblower ist derjenige, der „auspackt“.¹⁹ Als ursprünglicher Verwendungskontext des Wortes wird in der Literatur das Pfeifen des Schaffners bei Abfahren des Zuges oder als Warnung vor herannahenden Zügen und der Alarmpfeiff eines Polizisten, der eine Straftat bemerkt und andere Ordnungshüter informieren bzw. die Allgemeinheit warnen will, angegeben.²⁰ Hinweise auf die Herkunft des Wortes gibt

13 Vgl. auch Transparency International: *Alternative to Silence*, Berlin 2009, S. 4 (http://www.transparency.org/news_room/latest_news/press_releases/2009/2009_12_03_whistleblowers [12.06.2010]).

14 Anschaulich hierzu *Beckemper*: Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrrtagung 2007 in Osnabrück, ZStW 119 (2007), 959 (968 f.).

15 *Deiseroth*: Whistleblowing in Zeiten von BSE, 1. Auflage, Berlin 2001, S. 11.

16 Leo.org unter dem Stichwort „Whistleblower“ (<http://www.leo.org/> [30.03.2010]).

17 Vgl. <http://www.vdw-ev.de/index> (30.03.2010).

18 *Deiseroth*: Whistleblowing in Zeiten von BSE, 1. Auflage, Berlin 2001, S. 9.

19 Nur online abrufbar bei <http://www.pons.eu/> – Das Sprachenportal (30.03.2010).

20 *Hunziker*: Whistleblowing, FS Hans Caspar von der Krone, 2007, S. 163 (164) und Online-Verwaltungslexikon (<http://www.olev.de> [30.03.2010]).

es außerdem aus dem Bereich des Sports, in dem der Pfiff des Schiedsrichters Whistleblowing genannt wird²¹

In deutschen (Fach-)Lexika ist Whistleblowing (bisher) kaum aufgeführt. Schaub/Koch verweisen unter dem Stichwort „Whistleblowing“ lediglich auf „Anzeige“, wobei dort die arbeitsrechtliche Würdigung einer Strafanzeige des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber zu finden ist.²² Unter den Wörterbüchern enthält einzig Romain/Bader/ Byrd folgenden Hinweis:

„Whistleblowing (US) wörtlich etwa: ‚Verpfeifen‘ (*Anzeige des Arbeitgebers oder eines anderen Arbeitnehmers durch einen Arbeitnehmer bei einer Behörde oder Stelle; anzeigender Arbeitnehmer wird gegen Repressalien geschützt*).“²³

Eine weitere Andeutung zur Art und Weise des genannten Schutzes fehlt. Anders dagegen das Oxford Dictionary of Law, welches neben einer ausführlichen Definition auch einen Hinweis auf die materiell-rechtliche Manifestation des Whistleblowings im United Kingdom (UK), nämlich den Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA), liefert:

„Whistle-blowing *The disclosure by an employee of information regarding his employer’s business. In certain circumstances (with respect to disclosures of wrongdoing by the employer and provided the disclosure is made in the public interest) employees are given legal protection from retaliation by the employer. The Interest Disclosure Act 1998 protects employees from dismissal, or subjection to any detriment, with respect to certain types of disclosures. Contractual provisions attempting to oust the operation of the Act (e.g. the use of ‘gagging clauses’ in an employment contract) are rendered void by the Act. Qualifying disclosures must be made in good faith and must pertain to any of the following:*

- *criminal offences;*
- *the breach of legal obligation;*
- *a miscarriage of justice;*
- *a danger to the health or safety of any individual;*
- *damage to environment;*
- *deliberate covering up of information tending to show any of the above matters.*

Qualifying disclosures may be made to the employer or (by means of internal procedures) to a legal adviser, a minister of the Crown, or a prescribed regulator. If an employee is unable to make disclosures to any of these named persons, or fears retaliation in making such disclosures, then wider disclosure may be made (as long as this is not for personal gain). Wider disclosure could be, for example, to the police, the media, a Member of Parliament, or a non-prescribed regulator. Workers and employees who are dismissed or subjected to a detriment as a result of making a qualifying disclosure to an appropriate recipient can, within three months of such action,

21 Koch: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500.

22 Schaub/Koch: Arbeitsrecht A–Z, 18. Auflage, München 2009.

23 Romain/Bader/Byrd: Dictionary of Legal and Commercial Terms/Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, 5. Auflage, München 2000, S. 882.

*make a complaint to an employment tribunal. Case: Street vs. Derbyshire Unemployed Workers' Centre [2004] EWCA Civ 964, [2004] IRLR 687.*²⁴

Deiseroth, ein Vorreiter der wissenschaftlichen Problematisierung des Whistleblowings, bezeichnet Whistleblower als ethische Dissidenten, welche sich gegen ungesetzliche, unlautere oder ethisch zweifelhafte Praktiken, die ihnen innerhalb ihres Betriebes oder ihrer Dienststelle bekannt geworden sind, wenden.²⁵

Transparency International Deutschland e.V. definiert Whistleblowing fast identisch, ergänzt aber die Definition *Deiseroths* ausdrücklich um die Aufdeckung korrupten Verhaltens:

*„Beschäftigte wenden sich aus uneigennütigen Motiven gegen in ihrem Arbeitsumfeld beobachtete Fälle von Korruption oder ungesetzlichen, unlauteren oder ethisch zweifelhaften Praktiken und geben Hinweise.“*²⁶

In der Literatur findet sich zumeist die englische Erklärung des Whistleblowings als

- (1) *going outside*
- (2) *revealing wrongdoing*
- (3) *-serving the public interest*
- (4) *risking retaliation*²⁷

oder auch

- (1) *An individual act with the intention of making information public*
- (2) *the information is conveyed to parties outside the organization who make it public and a part of the public record*
- (3) *the information has to do with the possible or actual nontrivial wrongdoing in an organization*
- (4) *the person exposing the agency is not a journalist or ordinary citizen, but a member or former member of the organization*²⁸

Andere Erklärungen sind weitaus unbestimmter. So wird das Whistleblowing auch schlicht als Weitergabe eines Verstoßes an Stellen in- oder außerhalb des Unternehmens definiert, bei der ein Loyalitätskonflikt kennzeichnend sei.²⁹ Oder es wird für die Bezeichnung als Whistleblower lediglich unmittelbare Organisationsverbundenheit (Insider), illegale Handlungen und eine Offenlegung derselben an geeignete Stellen gefordert, wobei hier typischerweise nicht der übliche Dienstweg eingehalten sei.³⁰ Zu einer weiteren Ausdehnung des Begriffes führt die Einbeziehung verschiedener Intentionen

24 Oxford Dictionary of Law, 6th Edition, Oxford 2006, S. 575.

25 *Deiseroth*: Whistleblowing in Zeiten von BSE, 1. Auflage, Berlin 2001, S. 9.

26 <http://www.transparency.de/Hinweisgeber.60.0.html> (30.03.2010).

27 *Hunziker*: Whistleblowing, FS Hans Caspar von der Krone, 2007, S. 165.

28 *Johnson*: Whistleblowing: When It Works – And Why, Boulder/London 2003, S. 4.

29 <http://lexnexus.com/de/recht/frame/.do?tokenKey=rsh-20.85> (30.03.2010).

30 *Berndt/Hoppler*: Whistleblowing als integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, BB 2005, 2623 (2624).

des Whistleblowers, so sei seine Motivation nicht zwingend uneigennützig.³¹ *Ambos* schließlich übersetzt Whistleblowing schlicht mit dem Recht auf Strafanzeige (§ 158 StPO).³²

Wie sich durch die obige Aufzählung zeigt, ist eine abschließende Definition bisher nicht gefunden, sodass eine unterschiedliche Wahrnehmung, wie sie *Bauer*³³ überzeugend dargestellt hat, nicht verwundert. Auch die wörtliche Übersetzung bereitet insofern Schwierigkeiten, als ein „Verpfeifer“ zum bloßen „Hinweisgeber“ erhebliche etymologische Hürden zu überwinden hat, welche zum Teil auf einer „Skepsis gegenüber jeglicher Spitzelkultur“³⁴ gründen.

2. Kapitel: Rechtslage international

Warum die internationale Rechtslage bei der Begriffsbestimmung zu berücksichtigen ist, wird nicht nur aus der oben dargelegten etymologischen Herleitung deutlich, sondern vor allem aus der Globalisierung der Wirtschaft und damit auch der sie flankierenden (strafrechtlichen) Vorschriften. *Arzt* hat bereits 1999 auf diese Entwicklung hingewiesen:

*„Die Internationalisierung drängt in die Europäisierung hinein, und Internationalisierung kann mit Amerikanisierung weitgehend gleichgesetzt werden.“*³⁵

Das Whistleblowing steht inmitten dieser Friktionen zwischen deutschem, europäischem und internationalem Recht, wenn es als Teil von Compliance-Programmen, Risk Management oder auch Value Management, Corporate Governance, Business Ethics etc.³⁶ verstanden wird, deren Aufgabe es nicht mehr allein ist, bestimmte Ziele und Werte in einem Unternehmen zu propagieren oder als ökonomisches Element (Vermeidung finanzieller [Ruf-]Schäden,³⁷ Aufbesserung des eigenen Images) zu dienen, sondern die außerdem zur Vermeidung und Bekämpfung von Straftaten in und um das Unternehmen interessant werden.³⁸ Inwiefern die Installation solcher Programme an sich verbindlich ist (§ 90 Abs. 2 AktG, § 14 GwG, § 33 WpHG, § 25a Kreditwesengesetz, § 64a Versicherungsaufsichtsgesetz), ist, wie auch die Bestimmbarkeit derselben, prob-

31 *Hefendehl*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (619).

32 *Ambos*: Die Chance nutzen, FAZ vom 11.02.2010, S. 6.

33 *Bauer*: Gesetz zur Förderung des Denunziantentums, NJW Editorial 23/2008.

34 PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2007, Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft, 2007, S. 33; *Mahnhold*: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737 (737).

35 *Arzt*: Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG, ZStW 111 (1999), 757 (769).

36 *Sieber*: Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht, FS Tiedemann, 2008, S. 449 (451).

37 Indirekte Schäden durch Wirtschaftskriminalität sind laut PWC (Studie zur Wirtschaftskriminalität 2007, S. 21) Reputationsverlust des Unternehmens/der Marke, Rückgang des Aktienkurses, Rückgang der Arbeitsmoral, Beeinträchtigung der Geschäftsbeziehungen, Beeinträchtigung der Beziehungen zu den Regulierungsbehörden.

38 *Hefendehl*: Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, ZStW 119 (2007), 816 (839), Fn. 133.

lematisch, außerdem wird das Whistleblowing im Rahmen dieser Programme in der Regel nur rudimentär als Handlungsempfehlung besprochen, weshalb sie für Aussagen über die rechtlichen Ausprägungen des Whistleblowings wenig aufschlussreich sind.

Verbindliche normative Regelungen zum Whistleblowing *konkret* finden sich jedoch im US-amerikanischen Recht, wengleich auch diese zunächst andere Schutzfunktionen als die Korruptionsbekämpfung bzw. die Verhinderung von (Wirtschafts-)Straftaten intendierten. So sah bereits der False Claims Act von 1863, 31 U.S.C. unmittelbar als Reaktion auf den Bürgerkrieg finanzielle Anreize für Whistleblower vor, die im Namen der Regierung gegen Einzelpersonen oder Unternehmen klagten, die in betrügerischer Weise Mittel aus dem Bundeshaushalt beansprucht hatten.³⁹ Aber auch der Lloyd-La Follette Act 1912, der Railroad Safety Act oder der Federal Water Pollution Control Act 1972 regelten bereits früh den Schutz von Whistleblowern.⁴⁰ Zahlreiche weitere Gesetze auf bundes- und einzelstaatlicher Ebene lassen sich hier aufzählen:

Safe Drinking Water Act 1974, Resource Conservation and Recovery Act 1976 (bezeichnet als Solid Waste Disposal Act), Toxic Substances Control Act 1976, Energy Reorganization Act of 1974, Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act 1980 (CERCLA oder Superfund Law), Whistleblower Protection Act 1989, Clean Air Act 1990, Surface Transportation Assistance Act 1982, Pipeline Safety Improvement Act (PSIA) 2002, Military Whistleblower Protection Act 2007, Public Company Accounting Act 2002, Investor Protection Act 2002 usw.⁴¹

Was bereits die Titel der Gesetze erkennen lassen, zeigt auch ihre genauere Betrachtung: Es lassen sich deutlich zwei Anwendungsbereiche voneinander unterscheiden, zum einen ein personaler (staatliche Behörden, private Unternehmen) und zum anderen ein sachlicher (Verschwendung öffentlicher Gelder, Umweltverschmutzung, Gefahr für Gesundheit und Sicherheit der Allgemeinheit). Des Weiteren weist die Herkunft u.a. aus dem Umweltrecht (bzw. Verbraucherschutz im weitesten Sinne) eine gewisse Parallelität zum Beginn der Thematisierung in Deutschland (BSE-Skandal)⁴² auf. Allerdings zeigen sich gerade in der gesellschaftlichen Akzeptanz erhebliche Unterschiede zwischen den USA und Deutschland, die vor allem auf die ursprünglich jederzeitige Kündigung der Arbeitnehmer in den USA, die sog. *employees at will*⁴³, zurückzuführen ist.

Innerhalb Deutschlands hat eine Entwicklung der gesellschaftlichen Akzeptanz von Whistleblowing stattgefunden, die auf einer zeitlichen Skala dargestellt werden könnte, bei der an einem Ende die Skepsis gegenüber Denunziantentum, kumuliert mit „Spitzelerfahrungen“ (NS-Regime und Stasi), steht und am anderen eine weit offenere Kommu-

39 *Weber-Rey*: Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation, Die Aktiengesellschaft 2006, 406 (408); Hefendehl: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (638).

40 *Großbach/Born*: Die „whistleblower“ – Gesetzgebung in den USA, AuR 1989, 374 (375).

41 *Breinlinger/Krader*: Whistleblowing – Chancen und Risiken bei der Umsetzung von anonym nutzbaren Hinweisgebersystemen im Rahmen des Compliance-Managements von Unternehmen, RDV 2006, S. 1 (1); *Saelens*: The Case Of Whistleblowing Schemes In The European Union, European Company Law August 2006, Vol. 3, Issue 4, S. 170 ff.; *Hunziker*: Whistleblowing, FS Hans Caspar von der Krone, 2007, S. 163 (168).

42 *Deiseroth*: Whistleblowing in Zeiten von BSE, 1. Auflage, Berlin 2001.

43 *Deiseroth*: Whistleblower-Schutz, Betrifft Justiz 2004, 296 (298).

nikation via Internet mitsamt anonymen Plattformen (vgl. BGH 6. Zivilsenat, Urteil vom 23.06.2009, VI ZR 196/08 „spickmich“).⁴⁴ Da hier jedoch weder ein Rechtsvergleich noch ein Eingehen auf arbeitsrechtliche oder gesellschaftliche Spezifika stattfinden soll, seien nur noch jene, für (wirtschafts-)strafrechtliche Aspekte relevante Normen genannt, wobei auch die mögliche Diskrepanz zum Datenschutzrecht weitestgehend ausgeklammert wird.⁴⁵

A. USA

Hervorzuheben ist in diesem Sinne der Sarbanes-Oxley Act (SOX).⁴⁶ Er wurde als Reaktion auf die Bilanzskandale von Enron, Worldcom und Tyco⁴⁷ am 30.07.2002 vom US-Kongress und –Senat erlassen und modifiziert den Securities Exchange Act von 1934 (Sec. 10A [m]), der selbst schon Regelungen zum Whistleblowing im Rahmen des Kapitalmarktrechts enthielt. Dieses ist im Verhältnis zum deutschen Kapitalmarkt- und Gesellschaftsrecht in den USA (kompetenzrechtlich) grundsätzlich anders ausgestaltet, was hier aber vernachlässigt werden kann.⁴⁸ Telos des SOX ist, wie sich auch aus dem offiziellen Titel des Gesetzes, Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002⁴⁹, ergibt, die Vermeidung künftiger Skandale durch Transparenz, Kontrolle und Unabhängigkeit bei der Unternehmensführung sowie Schutz des Vertrauens der Anleger und Wahrung der Integrität des US-Kapitalmarktes.⁵⁰ Inkorrekte bzw. fragwürdige Buchführungs- und Buchprüfungsvorgänge sollen durch die Regelungen des SOX frühzeitig aufgedeckt werden, wobei der SOX wenige Detailregelungen vorgibt, da diese vielmehr der amerikanischen Börsenaufsicht, Securities Exchange Commission (SEC), obliegen. Diese kann dann unmittelbar verbindliche Rechtssätze (Final Rules) erlassen.⁵¹ Hieraus ergibt sich, dass Einzelvorschriften zu unterschiedlichen Zeitpunkten in Kraft traten.

Der SOX erfuhr mit seiner ehrgeizigen Zielsetzung nicht nur wegen inhaltlich weitreichender Sektionen große Aufmerksamkeit,⁵² sondern auch wegen seines weltweiten Geltungsanspruchs auf internationale Unternehmen, so auch auf europäische Tochterun-

44 *Hefendehl*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (631).

45 Hierzu LAG Düsseldorf NZA 2006, 63 ff. (Wal-Mart).

46 Benannt nach Senator Paul S. Sarbanes und dem Kongressabgeordneten Michael G. Oxley.

47 *Spahlinger/Wegen*: Internationales Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, München 2005, Rn. 1623.

48 *von Zimmermann*: „Whistleblowing“ – Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts, WM 2007, 1060 (1061, Fn. 11).

49 Pub.L.107-204, 116 Stat. 745.

50 *Regelin/Fisher*: Zum Stand der Umsetzung des Sarbanes-Oxley Acts aus deutscher Sicht, IStR 2003, 276 (276).

51 *Block*: Neue Regelungen zur Corporate Governance gemäß Sarbanes-Oxley Act, BKR 2003, 774 (774).

52 Selbst die Verfasser Sarbanes und Oxley bezeichnen das Gesetz als sehr exzessiv (*Glaum/Thomaschewski/Weber*: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen: Kosten, Nutzen, Folgen der US-Börsennotierung, Studien des Deutschen Aktieninstituts, Heft 33, Februar 2006, S. 11; *Hefendehl*: Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen, JZ 2004, 18 [20]).

ternehmen amerikanischer Emittenten und deutsche Unternehmen selbst. Der extraterritoriale Anwendungsbereich ist kompetenzrechtlich nicht unumstritten, da grundsätzlich zwar der Zugang zur New York Stock Exchange (NYSE) etc. freiwillig ist, nicht jedoch ein etwaiger Rückzug (sog. Delisting) aufgrund der hohen Anforderungen des SOX.⁵³ Da aber der US-Gesetzgeber berechtigterweise⁵⁴ gesetzliche Entscheidungen über den Zugang und jeden Bezug zum amerikanischen Kapitalmarkt trifft, unterliegen alle Gesellschaften, die an nationalen Börsen (NYSE, AMEX, Nasdaq) oder im *interstate commerce* gehandelt werden⁵⁵ bzw. deren Geschäftstätigkeit Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel hat, dem SOX. Zur Zeit (Stand März 2010) sind zwölf deutsche Unternehmen an der NYSE gelistet:

Allianz SE (ALL), DAB BANK J00 (DAB), Daimler AG (DAI), DB Gold Short ETN (DGZ), Deutsche Bank AG (DB), Deutsche Telekom AG (DT), Fresenius Medical Care AG & Co. KGAA (FMSPR), Fresenius Medical Care AG & Co. KGAA (FMS), PowerShares DB Gold Double Long ETN (DGP), PowerShares DB Gold Double Short ETN (DZZ), SAP AG (SAP), Siemens AG (SI).

Ausnahmeregelungen sind nur für ausländische Emittenten (sog. *foreign private issuer*) vorgesehen, welche wiederum nur von der SEC konkretisiert werden können. Hierbei hat die SEC bisher nicht alle Kompetenzen genutzt, was zu erheblichen Diskussionen wegen rechtlicher Friktionen mit dem jeweiligen Heimatland geführt hat,⁵⁶ die keineswegs ausgestanden sind.⁵⁷ Die Verbindlichkeit der Normen des SOX kann daher für *foreign private issuer* anders sein und ist an der jeweiligen Regelung zu bestimmen.

Neben der strengen Regulierung von Wirtschaftsprüfern⁵⁸ und der Aufforderung zu einer funktionierenden Corporate Governance⁵⁹ befinden sich die für das Whistleblowing relevanten Vorschriften des SOX in Sec. 301 IV SOX⁶⁰ und Sec. 806 SOX, welche durch strafrechtliche Vorschriften in Abschnitt VIII (Titel: Corporate and Criminal Fraud Accountability) flankiert werden.

Sec. 301 IV SOX

PUBLIC COMPANY AUDIT COMMITTEES

(4) COMPLAINTS. – Each audit committee shall establish procedures for –

(A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and

53 *Spahlinger/Wegen*: Internationales Gesellschaftsrecht, 1. Auflage, München 2005, Rn. 1627.

54 Kompetenznorm = interstate commerce clause Art. I, § 8, S. 3: „To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.“

55 *Regelin/Fisher*: Zum Stand der Umsetzung des Sarbanes-Oxley Acts aus deutscher Sicht, IStR 2003, 276 (276).

56 Vgl. beispielsweise Korrespondenz der Art. 29 – Datenschutzgruppe mit der SEC.

57 *von Rosen*: SEC geht auf Europa zu, Börsen-Zeitung, 23. Februar 2008, S. 10.

58 *Lanfermann/Maul*: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley-Act in Deutschland, DB 2002, 1725 (1725).

59 *Block*: Neue Regelungen zur Corporate Governance gemäß Sarbanes-Oxley Act, BKR 2003, 774 ff.

60 Anzuwenden für alle Geschäftsjahre, die nach dem 15. Januar 2004 beginnen.

(B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters.

Dem Wortlaut nach verlangt Sec. 301 SOX neben der Installation eines *audit committees*, dass dieses ein Beschwerdesystem einrichtet, welches vertrauliche, anonyme Anzeigen ermöglichen soll (keine Anzeigepflicht). Dabei beziehen sich die Hinweise auf fragwürdige Buchführungs- und Buchprüfungsvorgänge.⁶¹ Als potenzielle Hinweisgeber kommen sämtliche Mitarbeiter des Unternehmens in Betracht; eine zunächst angeordnete Einschränkung des Personenkreises wurde wieder verworfen.⁶² Schrankenlos ist gleichsam der Personenkreis der Angezeigten, so soll nicht nur Fehlverhalten des Managements aufgedeckt werden.⁶³ Sec. 301 SOX oder konkretisierende SEC-Rules⁶⁴ sehen keine Ausnahmeregelungen für *foreign private issuers* vor, sodass die Regelung extraterritorial gilt und auch für deutsche Unternehmen bedeutsam ist, wobei die konkrete Ausgestaltung des Whistleblower-Systems offenbleibt.⁶⁵

Sec. 806 SOX⁶⁶ erweitert den US Criminal Code, der einen Whistleblower-Schutz vorsieht. Nach dieser Vorschrift darf ein Angestellter, der rechtmäßig eine Bundesbehörde, ein Kongressmitglied oder einen Kongressausschuss (d.h. auch Personen außerhalb des Unternehmens) oder eine vorgesetzte Person informiert oder in anderer Weise bei der Untersuchung bestimmter Rechtsverstöße unterstützt hat oder weil der Angestellte ein Verfahren wegen eines solchen Verstoßes eingeleitet oder dessen Einleitung veranlasst, als Zeuge ausgesagt, an einem solchen Verfahren teilgenommen oder in anderer Weise ein solches Verfahren unterstützt hat, nicht von einem anderen Angestellten, Officer, Vertragspartner, Subunternehmer oder dem Emittenten bzw. dessen Vertreter entlassen, herabgestuft, suspendiert, bedroht, schikaniert oder in irgendeiner Weise diskriminiert werden. Zur Geltendmachung seiner Rechte steht dem Angestellten aber nur eine kurze Frist (90 Tage) bis zur Einreichung einer Klage bei einem Federal District Court bzw. Einreichung einer Beschwerde beim *secretary of labor* zur Verfügung,⁶⁷ die an der Effektivität der Vorschrift zweifeln lässt.⁶⁸

Anders als Sec. 301 SOX ist Sec. 806 SOX allerdings nur auf Beschäftigte in den USA anwendbar,⁶⁹ wobei dieser Grundsatz zumindest vom US District Court Manhat-

61 *Kersting*: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley-Gesetzes in Deutschland – Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?, ZIP 2003, 233 (240).

62 *Mahnhold*: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737 (740).

63 *von Zimmermann*: „Whistleblowing“ – Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts, WM 2007, 1060 (1065).

64 SEC Final Rule, 33-8220.

65 *Hütten/Stromann*: Umsetzung des Sarbanes-Oxley Act in der Unternehmenspraxis, BB 2003, 2223 (2224).

66 Vgl. **Anhang**, 1. Kap.

67 § 1514A (b) (c) (d), Chapter 73, Title 18 United States Code gem. Sec. 402 SOA.

68 *Hefendehl*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (638 f.).

69 *von Zimmermann*: „Whistleblowing“ – Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts, WM 2007, 1060 (1061).

tan in einem Verfahren wegen der besonderen Nähe einer nicht US-amerikanischen Arbeitnehmerin zu den USA durchbrochen wurde.⁷⁰

In Bezug auf die Begrifflichkeit des Whistleblowings ist den Vorschriften gemeinsam, dass der Personenkreis des potenziellen Hinweisgebers nicht eingeschränkt ist, dieser jedoch grundsätzlich als interne Person zu begreifen ist und anonym bleibt. Des Weiteren ist das angezeigte Verhalten lediglich in *misconduct that threatens shareholder investments* und damit in Verstößen gegen Buchprüfungs- und Buchführungspflichten zu sehen. Darüber hinausgehendes ethisch oder strafrechtlich relevantes Fehlverhalten ist dem Wortlaut nach nicht erfasst.⁷¹ Die Einführung von Whistleblower-Systemen aus diesen Gründen stellt somit zum Teil eine überobligatorische Erfüllung der Forderungen des SOX dar. Insoweit ist fern des Kapitalmarktes die Erwartungshaltung durch den SOX von Whistleblower-Aktivisten nicht wesentlich euphorisiert worden.⁷² Ferner führen weder Sec. 302 SOX, der zur Einrichtung eines Kontroll- und Betriebssystems (*disclosure controls and procedures*) verpflichtet und keine Anhaltspunkte für eine obligatorische Hinweisweiterleitung wie Sec. 301 SOX liefert,⁷³ noch die Pflichten des NYSE Listed Company Manual, insbesondere 303.A.10,⁷⁴ und des Nasdaq Listing Manual (Sec. 4350)⁷⁵ zu einem anderen Ergebnis und verpflichten eben gerade nicht zu einer Einrichtung eines bestimmten Hinweisgebersystems.

Es wäre allerdings zu kurz gedacht, den SOX als „symbolische Gesetzgebung“⁷⁶ zu deklarieren, denn auch versteckt sind noch Regelungen zum Whistleblowing zu finden. So haben die Emittenten nach Sec. 406 SOX interne Verhaltensregeln (Code of Ethics – Ehrenkodex) zu beschließen und darüber zu berichten; gegebenenfalls sind die Gründe der Nichteinführung zu erläutern.⁷⁷

SEC. 406.

CODE OF ETHICS FOR SENIOR FINANCIAL OFFICERS.

(a) CODE OF ETHICS DISCLOSURE. – The Commission shall issue rules to require each issuer, together with periodic reports required pursuant to section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934, to disclose whether or not, and if not, the reason therefor, such issuer has adopted a code of ethics for senior financial officers, ap-

-
- 70 *Löw*: Der größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant, BB 2008, 1449.
- 71 *Mahnhold*: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737 (741).
- 72 Bei *Devine*: Whistleblowing in the United States: The Gap between Vision and Lessons learned, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 75 sind dem SOX gerade einmal 7 Zeilen gewidmet.
- 73 *Regelin/Fisher*: Zum Stand der Umsetzung des Sarbanes-Oxley Acts aus deutscher Sicht, IStR 2003, 276 (278).
- 74 ICC Guidelines on Whistleblowing, S. 4.
- 75 ICC Guidelines on Whistleblowing, S. 4.
- 76 *Hefendehl*: Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen, JZ 2004, 18 (20).
- 77 *Block*: Neue Regelungen zur Corporate Governance gemäß Sarbanes-Oxley Act, BKR 2003, 774 (783).

plicable to its principal financial officer and comptroller or principal accounting officer, or persons performing similar functions.

(b) CHANGES IN CODES OF ETHICS. – The Commission shall revise its regulations concerning matters requiring prompt disclosure on Form 8–K (or any successor thereto) to require the immediate disclosure, by means of the filing of such form, dissemination by the Internet or by other electronic means, by any issuer of any change in or waiver of the code of ethics for senior financial officers.

(c) DEFINITION. – In this section, the term “code of ethics” means such standards as are reasonably necessary to promote –

(1) honest and ethical conduct, including the ethical handling of actual or apparent conflicts of interest between personal and professional relationships;

(2) full, fair, accurate, timely, and understandable disclosure in the periodic reports required to be filed by the issuer; and

(3) compliance with applicable governmental rules and regulations.

(d) DEADLINE FOR RULEMAKING. – The Commission shall –

(1) propose rules to implement this section, not later than 90 days after the date of enactment of this Act; and

(2) issue final rules to implement this section, not later than 180 days after that date of enactment.

Wenngleich in der offenen Formulierung der Sec. 406 SOX noch kein unmittelbarer Anhaltspunkt für Whistleblowing zu finden ist, wurde dieser mit Erweiterung durch die SEC gegeben.⁷⁸ Danach sind in den Codes of Ethics auch Regelungen, die das Hinweisen auf Verhaltensweisen, die den Ethikrichtlinien des Unternehmens widersprechen, zu fördern.⁷⁹ Allerdings fehlen auch hier weitere Anzeichen für eine tatsächliche Ausgestaltung des Hinweissystems. Festzuhalten für die begriffliche Auseinandersetzung ist dagegen die qualitative Erweiterung des angezeigten Verhaltens. Gegenüber Sec. 301 und 806 SOX werden hier eben nicht nur Verstöße gegen Buchprüfungs- und Buchführungspflichten erfasst, sondern jeder Verstoß gegen Ethikrichtlinien.

In diesem Zusammenhang berücksichtigen die U.S. Sentencing Guidelines⁸⁰ – dies sind verbindliche Richtlinien auf Strafzumessungsebene, die bei Nachweis eines effektiven Compliance- und Ethikprogramms die Reduktion von Geldstrafen oder die Verhinderung von Auflagen vorsehen⁸¹ – ausdrücklich auch strafbares Verhalten als Grund des Hinweises.

78 *Regelin/Fisher*: Zum Stand der Umsetzung des Sarbanes-Oxley Acts aus deutscher Sicht, IStR 2003, 276 (283); SEC Final Rule, Release Nos. 33-8177, 23.01.2002.

79 *Bussmann/Matschke*: Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen – ein Vergleich zwischen den USA und Deutschland, wistra 2008, 88 (94).

80 www.ussc.gov (30.03.2010).

81 USSG § 8B 2.1.

B. Großbritannien

Die neben dem SOX weltweit wohl bekannteste Whistleblower-Regelung ist der Public Interest Disclosure Act (PIDA) von 1998 des United Kingdom (UK).⁸² Ebenfalls als Reaktion auf diverse Skandale, wenngleich nicht ausschließlich auf wirtschaftlicher Ebene, trat er am 01. Januar 1999 in Kraft⁸³ und ist Teil des UK employment law (Arbeitsrecht), da er den Employment Rights Act 1996 (ERA) hinsichtlich der Regelungen zum Schutz von Whistleblowern wesentlich änderte,⁸⁴ ohne den Begriff als solchen zu verwenden. Initiiert und wesentlich gefördert wurde der Whistleblower-Schutz durch die 1993 gegründete NGO (Non-Governmental Organization) Public Concern at Work, welche nach der Einführung des PIDA Privatpersonen wie Unternehmen in Sachen Whistleblowing berät.⁸⁵ Kontrolliert, beobachtet und regelmäßig bewertet wird die Umsetzung des PIDA von einem Beratungskomitee der Regierung, der Commission on Standards in Public Life (CSPL).⁸⁶ Als Regelung, die in Unternehmen zu Offenheit, Ehrlichkeit und Verantwortung und von einer hierarchischen Struktur zu einer partnerschaftlich geprägten führen soll, enthält PIDA weder eine direkte Verpflichtung zur Einrichtung von Whistleblower-Systemen (zur Korruptionsbekämpfung) noch zu einer Pflicht zum Hinweisgeben an sich.⁸⁷ Vielmehr stellt er eine arbeitsrechtliche Schutzvorschrift dar, wie sie auch in Deutschland diskutiert wurde. Es wird gar behauptet, es sei nicht mehr als das beamtenrechtliche Remonstrationsrecht geregelt.⁸⁸ Dennoch werden hilfreiche Hinweise zur Begriffsbestimmung des Whistleblowers geliefert.

Die Person des Hinweisgebers ist unter *all workers* zu finden. Darunter sind sowohl Arbeiter als auch Angestellte aus dem privaten und öffentlichen Bereich, Auszubildende, Heimarbeiter und Freiwillige sowie sog. *independent contractors* (unabhängige Vertragspartner) zu verstehen.⁸⁹ Allerdings müssen diese, um in den Genuss der Schutzvorschriften zu gelangen, in *good faith* (in gutem Glauben), worunter nach h.M. *honest belief* verstanden wird, und mit *reasonable belief* (aus vernünftigen Gründen) handeln.⁹⁰ Das angezeigte Verhalten (*protected disclosure*), sei es bereits geschehen, gegenwärtig oder noch bevorstehend, muss eine bestimmte Qualität (*qualifying disclosure*) aufweisen.⁹¹ In Betracht kommen Verletzungen straf-, zivil- oder öffentlich-rechtlicher Vor-

82 *Bürkle*: Weitergabe von Informationen über Fehlverhalten in Unternehmen (Whistleblowing) und Steuerung auftretender Probleme durch ein Compliance-System, DB 2004, 2158 (2158).

83 <http://www.pcaw.co.uk/law/uklegislation.htm> (30.03.2010).

84 *Myers*: Whistleblowing – The UK Experience, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 106.

85 Vgl. <http://www.pcaw.co.uk> (30.03.2010); *Donato*: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2009, S. 60.

86 *Schulz*: Whistleblowing in der Wissenschaft, Hamburg 2008, S. 294.

87 *Schulz*: Whistleblowing in der Wissenschaft, Hamburg 2008, S. 298.

88 <http://www.olev.de> (30.03.2010).

89 *Myers*: Whistleblowing – The UK Experience, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 107.

90 *Bürkle*: Weitergabe von Informationen über Fehlverhalten in Unternehmen (Whistleblowing) und Steuerung auftretender Probleme durch ein Compliance-System, DB 2004, 2158 (2158); *Donato*: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2009, S. 62.

91 Sec. 43B (1) ERA.

schriften, Fehlentscheidungen der Justiz, Handlungen, die eine Gefährdung der Gesundheit, des Lebens oder der Umwelt darstellen, und die vorsätzliche Verheimlichung solcher Umstände. Dabei ist eine bestimmte Abstufung der Anzeigemöglichkeiten einzuhalten.⁹² Von einer ersten internen Anzeige beim Arbeitgeber oder anderen verantwortlichen Personen (Sec. 43C ERA) über *legal adviser* (Sec. 43D ERA), *Minister of the Crown* (Sec. 43E ERA), *prescribed persons/regulatory bodies* (Sec. 43F ERA) bis hin zum Einschalten der Medien und insgesamt der Öffentlichkeit (Sec. 43 G und H ERA). Diese letzte Stufe ist nur unter weiteren Voraussetzungen zulässig: Es müssen objektive Anhaltspunkte vorliegen und es darf kein persönliches Interesse an der Anzeige bestehen. Des Weiteren muss ein erfolgloser Versuch bei einem *regulator* gegeben sein oder es wird von Repressalien aufgrund des Hinweises ausgegangen, die nicht bloße Vermutungen sind, oder es existiert keine Anzeigemöglichkeit, sodass das angezeigte Verhalten verdeckt würde.⁹³ Die prozessrechtliche Geltendmachung des Schutzes erstreckt sich sodann gem. Sec. 2 PIDA über die arbeitsrechtlichen Instanzen, wobei dies in der Regel sog. *unfair dismissal* (Kündigungsschutzklagen) betrifft.

C. Südafrika

Der südafrikanische Protected Disclosure Act (PDA) von 2000⁹⁴ richtet sich an bestimmte Hinweisgeber, nämlich Angestellte und Arbeiter aus dem öffentlichen wie privaten Sektor, die eine Bezahlung im weiteren Sinne erhalten. Ausgenommen sind *contractors*, bloße Auftragnehmer, Lieferanten bzw. Unternehmer. Dabei enthält das Gesetz eine genaue Definition, was unter *protected disclosures* zu verstehen ist.⁹⁵ Der Hinweis muss eine strafbare Handlung (*criminal offence*), rechtliches Fehlverhalten, Rechtsbeugung, eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit von Personen oder der Umwelt oder Diskriminierungen aufzeigen oder einen Bezug dazu aufweisen. Ähnlich dem PIDA differenziert auch der PDA nach dem Adressaten der Enthüllung. Grundsätzlich muss der Whistleblower von der Richtigkeit seines Hinweises überzeugt sein. Bei einem Hinweis, der über die Konsultierung eines *legal advisors* hinausgeht, ist zusätzlich, wie auch beim PIDA, *good faith* erforderlich.⁹⁶ Die Abstufung hinsichtlich des Adressaten des Hinweises ist dergestalt, dass je höher die Ebene ist, auf der sich der Whistleblower befindet, desto höher ist auch die Instanz des Adressaten. Geschützt ist der Hinweisgeber vor *occupational detriment* (arbeitsbezogenen Nachteilen).⁹⁷ Vertragliche Verschwiegenheitspflichten, welche im Widerspruch zum PDA stehen, sind nichtig. Die Einführung eines Hinweisgebersystems wird hingegen nicht gefordert.⁹⁸

92 Vgl. auch Transparency International: *Alternative to Silence*, Berlin 2009, S. 13.

93 *Schulz*: *Whistleblowing in der Wissenschaft*, Hamburg 2008, S. 295.

94 *Hunziker*: *Whistleblowing*, FS Hans Caspar von der Krone, 2007, S. 163 (168), Act. No. 26, 2000.

95 *Government Gazette* Vol. 422, No. 21453, S. 4, Rn. 5.

96 *Government Gazette* Vol. 422, No. 21453, S. 5, Rn. 45.

97 *Government Gazette* Vol. 422, No. 21453, S. 4, Rn. 45.

98 *Dimba/Stober/Thomson*: *The South African Experience*, in: *Whistleblowing around the World*, Kapstadt 2004, S. 151.

D. Australien

Anders ist dies für weite Bereiche Australiens. Trotz unterschiedlicher Gesetzgebung in den einzelnen Staaten ist die Einführung eines Whistleblower-Verfahrens zu einem großen Teil (Tasmanien, Western Australia, Victoria, Australian Capital Territory) obligatorisch.⁹⁹ Neben allgemeinen einzelstaatlichen Regelungen (Australian Capital Territory: Public Interest Disclosure Act 1994; New South Wales: Protected Disclosures Act 1994; Queensland: Whistleblowers Protection Act 1994; South Australia: Whistleblowers Protection Act 1993; Tasmanien: Public Interest Disclosures Act 2002) existieren auch spezielle Gesetze bezüglich des Whistleblowings als Mittel zur Korruptionsbekämpfung: der New South Wales Independent Commission Against Corruption Act 1988, Anti-Corruption Commission Act 1988 (Western Australia) und auf föderaler Ebene der Public Interest Disclosure Protection of Whistleblower Bill von 2002.¹⁰⁰ Die Anwendungsbereiche reichen vom öffentlichen Sektor, der primär geschützt sein soll, bis hin zum Whistleblower-Schutz als Jedermanns-Recht im privaten Sektor. Grundsätzlich werden auch anonyme Hinweise erfasst.¹⁰¹ Ebenso umfassend – dem PIDA angelehnt – ist die Art des angezeigten Verhaltens, wobei hier beruflich privilegierte Enthüllungen ausgenommen sind.¹⁰² Whistleblower genießen in Australien weitestgehend sowohl zivilrechtliche als auch strafrechtliche Immunität, soweit der Hinweis mit den rechtlichen Voraussetzungen konform geht und keine eigene Verwicklung in den Gegenstand des Hinweises vorliegt.¹⁰³ Die (arbeitsvertragliche) Pflicht zur Vertraulichkeit ist ebenfalls unter diesen Bedingungen aufgehoben. Auf der anderen Seite besteht seitens des Adressaten (*head of public body, specified regulatory or supervisory agencies/Ombudsmänner*; je nach Qualität des angezeigten Verhaltens) eine Geheimhaltungspflicht bezüglich aller Umstände des Hinweises. Ein Verstoß wird strafrechtlich verfolgt.¹⁰⁴ In gleicher Weise werden vorsätzlich oder leichtfertig falsche Hinweise geahndet. Grundsätzlich darf ein Hinweis nur in *honest belief* oder aus vernünftigen Gründen erfolgen.

E. Neuseeland

Entgegen der australischen Vielfältigkeit ähnelt die zentrale Gesetzgebung Neuseelands mit dem Protected Disclosure Act von 2000¹⁰⁵ stark dem PIDA des UK und der südafrikanischen Ausgestaltung des Whistleblower-Schutzes.¹⁰⁶ Abweichungen mit Relevanz für die Begriffsbestimmung sind insoweit nicht ersichtlich.

99 *Trott*: The Australasian Perspektive, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 124.

100 Parliament of Australia Research Note, 14 February 2005, no. 31, 2004–05, S. 1.

101 *Trott*: The Australasian Perspektive, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 132.

102 *Trott*: The Australasian Perspektive, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 130.

103 Parliament of Australia Research Note, 14 February 2005, no. 31, 2004–05, S. 3.

104 *Trott*: The Australasian Perspektive, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 128.

105 *Hunziker*: Whistleblowing, FS Hans Caspar von der Krone, 2007, S. 163 (168).

106 *Trott*: The Australasian Perspektive, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 126.

F. Sonstiges Europa

Mit Blick auf den römisch-rechtlich geprägten Rechtskreis Europas weisen insbesondere neue EU-Mitgliedsländer Schutzvorschriften für Personen auf, die Betrugshandlungen aufdecken.¹⁰⁷ Ungarn stellt Verhalten, welches diesem Schutz zuwiderläuft gar unter Strafe (Art. 257 Criminal Code). Die Effektivität ist jedoch äußerst fraglich.¹⁰⁸ Rumänien hat 2004 einen Whistleblower Protection Act (Nr. 571) erlassen.¹⁰⁹

Aber auch in Frankreich wurde mit Act. Nr. 2007–1598 (13.11.2007) Art. 9 eine Whistleblower-Regelung in den Code du travail (Art. 30 bis)¹¹⁰ eingefügt.¹¹¹

Art. 30 bis.

Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Auch hier wird *bonne foi* (guter Glaube) vorausgesetzt und das angezeigte Verhalten muss aus dem beruflichen Umfeld bekannt sein, d.h. Organisationsbezug aufweisen.

G. Sonstige Staaten

Gleichsam weniger bedeutend für die begriffliche Bestimmung des Whistleblowings, aber der Vollständigkeit wegen genannt, ist der südkoreanische Anti-Corruption Act von 2001¹¹², der japanischen Whistleblower Protection Act 2004¹¹³ – wobei hier der sog. J-SOX (Naibustousei), als interner Kontrollstandard der Financial Services Agency für Unternehmen dem SOX angelehnt,¹¹⁴ größeren Einfluss auf den Whistleblower-Schutz haben dürfte als vorgenannte Gesetze –, der Worker's Protection Act 1997 in Israel und der Whistleblower Protection Act 2001 von Ghana.¹¹⁵ Des Weiteren wurde am 03.03.2010 auch in Uganda ein Whistleblower-Schutzgesetz vom Parlament verabschiedet. Das Gesetz (Whistleblowers Bill) beinhaltet sowohl internes als auch externes

107 European Parliament Study, IPOL/D/CONT/ST/2005_58, N°PE 373.735, S. 27.

108 *Nuutila*: Whistleblowing, Exchange of Information and Legal Protection, in: *Cullen, Peter J.* (Hrsg.): *Enlarging the Fight against Fraud in the European Union: Penal and Administrative Sanctions, Settlement, Whistleblowing and Corpus Juris in the Candidate Countries*, Köln 2003, S. 255 (259).

109 Transparency International: *Alternative to Silence*, Berlin 2009, S. 9.

110 <http://www.legifrance.gouv.fr> (30.03.2010).

111 *Deiseroth/Derleder*: Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, 250.

112 *Hunziker*: Whistleblowing, FS Hans Caspar von der Krone, 2007, S. 163 (168).

113 Law. No. 122 of 2004.

114 „Naibutousei is Japanese for SOX“ (<http://kpmg.de-Themen1439.htm> [30.03.2010]).

115 *Wolff*: New Whistleblower Protection Laws for Japan, ZJapanR 2004, Nr. 17, 209 (210).

Whistleblowing gegenüber Regierungseinrichtungen. Ein Hinweis an die Medien oder die Öffentlichkeit wird nicht geschützt. Gutgläubige Whistleblower werden dabei von straf- und zivilrechtlichen Nachteilen freigestellt.¹¹⁶

H. Supranationale Ebene

I. UNO

Auf supranationaler Ebene hat die UNO in ihrer United Nations-Konvention gegen Korruption (UNCAC),¹¹⁷ die von Deutschland am 09.12.2003 unterzeichnet wurde, in Art. 33 eine Whistleblower-Regelung getroffen.

Article 33. Protection of reporting persons

Each State Party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention.

Sowohl hinsichtlich Verbindlichkeit als auch bezüglich der Beschreibung des Whistleblowers ist die Regelung sehr offen. Obwohl auch hier wieder *good faith* und *reasonable grounds* vorausgesetzt und Korruptionsdelikte (*offences established in accordance with this Convention*) als Gegenstand des Hinweises betrachtet werden, ist der Adressat uneindeutig, wobei Art. 6 UNCAC die Schaffung einer Anti-Korruptionsstelle vorsieht, die auch dem Whistleblowing dienlich sein könnte. Dabei ist externes Whistleblowing grundsätzlich möglich, eine Meldung an Medien ist davon jedoch ausgeschlossen. Die Hinweise können gem. Art. 13 Ziff. 2 UNCAC anonym erfolgen. Die Konvention differenziert grundsätzlich mit Art. 8 Ziff. 4 UNCAC zwischen speziellen, öffentliche Amtsträger betreffenden Regelungen und Vorschriften bezüglich des privaten Sektors (vgl. Art. 12 Ziff. 2 [b]).¹¹⁸ Allerdings gilt dies nicht für den hier interessanten Art. 33 UNCAC, sodass auf eine Anwendbarkeit im privaten und öffentlichen Sektor geschlossen werden kann.

Des Weiteren existiert ein sog. UNOToolkit,¹¹⁹ welches in Tool #33¹²⁰ („*Whistleblowers: Protection of persons who report corruption*“) den Grund der Hinweise noch erweitert, sodass Personen auch *civil offences* (insbesondere Vertragsbruch, Fahrlässigkeit; aber auch Verstöße gegen Verwaltungsrecht), Bedrohungen für die Gesundheit und Umwelt sowie Gesetzesverstöße und Justizirrtümer melden sollen.¹²¹ Im Toolkit wird die Bestrafung bei falschen und arglistigen Hinweisen der Whistleblower gefordert, was

116 <http://www.article19.org/pdfs/press/uganda-article-19-lauds-whistleblowers-bill.pdf> (03.03.2010).

117 http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf (30.03.2010).

118 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 27 f.

119 Das Toolkit ist eine Zusammenfassung der Beiträge der Teilnehmer bei der UNO Experten Konferenz Global Programme against Corruption im Frühjahr 2000, welches rechtlich unverbindliche Informationen zu verschiedenen Instrumenten (tools) gegen Korruption enthält.

120 Toolkit S. 448 ff.; http://www.unodc.org/unodc/en/corruption_toolkit.html (30.09.2009).

121 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 31.

zeigt, dass auch eine negative Intention durchaus unter den Begriff des Whistleblowers subsumiert wird bzw. grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist. So wird das Whistleblowing gar als zweischneidiges Schwert bezeichnet.¹²² Als Adressaten des Hinweises sind auch hier wieder zweistufig zunächst Personen innerhalb eines Unternehmens und so dann Institutionen außerhalb zu konsultieren. Ein direkter Hinweis nach außen ist wiederum unter bestimmten (strengen) Bedingungen statthaft.¹²³

Zudem hat das UN-Generalsekretariat am 19.12.2005 ein Bulletin für die UNO veröffentlicht, das am 01.01.2006 in Kraft trat¹²⁴ und durch das das Melden von Fehlverhalten, namentlich Verstöße von Mitarbeitern der UN gegen ihre Pflichten, insbesondere UN-Regelungen, aber auch Dienstanweisungen, gefördert werden soll. Es sollen auch Personen außerhalb der Einrichtung geschützt sein. Externes Whistleblowing ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt. Die Besonderheit dieses Bulletins ist in der Etablierung nicht nur eines Rechts zum Whistleblowing, sondern auch einer Pflicht hierzu zu sehen.

II. OECD

Die OECD-Konventionen gegen Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr, von Deutschland am 10.11.1998 ratifiziert und seit 15.02.1999 in Kraft, enthalten nur mittelbar Hinweise zum Whistleblowing. Anhand eines Fragebogens¹²⁵ wird die Existenz eines Hinweisgebersystems bei den Unterzeichnerstaaten geprüft. Die unverbindlichen Empfehlungen des Ministerrates zur Bekämpfung von Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr (1994) hingegen sehen schon die Installation eines Meldesystems vor; erfasst sind jedoch keine Meldungen von Personen ohne Bezug zu illegalem Verhalten.¹²⁶ In den OECD Guidelines for Multinational Enterprises (2000)¹²⁷ wurde Whistleblowing sodann als Melden von Verstößen gegen das Gesetz, gegen OECD-Richtlinien sowie gegen den unternehmensinternen Code of Conduct verstanden. Jene Meldungen sind an die Unternehmensführung bzw. das Management oder an die zuständige öffentliche Behörde zu richten.¹²⁸ Auch die OECD Principles of Corporate Governance (2004)¹²⁹ (Kapitel IV. The Role of Stakeholders in Corporate Governance) berücksichtigen das Hinweisen auf Missstände. Wenngleich es nicht in den Grundsätzen selbst, sondern lediglich in einem OECD Communiqué vom 22.04.2004¹³⁰ als Whistleblowing bezeichnet wird. Stakeholder und deren Vertreter sollen hiermit ermu-

122 Toolkit S. 451.

123 Toolkit S. 450.

124 ST/SGB/2005/21.

125 <http://www.oecd.org/dataoecd/9/35/2090000.pdf> (30.03.2010).

126 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 39.

127 <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf> (30.03.2010).

128 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, S. 40 (Ziff. 9).

129 <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf> (30.03.2010).

130 http://www.oecd.org/document/6/0,2340,en_2649_34855_31586822_1_1_1_37477,00.html (30.03.2010).

tigt werden, illegales und unethisches Verhalten innerhalb des Unternehmens dem Verwaltungsrat zu melden.¹³¹ Gemeint ist damit nur internes Whistleblowing.

III. Europäischer Rat

Weitere Whistleblower-Regelungen¹³², die internationale Konventionen sind, erwähnen The European Council Criminal Law Convention vom 27.01.1999¹³³ in Art. 22

Article 22 – Protection of collaborators of justice and witnesses

Each Party shall adopt such measures as may be necessary to provide effective and appropriate protection for:

- a. those who report the criminal offences established in accordance with Articles 2 to 14 or otherwise co-operate with the investigating or prosecuting authorities;
- b. witnesses who give testimony concerning these offences.

und The European Council Civil Law Convention vom 04.11.1999¹³⁴ in Art. 9

Article 9 – Protection of employees

Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities.

Allerdings wurde keine der Konventionen bisher von Deutschland ratifiziert.¹³⁵ Angezeigt werden sollen hierbei korrupte Praktiken und Vorgänge. Voraussetzung des Schutzes ist wiederum *good faith* oder *reasonable grounds*. Dabei ist ausdrücklich beschrieben, dass die Meldung nicht als Verletzung der Geheimhaltungspflicht gewertet werden darf, was in Anbetracht der materiell-rechtlichen Würdigung des Whistleblowings höchst interessant ist.¹³⁶

IV. Europarat

Des Weiteren enthält der Model Code of Conduct for Public Officials No. Rec (2000) 10 vom 11.05.2000 des Europarates¹³⁷ in Art. 12 eine Meldepflicht für Amtsträger. Bei Wissen um gesetzeswidriges, unethisches Verhalten oder Verletzungen von Bestimmungen des Verhaltenskodexes, welches im Zusammenhang mit der Amtsausübung steht, ist ein zweistufig ausgestaltetes Meldesystem zu durchlaufen. Zunächst ist die zuständige Behörde der Adressat; auf zweiter Stufe ist sodann der Chef der Verwaltungseinheit zurate zu ziehen.¹³⁸

131 OECD Principles of Corporate Governance, S. 21.

132I CC Guidelines on Whistleblowing, S. 3 (http://icc-deutschland.de/fileadmin/ICC_Dokumente/GuideICCWhistleblowing.pdf [30.03.2010]).

133 CETS No. 173.

134 CETS No. 174.

135 Stand März 2010.

136 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 45.

137 <http://www.greco.coe.int/IndexF.htm> (30.03.2010).

138 Model Code of Conduct for Public Officials, S. 9.

V. Europäische Union

Weiterhin enthält die EU in ihren Staff Regulations of Officials of the European Union¹³⁹ in Art. 21a, 22a und 22b Whistleblower-Vorschriften,¹⁴⁰ die seit 1999 als Commission Decisions außerhalb der Staff Regulations existierten, wegen zunehmender Bedeutung aber 2004 an jetziger Stelle implementiert wurden.

In Abgrenzung zu anderen Regelungen ist hier die gute Gesinnung des Hinweisgebers besonders hervorgehoben. Adressat des Hinweises soll der unmittelbare Vorgesetzte oder der Generaldirektor sein. Grund für eine Anzeige können illegale Aktivitäten sein, die sich nachteilig auf die Gemeinschaftsinteressen auswirken, und ernsthafte Verstöße gegen berufliche Pflichten anderer Mitarbeiter, wobei hier weitere Einschränkungen bezüglich der Schwere des Verstoßes der Disziplinarordnung zu entnehmen sind. Hinweise können auch außerhalb der Kommission, aber nur innerhalb der EU-Institutionen erfolgen.¹⁴¹ Auch hier ist das Melden von genannten Missständen gleichsam Recht und Pflicht. Die klageweise Durchsetzung einer Überprüfung des Hinweises gem. Art. 90 Abs. 2 und 91 Abs. 1 ist jedoch nur bei persönlicher Betroffenheit zulässig.¹⁴²

Die Gruppe für den Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (sog. Art. 29-Datenschutzgruppe¹⁴³), die durch die Richtlinie 95/46/EG¹⁴⁴ des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24.10.1995 eingesetzt und auf die Art. 29, 30 Abs. 1c und Abs. 3 dieser Richtlinie gestützt wurde, hat eine Stellungnahme¹⁴⁵ mit Leitlinien für die datenschutzkonforme Umsetzung interner Whistleblower-Systeme herausgegeben, die in Anbetracht der Umsetzung der Richtlinie in Deutschland im Kapitel „Rechtslage in Deutschland“ thematisiert wird.¹⁴⁶

VI. Transparency International

Transparency International hat in den Business Principles for Countering Bribery: Guidance Document (Issue III November 2004)¹⁴⁷ unter 6.5.1 (Raising concerns and seeking guidance) folgende Regelung getroffen:

„To be effective, the Programme should rely on employees and others to raise concerns and violations as early as possible. To this end, the enterprise should provide

139 http://ec.europa.eu/civil_service/docs/special_advisers/annexe1_c_2007_6655_en.pdf (30.03.2010).

140 Vgl. **Anhang**, 2. Kap.

141 European Parliament: Whistleblowing Rules: Best Practice; Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions, Study; IPOL/D/CONT/ST/2005_58, S. 42 ff.

142 Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, 22.03.2006, T-4/05, in: Sammlung der Rechtsprechung – Öffentlicher Dienst 2006, Seite I-A-2-00083, Seite II-A-2-00361.

143 Zusammengesetzt aus den Datenschutzbeauftragten der 25 EU-Mitgliedsstaaten, dem Europäischen Datenschutzbeauftragten und einem nicht stimmberechtigten Vertreter der Europäischen Kommission.

144 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:de:html> (30.03.2010).

145 http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_de.pdf (30.03.2010).

146 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap.

147 http://www.transparency.org/building_coalitions/private_sector/business_principles/dnld/business_principles2.pdf (30.03.2010).

secure and accessible channels through which employees and others should feel able to raise concerns and report violations (“whistleblowing”) in confidence and without risk of reprisal.“¹⁴⁸

Eine Erläuterung zur Begrifflichkeit des Whistleblowings findet sich eine Seite weiter:

„‘Whistleblowing’ is specifically the sounding of an alarm by an employee, Director, or external person, aiming to reveal neglect or abuses within the organisation’s activities or that of one of its business partners that threaten public interest, the integrity of an enterprise’s Programme and the reputation of the enterprise.“¹⁴⁹

Anlass des Hinweises können demnach neben Gefahren gegen öffentliche Interessen schon Nachlässigkeiten und Missbräuche innerhalb des Unternehmens sein. Gemeldet werden kann von Arbeitnehmern, aber auch externen Personen. Eine Anmerkung bezüglich einer notwendigen Intention fehlt in der Definition, wird jedoch später impliziert, indem bei einem Meldesystem vorausgesetzt werden soll, dass es gleichsam schützt, aber auch falsche und böswillige Hinweise verhindern soll.¹⁵⁰

VII. ICC

Die Internationale Handelskammer (International Chamber of Commerce; ICC) hatte zunächst in ihren Rules of Conduct to Combat Extortion and Bribery (1977)¹⁵¹ nur eine Pflicht zur Meldung von Bestechungsversuchen etabliert (Art. 7), ist aber mittlerweile in ihren ICC Guidelines on Whistleblowing¹⁵² ausführlich auf das Whistleblowing eingegangen, wobei eine begriffliche Klarstellung unter 2) (i) und (ii) zu finden ist.¹⁵³ Im Rahmen von Whistleblower-Schutzvorschriften wird hinsichtlich des personalen Schutzbereichs vorgeschlagen, alle Angestellten des Unternehmens und der Tochterunternehmen sowie sämtliche Zulieferer und Verbraucher einzubeziehen. Gemeldet werden sollen Verstöße gegen anwendbares Recht, gegen Codes of Conduct, ICC Combating Extortion and Recommendations, wenn das Unternehmen ohne weiteres Handeln hierdurch ernsthaft geschädigt werden könnte. Vorausgesetzt ist *bona fide*, wobei Hinweise mit negativer Intention dennoch als Whistleblowing bezeichnet werden.¹⁵⁴ Zum Adressaten der Meldung heißt es lapidar: zuständige Person(en).

3. Kapitel: Rechtslage in Deutschland

In der Bundesrepublik Deutschland existieren sowohl gesetzliche Normierungen als auch zahlreiche Rechtsprechung, die den Hinweisgeber-Schutz im weitesten Sinne thematisieren und deswegen für die Begriffsbestimmung herangezogen werden können.

148 Business Principles for Countering Bribery: Guidance Document, S. 50.

149 Business Principles for Countering Bribery: Guidance Document, S. 51.

150 Business Principles for Countering Bribery: Guidance Document, S. 52.

151 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 52 f.

152 Vgl. oben.

153 ICC Guidelines on Whistleblowing, S. 5.

154 ICC Guidelines on Whistleblowing, S. 6.

A. Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung befasst sich mit dem Hinweisgeber im weitesten Sinne zum einen auf dem Gebiet des Privatrechts, zum anderen aber auch im öffentlich-rechtlichen Bereich, welcher weitaus weniger Beachtung findet. Unter die Formel „Flucht in die Öffentlichkeit“ wird das Verhalten eines Beamten/Soldaten subsumiert, welcher sich, um (vermeintliche) Missstände aufzudecken, an die Öffentlichkeit wendet.¹⁵⁵ In allen zitierten Entscheidungen wurde das Verhalten als (schweres) Dienstvergehen erachtet, wobei die Ausübung des Petitionsrechts nach Art. 17 GG ausdrücklich vorbehalten wird. Begründet werden die Feststellungen zunächst mit dem Inhalt und der Form des jeweiligen Hinweises. Ironische Fragen, Beleidigungen, Anschwärmungen¹⁵⁶ oder herabsetzende Kritik¹⁵⁷ seien tadelnswert und erschwerten den Vorwurf des Verstoßes gegen die Amtsverschwiegenheit, welche eine rechtsstaatlich einwandfreie, zuverlässige und unparteiische Arbeit und ein einwandfreies Funktionieren des öffentlichen Sektors gewährleiste. Der innerdienstliche Meinungsbildungs- und Entscheidungsprozess dürfe nicht mit der Gefahr sachfremder Einwirkungen als Resultat eines Ganges an die Öffentlichkeit belastet werden. Es gelte das Gebot der Effektivität, Nützlichkeit und an Sachlichkeit orientierter Verwaltung.¹⁵⁸ Interessant für die Begriffsbestimmung des Whistleblowings ist dabei die Feststellung, dass – unabhängig vom öffentlichen Interesse am Inhalt des Hinweises¹⁵⁹ – die Nichteinhaltung des Dienstweges als wesentlich erachtet wird. Verwiesen wird dabei in BVerfGE 28, 191 auf die wörtlich als solche bezeichnete „Stufentheorie“ des BGH, welche die Berechtigung zum Gang in die Öffentlichkeit in Verhältnis zur Schwere des Vorwurfs stellt und damit stark an die Regelungen des PIDA erinnert. Die dem Hinweisgeber nach der Organisation des demokratischen Rechtsstaates zu Gebote stehenden Möglichkeiten müssten unter Berücksichtigung der individuellen Möglichkeit und Zumutbarkeit zuerst ausgeschöpft werden.¹⁶⁰ Auf erster Stufe sei der Vorgesetzte zu konsultieren, sodann – je nach Standpunkt – die nächsthöhere Dienstebene bis hin zum zuständigen Minister und letztendlich stünde die Ausübung des Petitionsrechts gem. Art. 17 GG zur Verfügung.

So restriktiv diese Entscheidungen auch klingen mögen, das Bundesverfassungsgericht hält ausdrücklich schon 1970 fest:

*„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 freiheitlich demokratischen Grundordnung.“*¹⁶¹

155 BDHE 1, 25; 1, 32; 6, 94; Urteil des BVerwG vom 27.04.1983 – 1 D 54.82; BVerfGE 28, 191; BVerwG NVwZ 1990, 762.

156 BDHE 1, 32 (33).

157 BVerwG NVwZ 1990, 762.

158 Urteil des BVerwG vom 27.04.1983 – 1 D 54.82, S. 82.

159 BDHE 6, 94.

160 BVerfGE 28, 191 (205).

161 BVerfGE 28, 191 (202).

Privatrechtliche Entscheidungen können in Klagen im Rahmen des Kündigungsschutzes, Schadensersatzklagen und der Klagen zur Geltendmachung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrates bei der Installierung von Whistleblower-Regelungen innerhalb eines Code of Conduct unterteilt werden, wobei Letztere nicht für die Begriffsbestimmung, sondern für die thematische Vollständigkeit innerhalb der Rechtsprechung aufgeführt werden. Dabei ist bei Einführung einer Hotline zur Meldung von Missständen – insbesondere bei Verstößen gegen den unternehmensinternen Code of Conduct, und damit bei Überschreiten der Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Treuepflicht – die betriebliche Ordnung im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betroffen, sodass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht.¹⁶²

Für die begriffliche Abgrenzung interessanter ist die im Rahmen einer Schadensersatzklage festgestellte Pflicht des Arbeitnehmers zur Meldung von Unregelmäßigkeiten an den Arbeitgeber, sofern der Arbeitnehmer zur Überwachung und Kontrolle anderer angestellt ist. Es handele sich dabei nicht um Anschwärzen der Kollegen, sondern um eine arbeitsvertragliche Pflicht, wenn Gefahren für den Arbeitgeber erkennbar sind.¹⁶³ Das Erstellen einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber begründet hingegen keine Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers gem. § 823 Abs. 2 BGB, solange dieser subjektiv redlich gehandelt, d.h. keine bewusst unwahre oder leichtfertig ehrverletzende Behauptung im Rahmen des sozial Adäquaten getätigt hat. Grenzen seien in § 164 StGB und § 469 StPO zu sehen.¹⁶⁴

Weit zahlreicher sind jedoch die Kündigungs(schutz)klagen. Infrage stand dabei immer, unter welchen Umständen eine Kündigung wirksam war, die aufgrund eines Hinweises des Arbeitnehmers erfolgte. Bei Ausübung des Petitionsrechtes nach Art. 17 GG, um auf Missstände aufmerksam zu machen, sei eine Kündigung unwirksam, solange keine sachfremden Ziele verfolgt werden.¹⁶⁵ Ebenso umfasse das Recht aus Art. 17 GG, gewisse Gesetzeswidrigkeiten oder Fehlverhalten mittels Hinweises von der zuständigen Behörde überprüfen zu lassen.¹⁶⁶ Im sog. „Hackfleisch-Fall“, bei dem eine Mitarbeiterin der Hackfleisch-Abteilung mehrmals das Umdeklarieren alten Hackfleischs mit neuem Datum beobachtete, dies dem Personalleiter meldete, der aber mit Abmahnung und Kündigung drohte, sodass die Mitarbeiterin den der Polizei zugeordneten Wirtschaftskontrolldienst einschaltete, entschied das LAG Baden-Württemberg, dass die darauf folgende Kündigung nicht rechtmäßig sei. Wer im Sinne des Schutzes von Leben und Gesundheit eine Anzeige tätige, vermeide damit auch Gefahren für das Vermögen des Arbeitgebers. Auf eine interne Meldung könne dann verzichtet werden, wenn von einer Billigung der Missstände durch die Unternehmensführung ausgegangen werden kann.¹⁶⁷ Die Ausschöpfung aller innerbetrieblichen Maßnahmen wurde in einer anderen

162 LAG Düsseldorf DB 2006, 162.

163 BAG NJW 1970, 1861.

164 BVerfGE 74, 257.

165 BAG BB 1970, 1176.

166 LAG Düsseldorf DB 1974, 2164.

167 LAG Baden-Württemberg NZA 1987, 756.

Entscheidung¹⁶⁸ als notwendige Voraussetzung für das Erstellen einer Anzeige erachtet. Ein Kraftfahrer stellte an einem ihm zugeteilten LKW eine mangelnde Verkehrstüchtigkeit fest (Reifenmängel) und versuchte vergeblich seinen Arbeitgeber zu veranlassen, die Verkehrstüchtigkeit wieder herzustellen. Daraufhin stellte er den LKW der Polizei vor, welche die Weiterfahrt umgehend untersagte. Die Kammer stellte hierzu fest, dass derjenige, der für Sicherheit zumindest mitverantwortlich ist, berechtigt sei, bei Gefahren für sich und die Allgemeinheit Anzeige zu erstatten. Auch anderweitig wurde entschieden, dass die Strafanzeige als staatsbürgerliches Recht jeden Arbeitnehmer berechtigt, einen Hinweis zu geben, unabhängig vom Ausgang des Strafverfahrens, solange keine unwahren oder leichtfertigen Angaben gemacht werden.¹⁶⁹ An die „Stufentheorie“ erinnernd, wird in dieser Entscheidung weiter anerkannt, dass eine innerbetriebliche Lösung bei schweren Vorwürfen oder bei Straftaten des Arbeitgebers selbst nicht zwingend sei. Ebenso dürfen dem Arbeitnehmer bei Erfüllung der allgemeinen Zeugenpflicht keine zivilrechtlichen Nachteile entstehen, sofern dieser keine haltlosen Vorwürfe aus verwerflichen Motiven erhebt.¹⁷⁰

Die Kündigung wurde jedoch in Fällen einer leichtfertigen¹⁷¹ oder auch unsubstanzierten Anzeige „ins Blaue hinein“¹⁷² oder eines Hinweises aus Rache, um den Arbeitgeber „fertigzumachen“, mit vorheriger Drohung¹⁷³ als rechtmäßig beurteilt. Gleiches gilt bei einer nicht schützenswerten Motivation, wenn nämlich die eigenen Angaben nicht hinreichend überprüft wurden, ein rational denkender, verständiger Dritter diese nicht ohne Einholung von Rechtsrat gemacht hätte¹⁷⁴ und keine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Vorwürfen erfolgte.¹⁷⁵ Als unverhältnismäßige Reaktion ist ein Hinweis an die Gewerkschaft und damit mittelbar an das Gewerbeaufsichtsamt gesehen worden, wenn andere Maßnahmen noch zur Verfügung stehen.¹⁷⁶ Eine innerbetriebliche Klärung ist auch nach dem LAG Berlin bei Möglichkeit und Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer vorzugswürdig.¹⁷⁷ Denn trotz wahrheitsgemäßer und nicht leichtfertiger Angaben können weiter Umstände eine Kündigung rechtfertigen. Indizien für eine in diesem Sinne unverhältnismäßige Reaktion des Arbeitnehmers seien seine Berechtigung, Motivation und die innerbetriebliche Auseinandersetzung.¹⁷⁸

168 LAG Köln NZA-RR 1996, 330; betitelt mit „Kündigungsrechtfertigende Anschwärtzung des Arbeitgebers“.

169 BAG NJW 2007, 2204.

170 BVerfG NJW 2001, 3474.

171 LAG Hessen DB 1991, 2346.

172 LAG Berlin ArbuR 2007, 51.

173 Urteil des BAG vom 04.07.1991 – 2 AZR 80/91.

174 Urteil des LAG Rheinland-Pfalz vom 24.10.2007 – 7 Sa 451/07.

175 Urteil des BAG vom 18.05.2004 – 9 AZN 653/03.

176 Urteil des LAG Baden-Württemberg vom 20.10.1976 – 6 Sa 51/76.

177 LAG Berlin ArbuR 2007, 51.

178 NJW 2004, 1547; betitelt mit „Verhaltensbedingte Kündigung – Whistleblowing“.

B. Gesetzliche Normierungen

Die Rechtsprechung zu Personen, die Hinweise geben, Anzeigen erstatten bzw. auf Missstände aufmerksam machen, wird flankiert von Vorschriften aus ähnlichem thematischem Umfeld.¹⁷⁹

I. Grundrechte

Wie in den oben aufgezählten Urteilen schon angedeutet, könnte sich Whistleblowing begrifflich somit aus der Ausübung der Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG und des Petitionsrechts nach Art. 17 GG ergeben. Dabei wäre das Hinweisen auf einen Missstand jeglicher Art als Meinung entsprechend des Grundrechts zu verstehen. Meinung im engeren Sinne sind jedoch nur Werturteile; Tatsachenbehauptungen, d.h. dem Beweis zugängliche Umstände, allerdings ebenso, wenn sie Voraussetzung für die Bildung einer Meinung sind.¹⁸⁰ Wobei Tatsachenbehauptungen einen geringeren Schutz genießen.¹⁸¹ Ebenso wenig wie bei Art. 17 GG sind allerdings ein anonymes Hinweis sowie erwiesene oder bewusst unwahre Angaben geschützt.¹⁸²

Träger beider Grundrechte – und damit berechtigt – sind alle natürlichen Personen.¹⁸³ Ein konkreter Adressat ist nur in Art. 17 GG bestimmt. Petitionen können an die Volksvertretung, d.h. den Bundestag, die Länder-, Gemeinde- und Kreisparlamente und die zuständigen Stellen gerichtet werden. Unter zuständigen Stellen sind alle anderen Stellen und Behörden öffentlich-rechtlicher Einrichtungen zu verstehen.¹⁸⁴ Die Inhalte der Meinung bzw. der Petition sind im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 GG durch Art. 5 Abs. 2 GG und bezüglich Art. 17 GG gegenüber anderen Verfassungsgütern beschränkt. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist auch das auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG gegründete Recht auf Anzeigeerstattung und Teilnahme an einem rechtsstaatlichen Strafverfahren, dessen Grenzen im Rahmen der Rechtsprechung gezeigt wurden, zu erwähnen.

II. Beamtenstatusgesetz

Auch das am 01. April 2009 in Kraft getretene, das bisherige Beamtenrechtsrahmengesetz ablösende Beamtenstatusgesetz¹⁸⁵ weist mit § 37 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BeamStG

179 Die hier dargestellten Vorschriften sind nicht als abschließende Aufzählung zu verstehen, sondern im Lichte der Relevanz für die Begriffsbestimmung.

180 BVerfGE 94, 1 (7); 61, 1 (8); 65, 1 (41).

181 Jarass, in: *Jarass/Pieroth*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 5, Rn. 76.

182 Gänßle: Der Whistleblower im Spannungsfeld zwischen Korruptionsbekämpfung und arbeitsrechtlichen Pflichten, KJ 2007, 265 (269); Pieroth/Jarass, in: *Jarass/Pieroth*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 17, Rn. 4; BAG NJW 2004, 1547 (1549).

183 Jarass, in: *Jarass/Pieroth*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 5, Rn. 8 und Pieroth/Jarass, in: *Jarass/Pieroth*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 17, Rn. 8.

184 Pieroth/Jarass, in: *Jarass/Pieroth*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 17, Rn. 6.

185 Dillenburger: Das Beamtenstatusgesetz als neues Beamtenbundesrecht für die Beamtinnen und Beamten der Länder, NJW 2009, 1115 (1115).

eine als Whistleblower-Regelung verstandene Norm auf.¹⁸⁶ Berechtig sind dabei denknotwendig Beamte. Gegenstand des Hinweises kann jedoch nur eine Korruptionsstraftat nach §§ 331 ff. StGB sein. Der durch Tatsachen begründete Verdacht einer solchen Tat genügt. Als mögliche Adressaten der Anzeige sind die zuständige oberste Dienstbehörde, eine Strafverfolgungsbehörde, durch Landesrecht bestimmte weitere Behörden oder außerdienstliche Stellen aufgezählt, wobei die Deutung Letzterer offenbleibt und der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen ist. Daneben existiert das Remonstrationsrecht eines jeden Beamten, welches ursprünglich in § 38 Abs. 2 BRRG geregelt war und nunmehr in § 36 Abs. 2 BeamtStG formuliert ist. Bei Bedenken hinsichtlich der Rechtmäßigkeit einer dienstlichen Anordnung ist der Dienstweg einzuhalten. Erst bei Bestätigung der Anordnung kann der nächsthöhere Vorgesetzte eingeschaltet werden.

III. Kontrollgremiumgesetz

Das ebenfalls erst 2009 in Kraft getretene Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes (Kontrollgremiumgesetz – PKGrG)¹⁸⁷ trifft in § 8 Abs. 1 eine Regelung zum Umgang mit Hinweisen von Angehörigen der Nachrichtendienste. Beschränkt sind die *Eingaben*, so die amtliche Überschrift, allerdings auf dienstliche Angelegenheiten. Der Hinweis darf nicht in eigenem oder im Interesse eines anderen Angehörigen der Behörde erfolgen. Der Dienstweg muss dabei nicht eingehalten werden, der Empfänger der Eingabe ist das Parlamentarische Kontrollgremium. Gleichzeitig ist eine Mitteilung an die Leitung des betroffenen Dienstes zu machen. Eine Weiterleitung an die Bundesregierung erfolgt durch das Parlamentarische Kontrollgremium.

IV. Datenschutzrecht

Das Whistleblowing könnte auch begrifflich durch das Datenschutzrecht an Grenzen stoßen. Bei jeder Anzeige im Rahmen eines betriebsinternen Hinweisgebersystems, welche das persönliche Verhalten eines Betriebsangehörigen betrifft, handelt es sich um personenbezogene Daten gem. § 3 Abs. 1 BDSG, deren Erhebung, Verarbeitung und Nutzung an bestimmte Voraussetzungen zum Schutz der angezeigten Person geknüpft sind.¹⁸⁸ Je nach Gegenstand des Hinweises kann dies dennoch über § 28 Abs. 1 BDSG zulässig sein.¹⁸⁹ Mit Blick auf die datenschutzrechtlichen Prinzipien der Fairness und Transparenz ist dabei jedoch das anonyme Anzeigen problematisch. § 4 Abs. 2 BDSG macht deutlich, dass dem Betroffenen grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet werden muss, über personenbezogene Daten selbst zu entscheiden. Insbesondere bei zu Unrecht erfolgten Hinweisen ist eine nachträgliche Mitteilung an den Betroffenen über den Informanten oder gar Rückfragen bei noch nicht hinreichend begründeten Vorwürfen aus-

186 *Faust*: Verwaltung zwischen Transparenz und dienstlicher Diskretion. Beamtenstatusgesetz ermöglicht das sog. „Whistleblowing“. In: *Innovative Verwaltung 2009*, S. 22.

187 Artikel 1 G. v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2346; Geltung ab 04.08.2009.

188 *Gola*, in: *Gola/Schomerus*: BDSG, 9. Auflage, 2007, § 3, Rn. 2.

189 *Gola*: Arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte eines internen „Whistle-blowing“, *ZBVR online* 2006, 17 (18 f.).

geschlossen.¹⁹⁰ Deswegen hat schon die „Art. 29-Datenschutzgruppe“ in ihrer Stellungnahme dazu geraten, zwar Vertraulichkeit hinsichtlich der Anzeigen zu garantieren, nicht aber Anonymität.¹⁹¹ Des Weiteren sollten sowohl der zum Whistleblowing Berechtigte als auch der Kreis der möglichen Adressaten begrenzt werden.¹⁹² Die Stellungnahme versteht sich jedoch an sich schon als nur vorläufige und als die datenschutzrechtlichen Friktionen mit den Anforderungen des Sarbanes-Oxley Act (Rechnungslegungs- und Wirtschaftsprüfungsangelegenheiten) betreffend.¹⁹³ Dabei sind Verfahren zur Meldung von Missständen auf anderen Gebieten, wie Humanressourcen, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, Umweltschäden oder -gefahren und Straftaten, ausdrücklich ausgeklammert.¹⁹⁴

V. *BImSchG, WHG, KrW-/AbfG*

Die §§ 53 ff. BImSchG, §§ 21a ff. WHG und §§ 54 ff. KrW-/AbfG sehen jeweils ein fast identisch ausgestaltetes Anzeigerecht (und eine Anzeigepflicht) des Immissionschutz- (§ 54 BImSchG), Störfall- (§ 58b BImSchG), Gewässerschutz- (§ 21b WHG) und des Abfallbeauftragten (§ 55 KrW-/AbfG) im Rahmen der Aufgabenzuteilung der beauftragten Personen vor. Gegenstand des Hinweises sind Mängel innerhalb der zu beobachtenden Schutzmaßnahmen. Empfänger der Eingaben sind hierbei die zur Gewährleistung des Schutzes verpflichteten Betreiber bzw. Benutzer. Da die Beauftragten zum Teil auch Arbeitnehmer sein können, ist ein Benachteiligungsverbot vorgesehen (vgl. §§ 58, 58d BImSchG).

VI. *Gefahrenstoffverordnung*

Ein Benachteiligungsverbot sah auch § 21 Abs. 6 GefStoffV 1993 als erste Norm dieser Art vor:¹⁹⁵ Nachteile durften dem Arbeitnehmer nicht entstehen, wenn er sich nach Ausschöpfung aller innerbetrieblichen Möglichkeiten und nach erfolgloser Beschwerde beim Arbeitgeber unmittelbar an die für die Überwachung zuständigen Stellen gewandt hatte. Grund der Beschwerde durfte dabei nur eine Überschreitung der maßgeblichen Gefahrstoffwerte sein.

VII. *Arbeitsrecht*

Ein weiteres außerbetriebliches – wengleich nicht die Öffentlichkeit umfassendes – Beschwerderecht sieht § 17 Abs. 2 ArbSchG¹⁹⁶ vor. Bei Nichtabhilfe von Meldungen, zu denen die Beschäftigten gem. § 16 ArbSchG verpflichtet sind, dürfen diese sich an die zuständige Behörde wenden. Zuständige Behörde ist in diesem Fall das Gewerbe-

190 Gola: Arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte eines internen „Whistle-blowing“, ZBVR online 2006, 17 (19).

191 Vgl. oben.

192 Wisskirchen/Körper/Bissels: „Whistleblowing“ und „Ethikhotlines“, BB 2006, 1567 (1569).

193 Vgl. oben.

194 Vgl. oben.

195 Oppenauer, in: Kollmer: Arbeitsschutzgesetz, München 2005, § 17, Rn. 25.

196 Umsetzung der Richtlinie 89/391/EWG.

aufsichtsamt oder der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung.¹⁹⁷ Grund für die Meldung kann eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit der Beschäftigten sein. Diese ist nicht objektiv zu bestimmen, vielmehr muss aus Sicht des Beschäftigten eine konkrete Gefahr gegeben sein, die bei ungehindertem Fortlauf in einen Schaden münden kann. Tatsachen, welche den Verdacht erhärten, sind erforderlich.¹⁹⁸ Berechtigter zur Meldung ist jeder Beschäftigte, d.h. nach § 2 Abs. 2 ArbSchG auch Beamte, Richter, Soldaten etc., welcher persönlich betroffen ist, was jedoch sehr weit ausgelegt wird.¹⁹⁹

Die persönliche Betroffenheit ist zudem charakteristisch für das Anhörungsrecht eines jeden Arbeitnehmers aus § 82 Abs. 1 BetrVG und den Beschwerderechten aus § 84 BetrVG und § 13 AGG, welche im Zusammenhang mit Whistleblowing oftmals diskutiert werden.²⁰⁰ Soweit keine subjektiv empfundene individuelle Benachteiligung geltend gemacht wird, so zum Beispiel bei ungenügender Umsetzung von Sicherheitsstandards, sind die Vorschriften nicht einschlägig.²⁰¹ Adressat der Beschwerde nach § 84 BetrVG sind die zuständigen Stellen des Betriebes und damit in der Regel der unmittelbare Vorgesetzte, insofern nichts anderes vereinbart ist (§ 86 Satz 1 BetrVG).²⁰²

Im Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht ist noch zu erwähnen, dass der Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches aus dem Jahre 1977²⁰³ in § 78 folgende Regelung zum Informationsschutz enthielt.

§ 78 Abhilfe bei drohenden Schäden und Gesetzesverstößen

(1) Drohen Menschen, Sachwerten oder der Umwelt aus dem Betrieb Schäden oder werden Strafgesetze oder Arbeitsschutzvorschriften verletzt, so hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor der Einschaltung der zuständigen außerbetrieblichen Stellen zur Abhilfe aufzufordern. Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung nicht nach, so kann sich der Arbeitnehmer an die zuständigen Stellen wenden.

(2) Der Arbeitnehmer darf sich unmittelbar an die zuständigen außerbetrieblichen Stellen wenden, wenn

a. dem Arbeitnehmer, Menschen, Sachwerten oder der Umwelt unverhältnismäßige Nachteile drohen und eine Aufforderung nicht oder nicht rechtzeitig zur Abhilfe führen würde,

b. der Arbeitgeber im Zusammenhang mit dem Betrieb eine nicht nur auf Antrag verfolgbare Straftat begangen hat.²⁰⁴

197 Kollmer, in: Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung, 55. Ergänzungslieferung, 2009, § 17 ArbSchG, Rn. 10.

198 Kollmer, in: Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung, 55. Ergänzungslieferung, 2009, § 17 ArbSchG, Rn. 8.

199 Kollmer, in: Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung, 55. Ergänzungslieferung, 2009, § 17 ArbSchG, Rn. 9.

200 Beispielsweise Deiseroth/Derleder: Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, 248 (249).

201 Nebendahl/Lunk: Die Zuständigkeit der Einigungsstelle bei Beschwerden nach § 85 Abs. 2 BetrVG, NZA 1990, 676 (677).

202 ErfK-Kania, 10. Auflage, München 2010, § 84 BetrVG, Rn. 6.

203 Schaub/Koch: Arbeitsrecht A–Z, 18. Auflage, München 2009, Einführung.

204 Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zur beabsichtigten Regelung des Informationsschutzes für Arbeitnehmer in § 612a BGB vom 04.07.2008, S. 5 (im Folgenden: Stellungnahme Verfasser; ab-

VIII. Compliance

Whistleblowing wird zunehmend als geeignete Maßnahme oder möglicher Inhalt von (gesetzlichen) Compliance-Regelungen ins Spiel gebracht.²⁰⁵ Compliance bedeutet zunächst „nur“ die Einhaltung von rechtlichen Geboten, umfasst aber innerhalb eines Unternehmens ein Bündel verschiedener Maßnahmen.²⁰⁶ Die konkrete Ausgestaltung, insbesondere die Abgrenzung bzw. Symbiose zu anderen Unternehmensstrukturen, wie zum Beispiel Risikomanagement und Corporate Governance, soll hier jedoch nicht diskutiert werden. Die Einführung von Whistleblowing als eine mögliche Maßnahme im Rahmen eines Compliance-Systems wird gesetzlich jedenfalls nicht gefordert. § 91 Abs. 2 AktG (§ 25a KWG, § 33 Abs. 1 WpHG, § 64a VAG), die Haftungstrias gem. §§ 9, 30, 130 OWiG und der Deutsche Corporate Governance Kodex in seiner Fassung vom 18. Juni 2009²⁰⁷ fordern angemessenes Risikomanagement und Risikocontrolling, nicht aber explizit, wodurch dieses verwirklicht werden soll. Eine Rechtspflicht zur Errichtung eines Hinweisgebersystems ist dem deutschen Recht in diesem Zusammenhang fremd.²⁰⁸

IX. § 612a BGB n.F.

Für heftige Diskussionen sorgt dagegen der § 612a BGB n.F., welcher im Rahmen des Gesetzes zur Änderung des Lebensmittel- u. Futtermittelgesetzbuches eingeführt werden und der Vorbereitung der Umsetzung des Art. 9 der European Council Civil Law Convention²⁰⁹ dienen sollte.²¹⁰ Das Gesetzgebungsverfahren ist trotz einer umfassenden Anhörung am 04. Juni 2008 mittlerweile auf Eis gelegt.²¹¹

§ 612a

Anzeigerecht

(1) Ist ein Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden, kann er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden und Abhilfe verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nach

rufbar unter http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/index.html [30.03.2010]).

205 *Kort*: Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, NZG 2008, 81 (85).

206 *Kort*: Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, NZG 2008, 81 (81).

207 http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/kodex_2009/D_CorGov_Endfassung_Juni_2009.pdf (30.03.2010).

208 *Schneider/Nowak*: Sind die Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle und der Schutz des Whistleblowers Teil guter Corporate Compliance?, FS Kreutz, 2010, S. 855 (864); *Schneider*: Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, Köln 2009, S. 66, Fn. 304.

209 CETS No. 174.

210 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S.2 ff. (<http://www.aus-portal.de/aktuell/gesetze/media/MinisterialEntwurf300408.pdf> [30.03.2010]).

211 NJW-Spezial 2009, 180.

Abhilfe nicht oder nicht ausreichend nach, hat der Arbeitnehmer das Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden.

(2) Ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe ist nicht erforderlich, wenn dies dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Unzumutbar ist ein solches Verlangen stets, wenn der Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass

1. aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht,
2. der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat,
3. eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde,
4. eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird.

(3) Von den Absätzen 1 und 2 kann nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

(4) Beschwerderechte des Arbeitnehmers nach anderen Rechtsvorschriften und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.²¹²

Dem Wortlaut nach dient die Vorschrift dem Arbeitnehmerschutz, was den persönlichen Schutzbereich klar definiert, wenngleich gerade dies heftig diskutiert wird. Whistleblowing sei hinsichtlich des Kreises der Berechtigten nicht begrenzt, der gesetzliche Vorschlag greife daher zu kurz.²¹³ Daneben sollte die Vorschrift aber auch den Verbraucherschutz und den Schutz der Wirtschaft vor internen und externen Schäden unterstützen.²¹⁴ Als Gegenstand des Hinweises sind Verletzungen gesetzlicher Pflichten im Betrieb oder bei betrieblicher Tätigkeit, d.h. auch Außendienstarbeit, aufgeführt. Laut Begründung sind damit gesetzeswidrige Praktiken und Missstände im Betrieb gemeint, welche eine unmittelbare Gefahr für die Allgemeinheit und Schäden für die Wirtschaft darstellen müssen, was dem Wortlaut der Norm nicht in dieser Deutlichkeit zu entnehmen ist. Dem Vorwurf, die Verletzung gesetzlicher Pflichten sei als Tatbestandsmerkmal zu unbestimmt, stoße gar an die Grenze des Art. 103 Abs. 2 GG und die Anforderungen an den konkreten Verdacht seien nicht klar bestimmt, was der angestrebten Rechtssicherheit bezüglich des Whistleblowings nicht dienlich sei,²¹⁵ kann anhand der Gesetzesbegründung entgegengehalten werden, dass nur konkrete Umstände, welche eine objektive Wahrscheinlichkeit des Vorliegens von Missständen rechtfertigen, in den Schutzbereich des § 612a BGB n.F. fallen. Weder bloße Mutmaßungen oder theoretische Überlegungen sowie haltlose Vorwürfe seien gemeint. Dem Entwurf ist dies jedoch ebenfalls nicht zu entnehmen. Es wird innerhalb der Stellungnahmen einerseits beanstandet, der Begriff der Pflichtverletzung sei zu eng, Whistleblowing umfasse viel

212 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S.1 f.

213 Stellungnahme *Strack*, S. 49; Stellungnahme Gewerkschaft für Nahrung-Genuß-Gaststätten NGG, S. 6; Stellungnahme *Rinck*, S. 6; Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes Bundesvorstand, Bereich Arbeits- und Sozialrecht, S. 2.

214 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S. 3.

215 Stellungnahme Deutscher Anwaltverein, S. 5 ff.; Stellungnahme *Rinck*, S. 2.

mehr,²¹⁶ andererseits wird behauptet er sei zu weit und unbestimmt.²¹⁷ Es ist keine Differenzierung in Bezug auf die Schwere bzw. Intensität des Gesetzesverstoßes oder eine Ausformulierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zwischen Hinweis und Gesetzesverstoß vorgenommen worden.²¹⁸ Gleichsam fehlt eine Aussage zur Motivation des Hinweisgebers. Die Annahme, dass nur gutgläubige Arbeitnehmer geschützt werden sollen, ist der Begründung²¹⁹ noch zu entnehmen, findet aber im Wortlaut des § 612a BGB n.F. keinen Niederschlag. Neben diesem Aspekt wird weiter kritisiert, dass unklar sei, wer oder was als zuständige außerbetriebliche Stelle fungiert. Die Begründung spricht von staatlichen Stellen, die in Zusammenhang mit der Verhinderung und Bekämpfung von Straftaten zumindest *auch* häufig auf Hinweise angewiesen seien.²²⁰ Aus diesem Gebot der präventiven und repressiven Verbrechensbekämpfung mit Hilfe von Hinweisen kann gefolgert werden, dass zumindest Ordnungsbehörden und die Ermittlungsbehörden unter die *zuständige außerbetriebliche Stelle* subsumiert werden können.

Die Ausnahme vom Erfordernis eines vorherigen Verlangens nach Abhilfe gem. § 612a Abs. 2 BGB n.F. ist den internationalen Regelungen, insbesondere dem PIDA, wiederum ähnlich. Unter *unmittelbar Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt* (§ 612a Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F.) sind Sicherheitsmängel in technischen Anlagen, Bauwerken oder in der Zivilluftfahrt und Gefahren durch verheimlichte Seuchenfälle zu verstehen. In der Begründung wurde insbesondere der bereits erwähnte „Hackfleisch-Fall“ aufgeführt. In Anknüpfung an Art. 9 European Council Civil Law Convention ist bei Straftaten des Arbeitgebers (§ 612a Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F.) an Bestechung von Angestellten oder Beauftragten eines geschäftlichen Betriebs oder von Amtsträgern gedacht worden. Aber auch das Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichen Lebensmitteln oder das vorsätzliche Inverkehrbringen von Lebensmitteln, die für den Verzehr durch den Menschen ungeeignet sind, ist darunter laut Begründung zu verstehen.²²¹ In § 612a Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. wird auf § 138 StGB verwiesen. Hinsichtlich des § 612a Abs. 2 Nr. 4 BGB n.F. wird in der Begründung die *innerbetriebliche Abhilfe* mit einer internen Klärung gleichgesetzt. § 612a Abs. 2 Nr. 4 BGB n.F. sei beispielsweise erfüllt, wenn der Arbeitgeber in der Vergangenheit nicht auf vergleichbare schwerwiegende Vorfälle reagiert habe.²²²

216 Stellungnahme *Strack*, S. 33.

217 Stellungnahme Deutscher Anwaltverein, S. 5; Stellungnahme Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 3 f.; Stellungnahme Arbeitgebervereinigung Nahrung und Genuß NGG, S. 3.

218 Stellungnahme Bundesrechtsanwaltskammer, S. 5.

219 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S. 5.

220 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S. 2 unten.

221 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S. 5.

222 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S. 5.

X. Strafrecht

Auch im Strafrecht finden sich Regelungen bezüglich des Hinweises von Fehlverhalten. So sieht das Strafgesetzbuch in § 138 eine Anzeigepflicht bei drohenden Kapitalverbrechen vor. Die Pflicht zur Anzeige trifft grundsätzlich jedermann,²²³ ist also nicht auf bestimmte Berufsträger begrenzt. Allerdings regelt § 139 StGB Einschränkungen für die Anzeige von Angehörigen und für bestimmte Berufsgeheimnisträger. Mit Ausnahme für Geistliche müssen jedoch Mord oder Totschlag, Völkermord oder erpresserischer Menschenraub von jedermann angezeigt werden.

Auch das Geldwäschegesetz sieht in § 11 eine Anzeigepflicht bei Geldwäsche gemäß § 261 StGB vor.²²⁴ Verpflichtet sind hierbei Institute und Unternehmen sowie Berufsträger, zum Beispiel Rechtsanwälte und Notare,²²⁵ nach § 3 Abs. 1 GwG.

Dagegen werden die §§ 145d, 164 StGB einhellig als Grenze zulässigen Whistleblowings betrachtet.²²⁶

XI. Wertpapierhandelsgesetz

Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 WpHG haben Wertpapierdienstleistungsunternehmen (§ 2 Abs. 4 WpHG), andere Kreditinstitute (§ 1 Abs. 1 KWG) sowie Betreiber von außerbörslichen Märkten eine Anzeigepflicht, wenn sie Tatsachen feststellen, die den Verdacht begründen, dass mit einem Geschäft über Finanzinstrumente ein Insidergeschäft nach § 14 WpHG oder eine Marktmanipulation nach § 20a WpHG begangen wird. Die Anzeigepflicht entsteht jedoch erst dann, wenn konkrete Anhaltspunkte bestehen, bei welchen auf einen Verdacht geschlossen werden *muss* – nicht *kann*.²²⁷ Insofern sind an die Verdachtsstufe hohe Anforderungen zu stellen. Die Anzeige ist gemäß § 3 WpAIV schriftlich an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) zu übersenden.

4. Kapitel: Merkmale des Whistleblowings

Weder die etymologische Betrachtung noch die Betrachtung der internationalen wie der deutschen Rechtslage haben einen einheitlichen Begriff des Whistleblowings ergeben. Daher bietet sich ein systematischer Kriterienkatalog für die Begriffsbestimmung an, wie ihn Müller andeutet. Er unterteilt das Whistleblowing anhand von Merkmalen, wie *Status des Anzeigenden*, *Qualität des angezeigten Verhaltens* und *Status des Anzeigempfängers* – was sich auch als *Adressaten des Hinweises* bezeichnen lässt.²²⁸

223 Hinsichtlich einer behördlichen Anzeigepflicht vgl. *Meyer-Goßner*: StPO, 52. Auflage, München 2009, § 158, Rn. 6.

224 Vgl. *Teichmann/Achsnich*, in: *Herzog/Mülhausen*: Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung, München 2006, § 31, Rn. 56 ff.

225 *Fülbier*, in: *Fülbier/Aepfelbach/Langweg*: GwG, 5. Auflage, Köln 2006, § 11, Rn. 31.

226 Vgl. BAG NJW 2007, 2204. Sie werden aus diesem Grund nicht mehr bei der materiell-rechtlichen Würdigung berücksichtigt. Vgl. Einzelheiten **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., B.

227 *KK-Heinrich*: WpHG, München 2007, § 10, Rn. 32 f.

228 *Müller*: Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, NZA 2002, 424 (426).

Aus den zuvor genannten Definitionsangeboten ergeben sich jedoch weitere Merkmale, welche eine Begriffsbestimmung und Abgrenzung zu anderen (Rechts-)Instituten sinnvoll machen. So ist ergänzend die *Intention* des Informanten²²⁹ sowie die *Wirkung* und die *Form* des Whistleblowings zu nennen.

A. Wirkung

Primäres Ziel der Institutionalisierung des Whistleblowings ist Aufklärung. Es gilt nicht nur zur Bekämpfung von Korruption als typisch „opferloses Heimlichkeitsdelikt“²³⁰ als unverzichtbar, sondern wird gar als „nicht ersetzbares Frühwarnsystem bei Missständen komplexer Gesellschaften“ insgesamt oder „Frühwarnsystem für Anstand, Integrität und Transparenz von Wirtschafts- und Finanzaktivitäten“²³¹ (vgl. Vorgaben des SOX) betrachtet.²³² Zudem dienen die vorgestellten Normen, insbesondere der diskutierte § 612a BGB n.F., neben dem Arbeitnehmer- und dem Verbraucherschutz auch dem Schutz der Wirtschaft allgemein. Das Whistleblowing ist durchaus als Teil eines unternehmerischen Überwachungssystems²³³ im Rahmen des sog. Private Law Enforcement²³⁴ und als Vorgriff staatlicher Ermittlungen geeignet, repressive Wirkung zu entfalten, insofern eine Straftat durch einen Hinweis in ihrem tatsächlichen wie rechtlichen Umfang erst erkennbar wird und weitere (interne) Maßnahmen daran anknüpfen.

Einerseits soll das Whistleblowing, wie auch die neue Kronzeugenregelung im allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, § 46 b StGB,²³⁵ nicht nur der Korruptionsbekämpfung, sondern allgemein der Verhinderung und Aufklärung von Straftaten dienen.²³⁶ Insbesondere soll der Schutz des externen Whistleblowings gerade bewirken, dass jenes dank unternehmensinterner Präventionsmaßnahmen erst gar nicht notwendig wird. Andererseits ist die Wirkung als Warn- bzw. Alarmsignal im gesellschaftlichen Bereich bei moralischen Verfehlungen, wie von obigen Definitionen zum Teil vorgeschlagen, als zivilcouragiertes Auftreten zur Förderung der Offenheit, Ehrlichkeit und Verantwortung im Unternehmen konnotiert, aber wiederum nur nebulös vom Denunziantentum abzugrenzen.²³⁷ Die Reinigung des Unternehmens von innen²³⁸ oder auch „Firmenhygie-

229 *Gach/Rützel*: Verschwiegenheitspflicht und Behördenanzeigen von Arbeitnehmern, BB 1997, 1959 (1960).

230 *Altenburg*: Whistleblowing – Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems?–, Bucerius Law Journal 2008, 3 (3).

231 <http://www.whistleblower-netzwerk.de> (30.03.2010).

232 *Deiseroth/Derleder*: Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, 248 (250).

233 Vgl. hierzu *Lechner*: Vermeidung und Aufdeckung von „Top Management Fraud“ durch das unternehmensinterne Überwachungssystem, DStR 2006, 1854.

234 *Hefendehl*: Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, ZStW 119 (2007), 816 (839), Fn. 133.

235 Seit 01.07.2009 in Kraft.

236 BT-Drs. 16/6268; BT-Drs. 16/13094; Zypries: Die Bekämpfung des Terrorismus kann nur innerhalb der Grenzen rechtstaatlicher Grundsätze erfolgen, Anwaltsblatt 2006, 102 (103).

237 *Mahnhold*: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737.

238 *Hefendehl*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (618).

ne²³⁹ durch Whistleblowing und Compliance-Vorschriften erscheinen in ihrer Bedeutung jedoch selbst im Zusammenhang mit Korruptionsbekämpfung zweifelhaft doppelt besetzt. Daher bringt die Differenzierung nach der Wirkung noch keine Klarheit, zumal sie jüngst heftig kritisiert bzw. angezweifelt wird.²⁴⁰ Vielmehr ist eine Abgrenzung zu Instrumentarien mit vermeintlich ähnlich erfolgsversprechender präventiver Wirkung notwendig.²⁴¹

B. Intention

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass Whistleblowing rein begrifflich altruistische, gemeinnützige²⁴² und egoistische, böswillige Motive umfassen kann, wenngleich nicht alles einem Schutzerfordernis obliegt. Zum Teil kann dies noch weiter untergliedert werden in Handeln aus Pflichtbewusstsein, aus selbstlosen, religiösen Motiven oder aus Gewissensgründen.²⁴³ Es wird vertreten, dass eben nur eine solche Gesinnung, die ethisch wie moralisch auf höchstem Niveau steht, eine Bezeichnung als Whistleblowing verdient.²⁴⁴ Begrifflich ist jedoch zwischen Erscheinungsformen des Whistleblowings und der Auswahl der zu schützenden Personen zu differenzieren. So erkennt auch *Ledergerber* böswilliges Whistleblowing an, führt dieses jedoch in Zusammenhang mit dessen Bestrafung auf.²⁴⁵ Auch *Schulz* ist der Meinung, dass die Vielschichtigkeit des Whistleblowings nicht nur objektiv, sondern subjektiv anhand der Motivation des Handelnden sichtbar wird. So umfasse die Intention sowohl Rache als auch moralisch hochstehende Motive.²⁴⁶ Whistleblowing reicht nach *Nagel-Jungo/Haeringer* gar von altruistischen Motiven bis hin zur moralisch verwerflichen Erpressung.²⁴⁷ Auch finanzielle Anreize, wie im False Claim Act oder im Rahmen sog. Private Law Enforcement vorgesehen, scheinen einer rein altruistischen Motivation zu widersprechen. In den oben aufgezählten Regelungen wird *good faith*, *bonne foi* oder *bona fide* (PIDA, Code du travail, UNCAC, ICC Guidelines) ausdrücklich oder stillschweigend vorausgesetzt.²⁴⁸ Auch

239 Vgl. *Mezger*: Whistle-Blowing: Ein Instrument zur „Firmenhygiene“ für verantwortungsbewusste Unternehmen, Saarbrücken 2006.

240 *Hefendehl*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (623ff.).

241 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 5. Kap.

242 *Petersen/Farrell*: Whistleblowing: Ethical and Legal Issues in Expressing Dissent, 1986, S. 4 ff.; *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 7.

243 Vgl. *Deiseroth*: Whistleblowing – Zivilcourage am Arbeitsplatz, abrufbar unter: <http://www.betrifftjustiz.de/Texte/deiseroth.html> (30.03.2010).

244 *Deiseroth*: Whistleblower-Schutz, *Betrifft Justiz* 2004, 296 (297).

245 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 58 f.

246 *Schulz*: Whistleblowing in der Wissenschaft, Hamburg 2008, S. 52.

247 *Nagel-Jungo/Haeringer*: Whistleblowing und Korruptionsbekämpfung, S. 4. (https://www.uzh.ch/isb/studium/courses06-07/pdf/0397_nr._11_whistle-blowing_und_korruptionsbekaempfung.pdf [30.03.2010]).

248 Beispielsweise Inter-American Convention against Corruption 29.03.1996 (article III, section 8); United Nations Convention against Corruption 09.12.2003 (article 33); European Council Criminal Law Convention 27.01.1999 (article 22); European Council Civil Law Convention 04.11.1999 (article 9); African Union Convention on Preventing and Combating Corruption 11.07.2003 (article 5).

werden *honest belief* bzw. *reasonable belief* (PIDA, Public Interest Disclosure Protection of Whistleblower Bill, Staff Regulations of Officials of the European Union) gefordert und bei einem Gang an die Öffentlichkeit eigene Interessen gar ganz ausgeschlossen (PIDA); so auch in § 8 PKGrG. Die subjektiven Voraussetzungen für den Schutz eines Hinweisgebers treffen jedoch auch hierbei keine Aussage über die Erscheinungsform. Aus dem Blickwinkel der Wirkung von Whistleblowing ergeben sich vielmehr Interferenzen zwischen möglicher egoistischer Intention, aber altruistischer Wirkung und umgekehrt. Wie auch in der dargestellten arbeitsrechtlichen Rechtsprechung herrscht ein vermeintlicher Interessen- bzw. Loyalitätskonflikt zwischen eigenen Interessen des Hinweisgebers und denen des Arbeitgebers und der Öffentlichkeit.²⁴⁹ Dabei ist eine Substanziierung der subjektiven Elemente des Whistleblowings notwendig. Insofern guter Glaube oder vernünftige Gründe verlangt werden, beziehen sich diese auf ein kognitives Element, nämlich das Wissen um die Tatsachengrundlage des Gegenstandes der Anzeige, nicht etwa auf die voluntative Ebene, dem persönlichen Willen und der Intention des Hinweisgebers. Beides wird hingegen vielfach vermischt. So wird inmitten der Diskussion um den geplanten § 612a BGB nicht klar, ob die positive Kenntnis, d.h. Böswilligkeit als Gegenteil von dem nicht vorhandenen Tatbestandsmerkmal des guten Glaubens, von falschen Vorwürfen bzw. Tatsachen keinem Schutz unterliegen soll oder ob damit auch eine bestimmte Gesinnung ungeschützt bleiben muss. Es bedarf einer Klarstellung. Dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des Schutzes von Hinweisgebern ist im Sinne der obigen Normierungen, insbesondere der §§ 145d, 164 StGB, einheitlich zu entnehmen, dass Whistleblowing keinesfalls das Erregen oder Verstärken des Verdachts einer tatsächlich nicht begangenen rechtswidrigen Tat²⁵⁰ darstellen kann und auch eine objektiv falsche Tat²⁵¹ aus dem Begriff des Whistleblowing herausfällt, wenn wider besseren Wissens gehandelt wird. Wenn ein Hinweisgeber daher weiß, dass seine angegebenen Tatsachen, respektive Beschuldigungen (eine Entscheidung des entsprechenden Meinungsstreits entbehrt sich hier) objektiv unwahr sind, handelt es sich nicht um Whistleblowing.

Sonstige voluntative und kognitive Begrenzungen sind jedoch nicht ersichtlich. Eine nicht-egoistische Haltung ist dem Whistleblower insoweit nicht immanent; andere Bestrebungen, wie zum Beispiel Geltungsbedürfnis²⁵² sind daher nicht ausgeschlossen.²⁵³

Neben der Unterscheidung zwischen altruistischer und egoistischer Intention muss noch das Begriffspaar freiwillig/verpflichtet berücksichtigt werden. Wenn allgemein, so auch der Wortlaut „kann“ des diskutierten § 612a BGB, von Freiwilligkeit des „Alarmschlagens“ oder zumindest einer „unverbindlichen Erwartungshaltung“²⁵⁴ ausgegangen wird, so ist dem entgegenzuhalten, dass nicht nur durch die unternehmensinterne Ver-

249 *Schulz*: Whistleblowing in der Wissenschaft, Hamburg 2008, S. 51 ff.

250 *SSW-Jeßberger*: StGB, Köln 2009, § 145d, Rn. 8.

251 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 164, Rn. 6.

252 *Berndt/Hoppler*: Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, BB 2005, 2623 (2625).

253 *Hefendehl*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (619).

254 *Mahnhold*: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737 (738).

bindlichkeit von Compliance-Vorschriften, sondern auch durch (Arbeits-)Vertrag oder Gesetz (beispielsweise § 138 StGB, §§52 ff. StPO, § 241 Abs. 2 BGB) eine Melde- bzw. Anzeigepflicht begründet werden kann.²⁵⁵

Folglich scheint es auch einen intentionsbezogenen Idealtypen des Whistleblowers, abgesehen von der Ausgrenzung der Kenntnis von gezielt falschem Tatsachengrund, nicht zu geben. Die Intention als Abgrenzungsmerkmal ist damit wenig hilfreich.

C. Qualität des angezeigten Verhaltens

Die Unterscheidung nach der Qualität des angezeigten Verhaltens ist gleichermaßen vielfältig wie gegebenenfalls auf Rechtfertigungsebene im Rahmen der materiellrechtlichen Würdigung des Whistleblowings relevant. Schon anhand der verschiedenen Schutzrichtungen der gesetzlichen Vorschriften lässt sich erkennen, dass man zum einen nach der Art des Gegenstandes des Hinweises differenzieren muss, aber zum anderen auch nach der geforderten Intensität des erhobenen Vorwurfs. Dabei reicht die Bandbreite des angezeigten Verhaltens von unlauterem, ethisch zweifelhaftem Verhalten, Missständen, Nachlässigkeiten oder Unregelmäßigkeiten (*wrongdoing*) bis hin zu Katalog-Straftaten des § 138 StGB. Es sind zwei Schwerpunkte der oben dargestellten Verhaltensweisen erkennbar. Ein Schwerpunkt ist in Gefahren für öffentliche Interessen zu sehen; zu nennen sind die Verursachung von Umweltschäden, Gefahren für Leib, Leben und die Sicherheit der Allgemeinheit, auch im Rahmen der Arbeitsschutzvorschriften, Justizirrtümer und die Verschwendung öffentlicher Gelder. Zweiter Schwerpunkt bilden Korruptions(straf)taten. Dazwischen existieren aber speziell beschriebene Vorgänge, wie Verstöße gegen Buchführungspflichten (SOX) oder (unternehmensinterne) Ethikrichtlinien, Diskriminierungen (Südafrika) sowie Gefahren für den Arbeitgeber. Zum Teil werden dabei auch ein Betriebs- bzw. Unternehmensbezug und nachteilige Auswirkungen für das Unternehmen gefordert.

Vereinzelt finden sich Hinweise auf die Intensität des Verhaltens. *Nontrivial* sollte das Fehlverhalten sein.²⁵⁶ Das heißt, eine gewisse Erheblichkeit sowie Anforderungen an die jeweilige Verdachtsstufe des Vorwurfs werden durchaus auch hier gefordert. Zum Teil genügt allein die subjektive Sicht des Anzeigenden. In der Gesetzesbegründung zu § 612a BGB n.F. wird hingegen eine objektive Wahrscheinlichkeit für das tatsächliche Vorliegen vom angezeigten Verhalten verlangt. Ebenso wird zwischen bereits geschehenem, gegenwärtigem und bevorstehendem Verhalten unterschieden. Den Befürwortern eines Whistleblowings zur Förderung eines ethisch und moralisch korrekten (Betriebs-)Klimas gehen jegliche Einschränkungen auf dieser Ebene zu weit.

Es ist festzuhalten, dass Whistleblowing die Vermeidung von Korruptionsstraftaten bzw. Wirtschaftskriminalität umfasst, aber begrifflich weit darüber hinausgeht.

Gänzlich offen bleibt, auf welche Art und Weise der Hinweisgeber Kenntnis vom Gegenstand des Hinweises erlangt hat. Es ist in keiner Weise ersichtlich, ob es beim Whistleblowing auf redliche oder zufällige Kenntnisnahme ankommt oder ob auch eine gezielte Suche nach Missständen umfasst sein soll.

255 *Kolmhuber/Schreiner/Seel*: Vertragsstörungen im Arbeitsrecht, Münster 2008, Rn. 197 ff.; *ErfK-Preis*, 10. Auflage, München 2010, § 611, Rn. 741 f.; BAG NJW 1970, 1861.

256 *Johnson*: Whistleblowing: When It Works – And Why, Boulder/London 2003, S. 4.

D. Status des Hinweisgebers

Weiteres Kriterium ist der Status oder Standpunkt des Hinweisgebers. Dieser lässt sich nur im Verhältnis zum Gegenstand des Hinweises bestimmen. Dabei bleibt die konkrete Verbindung zum Gegenstand des Hinweises, gegebenenfalls eigenes Fehlverhalten oder strafbares Verhalten, bis auf die unverbindlichen Empfehlungen des Ministerrates zur Bekämpfung von Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr (1994) unerwähnt. Dort wird ausdrücklich bestimmt, dass die meldende Person selbst keinen Bezug zum illegalen Verhalten aufweisen darf.²⁵⁷ Eine „Selbstbezeichnung“, verbunden mit der Aufdeckung darüber hinausgehender Missstände, ist im Zusammenhang mit dem Whistleblowing nicht thematisiert. Ein Whistleblower ist nach dieser Auffassung niemals (Mit-)Täter hinsichtlich des angezeigten Missstandes. Eine derartige Einschränkung ist anderen Definitionen nicht zu entnehmen. Eine Zeugenstellung dagegen ist nicht im Vorhinein ausgeschlossen.

Zum Teil wird angenommen, dass jedermann²⁵⁸ Hinweisgeber sein kann, so sei dies gerade im Sinne einer Kontrolle von unten nach oben bei Korruptionsdelikten, als sog. *white-collar-crime*.²⁵⁹ Umfassend ist auch der persönliche Geltungsbereich bei Art. 5 und 17 GG sowie bei § 138 StGB. Journalisten oder gewöhnliche Bürger werden einzeln explizit ausgenommen, da die Gefahr des Missbrauchs und der Denunziation durch diese Personengruppe hoch sei.²⁶⁰ Zum größten Teil jedoch wird weiter differenziert zwischen Hinweisgebern, die keinerlei Bezug zum Unternehmen, zur Organisation, Institution oder dem Betrieb haben, welcher vom Gegenstand des Hinweises betroffen ist (*Externen*)²⁶¹ und *Organisationsinternen*. Unter *Internen* werden nicht nur, wenn gleich überwiegend, Arbeitnehmer verstanden, sondern teilweise auch sonstige Mitarbeiter und Vertragspartner, wie zum Beispiel Zulieferer. Die speziell Beauftragten nach den BImSchG, WHG und KrW-/AbfG nehmen eine Zwitterstellung ein, da sie nicht zwangsläufig als Arbeitnehmer und damit *intern* fungieren, sondern auch als *Externe* beauftragt werden können. Zwischen den verschiedenen Organisationsebenen (beispielsweise Abteilungen) innerhalb eines Unternehmens selbst wird nicht mehr weiter unterschieden. Es wird dagegen noch weiter unterteilt in den öffentlichen (Beamte, Soldaten, EU-Mitarbeiter) und den privaten Sektor, wobei es zu Überschneidungen kommen kann.

Die Bandbreite der möglichen Hinweisgeber lässt zwar eine Tendenz zum internen Hinweisgeber erkennen, ein eindeutiger Personenkreis kann jedoch nicht definiert werden. Für die begriffliche Auseinandersetzung des Whistleblowings als Mittel zur Kor-

257 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 39.

258 Jedermanns-Recht im privaten Sektor vgl. in Teilen Australiens.

259 *von Zimmermann*: „Whistleblowing“ – Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts, WM 2007, 1060 (1064).

260 *Johnson*: Whistleblowing: When It Works – And Why, Boulder/London 2003, S. 4.

261 So vorgesehen im Bulletin der UNO (ST/SGB/2005/21) und in den Transparency International Business Principles for Countering Bribery (Business Principles for Countering Bribery: Guidance Document, S. 51).

ruptionsbekämpfung bietet die Darstellung daher nur einen Anknüpfungspunkt für zu untersuchende Sonderdelikte.²⁶²

E. Adressaten des Hinweises

Es kann zudem danach differenziert werden, an welche Stelle sich der Hinweisgeber wenden kann. Bei der Frage nach dem Adressaten des Hinweises wird dabei vielfach zwischen internem Whistleblowing²⁶³ und externem Whistleblowing²⁶⁴ unterschieden. Unter internem Whistleblowing wird dabei verstanden, wenn der Hinweis innerhalb des Unternehmens bzw. der Organisation verbleibt und dort bearbeitet wird. Externes Whistleblowing betrifft die Anzeige an eine außerhalb des Betriebes/der Organisation befindliche Stelle. Dabei ist es nicht immer möglich, eine klare Grenze zum externen Hinweisgeben zu ziehen. Insbesondere im staatlichen Bereich ist der Übergang fließend. Viele Adressaten sind nur mittelbar oder zum Teil überhaupt nicht bestimmt. So sind „zuständige“ oder „geeignete Stellen“ oder auch *competent authorities* keinem Bereich eindeutig zuzuordnen. Aber auch bei der Installation von „speziellen Stellen“, *legal advisors*, *regulators*, Anti-Korruptionsstellen oder Ombudspersonen ist der erstrebte Abstand zum Gegenstand des Hinweises als „objektiven Dritten“ oder auch *outsourcing*²⁶⁵ von Kontrollinstanzen bewusst von der Organisation gewählt, wenngleich dies nicht zwangsläufig zu einem außerbetrieblichen Befassen mit dem Hinweis und damit zum externen Whistleblowing führen muss. Abhängig von bestimmten Voraussetzungen (Schwere der Missstände, Billigung derselben durch interne Stellen, Ausschöpfen der innerbetrieblichen Maßnahmen) kann ein grundsätzlich intern vorgesehenes Whistleblowing stufenweise zum externen Whistleblowing führen.²⁶⁶

Als interne Stellen, d.h. dem Gebot einer innerbetrieblichen Lösung folgend, lassen sich als unterste Stelle der unmittelbare Vorgesetzte²⁶⁷ bzw. das Erfordernis der Einhaltung des Dienstweges²⁶⁸ und als oberste Instanz, je nach Organisationsstruktur, das Management, der Verwaltungsrat oder der Generaldirektor,²⁶⁹ mithin die „Chefetage“, voneinander trennen. In strafrechtlicher Hinsicht interessanter ist die Betrachtung der externen Anzeigemöglichkeit. Hierbei kann zwischen dem Einschalten der Allgemeinheit inklusive der Medien²⁷⁰ und der Befassung staatlicher Stellen unterschieden werden. Dabei ergibt sich nach den festgestellten Erscheinungsformen des Whistleblowings eine

262 Müller: Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, NZA 2002, 424 (426).

263 Weber-Rey: Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation, Die Aktiengesellschaft 2006, 406 (407).

264 Koch: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (502).

265 Vgl. zur Begrifflichkeit: Lensdorf/Mayer-Wegelin: Outsourcing unter Wahrung von Privatgeheimnissen, CR 2009, 62.

266 Kort: Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung bei der Einführung von „Ethik-Richtlinien“, FS Buchner, 2009, S. 477 (490).

267 Art. 21a, 22a, 22b Staff Regulations of Officials of the European Union.

268 Vgl. Rechtsprechung zur „Flucht in die Öffentlichkeit“.

269 OECD Guidelines for Multinational Enterprises, S. 40 (Ziff. 9).

270 Beispielsweise Sec. 43 G u. H ERA (UK).

weitere Spaltung: der Hinweis an („zuständige“) Behörden, wie beispielsweise das Gewerbeaufsichtsamt,²⁷¹ die Einschaltung der Volksvertretung/der Parlamente, wie in Art. 17 GG vorgesehen, das Erheben einer Klage²⁷² und vor allem die Mitteilung an die Strafverfolgungsorgane.²⁷³

F. Form des Hinweises

Die dargestellten Erscheinungsformen des unter Whistleblowing verstandenen Verhaltens lassen keine verbindlichen Rückschlüsse auf eine zwingende Form des Hinweisgebens zu. Genannt werden mündliche wie auch schriftliche Eingaben. Strittig ist einzig die Möglichkeit des anonymen Hinweises. Zum einen wird die Anonymität als Wesensmerkmal des Whistleblowings gesehen, da so die Hemmschwelle zum Erstellen einer Anzeige o.Ä. sinke.²⁷⁴ Zum anderen ergeben sich bei anonymen Hinweisen die bereits genannten datenschutzrechtlichen Probleme. Zudem wird die Anonymität wiederum auch als Anreiz für ungerechtfertigte Anzeigen bis hin zu Denunziationen und falschen Verdächtigungen erachtet.²⁷⁵

5. Kapitel: Abgrenzung zu anderen (Rechts-)Phänomenen

Wie die bisherige Untersuchung zeigt, ist eine positive Bestimmung im Sinne einer eindeutigen Festlegung des Begriffes kaum möglich. Vielmehr ergeben sich Überschneidungen zu anderen (Rechts-)Phänomenen.²⁷⁶ Insoweit ist negativ abzugrenzen, wobei sich ein Vergleich anhand der obigen Merkmale anbietet.

A. Der Kronzeuge

Ein Kronzeuge ist ursprünglich ein Hauptzeuge der Anklage, der selbst Beteiligter einer Straftat war und dem für seine Aussagen Straffreiheit oder Strafmilderung in Aussicht gestellt wird.²⁷⁷ Die Bezeichnung stammt aus dem angelsächsischen Raum. Der Begriff *Kings s Evidence* bzw. *Queen s Evidence* bezog sich auf den durch den Zeugen erbrachten Beweis zugunsten der Anklage und damit der Krone.²⁷⁸ Kronzeugenregelungen sind mithin solche, die Anreize schaffen, um einen Sachverhalt offenzulegen, was

271 Kollmer, in: Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung, 55. Ergänzungslieferung, 2009, § 17 ArbSchG, Rn. 10.

272 False Claims Act 1863, 31 U.S.C.

273 Vgl. Kündigungsschutzklagen u. Ausführungen zu § 612a BGB n.F.

274 von Zimmermann: „Whistleblowing“ – Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts, WM 2007, 1060 (1064).

275 Mahnhold: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737 (743).

276 Vgl. Sieg: Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, FS Buchner, 2009; S. 859 (865 u. 870).

277 Alpmann Brockhaus Fachlexikon Recht, 2005, S. 837.

278 Freiberg: Der Kronzeuge, ZStW 59 (1940), 33 (38); Denny: Der Kronzeuge unter Berücksichtigung der Erfahrungen mit Kronzeugen in Nordirland, ZStW 103 (1991), 53 (54).

ohne die Informationen des Kronzeugen nicht gelänge. Damit befindet man sich auf strafrechtlicher Ebene, mithin im Rahmen früherer (§ 261 Abs. 10 StGB,²⁷⁹ § 11a BDO,²⁸⁰ Art. 4 u. 5 KronzeugenG²⁸¹) und bestehender Regelungen (§ 129 Abs. 6, 129a Abs. 5 StGB, §§ 153a, 154, 154a StPO als sog. kleine Kronzeugenregelungen und dem neuen § 46b StGB als sog. große Kronzeugenregelung²⁸²). Aber auch Kronzeugen- und Amnestieregelungen²⁸³ im Rahmen von sog. Internal Investigations erfreuen sich steigender Beliebtheit und sind damit auf wirtschaftsrechtlicher Ebene zumindest erwähnenswert.²⁸⁴

Die Abgrenzungsnotwendigkeit²⁸⁵ zum Whistleblowing ergibt sich zunächst schon wegen des gemeinsamen Ursprungs aus dem englischen Sprach- und Rechtskreis.²⁸⁶ Des Weiteren wohnt beiden ein Interessenkonflikt inne, der bei Äußerung des Hinweises bzw. der Informationen oftmals in einen Treuebruch (zum Arbeitgeber, zur Bande) mündet.²⁸⁷ Als „Aufklärungs- und Präventionshilfe“²⁸⁸ werden beide Phänomene als Mittel zum Kampf gegen Korruption bestimmt,²⁸⁹ wobei ihnen auch die Nähe zum Denunziantentum negativ anhaftet und sie im selben Atemzug mit der Befürchtung genannt werden, sie würden falsche Behauptungen fördern.²⁹⁰ Ihnen immanent ist daher ein dyadisches wie antagonistisches Element,²⁹¹ was sich in den – zum Teil hitzig geführten – Debatten um eine gesetzliche Ausgestaltung zum Schutz der Offenbarenden zeigt. Dennoch wird für Kronzeugen und Whistleblower propagiert, sie seien aufgrund

279 Mit Einführung des § 46b StGB 2009 abgeschafft; BGBl. I S. 2288.

280 Seit 01.01.2002 durch BDG ersetzt.

281 09.06.1989 – 31.12.1999.

282 Eingeführt durch das am 01.09.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe; BGBl. I S. 2288.

283 *Göpfert/Merten/Siegrist*: Mitarbeiter als „Wissensträger“ – Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, NJW 2008, 1703 (1704).

284 *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*: Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721.

285 Vgl. hierzu auch (allerdings ohne klares Ergebnis) *Dann*: Die neue Kronzeugenregelung: ein Störfaktor aus Compliance-Sicht?, CCZ 2010, 30 (32).

286 Vgl. oben und *Mühlhoff/Pfeiffer*: Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaates oder verzichtbares Mittel der Strafverfolgung?, ZRP 2000, 121 (127); *Sahan/Berndt*: Die neue Kronzeugenregelung – aktive Beendigung von Korruptionssystemen durch effiziente Compliance-Strukturen alternativlos, BB 2010, 647 (648).

287 Vgl. oben und *Frank/Titz*: Die Kronzeugenregelung zwischen Legalitätsprinzip und Rechtsstaatlichkeit, ZRP 2009, 137 (138).

288 Vgl. Titel des Änderungsgesetzes; *König*: Wieder da: Die „große“ Kronzeugenregelung, NJW 2009, 2481 (2481).

289 Beispielsweise *Volk*: Kronzeugen praeter legem? – Vernehmungspraxis, Vorteilsversprechen, Verdunkelungsgefahr, NJW 1996, 879; *Zypries*: Die Bekämpfung des Terrorismus kann nur innerhalb der Grenzen rechtstaatlicher Grundsätze erfolgen, Anwaltsblatt 2006, 102 (103).

290 *Frank/Titz*: Die Kronzeugenregelung zwischen Legalitätsprinzip und Rechtsstaatlichkeit, ZRP 2009, 137 (139).

291 *Paeffgen*: Strafprozeß im Umbruch oder: Vom unmöglichen Zustand des Strafprozeßrechts, StV 1999, 625 (627).

eines (Dauer-)Ermittlungsnotstandes²⁹² zum Aufbrechen abgeschotteter Strukturen und konspirativer Begehungsweisen in bestimmten Deliktbereichen notwendig, um überhaupt erfolgreich ermitteln zu können.²⁹³

Mit der Erläuterung der Gemeinsamkeiten ergibt sich auch die gleiche Wirkung einer Kronzeugenregelung und damit gleichsam die Ineffizienz des Merkmals zur Abgrenzung. Neben einem beschleunigten Verfahren und Signalwirkung²⁹⁴ werden präventive wie repressive Ziele verfolgt.²⁹⁵ Präventiv im Sinne der Verhinderung künftiger Straftaten (vgl. § 46b Abs. 1 Nr. 2 StGB), zur Abwendung schwerer Gefahren für höchste Güter²⁹⁶ und zur Abschreckung.²⁹⁷ Repressive Wirkung entfaltet sich, wenn die Funktionsfähigkeit der konspirativen Szene beeinträchtigt wird und eine begangene Straftat durch einen Kronzeugen aufgeklärt bzw. der Täter ergriffen wird.²⁹⁸

Die Aussicht einer Strafmilderung oder -freiheit schließt eine im Schwerpunkt beim Whistleblowing geforderte, altruistische Intention nicht aus, lässt sie jedoch in Anbetracht der Privilegierung des Kronzeugen in den Hintergrund treten. Wenngleich für den Aufklärungserfolg irrelevant,²⁹⁹ steht eine egoistische Motivation beim Kronzeugen im Fokus.

Hinsichtlich der Qualität des angezeigten Verhaltens kann ergänzend zu den Ausführungen zur Wirkung einer Kronzeugenregelung als Mittel zur Durchbrechung abgeschotteter und konspirativer Strukturen festgehalten werden, dass das angezeigte Verhalten grundsätzlich immer eine Straftat betrifft, welche jener Struktur nahesteht. Bei den sog. kleinen Kronzeugenregelungen ergaben sich diese aus dem jeweils geregelten Bereich. Der neue § 46b StGB hingegen verweist auf den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO³⁰⁰ und damit einen viel weiteren Anwendungsbereich. Das Behaupten allgemeiner oder nicht nachweisbarer Tatsachen und bloßer Vermutungen genügt nicht³⁰¹ und geht im Zweifel zulasten des Aussagenden.³⁰² Der hinreichende Tatverdacht für eine Straftat als Gegenstand des Hinweises bzw. der Aussage, welcher sodann als sog.

292 *Behrendt*: Überlegungen zur Figur des Kronzeugen im Umweltstrafrecht, GA 1991, 337 (337).

293 BT-Drs. 16/6268, S. 19.

294 BT-Drs. 16/6268, S. 11.

295 *Kühl*: Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW 1987, 737 (744).

296 BT-Drs. 11/2834, S. 13.

297 *Frank/Titz*: Die Kronzeugenregelung zwischen Legalitätsprinzip und Rechtsstaatlichkeit, ZRP 2009, 137 (138).

298 *Denny*: Der Kronzeuge unter Berücksichtigung der Erfahrungen mit Kronzeugen in Nordirland, ZStW 103 (1991), 269 (277); *Kunert/Bernsmann*: Neue Sicherheitsgesetze – mehr Rechtssicherheit? – Zu dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989 (BGBl. I S. 1059), NStZ 1989, 449 (450).

299 *Körner*: BtMG, 6. Auflage, München 2007, § 31, Rn. 20.

300 Erstaunlicherweise werden hier zwar die Korruptionsdelikte, nicht aber der § 266 StGB als typisches Wirtschaftsdelikt erwähnt, obwohl § 46b StGB auch der Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität dienen soll.

301 BT-Drs. 16/6268, S. 12; *Körner*: BtMG, 6. Auflage, München 2007, § 31, Rn. 24.

302 *Körner*: BtMG, 6. Auflage, München 2007, § 31, Rn. 82.

Aufklärungserfolg gilt,³⁰³ umschreibt die Mindestanforderung an den zum Teil als zu unbestimmt bezeichneten Aufklärungsbeitrag des Kronzeugen.³⁰⁴ Im Vergleich zum Whistleblowing, welches nicht nur Straftaten umfasst, ist der Kronzeuge somit typischerweise Aufklärungsgehilfe bezüglich einer Straftat.

Eine weitere Abgrenzungsmöglichkeit scheint sich mit Blick auf den Status des Hinweisgebers bzw. Kronzeugen zu ergeben. Da ein Kronzeuge üblicherweise aus dem Milieu, also aus dem unmittelbaren Umfeld der Straftat,³⁰⁵ stammt, könnte man ihn als *internen* Hinweisgeber bezeichnen, insbesondere da er immer selbst Beschuldigter einer Straftat und innerhalb des Anwendungsbereichs der Kronzeugenregelungen – entgegen des Wortlautes im deutschen Recht – gerade nicht Zeuge ist. Eine Strafmilderung oder -freiheit macht ansonsten keinen Sinn. Dies mag gerade die Attraktivität des Kronzeugen als Mittel zur Verbrechensbekämpfung begründen. Die neue Regelung des § 46b StGB und § 31 BtMG setzen eine eigene Tatbeteiligung – und damit einen internen Status – an dem angezeigten Verhalten allerdings nicht voraus.³⁰⁶ Einer deliktübergreifenden Anwendung, einem *externen* Status des Kronzeugen, steht somit nichts entgegen.

Beim Ausmaß des Hinweises bzw. der Aussage und seiner Form sind hingegen klare Unterschiede zum Whistleblowing erkennbar. Die Aussage des Kronzeugen wird einzig gegenüber *Externen*, d.h. Strafverfolgungsbehörden, dem Gericht oder möglicherweise der Zollfahndung gemacht. Die Aussage muss eine eindeutige Offenbarung ohne den Schutz von Anonymität darstellen,³⁰⁷ wodurch eine deutliche Abgrenzung zum Whistleblowing auch im Rahmen der Form des Hinweises erfolgen kann.

B. Denunziation

Whistleblowing und Denunziation werden häufig in einem Atemzug genannt.³⁰⁸ Zum einen erfolgt dies, um die negative bzw. gefährliche Seite des Whistleblowings hervorzuheben.³⁰⁹ Zum anderen heißt es vielfach, Whistleblower seien gerade *keine* Denunzianten. Eine Klarstellung hinsichtlich der Gemeinsamkeiten und Unterschiede ist damit unerlässlich.

303 BT-Drs. 16/6268, S. 12.

304 *Frank/Titz*: Die Kronzeugenregelung zwischen Legalitätsprinzip und Rechtsstaatlichkeit, ZRP 2009, 137 (139).

305 *Frank/Titz*: Die Kronzeugenregelung zwischen Legalitätsprinzip und Rechtsstaatlichkeit, ZRP 2009, 137 (137).

306 *Körner*: BtMG, 6. Auflage, München 2007, § 31, Rn. 30; *Frank/Titz*: Die Kronzeugenregelung zwischen Legalitätsprinzip und Rechtsstaatlichkeit, ZRP 2009, 137 (138).

307 *Körner*: BtMG, 6. Auflage, München 2007, § 31, Rn. 22.

308 *Düsel*: Gespaltene Loyalität, Frankfurt/Main 2008, S. 25 ff.; *Schneider*: Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, Köln 2009, S. 59 und 71 ff.; *Sieg*: Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, FS Buchner, 2009, S. 859 (865 ff.).

309 *Hefendehl*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617 (631 ff.); *Bauer*: Gesetz zur Förderung des Denunziantentums, Editorial NJW 23/2008.

Dem Wortstamm nach leitet sich die Denunziation vom lateinischen Begriff *denuntiatio* ab, was Ankündigung oder Anzeige bedeutet.³¹⁰ Auch im gegenwärtigen romanischsprachigen Raum ist die *denuncia* gleichbedeutend mit (Straf-)Anzeige oder zum Teil auch Anklage.³¹¹ Weniger neutral konnotierte Definitionen, wie Denunziation sei gleich Verrat oder eine Anzeige aus niedrigen Beweggründen sowie öffentliche Brandmarkung, Verurteilung einer abweichenden Meinung,³¹² weisen bei der Begriffsbestimmung auf ähnliche Unwägbarkeiten wie beim Whistleblowing hin. Die sprachliche Gleichsetzung hat jedoch historische Gründe. Ursprünglich war die *denunciatio* ein wertungsneutrales strafprozessuales Rechtsinstitut, welches der heutigen Strafanzeige entspricht.³¹³ Selbst Urteile des Reichsgerichts verwendeten den Begriff der Denunziation für nicht wesentlich falsche Strafanzeigen.³¹⁴ Erst durch Kritik im Zusammenhang mit politischer Publizistik, also im außerstrafrechtlichen Bereich, erfuhr der Begriff zunehmend einen negativen Beigeschmack.³¹⁵ Letztlich mit Einführung der RStPO 1877, welche den Begriff der Anzeige, dem der Denunziation vorzog, wurde die negative Konnotation auch auf rechtlicher Ebene als nicht mehr überwindbar empfunden.³¹⁶ Die Entwicklung aus einem selbstverständlich neutral bewerteten Umfeld hin zu einem hyperterminierten und missverständlich besetzten Begriff ist der des Whistleblowings gleich.³¹⁷ Auch der bereits erwähnte Loyalitätskonflikt des Whistleblowers läuft im Rahmen seiner (Treue-)Pflichtenbindung parallel zu dem als typisch für den Denunzianten bezeichnenden Bruch von Solidarpflichten.³¹⁸

Betrachtet man die Wirkung der Denunziation, so dient sie nicht nur der „Aufrechterhaltung der öffentlichen Rechtsordnung“³¹⁹ als Mittel zur Aufklärung und Verhinderung von Straftaten,³²⁰ sondern auch der Wiederherstellung von Recht und Ordnung, mithin einer moralisch korrekten Gesellschaft.³²¹ Insoweit ist die Wirkung der Denunziation begrifflich mit dem Whistleblowing an dieser Stelle identisch. Die Ausgrenzung anderer erscheint hierbei mehr als Reflex einer unbilligen Motivation denn als primäre Folge der Anzeige. Die Instrumentalisierung der Denunziation für bestimmte (pseudo-)staatliche oder auch private Zwecke und Machtapparate – als offensichtliche Beispiele seien hier

310 Nur in der Online-Version des Duden unter: <http://www.duden-suche.de> (30.03.2010).

311 Nur im Online-Wörterbuch Leo.org unter : <http://www.leo.org/> (30.03.2010).

312 Nur bei Langenscheidt Fremdwörterbuch Online unter: <http://www.services.langenscheidt.de> (30.03.2010).

313 Koch: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 2.

314 RGSt 1, 80; 1, 233; 2, 228.

315 Koch: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 3.

316 Koch: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 5.

317 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 1. Kap.

318 Koch: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 10.

319 RGSt 1, 80 (81).

320 Koch: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 12.

321 Hefendehl: *Alle lieben Whistleblowing*, FS Amelung, 2009, S. 617 (632).

Spitzeltätigkeiten im NS-Regime³²² und der ehemaligen DDR genannt – mag der Intensität negativer Konnotation zuträglich gewesen sein, mit der begrifflichen Exegese steht dies jedoch nicht in Verbindung. Vorsicht ist in Anbetracht dessen nur bezüglich der extensiven Installation und dem unbekümmerten Propagieren des Whistleblowings gerade in begrifflicher Verbindung mit „Firmenhygiene“³²³ oder Ähnlichem geboten.

Die Intention eines Denunzianten wird überwiegend als eigennützige bzw. verwerfliche erachtet und in Verbindung mit einem Streben nach Teilhabe bzw. Macht gesehen.³²⁴ Gerade sie soll der Abgrenzung zum Whistleblowing dienen.³²⁵ Allerdings können zudem politisch-ideologische Motive oder ein Handeln aus Pflichtbewusstsein nicht ausgeschlossen werden.³²⁶ Auch moralische Ziele können mit einer Anzeige verfolgt werden.³²⁷ Unabhängig von der materiell-rechtlichen Würdigung der Anzeige als mögliche strafbare Handlung, ist mit dem RG³²⁸ daher zu konstatieren, dass die Denunziation insbesondere unter Berücksichtigung der Herkunft der Bezeichnung keinen Einfluss auf die erfolgreiche Verhinderung und Aufdeckung von Straftaten hat. Eine Trennschärfe zwischen rein egoistischem und rein altruistischem Anzeigen ist ebenso wenig wie beim Whistleblowing zu erkennen. Die Bezeichnung des Denunzierens insgesamt als negativ erfolgt vielmehr aufgrund einer Wertung von außen, die sich am „Erfolg“ des Hinweises misst. Resultiert aus der Anzeige die Aufklärung einer erheblichen Straftat, wird der Anzeigenerstatter hofiert. Stellt sich umgekehrt der geäußerte Vorwurf als unberechtigt heraus, ist die Bezeichnung als Verräter und Denunziant sicher. Je schwerer der geäußerte Vorwurf im Ergebnis wiegt, desto weniger bedeutsam ist die Intention.³²⁹ Sie ist demzufolge nicht konstitutiv. Denunziation und Whistleblowing gehen damit hinsichtlich der Intention des Anzeigenden in dieser Hinsicht konform.

Stärker als beim Whistleblowing wiegt dagegen die Frage nach der Freiwilligkeit der Anzeige. Das Handeln aus eigenem Antrieb – § 138 StGB ausgenommen – wird beim Denunzianten betont,³³⁰ wohingegen dies beim Whistleblowing unter Berücksichtigung der Einführung verbindlicher Kodizes und dergleichen nicht mehr in dieser Eindeutigkeit zutrifft.

Die Qualität des angezeigten Verhaltens ist wie beim Whistleblowing weit gefächert. Von bloßem *wrongdoing*³³¹ bis hin zur Straftat ist die Bandbreite nahezu identisch. An

322 Wobei hier nicht unerwähnt bleiben darf, dass § 164 RStGB erst durch die Nationalsozialisten eingeführt wurde und nicht nur wie heute, nur wissentliche Falschaussagen pönalisierte, sondern auch leichtfertige. (*Düsel*: *Gespaltene Loyalität*, Frankfurt/Main 2008, S. 27).

323 *Mezger*: *Whistle-Blowing: Ein Instrument zur Firmenhygiene für verantwortungsbewusste Unternehmen*, Saarbrücken 2006.

324 *Koch*: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 6, 16.

325 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 2. Kap., B.

326 *Rüping*: *Denunziation und Strafjustiz im Führerstaat*, in: *Jerouscheck/Marßolek/Röckelein* (Hrsg.): *Denunziation*, Tübingen 1997, S. 127 (134).

327 *Hefendehl*: *Alle lieben Whistleblowing*, FS Amelung, 2009, S. 617 (632).

328 RGSt 1, 80 (81).

329 *Koch*: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 6, 9.

330 *Boesebeck*: *Privatrechtliche Haftung des Denunzianten*, NJW 1947/48, 13 (14).

331 *Koch*: *Denunciatio*, Frankfurt/Main 2006, S. 7.

den Gegenstand der Anzeige müssen behördliche Maßnahmen geknüpft sein.³³² Wie bereits im Rahmen der Intention schon angedeutet, umschreibt die Denunziation eine gewisse Unverhältnismäßigkeit. *Koch* sieht diese in der Relation zwischen angezeigtem Verhalten und den daran anknüpfenden Sanktionen.³³³ *Boesebeck* hebt hingegen das Verhältnis zwischen angezeigtem Verhalten und der Intention hervor.³³⁴ Letztlich implizieren beide damit eine Orientierung am öffentlichen oder übergeordneten Interesse im Umgang mit dem angezeigten Verhalten. Nur Tatsachen, an denen *kein* öffentliches bzw. übergeordnetes Interesse besteht, verdienen das Stigma der Denunziation. Exakt umgekehrt lässt sich dies für das Whistleblowing behaupten. Whistleblowing umfasst nur solche Tatsachen, an denen übergeordnete Interessen gerade positiv festgestellt werden können. Die beiden Erscheinungsformen des Hinweisgebens unterscheiden sich somit nicht durch die Motivation des Anzeigenden, sondern durch die nur retrospektiv feststellbare Verhältnismäßigkeit zwischen der Qualität des angezeigten Verhaltens und dem öffentlichen Interesse daran.

Einerseits ist eine Straftat – wie sich aus den §§ 374, 376 StPO und der Existenz von (relativen) Antragsdelikten ergibt – nicht zwangsläufig von öffentlichem oder übergeordnetem Interesse. Auch die Betroffenheit überindividueller Rechtsgüter böte in Anbetracht des intendierten Vermögensschutzes vieler Wirtschaftsdelikte keinen Anhaltspunkt. Andererseits kann der Rechts- oder Unternehmensfrieden auch schon fern strafrechtlicher Verantwortlichkeit gestört sein. Angesichts der gezeigten Bandbreite möglicher Hinweisgegenstände kann das öffentliche Interesse daher als Gefahr für die Sicherheit und Ordnung (innerhalb der jeweiligen Zuordnungsebene, d.h. auch bezüglich der Sicherheit und Ordnung im Unternehmen), wie aus polizei- bzw. ordnungsrechtlichen Befugnisnormen bekannt, bezeichnet werden. Die Nähe zum Polizeirecht wird der etymologischen Herleitung des Whistleblowings allemal gerecht.

Die Einschätzungsprärogative des Anzeigenden ist damit allerdings insbesondere bei den Wirtschaftsstraftaten und den Korruptionsdelikten äußerst unsicher. Die Unvorhersehbarkeit rechtlicher Beurteilung bei der Differenzierung zwischen strafbarem und sozialadäquatem Verhalten im Einzelfall ist hier groß.

Hinsichtlich des Status des Anzeigenden kann folglich festgestellt werden, dass sich bei der Denunziation keine Einschränkungen ergeben. Bezüglich des Adressaten und der Form des Hinweises kann auf die Ausführungen zum Whistleblowing verwiesen werden. Insbesondere die Anonymität des Hinweises wird in selben Umfang diskutiert wie beim Whistleblowing: Zum Teil wird sie als Wesensmerkmal, zum Teil für entbehrlich erachtet.³³⁵ Wesentliche Unterschiede ergeben sich hierbei nicht.

Der Unterschied zwischen Denunziation und Whistleblowing ergibt sich demgemäß nur hinsichtlich der Beurteilung des angezeigten Verhaltens im Lichte des öffentlichen Interesses.

332 *Boesebeck*: Privatrechtliche Haftung des Denunzianten, NJW 1947/48, 13 (14).

333 *Koch*: Denunciatio, Frankfurt/Main 2006, S. 8.

334 *Boesebeck*: Privatrechtliche Haftung des Denunzianten, NJW 1947/48, 13 (14).

335 *Koch*: Denunciatio, Frankfurt/Main 2006, S. 8.

6. Kapitel: Fazit

Aus den Ausführungen zur Begriffsbestimmung lässt sich für den hier zu untersuchen- den Bereich folgender Schluss ziehen:

Ein Whistleblower ist derjenige, welcher als Externer oder Interner mittels (anonymen) Hinweises an innerbetriebliche – unabhängig von der Hierarchieebene – oder au- ßerbetriebliche Stellen zur Aufklärung und Verhinderung von Fehlverhalten beiträgt, wobei der Inhalt des Hinweises von öffentlichem bzw. übergeordnetem Interesse ist.

Im Fall der eingangs zitierten sog. „Liechtensteiner Steueraffäre“, bei der ein ehema- liger Mitarbeiter der liechtensteinischen LTG-Bank eine DVD mit Datensätzen, u.a. Korrespondenzen und Depotauszüge, aus der Zeit des Beschäftigungsverhältnisses an den BND für € 5 Mio. verkaufte, führte der Hinweis mittels der DVD und eine entspre- chende Auswertung zu bislang 596 Ermittlungsverfahren,³³⁶ 120 Durchsuchungen, 72 Selbstanzeigen und Steuernachzahlungen von insgesamt € 27,8 Mio.³³⁷ Ohne an dieser Stelle vertiefend auf die Frage der Verwertbarkeit einzugehen, ist anhand der erfolgten Durchsuchungen, deren Voraussetzungen jeweils an den Verdacht einer Straftat ge- knüpft sind, unmissverständlich ein übergeordnetes Interesse im Sinne der Definition erkennbar. Mithin liegt hier ein klarer Fall von Whistleblowing vor. Ob dies auch für den aktuellen „Steuersünder-Fall“ gilt, bleibt bis zu weiterer Sachverhaltsaufklärung abzuwarten.³³⁸ Auch hier treffen jedoch wieder in gleichem Maße Abgrenzungsschwie- rigkeiten zwischen Whistleblowing und Denunziation aufeinander.³³⁹

336 Süddeutsche Zeitung vom 07.04.2010, S. 5.

337 Göres/Kleinert: Die Liechtensteiner Finanzaffäre – Steuer- und steuerstrafrechtliche Konsequenzen, NJW 2008, 1353 (1353); FAZ vom 19.03.2010, S. 11.

338 Ein Informant hat der Bundesregierung gegen eine „Prämie“ von € 2,5 Mio. eine sog. „Steuersün- der-CD“ mit Daten von ca. 1300–1500 mutmaßlichen Steuersündern angeboten. Die Verwertung der CD soll angeblich Steuernachzahlungen in Millionenhöhe nach sich ziehen. (FAZ vom 01.02.2010, S. 1 und 2)

339 Vgl. Schäfers, der in einem Kommentar in der FAZ vom 06.02.2010, S. 1 den Fall unter dem Titel „Denunziantentum“ beschreibt.

Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen

Das Whistleblowing als Verhaltensform wird oftmals in einem Atemzug oder gar synonym mit dem Begriff des Whistleblowing-Systems, Hinweisgebersystems oder auch Whistleblowing-Schutzsystems³⁴⁰ gebraucht. Ein Hinweisgebersystem stellt dabei jedoch nur den formellen Rahmen für den Umgang mit dem Hinweis des Whistleblowers dar. Es beschreibt, von wem Hinweise in welcher Form, zu welchem Fehlverhalten abgegeben werden können, und bestimmt ein konkretes Verfahren zur Weiterleitung und Bearbeitung des Hinweises. Es existieren sowohl in privaten Unternehmen als auch im öffentlich-rechtlichen Bereich Hinweisgebersysteme,³⁴¹ wobei Letztere hier ausgeklammert werden. Ebenso wie das jeweilige Compliance-Programm vom Unternehmen und dem betroffenen Tätigkeitsfeld abhängt,³⁴² so ist auch ein Hinweisgebersystem durch die Struktur des internen Managements und der internen Organisation des Unternehmens bedingt.³⁴³

Es soll jedoch versucht werden Grundmuster und -strukturen eines Hinweisgebersystems darzustellen, um im Rahmen der materiell-rechtlichen Würdigung untersuchen zu können, welchen Einfluss ein solches System auf die Beurteilung der strafrechtlichen Risiken des Whistleblowers hat.³⁴⁴

1. Kapitel: Allgemeines

Weltweit beträgt der Anteil der Unternehmen, welche ein als solches bezeichnetes Hinweisgebersystem installiert haben, 60%.³⁴⁵ In Deutschland nutzen derzeit (2009) nur 34% der Unternehmen mit mehr als 1000 Mitarbeitern Hinweisgebersysteme.³⁴⁶ Die Prüfung von Fehlverhalten bzw. von Compliance-Verstößen erfolgt hierzulande vorrangig durch die Interne Revision. Die (deutsche) Skepsis gegenüber der Einführung von Hinweisgebersystemen wird mit unverhältnismäßigem Aufwand bzw. hohen Kosten und der Angst vor Denunziantentum und Spitzelkultur im Unternehmen begründet.³⁴⁷

340 *Altenburg*: Whistleblowing – Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems? –, *Bucerius Law Journal* 2008, 3 (5).

341 LKA Niedersachsen, AOK Bayern, die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns und GEZ; vgl. <http://www.business-keeper.com/cms/einsatzbereiche.html> (30.03.2010).

342 *Sieber*: Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht, FS Tiedemann, 2008, S. 449 (459).

343 *Gruson/Kubicek*: Der Sarbanes-Oxley-Act, Corporate Governance und das deutsche Aktienrecht (Teil I), *Die Aktiengesellschaft* 2003, S. 393 (396); *Berndt/Hoppler*: Whistleblowing als integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, *BB* 2005, 2623 (2629).

344 Arbeits- und datenschutzrechtliche Probleme sollen hierbei nicht diskutiert werden.

345 PricewaterhouseCoopers: Wirtschaftskriminalität 2007, Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft, 2007, S. 33.

346 PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, S. 56.

347 *Wolz*: Whistle Blowing und Concern Management, Frankfurt/Main 2007, S. 31; PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 32.

Doch ein Vergleich mit dem Jahr 2005 – dort gaben nur 26% der Unternehmen an, über ein Hinweisgebersystem zu verfügen – zeigt eine Entwicklung zu einer zunehmenden Implementierung von Hinweisgebersystemen in Deutschland.³⁴⁸ Es gilt abzuwarten, ob sich dies als Konsequenz aus der aktuellen Wirtschaftskrise beschleunigt. Grundsätzlich wird nämlich der Prävention gegen Wirtschaftskriminalität durch die Wirtschaftskrise höheren Stellenwert beigemessen als zuvor.³⁴⁹

2. Kapitel: Gründe für die Einführung

Als vorrangiger Grund für die Implementierung eines Hinweisgebersystems zählt der Schutz vor Korruption und Wirtschaftskriminalität.³⁵⁰ Ein funktionierendes System kann zum einen repressive Wirkung entfalten, indem bereits begangene Straftaten aufgeklärt werden und sich das Entdeckungsrisiko erhöht. Zum anderen soll sich ein Hinweisgebersystem auch (kriminal)präventiv auswirken können und potenzielle Täter abschrecken.³⁵¹ Kommunikationsbereitschaft und Transparenz sollen letztendlich zur Tathemmung führen. Daneben kann das Unternehmen mittels des Hinweisgebersystems als Frühwarnsystem mögliche Untersuchungen und Ermittlungen zu Fehlverhalten selbst kontrollieren und steuern, bevor seitens der Ermittlungsbehörden Maßnahmen ergriffen werden und die Öffentlichkeit Kenntnis erlangt. Damit einher geht die Begründung eines Hinweisgebersystems mit einer Image- und Integritätssteigerung für das Unternehmen.³⁵² Dies gilt sowohl gegenüber den eigenen Mitarbeitern als auch gegenüber Investoren bzw. Kunden.³⁵³ Ein Hinweisgebersystem soll dabei zu mehr Transparenz führen und ein größeres Vertrauen bei Mitarbeitern und Kunden schaffen. Außerdem soll dadurch die (internationale) Wettbewerbsfähigkeit gesteigert werden.³⁵⁴

Zudem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass durch die Einführung eines effektiven Hinweisgebersystems Haftungsrisiken minimiert werden und Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können.³⁵⁵ Der BGH hat kürzlich per *obiter dictum* entschieden, dass einen Compliance-Officer eine Sonderverantwortlichkeit für die In-

348 PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 31.

349 PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, S. 59.

350 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 148 u.152 f.

351 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 169.

352 *Breinlinger/Krader*: Whistleblowing – Chancen und Risiken bei der Umsetzung von anonym nutzbaren Hinweisgebersystemen im Rahmen des Compliance-Managements von Unternehmen, RDV 2006, 1 (3).

353 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 81 ff; Donato: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2009, S. 85 ff., 134 f.

354 *Weber-Rey*: Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation, Die Aktiengesellschaft 2006, 406 (407).

355 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 205.

tegrität und das Funktionieren seines Verantwortungsbereichs trifft.³⁵⁶ Dieser Verantwortungsbereich „Compliance“ umfasst eben nicht nur Gesetzestreue, sondern auch die Frage, auf welche Art und Weise die Einhaltung rechtlicher Vorgaben innerhalb des Unternehmens sichergestellt werden soll.³⁵⁷ Ein Hinweisgebersystem kann dabei *ein* Mittel zur Kontrolle darstellen, solange es nicht nur eine „leere Hülse“³⁵⁸ ist.³⁵⁹

Trotz wachsendem Druck von außen existiert aber bisher für deutsche Unternehmen grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung zur Einführung eines Hinweisgebersystems.³⁶⁰ Eine Ausnahme hiervon bildet – wie gezeigt – der SOX mit seinem exterritorialen Anwendungsbereich auch für deutsche Unternehmen, welche an der US-Börse notiert sind. In Sec. 301 SOX wird vorgeschrieben, dass ein Beschwerdesystem zur Ermöglichung vertraulicher und anonymer Anzeigen hinsichtlich des Verstoßes gegen Buchführungs- und Buchprüfungspflichten eingeführt werden muss. Die nähere Ausgestaltung wird jedoch nicht vorgegeben.³⁶¹

3. Kapitel: Grundsätzliche Ausgestaltung

A. Kommunikationsweg

Bei Hinweisgebersystemen in deutschen Unternehmen sind grundsätzlich zwei Kommunikationswege zu unterscheiden: der interne und der externe.³⁶²

Bei einem internen Kommunikationsweg bleibt der Hinweis innerhalb des Unternehmens. Das Unternehmen hat dafür entweder spezielle Stellen eingerichtet (beispielsweise ein sog. *Concern Management System*)³⁶³ oder aber zumindest entsprechende Kompetenzen zur Annahme von Hinweisen bei bestehenden Stellen (Konzernsicherheit, interne Revision, Aufsichtsrat, Rechtsabteilung) formuliert.³⁶⁴ In der Regel erfolgt dies unabhängig von hierarchischen Strukturen, d.h. der Hinweis kann direkt an die zuständige Stelle erfolgen und ist nicht zwingend zuvor an den Vorgesetzten zu richten.³⁶⁵

356 BGH NJW 2009, 3173.

357 *Passarge*: Risiken und Chancen mangelhafter Compliance in der Unternehmensinsolvenz, NZI 2009, 86 (86); *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 99 f.

358 PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 26.

359 *Passarge*: Risiken und Chancen mangelhafter Compliance in der Unternehmensinsolvenz, NZI 2009, 86 (87); *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden, 2009, S. 161 m.w.N.

360 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., B., VIII.

361 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 2. Kap., A.

362 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 171.

363 *Wolz*: Whistle Blowing und Concern Management, Frankfurt/Main 2007, S. 32.

364 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 172.

365 *Weber-Rey*: Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation, Die Aktiengesellschaft 2006, 406 (407).

Interne Systeme sind vornehmlich bei größeren Unternehmen zu finden.³⁶⁶ Da dies für kleine und mittelständische Unternehmen oftmals zu aufwendig ist, verfügen solche hauptsächlich über externe Kommunikationswege.³⁶⁷ Dabei wird dann auf eine *externe* Ombudsperson oder einen sog. *third-party vendor* verwiesen.³⁶⁸ Bei Ombudspersonen handelt es sich in der Regel um Rechtsanwälte mit entsprechender Pflichtenbindung.³⁶⁹ Die Ombudsperson kann entweder vom Unternehmen direkt beauftragt werden, wobei vertraglich vereinbart wird, dass der Hinweisgeber über die Weiterleitung und Bearbeitung seiner Anzeige entscheidet und das Unternehmen keine Möglichkeit hat, Informationen zu erlangen, oder der Whistleblower selbst geht mit einem vom Unternehmen empfohlenen Rechtsanwalt ein Mandatsverhältnis ein.

Unter sog. *third-party vendors* werden Firmen wie zum Beispiel Business-Keeper³⁷⁰, EthicsPoint³⁷¹ oder ClearViewConnects³⁷² verstanden. Sie agieren als Vermittler zwischen Hinweisgeber und Unternehmen, ohne selbst Einsicht in die Meldungen zu haben. Die Hinweise sind nur von der durch das Unternehmen ausgewählten Stelle einsehbar, insofern kann man auch von einer „Zwitterstellung“ zwischen internem und externem Kommunikationsweg sprechen. Die Unabhängigkeit vom Unternehmen wird dabei aber als Anreiz und förderlich für die Überwindung der Hemmschwelle für eine Anzeige verstanden.

Die Firmen, insbesondere Business-Keeper, bieten eine spezielle internetbasierte Plattform an, die auf das jeweilige Unternehmen abgestimmt ist. Wer einen Hinweis abgeben kann und zu welchen Themenbereichen dies geschieht, ist so von jedem Unternehmen selbst bestimmbar. Die (Daten-)Sicherheit und Anonymität des Hinweisgebers werden durch den Einsatz von Servern in einem Hochsicherheitstrakt, wo auch die Server der Europäischen Zentralbank stehen, garantiert.³⁷³ Neben der bloßen Abgabe des Hinweises ist aber auch eine (anonyme) Kommunikation möglich. Der Hinweisgeber *kann* sich nämlich unter einem Pseudonym ein eigenes Postfach errichten, sodass eventuelle Rückfragen zum Vorwurf beantwortet werden können. Zur Erläuterung des Hinweises können zudem Dateien bis zu zwei Megabyte angehängt werden.

366 *Berndt/Hoppler*: Whistleblowing als integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, BB 2005, 2623 (2629).

367 *Passarge*: Risiken und Chancen mangelhafter Compliance in der Unternehmensinsolvenz, NZI 2009, 86 (87); *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 173.

368 PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 32.

369 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 176.

370 <http://www.business-keeper.com/cms/start.html> (30.03.2010).

371 <http://www.ethicspoint.com/> (30.03.2010).

372 <http://www.clearviewconnect.com/> (30.03.2010).

373 *Altenburg*: Whistleblowing – Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems? Bucerius Law Journal 2008, 3 (5).

Die verschiedenen Kommunikationswege für einen Hinweis stehen jedoch nicht im Exklusivitätsverhältnis zueinander, sondern sind auch parallel anwendbar.³⁷⁴ Die Deutsche Bahn AG bietet dem Hinweisgeber zum Beispiel sowohl den internen Weg über den Vorgesetzten oder den Compliance-Officer als auch eine externe Möglichkeit zur Abgabe eines Hinweises an eine Ombudsperson.³⁷⁵

B. Kommunikationsmittel

Hinweise können im Rahmen eines Hinweisgebersystems durchweg anonym bzw. unter Zusicherung der Vertraulichkeit und mittels konventioneller Kommunikation (persönliches Gespräch, Post, Telefon, Fax) abgegeben werden. Aber auch IT-basierte Kommunikationsmittel wie E-Mail oder sonstige elektronische Übertragung wie bei den sog. *third-party vendors* werden zunehmend eingesetzt.³⁷⁶

C. Zugänglichkeit des Hinweisgebersystems

Es stellt sich nunmehr die Frage, für wen ein Hinweisgebersystem grundsätzlich zugänglich ist. Für die Unternehmen stehen als potenzielle Hinweisgeber die eigenen Mitarbeiter an erster Stelle, da sie unternehmensinternen Missständen am nächsten sind.³⁷⁷ Bei globaler Vernetzung des Unternehmens gilt dies weltweit. Gerade durch das Hinweisgebersystem und eine adäquate Unternehmenskultur sollen Unternehmensinterne ermutigt werden, Fehlverhalten aufzudecken.³⁷⁸ Dafür müssen die Mitarbeiter zunächst über das System informiert werden. Wie ein Compliance-Programm ist auch ein Hinweisgebersystem nur erfolgreich, wenn es im Unternehmen hinreichend kommuniziert wird.³⁷⁹ In der Regel erlangen die Mitarbeiter über interne Medien wie zum Beispiel Broschüren oder Newsletter, via Inter- oder Intranet Kenntnis von der Einrichtung eines Hinweisgebersystems. Zum Teil werden seitens des Unternehmens auch Schulungen bzw. Fortbildungen zum Thema Compliance und Hinweisgebersysteme angeboten.³⁸⁰

Nur in wenigen Unternehmen sind die Hinweisgebersysteme für die Öffentlichkeit erreichbar.³⁸¹ Unternehmensexterne (Geschäftspartner, Dienstleister, Kunden) haben

374 PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 31.

375 Vgl. <http://www.deutschebahn.com> (30.03.2010).

376 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistle-blowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 177.

377 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistle-blowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 170.

378 *Wolz*: Whistle Blowing und Concern Management, Frankfurt/Main 2007, S. 31; PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 35.

379 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 154.

380 Vgl. PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 24.

381 Beispielsweise Deutsche Bahn AG (vgl. oben), Fraport AG (<http://www.fraport.de> [30.03.2010]) und Deutsche Telekom AG (<http://telekom.de> [30.03.2010])

grundsätzlich nur selten Zugang zum System.³⁸² Entsprechend gering ist auch das Wissen um eine Whistleblowing-Möglichkeit.

D. Deliktfokus

Entsprechend den Ausführungen zur Qualität des angezeigten Verhaltens beim Begriff des Whistleblowings ist der propagierte Gegenstand des Hinweises weit gefächert. Neben Verstößen gegen gesetzliche oder organisationsinterne Regeln, Verstöße gegen Verhaltensstandards bzw. die Geschäftsethik des Unternehmens oder gegen Arbeits- und Umweltschutzvorschriften können auch Straftaten gerügt werden.³⁸³ Die Bandbreite der möglichen Hinweisgegenstände ist in solchen Systemen damit sehr weit. Beispielsweise die Fraport AG wirkt dem entgegen, indem sie die in Betracht kommenden Verstöße jeweils anhand von Fallbeispielen konkretisiert. Ein potenzieller Hinweisgeber hat somit die Möglichkeit seinen Hinweis einzuordnen.³⁸⁴ In den hier betrachteten Systemen finden sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür, wie der geäußerte Verdacht gegebenenfalls verifiziert werden kann oder wie schwerwiegend der Vorwurf sein muss.

Manche Unternehmen bestimmen keinen konkreten Hinweisgegenstand und belassen es bei Aussagen, wie „Jeder, der den Verdacht hat, dass gegen Regeln verstoßen wurde, sollte dies melden. Aber wem? Wählen Sie zwischen drei Anlaufstellen.“³⁸⁵

Wie die Gründe für die Einführung eines Hinweisgebersystems jedoch gezeigt haben,³⁸⁶ steht die Aufdeckung von Wirtschafts- und Korruptionsdelikten im Vordergrund (90%).³⁸⁷ Aus diesem Grund wird auch im Rahmen dieser Arbeit das Whistleblowing zur Verhinderung und Aufdeckung von Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten im Mittelpunkt stehen. Es bedarf jedoch zunächst einer kurzen Erläuterung, welche Delikte hierunter zu verstehen sind.

I. Wirtschaftsstraftat

Der Begriff der Wirtschaftsstraftat – dies gilt in ähnlicher Weise für den der Wirtschaftskriminalität – ist zunächst kein fest umrissener und hat keinen materiell abgrenzbaren Inhalt.³⁸⁸ Weder das *Erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität* (1. WiKG)³⁸⁹ vom 29.07.1976 noch das 2. WiKG³⁹⁰ vom 15.05.1986 lassen eine eindeutige

382 PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 31.

383 Zum Beispiel bei der Telekom AG (vgl. oben).

384 <http://www.fraport.de/cms/nachhaltigkeit/rubrik/2/2898.wertemanagement.html> (30.03.2010); <https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=6fra1&language=ger> (30.03.2010).

385 Zum Beispiel die Deutsche Bahn AG (http://www.deutschebahn.com/site/bahn/de/nachhaltigkeit/compliance/hinweise__abgeben/hinweise__abgeben.html [30.03.2010]).

386 Vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 2. Kap.

387 PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010, S. 31.

388 Richter, in: Müller-Gugenberger/Bieneck: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, Köln 2006, § 3, Rn. 22 ff.; Hellmann/Beckemper: Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2008, Vorwort.

389 BGBl. I S. 2034.

Bestimmung zu.³⁹¹ Deswegen wird zumeist auf verschiedene Bezugsebenen verwiesen. Klassisch ist der Ansatz *Sutherlands*,³⁹² der Wirtschaftsstraftaten als *white collar crime* (Weiße-Kragen-Kriminalität), also als Straftaten der Oberschicht, bezeichnete. Ergänzt wurde dieser Ansatz durch Begriffe wie *occupational crime* (Berufskriminalität) oder auch *corporate crime* (Verbandskriminalität).³⁹³ Grundsätzlich wird darunter eine bestimmte Tätergruppe verstanden, da Wirtschaftsdelikte üblicherweise berufsbezogen sind. Zwar spiegelt sich dieser Ansatz in den Sonderdelikten wider, es wird aber gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen, indem nicht die Tat, sondern der Täter in den Vordergrund gestellt wird.³⁹⁴ Weitere Ebenen werden in der Aufzählung des § 74c Abs. 1 StPO³⁹⁵ und an einer Zuordnung anhand der geschützten Rechtsgüter gesehen.³⁹⁶ Eine Wirtschaftsstraftat sei durch den Schutz überindividueller Rechtsgüter geprägt. Zudem seien die Sozialschädlichkeit, die Anonymität des Opfers und die geringe Sichtbarkeit des Täters Charakteristika einer Wirtschaftsstraftat.³⁹⁷ Schließlich wird auch die Betroffenheit von Instrumenten des Wirtschaftsverkehrs (beispielsweise Bilanzen) genannt.³⁹⁸

Ohne nähere Bestimmung der Begriffe Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität kommen die Studien von PriceWaterhouse-Coopers³⁹⁹ und KPMG⁴⁰⁰ aus. Sie untersuchen vielmehr direkt verschiedene Deliktgruppen, die sie der Wirtschaftskriminalität zuordnen. So werden Untreue, Betrug, Geldwäsche, Diebstahl, Unterschlagung, Korruptionsdelikte, Wettbewerbsdelikte,⁴⁰¹ Kartellrechtsverstöße, Fälschung von Jahresabschlüssen bzw. Bilanzinformationen und Insiderstraftaten genannt.

390 BGBl. I S. 721.

391 *Bottke*: Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite, *wistra* 1991, 1 (6).

392 US-amerikanischer Soziologe 1883–1950.

393 *Tiedemann*: Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Köln 2007, Rn. 43 ff.

394 *Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 1. Kap., Rn. 6 f.

395 So auch die Definition von Wirtschaftskriminalität der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik 2008, S. 17.

396 *Bottke*: Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite, *wistra* 1991, 1 (7); *Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 1. Kap., Rn. 10.

397 *Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 1. Kap., Rn. 9 m.w.N.

398 *Tiedemann*: Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Köln 2007, Rn. 46; *Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 1. Kap., Rn. 11.

399 PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009.

400 KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010 (http://www.kpmg.de/docs/20091220_Wirtschaftskriminalitaet.pdf [30.03.2010]).

401 Darunter auch der § 17 UWG selbst, den auch *Tiedemann* als Wirtschaftsstraftat erachtet. (KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 8; PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität

II. Korruptionsdelikte

Auch der Begriff der Korruption ist gesetzlich nicht definiert und wird anhand von bestimmten Zuordnungskriterien bestimmt.⁴⁰² Etymologisch betrachtet stammt das Wort vom lateinischen *corruptere* ab, was so viel heißt wie verderben, vernichten oder auch bestechen.⁴⁰³ Allgemein werden darunter die Amtsdelikte §§ 331–335 StGB⁴⁰⁴ sowie die Wählerbestechung § 108b StGB, die Abgeordnetenbestechung § 108e StGB und nicht zuletzt die Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr § 299 StGB verstanden.⁴⁰⁵ Im Mittelpunkt steht der pflichtwidrige bzw. regelwidrige Tausch.⁴⁰⁶ Für Unternehmen, welche im Rahmen ihrer Compliance Hinweisgebersysteme einführen, ist zentrale Vorschrift der § 299 StGB.⁴⁰⁷

III. Delikte beim Whistleblowing

Beim Whistleblowing können die relevanten Wirtschafts- und Korruptionsdelikte weiter nach Brisanz und Relevanz in der Rechtswirklichkeit differenziert werden: Da wegen des hohen Dunkelfeldes, weswegen Whistleblowing gerade eingesetzt werden soll, sowohl die Rechtspflegestatistik⁴⁰⁸ als auch die Polizeiliche Kriminalitätsstatistik (PKS)⁴⁰⁹ in ihrer Aussagekraft alleine betrachtet versagen, ist es sinnvoll, sich dabei aus Sicht der Unternehmen, welche das Hinweisgebersystem letztendlich implementieren, zusätzlich an den Schadensrisiken zu orientieren.

Statistisch betrachtet ist im Rahmen der Wirtschaftskriminalität der Betrug das häufigste Delikt. Die PKS weist für 2008 13.041 Tatverdächtige auf, die Rechtspflegestatistik 127.654 Verurteilte.⁴¹⁰ Bezogen auf 2009 stellt PriceWaterhouseCoopers das höchste Schadensrisiko bei den Vermögensdelikten fest. Gefolgt werden diese von Wettbewerbsdelikten und Korruption.⁴¹¹ Mit den Jahren 2006–2009 als Bezugspunkt gibt

tät 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, S. 29 ff; Tiedemann: Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Köln 2007, Rn. 18).

402 Dölling, in: Dölling: Handbuch der Korruptionsprävention, München 2007, 1. Kap., Rn. 2.

403 Duden, Das Herkunftswörterbuch, 3. Auflage, Mannheim 2001, S. 443.

404 Hierbei ist wiederum umstritten, ob die §§ 331 ff. StGB als Wirtschaftsstraftaten gelten (vgl. Rönna, in: Achenbach/Ransiek: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 2, Rn. 1, Fn. 1).

405 Bannenberg/Schaupensteiner: Korruption in Deutschland, 3. Auflage, München 2007, S. 27.

406 MK-Korte: StGB, München, 2006, § 331, Rn. 8; Greeve: Korruptionsdelikte in der Praxis, München 2005, S. 1 f.; Rönna, in: Achenbach/Ransiek: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 2, Rn. 1, Fn. 5.

407 Hauschka/Greeve: Compliance in der Korruptionsprävention – was müssen, was sollen, was können Unternehmen tun?, BB 2007, 165 ff.; SSW-Rosenau: StGB, Köln 2009, § 299, Rn. 1.

408 Abrufbar unter: <https://www-ec.destatis.de> (30.03.2010).

409 Abrufbar unter: <http://www.bka.de/> (30.03.2010).

410 Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, S. 233; Rechtspflegestatistik, Strafverfolgung 2008, Fachserie 10, Reihe 3, S. 35.

411 PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, S. 29.

KPMG die durchschnittlichen Schäden bei Kartellrechtsverstößen als höchste an.⁴¹² Es folgen Geldwäsche und Korruption. Die Schäden durch Untreue werden als geringer beurteilt als jene durch die Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.⁴¹³

Für die weitere Untersuchung ergibt sich somit, dass neben den Korruptionsdelikten auch der Betrug gem. § 263 StGB und die Untreue gem. § 266 StGB geprüft werden und der Hinweisgegenstand beim Whistleblowing primär unter dem Gesichtspunkt dieser Deliktgruppe im Rahmen der Prüfung strafrechtlicher Risiken für den Whistleblower berücksichtigt wird.

412 KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 9 (vgl. oben).

413 KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 9 (vgl. oben).

Materiell-rechtliche Würdigung

Nachdem eine Definition für das Whistleblowing gefunden wurde, ist eine materiell-rechtliche Würdigung der typischen Verhaltensweisen anhand des derzeit geltenden Rechts möglich. Die strafrechtlichen Risiken werden entsprechend des heute herrschenden dreigliedrigen Verbrechensaufbaus⁴¹⁴ deliktunabhängig auf der Ebene des Tatbestands (1. Kap.), der Rechtswidrigkeit (2. Kap.) und der Schuld (3. Kap.) aufgezeigt. Ergänzt wird die Untersuchung durch eine Darstellung möglicher Irrtümer des Whistleblowers (4. Kap.).

1. Kapitel: Strafrechtliche Risiken auf Tatbestandsebene

Ziel des Whistleblowings ist – wie bereits festgestellt – die Verhinderung und Aufklärung von (Wirtschafts- und Korruptions-)Straftaten. Dabei sollen insbesondere Delikte ans Licht kommen, die sich als sog. opferlose Delikte⁴¹⁵ meistens im Dunkelfeld⁴¹⁶ bewegen und einer Aufklärung kaum zugänglich sind. Kern der Betrachtung ist damit das Verhalten, welches die Tatsachen bzw. Vermutungen von innen (dem Dunkelfeld) nach außen (ins Hellfeld) transferiert. Außen meint dabei (noch) nicht zwingend außerhalb des Unternehmens, sondern vielmehr einen vom konspirativen Umfeld losgelösten Bereich.⁴¹⁷

Jenem gebotenen Transfer steht jedoch ein ebenfalls vom Strafrecht nicht ungeschützter Bereich entgegen. Gemeint sind Delikte, die einen Schutz vor inneren Gefahren für ein Unternehmen bieten wollen. Eben diese Bedrohung von innen wird generell unterschätzt. Es wird verkannt, dass Präventionsmaßnahmen gegen kriminelle Handlungen innerhalb des Unternehmens auch (strafrechtliche) Risiken bergen.⁴¹⁸ Am nächsten liegt dabei der Geheimnisschutz.⁴¹⁹ Aus diesem Grund steht der Geheimnisschutz, insbesondere der § 17 UWG, im Mittelpunkt der Untersuchung.⁴²⁰ Aber auch § 266 StGB sanktioniert ein Verhalten, welches im Innenverhältnis den Interessen des Vermögensinhabers zuwiderläuft. Der potenzielle Whistleblower agiert somit in einem Spannungsfeld zwischen größtmöglicher Transparenz und berechtigten Integritätsinteressen.

414 *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Auflage, Heidelberg 2009, § 5, Rn. 129 m.w.N.

415 *Bannenber*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 10. Kap., Rn. 24.

416 Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, S. 232.

417 Vgl. KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 27 (vgl. oben).

418 KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 5 und S. 20 (vgl. oben).

419 *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500.

420 Andere Vorschriften werden nur in Abgrenzung zu § 17 UWG und im Überblick dargestellt.

A. Geheimnisschutz

Im Folgenden wird daher zunächst untersucht, inwiefern der strafrechtliche Schutz von (Geschäfts- und Betriebs-)Geheimnissen dem Whistleblowing entgegensteht. In Betracht kommen sowohl Vorschriften aus dem Nebenstrafrecht wie § 17 UWG, § 333 HGB, § 404 AktG, § 85 GmbHG, § 151 GenG, § 315 UmwG, § 19 PublG, § 120 BetrVG und § 138 VAG als auch Normen des Kernstrafrechts wie §§ 93 ff., 201 ff., 353b, 355 StGB.

I. §§ 17 ff. UWG

Als einzige relative Antragsdelikte unter den strafrechtlichen Geheimnisschutzvorschriften und als „Grundgerüst des bundesdeutschen Wirtschaftsgeheimnisstrafrechts“⁴²¹ sind die Regelungen im 4. Kapitel des UWG von zentraler Bedeutung für den (Geschäfts- und Betriebs-)Geheimnisschutz des gesamten Strafrechts.⁴²² Gefordert wird gar, dass es dem Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses ähnlich ergeht wie dem § 12 UWG a.F., welcher durch Art. 1 Nr. 3 KorrBekG von 1997⁴²³ in das StGB als § 299 StGB aufgenommen wurde, um die sozialetische Missbilligung des delinquenten Verhaltens zu betonen.⁴²⁴ Diese Bemühungen scheiterten jedoch,⁴²⁵ wenngleich die erhebliche Schadenshöhe und die damit verbundene Sozialschädlichkeit nach wie vor hervorgehoben werden.⁴²⁶ Dabei ist die Schadenshöhe aufgrund des hohen Dunkelfeldes nur schwer schätzbar;⁴²⁷ Ausführungen hierzu sind weitestgehend überholt.⁴²⁸ Die Zahlen der Polizeilichen Kriminalitätsstatistik scheinen auf eine eher geringe Bedeutung hinzuweisen.⁴²⁹ Dennoch wird dem Geheimnisschutz im Zuge des zunehmenden internationalen Wettbewerbs vermehrt Aufmerksamkeit gewidmet.⁴³⁰

421 MK-Brammsen: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 15.

422 Aldoney Ramirez: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 2.

423 BGBl. I S. 2038; in Kraft seit dem 20.08.1997.

424 Rönau, in: Achenbach/Ransiek: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 2, Rn. 2, m.w.N.

425 Harte-Bavendamm, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 2. Auflage, München, 2009, Vor §§ 17–19, Rn. 8.

426 Többens: Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 16–19 UWG), WRP 2005, 552 (561).

427 PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, S. 36.

428 Vgl. Otto: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (125); Többens: Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NStZ 2000, 505 (505).

429 Für das Jahr 2008 sind 243 Fälle erfasst worden; bei einer Aufklärungsquote von 94,2%. 1998 werden 102 Fälle bei einer Aufklärungsquote von 96,1% ausgewiesen.

430 Vgl. Hartung: Geheimnisschutz und Whistleblowing im deutschen und englischen Recht, Saarbrücken 2006, S. 16.

1. Geheimnisbegriff

Zentraler Prüfungspunkt des wettbewerbsrechtlichen Geheimnisschutzes ist die Begriffsbestimmung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses. Grundsätzlich wird hierunter jede im Zusammenhang mit einem Geschäftsbetrieb stehende, nicht offenkundige Tatsache verstanden, die nach dem Willen des Betriebsinhabers aufgrund eines berechtigten wirtschaftlichen Interesses geheim gehalten werden soll.⁴³¹ Um einen deskriptiven Zirkelschluss zu vermeiden, werden dabei nach der h.M. vier Voraussetzungen herausgestellt: fehlende Offenkundigkeit, Unternehmensbezug, Geheimhaltungswille und das Geheimhaltungsinteresse.⁴³²

a. Fehlende Offenkundigkeit

Eine Tatsache ist offenkundig, wenn sie allgemein bzw. relativ⁴³³ bekannt ist.⁴³⁴ Inwiefern der Begriff der Offenkundigkeit mit dem des § 244 Abs. 3 StPO identisch ist, ist umstritten.⁴³⁵ Fehlende Offenkundigkeit meint jedenfalls in erster Linie eine Begrenzung des Personenkreises⁴³⁶ und ist ergänzend, da eine quantitative Bestimmung der Personenzahl einzelfallabhängig ist, eine Frage der Zugänglichkeit.⁴³⁷ Ein Zugang liegt vor, wenn jeder Interessierte sich ohne größere Schwierigkeiten und Aufwand Kenntnis verschaffen kann.⁴³⁸ Wegen der Unzulänglichkeit hinsichtlich einer Kenntnisnahme mit unläuteren Mitteln, welche bei rein faktischer Subsumtion schon die Geheimniseigenschaft aufheben würde, wird diese Definition normativ ergänzt. Mithin wird aufgrund dessen gefordert, der Zugang könne nur mit legalen Mitteln erfolgen.⁴³⁹

Im Rahmen des Whistleblowings wird die Geheimniseigenschaft in der Regel nicht am Merkmal der fehlenden Offenkundigkeit scheitern. Die einen Hinweis begründenden Tatsachen, beispielsweise das Auffinden verdeckter Überweisungen und Konten, die keinen Niederschlag in der Buchhaltung eines Unternehmens gefunden haben,⁴⁴⁰ sind

431 RGZ 149, 329 (333); RG JW 1936, 2081; BGH GRUR 1955, 424 (425); BGH GRUR 1961, 40 (43); BAG NJW 1983, 134; BGH NJW 1995, 2301; BayObLG WRP 2001, 285; BGH GRUR 2003, 356 (358); BGH GRUR 2006, 1044 (1046); BVerfG MMR 2006, 375 (376).

432 Statt aller: *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 5 ff.

433 *Quick*: Geheimhaltungspflicht des Abschlussprüfers: Strafrechtliche Konsequenzen bei Verletzung, BB 2004, 1490 (1491).

434 *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 10.

435 Befürwortend *Pfeiffer*: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 861 (866); ablehnend *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 44.

436 *Otto*: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (126).

437 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 39.

438 BayObLG GRUR 1991, 694 (695); BGH GRUR 2006, 1044.

439 *Quick*: Geheimhaltungspflicht des Abschlussprüfers: Strafrechtliche Konsequenzen bei Verletzung, BB 2004, 1490 (1491).

440 Vgl. sog. „Siemens-Prozess“, NStZ 2009, 95.

üblicherweise nur einer beschränkten Anzahl von Personen bekannt bzw. zugänglich. Anders wäre dies zu beurteilen, wenn Missstände durch bloßes Beobachten von „außen“ erkannt werden können. Entscheidend ist, ob der Geheimnisinhaber den Kreis der Mitwisser tatsächlich kontrollieren kann.⁴⁴¹

b. Unternehmensbezug

Schon die Bezeichnung des geschützten Geheimnisses als Geschäfts- und Betriebsgeheimnis legt einen notwendigen Zusammenhang zwischen der Tatsache und einem Geschäftsbetrieb nahe. Darüber hinaus macht die Positionierung im Wettbewerbsrecht nur Sinn, wenn rein die Privatsphäre betreffende Tatsachen ausgeschlossen werden sollen.⁴⁴² Ebenso auszugrenzen ist der Bezug der Tatsache zu Dritten, insbesondere zu anderen Unternehmen.⁴⁴³ Vielmehr ist „die Beziehung der das Geheimnis bildenden Tatsache zu dem bestimmten einzelnen Betrieb“⁴⁴⁴ positiv festzustellen. Dabei gilt als Maßstab die eigenständige Nutzung des Geheimnisses als vermögenswertes Gut im Unternehmen und deren Verwendung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft.⁴⁴⁵ Diese weite Auslegung, welche insbesondere die Definition des Unternehmens selbst offen lässt, wird kritisiert. Zum Teil wird gar das Merkmal des Unternehmensbezugs nicht als wesentlich, da unergiebig und im Rahmen des § 17 UWG tautologisch, erachtet.⁴⁴⁶

c. Geheimhaltungswille

Wesentlich wichtiger und für das Whistleblowing bedeutsamer ist die Diskussion um den Geheimhaltungswillen. Zum einen ist dabei umstritten, inwiefern er überhaupt konstituierend für ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis ist. Zum anderen werden auch die Anforderungen an den Nachweis des Vorliegens vielfältig erörtert. Für das Whistleblowing ist die Notwendigkeit eines (nachweisbaren) Geheimhaltungswillens deswegen relevant, da man annehmen könnte, mit der Installation eines Compliance-Programms samt Hinweisgebersystem⁴⁴⁷ innerhalb eines Unternehmens gebe die Unternehmensleitung die Zustimmung für sämtliche Mitteilungen im Rahmen des Systems und es entfal-

441 MK-Brammsen: UWG, München 2006, § 17, Rn. 14.

442 Többens: Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NStZ 2000, 505 (506).

443 Köhler, in: Köhler/Bornkamm: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz, 28. Auflage, München, 2010, § 17, Rn. 5.

444 RGZ 149, 329 (332).

445 MK-Brammsen: UWG, München 2006, § 17, Rn. 12.

446 So ausdrücklich Aldoney Ramirez (Aldoney Ramirez: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 30); Quick, Pfeiffer und Otto erwähnen den Unternehmensbezug nicht einmal (Quick: Geheimhaltungspflicht des Abschlussprüfers: Strafrechtliche Konsequenzen bei Verletzung, BB 2004, 1490; Pfeiffer: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 861; Otto: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125).

447 Beispielsweise Business-Keeper Monitoring System (BKMS); vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 3. Kap., A.

le somit der Geheimhaltungswille, mithin die Geheimniseigenschaft einer Tatsache.⁴⁴⁸ Eine Strafbarkeit entfiere damit schon im objektiven Tatbestand. Fraglich ist daher, ob ein subjektives Element – der Geheimhaltungswille des Betriebsinhabers – notwendige Voraussetzung des Geheimnisbegriffs ist. Daran anschließend ist zu prüfen, wie das Hinweisgebersystem konkret ausgestaltet sein müsste, um überhaupt eine Zustimmung im obigen Sinne darstellen zu können.

aa. Notwendigkeit des Geheimhaltungswillens

Rechtsprechung und herrschende Lehre sehen den Geheimhaltungswillen an sich und dessen Erkennbarkeit nach außen für die Begriffsbestimmung als erforderlich an.⁴⁴⁹ Erst der Wille mache eine unbekannte Tatsache zum Geheimnis.⁴⁵⁰ Allerdings werden an den Nachweis im Einzelfall keine hohen Anforderungen gestellt. Vielmehr wird das subjektive Element häufig mit Floskeln verwässert. So genüge es, wenn sich der Wille aus der Natur der geheim zu haltenden Tatsache ergebe bzw. eine Geheimhaltung derartiger Tatsachen üblich sei.⁴⁵¹ Oder es wird ein Geheimhaltungswille für alle Tatsachen, die nicht offenkundig sind, vermutet bzw. unterstellt.⁴⁵² Schließlich wird eine Rückkopplung an das Merkmal des objektiven Geheimhaltungsinteresses vorgeschlagen, welches den Geheimhaltungswillen begründen soll, „soweit nicht ein ausdrücklich oder konkludent erklärter Offenbarungswille dieser Verknüpfung von Geheimhaltungsinteresse und Geheimhaltungswille entgegensteht“.⁴⁵³

Aldoney Ramirez geht etwas tiefer in seiner Begründung des Geheimhaltungswillens, indem er zwischen Kenntnis und Unkenntnis des Betriebsinhabers von der fraglichen Tatsache differenziert. Um überhaupt einen Geheimniswillen äußern – respektive bilden – zu können, müsse der Betriebsinhaber zunächst Kenntnis von den das potenzielle Geheimnis begründenden Tatsachen erlangen. Ausschließlich bei Unmöglichkeit der Willensäußerung wegen mangelnder Kenntnis könne auf das dann alleine begriffskonstituierende Merkmal des objektiven Geheimhaltungsinteresses zurückgegriffen werden.⁴⁵⁴

Andere wiederum beurteilen die Frage nach dem Geheimhaltungswillen aus dem Blickwinkel des subjektiven Tatbestands. Für den Geheimhaltungswillen und dessen Erkennbarkeit komme es darauf an, ob der Täter als durchschnittlicher Beschäftigter

448 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 360; mit (fast) identischem Wortlaut – ohne Quellenangabe – von *Pelchrzim*: Whistleblowing und der strafrechtliche Geheimnisschutz nach § 17 UWG, CCZ 2009, 25 (29).

449 RGZ 149, 329 (333); RG JW 1929, 3087 (3088); BGHSt 41, 140 (142); BGH GRUR 2006, 1044; für die Literatur *Otto*: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (126); *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 13 m.w.N.

450 *Pfeiffer*: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 867.

451 *von Stebut*: Gesetzliche Vorschriften gegen den Missbrauch von Insider-informationen, DB 1974, 613.

452 RGZ 149, 329 (333).

453 *Otto*: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (127).

454 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 51 ff., insbes. S. 52.

sich über diesen Willen im Klaren sei.⁴⁵⁵ Maßstab sei der Verständnishorizont eines Mitarbeiters hinsichtlich der konkreten Betriebsausübung.⁴⁵⁶ Ohne das Bezugsobjekt der Tat und damit des Vorsatzes objektiv definieren zu können, wird die Tatbestandsmäßigkeit bei Nichterkennbarkeit für den Betroffenen verneint.

So differenziert die Auffassungen auch sein mögen, sie können nicht darüber hinwegtäuschen, dass letztendlich nur der Versuch unternommen wird, ein nicht greifbares voluntatives Merkmal mittels normativer Korrekturen praxistauglich zu machen. Bisweilen wird Ungeeignetheit⁴⁵⁷ und eine Diskrepanz zwischen Rechtswirklichkeit und strafrechtlicher Dogmatik attestiert.⁴⁵⁸ Eine dogmatisch klare Herangehensweise wird vernachlässigt. Daher ist es nicht verwunderlich, dass der Verzicht auf das Merkmal des Geheimniswillens – zumindest innerhalb des Geheimnisbegriffes – von einer m.M. gefordert wird. Sie ist der Auffassung, der Geheimhaltungswille sei kein Entstehungsmerkmal des Geheimnisbegriffes.⁴⁵⁹ Das Geheimnis und die Geheimhaltung seien zu differenzieren.⁴⁶⁰ Anstelle der positiven Feststellung eines subjektiven Merkmals sei nur entscheidend, ob ein Einverständnis bzw. eine Einwilligung in die Offenbarung vorliege.⁴⁶¹ Es bleibt dabei allerdings offen, auf welcher Ebene – Tatbestand oder Rechtswidrigkeit – der Verzicht auf die Geheimhaltung wirken soll. *Ransiek* meint daher, dass es durch die Notwendigkeit eines Geheimhaltungswillens für die Begriffsbestimmung zu Abgrenzungsproblemen zwischen dem Merkmal der unbefugten Offenbarung als Tathandlung und dem Tatobjekt, dem Geheimnis, käme. Er befürwortet eine Prüfung des Willens allein im Rahmen der Unbefugtheit.⁴⁶²

Wenngleich er ein Befürworter der Notwendigkeit eines Geheimhaltungswillens und damit Teil der h.M. ist, stellt *Otto* fest, dass ein Geheimnis durch ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Offenbarungswillens beseitigt wird.⁴⁶³ Damit gesteht er der

455 *Pfeiffer*: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 867 m.w.N.

456 *Ebert-Weidenfeller*, in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 3, Rn. 67.

457 *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 24 m.w.N.

458 *KK-Hohn*: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 17.

459 Jeweils mit weiteren Nachweisen: *Altmeyden*, in: *Roth/Altmeyden*: GmbHG, 6. Auflage, München 2009, § 85, Rn. 7; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*: GmbHG, 17. Auflage, Köln 2009, § 85, Rn. 4; *Schulze-Osterloh/Servatius*, in: *Baumbach/Hueck*: GmbH-Gesetz, 18. Auflage, München 2006, § 85, Rn. 10; *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 24, wobei der Verweis auf BGH NJW 1996, 2576 und *Herzog*: Zur Strafbarkeit der Erlangung von Kenntnissen über ein Computerprogramm, das Geldspielautomaten steuert, und des durch diese Kenntnis ermöglichten systematischen Leerspielens von Geldautomaten, StV 1991, 215 (218) fehlgeht. Beide Quellen lassen die Frage nach dem Geheimhaltungswillen ausdrücklich offen.

460 *Rogall*: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen –, NSStZ 1983, 1 (6).

461 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*: Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, 28. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 10; *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 25.

462 *Ransiek* in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, VIII 2, Rn. 14.

463 *Otto*: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (127).

m.M. zwar nicht ausdrücklich – aber inhaltlich – zu, dass es nicht auf den Geheimhaltungs-, sondern vielmehr auf den Offenbarungswillen ankommt.

Es bedarf jedoch einer genaueren Betrachtung und einer klaren Trennung von Tatobjekt und Tathandlung. Unabhängig davon, wo das Merkmal der Unbefugtheit im Prüfungsaufbau angesiedelt werden soll, sind sich Literatur und Rechtsprechung einig, dass ein Einverständnis in die Tathandlung – das Offenbaren – möglich ist.⁴⁶⁴ Es scheint hingegen fraglich, ob damit gleichsam die Preisgabe des Geheimnisses – des Tatobjekts – an sich gemeint sein soll. Auch der Eigentümer einer Sache kann im Rahmen eines Diebstahls (§ 242 StGB) grundsätzlich zwischen Einverständnis mit dem Gewahrsamswechsel und einem Einverständnis mit einem – damit gerade *nicht* zwangsläufig verbundenen – Eigentumsübergang unterscheiden. Der Schutz gegenüber Dritten, welche von der Tathandlung nicht betroffen sind, soll gewahrt bleiben und weiterhin zur Disposition des Eigentümers stehen. Nichts anderes kann für den Geheimnisträger gelten. Es ist zwischen Geheimnisaufgabe und Erweiterung des Kreises der Geheimnisträger zu unterscheiden. Insoweit rechtfertigt sich die Annahme eines Geheimhaltungswillens auf der Ebene der Begriffsbestimmung.⁴⁶⁵ So auch *Kuhlen*, der die selbstständige Bedeutung des Geheimhaltungswillens bei Verzicht auf die Geheimhaltung hervorhebt.⁴⁶⁶

Zwangsläufig und folgerichtig kann es sich bei dem Geheimhaltungswillen damit – dogmatisch konsequent – nur um ein negatives Merkmal des Geheimnisbegriffes handeln.⁴⁶⁷

Normativen Fehlritten geht man daher aus dem Weg, indem man einen Geheimniswillen indiziert, bis nicht die Existenz einer entgegenstehenden Äußerung, evident ist.⁴⁶⁸ Anders formuliert ist eine Tatsache immer dann vom Geheimnisbegriff umfasst, wenn sich kein Verzicht des Geheimnisträgers auf den Geheimniswillen und somit auf das Geheimnis – nicht auf die Geheimhaltung – manifestiert hat.⁴⁶⁹ Selbst wenn man der h.M. folgte und den Geheimhaltungswillen mithilfe des objektiven Geheimhaltungsinteresses definierte, kann davon ausgegangen werden, dass bei einem Offenbarungswillen auch das Geheimhaltungsinteresse fehlen wird.⁴⁷⁰

464 *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 25 m.w.N.

465 *Hefendehl*, in *Spindler/Stilz*, AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 33.

466 *Kuhlen*, in: *Lutter*: Umwandlungsgesetz, 4. Auflage, Köln 2009, § 315, Rn. 5.

467 *KK-Hohn*: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 16; *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 25.

468 Vgl. hierzu schon *von Stebut*: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972, S. 29.

469 Insoweit ist hier *Rogall* zuzustimmen. Vgl. zur Differenzierung auch *Ebert-Weidenfeller*, in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 3, Rn. 71; *Hefendehl*, in: *Spindler/Stilz*: AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 25.

470 *Ransiek*, in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, VIII 2, Rn. 15.

bb. Installation eines Hinweisgebersystems

Ein Verzicht auf Geheimhaltung könnte in der Installation eines Hinweisgebersystems durchaus zu sehen sein. Fraglich ist dann aber, welche Anforderungen an diesen zu stellen sind und vor allem, ob er sich tatsächlich, wie von *Aldoney Ramirez* bzw. von *Pelchrzim* behauptet, auf das Geheimnis oder vielmehr auf die Geheimhaltung bezieht. Voraussetzung hierzu ist, dass das offenbarungsbefugte Organ auch dasjenige ist, welches ein Compliance-Programm samt Hinweisgebersystem installiert.

Unproblematisch, da auch mit der Wertung der h.M. konform gehend, kann der Verzicht ausdrücklich wie konkludent geäußert werden.⁴⁷¹ Zweifelhaft ist hingegen, wem die Entscheidungsbefugnis über den Verzicht zukommt. Da es im (deutschen) Strafrecht maßgeblich auf die Willensbildung natürlicher Personen ankommt,⁴⁷² ist die Bestimmung der Zuständigkeit innerhalb von Unternehmen, welche durch die Geheimnisvorschriften u.a. geschützt werden sollen, uneindeutig. Zum einen können Rechtsgutsinhaber und für diesen handelnde Personen identisch sein, müssen dies aber nicht zwangsläufig. Zum anderen soll der Schutz von Geheimnissen gerade auch vor inneren Gefahren schützen, sodass die handelnden Personen gleichsam potenzielle Täter sind.

Die von *Brammsen* und *Hohn* gezogene Parallele zum Einverständnis in den Gewahrsamswechsel oder in die Rechtswidrigkeit der Enteignung beim Diebstahl (§ 242 StGB) lässt den Schluss auf den Rechtsgutsinhaber zu, welcher dispositionsbefugt ist. Unabhängig vom Prüfungsstandort des Geheimhaltungs- bzw. des Offenbarungswillens sehen andere die Befugnis dem jeweiligen Vertretungsorgan zukommen.⁴⁷³ Bei der Aktiengesellschaft werden von der h.M. der Vorstand, aber auch der Aufsichtsrat vorgeschlagen.⁴⁷⁴ Letzterer allerdings nur, wenn es sich um einen im Aufsichtsrat bekannt geworden Umstand handelt.⁴⁷⁵ Er sei zur Kontrolle und somit zur gerichtlichen wie außergerichtlichen Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand befugt.⁴⁷⁶ Daneben stehe der gesetzlich nicht beschränkte Aufgabenbereich des Vorstandes mit seiner Leitungsfunktion aus § 77 AktG, welcher eine Befugnis mit sich bringe.⁴⁷⁷ Die Befugnis einzelner Organmitglieder bzw. Vorstandmitglieder soll dabei jedoch ausgeschlossen sein.⁴⁷⁸ Als oberstes Willensbildungsorgan der AG käme auch die Hauptversammlung in Betracht. Wenngleich im Rahmen des § 119 Abs. 1 AktG nicht gemeint,⁴⁷⁹ umginge man so einen Interessenkonflikt dergestalt, dass sich die eigene Strafbarkeit durch Entschluss der potenziellen Täter selbst (Stichwort: Sonderdelikte)

471 KK-*Hohn*: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 17; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*: GmbHG, 17. Auflage, Köln 2009, § 85, Rn. 4.

472 *Tiedemann*, in: *Scholz*: GmbH Gesetz, II. Bd., 10. Auflage, Köln 2010, § 85, Rn. 8.

473 *Marsch-Barnier*, in: *Kallmeyer*: Umwandlungsgesetz, 3. Auflage, Köln 2006, § 315, Rn. 8.

474 *Hefendehl* in: *Spindler/Stilz*: AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 24; KK-*Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 30 m.w.N.

475 MK-*Schaal*: AktG, Band 9/2, 2. Auflage, München 2006, § 404, Rn. 24.

476 *von Stebut*: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972, S. 99 ff.

477 *von Stebut*: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972, S. 100 f.

478 *Oetker*, in: *Schmidt/Lutter*: AktG, Köln 2008, § 404, Rn. 10.

479 KK-*Hohn*: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 29.

aufheben ließe.⁴⁸⁰ Allerdings liefe eine Befragung der Hauptversammlung wegen des Publizitätseffektes dem strafrechtlichen Geheimnisschutz zuwider.⁴⁸¹

Für die GmbH soll der Geschäftsführer entscheiden dürfen.⁴⁸² Teilweise wird dies jedoch nur gegenüber der Gesamtheit der Gesellschafter subsidiär gestattet.⁴⁸³ Das OLG Hamm bejaht zusätzlich zur Entscheidungsbefugnis des Geschäftsführers die Notwendigkeit einer Zustimmung der Gesellschafterversammlung.⁴⁸⁴ Andere wollen nur die Gesellschafterversammlung entscheiden lassen.⁴⁸⁵

Grundsätzlich handelt es sich um eine Frage der aus Art. 2 GG resultierenden Dispositionsbefugnis, welche sich am Rechtsgut des jeweiligen Tatbestandes der Geheimnisschutzvorschriften zu orientieren hat.⁴⁸⁶ Durch § 17 UWG soll primär das individuelle Integritätsinteresse des Unternehmens und die Wahrung der Vertraulichkeit wichtiger Informationen geschützt sein.⁴⁸⁷ Der gesamte Geheimbereich eines Unternehmens soll vor unredlichen Eingriffen geschützt werden.⁴⁸⁸ Sekundär kommt aber auch der überindividuelle Schutz an einem unverfälschten Wettbewerb infrage (§ 1 Satz 2 UWG).⁴⁸⁹ Der Schutz des Wettbewerbs als Institution der Wirtschaftsordnung soll als soziales Rechtsgut durch § 17 Abs. 1 UWG Berücksichtigung gefunden haben.⁴⁹⁰ Dies wird mit der Ermittlungsmöglichkeit der Staatsanwaltschaft aufgrund besonderen öffentlichen

480 Dieses Problem stellt sich beim Whistleblowing ohnehin nur bedingt: Ohne die Beurteilung des Täterkreises vorwegnehmen zu wollen, ist den Ausführungen zur Begriffsbestimmung zu entnehmen, dass zwar grundsätzlich auch dem Management Whistleblowing-Hotlines zur Verfügung stehen. Faktisch dürfte die Wahrnehmung durch jene jedoch eine Ausnahme darstellen.

481 *von Stebut*: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972, S. 96; KK-Geilen: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 30.

482 *Schaal*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 85 GmbHG, Rn. 9.

483 *Taschke*, in: *Semler/Stengel*: Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, München 2007, § 315, Rn. 13.

484 OLG Hamm GmbHR 1988, 218 (219).

485 *Schulze-Osterloh/Servatius*, in: *Baumbach/Hueck*: GmbH-Gesetz, 18. Auflage, München 2006, § 85, Rn. 10; *von Stebut* erörtert gar die Befugnis von Wirtschaftsprüfern, was ausdrücklich verneint wird, aber angesichts der Forderungen des SOX (vgl. **Begriffsbestimmung**, 2. Kap., A.) mittlerweile weniger fernliegt als noch 1972 (*von Stebut*: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972, S. 97).

486 Vgl. *Rönnau*: Einwilligung und Einverständnis, JuS 2007, 18 ff.

487 *Tiedemann*: Literaturbericht, ZStW 86 (1974), 990 (1029); *Ebert-Weidenfeller*, in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 3, Rn. 60; *Möhrenschläger*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 13. Kap., Rn. 4; *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503).

488 BGHSt 13, 333 (335).

489 *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz, 28. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 2; *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 1; *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 4.

490 *Pfeiffer*: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 861 (865); *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 2; ablehnend *Möhrenschläger*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 13. Kap., Rn. 4.

Interesses gem. § 17 Abs. 5 UWG begründet. Als deliktprägendes Rechtsgut wird allerdings auch das Vermögen angeführt, da das Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis im Zivilrecht als selbstständiges Vermögensgut anerkannt sei.⁴⁹¹ Durch einen Geheimnisverrat entstehe dem Geheimnisinhaber ein Vermögensschaden,⁴⁹² was sich zumindest rein faktisch mit den Ergebnissen der KPMG-Studie zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010 deckt. Dort werden die durchschnittlichen Schäden durch die Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen mit € 187,7 Mio. (2006–2010) angegeben.⁴⁹³ In den letzten drei Jahren waren 20% der mittelständischen Unternehmen in Deutschland von der Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen betroffen.⁴⁹⁴

In diese Richtung geht auch die Annahme, dass § 17 UWG das kollektive Interesse der vom Unternehmen Beschäftigten an der Erhaltung der Vermögenssubstanz und der Wettbewerbsfähigkeit schütze.⁴⁹⁵ Dessen ungeachtet soll auch das Vertrauensverhältnis zwischen Geheimnisinhaber und Unternehmensbeschäftigten von § 17 UWG geschützt sein.⁴⁹⁶ Unabhängig davon, in welchem (Exklusivitäts-)Verhältnis die genannten Rechtsgüter bzw. Interessen stehen, wird für die Frage nach der Dispositionsbefugnis deutlich, dass nur diejenigen Organe in Betracht kommen, welche für die jeweilige Geschäftsführung und die Vertretung des Unternehmens nach außen verantwortlich sind. Der h.M. ist daher zu folgen. Folglich muss weiter untersucht werden, ob sich diese Befugnis mit jener zur Installation eines Hinweisgebersystems deckt.

Hinweisgebersysteme bzw. Whistleblowing-Hotlines sind – unabhängig von der konkreten Ausgestaltung – vornehmlich Teil eines Compliance-Programmes, dessen wesentliche Funktionen in Risikobegrenzungs-, allgemeine Informations-, Kontroll- und Marketingfunktion unterteilt werden können.⁴⁹⁷ Neben der Sachnähe und der eindeutigen gesetzlichen Zuordnung in § 91 Abs. 2 AktG⁴⁹⁸ wird man die Zuständigkeit der Geschäftsleitung für die Implementierung eines Compliance-Systems unzweifelhaft auch aus der Legalitätspflicht herleiten können.⁴⁹⁹ Die Einführung eines Compliance-Systems bzw. Hinweisgebersystems⁵⁰⁰ ist damit originäre Aufgabe der Unternehmens-

491 MK-*Brammsen*: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 4; BGHZ 16, 172 (175).

492 BayObLG GRUR, 1988, 634.

493 KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 9, Abb. 7 (vgl. oben).

494 KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010, S. 23 (vgl. oben).

495 *Harte-Bavendamm* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2. Auflage, München 2009, § 17, Rn. 5.

496 BayObLG GRUR, 1988, 634; *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 223. Die Studie von KPMG: Wirtschaftskriminalität in Deutschland 2010 (vgl. oben) stellt das Vertrauensprinzip in unmittelbarem Zusammenhang zur Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen dar (vgl. S. 23 f.).

497 *Bergmoser/Theusinger/Gushurst*: Corporate Compliance – Grundlagen und Umsetzung, BB-Special 5/2008 zu Heft 25, 1 (2); *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 160.

498 Vgl. auch die Formulierung im DCGK (vgl. oben).

499 *Schmidt*: Vertrauen ist gut, Compliance ist besser! – Anforderungen an die Datenverarbeitung i. R. d. Compliance-Überwachung –, BB 2009, 1295 (1295).

500 Vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**

führung.⁵⁰¹ Eine Diskrepanz zwischen Offenbarungsbefugnis und Befugnis zur Installation eines Hinweisgebersystems ist somit nicht erkennbar.

Fraglich bleibt daher nur, welche Aussage mit einer institutionalisierten Whistleblowing-Instanz innerhalb eines Unternehmens getroffen werden soll. Ist ein hierdurch (konkulent) geäußertes Offenbarungswille auf das Geheimnis als Tatobjekt oder die Tathandlung bezogen? Dies kann mit Blick auf die jeweiligen Konsequenzen beantwortet werden:

Beim Whistleblowing werden als Gegenstand eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses bei Verdacht auf Wirtschaftsdelikte Kalkulationsgrundlagen sowie Kundenlisten, Bilanzen, Absatzplanungen oder Bezugsquellen etc.⁵⁰² relevant werden. Durch die Einrichtung eines Hinweisgebersystems, bei dem der Adressat des Hinweises ein Unternehmensinterner (beispielsweise Compliance Officer) ist, wird durch die Übermittlung des Geheimnisgegenstandes samt zugrunde liegender Verdachtsmomente der Kreis der Mitwisser – insofern der Geheimnisgegenstand dem Adressaten nicht schon bekannt ist – vergrößert. An der Geheimniseigenschaft gegenüber Dritten, d.h. Außenstehenden, ändert sich jedoch nichts.⁵⁰³ Von einem auf Aufgabe des Geheimnisses gerichteten Willen kann somit nicht ausgegangen werden.⁵⁰⁴ Folgte man der These *Aldoney Ramirez* bzw. *von Pelchrzims*, bliebe die Weitergabe des vermeintlichen Geheimnisses durch den Unternehmensinternen an Dritte mangels Tatobjekts – zumindest bezüglich § 17 UWG – straflos. Dies ist nicht im Interesse des Unternehmens, welches durch die Implementierung eines Hinweisgebersystems im Rahmen eines Compliance-Programms gerade auch solche Risiken mindern möchte. Geht der Hinweis aus dem Unternehmen heraus an einen externen Adressaten (beispielsweise eine Ombudsperson), ist eine andere Wertung wegen des noch höheren Gefährdungspotenzials erst recht ausgeschlossen. Nicht ohne Grund ist hier der Adressat mindestens vertraglich, wenn nicht gar gesetzlich (§§ 203 ff. StGB), zur Schweigsamkeit verpflichtet.⁵⁰⁵ Eine Befugnis zum Offenbaren ist damit keineswegs verbunden.⁵⁰⁶

Die Annahme eines Offenbarungswillens kann auch vor dem Hintergrund, dass das Scheitern einer Strafbarkeit nach § 17 UWG erst auf Rechtswidrigkeitsebene wegen der abschreckenden Wirkung ein falsches Signal für den potenziellen Whistleblower sei,⁵⁰⁷

501 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistle-blowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 160.

502 Vgl. Aufzählung bei: *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 8.

503 *Hefendehl*, in: *Spindler/Stilz*: AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 48; *Dannecker*, in: *Michalski*: GmbH-Gesetz, Band II, München 2002, § 85, Rn. 70.

504 Von Offenkundigkeit wird hier kaum gesprochen werden können, selbst wenn sich ein Compliance Officer selbst durch andere (an [vertragliche] [Schweige-] Pflichten gebundene) vertreten bzw. unterstützen ließe.

505 Der als Ombudsmann agierende Dr. Buchert verweist auf seiner Internetseite ausdrücklich neben seiner anwaltliche Schweigepflicht auf ergänzende vertragliche Regelungen (<http://www.dr-buchert.de/index.php?section=ombudsmann> [30.03.2010]).

506 *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 21 m.w.N.

507 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 359.

nicht bestehen. Ohne auf den Schutz des Tatobjektes verzichten zu wollen, ist ein Einverständnis in die Tathandlung und damit auch auf Tatbestandsebene nach wie vor denkbar.

In der Einrichtung eines Hinweisgebersystems kann folglich kein Verzicht auf die Geheimniseigenschaft gesehen werden.

d. Geheimhaltungsinteresse

aa. Notwendigkeit

Als viertes Merkmal eines Geheimnisses wird von der ganz herrschenden Ansicht ein objektives Interesse oder auch eine objektive Gebotenheit⁵⁰⁸ an der Geheimhaltung neben dem Erfordernis eines Geheimhaltungswillens verlangt. Begründet wird diese sog. kombinierte Willens- und Interessentheorie⁵⁰⁹ mit der Verhinderung einer willkürlichen Bestimmung des juristischen Geheimnisbegriffes seitens des Geheimnisherrn.⁵¹⁰ Bagatellinformationen bzw. Tatsachen von keinerlei Bedeutung sollen aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden.⁵¹¹ Da auch Allgemeininteressen geschützt seien, müsse sich, insbesondere in Anbetracht des Schutzes der Informationsfreiheit gem. Art. 5 GG, ein objektiver Grund für den strafrechtlichen Schutz ergeben.⁵¹² Ansonsten seien die Strafbarkeitsrisiken für den Normadressaten nicht kalkulierbar.

Mit dem hier gefundenen Ergebnis zum Geheimhaltungswillen ist dies jedoch nicht zu vereinbaren. Die tatbestandliche Weite wird schon durch die Beschränkung des Täterkreises eingegrenzt und bei genauerer Betrachtung ist die Dispositionsbefugnis wiederum Teil des grundrechtlich geschützten Verhaltens, was hinsichtlich anderer Tatbestände – als Vergleich kann hier wieder § 242 StGB dienen – dem Strafrecht keinesfalls fremd ist. Zwar ist das Argument der sog. Willenstheorie,⁵¹³ es gebe für die Erforderlichkeit eines objektiven Interesses keinen Hinweis im Tatbestand,⁵¹⁴ wenig hilfreich, dennoch ist ihr zuzugeben, dass der Ausschluss von Bagatellinformationen keine Frage des Tatobjekts ist, sondern im Rahmen der Sozialadäquanz, des erlaubten Risikos oder gegebenenfalls der Rechtswidrigkeit diskutiert werden sollte. Eine normative Betrachtung innerhalb des Tatobjekts führt erst recht zu Unsicherheiten beim Normadressaten, was eine Bewertung bei Gesamtbetrachtung der Tathandlung wesentlich sinnvoller erscheinen lässt. Dies steht im Ergebnis nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung, wel-

508 So zum Beispiel *Taschke*, in: *Semler/Stengel*: Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, München 2007, § 315, Rn. 10.

509 Statt aller: *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 9. Teilweise wird auch nur von der sog. Interessentheorie gesprochen, wenngleich nicht nur das objektive Interesse begriffskonstitutiv sein soll, sondern auch der Geheimhaltungswille.

510 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 53.

511 Vgl. *von Stebut*: Gesetzliche Vorschriften gegen den Missbrauch von Insiderinformationen, DB 1974, 613 (614); *KK-Hohn*: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 19 m.w.N.

512 *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 17.

513 Vgl. zur Begrifflichkeit: *Tiedemann*: Literaturbericht, ZStW 86 (1974), 990 (1030).

514 *KK-Hohn*: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 19.

che von Befürwortern der sog. Interessentheorie⁵¹⁵ als Bestätigung für das Erfordernis eines objektiven Interesses angeführt wird, da dies jeweils in den Leitsätzen propagiert wird.⁵¹⁶ Zum einen wird das Geheimhaltungsinteresse anhand einer verallgemeinerten Tatsachengrundlage unterstellt⁵¹⁷ und zum anderen wird das objektive Interesse an sich sehr weit gefasst.⁵¹⁸

Eine Limitierung des strafrechtlich relevanten Verhaltens, d.h. der Ausschluss von Belanglosigkeiten, soll nicht grundsätzlich in Abrede gestellt werden, jedoch nicht im Rahmen der Benennung des Tatobjektes. Für andere Tatbestände, wie zum Beispiel § 299 StGB, sind Einschränkungen wegen Sozialadäquanz und Verkehrüblichkeit – als Maßstab für erlaubtes Risiko⁵¹⁹ – durchaus anerkannt, um dem Verhalten im Rahmen der normalen geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung und damit der Rechtswirklichkeit gerecht zu werden.⁵²⁰ Ob dies als normative Korrektur der Kausalität mit der Lehre von der objektiven Zurechnung geschieht oder gar auf Rechtswidrigkeits- oder Schuldebene geprüft werden muss,⁵²¹ hängt auch von der kriminalpolitischen Erwägung ab, ob nur das Handlungsunrecht oder auch das Erfolgsunrecht entfallen soll.⁵²² Die herrschende Lehre geht von einer tatbestandsausschließenden Wirkung des erlaubten Risikos aus, was im Ergebnis auch der Interessentheorie entsprechen würde.⁵²³ Die Rechtsprechung äußert sich diesbezüglich nur vage bzw. lässt dies offen.⁵²⁴ Ohne auf Einzelheiten der Diskussion eingehen zu können, müsste allein an dieser Stelle dann aber mit der Signalwirkung auf den potenziellen Whistleblower und der Kalkulierbarkeit des Normadressaten⁵²⁵ argumentiert werden. Zu befürworten wäre daher eine Prüfung der Sozialadäquanz bzw. des erlaubten Risikos als Begrenzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Ebene des Tatbestandes, nicht als Rechtfertigungs- oder Entschuldigungselement.

Eine abstrakte Begrenzung innerhalb des Geheimnisbegriffs widerspricht aber – dem Inhalt nach – Aussagen von Vertretern der sog. Kombinationslösung, die eine objektive Korrektur nur im Einzelfall für erforderlich halten.⁵²⁶ Eine konkrete Interessenabwägung zwischen der Dispositionsfreiheit innerhalb des Geheimnisschutzes und Interessen

515 *Möhrenschläger*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 13. Kap., Rn. 10.

516 BGH GRUR 1955, 424; OLG München NJW-RR 1998, 1495.

517 BGH GRUR 1955, 424 (426).

518 Vgl. Auflistung in OLG München NJW-RR 1998, 1495 (1496).

519 *Tiedemann*: Körperverletzung und strafrechtliche Produktverantwortung, FS Hirsch, 1999, S. 765 (776).

520 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, Vor § 32, Rn. 12 f. und § 299, Rn. 16.

521 *Lackner/Kühl*: StGB, 26. Auflage, 2007, Vorbemerkungen, Rn. 29.

522 *KK-Hohn*: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 31 mit kritischem Verweis (Fn. 161) auf die Ansicht *Ransieks*, der den Schutzzweck der Norm und damit laut Hohn das Erfolgsunrecht tangiert sieht.

523 *Fischer*: StGB, 56. Auflage, München 2009, Vor § 32, Rn. 12.

524 BGHSt 19, 152 (154); 36, 1 (16).

525 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 359.

526 *Hefendehl*, in: *Spindler/Stilz*: AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 18.

der Allgemeinheit ist damit möglich, ohne Rückgriff auf umstrittene Rechtsgutsbestimmungen schon bei der Definition des Tatobjekts zu nehmen. Insoweit kommt man trotz Befürwortung der Mindermeinung nicht zu einer anderen Risikoeinschätzung für den Whistleblower.

bb. Definition

Neben der Notwendigkeit eines objektiven Interesses ist auch dessen inhaltliche Ausgestaltung umstritten. Es wird vorgeschlagen, dass *jedes* Interesse genüge.⁵²⁷ Andere beschränken das Interesse auf ein *wirtschaftliches*⁵²⁸ und/oder ein (rein) *wettbewerblisches*.⁵²⁹ Mithin wird ein *berechtigtes* oder *rechtlich geschütztes* bzw. *anerkanntes* Interesse verlangt,⁵³⁰ welches die „subjektiven Interessen als wertvoll und schutzwürdig erscheinen lässt“.⁵³¹ Damit soll vermieden werden, dass auch sog. „illegale oder sittenwidrige Geheimnisse“ (strafrechtlich) geschützt werden. Unter „illegalen Geheimnissen“ versteht man nicht etwa eine widergesetzliche Geheimhaltung, sondern gem. §§ 93 Abs. 2, 97a StGB geheime Informationen bzw. Tatsachen über einen Rechtsverstoß.⁵³² Dies betrifft typischerweise Missstände in einem Unternehmen, welche – wie gezeigt – Gegenstand eines Hinweises sein können. Somit ist für das Whistleblowing entscheidend, ob solche Tatsachen vom Geheimnisbegriff umfasst sind.⁵³³

Die h.M. lehnt jedoch eine zu enge Betrachtung des Geheimhaltungsinteresses ab. Die Frage nach einer Berechtigung oder Schutzwürdigkeit steuere auf eine zwingend zu führende Interessenabwägung zu, welche nur anhand einer Betrachtung des Einzelfalles erfolgen kann, mithin also ein Geheimnis schon voraussetzt.⁵³⁴ Der Geheimnisbegriff dürfe nicht „vorschnell normativiert“ werden. Vielmehr sei dies eine Frage der Rechtswidrigkeit.⁵³⁵ Dies entspricht exakt der Argumentation der hier vertretenen Auffassung zur Notwendigkeit eines objektiven Geheimhaltungsinteresses. Wenn allerdings jedes Interesse genügen soll bzw. eine weite Bestimmung desselben für ausreichend erachtet wird, drängt sich die Frage auf, wozu es im Sinne einer Beschränkung des Geheimnisbegriffs überhaupt gebraucht wird. Die bloße Objektivierbarkeit des Geheimhaltungsinteresses

527 Vgl. *Hartung*: Geheimnisschutz und Whistleblowing im deutschen und englischen Recht, Saarbrücken 2006, S. 32.

528 *Tiedemann*: Literaturbericht, ZStW 86 (1974), 990 (1031).

529 *Kieth/Hohmann*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NStZ 2006, 185 (188) m.w.N.

530 *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 16; *Möhrenschläger*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 13. Kap., Rn. 10.

531 *Quick*: Geheimhaltungspflicht des Abschlussprüfers: Strafrechtliche Konsequenzen bei Verletzung, BB 2004, 1490 (1491 f.).

532 Vgl. Aufzählung bei *Richters/Wodtke*: Schutz von Betriebsgeheimnissen aus Unternehmenssicht – „Verhinderung von Know-how Abfluss durch eigene Mitarbeiter, NZA-RR 2003, 281 (282).

533 *Koch* prüft dies etwas ungenau i. R. d. Schutzbereichs der Norm. Zunächst ist aber der Geheimnisbegriff selbst zu untersuchen. (*Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistle-blowing, ZIS 2008, 500 [503]).

534 *von Stebut*: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972, S. 45.

535 *KK-Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 41.

teresses – *Geilen* versteht darunter eine sachliche Fundierung, welche die Geheimhaltung wegen Gefahren für die (Vermögens-)Belange des Unternehmens erforderlich macht⁵³⁶ – ist wenig bis gar nicht konturiert und muss daher konsequenterweise gänzlich im Rahmen der Begriffsbestimmung des Geheimnisses abgelehnt werden.

Die h.M., unter ihr auch die Vertreter, welche im objektiven Interesse einen Bezug zur Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens fordern, befürwortet einen Schutz illegaler Geheimnisse.⁵³⁷ Die Rechtsordnung schütze auch rechtswidrige Vorteile. Da das Integritätsinteresse eines Unternehmens primär geschützt sei, könne eine Einschränkung des Geheimnisschutzes nicht zu sachgerechten Ergebnissen führen, wenn somit eine mit reinen Profitinteressen und bösen Absichten begangene Anzeige von Missständen nicht sanktioniert werden könne.⁵³⁸ Eine ergebnisorientierte Argumentation wird nicht stichhaltiger, wenn man den oftmals zitierten Satz von *Otto* anhängt, ein Arbeitnehmer sei weder Sittenrichter noch Kontrollorgan des Arbeitgebers.⁵³⁹ Es sei dahingestellt, ob diese Aussage vor dem Hintergrund der Diskussionen um die Forcierung von Whistleblowing und beispielsweise der Finanzskandale von Enron oder Worldcom noch tragbar ist, steht sie doch in eklatantem Widerspruch zur positiven Konnotation des Whistleblowings. Jedenfalls wird hierbei aber übersehen, dass die Pflichtenbindung eines Arbeitsvertrages keineswegs übertragbar ist und sich zudem auch der Arbeitnehmer einer Abwägung stellen muss: Die Verbindlichkeit der (Straf-)Rechtsvorschriften für ihn muss im Verhältnis zur Pflichtenbindung des Unternehmens gesetzt werden, sodass die „Kontrollbefugnis“ des Arbeitnehmers wiederum relativ und einzelfallbezogen ist.⁵⁴⁰

Des Weiteren wird für den Schutz „illegaler Geheimnisse“ vorgebracht, dass eine tatbestandliche Einschränkung des Geheimnisschutzes im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Gebot *gesetzlicher* Inhalts- und Schrankenbestimmungen stünde,⁵⁴¹ was in Hinblick auf die Figur der praktischen Konkordanz entkräftet werden kann, allerdings wieder eine Frage der Interessenkollision zum Vorschein bringt, deren dogmatische Verortung im Rahmen des Geheimnisbegriffes nichts verloren hat.⁵⁴² Ebenso steht hinter der Regelung des illegalen Geheimnisses in § 97a StGB ein Abwägungsergebnis: Nur hochgradig illegale Geheimnisse sind hier geschützt. Die These, es gäbe keinen allgemeinen strafrechtlichen Grundsatz, wonach illegale Geheimnisse *nicht* geschützt

536 KK-*Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 41.

537 *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503); Többens: Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NStZ 2000, 505 (506); ders.: Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 16–19 UWG), WRP 2005, 552.

538 Vgl. *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503); *Rützel*: Illegale Unternehmensgeheimnisse?, GRUR 1995, 557 (561).

539 *Otto*: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (126).

540 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 346; *Rützel*: Illegale Unternehmensgeheimnisse?, GRUR 1995, 557 (560 f.).

541 MK-*Brammsen*: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 22.

542 Vgl. oben.

seien,⁵⁴³ kann somit nicht bestehen bleiben, da es offensichtlich sehr wohl gesetzliche Abstufungen gibt.

Umgekehrt kann die Auffassung, das Allgemeininteresse am lauterem Wettbewerb fordere gerade die Nichteinbeziehung „illegaler Geheimnisse“,⁵⁴⁴ ebenfalls nur im Wege einer Gesamtabwägung bestätigt werden.

cc. Fazit

Sämtlichen Auffassungen ist gemein, dass sie die Notwendigkeit einer normativen Korrektur sehen, sei es durch das Merkmal des objektiven Interesses an sich oder eine inhaltliche Beschränkung desselben, was auch an sich von der hier vertretenen Auffassung nicht negiert wird. Zu klären wäre aber nunmehr die dogmatisch korrekte Verortung. Die Prüfung im Rahmen des Geheimnisbegriffes wurde bereits abgelehnt, sodass sich als weitere Möglichkeiten das schon angesprochene erlaubte Risiko bzw. die Sozialadäquanz, das Tatbestandsmerkmal *unbefugt*, Rechtswidrigkeit oder Schuld anbieten. Wegen des Sachzusammenhangs soll dies jedoch beim jeweiligen Merkmal selbst erörtert werden.

Es ist festzuhalten, dass der Hinweisgegenstand⁵⁴⁵ in der Regel die Voraussetzungen an ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis erfüllt.

2. Geheimnisverrat – § 17 Abs. 1 UWG

a. Bei einem Unternehmen beschäftigte Person

Täter eines Geheimnisverrats im Sinne des § 17 Abs. 1 UWG als echtes Sonderdelikt (§§ 28, 29 StGB) ist nur der Beschäftigte eines Unternehmens. Nach der UWG-Reform⁵⁴⁶ ist der Täterkreis unzweifelhaft im umfassenden Sinn zu verstehen. Gegenüber dem vorherigen Wortlaut, welcher nur Angestellte, Arbeiter oder Lehrlinge eines Geschäftsbetriebes nannte,⁵⁴⁷ setzt die neue Formulierung den Diskussionen um die Beispielhaftigkeit des Täterkreises ein Ende.⁵⁴⁸ Somit ist das Tatbestandsmerkmal im Sinne eines effektiven Unternehmensschutzes weit auszulegen, d.h., es sind keineswegs nur Arbeitnehmer des Unternehmens tangiert.⁵⁴⁹ Unter einem Beschäftigten wird vielmehr jeder verstanden, der seine Arbeitskraft ganz oder teilweise dem Geschäft eines

543 von Stebut: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972, S. 46; Taschke, in: Semler/Stengel: Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, München 2007, § 315, Rn. 16.

544 Vgl. Koch: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503).

545 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., C.; **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 3. Kap., D.

546 Gesetz vom 03.07.2004; BGBl. I S. 1414.

547 Gesetz vom 07.06.1909; RGBl. S. 499.

548 Vgl. zur alten Rechtslage: Otto: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (127); Többens: Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NStZ 2000, 505 (507).

549 Statt aller: Ebert-Weidenfeller in: Achenbach/Ransiek: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 3, Rn. 69.

anderen widmet.⁵⁵⁰ Dabei soll es weder auf die Entlohnung noch die Qualifikation, die Beschäftigungsdauer oder die Weisungsabhängigkeit des Betroffenen ankommen.⁵⁵¹ Es ist eine wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. eine wirtschaftliche Betrachtungsweise des Beschäftigungsverhältnisses maßgeblich.

Damit ist dem Normadressaten *in concreto* wenig geholfen. Einzig *Brammsen* wagt eine ergänzende Definition, indem er als entscheidendes Kriterium das Gewinn- bzw. Verlustrisiko ausmacht. Nur derjenige ist Beschäftigter im Sinne der Norm, wenn er jenes gerade *nicht* zu tragen hat. Die Kommentarliteratur bedient sich zur Konkretisierung lediglich beispielhafter Aufzählungen: Täter des § 17 Abs. 1 UWG können Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, Leih- oder Heimarbeiter, Praktikanten, GmbH-Geschäftsführer und Amtswalter sein. Von der h.M. werden auch Angestellte einer Tochtergesellschaft, die Geheimnisse der Muttergesellschaft verraten, erfasst.⁵⁵² Nicht zum Täterkreis sollen selbstständig Gewerbetreibende, Unternehmensteilhaber und Freiberufler (beispielsweise Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer) gehören.

Für die Strafbarkeit des Whistleblowings bedeutet dies, dass keinesfalls *externe* Hinweisgeber⁵⁵³ vom Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG erfasst sind, wenngleich diese nur einen geringen Teil der „typischen“ Whistleblower ausmachen. Ein Großteil möglicher Hinweisgeber ist jedoch durch die weite Fassung des Täterkreises durchaus von einem Strafbarkeitsrisiko betroffen.

b. Im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut oder zugänglich geworden

Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis muss im Rahmen des Dienstverhältnisses im obigen Sinne dem Beschäftigten anvertraut worden oder zugänglich geworden sein. Die Einschränkung des Tatbestandes durch die Notwendigkeit einer ursächlichen/kausalen Verbindung zwischen Kenntniserlangung und dem Anvertrauen bzw. dem Zugänglichwerden, welches eine zufällige Kenntniserlangung im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis genügen lässt, wenn der Zufall nicht auch ohne das Dienstverhältnis zur Kenntnis geführt hätte, wird durch die weite Fassung des Anvertrauens und Zugänglichwerden wieder relativiert.⁵⁵⁴ Denn zugänglich geworden ist dem Beschäftigten alles, was ihm auf irgendeine Weise während des Dienstverhältnisses bekannt geworden ist. Dies kann durch jede eigene oder fremde Handlung oder Unterlassung, die in Beziehung zum Dienstverhältnis steht, geschehen sein und umfasst daher auch eigene (Arbeitnehmer-)Erfindungen⁵⁵⁵ und die Selbstbeschaffung des Geheimnisses.⁵⁵⁶ Im Grun-

550 Statt aller: *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 13.

551 *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 18.

552 Die m.M. sieht hier eine verbotene Analogie.

553 Zur Begrifflichkeit vgl. oben B. V. 4.

554 Statt aller: *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 14.

555 Vgl. hierzu §§ 4, 24 ArbEG; BGH GRUR 1955, 402; BGH GRUR 1977, 539 (540).

de schon vom Begriff des Zugänglichwerdens umfasst, meint Anvertrauen die ausdrückliche oder konkludente Mitteilung des Geheimnisses mit Hinweis auf die Geheimhaltungspflicht.⁵⁵⁷ Für das Whistleblowing ergeben sich hier keine Besonderheiten.

c. *Mitteilen an jemanden*

Als Tathandlung des § 17 Abs. 1 UWG muss das Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis an jemanden mitgeteilt werden. Hierunter wird jede ausdrückliche oder konkludente Bekanntgabe des Geheimnisses an einen Dritten verstanden, welche die Ausnutzung der Information ermöglicht.⁵⁵⁸ Die Form der Mitteilung spielt dabei keine Rolle.⁵⁵⁹ Der Adressat muss dabei das Geheimnis als solches nicht verstehen oder die Fähigkeit besitzen, es für sich zu nutzen.⁵⁶⁰ *Aldoney Ramirez* kommt zu einer Kurzformel des Mitteilens, indem er schlicht Wissensvermittlung und Kenntniserlangung bzw. -verschaffung⁵⁶¹ verlangt.⁵⁶² Die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme genügt hingegen nicht. In Abgrenzung zur Strafbarkeit des Versuchs und dem Begriff des Offenbarens in anderen Geheimnisschutzvorschriften ist von einer Empfangsbedürftigkeit der Information auszugehen, d.h. der Zugang (§ 130 Abs. 1 BGB) derselben ist erforderlich. Somit ist § 17 Abs. 1 UWG mit Kenntniserlangung auch vollendet.⁵⁶³ Das Mitteilen kann auch durch Unterlassen geschehen, sofern eine Pflicht im Sinne des § 13 StGB vorliegt. Die Anforderungen an diese Pflicht sind im Rahmen des § 17 Abs. 1 UWG umstritten. Zum Teil wird die vertragliche (Dienst-)Pflicht zum Schweigen bzw. die allgemeine Treuepflicht für ausreichend erachtet. Zum Teil wird ein besonderes Vertrauensverhältnis gefordert. Dies kann für das Whistleblowing dahinstehen. Das Hinweisgeben ist durch positives Tun charakterisiert.

Empfänger der Mitteilung kann jede beliebige natürliche oder juristische Person sein. Der Adressatenkreis reicht von leitenden Angestellten über Beschäftigte desselben Be-

556 RGSt 33, 354 (356); BGH NJW 1984, 239 (240); *Ebert-Weidenfeller* in: *Achenbach/Ransiek: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts*, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 3, Rn. 70; *Dittrich*, in: *Müller-Gugenberger/Bieneck: Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Auflage, Köln 2006, § 33, Rn. 54 ff.

557 So *Aldoney Ramirez: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Kenzingen 2009, S. 105; RGSt 13, 60 (62).

558 OLG Hamm WRP 1958, 182; *Otto: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen*, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (127); *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz*, 28. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 19.

559 *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas: Strafrechtliche Nebengesetze*, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 22; *MK-Brammsen: UWG*, München 2006, Vor § 17, Rn. 37.

560 RGSt 51, 184 (189 f.).

561 So *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 15.

562 *Aldoney Ramirez: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen*, Kenzingen 2009, S. 108.

563 So die h.M.: *Dittrich*, in: *Müller-Gugenberger/Bieneck: Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Auflage, Köln 2006, § 33, Rn. 59; *Többens: Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland*, NSTZ 2000, 505 (508); *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz*, 28. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 28; *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 15.

triebes – sofern das Geheimnis für sie bisher nicht zugänglich war⁵⁶⁴ – bis hin zur Presse und ist damit weitestgehend unbegrenzt.⁵⁶⁵ Ausgeschlossen ist lediglich die Verwertung des Geheimnisses durch den Täter selbst. In Betracht kommt dabei allerdings eine Strafbarkeit nach § 266 StGB.⁵⁶⁶ Umstritten ist, ob auch Beauftragte des Geheimnisinhabers bzw. sog. Lockspitzel als Empfänger in Betracht kommen.⁵⁶⁷ Dies ist jedoch nicht im Rahmen des fraglichen Empfängers und nicht pauschal zu beantworten, da das Wissen des Beauftragten im Einzelfall entscheidet und zu fragen ist, inwiefern hier eine Einwilligung seitens des Geheimnisinhabers vorliegt.

Die Weite des Personenkreises der möglichen Mitteilungsempfänger deckt sich grundsätzlich mit jener der Adressaten eines Hinweises beim Whistleblowing, d.h., das externe Whistleblowing⁵⁶⁸ bleibt – soweit die bisherige Prüfung es zeigt – strafbar.⁵⁶⁹ Ausgeschlossen im Sinne einer vollendeten Begehung des § 17 Abs. 1 UWG sind dagegen Hinweise an Personen, die selbst originären Zugang zum Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis haben. Damit ist das interne Whistleblowing⁵⁷⁰ nicht *per se* straflos, wenn gleich gegebenenfalls weniger riskant. Es kommt auf die Position des Empfängers innerhalb des Unternehmens bzw. auf sein Verhältnis zum Geheimnis an. Gehört er zum Kreis der Geheimnisträger, ist der objektive Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG nicht erfüllt. Eine Strafbarkeit wegen (untauglichen) Versuchs ist jedoch wegen § 17 Abs. 3 UWG möglich. Ist der Empfänger der Mitteilung und damit des Hinweises allerdings nicht Geheimnisträger, kann auch das interne Whistleblowing strafbar sein.⁵⁷¹ Dennoch sollte auch hier eine Interessenabwägung bzw. eine Prüfung der Erheblichkeit des Verstoßes erfolgen, um die tatsächliche Gefahr für das geschützte Rechtsgut durch die Mitteilung innerhalb des Unternehmens mit dem Bedürfnis nach Strafe in Einklang bringen zu können. Dies wiederum hat an anderer Stelle zu erfolgen und ist nicht Teil der Bestimmung der Tathandlung. Insoweit kann auf die Argumentation oben verwiesen werden.

564 RG JW 1936, 2081.

565 MK-Brammsen: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 39; Hartung: Geheimnisschutz und Whistleblowing im deutschen und englischen Recht, Saarbrücken 2006, S. 49.

566 Dittrich, in: Müller-Gugenberger/Bieneck: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, Köln 2006, § 33, Rn. 58; Aldoney Ramirez: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Ketzinger 2009, S. 2.

567 Vgl. hierzu: Möhrenschräger, in: Wabnitz/Janovsky: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 13. Kap., Rn. 13; MK-Brammsen: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 39.

568 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., E.

569 Ausgenommen der höchst unwahrscheinliche Fall, dass ein Externer gleichsam Geheimnisträger ist.

570 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., E.

571 Koch ist folglich etwas unpräzise, wenn er behauptet, beim internen Whistleblowing bestünden keine strafrechtlichen Risiken, da die Information die Sphäre des Unternehmens nicht verlasse (Koch: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 [502]).

d. Während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses

Die Mitteilung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses muss während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses erfolgen. Diese tatbestandliche Voraussetzung hat ihren Grund in einer Privilegierung des Interesses des Beschäftigten, redlich erworbene Kenntnisse und Erfahrungen für die eigene berufliche Weiterentwicklung nutzen zu können,⁵⁷² gegenüber dem noch so großen Geheimhaltungsinteresse des Betriebsinhabers.⁵⁷³ Dabei ist der rechtliche Bestand des Dienstverhältnisses maßgeblich, nicht der tatsächliche, sodass hierzu auch sog. faktische oder fehlerhafte Dienstverhältnisse zählen.⁵⁷⁴ So ist gesichert, dass die Gründe der Beendigung des Verhältnisses nicht vom Verhalten des Beschäftigten abhängig gemacht werden können, es sei denn, es folgt eine wirksame Kündigung. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit kann allerdings nach überwiegender Auffassung auch nicht durch vertragliche Verlängerung der Schweigepflicht ausgedehnt werden.⁵⁷⁵

Damit ergibt sich mit der Verkürzung des Tatzeitraumes auf das Dienstverhältnis auch eine Begrenzung des strafrechtlichen Risikos für bestimmte Whistleblower: Ehemalige Beschäftigte eines Unternehmens, welche Missstände melden, können sich daher *nicht* wegen Geheimnisverrat gem. § 17 Abs. 1 UWG strafbar machen.

3. Geheimnishehlerei – § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG

Die sog. Geheimnishehlerei gem. § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist im Gegensatz zu § 17 Abs. 1 UWG gekennzeichnet durch einen zweistufigen Aufbau. Hier ist die Tathandlung – das unbefugte Verwerten oder Mitteilen – zur Erlangung, unbefugten Verschaffung oder Sicherung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses akzessorisch,⁵⁷⁶ d.h. die Tathandlung knüpft an eine „Vortat“ an. Als „Vortat“-Alternativen kommen ein Geheimnisverrat nach § 17 Abs. 1 UWG, eine sog. Betriebsespionage nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG und eine sonst unbefugte Verschaffung oder Sicherung des Geheimnisses in Betracht. Der Begriff des Whistleblowings lässt offen, auf welchem Weg Kenntnis vom Gegenstand des Hinweises erlangt⁵⁷⁷ wurde.⁵⁷⁸ Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass dies im Sinne einer „Vortat“ zur Geheimnishehlerei geschehen ist. Typisch ist dies jedoch für das Whistleblowing nicht, sodass der Einzelfall maßgeblich ist und auf Einzelheiten der „Vortaten“ nicht eingegangen werden muss.

572 RGSt 33, 62 (65); 44, 152 (154); 61, 273 (274); 75, 75 (80); BGHZ 38, 391 (395 f.); BGH GRUR 1955, 402 (405); BGH NJW 1984, 239 (240); MK-Brammsen: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 40 m.w.N.

573 RG JW 1938, 118.

574 RGSt 50, 130 (131); BGH GRUR 1955, 402 (404 ff.); Köhler, in: Köhler/Bornkamm: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz, 28. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 22.

575 Vgl. Diemer, in: Erbs/Kohlhaas: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 27 m.w.N.

576 MK-Brammsen: UWG, München 2006, § 17, Rn. 92.

577 Erlangen meint im Sinne des § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG, die Verfügungsgewalt über das Geheimnis innehaben (Diemer, in: Erbs/Kohlhaas: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 44).

578 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., C.

Erwähnenswert ist allerdings, dass der Täterkreis für das Whistleblowing gegenüber § 17 Abs. 1 UWG wesentlich erweitert ist, da § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG kein Sonderdelikt darstellt.⁵⁷⁹ Täter kann jeder sein, der den tatbestandlichen Bezug zur „Vortat“ herstellt und somit qualifiziert ist.⁵⁸⁰ Zusätzlich zum unbefugten Mitteilen des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses kommt als Tathandlung bei der Geheimnishehlerei noch das unbefugte Verwerten hinzu. Verwerten ist jede Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, einen Wert aus dem Geheimnis zu ziehen, d.h. es wirtschaftlich zu nutzen.⁵⁸¹ Umstritten ist, ob das Verkaufen des Geheimnisses⁵⁸² hierunter zu subsumieren ist oder ob diese Handlung als unbefugtes Mitteilen gilt.⁵⁸³ Für die Beurteilung der strafrechtlichen Risiken des Whistleblowings kann dies dahinstehen, da der Tatbestand des § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG jeweils erfüllt wäre.

4. Unbefugt

Beim Tatbestandsmerkmal *unbefugt* treffen zwei Probleme zusammen. Zum einen ist die dogmatische Einordnung umstritten. Zum anderen muss geklärt werden, ob hier der richtige Prüfungsstandort für die Interessenabwägung ist.

Zur dogmatischen Einordnung des Merkmals *unbefugt* werden verschiedene Auffassungen vertreten. Wenngleich sich das Gesetz nicht zur Systematisierung äußert und jene für das Ergebnis der strafrechtlichen Prüfung „egal“ zu sein scheint,⁵⁸⁴ ist deren Darstellung für die Beurteilung strafrechtlicher Risiken, beispielsweise der Teilnahme- strafbarkeit, durchaus bedeutend.

Zunächst wird behauptet, *unbefugt* sei ein Blankettbegriff, der sowohl auf das Fehlen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses als auch auf Rechtfertigungsgründe hinweisen könne (sog. Lehre von der Doppelfunktion).⁵⁸⁵ Für die konkrete Zuordnung sei entscheidend, ob die Rechtsgutsverletzung oder erst die Rechtswidrigkeit durch die Zustimmung des Geheimnisinhabers, d.h. hier in Form der Einführung eines Hinweisgebersystems, entfallen soll.⁵⁸⁶ Bei dieser Entscheidung spielen auf der einen Seite die Interessen des Unternehmens – effektive Compliance, Vermögens- und vor allem Geheimnisschutz – eine Rolle. Auf der anderen Seite soll Whistleblowern nicht der Mut zum Hinweis genommen werden, indem „falsche“ Signale gesetzt werden (Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens). Zudem soll die Undurchsichtigkeit des strafrechtli-

579 Statt aller: *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 43.

580 *Kieth/Hohmann*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NSTz 2006, 185 (190); *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 94.

581 RGSt 63, 205 (207).

582 Vgl. sog. „Liechtensteiner Steueraffäre“ (2008) und die sog. „Steuersünder-CD“ (2010); vgl. **Begriffsbestimmung**, 6. Kap.

583 Zum Streitstand vgl. *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 111 und 113.

584 *Hefendehl*, in: *Spindler/Stilz*: AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 32; *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 92.

585 *MK-Cierniak*: StGB, Band 3, München 2003, § 203, Rn. 53; *NK-Kargl*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, Vor §§ 201 ff., Rn. 13.

586 *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 93.

chen Risikos für ihn möglichst gering gehalten werden.⁵⁸⁷ Doch auch die Appell- und Warnfunktion des Strafrechts insgesamt ist zu berücksichtigen.

Durch die Installation eines Hinweisgebersystems stiftet das Unternehmen einen Vertrauensvorschuss: Mit dem Glauben an die zuverlässige Beurteilung von Missständen durch seine Mitarbeiter und an Sensibilität im Umgang mit Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen wird den potenziellen Hinweisgebern ein Weg über die (strafrechtlichen) Grenzen des § 17 UWG hinaus eröffnet, indem sie sich überhaupt bestimmten Personen offenbaren dürfen. Dieser Vorschuss darf nicht aufseiten des potenziellen Hinweisgebers zu einer zu lockeren Bewertung von an sich sanktionsbewehrten Verhaltensweisen führen, d.h., die mit der strafrechtlichen Appellfunktion anvisierte Vorsicht im Umgang mit fremden Rechtsgütern muss auch für den Whistleblower erhalten bleiben. Das Risiko mangelnder Transparenz geht zu seinen Lasten und kann nur durch eigene Gewissenhaftigkeit kompensiert werden. In der Zustimmung des Geheimnisinhabers kann folglich kein Ausschluss einer Rechtsgutsverletzung angestrebt sein.⁵⁸⁸

Andere nehmen an, es handele sich beim Merkmal *unbefugt* ausschließlich um ein normatives Tatbestandsmerkmal,⁵⁸⁹ das die Missachtung des Willens des Geheimnisinhabers bedeute bzw. jede dem Geheimhaltungsinteresse widersprechende Handlung umfasse.⁵⁹⁰ Ähnlich dem § 123 StGB könnte § 17 UWG nämlich ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Geheimnisinhabers immanent sein. Jedoch wird dies einhellig nur angenommen, wenn auf die Geheimhaltung *insgesamt* verzichtet werden soll. Mit Einführung eines Hinweisgebersystems kann dies keinesfalls beabsichtigt sein und steht im Widerspruch zu den drohenden (finanziellen) Gefahren eines Imageschadens.

Auch wird in dem Merkmal *unbefugt* ein Hinweis auf Rechtfertigungsgründe gesehen, da diese im Zusammenhang mit dem Geheimnisschutz häufig vorkämen.⁵⁹¹ Es wird im Rahmen dieser Meinung nur dann ein Bezug zum Tatbestand hergestellt, wenn ein genereller Offenbarungswille und somit ein Einverständnis vorliegt.⁵⁹² Wie oben bereits festgestellt, entfiele damit aber schon der Geheimnischarakter, sodass diese Auffassung im Sinne einer korrekten dogmatischen Orientierung zu vernachlässigen ist.⁵⁹³ Interessanter ist die Annahme, das Merkmal *unbefugt* verweise nicht auf allgemeine, sondern auf spezielle Rechtfertigungsgründe, namentlich das erlaubte Risiko, Soziala-

587 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., B., IX.

588 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., I., 1., c., bb.

589 Zum Begriff vgl. *Többens*: Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NSTZ 2000, 505 (507 Fn. 38).

590 Vgl. BayObLG NJW 1991, 438 (440); vgl. *Fischer*: StGB, 56. Auflage, München 2009, § 203, Rn. 31; vgl. *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 110 m.w.N.

591 *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 51; *Otto*: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125 (127); *NK-Kargl*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203, Rn. 50 m.w.N.

592 *Dannecker*, in: *Michalski*: GmbH-Gesetz, Band II, München 2002, § 85, Rn. 58; *MK-Schaal*: AktG, Band 9/2, 2. Auflage, München 2006, § 404, Rn. 33; *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 110 m.w.N.

593 So auch *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 25.

däquanz oder die Wahrnehmung berechtigter Interessen.⁵⁹⁴ Unabhängig von der Frage nach der Beurteilung dieser Auffassung, erfolgt die Prüfung dieser speziellen Rechtfertigungsgründe wiederum *nicht* im Rahmen des Tatbestandes.

Eine Interessenabwägung mithilfe des Merkmals *unbefugt* kommt somit auf Tatbestandsebene nicht in Betracht. Vielmehr ist sie Gegenstand der Prüfung infrage kommender Rechtfertigungsgründe.

5. *Vorsatz*

In subjektiver Hinsicht müsste der potenzielle Hinweisgeber gem. § 15 StGB vorsätzlich handeln, wobei hier mangels entgegenstehender Anhaltspunkte *dolus eventualis* genügt.⁵⁹⁵ Das heißt, der Whistleblower müsste zumindest mit der Möglichkeit rechnen und zumindest billigend in Kauf nehmen, dass er als Beschäftigter eines Geschäftsbetriebes während der Geltungsdauer seines Dienstverhältnisses ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihm anvertraut oder sonst zugänglich geworden ist, unbefugt an jemanden mitteilt. Für die Geheimnishehlerei genügt ebenfalls bedingter Vorsatz.⁵⁹⁶ Dieser ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, kann für den Hinweisgeber aber grundsätzlich wohl angenommen werden.

6. *Absichtsmerkmale*

Der Geheimnisverrat und die Geheimnishehlerei sind als Delikte mit überschießender Innentendenz ausgestaltet, sodass innerhalb des subjektiven Tatbestandes mit der Tathandlung spezielle Absichten verfolgt werden müssen, namentlich das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder mit Schädigungsabsicht.⁵⁹⁷ Wenngleich diese zusätzlichen subjektiven Voraussetzungen wegen ihrer schweren Nachweisbarkeit und Weite kritisiert werden,⁵⁹⁸ ist deren inhaltliche Bestimmung weitestgehend unumstritten.

a. *Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs*

Zu Zwecken des Wettbewerbs handelt der Täter, wenn sein Verhalten objektiv geeignet und von der Absicht getragen ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb⁵⁹⁹ zum Nachteil eines anderen Unternehmens zu fördern.⁶⁰⁰ Dabei spielt es keine Rolle, wessen Wettbewerb gefördert werden soll, wer ihn betreibt – insofern geht das Merkmal mit der Tathandlung konform –, wann der Wettbewerb aufgenommen werden soll und ob noch

594 Vgl. NK-Kargl: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, Vor §§ 201 ff., Rn. 10 f.

595 Statt aller: Köhler, in: Köhler/Bornkamm: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz, 28. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 23.

596 RGSt 61, 273 (274).

597 BGH GRUR 1977, 539 (541).

598 Aldoney Ramirez: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 111.

599 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

600 Vgl. BGHZ 3, 270; Möhrenschräger, in: Wabnitz/Janovsky: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 13. Kap., Rn. 15.

andere Ziele mitverfolgt werden.⁶⁰¹ Entscheidend ist allein, dass das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs nicht völlig bedeutungslos hinter andere Motive zurücktritt.⁶⁰² Ausgeschlossen ist lediglich das Handeln für den persönlichen Gebrauch.⁶⁰³ Somit kann das Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs auch lediglich (notwendiges) Zwischenziel sein.

b. Handeln aus Eigennutz

Eigennützig handelt, wer zielgerichtet eine persönliche Besserstellung anstrebt. Diese kann in jedem direkten oder indirekten, materiellen oder auch immateriellen Vorteil zu sehen sein.⁶⁰⁴ Der immaterielle Vorteil muss allerdings erheblich sein und Vermögensrelevanz aufweisen, d.h. mit einem materiellen Vorteil vergleichbar sein.⁶⁰⁵ Das Merkmal des Eigennutzes wurde wegen der schwerwiegenden Nachweisbarkeit der anderen subjektiven Merkmale 1932 eingeführt.⁶⁰⁶

c. Handeln zugunsten eines Dritten

Mit dem 2. WiKG 1986⁶⁰⁷ eingeführt, um (klassische) Betriebsspionage durch fremde Staaten mithilfe ideologisch motivierter Täter erfassen zu können, muss beim Merkmal *zugunsten eines Dritten* angestrebt sein, dass die oben genannte Vorteile einem Dritten zukommen sollen.⁶⁰⁸

d. Handeln mit Schädigungsabsicht

In Schädigungsabsicht handelt derjenige, der rechtlich anerkannte Interessen des Betriebsinhabers beeinträchtigen möchte.⁶⁰⁹ Auch hier kommt es nicht auf das exklusive Ziel der Schädigung an.⁶¹⁰ Zudem werden nicht nur Vermögensschäden erfasst.⁶¹¹ Es genügt beispielsweise die Herabsetzung der Geschäftsehre.

601 Diemer, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 29 m.w.N.

602 BGHZ 3, 370 (376); *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 45 m.w.N.

603 RGSt 32, 27 (28); 51, 184 (186).

604 *Pfeiffer*: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 861 (877).

605 BGHSt 11, 94 (97); *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 25.

606 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 115 m.w.N.

607 BT-Drs. 10/5058, S. 40.

608 *Harte-Bavendamm* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2. Auflage, München 2009, § 17, Rn. 15 m.w.N.

609 *Ohly*, in: *Piper/Ohly/Sosnitza*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 5. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 25.

610 RGSt 51, 184 (194).

611 RGSt 29, 426 (429).

e. Relevanz für das Whistleblowing

Wie oben gezeigt,⁶¹² ist dem Whistleblowing eine rein altruistische Motivation nicht immanent. Böswilliges Handeln zulasten des betroffenen Unternehmens aus Rache oder gar Geltungsbedürfnis kann nicht ausgeschlossen werden. Dies gilt erst recht, wenn man aus Sicht des Hinweisgebers die Anzeige mit einem persönlichen Vorteil verbinden könnte. Die aufkommende Kritik an den speziellen subjektiven Voraussetzungen bestätigt dies noch, da wegen der Weite der Definition ihnen (gegenüber dem objektiven Tatbestand) keine die Strafbarkeit limitierende Funktion zukäme, sodass *an dieser Stelle*⁶¹³ für die Einschätzung des strafrechtlichen Risikos beim Whistleblowing keine Einschränkungen gemacht werden können.⁶¹⁴

II. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts

Neben § 17 UWG existieren weitere nebenstrafrechtliche Geheimnisschutzvorschriften, die sich von § 17 UWG vor allem in der Strafandrohung unterscheiden. § 333 HGB, § 404 AktG, § 85 GmbHG, § 151 GenG, § 315 UmwG, § 19 PublG, § 120 BetrVG und § 138 VAG sehen in ihrem Grundtatbestand einen Strafraum von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vor.⁶¹⁵ Zudem handelt es sich im Gegensatz zu § 17 UWG durchweg um absolute Antragsdelikte. Sie sind gekennzeichnet durch ihre spezielle Täterstruktur (Sonderdelikte). So sanktioniert § 333 Abs. 1 HGB das unbefugte Offenbaren von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen⁶¹⁶ durch Abschlussprüfer und deren Gehilfen.⁶¹⁷ Für die Beurteilung strafrechtlicher Risiken des Whistleblowers kommt es in diesem Zusammenhang daher auf dessen berufliche Stellung an. Der taugliche Täterkreis der nebenstrafrechtlichen Geheimnisschutzvorschriften reicht von Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern (§ 404 AktG), Personen nach § 120 Abs. 1 Nr. 1-4 BetrVG, Liquidatoren oder Geschäftsführern bis hin zu Prüfern bzw. dessen Gehilfen und sog. faktischen Organmitgliedern.⁶¹⁸ Insbesondere die Gehilfentätigkeit dürfte für das Whistleblowing relevant sein, denn die Abstufung zur primären Tätigkeit des Prüfers lässt die Hemmschwelle einer Anzeige von Missständen in Form von Wirtschafts- oder Korruptionsstraftaten sinken, da auch keine direkte Verantwortlichkeit gegeben ist.

612 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., B.

613 Zum tatbestandsausschließenden Tatumstandsirrtum gemäß § 16 StGB vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 4. Kap.

614 Vgl. hierzu auch *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503, Fn. 36).

615 Der Grundtatbestand des § 17 UWG sieht einen Strafraum von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor.

616 Eine tiefere Bedeutung der Bezeichnung des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses (§ 17 UWG) hier als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses (so auch in § 203 StGB) seitens des Gesetzgebers ist nicht ersichtlich.

617 Wobei § 333 HGB über §§ 340m, 341m HGB auch für Abschlussprüfer eines Kreditinstituts oder eines Versicherungsunternehmens und deren Gehilfen Anwendung findet.

618 BGHSt 46, 62 (64 f.) m.w.N.; anders *Ransiek*, in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, VIII 2, Rn. 11.

Gehilfen sind befugte Mitwisser,⁶¹⁹ deren unterstützende Tätigkeit einen inneren Zusammenhang zur berufsspezifischen Arbeit des Prüfers aufweist.⁶²⁰ Sie sind in den organisatorischen und weisungsgebundenen Bereich des Prüfers einbezogen.⁶²¹

Diese Eigenschaft – wie auch die anderen Täterqualifikationen – muss zum Zeitpunkt der Kenntniserlangung des Geheimnisses vorliegen.⁶²² Das strafrechtliche Risiko für den Hinweisgeber ist somit hinsichtlich der Täterqualifikation gegenüber § 17 UWG beschränkt. Da die genannten nebenstrafrechtlichen Geheimnisschutzvorschriften im Grundtatbestand jedoch auf besondere subjektive Voraussetzungen – namentlich besondere Absichten – verzichten, kann nicht von einem geringeren Strafbarkeitsrisiko ausgegangen werden. Vielmehr ist das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis sogar über den Zeitraum der die Tütereigenschaft begründenden Beschäftigung hinaus geschützt, solange das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis noch besteht.⁶²³ Im Unterschied zu § 17 UWG kann sich der Hinweisgeber daher auch noch nach Ausscheiden aus seiner Stellung oder Funktion strafbar machen.⁶²⁴ Daher ist grundsätzlich der Geheimnisschutz gegenüber § 17 UWG erweitert.⁶²⁵

Bezüglich der sonstigen objektiven Tatbestandsmerkmale, insbesondere der Geheimeigenschaft, und der Bedeutung des Merkmals *unbefugt* kann nach oben verwiesen werden.⁶²⁶ Bei § 120 BetrVG kommt allerdings hinzu, dass das Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis ein sog. „formelles Geheimnis“ sein muss.⁶²⁷ Voraussetzung dafür ist, dass es vom Arbeitgeber oder seinen Repräsentanten *ausdrücklich* als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden ist.⁶²⁸ Es bedarf dafür einer formlosen Mitteilung, denn erst ab diesem Zeitpunkt beginnt für den Arbeitnehmer die Verschwiegenheitspflicht.⁶²⁹

619 *Heghmanns/Niehaus*: Outsourcing im Versicherungswesen und der Gehilfenbegriff des § 203 III 2 StGB, NStZ 2008, 57 (58) m.w.N.

620 *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 64.

621 Vgl. *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 203, Rn. 21.

622 Statt aller: *Dannecker*, in: *Staub*: Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, Berlin 2008, § 333, Rn. 18.

623 BGHZ 91, 1 (5 f.); *Hefendehl*, in: *Spindler/Stilz*: AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 16.

624 *Tiedemann*, in: *Scholz*: GmbH Gesetz, II. Bd., 10. Auflage, Köln 2010, § 85, Rn. 1; *Pöhlmann*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*: Genossenschaftsgesetz, 3. Auflage, München 2007, § 151, Rn. 3; *KK-Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 16.

625 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 179.

626 Vgl. *Wache*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 176. Auflage, München 2009, § 138 VAG, Rn. 8.

627 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*: Betriebsverfassungsgesetz, 25. Auflage, München 2010, § 120, Rn. 2 u. § 79, Rn. 5.

628 *Preis*, in: *Wlotzke/Preis/Kreft*: Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, München 2009, § 120, Rn. 14 u. § 79, Rn. 6.

629 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*: Betriebsverfassungsgesetz, 25. Auflage, München 2010, § 79, Rn. 5.

III. Geheimnisschutzvorschriften (im weiteren Sinne) des Kernstrafrechts

Als betroffene Geheimnisschutzvorschriften (i. w. S.) im Kernstrafrecht kommen §§ 93 ff., 201 Abs. 2 Nr. 2, 201a Abs. 2 und 3, 203, 204, 206, 353b, 355 StGB infrage. Da hinsichtlich der gefundenen Definition des Whistleblowings unberücksichtigt bleiben muss, auf welche Art und Weise der Whistleblower an die der Anzeige zugrunde liegenden Informationen bzw. Tatsachen gekommen ist, werden nur solche Delikte auf Unterschiede zum strafrechtlichen Risiko bei § 17 UWG hin untersucht, die das Hinweisgeben an sich sanktionieren könnten. Insoweit sich Differenzen ergeben, ist fraglich, ob sie zu einer anderen Bewertung des strafrechtlichen Risikos des Hinweisgebens führen.

1. §§ 203, 204 StGB

Dem Geheimnisschutz des § 17 UWG kommen im Rahmen des Kernstrafrechts die §§ 203, 204 StGB am nächsten. Dabei ergibt sich die Ähnlichkeit nicht nur dadurch, dass § 203 Abs. 1 StGB das Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis⁶³⁰ ausdrücklich erwähnt. Vielmehr handelt es sich jeweils auch um Sonderdelikte. Der Täterkreis des § 203 StGB ist auf bestimmte Berufsgruppen bezogen, die typischerweise in ihrer Eigenschaft und ihrer Funktion ein spezifisches Vertrauensverhältnis begründen.⁶³¹ Ist der Hinweisgeber Angehöriger oder Gehilfe (§ 203 Abs. 3 Satz 2 StGB)⁶³² einer der in § 203 Abs. 1 Nr. 1-6 StGB aufgezählten Berufe oder agiert er in einer Funktion nach § 203 Abs. 2 StGB, steht einer personellen Anwendbarkeit nichts im Wege. Es sei hervorgehoben, dass somit auch hinweisgebende Amtsträger einem strafrechtlichen Risiko ausgesetzt sind. Das heißt aber auch, dass in einem Hinweisgebersystem tätige Rechtsanwälte und deren Gehilfen, welche ihrerseits den Hinweis weiterleiten bzw. anzeigen (mittelbare Whistleblower) unter den Tatbestand fallen können.

Das Handlungsobjekt des § 203 StGB ist jedoch nicht auf ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis beschränkt. Als weiteres Beispiel – diesen Charakter stellt der Begriff *namentlich* klar⁶³³ – eines fremden Geheimnisses sind auch zum persönlichen Lebensbereich gehörende Geheimnisse geschützt.

An das Vorliegen eines Geheimnisses werden die gleichen Anforderungen gestellt wie bei § 17 UWG. Doch anstelle des für ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis notwendigen Unternehmensbezugs muss ein Bezug zu den auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zurückgehenden Individualinteressen des Geheimnisträgers hergestellt werden können.⁶³⁴ Davon sollen auch Geheimnisse juristischer Personen erfasst sein.⁶³⁵ Ist Inhalt eines Hinweises eine von natürlichen Personen begangene oder bevorstehende Wirtschafts- oder Korruptionsstraf-

630 Zur Begrifflichkeit im Vergleich zu § 17 UWG vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., B.

631 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 203, Rn. 7.

632 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., B.

633 *Aldoney Ramirez*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009, S. 149; *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 203, Rn. 4.

634 BT-Drs. 7/550, S. 235.

635 *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 31.

tat, ist die Verbindung zum persönlichen Lebensbereich evident, sodass das Schutzzobjekt des § 203 StGB zweifellos tangiert ist, zumal nach § 203 Abs. 2 Satz 2 StGB auch Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen erfasst werden. Es handelt sich in der Regel neben dem Eigengeheimnis des Unternehmens auch um ein sog. Drittgeheimnis, bei dem sich das Geheimnis nicht auf den Mandanten, Patienten etc. bezieht, sondern auf einen Dritten.⁶³⁶

Aber auch im Rahmen der §§ 203, 204 StGB wird bei der Begriffsbestimmung des Geheimnisses diskutiert, inwiefern Belanglosigkeiten aus dem Schutzbereich herausgenommen werden müssen, der Schutzbereich mithin beschränkt werden kann.⁶³⁷ *Rogall* beispielsweise geht nämlich davon aus, ein Interesse an der Geheimhaltung bestünde erst, wenn der Betroffene in seiner sozialen Geltung oder in seinem Vermögen beeinträchtigt werden könnte, was beim Whistleblowing bezüglich Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten zweifellos möglich wäre.⁶³⁸ *Hoyer* versteht unter einem Geheimnis nur eine Information, welche im Falle der Unwahrheit den objektiven Tatbestand der §§ 186, 187 StGB erfüllt.⁶³⁹ Wenngleich diese Auffassung von der h.M. als unvereinbar mit dem Charakter als Sonderdelikt mit spezifischen (berufsbedingten) Einschränkungen erachtet wird,⁶⁴⁰ lägen die Voraussetzungen beim Whistleblowing vor. Die Anzeige einer tatsächlich nicht vorliegenden Wirtschafts- und Korruptionsstraftat ist geeignet den objektiven Tatbestand der §§ 186, 187 StGB zu erfüllen.

Es ergeben sich daher in Bezug auf § 17 UWG keine Besonderheiten. Auch die §§ 203, 204 StGB sehen keine Versuchsstrafbarkeit vor.

2. §§ 93 ff. StGB

Die oben gefundene Definition eines Whistleblowers schließt die Betroffenheit eines Staatsgeheimnisses – wie in § 93 Abs. 1 StGB legal definiert – grundsätzlich nicht aus, wenngleich die Bedeutung der Vorschriften angesichts nur elf Verurteilungen im Jahr 2008 äußerst gering ist.⁶⁴¹ Die Verwirklichung aller Tatbestandsmerkmale durch den Whistleblower, insbesondere das Vorliegen einer Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland ist äußerst unwahrscheinlich. Ihr könnte dessen ungeachtet auf Rechtfertigungsebene wenig entgegengehalten werden. Die Strafandrohung⁶⁴² und die Bedeutung für die (äußere) Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland machen deutlich, dass hier eine Interessen- bzw. Güterabwägung eindeutig nicht zugunsten der Rechtsgüter der Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten erfolgen kann.

636 MK-*Cierniak*: StGB, Band 3, München 2003, § 203, Rn. 76.

637 Statt vieler: SSW-*Bosch*: StGB, Köln 2009, § 203, Rn. 5.

638 *Rogall*: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen –, NStZ 1983, 1 (6).

639 SK-*Hoyer*: StGB, 7. Auflage, München 2003, § 203, Rn. 8 ff.

640 LK-*Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 27.

641 Rechtspflegestatistik, Strafverfolgung 2008, Fachserie 10, Reihe 3, S. 26.

642 Verbrechen i.S.d. § 12 Abs. 1 StGB.

3. § 355 StGB

Als weitere Geheimnisschutzvorschrift, die ausdrücklich ein fremdes Betriebs- und Geschäftsgeheimnis nennt, ist § 355 StGB bedeutsam. Diese Bedeutung zeigt sich nicht etwa in ihrer praktischen Relevanz,⁶⁴³ sondern in der Tatsache, dass auch hier externe Hinweisgeber erfasst werden.

Nach § 355 StGB strafbar machen sich nur Amts- (Abs. 1) bzw. Funktionsträger (Abs. 2). Hierunter sind Personen gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB, Sachverständige gem. § 96 AO bzw. §§ 72 ff. StPO⁶⁴⁴ und wegen des hoheitlichen Besteuerungsrechtes gem. Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 6 WRV auch Träger von Ämtern in Kirchen und anderen Religionsgemeinschaften⁶⁴⁵ zu verstehen. Die Definition des Whistleblowers schließt solche Personen nicht aus. Die Sondereigenschaft muss nur zum Zeitpunkt des Bekanntwerdens, nicht beim Offenbaren, gegeben sein.⁶⁴⁶ Als Tatobjekt ist nicht nur das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis erfasst. Vielmehr wird weit mehr als der bisher besprochene Geheimnisbereich geschützt. Unter *Verhältnissen* sind alle Eigenschaften einer Person – auch einer juristischen – und die Beziehungen, in denen sie steht, zu verstehen. Ein Geheimnis muss dabei nicht vorliegen.⁶⁴⁷ Eine erhebliche tatbestandliche Einschränkung ergibt sich jedoch bei Betrachtung der Art und Weise der Kenntniserlangung, aufgezählt in § 355 Abs. 1 Nr. 1 a) – c). Wie bereits erwähnt, ist dem Whistleblowing aber kein spezifisches Bekanntwerden der Wirtschafts- und Korruptionsstraftat immanent, sodass es einmal mehr auf den konkreten Einzelfall ankommt, sich aber die praktische Relevanz erheblich reduziert.

4. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften im weiteren Sinne

Es kommen noch weitere Geheimnisschutzvorschriften des Kernstrafrechts infrage, welche sich in ihren Voraussetzungen zum Teil überschneiden, aber auch besondere Tatbestandsmerkmale aufweisen, die dem Whistleblowing entgegenstehen könnten.

So dürfte der höchstpersönliche Lebensbereich einer Person, wie von § 201a Abs. 2 und 3 StGB gefordert, bei der Anzeige von Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten nicht tangiert sein. Dieser ist nämlich noch enger als der persönliche Lebensbereich des § 203 StGB zu definieren und entspricht inhaltlich dem Intimbereich einer Person.⁶⁴⁸

Auch ist bei der Offenbarung von Missständen in der Regel nicht von einer konkreten⁶⁴⁹ Gefährdung öffentlicher Interessen im Sinne des § 353b StGB auszugehen. Als betroffene öffentliche Interessen sind das Ansehen, die Unparteilichkeit und die Zuver-

643 Für das Jahr 2008 liegen nur zwei Verurteilungen vor (vgl. Rechtspflegestatistik, Strafverfolgung 2008, Fachserie 10, Reihe 3, S. 42).

644 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 355, Rn. 4.

645 *NK-Kuhlen*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 355, Rn. 5.

646 *SSW-Bosch*: StGB, Köln 2009, § 355, Rn. 5.

647 *LK-Träger*: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 6.

648 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 201a, Rn. 3.

649 BGHSt 20, 342 (348); OLG Zweibrücken NStZ 1990, 495.

lässigkeit bzw. Integrität der Behörde anerkannt.⁶⁵⁰ Bei einem Hinweis an den Vorgesetzten kann eine Gefährdung ausgeschlossen werden. Auch für den Hinweis an Ermittlungsbehörden oder die Öffentlichkeit gilt: Die Interessen müssten durch die Tathandlung, die Geheimnisoffenbarung, gefährdet werden, nicht durch den Inhalt des Hinweises, die Wirtschafts- oder Korruptionsstraftaten. Auch *Fischer* geht davon aus, dass die Offenbarung von Missständen innerhalb der Verwaltung oder Justiz nicht als Gefährdung öffentlicher Interessen angesehen werden kann.⁶⁵¹ Ungeachtet der Diskussion, ob auch eine mittelbare Gefährdung ausreicht, was hinsichtlich Art. 103 Abs. 2 GG fragwürdig ist, liegt auch eine direkte Gefahr für öffentliche Interessen beim Whistleblowing grundsätzlich nicht vor.

Beim Whistleblowing könnte auch das durch § 206 StGB geschützte Post- und Fernmeldegeheimnis⁶⁵² tangiert sein. Zwar kommt dem § 206 StGB wegen der hohen Strafandrohung und einer gegenüber den anderen in diesem Kapitel genannten Normen höheren Verurteilungsrate⁶⁵³ größere Bedeutung zu, doch kommt die Vorschrift wegen des speziellen personellen Anwendungsbereichs für das Whistleblowing weniger in Betracht. Denn der Hinweisgeber müsste Inhaber oder Beschäftigter eines Unternehmens sein, welches geschäftsmäßig Post- und Kommunikationsdienste erbringt. Die Definition von Whistleblowing schließt zwar diesen Personenkreis nicht aus; das strafrechtliche Risiko besteht aber nur für ebensolchen.

Des Weiteren kann im Einzelfall § 201 Abs. 2 Nr. 2 StGB beim Whistleblowing eine Rolle spielen. Je nach Art und Weise des Bekanntwerdens von den Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten kann Inhalt des Hinweises das nichtöffentlich gesprochene Wort im Sinne der Vorschrift sein.

Im Einzelfall ist eine Strafbarkeit nach den § 55 KWG, § 38 WpHG und §§ 44, 43 Abs. 2 BDSG denkbar, welche jedoch wegen des eher untypischen Bezugs zum Whistleblowing hier nicht detailliert beschrieben werden soll.

B. Untreue

Wie bereits angedeutet, können durch das Whistleblowing nicht nur Geheimnisschutzvorschriften verletzt sein. Schutz vor einer Bedrohung von innen heraus bietet auch der Straftatbestand der Untreue gem. § 266 StGB,⁶⁵⁴ denn die Ausführungen zu den möglichen Schäden einer Mitteilung nach außen haben gezeigt, dass das Whistleblowing durchaus vermögensschädigend wirken kann.⁶⁵⁵ Dies wird jedoch nur dann relevant, wenn die nach außen getragenen Informationen auch geeignet sind, einen Vermögens-

650 OLG Köln NJW 1988, 2489 (2492); BGHSt 11, 401 (404); 48, 126 (132); OLG Köln NJW 2005, 1000.

651 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 353b, Rn. 13b.

652 Art. 10 GG, § 39 Abs. 1 PostG und § 88 Abs. 1 TKG

653 Für das Jahr 2008 sind es 286 Verurteilungen (Rechtspflegestatistik, Strafverfolgung 2008, Fachserie 10, Reihe 3, S. 32).

654 *SSW-Saliger*: StGB, Köln 2009, § 266, Rn. 3; *NK-Kindhäuser*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 266, Rn. 3 und 31.

655 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., I.

nachteil im Sinne des § 266 StGB hervorzurufen. Der Verdacht auf Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten oder deren tatsächliches Vorliegen können allerdings – ungeachtet des Vermögenswertes der Information an sich – zu erheblichen (Reputations-)Schäden führen, selbst wenn nur eine Einzelperson verdächtigt wird und keine systematischen Normverstöße in Betracht kommen.

Getreu der mittlerweile geflügelten Aussage „§ 266 StGB passt immer.“⁶⁵⁶ muss daher das Vorliegen eines strafrechtlichen Risikos für den Hinweisgeber geprüft werden. Die nahezu uferlose Fassung des Untreuetatbestandes, die der Erfassung einer Vielzahl unterschiedlicher Fälle gezollt ist,⁶⁵⁷ trifft dabei auf die weite Definition des Whistleblowers. Hier kann daher nur eine kursorische Betrachtung der Untreue im Lichte des Whistleblowings erfolgen.

Das Innenverhältnis zwischen Täter und Vermögensinhaber ist bei § 266 StGB gekennzeichnet durch die Notwendigkeit einer Vermögensbetreuungspflicht, welche sowohl entscheidend für den Täterkreis (Sonderdelikt) als auch für Bestimmung der strafwürdigen Tathandlung (Verletzung gerade dieser Pflicht) ist.⁶⁵⁸

In Abgrenzung zu § 17 UWG ist somit nicht jeder Beschäftigte eines Unternehmens durch das Hinweisgeben einem strafrechtlichen Risiko hinsichtlich § 266 StGB ausgesetzt, sondern ein weitaus kleinerer Teil. Dafür bedarf es keines über die Vermögensbetreuungspflicht hinausgehenden Bezuges zum Unternehmen – auch nicht in zeitlicher Hinsicht.⁶⁵⁹

Unter einer Vermögensbetreuungspflicht wird unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles eine solche Pflicht verstanden, die fremdnützig typisiert und von gewisser Bedeutung ist.⁶⁶⁰ Bedeutung erlangt sie durch Einräumung von Ermessens- und Bewertungsspielräumen, durch ein signifikantes Maß an Eigenverantwortlichkeit des Pflichtigen und eine gewisse Selbstständigkeit.⁶⁶¹ Dabei muss es sich um eine über die (arbeitsrechtliche) Treuepflicht hinausgehende wesentliche Hauptpflicht handeln.⁶⁶² Eine bloß beiläufige Pflicht zur Betreuung fremden Vermögens ist unzureichend. Es muss primäre Aufgabe des Pflichtigen sein, fremde Vermögensangelegenheiten zu besorgen.⁶⁶³ Die schlichte Pflicht, über Unternehmensinterna zu schweigen – gemeint ist die allgemeine Verschwiegenheitspflicht als Treuepflicht gegenüber dem Unternehmensinhaber/Arbeitgeber – genügt daher nicht, um eine Strafbarkeit nach § 266 StGB statuieren zu können. Personen mit Leitungsfunktionen im Unternehmen, aber auch solche, die mit Abrech-

656 *Ransiek*: Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634 (634).

657 *Kohlmann*: Wider die Furcht vor § 266 StGB, JA 1980, 228.

658 Seit dem sog. „Scheckkartenurteil“ gilt dies nach der ganz h.M. für die Missbrauchs- und die Treuebruchalternative – sog. strenge oder neue monistische Lehre (BGHSt 24, 386 [387 f.])

659 OLG Stuttgart JZ 1973, 739 (740); a.A. Anmerkung *Lenckner*, JZ 1973, 794 (794f.).

660 RGSt 69, 58; BGHSt 4, 170 (172); 13, 315 (317); BGH NJW 1991, 257.

661 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 266, Rn. 36 ff.; *SSW-Saliger*: StGB, Köln 2009, § 266, Rn. 10; *NK-Kindhäuser*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 266, Rn. 34.

662 RGSt 69, 58 (62); BGHSt 1, 186 (189); 13, 315 (317).

663 *Rönnau*: Untreue und Vorteilsnahme durch Einwerben von Drittmitteln?, BGH NJW 2002, 2801, JuS 2003, 232 (233) m.w.N.

nungen und der Vergabe von Arbeiten betraut sind (zum Beispiel Ingenieure),⁶⁶⁴ können jedoch vermögensbetreuungspflichtig sein.

Eine Vermögensbetreuungspflicht wird man zudem annehmen können, wenn einer Person ausdrücklich oder konkludent ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis mit der Pflicht zur Verschwiegenheit anvertraut wird.⁶⁶⁵ Unabhängig von der Akzeptanz als Rechtsgut des § 17 UWG stellt ein solches Geheimnis im zivilrechtsakzessorischen⁶⁶⁶ § 266 StGB einen Vermögenswert dar.⁶⁶⁷ Durch das Mitteilen der vermögenswerten Interna, dem Überschreiten des rechtlichen Dürfens durch eine im Pflichtenkreis des Täters liegende Handlung,⁶⁶⁸ würde der Hinweisgeber diese Vermögensbetreuungspflicht verletzen. Pflichtwidrig handelt der Täter allerdings nicht, wenn eine Einwilligung des Vermögensinhabers vorliegt. Diese wirkt bei der Untreue – unter Zugrundelegung der Voraussetzungen einer *rechtfertigenden* Einwilligung⁶⁶⁹ – tatbestandsausschließend.⁶⁷⁰

Zu einem vollendeten Nachteil i. S. des § 266 StGB kommt es dann, wenn das Vermögen desjenigen, dessen Vermögensinteressen der Täter zu betreuen hat, durch die Tathandlung gemindert und nicht kompensiert wurde.⁶⁷¹ Festzustellen ist dies anhand einer Gesamtsaldierung.⁶⁷² Der Begriff des Nachteils ist wegen der notwendigen Vermögensbetreuungspflicht vermögensbezogen, sodass er wie der Vermögensschaden bei § 263 StGB zu verstehen ist.⁶⁷³ Vermögen ist danach nach h.M. die Summe aller Güter mit Marktwert, die einer Person in rechtlich schutzwürdiger Weise zuzuordnen sind.⁶⁷⁴ Es ist daneben anerkannt, dass als Erfolg der Untreue auch eine sog. schadensgleiche Vermögensgefährdung (Gefährdungsschaden) genügt. Gleiches Gewicht wie bei einem vollendeten Schaden kommt der Gefährdung dann zu, wenn nach wirtschaftlicher Betrachtung bereits durch sie eine gegenwärtige Minderung des Vermögenswertes eingetreten ist, selbst wenn ein endgültiger Schaden ausbleiben sollte.⁶⁷⁵ Um dem Charakter als Erfolgsdelikt gerecht zu werden und keine Versuchsstrafbarkeit „durch die Hintertür“ zu statuieren, sind hieran strenge Anforderungen zu stellen.

664 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 266, Rn. 25.

665 *Kieth/Hohmann*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NStZ 2006, 185 (191).

666 Akzessorietät heißt dabei, dass sich die konkrete Vermögensbetreuungspflicht aus den außerstrafrechtlichen (zivil- oder gesellschaftsrechtlichen) Regelungen ergibt.

667 *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, Vor § 17, Rn. 4; BGHZ 16, 172 (175).

668 *NK-Kindhäuser*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 266, Rn. 61 und 82.

669 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., I.

670 Statt aller: *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 266, Rn. 49 ff.

671 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 266, Rn. 40 m.w.N.

672 *SSW-Saliger*: StGB, Köln 2009, § 266, Rn. 54 ff.

673 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 266, Rn. 39; *Mitsch*: Strafrecht, Besonderer Teil 2/1, Vermögensdelikte, 2. Auflage, Heidelberg 2003, § 8, Rn. 34.

674 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 263, Rn. 91.

675 RGSt 9, 168 (169 f.); 16, 1 (11); BGH NJW 2008, 1827 (1829).

Die Information des Hinweisgebers ist auf ihren Vermögenswert hin im Einzelfall genauestens zu untersuchen. Muss zusätzlich zur Angabe der verdächtigen Personen technisches Know-how mitgeteilt werden, welches gerade den über § 17 UWG schützenswerten Wettbewerbsvorsprung ausmacht, ist der Vermögenswert an sich evident.⁶⁷⁶ Zwingend ist dies für das Whistleblowing jedoch nicht.

Es ist zudem infrage zu stellen, ob auch durch das Whistleblowing verursachte mittelbare Reputationsschäden als Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB zu werten sind. Es ist anerkannt, dass allein *unmittelbare* Vorteile kompensationsauglich sind. Problematisch ist aber, ob Nachteile dagegen auch als *mittelbare* Folge der Pflichtverletzung berücksichtigt werden können.⁶⁷⁷ Die Rechtsprechung neigt grundsätzlich zu einer weiten Auslegung und hat schon mittelbare Nachteile unter den Schadensbegriff gefasst. So wurde drohender Schadensersatz,⁶⁷⁸ die Gefahr der Aberkennung eines steuerlich günstigen Status⁶⁷⁹ oder die Gefahr parteigesetzlicher Sanktionen als Vermögensnachteil anerkannt.⁶⁸⁰ Auch das OLG Hamm ließ einen bloßen Ursachenzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil genügen und forderte explizit keinen Unmittelbarkeitszusammenhang.⁶⁸¹ Zuletzt wurde jedoch die Gefahr eines Gewinnverfalls der Aktienwerte als mittelbare Vermögensminderung nicht gebilligt.⁶⁸² Allerdings betraf die Entscheidung eine schadensgleichen Vermögensgefährdung und nicht einen vollendeten Schaden.

Sofern schon Reputationsschäden eingetreten sind, ist daher mit der Rechtsprechung ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB anzunehmen. Die Berücksichtigung von Reputationsschäden hängt zudem davon ab, auf welche Art und Weise sich der Whistleblower geäußert hat. Denn nur die Kenntnis der kausalen Verbindung zwischen dem Hinweis und dem Nachteil lässt eine tatbestandliche Zurechnung der Nachteile zu.

In subjektiver Hinsicht ist keine besondere Absicht, sondern lediglich *dolus eventualis* bezüglich aller objektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich. Auch hieran sind als Kehrseite zur Weite des Tatbestandes strenge Anforderungen zu stellen.⁶⁸³ Jene wurden vom 2. Strafsenat derart beurteilt, dass bei Vorliegen eines Gefährdungsschadens nicht nur Vorsatz bezüglich der Gefährdung, sondern vielmehr Vorsatz bezüglich eines endgültigen Schadeneintritts gefordert werden muss.⁶⁸⁴ Der Erfüllung solch strenger Ansprüche dürfte das Whistleblowing womöglich nicht gerecht werden. Dies kann jedoch dahingehend zurückstehen, da die Haltung des 2. Strafsenats vehement bestritten

676 *Kieth/Hohmann*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NSTZ 2006, 185 (191).

677 *SSW-Saliger*: StGB, Köln 2009, § 266, Rn. 62.

678 RG DR 1949, 729; BGH NSTZ 2000, 375 (376).

679 OLG Hamm wistra 1999, 350 (354).

680 LG Bonn NJW 2001, 1736 (1739); BGHSt 51, 100 (117).

681 OLG Hamm NJW 1982, 190 (192).

682 „Siemens-Prozess“ BGH NSTZ 2009, 95.

683 BGHSt 3, 20 (23); BGH wistra 2003, 463.

684 BGH NSTZ 2007, 583.

wird.⁶⁸⁵ Selbst der 1. Strafsenat tritt dem entschieden entgegen,⁶⁸⁶ sodass für die Bewertung strafrechtlicher Risiken hier zwar Vorsicht geboten ist, aber auch noch nicht von einer richterlichen Rechtsfortbildung gesprochen werden kann.

C. Fazit zu den strafrechtlichen Risiken auf Tatbestandsebene

Für das strafrechtliche Risiko des Whistleblowers auf Tatbestandsebene lässt sich zusammenfassend festhalten: Eine Strafbarkeit scheidet denknotwendig aus, wenn es an der Geheimniseigenschaft der mitgeteilten Informationen mangelt oder die Information keinen Vermögenswert hat (§ 266 StGB). Die Einrichtung eines Hinweisgebersystems stellt dabei keinen Verzicht auf die Geheimniseigenschaft dar.

Bei §§ 203, 355 StGB werden jedoch auch Privatgeheimnisse bzw. Verhältnisse einer Person erfasst, sodass die tatbestandliche Anwendbarkeit und somit die strafrechtlichen Risiken größer sind. Grundsätzlich kann beim Whistleblowing auch ein Post- oder Fernmeldegeheimnis betroffen sein, nicht jedoch der höchstpersönliche Lebensbereich einer Person. Regelmäßig werden durch das Hinweisgeben öffentliche Interessen nicht im Sinne des § 353b StGB tangiert, sodass eine Strafbarkeit hiernach ausscheidet.

Entscheidend für die Bewertung strafrechtlicher Risiken auf Tatbestandsebene ist die berufliche Stellung des Whistleblowers, da sich hiernach die (Schweige-)Pflichtenbindung sowohl bei den Geheimnisschutzvorschriften als auch bei der Untreue ergibt. Nur bei § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist der Täterkreis für das Whistleblowing größer. Allerdings bedarf es hier einer „Vortat“ im Sinne des § 17 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 UWG. Der Kreis möglicherweise betroffener Hinweisgeber ist damit absehbar.

Dem engen Täterkreis steht jedoch – abgesehen von § 17 UWG – der Verzicht auf besondere Absichten im subjektiven Tatbestand gegenüber, sodass das strafrechtliche Risiko nicht minder hoch ist. Zudem besteht die Verschwiegenheitspflicht für den Whistleblower zum Teil über den Zeitraum der die Tätereigenschaft begründenden Beschäftigung hinaus, solange das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis noch besteht.

Im Einzelfall kommt es zudem auf die Art und Weise der Kenntniserlangung an.

Insgesamt sind Risiken auf Tatbestandsebene daher sowohl im Kern- als auch im Nebenstrafrecht vorhanden. Für den Whistleblower sind sie jedoch überschaubar.

2. Kapitel: Rechtswidrigkeit

Entsprechend der obigen Ausführungen ist die Betrachtung der Rechtswidrigkeit bzw. die Untersuchung möglicher Rechtfertigungsgründe von zentraler Bedeutung für die Frage nach der Strafbarkeit des Whistleblowings. Neben einer (mutmaßlichen) Einwilligung steht der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB im Mittelpunkt, wenngleich auch noch andere Rechtfertigungsmöglichkeiten zumindest in Betracht zu ziehen sind.

685 Vgl. SSW-*Saliger*: StGB, Köln 2009, § 266, Rn. 104; *Schünemann*: Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens, NStZ 2008, 430 jeweils m.w.N.

686 Sehr aufschlussreich hierzu *Fischer*: Der Gefährdungsschaden bei § 266 in der Rechtsprechung des BGH, StraFo 2008, 269 und dagegen *Nack*: Bedingter Vorsatz beim Gefährdungsschaden – ein doppelter Konjunktiv?, StraFo 2008, 277.

Es werden zunächst strafrechtliche Risiken bezüglich der Rechtswidrigkeit bei § 17 UWG aufgezeigt und sodann Unterschiede hinsichtlich der anderen Tatbestände dargestellt.

A. § 17 UWG

I. (Mutmaßliche) Einwilligung

In der Einrichtung eines Whistleblowing-Systems mit Verweis auf bestimmte Adressaten für den Hinweis⁶⁸⁷ könnte ein Rechtsgutsverzicht und somit eine rechtfertigende Einwilligung zu sehen sein. Als Voraussetzung derselben sind zunächst die Einwilligungsfähigkeit und die Berechtigung zur Einwilligung zu nennen.⁶⁸⁸ Wie gezeigt, sollten diese Punkte bei der Installation eines Hinweisgebersystems nur ausnahmsweise zweifelhaft sein.⁶⁸⁹ Ein mit dem Whistleblowing grundsätzlich einhergehendes Problem kann jedoch nicht festgestellt werden. Gleiches gilt für mögliche Willensmängel, die auftreten können, aber nicht Whistleblowing-spezifisch sind.

Relevanter wird es hingegen bei der Betrachtung des maßgeblichen Zeitpunkts und der Form der Einwilligung. Nach der herrschenden Erklärungstheorie muss der Verzicht auf den Rechtsschutz *vor* der Tat, d.h. spätestens zu Beginn des Versuchs, nach außen erkennbar zum Ausdruck gebracht worden sein.⁶⁹⁰ Dies kann konkludent oder auch stillschweigend geschehen, obschon die stillschweigende Einwilligung nur restriktiv gehandhabt werden sollte.⁶⁹¹ Die Erkennbarkeit nach außen ist mit der Einrichtung des Hinweisgebersystems und dessen unternehmensinterner Publikation⁶⁹² zweifelsohne gegeben. Im Rahmen der Abwägung strafrechtlicher Risiken für den Whistleblower ist aber genau auf den Zeitpunkt der (nach außen erklärten) Installation zu achten. Dabei spielt insbesondere die Gültigkeit inhaltlicher Änderungen, beispielsweise die Konkretisierung oder der Austausch des Hinweis-Adressaten von einem internen hin zu einem externen und umgekehrt, eine Rolle.

Von Unternehmensseite muss somit sichergestellt werden, dass die Einwilligung, d.h. die konkrete Ausgestaltung des Hinweisgebersystems, den inhaltlichen Anforderungen einer Rechtfertigung entspricht und somit die Reichweite des Rechtsgutsverzichts klar erkennbar ist. Es wird zu Recht gefordert, dass sich die einwilligende Erklärung auf konkrete Tatsachen und Sachverhalte beziehen müsse.⁶⁹³ Wenngleich nicht jeder Einzelfall formuliert sein kann, muss auf zu allgemeine und pauschale Umschreibungen des

687 Zu den Einzelheiten vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**.

688 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, Vor § 32, Rn. 3c; *Rönna*: Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 665 (666).

689 Siehe **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., I., 3., b.

690 *NK-Kargl*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203, Rn. 57.

691 *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 106; *Otto*: Strafrechtliche Konsequenzen aus der Ermöglichung der Kenntnisnahme von Bankgeheimnissen in einem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut durch Wartungs- und Servicepersonal eines Computer-Netzwerkes, *wistra* 1999, 201 (206) m.w.N.

692 Vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 3. Kap., C.

693 *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 104.

tatbestandlichen Erfolges verzichtet werden.⁶⁹⁴ Bedeutung und Tragweite der Entscheidung müssen überschaubar sein.⁶⁹⁵ Dabei muss klargestellt werden, welche Informationen, Unterlagen und sonstigen Gegenstände, die das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis ausmachen, auf welche Art und Weise mitgeteilt werden dürfen. Für eine Einwilligung genügt die mögliche Formulierung: „*Whistleblowing ist zu fördern.*“ oder „*Whistleblowing ist erlaubt.*“ daher nicht. Auch die bereits zitierte Formulierung: „*Jeder, der den Verdacht hat, dass gegen Regeln verstoßen wurde, sollte dies melden. Aber wem? Wählen Sie zwischen drei Anlaufstellen.*“⁶⁹⁶ wird daher den Anforderungen an eine Einwilligung nicht gerecht. Erforderlich ist eine möglichst konkrete Bestimmung des Adressaten und des konkreten Gegenstandes des Hinweises, wenngleich die Reichweite der Einwilligung auch aus den Umständen hergeleitet werden kann. Es ist insofern offensichtlich, dass der Rechtsgutsverzicht wesentlich weiter ist, wenn Verstöße gegen interne Richtlinien, Gesetze oder lediglich Verhaltensgrundsätze gemeldet werden dürfen oder im Gegensatz dazu nur Korruption und Wirtschaftskriminalität Inhalt einer Meldung sein soll.⁶⁹⁷

Eine Rechtfertigung für den Hinweisgeber ergibt sich jedenfalls nur, wenn der Inhalt der Einwilligung und die konkrete Tat kongruent sind⁶⁹⁸ und der Hinweisgeber Kenntnis von der Einwilligung hat bzw. aufgrund dieser tätig wird.⁶⁹⁹ Bei heute üblicher unternehmensinterner Kommunikation (beispielsweise Mailverteiler etc.), bei welcher Neuerungen wie die Errichtung eines Hinweisgebersystems oder dessen inhaltliche Änderung mitgeteilt werden, sollte sich bezüglich dieser subjektiven Voraussetzung an die Rechtfertigung keine Probleme ergeben.

Die Einführung eines Compliance-Programms mit Hinweisgebersystem kann bei hinreichender Veröffentlichung im Unternehmen daher das strafrechtliche Risiko eines Hinweisgebers erheblich reduzieren. Je nach Ausgestaltung des Systems im Sinne des Unternehmensinteresses und entsprechend der Dispositionsfreiheit bezüglich des Geheimnisses liegt es in der Hand der Geheimnisträger, die Reichweite des Geheimnisschutzes bestimmen und gleichzeitig die Vorteile des Whistleblowings⁷⁰⁰ nutzen zu können.

Für die mutmaßliche Einwilligung bleibt hingegen wenig Raum. Als Rechtsinstitut zwischen der hier zentralen Rechtfertigungsmöglichkeiten Einwilligung und dem Notstand § 34 StGB kommt es nur dann in Betracht, wenn eine Einwilligung nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden kann – d.h. jede Erklärung des Berechtigten fehlt oder unmöglich ist – oder (mutmaßlich) mangelndes Interesse am Erhalt des Rechtsschutzes besteht.⁷⁰¹ Eilfälle mit Unerreichbarkeit des zuständigen Geheimnisinhabers sind beim

694 Vgl. hierzu Beispiel bei LK-Schünemann: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 104.

695 NK-Kargl: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203, Rn. 52 m.w.N.

696 Vgl. oben **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 3. Kap., D.

697 Vgl. oben **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 3. Kap., C.

698 Vgl. KK-Hohn: UmwG, Köln 2009, § 315, Rn. 33.

699 Fischer: StGB, 57. Auflage, München 2010, Vor § 32, Rn. 3c.

700 Vgl. in Teil B.

701 Vgl. Fischer: StGB, 57. Auflage, München 2010, Vor § 32, Rn. 4 m.w.N.

Whistleblowing kaum denkbar. Gleichsam unwahrscheinlich und mit den Geheimnisschutzvorschriften auf Rechtswidrigkeitsebene unvereinbar ist ein (mutmaßlich) geringes Interesse an der Geheimhaltung.

II. Güter- und Interessenabwägung

Mehrfach ist bereits zum Ausdruck gekommen, dass es im Rahmen der Prüfung des Geheimnisverrats einer normativen Korrektur, mithin einer Güter- und Interessenabwägung bedarf. Diese ist als allgemeines Rechtfertigungsprinzip grundsätzlich anerkannt. Im Strafrecht stehen hierfür verschiedene Instrumentarien zur Verfügung, die je nach Höhe ihrer Voraussetzungen untersucht werden sollen: der rechtfertigende Notstand gem. § 34 StGB,⁷⁰² eine allgemeine Güter- und Interessenabwägung und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB analog).⁷⁰³

1. § 34 StGB

Besteht kein Hinweisgebersystem oder sind dessen Grenzen im obigen Sinne überschritten, ist eine Rechtfertigung über den Notstand gem. § 34 StGB als normative Lösung der Zwangslage des Whistleblowers⁷⁰⁴ in Erwägung zu ziehen.⁷⁰⁵ Voraussetzung hierfür ist zunächst das Bestehen einer Notstandlage, d.h. eine gegenwärtige Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut des Täters oder eines anderen.

a. Gefahr für ein Rechtsgut

Unter Gefahr wird allgemein ein Zustand verstanden, in dem aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines schädigenden Ereignisses besteht.⁷⁰⁶ Wahrscheinlich heißt dabei, dass die Möglichkeit des Schadenseintritts nahe liegt oder eine entsprechende Besorgnis begründet erscheint.⁷⁰⁷ Dies ist aus Ex-ante-Sicht⁷⁰⁸ eines objektiven Betrachters unter Einbeziehung von möglichem Sonderwissen des Täters zu beurteilen und muss auf festgestellten tatsächlichen Umständen gründen.⁷⁰⁹ Wegen der weiten Formulierung des § 34 StGB sind nach der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur sowohl Individual- als auch Universalrechtsgüter erfasst,

702 § 34 StGB wurde erst durch das 2. StRG (04.07.1969; BGBl. I S. 717) eingeführt; war aber zuvor als sog. übergesetzlicher Notstand (RGSt 35, 46; 61, 242 [254]) in der Rechtsprechung allgemein anerkannt.

703 *Rogall*: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – aktuelle Probleme und ungelöste Fragen -, NStZ 1983, 1 (6); *KK-Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 81 m.w.N.

704 Zur Zwangslage vgl. oben; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 2000, § 8, Rn. 66.

705 *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm: Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz, 28. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 21; *Pfeiffer*: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 861 (872).

706 RGSt 66, 222; BGH NStZ 1988, 554; LK-*Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 26.

707 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 34, Rn. 3 m.w.N.

708 BGHSt 48, 255 (259).

709 *SK-Günther*: StGB, 7. Auflage, Köln 2000, § 34, Rn. 21.

wobei es sich nicht um strafrechtlich geschützte Rechtsgüter handeln muss.⁷¹⁰ Umgekehrt sind jene auf jeden Fall unter den Wortlaut der Norm zu subsumieren. Für Whistleblower bedeutet dies, dass eine Rechtfertigungsmöglichkeit über § 34 StGB grundsätzlich bis zu diesem Prüfungspunkt sicher besteht, wenn der Gegenstand des Hinweises ein strafrechtlich relevantes Verhalten darstellt. Im Wirtschaftsstrafrecht kommen als Erhaltungsrechtsgüter daher insbesondere das (Gläubiger-)Vermögen (§§ 399 ff. AktG, §§ 263, 263a, 265b, 266b, 305a StGB, § 148 GenG etc.), das Eigentum (§ 305a StGB etc.), das öffentliche Vertrauen (§ 399 AktG, §§ 264a, 331 ff. StGB, §§ 147 GenG, §§ 82, 84, 85 GmbHG etc.) und die Lauterkeit des Wettbewerbs (§§ 298, 299 StGB etc.) in Betracht.

Unabhängig von der umstrittenen Frage nach der exakten Definition eines Rechtsguts⁷¹¹ fallen auch sonstige Rechtsgüter unter den Schutz des § 34 StGB, sofern sie überhaupt rechtlich anerkannt sind. So ist das Recht des Angeklagten auf ein rechtsstaatliches Verfahren (Art. 6 Abs. 1 EMRK) oder auch die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche vom Rechtsgutsbegriff des Notstands erfasst.⁷¹² Unter Berücksichtigung der Filterung über die Erforderlichkeit der Notstandhandlung und der Interessenabwägung ist die Rechtsprechung sehr großzügig bei der Anerkennung von Rechtsgütern (der Allgemeinheit). So sind beispielsweise die Wirtschaft des Ruhrgebiets,⁷¹³ der gesicherte Arbeitsplatz,⁷¹⁴ das Interesse der Versicherten an der ordnungsgemäßen Verwendung ihres Beitragsaufkommens für die Hinterbliebenen,⁷¹⁵ die Volksgesundheit⁷¹⁶ sowie die Lebensmittelversorgung der Allgemeinheit⁷¹⁷ als notstandsfähige Rechtsgüter bestätigt worden. Insoweit der Hinweisgeber einen Verstoß gegen Ethikrichtlinien des Unternehmens meldet, kommt daher auch der Schutz des Unternehmensfriedens in Betracht.

Die betroffenen Rechtsgüter (der Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten) müssten jedoch zudem gefährdet sein, um eine Notstandlage begründen zu können. Hier sind die ersten Anforderungen an den Whistleblower zu stellen: Im Rahmen des Hinweises genügen bloße Mutmaßungen hinsichtlich einer Straftat nicht. Zwar ist der Wahrscheinlichkeitsgrad einer Gefahr nicht prozentual bestimmbar,⁷¹⁸ dennoch kann die allgemeine oder ganz entfernte Möglichkeit des Vorliegens einer Straftat nicht ausreichen.⁷¹⁹ Das allgemeine Lebensrisiko muss überschritten sein, wobei die Umstände des Einzelfalles

710 Vgl. Beispiele bei *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 34, Rn. 3a; *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 22; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008, § 8, Rn. 22.

711 Vgl. hierzu *Rönnau*: Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209.

712 *Roxin*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 16, Rn. 12 m.w.N.

713 RGSt 62, 35 (46 f.).

714 OLG Oldenburg NJW 1978, 1869.

715 OLG Frankfurt JZ 1975, 379.

716 BGH StV 1988, 432 (433).

717 RGSt 77, 113.

718 BGHSt 18, 271 (272).

719 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 34, Rn. 3 m.w.N.

entscheiden.⁷²⁰ Um dem Whistleblower eine Orientierungshilfe zu geben, könnte man hier, wie bei § 11 Abs. 1 GwG,⁷²¹ den prozessrechtlichen Begriff des Anfangsverdachts gem. § 152 Abs. 2 StPO heranziehen, welcher besteht, wenn es nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt.⁷²² Zum einen wird es dem Hinweisgeber allerdings gerade an kriminalistischer Erfahrung mangeln. Zum anderen kann dort, wo eine Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft bzw. eine Anzeigepflicht nach § 11 GwG besteht, nicht erst eine Interventionsmöglichkeit gegen ein gefährdetes Rechtsgut im Sinne einer Rechtfertigung beginnen, sodass sich der Wahrscheinlichkeitsgrad für das Vorliegen einer Gefahr darunter befinden muss.

Bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer Straftat kann eine Gefahr für das durch die Strafnorm geschützte Rechtsgut angenommen werden. Dem Whistleblower ist, im Gegensatz zum Denunzianten zu unterstellen,⁷²³ dass eine bestimmte Tatsachengrundlage seinen „Verdacht“ begründet. Dennoch ist auch hier schon eine gewisse Vorsicht geboten. Je schwerer die tatsächlichen Anhaltspunkte wiegen, desto geringer ist das strafrechtliche Risiko bis dato.

b. *Gegenwärtigkeit*

Bestimmbarer und damit für die Strafbarkeit des Hinweisgebers relevanter ist die Voraussetzung der Gegenwärtigkeit der Gefahr. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre gehen dabei von einem Zustand aus, dessen Weiterentwicklung den Eintritt oder die Intensivierung eines Schadens ernstlich befürchten lässt, sofern nicht alsbald Abwehrmaßnahmen getroffen werden. Der Zustand kann nach menschlicher Erfahrung jederzeit in einen Schaden umschlagen.⁷²⁴ Davon ist auch eine sog. Dauergefahr umfasst, welche vorliegt, wenn die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, dass der Eintritt des Schadens noch eine Weile auf sich warten lässt, sich aber jederzeit aktualisieren kann.⁷²⁵ Die Notwendigkeit sofortigen Handelns stellt dabei den Maßstab dar, um die Realisierung der Gefahr sicher verhindern zu können.⁷²⁶

Um die Gegenwärtigkeit der Gefahr für Rechtsgüter des (Wirtschafts- und Korruptions-)Strafrechts feststellen zu können, sind beim Whistleblowing unterschiedliche Konstellationen zu untersuchen. Zunächst kann der Hinweis eine bevorstehende oder andauernde Straftat zum Inhalt haben. Bekommt der Hinweisgeber etwa Gespräche über Vertragsverhandlungen mit, in denen sog. Kick-Back-Provisionen⁷²⁷ vereinbart werden,

720 Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 8 und 15.

721 Vgl. Fülbier, in: Fülbier/Aepfelbach/Langweg: GwG, 5. Auflage, Köln 2006, § 11, Rn. 53 ff.

722 Meyer-Goßner: StPO, 52. Auflage, München 2009, § 152, Rn. 4.

723 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 5. Kap., B.

724 RGSt 66, 222 (225); BGHSt 5, 371 (373); BGH NJW 1979, 2053; BGH NSTZ 1988, 554.

725 BGH NJW 1989, 1289; BGH NSTZ 1988, 554; Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Auflage, Heidelberg 2009, § 8, Rn. 306 m.w.N.; SK-Rudolphi: StGB, 7. Auflage, Köln 1999, § 35, Rn. 7; Lackner/Kühl: StGB, 26. Auflage, München 2007, § 34, Rn. 2.

726 BGHSt 48, 255 (259); Kühl: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008, § 8, Rn. 68.

727 Vgl. Rönmann: „kick-backs“: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue – Eine kritische Bestandsaufnahme -, FS Kohlmann, 2003, S. 239 (247 f.)

so ist die Gegenwärtigkeit der Gefahr für das durch § 266 StGB geschützte Rechtsgut (nach h.M. das Vermögen)⁷²⁸ unproblematisch anzunehmen.

Daneben kann allerdings auch eine vergangene, d.h. beendete Straftat in Betracht kommen. Trotz des weiten Verständnisses der Gegenwärtigkeit bei § 34 StGB im Vergleich zu § 32 StGB kann eine gegenwärtige Gefahr nicht ohne Weiteres bejaht werden. Bestellte beispielsweise ein für die Verpflegung bei Firmenfestivitäten allein zuständiger Unternehmensmitarbeiter regelmäßig beim selben Lieferanten, obwohl sein Angebot weit über dem Marktpreis lag, und erhielt er dafür selbst Essensgutscheine von nicht unbeträchtlichem Wert, so ist die Gefahr für das Rechtsgut des § 299 StGB (nach h.M. der freie Wettbewerb)⁷²⁹ dann nicht mehr gegenwärtig, wenn der Mitarbeiter nicht mehr im Unternehmen tätig ist und sein Nachfolger nunmehr „korrekt“ agiert. Eine Annahme der Notstandslage kann hier jedoch erfolgen, wenn man die Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher (Ersatz-)Ansprüche⁷³⁰ (das Vermögen) des Unternehmens⁷³¹ oder gar das staatliche Interesse an der Strafverfolgung als notstandsfähige Rechtsgüter anerkennt.⁷³² Soweit der BGH⁷³³ bei Letzterem § 34 StGB direkt an der Nicht-anders-Abwendbarkeit scheitern lässt und erst gar nicht auf die Notstandsfähigkeit eingeht, ist dies auch hier so hinzunehmen und im Rahmen der weiteren Untersuchung näher zu beleuchten.⁷³⁴ Im Ergebnis ist der Prüfungsstandort ohne Einfluss auf die Bewertung strafrechtlicher Risiken. Sind Vermögensinteressen im Sinne zivilrechtlicher Ansprüche betroffen, scheidet die Gegenwärtigkeit jedenfalls bei Verjährung der Ansprüche aus.

Will man hingegen bei der Betrachtung der Rechtsgüter der (Wirtschafts- und Korruptions-)Straftaten bleiben, müsste eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr bestehen, so beispielsweise, wenn der Mitarbeiter im obigen Beispiel im Unternehmen bleibt und der genannte Modus durch Anbahnung weiterer Geschäfte als gängige Praxis belegt ist. Eine Wiederholungsgefahr kann dann angenommen werden, wenn die Begehung weiterer deliktischer Handlungen höchst wahrscheinlich ist und naheliegt.⁷³⁵ Bevorstehende Straftaten müssen konkret prognostizierbar sein.⁷³⁶ Typische illegale Schmiergeldpraktiken können daher grundsätzlich als gegenwärtige Gefahr erfasst werden.

728 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 266, Rn. 2.

729 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 299, Rn. 2.

730 BGHSt 1, 366 (368).

731 Die Geltendmachung von Schadensersatz ist in Anbetracht eines durchschnittlichen finanziellen Schadens aller Wirtschaftsdelikte von insgesamt € 4,29 Mio. für 2009 für das jeweils betroffene Unternehmen von großer Bedeutung (PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009, S. 13).

732 So *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 11; vgl. auch *Michalowski*: Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen, ZStW 109 (1997), 519 (530).

733 BGH NSTZ 1988, 558 (559).

734 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., 1., d., ff.

735 *Haffke*: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, 65 (70).

736 *SK-Hoyer*: StGB, 7. Auflage, München 2003, § 203, Rn. 85.

Eine Notstandslage für den Whistleblower kann somit nur in den Fällen abgelehnt werden, in denen nur ein vager Hinweis auf eine Gefahr besteht und sich diese als nicht (mehr) gegenwärtig erweist. Insofern ist nachvollziehbar, dass eine dezidierte Prüfung der Gegenwärtigkeit bei § 34 StGB in der vorhandenen Literatur bisher nicht in der gleichen Weise wie bei § 32 StGB stattgefunden hat.⁷³⁷

c. Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr

Des Weiteren darf die Gefahr nicht anders abwendbar sein als durch die Begehung eines Geheimnisverrats.⁷³⁸ Der missverständliche Wortlaut des § 34 StGB meinte damit nichts anderes, als dass das tatbestandliche Verhalten zur Abwendung des Schadens erforderlich sein muss. Erforderlich ist es dann, wenn die Notstandshandlung sowohl geeignet als auch gleichzeitig relativ mildestes Mittel in Hinblick auf das Eingriffsgut ist.⁷³⁹ Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen.⁷⁴⁰ Zunächst ist daher nach einer grundsätzlichen Erfolgsabwendungsmöglichkeit zu fragen.⁷⁴¹ Ausreichend ist es, wenn die Abwendung des drohenden Schadens nicht ganz unwahrscheinlich ist, solange die Chance der Gefahrbeseitigung nicht nur geringfügig erhöht wird.⁷⁴²

Gibt der Whistleblower einen Hinweis, so hat dieses Verhalten zunächst nur mittelbaren Einfluss auf die Notstandslage, da er selbst nicht direkt eingreift. Geeignet zur Abwendung der Gefahrensituation ist sein Handeln dementsprechend nur dann, wenn der Adressat des Hinweises Einflussmöglichkeiten auf die Auslöser der gegenwärtigen Gefahr besitzt. Gemäß der obigen Definition müssen Möglichkeiten graduell lediglich eine nicht ganz unwahrscheinliche Beseitigungschance besitzen. Selbst bei einem Hinweis an die Presse bzw. an die Allgemeinheit, dem größten Adressatenkreis,⁷⁴³ kann diese Beseitigungschance angenommen werden. Durch den (Ein-)Druck einer Veröffentlichung in der Presse ist die Chance sogar sehr hoch, dass zumindest eine Unterbrechung illegaler Machenschaften erreicht wird, mithin eine Abwendung der gegenwärtigen Gefahrensituation eintritt. Grundsätzlich ist ein Hinweis daher zur Gefahrabwendung geeignet.

Allerdings stehen dem Hinweisgeber mehrere Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung:

737 Vgl. von *Pelchrzim*: Whistleblowing und der strafrechtliche Geheimnisschutz nach § 17 UWG, CCZ 2009, 25 (27ff.); *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503).

738 BGHSt 5, 375; 18, 311

739 LK-*Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 50 m.w.N.

740 *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 18.

741 *Michalowski*: Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienten-informationen, ZStW 109 (1997), 519 (532).

742 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 34, Rn. 5; LK-*Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 51; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 19.

743 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., E.

Zum einen könnte er direkt auf die für den Missstand, die (Wirtschafts-)Straftat, Verantwortlichen (verbal) einwirken.⁷⁴⁴ Dies erscheint allerdings vor dem Hintergrund der Tatgründe für Wirtschaftsstraftaten – vor allem mangelndes Unrechtsbewusstsein und finanzielle Anreize⁷⁴⁵ – wenig vielversprechend. So sieht auch der § 612a Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. vor, dass die Notwendigkeit der vorhergehenden innerbetrieblichen Abhilfe bei einer Straftat des Vorgesetzten zurückstehen kann. Die Wahrscheinlichkeit der Gefahrabwendung ist gering, sodass die Einwirkung auf die Verantwortlichen ungeeignet ist.

Zum anderen stehen dem Whistleblower beim Hinweisgeben – wie gezeigt – verschiedene Adressaten auf unterschiedlichen Ebenen zur Auswahl. Auf erster Ebene könnte er andere Geheimnisträger informieren und um Abhilfe ersuchen, sodass der objektive Tatbestand des § 17 Abs. 1 UWG erst gar nicht erfüllt wäre. Dieses offensichtlich mildere Mittel müsste jedoch auch aussichtsreich sein. Das kann für den Fall, dass der Adressat des Hinweises selbst Verantwortlicher der Straftat ist, mit obiger Begründung ausgeschlossen werden. Gleichsam wird die Chance der Gefahrabwendung nicht entscheidend erhöht, wenn bereits Abhilfeversuche erfolglos geblieben sind. Dies liegt vor, wenn ein Hinweis erkennbar nicht bearbeitet wird oder die Missstände innerhalb des Unternehmens ausdrücklich oder konkludent gebilligt werden. Unter diesen Umständen ist ein Hinweis nicht geeignet, die Gefahr abzuwenden.⁷⁴⁶

In anderen Fällen kommt es wiederum auf die Einflussmöglichkeiten – beispielsweise Weisungsrechte – des jeweiligen Adressaten an, um die Geeignetheit bestimmen zu können. Ein Hinweis an den unbeteiligten Vorgesetzten als (Mit-)Geheimnisträger lässt die Abwendungsmöglichkeit der Gefahr nicht unwahrscheinlich erscheinen und ist daher geeignet. Da dabei der Tatbestand des Geheimnisverrats nicht tangiert ist, ist ein solcher Hinweis das geringere Übel,⁷⁴⁷ d.h. ein relativ milderes Mittel zur Abwendung der Gefahr.⁷⁴⁸

Gleiches gilt für einen Hinweis über ein Hinweisgebersystem an interne oder externe Nicht-Geheimnisträger.⁷⁴⁹ Auch wenn hierbei der Tatbestand des § 17 UWG erfüllt sein kann, sind die Adressaten (mindestens) vertraglich zur Verschwiegenheit verpflichtet.⁷⁵⁰ Die Gefahr der völligen Preisgabe des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses ist gegenüber nicht vertraglich gebundenen Adressaten geringer. Die im Umgang mit Hinweisen extra dafür eingesetzten, spezialisierten Personen machen eine effektive Bearbeitung und schnelle Beseitigung der Missstände wahrscheinlicher, sodass die Anzeige an sie

744 Bei § 139 Abs. 3 StGB wird eine solche Einwirkung für die Straffreiheit vorausgesetzt.

745 PricewaterhouseCoopers, *Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen*, 2009, S. 44; *Dölling*, in: *Dölling: Handbuch der Korruptionsprävention*, München 2007, 1. Kap., Rn. 48; *Dannecker*, in: *Wabnitz/Janovsky: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 3. Auflage, München 2007, 1. Kap., Rn. 19.

746 *Donato: Whistleblowing*, Frankfurt/Main 2009, S. 14.

747 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder: StGB*, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 20.

748 *Donato: Whistleblowing*, Frankfurt/Main 2009, S. 14.

749 Vorausgesetzt die Anforderungen einer Einwilligung, wie oben ausgeführt, werden nicht erfüllt.

750 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap.

sogar im Vergleich zum Hinweis an den Vorgesetzten aussichtsreicher und somit geeigneter ist.

Des Weiteren kommen als Adressaten eines Hinweises staatliche Stellen in Betracht, für die ebenfalls Verschwiegenheitspflichten bestehen (§§ 353b, 355 StGB, § 30 AO, § 16 BStatG, § 139b Abs. 1 Satz 3 GewO, § 9 KWG etc.).⁷⁵¹ Hinsichtlich der Rettungschance für das Erhaltungsgut sind allerdings Unterschiede zu machen. So ist eine effektive Gefahrenabwehr bei Einschaltung von Parlamenten (vgl. Art. 17 GG) alleine aus zeitlicher Perspektive unwahrscheinlich. Anders ist es bei Einschaltung der Staatsanwaltschaft oder der Polizei. Wegen §§ 152 Abs. 2, 160 bzw. 163 StPO ist ein Nachgehen des Hinweises gesetzlich gewährleistet.⁷⁵² Gleiches gilt, sofern Steuer- bzw. Zollstraftaten im Raum stehen für die Finanzbehörden (§ 386 Abs. 1 AO), sodass Hinweise an diese Stellen geeignet sind.

Es ist festzuhalten, dass dem Whistleblower mehrere geeignete Mittel zur Verfügung stehen:

- Information des Vorgesetzten oder anderer Geheimnisträger innerhalb des Unternehmens, sofern diese nicht selbst Verantwortliche der Straftat sind
- Nutzung eines Hinweisgebersystems
- Hinweis an die Polizei, Staatsanwaltschaft oder Finanzbehörde
- Benachrichtigung der Allgemeinheit⁷⁵³.

Dabei sind die Nutzung eines Hinweisgebersystems und die Information von Ermittlungsbehörden die am besten geeigneten, die Information anderer Geheimnisträger das mildeste Mittel. Zwischen der Schwere des Eingriffs und der Geeignetheit besteht hier eine Divergenz. Aus der gleichen Gewichtigkeit der Merkmale Geeignetheit und Milde des Mittels folgt deswegen, dass die Frage nach der Rechtfertigung über § 34 StGB erst im Rahmen der Interessenabwägung beantwortet werden kann.⁷⁵⁴

d. Interessenabwägung

In Abkehr von der sog. Güterabwägungstheorie beim übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand⁷⁵⁵ findet im heutigen Wortlaut des § 34 StGB die Interessenabwägungstheorie ihren Niederschlag. Das allgemeine Rangverhältnis der in Kollision geratenen Rechtsgüter, welche die Zwangslage des Handelnden begründen, ist nur ein (erster) Teil der Interessenabwägung.⁷⁵⁶ Endgültige Schlüsse sind erst mit der zusätzlichen Berücksich-

751 Die Verschwiegenheitspflicht stellt insoweit eine Amtspflicht gem. § 839 BGB dar. (*Rebentisch*: Probleme des Geheimnisschutzes i. R. d. Emissionserklärung, NJW 1980, 99 [101]).

752 Die Anzeige von Straftaten gem. § 138 Abs. 1 StGB bleibt unberührt. Sie spielen in der hier zu untersuchenden Konstellation keine Rolle.

753 Gemeint ist vor allem die Presse, aber auch hierauf spezialisierte Vereine, beispielsweise Transparency International Deutschland e.V., die in keiner (vertraglichen) Beziehung zum Unternehmen stehen; *Donato*: Whistle-blowing, Frankfurt/Main 2009, S. 74.

754 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 201.

755 RGSt 61, 242 (254).

756 *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 58; *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 34, Rn. 7; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 22.

tigung des Grades der den Rechtsgütern drohenden Gefahren im Rahmen einer Gesamtbewertung im Einzelfall zu ziehen.⁷⁵⁷ Die Bestimmung des abstrakten Ranges der mittelbar oder unmittelbar betroffenen Rechtsgüter ist dabei aber Ausgangspunkt der Prüfung und bedarf einer sorgfältigen Betrachtung.⁷⁵⁸

Zur Darstellung der Kollisionslage muss an dieser Stelle auf die Ausführungen zum Rechtsgut des § 17 UWG Bezug genommen werden.⁷⁵⁹ Ergänzend ist festzuhalten, dass auch im Rahmen der Interessenabwägung dahinstehen kann, in welchem (Exklusivitäts-)Verhältnis die genannten Rechtsgüter bzw. Interessen stehen. Denn auch mittelbare Effekte der Notstandsmaßnahme sind zu berücksichtigen.⁷⁶⁰ Auf eine Abgrenzung zwischen bloß mittelbaren „Auswirkungen“ und einem tatsächlichen „Rechtsgutseinriff“ kommt es daher an dieser Stelle nicht an.⁷⁶¹

Zudem wird im Zusammenhang mit dem Vermögen als Rechtsgut des § 17 UWG deutlich, dass selbst bei Ablehnung des Vermögensaspekts bei der Bestimmung des Rechtsgutes im Rahmen der Interessen- und gerade *nicht* ausschließlich der Güterabwägung erhebliche Vermögensinteressen zu berücksichtigen sind.

Den Eingriffsrechtsgütern bzw. -interessen stehen aufseiten der Erhaltungsrechtsgüter die Rechtsgüter der Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten entgegen, welche durch das Whistleblowing geschützt werden sollen. Insofern sind die Delikte, welche im Zusammenhang mit dem Whistleblowing relevant werden, auf ihr Rechtsgut hin zu untersuchen.⁷⁶²

aa. Rechtsgut des § 299 StGB

Vorrangig soll bei § 299 StGB nach der h.M. der laudable und freie Wettbewerb als Allgemeininteresse geschützt sein.⁷⁶³ Im Mittelpunkt steht der sog. Leistungswettbewerb.⁷⁶⁴ Daneben können aber auch (Vermögens-)Interessen der Mitbewerber und des gutgläubigen Geschäftsherrn Berücksichtigung finden. Ob dies nur mittelbar⁷⁶⁵ oder

757 *Lackner/Kühl*: StGB, 26. Auflage, München 2007, § 34, Rn. 6.

758 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München, 2006, § 34, Rn. 22f; *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 55.

759 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., I., 1., c., bb.

760 *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 55; *Küper*: Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1976, 515 (518).

761 Zur Terminologie vgl. *Rönnau*, in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 2, Rn. 6.

762 Vgl. zum hier zu untersuchenden Deliktfokus: **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 3. Kap., D.

763 BT-Drs. 13/5584, S. 9; BGHSt 10, 358 (367); 31, 207 (210); 49, 214 (229); *LK-Tiedemann*: StGB, 11. Auflage, Berlin 2001, § 299, Rn. 1; *Heine*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 299, Rn. 2.

764 *Rönnau*, in: *Achenbach/Ransiek*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 2, Rn. 1, Fn. 7.

765 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 299, Rn. 2; RGSt 47, 183 (185); BGHSt 31, 207 (210); *MK-Diemer/Krick*: StGB, Band 4, München 2006, § 299, Rn. 2.

direkt⁷⁶⁶ gilt, ist umstritten. Wieder andere erachten den Wettbewerbsschutz gegenüber dem Vermögensschutz nur vorgelagert.⁷⁶⁷ Aus der Strafantragsberechtigung gem. § 301 StGB ergibt sich zudem, dass auch Kunden der betroffenen Unternehmen als von § 299 StGB zumindest mittelbar geschützte Personen in Betracht kommen.⁷⁶⁸ Ein exklusives Rechtsgut ist daher auch bei § 299 StGB nicht auszumachen. Der Kumulation von Haupt- und Nebenrechtsgütern des § 17 UWG steht demzufolge eine ähnlich gear- tete bei § 299 StGB gegenüber.

bb. Rechtsgüter der §§ 331 ff. StGB

Auch für die §§ 331 ff. StGB ist eine abschließende Bestimmung der betroffenen Rechtsgüter, sofern man sie überhaupt als einheitlich bezeichnen würde, kaum mög- lich.⁷⁶⁹ Auf jeden Fall geschützt sind nach der Rechtsprechung des BGH und der herr- schenden Literatur die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen in die Unkäuflichkeit von Trägern staatlicher Funktionen. Unmittelbar verbunden ist damit das Vertrauen in die Sachgerechtigkeit staatlicher Entscheidungen.⁷⁷⁰ Die Makellosigkeit des öffentlichen Amtes nach außen⁷⁷¹ und die generelle Funktionsfähigkeit des Staats- apparates⁷⁷² als Rechtsgüter gehen darüber noch hinaus. Oben genannter Vertrauens- schutz soll gleichbedeutend neben dem Schutz der Funktionsfähigkeit und der Lauter- keit stehen. Eine vereinzelt vertretene Auffassung sieht zusätzlich den Schutz vor Ver- fälschung des Staatswillens betroffen.⁷⁷³ Von der Rechtsprechung als Rechtsgut ausgenommen ist lediglich das Vermögensinteresse der Anstellungskörperschaft.⁷⁷⁴

cc. Rechtsgüter der §§ 263, 266 StGB

Auch wenn die Untreue im Zuge prominenter Strafverfahren⁷⁷⁵ zunehmend Bedeutung erlangt, spiegeln die Statistiken im Vergleich zum Betrug anderes wider⁷⁷⁶, was eher

766 BGHSt 2, 386 (402).

767 Ransiek: Strafrecht und Korruption, StV 1996, 446 (453); Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hil- gendorf: Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, 2009, § 49, Rn. 52.

768 NK-Dannecker: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 299, Rn. 5.

769 MK-Korte: StGB, München 2006, § 331, Rn. 6; NK-Kuhlen: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden- Baden 2010, § 331, Rn. 9 ff.

770 BGHSt 10, 237 (241); 14, 123 (130); 15, 88 (96); 31, 264 (280); 39, 45 (46); 47, 22 (25); 47, 295 (303); SSW-Rosenau: StGB, Köln 2009, § 299, Rn. 7.

771 BGH NJW 1985, 2654 (2656).

772 BGHSt 30, 46 (48); Satzger: Bestechungsdelikt und Sponsoring, ZStW 115 (2003), 469 (473); MK-Korte: StGB, München 2006, § 331, Rn. 8.

773 Vgl. Heinrich, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf: Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, 2009, § 49, Rn. 18 m.w.N.

774 Vgl. MK-Korte: StGB, München 2006, § 331, Rn. 5.

775 Kanther, Kohl, Mannesmann, etc.

776 Die PKS weist 11.005 Tatverdächtige für 2008 auf (Polizeiliche Kriminalstatistik 2008, S. 195; die Rechtspflegestatistik zeigt für 2008 2973 Verurteilungen wegen Untreue (Rechtspflegestatistik, Strafverfolgung 2008, Fachserie 10, Reihe 3, S. 35).

gegen eine sog. „Untreuemode“⁷⁷⁷ zu sprechen scheint. Allerdings ist das Whistleblowing für § 266 StGB nicht nur wegen der relativ hohen Schadenssummen,⁷⁷⁸ sondern vielmehr wegen des großen Dunkelfeldes⁷⁷⁹ relevant.

Hinsichtlich des durch § 266 StGB geschützten Rechtsguts besteht weitestgehend Einigkeit darin, dass ausschließlich das Vermögen geschützt sein soll.⁷⁸⁰ Auffassungen, die auch das Vertrauen in die Redlichkeit des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs geschützt haben wollen, werden heute nicht mehr vertreten.⁷⁸¹ Allerdings wird – angeregt durch eine unklare Formulierung des BGH⁷⁸² – darüber diskutiert, ob auch die Dispositionsfähigkeit bzw. -befugnis des Geschäftsherrn vom Schutz des § 266 StGB umfasst sein soll.⁷⁸³ Noch wird dies grundsätzlich verneint. Für den Betrug wird dieser weite Schutz klar abgelehnt.⁷⁸⁴ § 263 StGB schützt, wie auch § 266 StGB, das Individualvermögen, unabhängig davon, ob es privates oder öffentliches Vermögen darstellt.⁷⁸⁵ Für die Interessenabwägung ergeben sich somit zwischen § 263 StGB und § 266 StGB diesbezüglich keine Unterschiede.

dd. Rangverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter

Nach der Auflistung in Betracht kommender kollidierender Rechtsgüter auf erster Stufe der Interessenabwägung ist nunmehr deren Rang zu bestimmen,⁷⁸⁶ welcher sich an verschiedenen Faktoren orientieren kann. In Betracht kommen u.a. als Maßstab die gesetzliche Strafandrohung, grundrechtlicher Schutz der Rechtsgüter, Standort des Schutzes innerhalb der Rechtsordnung, aber auch allgemein anerkannte Wertvorstellungen, sofern kein eindeutiges Rangverhältnis bestimmt werden kann.⁷⁸⁷ Alle betroffenen Rechtsgüter sind strafrechtlich geschützt. Allerdings können aus der Höhe oder Art der gesetzlichen Strafandrohung keine Rückschlüsse gezogen werden. Es handelt sich bei §§ 263, 266, 299, 331 ff. StGB und § 17 UWG⁷⁸⁸ durchweg um Vergehen gem.

777 Vgl. zur Terminologie *Saliger*: Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10.

778 Der Schaden betrug 2008 in Anbetracht der geringen Verurteilungszahlen (2973) und wenigen Tatverdächtigen (11.005) immerhin 1052,6 Mio. Im Verhältnis zum Betrug (127.654 Verurteilte und 887.906 Tatverdächtige bei einem Schaden von 4833,8 Mio.) und unter Berücksichtigung der Studien von PwC und KPMG (vgl. oben) erscheint dies sehr hoch.

779 SSW-*Saliger*: StGB, Köln 2009, § 266, Rn. 5.

780 BGHSt 43, 293 (297); 47, 295 (301); 50, 331 (342); LK-*Schünemann*: StGB, 11. Auflage, Berlin 1998, § 266, Rn. 28; Fischer: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 266, Rn. 2 m.w.N.

781 Vgl. LK-*Schünemann*: StGB, 11. Auflage, Berlin 1998, § 266, Rn. 28.

782 BGH NJW 2009, 89 (92).

783 SSW-*Saliger*: StGB, Köln, 2009, § 266, Rn. 1.

784 BGH NJW 1983, 1917.

785 MK-*Hefendehl*: StGB, München 2006, § 262, Rn. 1; NK-*Kindhäuser*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 263, Rn. 10.

786 *Engländer*: Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf interpersonale Interessenkollisionen, GA 2010, 15 (15) m.w.N.

787 LK-*Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 56.

788 Mit einer Strafandrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe.

§ 12 Abs. 2 StGB mit einer Strafandrohung bis zu maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe im Grunddelikt, wobei im Rahmen der §§ 266, 299, 331 und § 334 StGB der Versuch nicht strafbar ist (§ 23 Abs. 1 StGB).

Hinsichtlich des Standortes fällt als nebenstrafrechtliche Norm § 17 UWG aus dem Rahmen. Aus der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 299 StGB, welcher als ursprünglicher § 12 UWG zur Bewusstseinschärfung der Allgemeinheit in das Kernstrafrecht eingeführt wurde,⁷⁸⁹ könnte man den Umkehrschluss ziehen, dass nebenstrafrechtlichen Regelungen und den damit geschützten Rechtsgütern eine geringere Bedeutung zukommt. Da sich jedoch die Rechtsgüter der § 299 StGB und § 17 UWG hinsichtlich der Lauterkeit bzw. Freiheit des Wettbewerbs zumindest überschneiden und beide Delikte sogar in Nr. 260 RiStBV in einem Atemzug genannt werden, ist damit wenig gewonnen. In diesem Zusammenhang kann festgehalten werden, dass sich auch das Strafantragserfordernis im konkreten Fall nicht als Indikator für das Rangverhältnis eignet. Sofern ein öffentliches Interesse vorliegt, steht der Verfolgung beider Delikte kein Verfahrenshindernis entgegen. Ein öffentliches Interesse kann gem. Nr. 261 Abs. 1 RiStBV bei § 17 UWG angenommen werden, wenn der Täter bereits wirtschaftsstrafrechtlich in Erscheinung getreten ist, ein erheblicher Schaden droht oder eingetreten ist, die Tat eines gegen mehrere Unternehmen gerichteten Plans zur Ausspähung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen ist oder der Verletzte in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht wird. Die (beispielhafte) Aufzählung macht deutlich, dass die konkrete Tat und ihre Konsequenzen betrachtet werden, nicht aber das tangierte Rechtsgut. Auch die Tatsache, dass § 17 UWG ein Privatklagedelikt nach § 374 Abs. 1 Nr. 7 StPO ist, welches die Allgemeinheit in der Regel nicht tangiert,⁷⁹⁰ führt nicht zu einer eindeutigen Beurteilung eines bestimmten Ranges, denn zumindest § 299 StPO fällt gleichfalls unter § 374 Abs. 1 StPO (Nr. 5a).

Es bleibt die Frage nach dem Verfassungsrang der Rechtsgüter. Es ist zu differenzieren zwischen den Rechtsgütern der § 17 UWG und §§ 263, 266, 299 StGB, die u.a. als Individualinteressen in Abwehrrechten des Bürgers gegen den Staat im Grundgesetz Berücksichtigung gefunden haben, und den Rechtsgütern der §§ 331 ff. StGB als Allgemeininteressen. Der Schutz der Reinheit oder Lauterkeit der Amtsausübung bzw. der Schutz des Vertrauens hierauf bei den §§ 331 ff. StGB sind nicht ausdrücklich verfassungsrechtlich normiert. Verfassungsrang erhalten die Rechtsgüter jedoch letztendlich durch das aus Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitete Rechtsstaatsprinzip⁷⁹¹ und damit aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Der grundrechtliche Schutz von Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnissen ist umstritten,⁷⁹² wenngleich weniger der Schutz an sich bestritten wird, als vielmehr Uneinigkeit darüber besteht, aus welchem Artikel des Grundgesetzes dieser hergeleitet werden

789 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A.; BT-Drs. 13/5584, S. 15; BR-Drs. 553/96, S. 32.

790 *Meyer-Goßner*: StPO, 52. Auflage, München 2009, Einl, Rn. 90 und Vor § 374, Rn. 1.

791 *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau*: GG, 11. Auflage, Köln 2008, Art. 20, Rn. 57.

792 *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 2.

soll.⁷⁹³ Vertreten wird zum einen der Schutz des Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnisses aus Art. 14 Abs. 1 GG direkt. Als „geronnener Vermögenswert“⁷⁹⁴ falle das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis unter die Eigentumsgarantie. Weiter wird vorgeschlagen, den (Eigentums-)Schutz gem. Art. 14 Abs. 1 GG mittelbar über den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu gewähren. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse seien unabhängig von gewerblichen Schutzrechten wesentliche Wertfaktoren in einem Betrieb.⁷⁹⁵ Zum anderen kann eine grundrechtliche Berücksichtigung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auch über die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG erfolgen.⁷⁹⁶ Soweit der soziale Geltungsbereich eines Unternehmens durch die Preisgabe eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses betroffen sei, könne auch die allgemeine Handlungsfreiheit eines Unternehmens gem. Art. 2 Abs. 1 GG eine Rolle spielen.⁷⁹⁷ Wenngleich die Handlungsfreiheit durch das Whistleblowing nicht tangiert wird und daher kaum eine Rolle spielt, steht jedoch fest, dass alleine schon die Geheimhaltungsinteressen und der Geheimbereich des Unternehmens grundrechtlich geschützt sind. Zusätzlich erfährt auch der freie und unverfälschte Wettbewerb nicht nur durch das UWG einfachgesetzlichen Schutz, sondern auch bei Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlichen Niederschlag.⁷⁹⁸

Schließlich wird das Vermögen (§§ 263, 266 StGB) als Inbegriff aller wirtschaftlichen Güter, die nach der Gesamtrechtsordnung einer Person zugeordnet sind,⁷⁹⁹ nicht als solches verfassungsrechtlich geschützt. Dieser Aspekt ist folglich neben der Unterscheidung zwischen Individual- und Allgemeininteressen ein Anhaltspunkt für eine unterschiedliche, abstrakte Rangordnung der betroffenen Rechtsgüter. Ein eindeutiges Rangverhältnis lässt sich hierbei jedoch nicht ableiten.

ee. Grad der drohenden Gefahren

Sodann ist auf den Grad der den Rechtsgütern durch die in Betracht kommenden Notstandshandlungen⁸⁰⁰ drohenden Gefahren abzustellen. Insoweit ist hier das Wahrscheinlichkeitsurteil zur Geeignetheit der Notstandshandlung hinsichtlich der Gefahrbeseitigung zu konkretisieren. Je höher der Gefahrengrad für ein Rechtsgut – Erhaltungs- oder

793 Vgl. *Wolff*: Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, NJW 1997, 98.

794 *Breuer*: Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht, NVwZ 1986, 171 (174).

795 *Papier*, in: *Maunz/Dürig*: GG, 55. Ergänzungslieferung, München 2009, Art. 14, Rn. 99; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 14, Rn. 18.

796 *Papier*: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme der Zweitanmeldung, NJW 1985, 12 (13).

797 BVerfG NJW 1994, 1784; vgl. hierzu ausführlich Hartung: Geheimnisschutz und Whistleblowing im deutschen und englischen Recht, Saarbrücken 2006, S. 119.

798 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*: GG, 55. Ergänzungslieferung, München 2009, Art. 2, Rn. 116 m.w.N.

799 BGHSt 16, 220 (221); 34, 199.

800 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., 1., c.

Eingriffsrechtsgut – in Relation zur Höhe der Rettungschance einzustufen ist, desto größer ist die Schutzbedürftigkeit desselben.⁸⁰¹

(1) *Informationen des Vorgesetzten oder anderer Geheimnisträger innerhalb des Unternehmens*⁸⁰²

Informiert der Hinweisgeber den Vorgesetzten oder andere Geheimnisträger innerhalb des Unternehmens, besteht – wie bereits geprüft – keine Gefahr für die Rechtsgüter des § 17 UWG, da der Tatbestand in objektiver Hinsicht schon nicht erfüllt ist. Allerdings bleibt die Gefahr für die Erhaltungsrechtsgüter bis zu einer effektiven Weiterleitung und Bearbeitung des Hinweises zunächst erhalten. Ohne klare Vorgaben hinsichtlich des Umgangs mit einem Hinweis, verbunden mit Anweisungen zur Weiterleitung und letztendlich Behebung des Missstandes muss die Gefahrbeseitigung zum einen in zeitlicher Hinsicht⁸⁰³ und zum anderen aus Effektivitätsgesichtspunkten erhebliche Hürden überwinden, weswegen gerade das Whistleblowing an andere Stellen vorgeschlagen wird.⁸⁰⁴ Oftmals wird nämlich der Whistleblower mit dem Leugnen bzw. Ignorieren seines Hinweises konfrontiert.⁸⁰⁵ Zum Teil steht er nach der Abgabe seines Hinweises der weiteren Handhabung machtlos gegenüber,⁸⁰⁶ da ohne ein verbindliches System eine Kontrolle der innerbetrieblichen Abhilfe nicht gewährleistet ist.⁸⁰⁷ Zudem fehlt es dem Vorgesetzten tendenziell am notwendigen Maß an Unabhängigkeit⁸⁰⁸ oder er hat selbst keine faktischen Handlungsmöglichkeiten.⁸⁰⁹

Die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts und damit der Gefahrengrad für die Erhaltungsrechtsgüter ist demnach hoch, wenn seitens des Vorgesetzten keine Bereitschaft erkennbar ist, Hinweise konsequent zu verfolgen und konsequent Abhilfe zu schaffen. Nach einer Entscheidung des BAG kann in Fällen, in denen ein Informieren des Vorgesetzten wenig erfolversprechend ist, deswegen von der Notwendigkeit der Ausschöpfung aller interner Abhilfemöglichkeiten Abstand genommen werden.⁸¹⁰ Dies gilt auch dann, wenn sich das beanstandete Verhalten bereits zu einer Übung bzw. gän-

801 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 26 u. 29; *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 66; *MK-Erb*: StGB, Band 1, München 2003, § 34, Rn. 123.

802 Es wird wieder vorausgesetzt, dass diese nicht selbst Verantwortliche der Straftat sind.

803 *Graser*: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2000, S. 187.

804 Vgl. *Schneider/Nowak*: Sind die Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle und der Schutz des Whistleblowers Teil guter Corporate Compliance?, FS Kreutz, 2010, S. 855 (855 f.); *Stellungnahme Rohde-Liebenau*, S. 27.

805 *Stellungnahme Strack*, S. 8.

806 *Soeken/Soeken*: A Survey of Whistleblowers: Their Stressors and Copying Strategies, 1987; abrufbar unter: <http://www.whistleblowers-net.de/pdf/Soeken.pdf> [30.03.2010].

807 *Stellungnahme Deutscher Gewerkschaftsbund*, S. 2.

808 *Stephan/Seidel*, in: *Hauschka*: Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München 2007, § 25, Rn. 266.

809 *Donato*: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2009, S. 14.

810 BAG NJW 2004, 1547 (1549).

gigen Praxis ausgeweitet hat⁸¹¹ und keine angemessene Reaktion des Vorgesetzten zu erwarten ist.⁸¹² Vom Regelfall des Vorrangs innerbetrieblicher Abhilfe weicht auch der Entwurf des § 612a BGB⁸¹³ ab. Bei Straftaten des Arbeitgebers oder bei anderen Arbeitnehmern wird gemäß § 612a Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. vermutet, dass ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe unzumutbar ist. Dabei sollen laut Begründung des Entwurfes insbesondere strafbare Handlungen nach § 299 StGB erfasst sein.⁸¹⁴

Daraus folgt, dass die Benachrichtigung des Vorgesetzten oder anderer Geheimnisträger zwar grundsätzlich im Sinne der Beurteilung strafrechtlicher Risiken für den Whistleblower vorzugswürdig ist. Dadurch ist eine Rechtfertigung durch andere (milde) Mittel aber keineswegs ausgeschlossen.

(2) *Nutzung eines Hinweisgebersystems*⁸¹⁵

Die Nutzung eines Hinweisgebersystems stellt ebenfalls eine innerbetriebliche Abhilfemöglichkeit für den Whistleblower dar und ist neben dem Hinweis an Ermittlungsbehörden das am besten geeignete Mittel zur Gefahrenbeseitigung.⁸¹⁶ Aus oben genannten Gründen impliziert ein professionelles Whistleblowing-System einen raschen Umgang mit dem Hinweis und eine zeitnahe Behebung der Missstände. Die speziell mit dem Hinweisgebersystem betrauten Mitarbeiter unterliegen hinsichtlich der Weiterleitung der Anzeigen einer anderen Pflichtenbindung als der Vorgesetzte, sodass die zuverlässige, objektive und ungefilterte Bearbeitung besser gewährleistet ist. Ein Hinweisgebersystem signalisiert, dass Hinweise ernst genommen und bearbeitet werden, denn es wird durch die Implementierung des Systems deutlich gemacht, dass Fehlverhalten nicht geduldet und konsequent dagegen vorgegangen wird.⁸¹⁷ Der Hinweisgeber kann hier die verantwortungsvolle Prüfung erwarten,⁸¹⁸ insoweit halten sich die Gefahren für die in Frage stehenden Erhaltungsrechtsgüter in Grenzen.

Dem gegenüber steht jedoch die Gefahr für die Eingriffsrechtsgüter und -interessen des § 17 UWG, namentlich die Wahrung der Vertraulichkeit wichtiger Informationen – der Geheimbereich des Unternehmens –, der Schutz an einem unverfälschten Wettbewerb, (Vermögens-)Interessen der Beschäftigten am Bestand des Unternehmens und das Vertrauensverhältnis zwischen diesen und dem Geheimnisinhaber.⁸¹⁹ Fraglich ist hier daher, wie hoch die Wahrscheinlichkeit eines Schadens aufseiten dieser Rechtsgüter

811 BVerfG NJW 1970, 1498 (1501).

812 Urteil des LAG Schleswig-Holstein vom 15.11.1995 – 3 Sa 58/96a.

813 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., B., IX.

814 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S. 5.

815 Es wird nach wie vor vorausgesetzt, dass die Voraussetzungen an eine Einwilligung durch die Einrichtung des Systems nicht hinreichend erfüllt werden. Es sind daher nur wenige Fälle betroffen. Zur Ausgestaltung eines Hinweisgebersystems vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**.

816 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., 1., c.

817 Stellungnahme *Rinck*, S. 5.

818 Stellungnahme *Rohde-Liebenau*, S. 29.

819 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., VII., 2., a., dd.

ist.⁸²⁰ Vorausgesetzt, man misst den (Vermögens-)Interessen der Beschäftigten und dem besagten Vertrauensverhältnis überhaupt im Rahmen des Rechtsgutes des § 17 UWG Bedeutung zu, so erscheint deren Gefährdungsgrad bei einem etablierten Hinweisgebersystem äußerst gering. Durch die Einrichtung des Systems im Sinne des Geheimnisinhabers, der auch wie gezeigt in der Regel für die Implementierung zuständig ist, ist die Nutzung desselben vorgesehen. Eine innerbetriebliche Klärung von Missständen ohne Angst vor Repressalien – diese sollen durch das System gerade verhindert werden – kann das Vertrauensverhältnis sogar stärken.⁸²¹ Zudem sollen hierdurch gar die Leistungsbereitschaft, Motivation und die Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber gefördert werden.⁸²² Ein Vertrauensbruch ist damit unwahrscheinlich.

Gleiches gilt für die Schädigung der (Vermögens-)Interessen der Beschäftigten. Diese sollen ebenfalls durch ein Hinweisgebersystem geschützt werden.⁸²³

Dagegen ist die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs höher einzustufen. Mit (vertraglicher) Zusicherung der Verschwiegenheit und hinreichendem (Daten-)Schutz gegen äußere Angriffe kann aber die Wahrscheinlichkeit eines tatsächlichen Schadens als gering eingeschätzt werden. Eine Verletzung dieser Verschwiegenheitspflichten ist nicht ausgeschlossen. Gerade vor dem Hintergrund gegebenenfalls brisanter personeller Verflechtungen ist ein Anreiz hierfür auch seitens der mit dem Hinweisgebersystem betrauten Personen gegeben, sodass die Wahrung der Vertraulichkeit wichtiger Informationen durchaus einer Gefahr ausgesetzt ist. Graduell muss diese aber eindeutig hinter jener der Erhaltungsrechtsgüter zurückstehen. Die Verletzung von Verschwiegenheitspflichten stellt eine Ausnahme dar. Die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts diesbezüglich ist folglich gering.

(3) Hinweis an Ermittlungsbehörden

Die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist dem Grunde nach auch bei einer Anzeige an Ermittlungsbehörden gering. Es kommt jedoch hinzu, dass auch das Vertrauensverhältnis zwischen Geheimnisinhaber und Beschäftigten⁸²⁴ wesentlich stärker belastet wird, wenn keine interne Abhilfe gesucht wird.⁸²⁵ Des Weiteren machen Nr. 260b Abs. 1 RiStBV und der Grundsatz der Öffentlichkeit gem. § 169 S. 1 GVG, Art. 6 Abs. 1 S. 1 und S. 2 EMRK deutlich, dass der Geheimbereich des Unternehmens auch während des Verfahrens permanent möglichen Verletzungen ausgesetzt ist und

820 LK-Zieschang: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 60.

821 Stellungnahme Deutscher Gewerkschaftsbund, S. 4.

822 Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch durch BMAS, BMELV und BMJ vom 30.04.2008, S. 3.

823 Vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 2. Kap.

824 Vorausgesetzt man anerkennt dieses Interesse überhaupt als Rechtsgut.

825 Gerade mit diesem Vertrauensbruch werden Kündigung wegen Whistleblowing (vgl. oben B. II. 1.) immer wieder begründet. Vgl. insbesondere BAG NZA 2004, 427.

weniger kontrollierbar ist als innerhalb eines Hinweisgebersystems, welches sich den nach den Vorstellungen und Bedürfnissen des Geheimnisinhabers richtet.⁸²⁶

Als bloße Richtlinie und zudem als sog. „Soll“-Vorschrift bietet Nr. 260b RiStBV wenig Schutz. Aber auch der mögliche Ausschluss der Öffentlichkeit nach § 172 Nr. 2 GVG (unter Berücksichtigung des § 353d StGB) bezieht sich nur auf *wichtige* Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, welche nicht zwingend beim Whistleblowing vorliegen. Wichtig sind nämlich nur solche Geheimnisse, die für die Wettbewerbsfähigkeit des Geschäftsinhabers von nicht unwesentlicher Bedeutung sind.⁸²⁷ Zum Ausschluss der Öffentlichkeit sind daher überwiegend schutzwürdige Interessen in Form eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses erforderlich, die dem abstrakten Prinzip der Öffentlichkeit gegenüberstehen.⁸²⁸

Es kommt hinzu, dass Zeugen im Strafprozess kein selbstständiges Zeugnisverweigerungsrecht wegen eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses zusteht.⁸²⁹ Der Gefahrengrad für die Eingriffsrechtsgüter ist demnach höher als bei der Nutzung eines Hinweisgebersystems.

Fraglich bleibt, ob dieser hohe Gefahrengrad auch für die Erhaltungsrechtsgüter bei einem Hinweis an Ermittlungsbehörden gilt. Dabei soll nicht etwa die effiziente Bearbeitung einer Anzeige im Lichte von allgemein bekannter hoher Arbeitsbelastung der Ermittlungsbehörden in Abrede gestellt werden, die unter Umständen einer schnellen Gefahrenbeseitigung im Weg stehen könnte. Dagegen stünde allein schon das Beschleunigungsgebot gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK,⁸³⁰ welches nicht nur im Sinne des Beschuldigten, sondern auch im öffentlichen Interesse für eine zeitnahe Bearbeitung sorgen soll.⁸³¹

Allerdings besteht kein unmittelbarer Einfluss auf unternehmensinterne Entscheidungen und es geht mit dem gesetzlichen Verfolgungszwang gem. §§ 152 Abs. 2, 160 bzw. 163 StPO auch die Bindung an andere rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze einher. Die Feststellung und Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und die Schaffung von Rechtsfrieden werden nicht absolut gewährt, sondern finden ihre Grenzen in der Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens.⁸³² Die Einhaltung desselben steht daher nicht immer im Einklang mit einer möglichst effektiven Ermittlungstätigkeit. Insbesondere die Berücksichtigung der Unschuldsvermutung und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum Schutz des Verdächtigen oder auch die hohen Anforderungen an die

826 Vgl. *KlengelMückenberger*: Internal Investigations – typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen, CCZ 2009, 81 (87).

827 *Wickern*, in: *Löwe-Rosenberg*: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Auflage, Berlin 2003, § 172 GVG, Rn. 21.

828 *KK-Diemer*: StPO, 6. Auflage, München 2008, § 172 GVG, Rn. 8.

829 Anders im Zivilprozess (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO).

830 BVerfG NJW 2001, 2707.

831 BGHSt 26, 228 (232).

832 *KK-Pfeiffer/Hannich*: StPO, 6. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 1; *Beulke*: Strafprozessrecht, 10. Auflage, Heidelberg 2008, § 1, Rn. 3; *Engländer*: Strafprozessrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2009, § 1, Rn. 1.

unterschiedlichen Verdachtsstufen für bestimmte Eingriffsmaßnahmen können einem schnellen Nachgehen des Hinweises im Weg stehen.

Unternehmensinterne Ermittlungen (sog. *Internal Investigations*) sind dagegen schneller und flexibler,⁸³³ bewegen sich allerdings je nach Ermittlungsart zum Teil in einer rechtlichen Grauzone.⁸³⁴ Staatliche Ermittlungsbehörden verfügen daher als neutrale und sachkundige Instanz⁸³⁵ über weitergehende rechtliche Möglichkeiten, wie beispielsweise Durchsuchungen oder über § 127 StPO hinausgehende Festnahmen.⁸³⁶

Die Gefahrenbeseitigung kann sich somit zwar grundsätzlich verzögern, sodass die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts gegenüber der Nutzung eines (privaten) Hinweisgebersystems höher sein kann. Ist die Gefahrenbeseitigung im Einzelfall jedoch von Maßnahmen abhängig, die nur von staatlicher Seite durchgeführt werden können, ist eine andere Bewertung des Gefahrengrades möglich.

(4) Benachrichtigung der Allgemeinheit

Unzweifelhaft am höchsten ist die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für die Rechtsgüter des § 17 UWG bei einem Hinweis an die Öffentlichkeit.⁸³⁷ Der Umgang mit dem Geschäfts- bzw. Betriebsgeheimnis ist weder kontrollierbar noch durch bestimmte Vorschriften, wie zum Beispiel durch die Publizistischen Grundsätze des Deutschen Presserates (sog. Pressekodex)⁸³⁸, hinreichend gesichert. Durch die negative Publizität kann das betroffene Unternehmen erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten oder gar den Verlust der Existenzgrundlage erleiden.⁸³⁹ Dies gilt unabhängig von der Begründetheit des Vorwurfs, denn die Realität wird in den Medien nicht selten verzerrt oder polarisierend dargestellt.⁸⁴⁰ Nichts anderes machen auch die Verschwiegenheitspflichten aus § 11 Abs. 5 GwG und § 10 Abs. 1 Satz 2 WpHG deutlich, die zum einen eine Verdunkelungsgefahr vermeiden wollen, zum anderen aber auch den Anzuzeigenden vor empfindlichen Nachteilen schützen.⁸⁴¹

Selbst bei lokal begrenzten Fällen von Fehlverhalten ist das Schadenspotenzial sehr hoch und zudem selten reparabel,⁸⁴² denn durch die Beweislastverteilung zugunsten der Presseverlage und Medien sind Haftungsprozesse wenig aussichtsreich.⁸⁴³

833 *KlengelMückenberger*: Internal Investigations – typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen, CCZ 2009, 81 (87).

834 *Hamm*: Compliance vor Recht? Anwälte bei der Bewältigung eines „Datenskandals“, NJW 2010, 1332 (1332); *Schneider*: Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321 (1326).

835 Vgl. Stellungnahme *Rinck*, S. 3; vgl. Stephan/Seidel, in: *Hauschka*: Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, München 2007, § 25, Rn. 267.

836 *KlengelMückenberger*: Internal Investigations – typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen, CCZ 2009, 81 (87).

837 *Donato*: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2009, S. 14.

838 <http://www.presserat.info/pressekodex.html> (30.03.2010).

839 Vgl. Stellungnahme *Schuster*, S. 5, *KlengelMückenberger*: Internal Investigations – typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen, CCZ 2009, 81 (87).

840 *Eidam*: Unternehmen und Strafe, 3. Auflage, Köln 2008, Rn. 3142.

841 Vgl. *KK-Heinrich*: WpHG, München 2007, § 10, Rn. 56.

842 Stellungnahme *Schuster*, S. 4; Stellungnahme BDA, S. 11.

Für die Erhaltungsrechtsgüter kann die Benachrichtigung der Allgemeinheit hingegen eine schnelle Beseitigung der ihnen drohenden Gefahren darstellen. Der Aufklärung von Missständen unter dem Druck der Presse als sog. „Vierte Gewalt“⁸⁴⁴ wird gerade beim Whistleblowing großes Gewicht beigemessen. Durch die öffentliche Aufmerksamkeit soll der Hinweisgeber vor Konsequenzen seines Verhaltens geschützt werden.⁸⁴⁵ Daneben kann durch die Beteiligung der Öffentlichkeit lenkender Druck auf unternehmensinterne Meinungsbildungs- und Entscheidungsvorgänge ausgeübt⁸⁴⁶ und ein Beitrag zu mehr Gerechtigkeit geleistet werden.⁸⁴⁷ Nicht umsonst kommt der Beteiligung der Öffentlichkeit als Kontrollmittel große Bedeutung zu.⁸⁴⁸ Der Einfluss auf die unmittelbar Verantwortlichen der Missstände ist insofern bei öffentlichem Druck sehr groß, sodass die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts gering einzustufen ist.

ff. Gesamtbewertung

Schließlich ist ergänzend die individuelle Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter zu beurteilen, um dann im Rahmen einer Gesamtabwägung zu einem für die Rechtfertigung über § 34 StGB notwendigen wesentlichen⁸⁴⁹ Überwiegens der Erhaltungsrechtsgüter kommen zu können.

(1) Nutzung eines Hinweisgebersystems

Es wurde bereits dargelegt, dass der Hinweis an ein Hinweisgebersystem geringe Risiken für die Rechtsgüter des § 17 UWG birgt und gleichzeitig zu einer effektiven Gefahrenbeseitigung aufseiten der Erhaltungsrechtsgüter beitragen kann. Diese Vorentscheidung kann noch gestützt werden, wenn man mit den Befürwortern des Whistleblowings an sich bedenkt, dass eine Aufdeckung von Wirtschaftsstraftaten und Korruption als typische „Heimlichkeitsdelikte“ oftmals nur durch entsprechende Hinweise möglich ist.⁸⁵⁰

Des Weiteren spielt hier eine Rolle, dass das geschützte Geschäfts- und Betriebsgeheimnis ein sog. „illegales Geheimnis“ ist.⁸⁵¹ Diese sind zwar von der Rechtsordnung grundsätzlich geschützt, nicht aber um jeden Preis. Dies hat zwar auf den Geheimnischarakter keinen Einfluss, muss aber im Rahmen einer wertenden Betrachtung wie hier Berücksichtigung finden. In Anbetracht der gefährdeten Rechtsgüter auf Erhaltungsseite – bei §§ 263, 266 StGB auch durchaus solche des Geheimnisinhabers selbst – müssen

843 Stellungnahme *Scheuerl*, S. 18.

844 So *Tolksdorf* laut einem Artikel der FAZ vom 06.02.2010, S. 4.

845 *Donato*: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2009, S. 74.

846 BVerwG NVwZ 1990, 762 (762).

847 *Eidam*: Unternehmen und Strafe, 3. Auflage, Köln 2008, Rn. 3138.

848 Vgl. §§ 169 GVG ff.; Art. 5 Abs. 1 GG.

849 So der Wortlaut und die h.M., vgl. *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 76.

850 *Dölling*, in: *Dölling*: Handbuch der Korruptionsprävention, München 2007, 1. Kap., Rn. 50; *Ax/Schneider/Scheffen*: Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung, 2. Auflage, Berlin 2010, Rn. 222; *Backes/Lindemann*: Staatlich organisierte Anonymität als Ermittlungsmethode bei Korruptions- und Wirtschaftsdelikten, Heidelberg 2006, S. 1.

851 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., I., 4., b.

„illegale Geheimnisse“ in ihrer Schutzwürdigkeit hier zurückstehen.⁸⁵² Zudem kommt durch die Installation eines Hinweisgebersystems und die damit verbundene Ankündigung der konsequenten Bearbeitung des Hinweises zum Ausdruck, dass der Rechtsgutsinhaber selbst nur geringen Wert auf den Schutz solcher Geheimnisse legt, was bei der Interessenabwägung einzubeziehen ist.⁸⁵³

Auch wenn das Hinweisgebersystem zwar nicht die Voraussetzungen einer Einwilligung erfüllt, so ist mit seiner Installation jedoch erkennbar, dass der Geheimnisinhaber der Aufdeckung von Korruptions- und Wirtschaftsstraftaten höhere Bedeutung beimisst als der absoluten Wahrung seiner „illegalen Geheimnisse“. Werden die Vorgaben des Whistleblowing-Systems eingehalten, so die Bedingung des Rechtsgutsinhabers, kann der Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zurückstehen. Umgekehrt soll dadurch gerade der Gang an andere Stellen, insbesondere an die Öffentlichkeit, verhindert werden.⁸⁵⁴

Wird der tatbestandliche Geheimnisverrat durch die Nutzung eines Hinweisgebersystems begangen, kann unter den genannten Voraussetzungen somit von einem wesentlichen Überwiegen der Erhaltungsrechtsgüter gegenüber den Eingriffsrechtsgütern ausgegangen werden.

(2) Hinweis an die Ermittlungsbehörden

Wie dargelegt ist das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis bei einer Anzeige an Ermittlungsbehörden größeren Gefahren ausgesetzt als bei der Nutzung eines Hinweisgebersystems. Dennoch könnten hier die Erhaltungsrechtsgüter die bei § 17 UWG beeinträchtigten Interessen wesentlich überwiegen. Grundsätzlich ist nämlich die Strafrechtspflege und damit die Aufklärung und Verhinderung von Straftaten Aufgabe des Staates und nicht einzelner Privatpersonen.⁸⁵⁵ Zudem stellt die StPO ein hinreichendes Instrumentarium zur Informationsbeschaffung zur Verfügung, welche strafrechtlich relevante Anzeigen erübrigen sollte. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt:

§ 158 Abs. 1 StPO ermöglicht ausdrücklich die Strafanzeige,⁸⁵⁶ welche „im Grundsatz eine von der Verfassung geforderte und von der Rechtsordnung erlaubte gebilligte Möglichkeit der Rechtsverfolgung“⁸⁵⁷ ist. Die (nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige) Strafanzeige liegt daher im allgemeinen Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens.

852 *Taschke*, in: *Semler/Stengel: Umwandlungsgesetz*, 2. Auflage, München 2007, § 315, Rn. 37 m.w.N.; a. A. ohne nähere Begründung *Tiedemann*, in: *Scholz: GmbH Gesetz*, II. Bd., 10. Auflage, Köln 2010, § 85, Rn. 26.

853 *MK-Erb: StGB*, Band 1, München, 2003, § 34, Rn. 132; *NK-Neumann: StGB*, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 34, Rn. 82.

854 *Briegel: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistle-blowing-Systeme*, Wiesbaden 2009, S. 91; *Schneider: Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien*, Köln 2009, S. 65.

855 Vgl. *KK-Hohn: UmwG*, Köln 2009, § 315, Rn. 37; *Michalowski: Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen*, ZStW 109 (1997), 519 (531).

856 *Ambos* bezeichnet gar das Recht zur Strafanzeige selbst als Whistleblowing (*Ambos: Die Chance nutzen*, FAZ vom 11.02.2010, S. 6).

857 *LAG Berlin ArbuR* 2007, 51 (Orientierungssatz).

dens und der Aufklärung von Straftaten.⁸⁵⁸ Mit einer solchen Strafanzeige wird somit ein von der Rechtsordnung eingeräumtes Grundrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) wahrgenommen,⁸⁵⁹ auf welches der Rechtsstaat bei der Strafverfolgung nicht verzichten kann.⁸⁶⁰ Die Strafverfolgungsbehörden sind in bestimmten Deliktbereichen, insbesondere beim Wirtschaftsstrafrecht, auf Strafanzeigen angewiesen, da diese Delikte oftmals anderweitig nicht aufgedeckt werden können.⁸⁶¹ Das heißt, eine außerstaatliche „Mithilfe“ an der Strafverfolgung ist durchaus erwünscht.⁸⁶²

Die Wortwahl *unbefugt* macht des Weiteren deutlich, dass es in besonderen Fällen eine *befugte* Geheimnisoffenbarung geben muss. Zudem sieht § 138 StGB eine Anzeigepflicht bei den dort aufgezählten Straftaten vor, welche allerdings beim hier untersuchten Whistleblowing keine Rolle spielen.⁸⁶³ Dennoch steht dahinter die Aussage, dass bei besonderer *Schwere* eines Delikts eine Rechtfertigung des Geheimnisverrats durchaus in Betracht kommt.⁸⁶⁴

Eine gefestigte Rechtsprechung bezüglich der Frage, an welchen Maßstäben sich eine Rechtfertigung zu messen hat, ist für § 17 UWG nicht ersichtlich.⁸⁶⁵ Lediglich das Reichsarbeitsgericht hat 1931 ohne nähere Begründung entschieden, dass die Mitteilung einer strafbaren Handlung an eine zur Verfolgung zuständige Stelle kein Verrat eines Geschäftsgeheimnisses darstellt.⁸⁶⁶ Die h.M. in der Literatur geht davon aus, dass Strafanzeigen an die zuständigen Behörden grundsätzlich gerechtfertigt sind.⁸⁶⁷

Im Rahmen des § 203 StGB wird hingegen einhellig zwischen begangenen und noch bevorstehenden Straftaten unterschieden.⁸⁶⁸

Eine Rechtfertigung des Geheimnisverrats kommt nicht in Betracht, wenn die Offenbarung lediglich Strafverfolgungsinteressen dienen sollen.⁸⁶⁹ Die allgemeine staatliche Pflicht zur Strafverfolgung bzw. das Allgemeininteresse an einer funktionstüchtigen

858 BVerfGE 74, 257.

859 BVerfG NJW 2001, 3474; BAG NJW 2004, 1547.

860 BVerfGE 74, 257.

861 *Ledergerber*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005, S. 12; *Schneider*: Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, Köln 2009, S. 62; *Taschke*, in: *Semler/Stengel*: Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, München 2007, § 315, Rn. 37; *Dannecker*, in: *Michalski*: GmbH-Gesetz, Band II, München 2002, § 85, Rn. 75.

862 Nicht zuletzt wird dies auch durch die Zuziehung von V-Leuten (Anlage D RiStBV), Spitzeln und Kronzeugen belegt. Vgl. zudem BVerfGE 28, 191 unter **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., A.

863 Vgl. **Hinweisgebersysteme in deutschen Unternehmen**, 3. Kap., D., III.

864 Statt aller: *Rengier*, in: *Fezer*: Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 47.

865 *Rengier*, in: *Fezer*: Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 47.

866 RAG JW 1931, 490 (491); Es wurde dabei explizit offen gelassen, ob es sich überhaupt um ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis handelte.

867 *Tiedemann*, in: *Scholz*: GmbH Gesetz, II. Bd., 10. Auflage, Köln 2010, § 85, Rn. 26 m.w.N.

868 Statt vieler: *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 141.

869 OLG Bremen MedR 1984, 112 (112); *Haffke*: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, 65 (69); *SK-Hoyer*: StGB, 7. Auflage, München 2003, § 203, Rn. 85; *NK-Kargl*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203, Rn. 66; *MK-Cierniak*: StGB, Band 3, München 2003, § 203, Rn. 87.

Strafrechtspflege genügen als repressive Interessen nicht, um den Geheimnisschutz zu überwiegen.⁸⁷⁰ Eine Ausnahme kommt allenfalls in Betracht, wenn schwere, mit der nachhaltigen Störung des Rechtsfriedens verbundene Verbrechen (wie zum Beispiel terroristische Akte) angezeigt werden.⁸⁷¹ Bei Einzeltaten ohne Wiederholungsgefahr soll der Verrat jedoch unzulässig sein.⁸⁷² Da der Schaden schon eingetreten ist, diene der Geheimnisverrat lediglich der Wiedergutmachung, Sühne und Verteidigung der Rechtsordnung. Der Geheimnisschutz sei durch eine Rechtfertigung bei bereits begangenen Straftaten dadurch entwertet.⁸⁷³

Steht die offenbarte Tat noch bevor oder besteht eine nicht nur abstrakte, sondern eine akute Wiederholungsgefahr⁸⁷⁴ weiterer deliktischer Handlungen,⁸⁷⁵ kann jedoch eine Rechtfertigung bei Taten von nicht unerheblichem Gewicht in Betracht kommen.⁸⁷⁶ Erhebliches Gewicht kommt schwerster Kriminalität zu.⁸⁷⁷ Aber auch ein hoher wirtschaftlicher Schaden,⁸⁷⁸ insbesondere bei Wirtschaftsstraftaten kann hierunter fallen.⁸⁷⁹ Als überwiegendes Rechtsgut wird zudem der Schutz der verfassungsmäßigen Ordnung gesehen.⁸⁸⁰ Diese hohen Anforderungen dürfen jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Geheimnisschutz auch dem Rechtsgut der Verkehrssicherheit weichen kann,⁸⁸¹ sofern eine konkrete Gefahr dafür besteht.⁸⁸² Es soll jedoch klargestellt werden, dass bloße öffentliche Interessen an strafrechtlicher Prävention nicht genügen und die Offenbarung von Bagatelldelikten den Geheimnisschutz nicht unterlaufen kann.⁸⁸³

§ 203 StGB und § 17 UWG sind nicht unmittelbar miteinander vergleichbar. Der stärkere Persönlichkeitsbezug bei § 203 StGB gebietet strengere Anforderungen an eine Rechtfertigung. Zudem ergibt sich durch die Tatsache, dass es sich bei § 17 UWG um Nebenstrafrecht handelt und dass die Geheimnisse des § 203 StGB durch ein prozessuales Zeugnisverweigerungsrecht in § 53 StPO zusätzlich geschützt sind, eine deutliche Abstufung zwischen den Geheimnisschutzvorschriften. Insbesondere Letzteres kann als

870 *Schilling*: Strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter, Sozialpädagogen und Psychologen?, JZ 1976, 617 (620); LK-*Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 141.

871 So nur *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 32.

872 *Kohlhaas*: Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht, GA 1958, 65 (75).

873 *Haffke*: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, GA 1973, 65 (69).

874 *Bender*: Grenzen der Schweigepflicht des Arztes bei Kenntnis von Misshandlungen oder entwürdigender Behandlungen durch Eltern, MedR 2002, 626 (630).

875 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., II., 1., b.

876 MK-*Cierniak*: StGB, Band 3, München 2003, § 203, Rn. 87.

877 BGH NJW 1994, 1950 (1951).

878 *Dahs*: Anmerkung zu BGHSt 34, 190, JR 1987, 476.

879 OLG Köln NJW 2000, 1278 (1279).

880 *Flor*: Beruf und Schweigepflicht – Eine Gegenüberstellung, JR 1953, 368 (370).

881 BGH NJW 1968, 2288 (2290).

882 *Kauder*: Ärztliche Schweigepflicht über die Behandlung Drogensüchtiger, StV 1981, 564 (565).

883 SK-*Hoyer*: StGB, 7. Auflage, München 2003, § 203, Rn. 85; *Kohlhaas*: Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht, GA 1958, 65 (74).

eindeutige Wertung des Gesetzgebers nicht unberücksichtigt bleiben, denn die §§ 52 ff. StPO und §§ 76, 94 ff. StPO zeigen, dass im Straf(verfahrens)recht das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.⁸⁸⁴

Es wird dennoch vertreten, dass für eine Rechtfertigung des Geheimnisverrats bei § 17 UWG tendenziell nichts anderes gelten kann als bei § 203 StGB.⁸⁸⁵ Da nämlich höchstrichterliche Rechtsprechung fehlt, sei insbesondere bei der Offenbarung von Bagatelldelikten aufseiten der Erhaltungsrechtsgüter Vorsicht geboten.⁸⁸⁶

Bedenkt man das zunehmende Schadenspotenzial beim Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen,⁸⁸⁷ kann dem nur zugestimmt werden. Es ist insoweit eine Entwicklung erkennbar, die vermehrt fordert, dass nur schwerwiegende Straftaten bzw. schwere Straftaten mit Wiederholungsgefahr befugt angezeigt werden können.⁸⁸⁸

Es kommt hinzu, dass auch bei § 355 StGB hohe Anforderungen an die Offenbarung eines Steuergeheimnisses gestellt werden. Dort ist der Geheimnisverrat gerechtfertigt, wenn nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ein *zwingendes* öffentliches Interesse besteht. Als zwingendes öffentliches Interesse ist in der Alternative des § 30 Abs. 4 Nr. 5 b) AO ausdrücklich die Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten erwähnt. Allerdings müssten diese geeignet sein, nach ihrer Begehungsweise oder wegen des Umfangs des durch sie verursachten Schadens die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern. Von einer erheblichen Störung der wirtschaftlichen Ordnung kann nur ausgegangen werden, wenn der vermeintliche Schaden oder die Art und Weise der Begehung Tiefen- und Breitenwirkung hat. Ganze Wirtschaftszweige sowie politische und staatliche Instanzen müssten mit einbezogen und beeinträchtigt sein.⁸⁸⁹

Die Wertung der Abgabenordnung lässt sich aber nicht über ihren Anwendungsbereich hinaus übertragen. Das Steuergeheimnis ist notwendiges Gegenstück zu den umfangreichen Offenbarungs- und Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen (§§ 90, 93 ff., 137 ff. AO und insbesondere § 40 AO) und bedarf aus *diesem* Grund eines besonderen Schutzes,⁸⁹⁰ der die sonstigen Geheimnisschutzvorschriften ergänzt. Dies

884 *Harte-Bavendamm* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2. Auflage, München 2009, § 17, Rn. 11.

885 *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503); *Rengier*, in: *Fezer*: Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 47; *MK-Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 54.

886 So *KK-Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 30 zu § 404 AktG, der in seiner Abstufung zu § 203 StGB mit § 17 UWG vergleichbar ist.

887 Vgl. oben.

888 Vgl. jeweils zu § 85 GmbHG, der ebenfalls in seiner Abstufung zu § 203 StGB mit § 17 UWG vergleichbar ist: *Dannecker*, in: *Michalski*: GmbH-Gesetz, Band II, München 2002, § 85, Rn. 76; *Schulze-Osterloh/Servatius*, in: *Baumbach/Hueck*: GmbH-Gesetz, 18. Auflage, München 2006, § 85, Rn. 24.

889 *LK-Träger*: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 66.

890 *BT-Drs. 7/4292*, S. 17; *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 355, Rn. 1; *SSW-Bosch*: StGB, Köln 2009, § 355, Rn. 1; *Intemann*, in: *Pahlke/Koenig*: Abgabenordnung, 2. Auflage, München 2009, § 30, Rn. 1.

macht die Erwähnung des Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses auch hier deutlich. Betroffen sind primär nicht die *Verhältnisse* (§ 355 StGB) und der Inhalt des Steuergeheimnisses des Steuerpflichtigen an sich, sondern die verfassungsrechtlich nicht unproblematischen steuerrechtlichen Mitwirkungs- und Aussagepflichten.⁸⁹¹ Dennoch ist eine Tendenz zu erkennen, die verdeutlicht, dass gewisse Mindestanforderungen an die angezeigten Straftaten zu stellen sind.

Dies ist auch bei § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamtStG⁸⁹² erkennbar: Die Verschwiegenheitspflicht gegenüber staatlichen Stellen, insbesondere der Strafverfolgungsbehörden, kann bei dem Verdacht auf Korruptionsstraftaten – zumindest bei Straftaten im Amt – durchbrochen werden. Aus der Beschränkung auf die §§ 331–337 StGB ist dabei nicht der Schluss zu ziehen, die Verschwiegenheit könne bei anderen (gleichgewichtigen Straftaten) *nicht* aufgehoben werden. Vielmehr wird hier lediglich der statusprägenden Rechte und Pflichten im Sinne der Gewährleistung und Vereinheitlichung des Dienstrechtes der Normadressaten Rechnung getragen.⁸⁹³

Hieraus ist der Schluss zu ziehen, dass auch bei § 17 UWG nicht jedes Fehlverhalten bei den Ermittlungsbehörden befugt angezeigt werden kann. (Vermögens-)Interessen, die aus bereits begangenen und nicht mehr gegenwärtigen Rechtsgutsbeeinträchtigungen resultieren und nur auf die Wiedergutmachung des Schadens gerichtet sind, können hier daher nicht genügen.⁸⁹⁴ Die beim Whistleblowing relevanten Erhaltungsrechtsgüter der Wirtschaftsstrafrechts- und Korruptionsdelikte können folglich jedoch nach allen Ansichten befugt bei den zuständigen Ermittlungsbehörden angezeigt werden.

Dies wird durch die Tatsachen gestützt, dass es sich in der Regel um „illegale Geheimnisse“ handelt und der Gegenstand des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses beim hier untersuchten Whistleblowing mehr Gehalts-, Kunden- und Einkaufslisten,⁸⁹⁵ Kalkulationsunterlagen⁸⁹⁶ und Ausschreibungsunterlagen⁸⁹⁷ etc. betrifft denn innovative Erfindungen, welche die existenzielle Vermögensgrundlage des Unternehmens ausmachen.⁸⁹⁸ Es muss zudem beachtet werden und in die Interessenabwägung mit einfließen, dass das angezeigte Verhalten auf andere Art und Weise kaum zugänglich ist.⁸⁹⁹

Die Schutzwürdigkeit der Eingriffsrechtsgüter ist auch dann gemindert, wenn dem Rechtsgutsinhaber die Herbeiführung der Notstandlage zugerechnet werden könnte. Wenn aufseiten der Erhaltungsrechtsgüter § 263 StGB oder § 266 StGB steht, ist daher

891 Vgl. *LK-Träger*: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 54.

892 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., B., II.

893 Vgl. *Dillenburger*: Das Beamtenstatusgesetz als neues Beamtenbundesrecht für die Beamtinnen und Beamten der Länder, NJW 2009, 1115 (1115).

894 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II, 1., b.

895 RGSt 39, 321; RG JW 1936, 2081; RG JW 1938, 3050).

896 RGSt 29, 426 (430).

897 BGHSt 41, 140 (142).

898 Vgl. insoweit die Ausführungen zu § 172 GVG unter **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., 1., d., ee., (3).

899 Vgl. OLG München GRUR-RR 2004, 145 (146 f.).

an die sog. Geschäftsherrenhaftung⁹⁰⁰ der Geschäftsleitung bzw. Unternehmensführung bei betriebsbezogenen Straftaten zu denken. Unabhängig davon, ob man diese in der Form anerkennt, dass sich hieraus auch eine Straftatverhinderungspflicht herleiten lässt,⁹⁰¹ ist doch die Verletzung derselben ein Indiz für die „tendenziell geminderte“⁹⁰² Schutzwürdigkeit. Ein Versagen unternehmensinterner Schutzmaßnahmen müsste insoweit im Einzelfall untersucht werden.

Eine Einschränkung des wesentlichen Überwiegens der Erhaltungsrechtsgüter ergibt sich allerdings, wenn das Unternehmen ein Hinweisgebersystem installiert hat. Zwar legt der Geheimnisinhaber bei ordnungsgemäßer Nutzung des Systems einen geringeren Wert auf den Schutz seines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses,⁹⁰³ zugleich drückt er damit jedoch aus, dass er die Schutzwürdigkeit gegenüber anderen Stellen höher einschätzt.⁹⁰⁴

Betrachtet man die sog. „Stufensysteme“ anderer Rechtsordnungen⁹⁰⁵ und die deutsche Rechtsprechung⁹⁰⁶ zum Whistleblowing, insbesondere im Rahmen des Arbeitsrechts,⁹⁰⁷ so muss im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes konstatiert werden, dass die Nutzung des Hinweisgebersystems insoweit ein milderes Mittel darstellt.⁹⁰⁸ Solange die Wahrscheinlichkeit eines Schadens für die Eingriffsrechtsgüter gering gehalten werden kann, was bei einem Hinweisgebersystem im Vergleich zu einem Hinweis an die Ermittlungsbehörden der Fall ist, muss zunächst auch diese Möglichkeit vom Whistleblower gewählt werden.

(3) Benachrichtigung der Allgemeinheit

Ergänzend zu den obigen Ausführungen ist festzuhalten, dass der mögliche Schaden für die Rechtsgüter des § 17 UWG bei einem Hinweis an die Öffentlichkeit am größten ist. Dies gilt trotz der genannten Einschränkung auch für „illegale Geheimnisse“. Der Hinweis an die Presse kommt einer schutzlosen Preisgabe des Geheimnisses gleich, sodass

900 Insbesondere die Sicherstellung rechtmäßigen Verhaltens der Mitarbeiter sowie Schutz- und Überwachungspflichten (vgl. *Reichert/Ott*: Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173).

901 So ausdrücklich *Rönnau/Schneider*: Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, ZIP 2010, 53 (57).

902 *MK-Erb*: StGB, Band 1, München 2003, § 34, Rn. 135.

903 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., 1., d., ee., (2).

904 *Briegel*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistle-blowing-Systeme, Wiesbaden 2009, S. 91; *Schneider*: Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, Köln 2009, S. 65.

905 Vgl. oben insbesondere **Begriffsbestimmung**, 2. Kap., B.

906 Vgl. die sog. „Stufentheorie“ des BGH, als solche bezeichnet von BVerfGE 28, 191 (202) m.w.N.

907 **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., A.

908 Vgl. *KK-Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 30; *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 141; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 31.

für ein wesentliches Überwiegen der Erhaltungsinteressen gewichtige Argumente gefunden werden müssen.

Zunächst hat die Öffentlichkeit ein berechtigtes Interesse an der Aufdeckung und Aufklärung von Straftaten, gleich welcher Art. Informationsansprüche werden grundsätzlich nicht nur durch Art. 5 Abs. 1 GG gestützt, sondern auch durch Auskunftsansprüche der Presse beispielsweise aus dem Informationsfreiheitsgesetz⁹⁰⁹ oder auch den §§ 22, 23 KUG.⁹¹⁰ Ungeachtet der Betroffenheit der Normen beim Whistleblowing sind diese Ansprüche nicht schrankenlos gewährt.⁹¹¹ Bloßes Interesse der Öffentlichkeit genügt nicht, um die Nachteile einer Veröffentlichung zu überwiegen; vielmehr bedarf es des Vorliegens gravierender Rechtsbrüche.⁹¹² Auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur „Flucht in die Öffentlichkeit“⁹¹³ wird klar, dass Zurückhaltung bei der Veröffentlichung von internen Angelegenheiten geboten ist.⁹¹⁴ Wenn man die internationalen Normierungen zum Whistleblowing betrachtet, wird deutlich, dass ein Gang an die Öffentlichkeit immer an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist. In Großbritannien beispielsweise muss neben anderen Voraussetzungen ein erfolgloser Abhilfeversuch bei einem *regulator* vorausgegangen sein oder dem Hinweisgeber müssen Repressalien drohen.⁹¹⁵ Ähnliche Bedingungen stellt zunächst auch der § 612a BGB n.F. als geplante Vorbereitung der Umsetzung des Art. 9 des Zivilrechtsübereinkommens des Europäischen Rates vom 04.11.1999.⁹¹⁶ Als Argument kann dies insoweit jedoch nicht dienen, da das Gesetzgebungsvorhaben gerade nicht umgesetzt wurde.

Eine weitere Orientierung bietet die Wertung, welche aus § 139 Abs. 3 StGB hervorgeht. Die Nichtanzeige geplanter Straftaten durch Berufsgeheimnisträger (§ 139 Abs. 3 Satz 2 StGB) ist abgesehen von den Taten in § 139 Abs. 3 Nr.1–3 StGB straffrei, wenn sich der Geheimnisträger ernsthaft bemüht, einen anderen von der Tat abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden. Das heißt, dem Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnis⁹¹⁷ wird selbst gegenüber den in § 138 StGB aufgezählten Straftaten hohe Bedeutung zugemessen, wenn ein ernsthaftes Bemühen bei Berufsgeheimnisträgern für die Straffreiheit genügen kann.

Auch die Bedeutung des Whistleblowings an sich für eine aufmerksame und mutige Gesellschaft, wie vielfach propagiert, scheitert an der Hürde des *Ultima-Ratio*-Charakters⁹¹⁸ des § 34 StGB. Grundsätzlich ist die Abwälzung einer Gefahr – hier für

909 Insbesondere §§ 5, 6 IFG.

910 Vgl. BGH NJW 1994, 1950; OLG Köln NJW 2000, 1278; OLG Karlsruhe NJW 1995, 899.

911 Art. 5 Abs. 2 GG.

912 BVerfGE 184, 117 ff. sog. „Wallraff-Urteil“.

913 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., A.

914 BVerwGE 76, 76 (79 f.).

915 Sec. 43 G und H ERA.

916 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 2. Kap., H., III.

917 In § 203 Abs. 1 StGB ausdrücklich aufgeführt.

918 LK-*Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 76.

die Erhaltungsrechtsgüter – zulasten Dritter⁹¹⁹ als Störung des allgemeinen Rechtsfriedens nicht hinnehmbar.⁹²⁰ Gerade in Abgrenzung zum Denunziantentum⁹²¹ kann das Whistleblowing auf diese Art und Weise auch (noch) nicht als anerkannte Wertvorstellung der Allgemeinheit angesehen werden, was bei der Interessenabwägung durchaus zu beachten wäre. Zudem stehen auf Erhaltungsseite keine gravierenden Gefahren für Leib oder Leben, die durch die Notstandshandlung beseitigt werden müssten.⁹²² Auch mit der Sozialpflichtigkeit des Eigentums Art. 14 Abs. 2 GG, sofern man das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis unter den Eigentumsbegriff subsumiert, lässt sich in Anbetracht der klaren gesetzlichen Wertung durch die Bestrafung des Geheimnisverrats über § 17 UWG nicht argumentieren.

Endgültig gegen ein wesentliches Überwiegen spricht mithin, dass die Geeignetheit eines Ganges an die Öffentlichkeit jene der Anzeige an Ermittlungsbehörden nur schwach überwiegt. Wendet sich der Whistleblower daher direkt an die Öffentlichkeit, steht dies in keinem Verhältnis zu den drohenden Gefahren für die Rechtsgüter des § 17 UWG.

gg. Fazit der Interessenabwägung

Ein wesentliches Überwiegen der Erhaltungsrechtsgüter gegenüber den Eingriffsrechtsgütern des § 17 UWG ist bei einem Hinweis an ein Hinweisgebersystem und bei einer Mitteilung gegenüber Ermittlungsbehörden, sofern im konkreten Fall kein (funktionierendes) Hinweisgebersystem vorhanden ist, gegeben. Die Benachrichtigung der Allgemeinheit und der Medien kommt als rechtfertigende Notstandshandlung jedoch nicht in Betracht.

Weitere Einschränkungen des objektiven Rechtfertigungselements sind – auch hinsichtlich der Angemessenheit des Mittels (§ 34 Satz 2 StGB) – nicht ersichtlich.

e. Subjektives Rechtfertigungselement

In subjektiver Hinsicht setzt § 34 StGB die Kenntnis der rechtfertigenden Sachlage, d.h. das Wissen um die tatsächlichen Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes, voraus.⁹²³ Dabei muss der Rettungswille nicht das Hauptmotiv für die Notstandshandlung sein. Vielmehr sind andere (sogar überwiegende) Beweggründe nicht ausgeschlossen.⁹²⁴ Das dem Whistleblowing anhaftende uneigennütziges Element, welches zwar nicht

919 Dritter selbstverständlich nur, wenn nicht im Einzelfall nur die Rechtsgüter der §§ 263, 266 StGB als Erhaltungsrechtsgüter tangiert sind.

920 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 40.

921 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 5. Kap., B.

922 Zur Wertigkeit bei Gefahren für Leib oder Leben gegenüber Sachwerten: *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 56.

923 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 34, Rn. 17; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 48; *Lackner/Kühl*: StGB, 26. Auflage, München 2007, § 34, Rn. 5; *LK-Rönnau*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, Vor § 32, Rn. 82ff; *NK-Neumann*: StGB, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 34, Rn. 106.

924 *LK-Zieschang*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34, Rn. 47.

zwingend ist, aber doch oftmals zumindest mitschwingt,⁹²⁵ spricht dafür, dass die vollständige Rechtfertigung des Whistleblowers trotz beispielsweise der tatbestandlichen Absichten des § 17 UWG in der Regel nicht am fehlenden subjektiven Rechtfertigungsmerkmal scheitern wird.⁹²⁶ Ist dies dennoch der Fall, bleibt die Strafbarkeit des Versuches (§ 17 Abs. 3 UWG).⁹²⁷

Der Hinweisgeber kann unter den genannten Voraussetzungen daher über § 34 StGB gerechtfertigt sein, sodass die Strafbarkeit entfiele.

2. *Allgemeine Interessen- und Güterabwägung und Wahrnehmung berechtigter Interessen*

Neben der Güter- und Interessenabwägung in § 34 StGB mit dem engsten Abwägungsmaßstab durch die Voraussetzung des *wesentlichen* Überwiegens der Erhaltungsrechtsgüter kommt zumindest noch beim Geheimnisschutz des § 203 StGB eine sog. allgemeine Güter- und Interessenabwägung⁹²⁸ in Betracht, die ein *einfaches* Überwiegen genügen lässt, da der Bereich strafloser Offenbarungsmöglichkeiten ansonsten zu weit eingeschränkt sei.⁹²⁹ Unabhängig davon, ob sich diese Annahme überhaupt uneingeschränkt auf § 17 UWG übertragen lässt und dass sich die Kommentierungen nur auf höchstrichterliche Rechtsprechung *vor* Einführung des § 34 StGB beziehen, sind die Unterschiede zur Interessenabwägung im Rahmen des Notstands grundsätzlich nur gering.⁹³⁰ Das gegenüber § 32 StGB weite Verständnis der Gegenwärtigkeit und der Umstand, dass nach der herrschenden Ansicht selbst bei einer allgemeinen Güter- und Interessenabwägung mit der Tat keine präventiven Zwecke verfolgt werden können,⁹³¹ zeigen, dass auch für das Whistleblowing keine andere Bewertung mit der Anerkennung eines geringeren Abwägungsmaßstabes einherginge.

Zu einer Rechtfertigungsmöglichkeit mit ähnlicher Begründung – nach den Grundsätzen einer Güter- und Interessenabwägung soll die Tat ein angemessenes Mittel zur Wahrnehmung berechtigter Interessen darstellen – kommen auch Vertreter, die § 193 StGB analog oder direkt anwenden wollen.⁹³² Ungeachtet dessen, dass als Voraussetzung für eine Analogie schon eine Regelungslücke fehlt (§ 34 StGB) und sich die in § 193 StGB manifestierte Bedeutung des Grundrechts der Meinungsfreiheit nicht

925 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., B.

926 So auch *Ambos*: Die Chance nutzen, FAZ vom 11.02.2010, S. 6 zur sog. Schweizer Steueraffäre.

927 So die h.M. vgl. *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 16, Rn. 23; *NK-Neumann*: StGB, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 34, Rn. 109 m.w.N.

928 Vgl. *SSW-Bosch*: StGB, Köln 2009, § 203, Rn. 40; *Lackner/Kühl*: StGB, 26. Auflage, München 2007, § 203, Rn. 25.

929 OLG Köln NJW 2000, 3656 (3657).

930 *Sieber*: Der strafrechtliche Schutz des Arzt- und Patientengeheimnisses unter den Bedingungen der modernen Informationstechnik, FS Eser, 2005, S. 1155 (1177).

931 *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 141 m.w.N.

932 Vgl. *SSW-Bosch*: StGB, Köln 2009, § 203, Rn. 40; *Otto*: Strafrechtliche Konsequenzen aus der Ermöglichung der Kenntnisnahme von Bankgeheimnissen in einem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut durch Wartungs- und Servicepersonal eines Computer-Netzwerkes, *wistra* 1999, 201 (204) m.w.N.

ohne Weiteres auf andere Straftatbestände übertragen lässt,⁹³³ sind im Ergebnis auch hier keine Abwägungsunterschiede zu sehen.⁹³⁴

III. Grundrechte

Die direkte Heranziehung von Grundrechten⁹³⁵ als Rechtfertigungsgrund ist äußerst umstritten.⁹³⁶ Zum einen sind Grundrechte nicht schrankenlos gewährt und müssen sich auch ihrerseits im Wege praktischer Konkordanz an grundrechtlich geschütztem Verhalten anderer messen lassen. Zum anderen steht daher am Ende jeder Prüfung grundrechtlichen Schutzes das Prinzip der Interessenabwägung (Verhältnismäßigkeitsprüfung), welche der des § 34 StGB gleicht.⁹³⁷ Ob nun die tangierten Grundrechte schon bei der Güter- und Interessenabwägung des § 34 StGB Berücksichtigung finden oder erst in einer gesonderten Prüfung, kann hier im Ergebnis nicht zu einer anderen Einschätzung der Rechtfertigungsfrage führen, zumal zumindest anonyme Anzeigen nicht unter den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG fallen.⁹³⁸ Der Hinweisgeber will in diesem Fall unerkannt bleiben und gerade keine Meinung abgeben, sodass das konstituierende Element der Subjektivität fehlt.⁹³⁹

Hervorzuheben ist allerdings das Handeln eines Hinweisgebers aus Gewissensgründen,⁹⁴⁰ da es eine Beachtung des Art. 4 GG im Rahmen der Rechtfertigung nahelegt. Es ist dabei jedoch schon problematisch, ob beim Whistleblowing überhaupt eine „echte Gewissenstat“⁹⁴¹ vorliegt. Unter Gewissensentscheidung wird nämlich „jede ernste sittliche, an den Kategorien ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung [verstanden], die der einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, sodass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.⁹⁴² Das über die Gewissensfreiheit geschützte Verhalten orientiert sich insofern an einem höchstpersönlichen ethischen Maßstab⁹⁴³ und muss den „Charakter eines unab-

933 LK-Rönnau: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, Vor § 32, Rn. 304; NK-Paeffgen: StGB, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, Vor §§ 32 ff., Rn. 169; Lenckner, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 30.

934 Schmitz: Verletzung von (Privat-)geheimnissen – Qualifikationen und ausgewählte Probleme der Rechtfertigung, JA 1996, 949 (953 f.).

935 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., B., I.

936 LK-Rönnau: StGB, 12. Auflage, Berlin, 2006, Vor § 32, Rn. 138 ff.

937 Otto: Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlicher gleichrangiger Interessen, Jura 2005, 470 (471).

938 BAG NJW 2004, 1547 (1549).

939 ErfK-Dieterich, 10. Auflage, München 2010, Art. 5, Rn. 5.

940 **Begriffsbestimmung**, 4. Kap., B.

941 Lenckner, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, Vorbem §§ 32 ff., Rn. 119.

942 BVerfGE 12, 45 (55); 48, 127 (173); BVerfG DVBl. 2005, 1455 (1456); Böse: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (ins-besondere § 34 StGB), ZStW 113 (2001), 40 (48f.); Radtke: Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, 19 (21).

943 Morlok, in: Dreher: GG, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 4, Rn. 82.

weisbaren, den Ernst eines die ganze Persönlichkeit ergreifenden sittlichen Gebots⁹⁴⁴ darstellen, da die Gewissensentscheidung einer innerlichen moralischen Steuerung unterliegt.⁹⁴⁵ Nicht jedes gewissensgeleitete Verhalten erfüllt somit die Voraussetzungen, die den Schutzbereich des Art. 4 GG eröffnen. Beim einzelnen Whistleblower ist regelmäßig keine ernsthafte Gewissensnot in der Ausprägung eines höchstpersönlichen Interessenkonflikts mit existenziellem Charakter⁹⁴⁶ vorhanden. Es kommt hinzu, dass der Schutzbereich in keiner Weise verletzt wird, denn dem Hinweisgeber stehen „gewissensschonende“⁹⁴⁷ und damit zumutbare Handlungsalternativen – wie im Rahmen des § 34 StGB gezeigt – zur Verfügung.⁹⁴⁸ Andere Rechtsgüter, deren Schutz das Strafrecht bietet, bilden insoweit eine immanente Schranke.⁹⁴⁹

IV. Gesetzliche Auskunftspflicht- und Aussagepflichten und -rechte

Eine unbefugte und damit rechtswidrige Mitteilung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses scheidet auch dann aus, wenn der Hinweisgeber gesetzlichen Auskunftspflicht- und Aussagepflichten ausgesetzt ist.⁹⁵⁰ Für § 138 StGB wurde dies bereits erwähnt. Der Vorrang der Anzeigepflicht bei den enumerativ angegebenen Delikten gegenüber den Geheimhaltungsinteressen wird somit, insbesondere durch § 139 StGB, deutlich. Aber auch die §§ 52 ff. StPO und §§ 76, 94 ff. StPO zeigen, dass im Straf(verfahrens)recht das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.⁹⁵¹ Das gesetzgeberische Abwägungsergebnis zwischen Geheimnisschutz- und Strafverfolgungsinteressen ist hier eindeutig geregelt.⁹⁵² Im Gegensatz zum Zivilprozessrecht (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO) findet sich in der StPO nämlich gerade kein Zeugnisverweigerungsrecht wegen eines betroffenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses.

Daneben existieren weitere ausdrückliche Auskunftspflichten wie zum Beispiel § 52 GmbHG i.V.m. § 93 AktG,⁹⁵³ § 320 HGB, §§ 31, 31a AO, §§ 3 Abs. 4 Satz 2, 11 GwG. Für das Whistleblowing zur Bekämpfung von Wirtschaftsstraftaten und Korruption sind diese Regelungen jedoch von nur geringer Bedeutung, da sie in der Regel keinen hier diskutierten Missstand beinhalten.

Als Rechtfertigungsgründe kämen auch die für die Begriffsbestimmung herangezogenen Normierungen infrage.⁹⁵⁴ Bei § 8 Abs. 1 PKGrG und § 37 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BeamStG

944 BVerfGE 12, 45 (55).

945 *Morlok*, in: *Dreher*: GG, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 4, Rn. 81.

946 *Roxin*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 22, Rn. 103.

947 *Morlok*, in: *Dreher*: GG, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 4, Rn. 88.

948 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 4, Rn. 48.

949 *Radtke*: Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, 19 (33f.).

950 Statt aller: *Diemer*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 21.

951 *Harte-Bavendamm* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2. Auflage, München 2009, § 17, Rn. 11.

952 *Sieber*: Kollision von materiellem und prozessualen Strafrecht, FS Roxin, 2001, S. 1113 (1131).

953 *Tiedemann*, in: *Scholz*: GmbH Gesetz, II. Bd., 10. Auflage, Köln 2010, § 85, Rn. 21.

954 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., B.

fehlt es allerdings schon an der Betroffenheit der Normadressaten. Sowohl § 13 AGG als auch § 84 BetrVG erfassen als Gegenstand der Anzeige nur Benachteiligungen oder ungerechte Behandlungen; bei § 84 BetrVG sind diese zudem nur an die zuständige Stelle des Betriebes zu richten. § 17 Abs. 2 ArbSchG erfasst lediglich die Anzeige an den Arbeitgeber und an die zuständige Behörde bei Problemen der (Arbeits-)Sicherheit und des Gesundheitsschutzes, sodass eine Rechtfertigung bei einem Gang an die Öffentlichkeit ausscheidet.

B. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts

Für die sonstigen Geheimnisschutzvorschriften ergeben sich Unterschiede auf der Rechtfertigungsebene. Dies kann zwar nicht für die Einwilligung konstatiert werden,⁹⁵⁵ jedoch darf das Ergebnis der Interessenabwägung im Rahmen des § 34 StGB nicht ohne Weiteres auf die anderen Geheimnisschutzvorschriften übertragen werden.

Hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter zeigt sich eine ähnliche Diskussion wie bei § 17 UWG. Grundsätzlich soll das (Individual-)Interesse an der Wahrung des Geheimnisses des jeweiligen Rechtsträgers geschützt sein, was vom jeweiligen Strafantragserfordernis abgeleitet wird.⁹⁵⁶ Doch auch hier wird kritisiert, dass Rechtsgut und Handlungsobjekt verwechselt würden, sodass primär nur das Vermögen und damit auch die wettbewerbliche Entfaltungsfreiheit geschützt seien.⁹⁵⁷ Bei der Betrachtung der Rechtsgüter an sich ergeben sich somit keine Änderungen in der Interessenabwägung des § 34 StGB.

Anders kann es sich bei der Bestimmung des Rangverhältnisses der kollidierenden Rechtsgüter darstellen.⁹⁵⁸ Im Gegensatz zu § 17 UWG handelt es sich um *absolute* Antragsdelikte, die als Vergehen (§ 12 Abs. 2 StGB) *keine* Versuchsstrafbarkeit anordnen. Ein geringerer Rang gegenüber den Erhaltungsrechtsgütern liegt somit scheinbar auf der Hand. Allerdings schützen die Vorschriften nicht nur dasselbe Handlungsobjekt, das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, sondern sind hinsichtlich des Rechtsgutes zumindest teildentisch. Es wird zudem von der ergänzenden Funktion des nebenstrafrechtlichen Schutzes gesprochen, sodass dieser – wie die Weite der Tatbestände zeigt – nicht hinter dem des § 17 UWG zurückstehen kann.

Im Ergebnis ergibt sich somit keine andere Interessen- bzw. Güterabwägung und somit auch keine andere Beurteilung der Rechtswidrigkeit für die nebenstrafrechtlichen Geheimnisschutzvorschriften.

955 Hier gilt zu § 17 UWG Gesagtes.

956 Janssen, in: *Park*: Kapitalmarktstrafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2008, § 19 PublG, Rn. 3; ErfK-Kania, 10. Auflage, München 2010, § 120 BetrVG, Rn. 1; Wache, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 176. Auflage, München 2009, § 138 VAG, Rn. 2; Taschke, in: *Semler/Stengel*: Umwandlungsgesetz, 2. Auflage, München 2007, § 315, Rn. 1; Schaal, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 85 GmbHG, Rn. 9; Pöhlmann, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*: Genossenschaftsgesetz, 3. Auflage, München 2007, § 151, Rn. 2.

957 Hefendehl, in: *Spindler/Stilz*, AktG, Band 2, München 2007, § 404, Rn. 4.

958 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., 1., d., dd.

C. Geheimnisschutzvorschriften (im weiteren Sinne) des Kernstrafrechts

I. §§ 203, 204 StGB

Die im Gegensatz zu § 17 UWG andere Reichweite des Schutzgutes und damit auch die der betroffenen Geheimnisträger hat Einfluss auf die Frage nach der Rechtfertigung des Hinweisgebers bei den §§ 203, 204 StGB, insbesondere bei der Einwilligung.

Während die Einwilligung bezüglich eines Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses die Geschäftsfähigkeit des Geheimnisträgers voraussetzt, ist dies für die Geheimnisse des persönlichen Lebensbereiches nicht notwendig und stellt daher eine geringere Anforderung dar.⁹⁵⁹ Ansonsten ergeben sich grundsätzlich keine Unterschiede im Vergleich zu § 17 UWG.

Streitig ist jedoch, wer bei einem sog. Drittgeheimnis dispositionsbefugt ist. Dies ist insoweit hier von Belang, als dass der vom Geheimnis Betroffene, hier der Täter der Wirtschafts- und Korruptionsdelikte, kaum in die Offenbarung einwilligen wird.

Einer Auffassung nach ist aber nur dieser befugt über das Drittgeheimnis zu verfügen, sodass eine Rechtfertigung im Wege der Einwilligung beim Hinweisgeben regelmäßig ausfiele.⁹⁶⁰ Der Normzweck – der Schutz der informationellen Selbstbestimmung – gebiete es, dass nur der Betroffene, nicht aber der Anvertrauende über das Geheimnis disponieren könne. Dies gelte erst recht, wenn das Geheimnis dem Hinweisgeber *sonst bekannt geworden* ist. Andere sehen darin eine Überdehnung des strafrechtlichen Schutzes im Rahmen des § 203 StGB und erachten den Anvertrauenden zumindest zusätzlich als verfügungsbefugt.⁹⁶¹ Der Sonderdeliktcharakter des § 203 StGB zeige, dass nur bestimmte Angriffsmodalitäten sanktioniert seien.⁹⁶² Diejenigen, welche diese Modalitäten in Form von vertraglichen Beziehungen (beispielsweise das Mandatsverhältnis zum Rechtsanwalt) und somit die Schweigepflicht erst begründen, könnten diese auch wieder (mit-)aufheben. Für das Whistleblowing hätte diese Ansicht folgende Konsequenzen:

Der in einem Hinweisgebersystem tätige Rechtsanwalt, welcher seinerseits einen Hinweis über die ihm gegenüber angezeigten Straftaten eines Dritten gibt, wäre gerechtfertigt, wenn der ursprüngliche Whistleblower in die Weitergabe einwilligt. Voraussetzung ist jedoch, dass „Auftraggeber“ des Rechtsanwaltes der ursprüngliche Whistleblower und nicht das Unternehmen ist.

Welcher Auffassung hier zu folgen ist, hängt maßgeblich davon ab, welches Rechtsgut man bei § 203 StGB vorwiegend als geschützt ansieht.

Zum einen wird von der h.M. vertreten, dass primär der persönliche Lebens- und Geheimbereich als Individualinteresse des Betroffenen geschützt sei. Dieses wird unmittelbar auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

959 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 203, Rn. 32.

960 OLG Hamburg NJW 1962, 689 (691); NK-*Kargl*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203, Rn. 55; MK-*Cierniak*: StGB, Band 3, München 2003, § 203, Rn. 78 m.w.N.

961 LK-*Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 99; OLG Köln NStZ 1983, 412.

962 LK-*Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 99.

und das darin enthaltene Recht auf informationelle Selbstbestimmung gegründet. Allgemeininteressen, insbesondere das allgemeine Vertrauen und die Funktionsfähigkeit der aufgeführten Berufsgruppen, seien nur sekundär geschützt.⁹⁶³

Zum anderen wird aber gerade auch das Gegenteil behauptet. Im Vordergrund stehe der überindividuelle Rechtsschutz wegen der sozialrechtlichen Funktion des § 203 StGB.⁹⁶⁴ Dies stünde jedoch im Widerspruch zu der allgemein angenommenen Einwilligungsbefugnis des Geheimnisträgers beim Eigengeheimnis. Es ist daher von einem vorrangig auf Individualinteressen bezogenen Rechtsgutsschutz auszugehen, sodass auch nur der verfügungsberechtigt ist, welcher sich auf eine Verletzung seines Rechtsguts berufen könnte. Dies ist mithin der vom Geheimnis Betroffene. Eine Einwilligung wird daher bei §§ 203, 204 StGB keine Rolle spielen.

Doch auch bei §§ 203, 204 StGB kommt eine Rechtfertigung über § 34 StGB infrage. Es ergeben sich jedoch Änderungen gegenüber der Bewertung des strafrechtlichen Risikos bei § 17 UWG.

Zunächst kann bei einem Hinweis an ein Whistleblowing-System die Installation des Systems selbst nicht – wie bei § 17 UWG – als Indiz für einen geringeren Schutz des Geheimnisses betrachtet werden, da Geheimnisträger und die für die Installation zuständigen Organe nicht identisch sind.

Des Weiteren muss das oben genannte Stufenverhältnis⁹⁶⁵ der beiden Geheimnisschutzvorschriften berücksichtigt werden.⁹⁶⁶ Wie bereits dargestellt, gelten für eine Rechtfertigung bei § 203 StGB aus den genannten Gründen strengere Maßstäbe als bei § 17 UWG. Sofern eine konkrete Gefahr weiterer Rechtsbrüche in Kombination mit dem Fehlen milderer Abwehrmittel⁹⁶⁷ vorliegt und die bevorstehende Straftat von nicht unerheblichem Gewicht ist, kommt eine Rechtfertigung auch bei § 203 StGB in Betracht.⁹⁶⁸ Bei den in Rede stehenden Erhaltungsrechtsgütern der Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten handelt es sich um Rechtsbrüche von einiger Gefährlichkeit. Dennoch müssen sie sich im konkreten Einzelfall und in ihrem konkreten Ausmaß am Maßstab des § 138 StGB und des § 139 Abs. 3 StGB orientieren.⁹⁶⁹ Nur bei bevorstehendem (wirtschaftlich) hohem Schaden⁹⁷⁰ kann eine Rechtfertigung infrage kommen. Die Auf-

963 BGHZ 115, 123; 122 115; *Michalowski*: Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen, ZStW 109 (1997), 519 (522) m.w.N. Ob darüber hinaus bei einem Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis auch noch das Vermögen geschützt sein soll, vgl. *Rogall*: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen -, NStZ 1983, 1 (4).

964 *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 3.

965 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., d., ff.

966 *Tiedemann*, in *Scholz*: GmbH Gesetz, II. Bd., 10. Auflage, Köln 2010, § 85, Rn. 25, und *Michalowski*: Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen, ZStW 109 (1997), 519 (530).

967 *LK-Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 141.

968 Nähere Ausführungen siehe oben **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., d., ff.

969 *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 31.

970 *Dahs*: Anmerkung zu BGHSt 34, 190, JR 1987, 476.

deckung einer langjährigen Schmiergeldpraxis oder einer sog. „schwarzen Kasse“ erfüllt die Voraussetzungen, nicht aber Einzeltaten auf geringem monetärem Niveau.⁹⁷¹

II. § 355 StGB

Auch bei § 355 StGB ergeben sich auf der Ebene der Rechtfertigung gegenüber § 17 UWG Unterschiede, denn zumindest für die *Offenbarung* eines Steuergeheimnisses existiert mit § 30 Abs. 4 AO eine spezielle gesetzliche Befugnis. § 30 Abs. 4 AO stellt eine nicht abschließende Rechtfertigungsmöglichkeit dar.⁹⁷² Insbesondere § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ist für das hier thematisierte Whistleblowing relevant. Eine Offenbarungsbefugnis bei Bestehen eines zwingenden öffentlichen Interesses ist ausdrücklich vorgesehen. Zwingend meint dabei einen sehr hohen Gefahrengrad und dass die Information nicht auf andere Weise zur Kenntnis der „ersuchenden Behörde oder Stelle“⁹⁷³ gelangen kann. Es müssen schwere Nachteile für das allgemeine Wohl vorliegen.⁹⁷⁴ Ein Teil der Literatur verlangt zudem eine restriktive Auslegung des sehr weiten Begriffs.⁹⁷⁵ Ausgeschlossen sind dem Wortlaut nach private Interessen, sodass nur für diese § 34 StGB noch angewendet werden kann.⁹⁷⁶ Hinsichtlich öffentlicher Interessen wird § 34 StGB von der spezielleren Regelung des § 30 Abs. 4 AO verdrängt.⁹⁷⁷ Der Begriff *namentlich* stellt eine beispielhafte Aufzählung in § 30 Abs. 4 Nr. 5 a) – c) dar.⁹⁷⁸ Es soll damit ausgedrückt werden, dass weitere Fälle zwingenden öffentlichen Interesses denkbar sind, diese müssen jedoch mit den weit ausformulierten Beispielen vergleichbar sein.⁹⁷⁹

Zunächst liegt ein zwingendes öffentliches Interesse wegen einer Wirtschaftsstraftat auf der Hand. Der Begriff ist nicht näher bestimmt, wenngleich nach der h.M. eine Orientierung an § 74c StPO⁹⁸⁰ erfolgt und darunter alle Delikte zu verstehen sind, bei denen das überindividuelle Wirtschaftsleben oder die gesamtwirtschaftliche Ordnung betroffen sind.⁹⁸¹

971 Vgl. *Kohlhaas*: Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht, GA 1958, 65 (74), der als unzureichende Straftaten beispielhaft „Wirtshausschlägereien“ oder „Einzelabtreibungen“ nennt.

972 *NK-Kuhlen*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 355, Rn. 28 m.w.N.

973 *LK-Träger*: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 50.

974 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 355, Rn. 27.

975 *Intemann*, in: *Pahlke/Koenig*: Abgabenordnung, 2. Auflage, München 2009, § 30, Rn. 226; a.A. *Rüsken*, in: *Klein*: Abgabenordnung, 10. Auflage, München, 2009, § 30, Rn. 182.

976 *NK-Kuhlen*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 355, Rn. 28; *SSW-Bosch*: StGB, Köln 2009, § 355, Rn. 10.

977 So die h.M. vgl. *NK-Kuhlen*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 355, Rn. 28 m.w.N.

978 *Stahl/Demuth*: Strafrechtliches Verwertungsverbot bei Verletzung des Steuergeheimnisses – Ein Zwischenruf im Fall Zumwinkel, DStR 2008, 600 (602).

979 *MK-Schmitz*: StGB, München 2006, § 355, Rn. 84; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 355, Rn. 27; *Rüsken*, in: *Klein*: Abgabenordnung, 10. Auflage, München 2009, § 30, Rn. 182.

980 BT-Drs. 7/4292, S. 18.

981 *LK-Träger*: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 65; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 355, Rn. 29; *Rüsken*, in: *Klein*: Abgabenordnung, 10. Auflage, München 2009, § 30, Rn. 185.

Des Weiteren kommt ein zwingendes öffentliches Interesse wegen Verbrechen oder schwerer Vergehen gegen den Staat und seine Einrichtungen in Betracht. Primär sollen damit Staatsschutzdelikte gem. §§ 80 ff. StGB und Straftaten gemeingefährlicher Art erfasst werden. Aber auch schwere Korruptionsfälle und Untreuehandlungen zulasten des Staates könnten gemeint sein. Manche gehen jedoch davon aus, dass ein Rückgriff auf § 30 Abs. 4 Nr. 5 a) AO wegen Nr. 5 b) nicht notwendig sei; Eigentums- und Vermögensdelikte zulasten des Fiskus fielen unter Nr. 5 b).⁹⁸² Dort bleiben Korruptionsstraftaten allerdings unerwähnt. Zuzugeben ist dieser Auffassung dahingehend, dass – unabhängig von der Zuordnung zu einer bestimmten Alternative des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO – die Intensität des Delikts, um ein zwingendes öffentliches Interesse begründen zu können, zu diesen Alternativen identisch sein muss. Folglich müssten sowohl eine Korruptions- als auch eine Wirtschaftsstraftat geeignet sein, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern.

Von einer erheblichen Störung der wirtschaftlichen Ordnung kann nur ausgegangen werden, wenn der vermeintliche Schaden oder die Art und Weise der Begehung Tiefen- und Breitenwirkung hat.⁹⁸³ Maßgeblich ist die Zahl der geschädigten Personen und die Höhe des verursachten Schadens.⁹⁸⁴ Das niedersächsische Finanzgericht hat eine Summe von 350.000 DM für ausreichend erachtet.⁹⁸⁵ Ganze Wirtschaftszweige sowie politische und staatliche Instanzen müssten mit einbezogen und beeinträchtigt sein.⁹⁸⁶ Hierunter können beispielsweise strafbar herbeigeführte Insolvenzen eines Großunternehmens, welches kleine Unternehmen mit in die Insolvenz nimmt,⁹⁸⁷ bedeutende Bestechungsfälle⁹⁸⁸ oder Serienbetrügereien⁹⁸⁹ verstanden werden. Betrachtet man den Sinn und Zweck der Einführung von Hinweisgebersystemen, insbesondere der Regelungen des SOX, so wird klar, dass gerade „Skandale“ solcher Tragweite vermieden werden sollen. Die aktuelle Wirtschaftskrise und die laufenden straf- und zivilrechtlichen Verfahren gegen Verantwortliche in den Banken und Unternehmen unterstreichen zudem, dass diese Rechtfertigungsmöglichkeit für das Whistleblowing höchste Relevanz hat. Auch hinsichtlich des Vertrauens der Allgemeinheit, der Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs und der ordnungsgemäßen Arbeit der Behörden müsste ein allgemein spürbarer Missbrauch wirtschaftlicher Positionen von ähnlicher Intensität und Dimension vorliegen. Als Beispiele seien hier der sog. „Kölner Müllskandal“⁹⁹⁰, die

982 LK-Träger: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 61; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 355, Rn. 28.

983 LK-Träger: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 66.

984 BGH NJW 1982, 1649.

985 Es handelte sich um den Fall, dass von einem Landwirt innerhalb von zwei Jahren Subventionen in Höhe von 350.000 DM erschlichen wurden (FG Niedersachsen EFG 1991, 436).

986 LK-Träger: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 66.

987 MK-Schmitz: StGB, München 2006, § 355, Rn. 79.

988 Intemann, in: Pahlke/Koenig: Abgabenordnung, 2. Auflage, München 2009, § 30, Rn. 238.

989 Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 355, Rn. 28.

990 BGH NSTZ 2006, 210.

sog. „CDU-Spendenaffäre“⁹⁹¹ oder der „Siemens-Prozess“⁹⁹² genannt, welche der hohen Schwelle der Gefährlichkeit,⁹⁹³ die § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO fordert, gerecht werden. Eine Rechtfertigung des Whistleblowers als Amts- bzw. Funktionsträger ist unter diesen Voraussetzungen daher grundsätzlich möglich.

Ob dies auch für einen Hinweis an die Allgemeinheit und die Presse gilt, lässt sich dem Wortlaut des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO nicht unmittelbar entnehmen.

Ein zwingendes öffentliches Interesse liegt jedoch nur vor, wenn die Wirtschaftsstraftat *verfolgt wird* oder *verfolgt werden soll*. Wird eine Straftat *verfolgt*, so ist ein Ermittlungsverfahren bereits anhängig, sodass nur die Strafverfolgungsorgane oder Strafgerichte Adressaten der Offenbarung sein können.⁹⁹⁴ Soll eine Wirtschaftsstraftat erst durch die Offenbarung *verfolgt werden*, kann wegen der eindeutigen Terminologie auch hierbei nur das Anstreben eines förmlichen (Vor-)Ermittlungsverfahrens gemeint sein. Ein Hinweis an die Öffentlichkeit ist daher über § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO grundsätzlich nicht gerechtfertigt.

Für weitere Rechtfertigungsgründe im engeren Sinne bleibt wegen der zwingenden Zugrundelegung der Wertung des § 30 Abs. 4 AO wenig und beim Whistleblowing, da private Interessen in der Regel keine Rolle spielen, kein Raum.⁹⁹⁵

Der gerichtliche Sachverständige (§ 355 Abs. 2 Nr. 2 StGB) ist zudem verpflichtet, im Rahmen der §§ 75 ff., 161a, 244 Abs. 2 und 4 StPO alle Befund- und Zusatztatsachen von Relevanz⁹⁹⁶ zu offenbaren.⁹⁹⁷

III. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften im weiteren Sinne

Die Strafandrohung bei § 206 StGB zeigt, dass eine rechtfertigende Handlung hier von bedeutendem Gewicht sein müsste. Insbesondere das PostG (§§ 39 Abs. 3, 4, 5, 42 Abs. 4), das TKG (§§ 85, 88 Abs. 3 S. 3, 4) und die StPO (§§ 99, 100, 100a ff.) enthalten Rechtfertigungsgründe, die sämtlich nicht den Fall des Hinweisgebens im hier betrachteten Sinne darstellen. Es stellt sich folglich die Frage, ob darüber hinaus eine Rechtfertigung über § 34 StGB denkbar ist, was von der h.M. verneint wird.

Der Richtervorbehalt (§§ 100 Abs. 1, 100b Abs. 1 StPO), Art. 10 GG und der Verweis des § 39 Abs. 3 S. 4 PostG auf § 138 StGB deuten eine Antwort an: Einer Anzeige von Straftaten kommt nur dann rechtfertigende Wirkung zu, wenn es sich um schwere Straftaten gegen Rechtsgüter von besonders hohem Wert, beispielsweise Leib oder Leben,⁹⁹⁸ handelt. Für Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten ist dies unabhängig von der

991 BGH NStZ 2008, 517.

992 BGH NStZ 2009, 95.

993 LK-Träger: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 64.

994 Intemann, in: Pahlke/Koenig: Abgabenordnung, 2. Auflage, München 2009, § 30, Rn. 239; LK-Träger: StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355, Rn. 62; Rüsken, in: Klein: Abgabenordnung, 10. Auflage, München 2009, § 30, Rn. 188.

995 SSW-Bosch: StGB, Köln 2009, § 355, Rn. 10.

996 Nur Informationen im Rahmen des Gutachtenauftrages.

997 Sieber: Kollision von materiellem und prozessualen Strafrecht, FS Roxin, 2001, S. 1113 (1131 f.).

998 LK-Träger: StGB, 11. Auflage, Berlin 2000, § 206, Rn. 55.

Begehungsweise und Höhe des Schadens grundsätzlich nicht gegeben. Es erübrigt sich daher, weiter eine Anwendungsmöglichkeit des § 34 StGB und damit eine Rechtfertigung bei der Anzeige von Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zu diskutieren.

Besonderheiten in der Rechtfertigung ergeben sich gegenüber § 17 UWG und den Ausführungen zu § 203 StGB auch bei § 201 Abs. 2 Nr. 2 StGB im Regelfall nicht.

D. Untreue

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit bei § 266 StGB im Unterschied zu § 17 UWG ist zunächst festzuhalten, dass alle Fälle einer wirksamen Einwilligung bei § 266 StGB schon die Pflichtwidrigkeit und damit den Tatbestand entfallen lassen.⁹⁹⁹

Grundsätzlich kann aber auch § 34 StGB im Rahmen des § 266 StGB Anwendung finden.¹⁰⁰⁰ Das Eingriffsrechtsgut des Vermögens steht den Erhaltungsrechtsgütern der Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten gegenüber. Da der Vermögenswert des Hinweises nicht abstrakt beschrieben werden kann, muss für die Interessenabwägung auf den konkreten Anwendungsfall verwiesen werden. Interessant ist allerdings die Konstellation der Begehung einer tatbestandlichen Untreue durch Mitteilung einer Untreuehandlung eines anderen. Es wird dabei unter anderem auf die sich dann gegenüberstehenden Schadenssummen und die Frage nach vollendetem Nachteil oder Gefährdungsschaden ankommen. Allerdings stellt der rechnerische Schadensvergleich nur *einen* Abwägungsumstand dar.¹⁰⁰¹

Grundsätzlich ergeben sich jedoch keine Unterschiede in den Grundsätzen der Interessenabwägung zu den bisherigen Ausführungen zu § 17 UWG und § 203 StGB, da dort grundsätzlich speziellere Anforderungen zu stellen waren.

3. Kapitel: Schuld

Im Rahmen der Schuld ergeben sich beim Whistleblowing keine Besonderheiten.¹⁰⁰² Umstände, welche die persönliche Vorwerfbarkeit der Tat ausschließen würden, wie beispielsweise verminderte oder nur bedingte Schuldfähigkeit gem. §§ 20, 21 StGB, sind beim Whistleblowing nicht ausgeschlossen. Ein über den allgemeinen Anwendungsfall hinausgehendes besonderes strafrechtliches Risiko oder eine spezielle Entlastungsmöglichkeit für den Whistleblower ergibt sich jedoch nicht. Vielmehr ist der jeweilige Täter im Einzelfall auf Defekte hin zu untersuchen, welche die Schuld ausschließen könnten.

999 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., B., I.

1000 BGHSt 12, 299 (300); BGH NJW 1976, 680 (681).

1001 BGH NJW 1976, 680 (681).

1002 Der schuldausschließende Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB wird gesondert in **Materiell-rechtliche Würdigung**, 4. Kap. behandelt.

4. Kapitel: Irrtümer des Whistleblowers

Für die umfassende Bewertung strafrechtlicher Risiken für den Whistleblower ist es unerlässlich, auch die ihn betreffenden Irrtümer zu untersuchen. Insbesondere im hier hauptsächlich tangierten Nebenstrafrecht sind (Verbots-)Irrtümer häufig, sodass sich ein genaueres Betrachten aufdrängt.¹⁰⁰³ Es kommt die erwähnte Unsicherheit bezüglich des Whistleblowings im deutschen Recht¹⁰⁰⁴ hinzu, welche nahelegt, dass sich diese auch in Form von Irrtümern bemerkbar macht.

Es sind dabei verschiedene Konstellationen denkbar: Der Whistleblower weiß beispielsweise bei der Offenbarung nicht, dass es sich bei den mitgeteilten Informationen um ein (Geschäfts- oder Betriebs-)Geheimnis handelt (sog. Tatumstandsirrtum) oder der Whistleblower zeigt nur eine vermeintliche Wirtschafts- oder Korruptionsstraftat an, die tatsächlich jedoch gar nicht vorliegt, deren Anzeige aber bei deren Vorliegen gerechtfertigt wäre (sog. Erlaubnistatumstandsirrtum). Des Weiteren ist es möglich, dass der Hinweisgeber davon ausgeht, sein Verhalten sei grundsätzlich erlaubt (sog. Erlaubnisirrtum).

A. Tatumstandsirrtum

Ein vorsatzausschließender Tatumstandsirrtum¹⁰⁰⁵ liegt vor, wenn sich der Täter über das Vorliegen eines Umstands des objektiven Tatbestands zum Zeitpunkt der Tatbegehung irrt.¹⁰⁰⁶ Nach § 16 Abs. 1 StGB ist die Konsequenz hieraus, dass der Täter nicht wegen vorsätzlichen Handelns bestraft werden kann. Da die hier betroffenen Delikte nicht fahrlässig begangen werden können (§ 15 StGB), entfielen damit die Strafbarkeit an sich. Insofern ist der Tatumstandsirrtum hier von großer Bedeutung für die Minimierung strafrechtlicher Risiken.

Beim Whistleblowing kann sich dieser Irrtum insbesondere auf den Geheimnischarakter der Tatsache beziehen, wenn der Hinweisgeber zum Beispiel annimmt, die mitgeteilte Information sei offenkundig.¹⁰⁰⁷ In gleicher Weise zu behandeln ist die irrtümliche Annahme eines Offenbarungswillens als Totalverzicht auf die Geheimhaltung und damit auf das Geheimnis selbst.¹⁰⁰⁸ Auch die falsche Einschätzung der Beschäftigungsposition und des Charakters der Kundgabe bei § 17 Abs. 1 UWG führen zum Vorsatzaus-

1003 *Bergmann*: Der Verbotsirrtum und der Irrtum im Bereich der Schuld; JuS 1990, L 17; *Lesch*: Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, JA 1996, 607 (608).

1004 **Begriffsbestimmung**, 3. Kap.

1005 Der Begriff orientiert sich hier streng am Wortlaut des § 16 StGB; vgl. insoweit *LK-Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 16, Rn. 14.

1006 Statt vieler: *Cramer/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 16, Rn. 6.

1007 *GK-Otto*: UWG, 2. Band, Berlin 2006, § 17, Rn. 55.

1008 Vgl. zur hier vertretenen Auffassung: **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., I., 1., c.

schluss.¹⁰⁰⁹ Gleiches gilt im Rahmen des § 266 StGB für die irrige Annahme eines Einverständnisses des Geschäftsherrn.¹⁰¹⁰

Anders sieht es jedoch für die Verkennung des Merkmals *unbefugt* aus. § 16 StGB kann unter Berücksichtigung der obigen Wertung keine Anwendung finden.¹⁰¹¹ Der Irrtum über die Offenbarungsbefugnis ist vielmehr im Rahmen des § 17 StGB zu berücksichtigen,¹⁰¹² da es sich nicht um einen Irrtum über Tatsachengrundlagen handelt.

Unklar ist zudem die Einordnung eines Irrtums hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit bei § 266 StGB. Zum Teil wird behauptet, jede fehlerhafte Vorstellung über pflichtgemäßes Verhalten führe zu einem Tatumstandsirrtum.¹⁰¹³ Andere wiederum differenzieren zwischen tatsächlichen Umständen der Pflichtenbindung und der fehlerhaften Bewertung derselben bei Kenntnis der tatsächlichen Umstände.¹⁰¹⁴ Wieder andere fordern, dass der Täter die Pflichtwidrigkeit zumindest nach einer sog. Parallelwertung in der Laiensphäre erfasst haben muss, um vorsätzlich zu handeln.¹⁰¹⁵ Die Rechtsprechung folgt dieser Auffassung grundsätzlich, indem sie den Tatbestand des § 266 StGB als stark normativ geprägt erachtet,¹⁰¹⁶ lässt aber dennoch keine eindeutige Einordnung erkennen. Vielmehr ist tendenziell feststellbar, dass je komplizierter die Pflichtenkonkretisierung für den Täter ist, desto eher entfällt der Vorsatz gemäß § 16 Abs. 1 StGB. Je evidenter sich jedoch die Pflichtwidrigkeit zeigt, desto eher wird ein Verbotsirrtum gemäß § 17 StGB angenommen.¹⁰¹⁷

Die Pflichtwidrigkeit im Rahmen des § 266 StGB beim Whistleblowing besteht in der Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht.¹⁰¹⁸ Das Erkennen der Pflichtwidrigkeit an sich ist dabei nicht kompliziert. Der Irrtum konzentriert sich vielmehr auf die Wertigkeit der Verschwiegenheitspflicht gegenüber dem Bedürfnis der Anzeige von Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten. Es handelt sich somit auch hier nicht um einen Tatsachen-, sondern um einen Bewertungsirrtum, der im Rahmen des § 17 UWG zu behandeln ist.

1009 MK-*Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 57.

1010 BGHSt 3, 23 (25); LK-*Schünemann*: StGB, 11. Auflage, Berlin 1998, § 266, Rn. 153; *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 266, Rn. 77a; *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 266, Rn. 49.

1011 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A., I., 4.

1012 MK-*Brammsen*: UWG, München 2006, § 17, Rn. 57f.; KK-*Geilen*: AktG, Band 3, Köln 1985, § 404, Rn. 70.

1013 *Lenckner/Perron*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 266, Rn. 49.

1014 LK-*Schünemann*: StGB, 11. Auflage, Berlin 1998, § 266, Rn. 153 f., NK-*Kindhäuser*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 266, Rn. 122.

1015 *Jakobs*: Anmerkung zu LG Düsseldorf (NJW 2004, 3275), NStZ 2005, 276 (277); *Vogel/Hocke*: Anmerkung zu BGH JZ 2006, 560 („Mannesmann“), JZ 2006, 568 (571).

1016 BGH NJW 2006, 522 (531).

1017 *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008, § 13, Rn. 51; SSW-*Saliger*: StGB, Köln 2009, § 266, Rn. 105.

1018 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., B., I.

B. Erlaubnistatumstandsirrtrum

Bei einem Erlaubnistatumstandsirrtrum stellt sich der Täter Umstände vor, bei deren tatsächlichen Vorliegen die Tat gerechtfertigt wäre.¹⁰¹⁹ Beim Whistleblowing liegt ein solcher daher vor, wenn der Hinweisgeber die tatsächlichen Voraussetzungen einer Offenbarungsbefugnis verkannt hat.¹⁰²⁰ Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn tatsächlich keine Wirtschafts- oder Korruptionsstraftat vorliegt, der Whistleblower eine solche aber annimmt und entsprechend handelt. Ein Erlaubnistatumstandsirrtrum ist auch gegeben, sofern der Hinweisgeber fälschlich eine Einwilligung für sein Handeln voraussetzt¹⁰²¹ und deswegen das (Geschäfts- bzw. Betriebs-)Geheimnis offenbart.

Da es sich beim Erlaubnistatumstandsirrtrum zum einen um einen Irrtum über Tatsachen handelt, zum anderen aufgrund dessen aber auch das Unrechtsbewusstsein fehlt,¹⁰²² ist der dogmatische Umgang mit einem solchen Irrtum seit jeher umstritten.¹⁰²³ Verkürzt lässt sich festhalten: Sofern man annimmt, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sei Teil des Vorsatzes (sog. Vorsatztheorie),¹⁰²⁴ müsste dieser gemäß § 16 Abs. 1 StGB entfallen, was jedoch im Widerspruch zum eindeutigen Wortlaut des § 17 StGB steht. Sieht man das Unrechtsbewusstsein als Teil der Schuld (sog. Schuldtheorie),¹⁰²⁵ könnte man bei einem Erlaubnistatumstandsirrtrum auf § 17 StGB verweisen, verkennt dabei jedoch, dass es sich auch um einen Tatsachenirrtum handelt. Die sog. eingeschränkten Schuldtheorien¹⁰²⁶ kommen mit unterschiedlichen Begründungen zu dem Schluss, dass § 16 Abs. 1 StGB direkt bzw. analog Anwendung finden muss. Die Wesensähnlichkeit mit dem Tatsachenirrtum und der Wegfall des Handlungsunrechts durch das Vorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements machen dieselbe Rechtsfolge erforderlich.¹⁰²⁷ Dem ist im Sinne der ständigen Rechtsprechung¹⁰²⁸ zuzustimmen, denn der Täter verhält sich an sich rechtstreu; seine Vorstellung von Recht und Unrecht ist grundsätzlich richtig. Nur aufgrund der falschen Annahme tatsächlicher Voraussetzungen unterliegt er

1019 Statt vieler: LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin, 2007, § 16, Rn. 110.

1020 NK-*Kargl*: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203, Rn. 49.

1021 So die h.M LK-*Schünemann*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203, Rn. 89 m.w.N.; a.A. MK-*Cierniak*: StGB, Band 3, München 2003, § 203, Rn. 81.

1022 LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 16, Rn. 112.

1023 Statt vieler SSW-*Momsen*: StGB, Köln 2009, §§ 15, 16, Rn. 108 ff.

1024 *Langer*: Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, 191 (193 ff.), *Geerds*: Der vorsatzausschließende Irrtum, Jura 1990, 421 (425 ff.); *Koriath*: Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1996, 113 (114).

1025 *Kaufmann*: Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37; *Warda*: Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, JR 1950, 546.

1026 *Roxin*: Anmerkung zu BSG (JZ 2000, 96), JZ 2000, 99; *Engisch*: Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 76 (1958), 566 ff.

1027 Vgl. *Momsen*, Carsten/Rackow, Peter: Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Fallbearbeitung (Teil 2), JA 2006, 654 (658).

1028 BGHSt 3, 105, (106); 3, 194 (196); 8, 357 (358); 31, 264 (286 f.).

einem Irrtum. Handelt der Whistleblower daher in einem Erlaubnistatumsirrtum, ist mangels Strafbarkeit des fahrlässigen Verhaltens eine Bestrafung ausgeschlossen.¹⁰²⁹

Von einem Erlaubnistatumsirrtum sind allerdings folgende Fallgestaltungen abzugrenzen: Wendet sich der Whistleblower direkt an die Ermittlungsbehörden oder gar an die Medien, obwohl im Rahmen des Hinweisgebersystems¹⁰³⁰ als Adressat für einen Hinweis nur eine interne Person vorgesehen ist, so irrt er über die Grenze der an sich existierenden Einwilligung. Es handelt sich hierbei dann nicht um einen Erlaubnistatumsirrtum, sondern um einen Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum.¹⁰³¹ Gleiches gilt, wenn der Hinweisgeber bei Kenntnis der Notstandlage annimmt, er dürfe sich direkt an die Medien wenden statt an die staatlichen Ermittlungsbehörden. Er verkennt dabei, dass die Erhaltungsrechtsgüter die Eingriffsrechtsgüter nicht überwiegen.¹⁰³²

C. Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass der Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum der relevanteste Irrtum beim Whistleblowing ist. Die Rechtsunsicherheit und der typische Loyalitätskonflikt des Hinweisgebers¹⁰³³ zeigen zudem, dass die Kernfragen beim Whistleblowing lauten: Ist Whistleblowing erlaubt? Und wenn ja, unter welchen Umständen? Die bisherige Untersuchung macht deutlich, dass hierauf keine pauschale, sondern vielmehr nur eine sehr differenzierende Antwort gegeben werden kann.

Es ist sodann nicht verwunderlich, wenn der Hinweisgeber die Grenzen einer Befugnis(norm) wie die Einwilligung (in Form eines Hinweisgebersystems) oder § 34 StGB überdehnt. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn der Hinweisgeber die beim rechtfertigenden Notstand notwendige Abwägung, welche eine individuelle Bewertung und Einschätzung fordert, falsch würdigt.¹⁰³⁴ Weiß der Whistleblower trotz Kenntnis aller tatsächlichen Umstände nichts von seiner Schweigepflicht¹⁰³⁵ oder verkennt er deren Grenzen aufgrund einer Fehlbewertung,¹⁰³⁶ kann ein Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum vorliegen.

1029 MK-Brammsen: UWG, München 2006, § 17, Rn. 57; Rengier, in: Fezer: Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 47; LK-Rönnau: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, Vor § 32, Rn. 89; MK-Erb: StGB, Band 1, München 2003, § 34, Rn. 192; Fischer: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 16, Rn. 22.

1030 Vgl. zu den Voraussetzungen eines Hinweisgebersystems als rechtfertigende Einwilligung **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., I.

1031 Roxin: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 14, Rn. 80.

1032 Vgl. BGHSt 35, 347 (350).

1033 **Begriffsbestimmung**, 1. Kap. und 5. Kap., B.

1034 MK-Erb: StGB, Band 1, München 2003, § 34, Rn. 192; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34, Rn. 51.

1035 Lenckner, in: Schönke/Schröder: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203, Rn. 71.

1036 NK-Kargl: StGB, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203, Rn. 49.

I. Voraussetzungen des § 17 StGB

Voraussetzung für die Annahme eines exkulpierenden Verbots- bzw. Erlaubnisirrtums ist zunächst das fehlende Unrechtsbewusstsein. Dem Whistleblower darf zum Zeitpunkt der Tathandlung¹⁰³⁷ nicht bewusst sein, dass er widerrechtlich handelt.

Ihm fehlt jedoch erst dann gemäß § 17 Satz 1 StGB die „Einsicht, Unrecht zu tun“, wenn er *nicht weiß*, „dass das, was er tut, rechtlich nicht erlaubt, sondern verboten ist“.¹⁰³⁸ Hält es der Hinweisgeber nur für wahrscheinlich, dass die Geheimnisoffenbarung erlaubt ist, rechnet er auch mit der Möglichkeit eines Verbotes. In diesem Fall hat er nur sog. bedingtes Unrechtsbewusstsein.¹⁰³⁹

Nach der Rechtsprechung können Zweifel über die Erlaubtheit des Verhaltens allerdings nur im Ausnahmefall das Unrechtsbewusstsein ausschließen.¹⁰⁴⁰ Grundsätzlich wird der Normappell nämlich verstanden und dieser hätte den Täter zum Unterlassen des zweifelhaften Handelns veranlassen müssen.¹⁰⁴¹ Eine Ausnahme wird nur dann anerkannt, wenn eine extrem unklare Rechtslage – wie beim Whistleblowing angenommen werden kann – für die Zweifel des Täters verantwortlich ist.¹⁰⁴² Dem Täter fehlt aber auch dann nur das Unrechtsbewusstsein, wenn die Zweifel für ihn „unbehebbar“¹⁰⁴³ waren, sodass sich die Entscheidung über die Anwendung des § 17 StGB letztendlich als Frage der Vermeidbarkeit stellt und auch dort behandelt werden soll.¹⁰⁴⁴

Doch das Unrechtsbewusstsein ist nicht nur in diesem Zusammenhang beim Whistleblowing problematisch. Es liegt nämlich nicht fern, dass sich in Anbetracht der hitzigen und zum Teil emotional geführten Diskussion um den Hinweisgeberschutz¹⁰⁴⁵ auch sog. Gewissens- oder Überzeugungstäter¹⁰⁴⁶ unter den Hinweisgebern befinden. Gewissenstäter¹⁰⁴⁷ sind solche, die meinen, zu einer Handlung gegen die Rechtsordnung aufgrund einer Gewissensentscheidung verpflichtet zu sein.¹⁰⁴⁸ Dem Überzeugungstäter fehlt hingegen der Gewissenskonflikt, er meint aber, zu einer strafrechtlichen Handlung aufgrund moralischer, naturrechtlicher, religiöser oder sonstiger Legitimation berechtigt zu sein.¹⁰⁴⁹ Ihnen ist gemein, dass sie das positiv-rechtliche Gebot und damit die

1037 LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 43; *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 7.

1038 BGHSt 2, 194 (196).

1039 *Roxin*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 21, Rn. 29 ff.

1040 BGH JR 1952, 285; BGHSt 4, 1 (4); BGH MDR (Herlan) 1955, 527, (528).

1041 Vgl. LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 27.

1042 SSW-*Momsen*: StGB, Köln 2009, § 17, Rn. 6.

1043 LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 28.

1044 *Roxin*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 21, Rn. 34; SSW-*Momsen*: StGB, Köln 2009, § 17, Rn. 6.

1045 Vgl. Stellungnahme *Rohde-Liebenau*, S. 27; Stellungnahme Whistleblower Netzwerk e.V., S. 2.

1046 LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 95; LK-*Rönnau*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, Vor § 32, Rn. 360.

1047 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., III.

1048 Statt vieler: MK-*Joecks*: StGB, Band 1, München 2003, § 17, Rn. 20.

1049 Statt vieler: SSW-*Momsen*: StGB, Köln 2009, § 17, Rn. 39.

Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens erkennen, es aber aufgrund außerrechtlicher Überzeugungen vor sich selbst verantworten können.¹⁰⁵⁰ Eine solche außerrechtliche Überzeugung kann beim Whistleblowing durch die zunehmende Thematisierung durch anglo-amerikanische Einflüsse und Aufforderungen zum Hinweisgeben durch Thesen, wie zum Beispiel „Whistleblowing ist ein Menschenrecht“,¹⁰⁵¹ entstehen. Dabei handelt es sich jedoch regelmäßig nicht um Gewissens-, sondern um Überzeugungstäter.¹⁰⁵² Die persönliche Anerkennung des Rechts und die „gefühlsmäßige Zustimmung“¹⁰⁵³ sind jedoch keine Voraussetzungen des Unrechtsbewusstseins, sondern rechtlich bedeutungslos.¹⁰⁵⁴ Der Überzeugungstäter weiß, dass das, was er tut, rechtswidrig ist, stellt aber seine eigene Überzeugung über die der Rechtsordnung. Dieses Wissen schließt daher die Annahme fehlenden Unrechtsbewusstseins aus. Wer in einer Gemeinschaft lebt, muss das Recht, das in ihr gilt, auch gegen sich selbst gelten lassen.¹⁰⁵⁵ Nach heute herrschender Ansicht kann das Vorliegen eines Gewissens- oder Überzeugungstäters folglich nicht als Verbotsirrtum angesehen werden, sondern kann ausschließlich auf der Strafzumessungsebene Berücksichtigung finden.¹⁰⁵⁶

Wenn sich für den Hinweisgeber jedoch aus gesellschaftlich anerkannten Regeln¹⁰⁵⁷ ergibt, dass er die Verbotsnorm wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht für unwirksam hält (sog. Gültigkeitsirrtum),¹⁰⁵⁸ kann das Unrechtsbewusstsein fehlen.¹⁰⁵⁹ So beispielsweise im Fall der Annahme, § 17 UWG widerspreche den Wertungen des Grundgesetzes.

Unter Zugrundelegung der obigen Ausführungen handelt der Whistleblower immer dann ohne Unrechtsbewusstsein, wenn die spezifische Rechtsgutsverletzung von ihm nicht als Unrecht erkannt wird.¹⁰⁶⁰

II. Rechtsfolgen des § 17 StGB

Die Rechtsfolgen eines Verbotsirrtums hängen gemäß § 17 StGB von der Frage nach der Vermeidbarkeit des Irrtums ab. Nur bei Unvermeidbarkeit des Irrtums kann der Hinweisgeber exkulpiert werden. War der Irrtum hingegen vermeidbar, kommt nur eine fakultative Strafmilderung gemäß §§ 17 Satz 2, 49 Abs. 1 StGB in Betracht. Konkret muss überprüft werden, ob der Hinweisgeber nach seinen persönlichen Fähigkeiten und

1050 SSW-Momsen: StGB, Köln 2009, § 17, Rn. 39.

1051 Vgl. Stellungnahme Strack, S. 3.

1052 Zur Begründung vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., III.

1053 Fischer: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 2.

1054 BGHSt 4, 1 (3) = BGH NJW 1953, 431; anders noch BGHSt 2, 194 (206 ff.).

1055 BGH NJW 1953, 431 (432).

1056 SSW-Momsen: StGB, Köln 2009, § 17, Rn. 39; LK-Rönnau: StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, Vor § 32, Rn. 369; MK-Joicks: StGB, Band 1, München 2003, § 17, Rn. 20; NK-Neumann: StGB, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 34, Rn. 42.

1057 MK-Joicks: StGB, Band 1, München 2003, § 17, Rn. 20.

1058 LK-Vogel: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 95.

1059 BGH NJW 1953, 431 (432).

1060 BGHSt 15, 377; 45, 97.

Kenntnissen, unter Anspannung des Gewissens¹⁰⁶¹ und all seiner Erkenntniskräfte unter Berücksichtigung sittlicher Wertvorstellungen¹⁰⁶² einsehen konnte, Unrecht zu tun.¹⁰⁶³

Anlass für konkrete Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Handelns muss bei einem Beschäftigten im Sinne des § 17 UWG – unabhängig von dem zu beachtenden Bildungsstand oder der beruflichen Stellung¹⁰⁶⁴ innerhalb des Unternehmens – der (arbeitsvertragliche) Hinweis auf Verschwiegenheit sein, welcher als üblich¹⁰⁶⁵ unterstellt werden kann. Auch die Berufsträger der einschlägigen Geheimnisschutzvorschriften bewegen sich als Geheimnisträger in einem durch bestimmte Regeln ausgestalteten Bereich, der für sie die Handlungs- und Sorgfaltsmaßstäbe setzt. Dabei sind sie nach der Rechtsprechung verpflichtet, sich nach den für sie relevanten Vorschriften zu erkundigen.¹⁰⁶⁶ Anlass, sein Handeln auf Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen, geben auch die weitreichenden Konsequenzen eines Hinweises für die betroffenen Täter der Wirtschafts- und Korruptionsstraftaten (beispielsweise ein Strafverfahren oder eine Kündigung).

Da im Rahmen des § 17 StGB höhere Anforderungen zu stellen sind als an die Vermeidung eines Fahrlässigkeitsvorwurfs,¹⁰⁶⁷ ist der Hinweisgeber bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens verpflichtet, zur Beseitigung der Zweifel nachzudenken und Erkundigungen einzuholen,¹⁰⁶⁸ wobei die letzte Verantwortung und Entscheidung über Recht und Unrecht beim Hinweisgeber bleibt.¹⁰⁶⁹ Hat sich der Hinweisgeber daher *in keiner Weise* über die rechtliche Situation informiert, kann die Unvermeidbarkeit regelmäßig verneint werden, da wegen anderer Erkenntnisquellen eine richtige Auskunft möglich gewesen wäre (sog. Vermeidbarkeitszusammenhang).¹⁰⁷⁰ Seine auf das Unrecht bezogenen Zweifel kann der Whistleblower jedoch durch verschiedene Erkenntnismittel beheben.¹⁰⁷¹

Hierunter fallen zunächst grundsätzlich Rechtsvorschriften, welche jedoch gerade im vorliegenden Bereich zu keiner klaren Aussage führen.¹⁰⁷² Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn es sich um ein international tätiges Unternehmen handelt, da dann erst

1061 BGHSt 2, 194 (201).

1062 BGHSt 4, 1 (5).

1063 LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 34; *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 8.

1064 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 8.

1065 Dies gilt auch für nur faktisch Beschäftigte, die unter § 17 Abs. 1 UWG subsumiert werden können.

1066 BGH NSTZ 1996, 236 (237).

1067 SSW-*Momsen*: StGB, Köln 2009, § 17, Rn. 11; LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 35; *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 8.

1068 BGHSt 4, 1 (5).

1069 BGHSt 21, 18 (20 f.); OLG Frankfurt NSTZ-RR 2003, 263.

1070 *Fischer*: StGB, 57. Auflage, München 2010, § 17, Rn. 9b; LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 46.

1071 LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 52 ff.

1072 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., B.

recht (für den juristischen Laien) unklar bleibt, welche der internationalen Vorschriften für den Hinweisgeber verbindlich sind.

Zudem kann die Rechtsprechung herangezogen werden. Zwar handelt es sich hinsichtlich des Whistleblowing um nichtstrafrechtliche Rechtsprechung, doch der Begriff „Unrecht“ bezieht sich nicht ausschließlich auf die *Strafbarkeit* des Verhaltens, sondern meint die Verletzung einer über bloße Sittenwidrigkeit hinausgehenden,¹⁰⁷³ allgemeinverbindlichen Norm,¹⁰⁷⁴ sodass auch die arbeitsrechtliche Rechtsprechung eine Orientierung bieten kann. Hinsichtlich des Whistleblowings ist diese im Ergebnis uneinheitlich; gerade die Rechtsunsicherheit des Hinweisgebers wird immer wieder herausgestellt.¹⁰⁷⁵ Eine (extrem) unklare Rechtslage kann grundsätzlich zu einer Unvermeidbarkeit führen, denn der Täter darf nicht einseitig durch eine solche Situation belastet werden.¹⁰⁷⁶ Allerdings bezieht sich die Uneinheitlichkeit der Whistleblowing-Rechtsprechung keineswegs auf den Gang an die Öffentlichkeit und erst recht nicht auf die Aufdeckung von Wirtschaftsstraftaten und Korruption. Vielmehr wird auch hierbei nach der Qualität des angezeigten Rechtsverstoßes und den darauf folgenden abgestuften Handlungsmöglichkeiten differenziert.¹⁰⁷⁷ Die Information der Öffentlichkeit und der Medien ist nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar. Es wird daneben klargestellt, dass selbst vor einer Benachrichtigung der Ermittlungsbehörden grundsätzlich (unternehmens-)interne Adressaten hinzugezogen werden sollten. Selbst bei verständiger Würdigung der Rechtsprechung durch einen Nichtjuristen kann dies folglich nicht zur Unvermeidbarkeit des Irrtums führen.

Als weitere Erkenntnismittel kommen Fachliteratur und sonstige Medien in Betracht. Für die Fachliteratur kann nichts anderes konstatiert werden als zur Rechtsprechung zum Whistleblowing. Wenngleich sich durchaus Unsicherheiten im Umgang mit dem Whistleblowing ergeben, so wird dennoch darauf hingewiesen, dass Vorsicht beim Gang an die Öffentlichkeit geboten ist.¹⁰⁷⁸

Ein Blick auf einschlägige Whistleblowing-Homepages¹⁰⁷⁹ kann jedoch bei oberflächlicher Betrachtung zu Verwirrung und gerade nicht zur Behebung der Zweifel führen. So birgt beispielsweise der Aufruf zu mehr Zivilcourage im Zusammenhang mit der unbestimmten Definition des Whistleblowings gerade die Gefahr einer Vernachlässigung von Geheimnisschutzvorschriften. Die bereits erwähnte These, Whistleblowing sei ein Menschenrecht, führt ebenso wenig zu Klarheit. Dem Hinweisgeber muss jedoch

1073 BGHSt 2 194 (202); 10, 35 (41); BGH GA 1969, 61; OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2000, (60) 61.

1074 *Rudolphi*: Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen 1969, S. 56.

1075 Vgl. *Deiseroth*: Whistleblower-Schutz in Deutschland, in: Grundrechte-Report 2009, Frankfurt/Main 2009, S. 111 (113)

1076 BGH NJW 2007, 3078; OLG Stuttgart NJW 2006, 2422.

1077 Vgl. **Begriffsbestimmung**, 3. Kap., A.

1078 Beispielsweise *Koch*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500 (503).

1079 Whistleblower Netzwerk e.V.; Fairness Stiftung gemeinnütziges GmbH; Vereinigung Deutscher Wissenschaftler e.V.; Whistleblowerinfo – Plattform (<http://www.informanten.org> [30.03.2010]).

klar sein, dass diese Internetseiten und nicht belegte Thesen keine Gewähr für objektive und sorgfältige Auskunftserteilung¹⁰⁸⁰ im Einzelfall bieten können.

Deswegen ist die Auskunft eines Rechts- bzw. Fachkundigen einzuholen, wobei hier eine Orientierung an den formalen Qualifikationen genügt, soweit keine Anhaltspunkte für eine verantwortungslose und unsachgemäße Beratung vorliegen.¹⁰⁸¹ Der Hinweisgeber muss daher bei nicht anderweitig auszuräumenden Zweifeln Rechtsrat, zum Beispiel bei einem Rechtsanwalt, einholen.

Stellt sich der Hinweisgeber diesen Anforderungen, wäre er nur im Ausnahmefall *nicht* zur Unrechtseinsicht gekommen. Ein Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum ist beim rechtswidrigen Hinweisgeben daher vermeidbar. Der Whistleblower handelt somit regelmäßig nicht nach § 17 StGB entschuldigt.

1080 Vgl. BGHSt 40, 257 (264); OLG Bremen NStZ 1981, 265.

1081 LK-*Vogel*: StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17, Rn. 81.

Formell-rechtliche Würdigung

Nach der materiell-rechtlichen Würdigung des Verhaltens eines Whistleblowers stellen sich nunmehr prozessuale Fragen. Sie können sich zum einen auf das mögliche Verfahren des Hinweisgebers und zum anderen auf das Verfahren der Täter der angezeigten Wirtschafts- und Korruptionsstraftat beziehen, sodass hier eine getrennte Darstellung erfolgt. Des Weiteren sollen prozessuale Besonderheiten beim anonymen Whistleblowing dargestellt werden.

1. Kapitel: Verfahren des Hinweisgebers

Für das Verfahren des Hinweisgebers muss zunächst geklärt werden, ob einer strafrechtlichen Ermittlung bzw. einer möglichen Verurteilung Verfahrenshindernisse entgegenstehen. Hierfür sind die nach der materiell-rechtlichen Würdigung in Betracht kommenden riskanten Straftatbestände insbesondere auf ein mögliches Antragsersfordernis und auf Verjährungsfristen hin zu untersuchen. Daneben sollen prozessuale Besonderheiten der jeweiligen Normen sowie der prozessuale Umgang mit einem Geschäfts- und Betriebsgeheimnis kurz erläutert werden.

A. § 17 UWG

Wie der Begriff bereits andeutet, steht das Vorliegen von Verfahrenshindernissen grundsätzlich einer Sachentscheidung im Strafverfahren entgegen. Ein Verfahrenshindernis bedeutet das Fehlen einer Zulässigkeitsbedingung oder einer Prozessvoraussetzung.¹⁰⁸² Verfahrenshindernisse werden daher auch als negative Prozessvoraussetzungen bezeichnet. Positive Prozessvoraussetzungen hingegen sind solche, die für die Zulässigkeit vorliegen müssen.¹⁰⁸³ Sämtliche Prozessvoraussetzungen sind in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigen. Die Prüfung kann im sog. Freibeweisverfahren erfolgen.¹⁰⁸⁴ Wegen der hier verfolgten abstrakten Darstellung der formellen Voraussetzungen kann auf Prozessvoraussetzungen, welche den Einzelfall betreffen, wie zum Beispiel Strafmündigkeit (§ 19 StGB), Verhandlungsfähigkeit, keine anderweitige Rechtshängigkeit, keine entgegenstehende Rechtskraft oder das Fehlen einer wirksamen Anklage, nicht näher eingegangen werden.

Das Fehlen eines Strafantrages (§§ 77 ff. StGB) und die Nicht-Verjährung der Straftat orientiert sich hingegen an den betreffenden Straftatbeständen.

I. Antragsersfordernis

Der Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gem. § 17 UWG ist ein sog. bedingtes Antragsdelikt (§ 17 Abs. 5 UWG). Antragsberechtigt ist bei § 17 UWG der Inhaber des geschützten Unternehmens und, sofern es sich um eine juristische Person

¹⁰⁸² Verfahrenshindernis und Prozessvoraussetzung werden weitestgehend synonym verwandt. Das Gesetz spricht allerdings nur von Verfahrenshindernissen (vgl. §§ 206a Abs. 1, 260 Abs. 3 StPO).

¹⁰⁸³ *Beulke*: Strafprozessrecht, 10. Auflage, Heidelberg 2008, § 13, Rn. 273.

¹⁰⁸⁴ *Meyer-Göfner*: StPO, 52. Auflage, München 2009, § 337, Rn. 6.

handelt, deren Vertreter.¹⁰⁸⁵ Sofern kein wirksamer Strafantrag vorliegt, kann aber die Staatsanwaltschaft öffentliches Interesse an der Strafverfolgung begründen. Eine Orientierung hierfür bieten die Nr. 260 f. RiStBV. Ein öffentliches Interesse kann nach der beispielhaften Aufzählung in Nr. 261 Abs. 1 RiStBV dann angenommen werden, wenn der Täter bereits wirtschaftsstrafrechtlich in Erscheinung getreten ist, ein erheblicher Schaden droht oder eingetreten ist, die Tat Teil eines gegen mehrere Unternehmen gerichteten Plans zur Ausspähung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen ist oder der Verletzte in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht wird. Durch diese bundeseinheitlichen Richtlinien soll sichergestellt werden, dass das geltende Recht einheitlich angewendet wird. Dennoch kann wegen des Charakters als Richtlinie von ihnen abgewichen werden, wenn der Einzelfall eine besondere Behandlung gebietet.

II. Verjährung

Die Tat nach § 17 UWG verjährt gem. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB nach fünf Jahren ab Beendigung der Tathandlung (§ 78a StGB).

III. Sonstige prozessuale Besonderheiten

§ 17 UWG ist zudem gem. § 374 Abs. 1 Nr. 7 StPO ein Privatklagedelikt. Privatklagedelikte sind leichte Vergehen, bei denen in der Regel die Allgemeinheit wenig berührt wird.¹⁰⁸⁶ Öffentliche Klage wird nur dann erhoben, wenn dies gem. § 376 StPO im öffentlichen Interesse liegt. Jenes Interesse ist regelmäßig gegeben, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist (Nr. 86 Abs. 2 RiStBV). Regelmäßig ausgeschlossen wird das öffentliche Interesse, wenn es sich nur um einen Verstoß leichterer Art handelt und nur die Interessen eines eng umgrenzten Personenkreises berührt sind (Nr. 260 RiStBV).

Der Vollständigkeit wegen muss noch erwähnt werden, dass auch ein im Ausland begangener Geheimnisverrat unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 6 UWG i.V.m. § 5 Nr. 7 StGB strafbar ist.

Zudem ist die Wirtschaftsstrafkammer zuständig, sofern sich im Strafverfahren die Zuständigkeit des Landgerichts ergeben sollte, da § 74c Abs. 1 Nr. 1 GVG einschlägig ist.

Einen Anhaltspunkt für den Umgang mit einem Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis im Strafprozess bietet Nr. 260b RiStBV. Danach sollen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse auf Bitten des Verletzten oder bei fehlendem Strafantrag nur dann festgehalten werden, wenn es für das Verfahren unerlässlich ist.

Auch § 172 Nr. 2 GVG stellt einen Geheimnisschutz insoweit dar, als dass bei wichtigen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden kann.¹⁰⁸⁷

1085 Diemer, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG, Rn. 68.

1086 Meyer-Göbner: StPO, 52. Auflage, München 2009, Vor § 374, Rn. 1.

1087 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 2. Kap., A., II., 1., d., ee., (3).

B. Sonstige Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts

Im Gegensatz zu § 17 UWG handelt es sich bei den sonstigen Geheimnisschutzvorschriften des Nebenstrafrechts um absolute Antragsdelikte, welche ausschließlich aufgrund eines wirksamen Strafantrages verfolgt werden können. Die Antragsberechtigung ist jeweils in Abs. 3¹⁰⁸⁸ ausdrücklich formuliert. Hervorzuheben ist dabei die notwendige gesetzliche Ergänzung, dass, je nach Funktion des Täters innerhalb des Unternehmens, ein anderes Organ berechtigt ist, den Strafantrag zu stellen.¹⁰⁸⁹ Ist beispielsweise im Rahmen des § 404 AktG der Täter ein Mitglied des Aufsichtsrates, welcher grundsätzlich antragsbefugt wäre, so regelt das Gesetz, dass antragsbefugt der Vorstand oder der Abwickler ist (§ 404 Abs. 3 Satz 2 AktG). Ebenso ausgestaltete Regelungen sehen die § 85 Abs. 3 Satz 2 GmbHG und § 151 Abs. 3 Satz 2 GenG vor.

Nach § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB verjähren die hier genannten nebenstrafrechtlichen Geheimnisschutzvorschriften nach drei Jahren. § 120 BetrVG verweist auf § 77 Abs. 2 StGB. Handelt es sich nämlich um ein den persönlichen Lebensbereich betreffendes Geheimnis, sind die Angehörigen antragsberechtigt, ansonsten die Erben.

Die nebenstrafrechtlichen Geheimnisschutzvorschriften können zudem nicht im Wege der Privatklage verfolgt werden.

C. §§ 203, 204 StGB

Gemäß § 205 StGB stellt sowohl § 203 StGB als auch § 204 StGB ein bedingtes Antragsdelikt dar; insofern kann auf die Ausführungen nach oben verwiesen werden.¹⁰⁹⁰ Hinsichtlich der Antragsbefugnis bei sog. Drittgeheimnissen stellt sich das gleiche Problem wie bei der Dispositionsbefugnis bei der Einwilligung.¹⁰⁹¹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist der vom Geheimnis Betroffene auch gleichzeitig der richtige Antragsberechtigte.¹⁰⁹²

§ 203 StGB verjährt gem. § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB nach drei Jahren, § 204 StGB nach fünf Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB).

D. §§ 201 Abs. 2 Nr. 2, 206, 266, 355 StGB

Sowohl die Straftaten gem. §§ 201 Abs. 2 Nr. 2, 206 StGB als auch die Untreue gem. § 266 StGB werden grundsätzlich *ex officio*, d.h. von Amts wegen verfolgt. Für § 266 StGB bilden nur die §§ 266 Abs. 2, 247, 248a StGB eine Ausnahme. Hierbei handelt es sich wegen des Verweises um relative Antragsdelikte.

§ 355 StGB ist ein absolutes Antragsdelikt, wobei ausnahmsweise neben dem Verletzten auch der Dienstvorgesetzte antragsberechtigt ist (§ 355 Abs. 3 StGB, § 77b StGB). Die Antragsberechtigung des Dienstvorgesetzten ist unabhängig davon, ob

1088 Bei § 120 BetrVG ist sie in Abs. 5 geregelt.

1089 Vgl. § 404 Abs. 3 AktG, § 85 Abs. 3 GmbHG, § 151 Abs. 3 GenG.

1090 Vgl. **Formell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A. I.

1091 *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder: StGB*, 27. Auflage, München 2006, § 205, Rn. 5.

1092 Vgl. **Materiell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., C., I., 2.

das Dienstverhältnis noch besteht oder nicht. Wer konkret Dienstvorgesetzter ist, ergibt sich aus § 77b StGB.

Die vorgenannten Delikte verjähren gem. § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB nach fünf Jahren.

2. Kapitel: Verfahren der Täter der Wirtschafts- und Korruptionsstrafat

Führen die Informationen des Whistleblowers, welche Gegenstand seines Hinweises waren, zu einem Ermittlungsverfahren gegen eine Person, die einer Korruptions- oder Wirtschaftsstrafat verdächtigt wird, stellt sich die Frage, ob die Informationen zum Gegenstand der Beweiswürdigung und folglich eines strafrechtlichen Urteils werden dürfen oder ob die Berücksichtigung derselben verboten ist, denn bei *strafwürdigem* Hinweisgeben, d.h. insbesondere bei einem Hinweis an die Öffentlichkeit, kann die Art und Weise der Beweisgewinnung für das Strafverfahren problematisch sein.

A. Grundsätzliches zur Verwertbarkeit

Der Strafprozess dient der Wahrung bzw. Wiederherstellung des Rechtsfriedens und der Wahrheitsfindung.¹⁰⁹³ Dafür müssen von Amts wegen alle denkbaren und erreichbaren Beweismittel ausgeschöpft werden (§§ 244 Abs. 2, 261 StPO). Dies gilt grundsätzlich auch für Beweismittel, welche nicht aufgrund staatlicher Betätigung, sondern durch Private, wie etwa durch den Whistleblower, erlangt worden sind. Der Wahrheitsfindung sind jedoch in beiden Fällen Grenzen gesetzt. Das Gebot der Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze (Art. 20 Abs. 3 GG) fordert nämlich auch die Berücksichtigung individueller Interessen (des jeweiligen Beschuldigten) im Prozess. Eine Wahrheitsfindung um jeden Preis ist dem (deutschen) Strafverfahren daher fremd.¹⁰⁹⁴ Insoweit bewegt sich die Beweiswürdigung und -verwertung immer im Spannungsfeld zwischen dem staatlichen Aufklärungsinteresse und dem Schutz des Individuums.

Dem Schutz und der Sicherung von Individualrechten des Beschuldigten dienen unter anderem die Beweisverbote. Dabei wird zunächst zwischen *Beweiserhebungs-* und *Beweisverwertungs-*verboten unterschieden.¹⁰⁹⁵ Beweiserhebungsverbote sind solche, die hinsichtlich des Beweisthemas, des verwendeten Mittels oder der Art und Weise der Beweisgewinnung (Methode) unzulässig sind.¹⁰⁹⁶ Bei Beweisthemaverboten ist die Aufklärung bestimmter Themen und Sachverhalte untersagt.¹⁰⁹⁷ Der Registereintrag darf beispielsweise nach § 51 Abs. 1 BZRG nicht mehr gewürdigt werden, wenn er getilgt oder tilgungsreif ist.

Verbotene Beweismittel in Sinne eines Beweiserhebungsverbotes sind zum Beispiel Zeugen, die sich wirksam auf ihr Verweigerungsrecht berufen haben (§§ 52 ff. StPO).

1093 *Joecks*: StPO, 2. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 4 ff.

1094 BGHSt 14, 358 (365).

1095 *Meyer-Goßner*: StPO, 52. Auflage, München 2009, Einl, Rn. 51.

1096 *KK-Pfeiffer/Hannich*: StPO, 6. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 119.

1097 *Dallmeyer*, in: *Heghmanns/Scheffler*: Handbuch zum Strafverfahren, München 2008, II, Rn 384.

Unter Beweismethodenverboten versteht man insbesondere das Verbot des Einsatzes bestimmter Vernehmungsmethoden nach § 136a StPO. Eine bestimmte Art und Weise der Beweisgewinnung ist bei Beweismethodenverboten untersagt.¹⁰⁹⁸

Verwertungsverbote hingegen untersagen die Verwertung, d.h. die Nutzung der Informationen im Verfahren bzw. im Urteil. Sie werden danach unterschieden, ob sie selbstständig oder unselbstständig sind.¹⁰⁹⁹ Unselbstständige Beweisverwertungsverbote sind jene, welche aus einem Erhebungsverbot unmittelbar resultieren.¹¹⁰⁰ Ist die Verwertung unabhängig von einem Beweiserhebungsverbot untersagt, handelt es sich um ein selbstständiges Verwertungsverbot.

Sind Verwertungsverbote nicht ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben, wie zum Beispiel in den §§ 69 Abs. 3, 136a, 252 StPO, sind deren Voraussetzungen äußerst umstritten.¹¹⁰¹ Im Wesentlichen werden folgende Auffassungen vertreten, deren Voraussetzungen kumulativ eine sachgerechte Entscheidung ermöglichen: die sog. Schutzzwecktheorie, die sog. Rechtskreistheorie und die sog. Abwägungslehre.

Die sog. Schutzzwecktheorie nimmt ein Verwertungsverbot dann an, wenn der Schutzzweck der verletzten Norm einer Verwertung entgegensteht.¹¹⁰² Dabei sei das Hinzuziehen hypothetischer Ermittlungsverläufe ein Unterfall der Schutzzwecktheorie. Andere sehen darin einen eigenständigen Ansatz für die Bestimmung eines Verwertungsverbot.¹¹⁰³ Doch angesichts der Tatsache, dass gerade keine ausdrückliche Normierung eines Verwertungsverbot besteht, ist die Bestimmung des Schutzzweckes einer Norm jedoch mindestens genauso umstritten wie die Frage, ob aus der Verletzung dieser Norm ein Verwertungsverbot resultiert.¹¹⁰⁴

Die Rechtsprechung bevorzugt daher weitestgehend die sog. Rechtskreistheorie,¹¹⁰⁵ welche danach fragt, ob die „Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von untergeordneter oder von gar keiner Bedeutung ist“.¹¹⁰⁶ Für die Bestimmung des Rechtskreises muss allerdings wieder der Schutzzweck der verletzten Verfahrensvorschrift berücksichtigt werden, sodass die Rechtskreistheorie grundsätzlich nicht zu anderen Ergebnissen führt.

1098 *Meyer-Goßner*: StPO, 52. Auflage, München 2009, Einl, Rn. 54.

1099 *Jäger*: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat, GA 2008, 473 (474).

1100 *Rogall*: Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), 1 (3).

1101 *Joecks*: StPO, 2. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 192.

1102 *Beulke*: Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, ZStW 103 (1991), 657 (659).

1103 *Rose/Witt*: Allgemeine Einführung in die Beweisverbote im Strafprozeß, JA 1997, 762 (764).

1104 *Eisenberg*: Beweisrecht der StPO, 6. Auflage, München 2008, Rn. 366.

1105 *Hauf*: Ist die „Rechtskreistheorie“ noch zu halten?, NStZ 1993, 457 (458).

1106 BGHSt 11, 213 (215), 38, 214 (220).

Der BGH und Vertreter der sog. Abwägungslehre wollen deswegen den Einzelfall einer umfassenden Abwägung aller widerstreitender Interessen unterziehen.¹¹⁰⁷ Ein Verwertungsverbot ist danach anzunehmen, wenn das Interesse an der Wahrung der Individualrechtsgüter des Beschuldigten unter Berücksichtigung der besonderen Umstände der jeweiligen Fallgestaltung das Interesse des Staates an der Tataufklärung überwiegt. Bei der Abwägung müssen insbesondere auch die Grundrechte des Betroffenen als Abwägungsmaßstab bedacht werden. Wird durch die Verwertung des Beweises in unzulässiger Weise in den Kernbereich eines Grundrechts eingegriffen, liegt ein Verwertungsverbot nahe.

Nach der sog. Sphären- oder Stufentheorie des BVerfG¹¹⁰⁸ ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG neben dem Sozialbereich auf erster Stufe und der „schlichten“ Privatsphäre auf zweiter Stufe, ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung und menschlicher Freiheit,¹¹⁰⁹ in den durch keine staatliche Maßnahme eingegriffen werden darf. Entscheidend für die Zuordnung zum unantastbaren Kernbereich ist laut BVerfG, ob der Inhalt des Beweises bzw. des Sachverhalts von höchstpersönlicher Natur ist und aus welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphären anderer berührt.¹¹¹⁰

Bei staatlichen Eingriffen auf erster und zweiter Stufe ist insbesondere der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz anzuwenden.¹¹¹¹

Des Weiteren können die Schwere des Tatvorwurfs, die Beeinträchtigung des Beweiswertes für den Prozess (gegebenenfalls als einziges und daher unverzichtbares Beweismittel) und neben dem Rang des tangierten Grundrechts auch die Schwere des konkreten Eingriffs in den Abwägungsvorgang eingestellt werden.¹¹¹² Aber auch hier bedarf es jeweils eines Überwiegens der Allgemeininteressen, um die Beweise verwerten zu dürfen.¹¹¹³

Wenngleich sich in der Rechtsprechung und der Literatur aufgrund dieser Voraussetzungen Fallgruppen, so zum Beispiel „Fälle fehlender Belehrung des Beschuldigten“ oder die „Verwertung von Tagebuchaufzeichnungen“, gebildet haben,¹¹¹⁴ verbietet sich eine pauschale Betrachtung.

B. Bedeutung für das Whistleblowing

Bei strafwürdigem Whistleblowing, d.h. in Fällen, in denen sich der Hinweisgeber strafbar gemacht hat, erlangen die Ermittlungsbehörden nur aufgrund des Verhaltens

1107 BGHSt 14, 358; 19, 332, 38, 214; Rogall: Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), 1 (31).

1108 BVerfGE 34, 238.

1109 BVerfGE 6, 32 (41).

1110 BVerfGE 80, 367 (374); 109, 279 (314).

1111 KK-Pfeiffer/Hannich: StPO, 6. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 121.

1112 Dallmeyer, in: Heghmanns/Scheffler: Handbuch zum Strafverfahren, München 2008, II, Rn 392; Joecks: StPO, 2. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 215.

1113 BVerfGE 80, 367.

1114 Dallmeyer, in: Heghmanns/Scheffler: Handbuch zum Strafverfahren, München 2008, II, Rn 395 ff.

des Hinweisgebers Informationen für einen Anfangsverdacht gem. § 152 Abs. 2 StPO. Die Beweisgewinnung erfolgt somit durch die Verletzung strafrechtlicher Vorschriften und damit durch die Verletzung Rechtsgüter Dritter. Die Beweismittel sind daher rechtswidrig erlangt.¹¹¹⁵ Doch aus der rechtswidrigen Erlangung durch Private folgt noch nicht zwingend die Unverwertbarkeit der Informationen im Strafverfahren.¹¹¹⁶ Denn Beweisverbote sollen zwar nicht *primär* der Disziplinierung und Sanktionierung der Strafverfolgungsbehörden dienen,¹¹¹⁷ dennoch lässt sich aus diesem Gedanken ableiten, dass Adressaten der Beweisverbote letztendlich das Gericht¹¹¹⁸ bzw. staatliche Stellen sind.¹¹¹⁹ Die Kriterien für staatliches Handeln können damit nicht unmittelbar für privat erlangte Beweismittel herangezogen werden.¹¹²⁰ Ein Beweiserhebungsverbot im obigen Sinne liegt damit beim Whistleblowing nicht vor.

Dennoch stehen auch hier der wirksamen Strafverfolgung im Sinne der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs¹¹²¹ und dem öffentlichen Interesse an möglichst vollständiger Wahrheitsermittlung im Strafverfahren¹¹²² die zu wählenden Individualinteressen des Beschuldigten entgegen, sodass eine Verwertung der privat *und* rechtswidrig erlangten Beweise nicht uneingeschränkt gewährt werden kann. Letztendlich stellt sich dann eine ähnlich gelagerte Abwägungsfrage wie bei einem an die staatlichen Institutionen gerichteten, selbstständigen Beweisverwertungsverbot.¹¹²³

Das Whistleblowing greift nicht, wie bereits im Rahmen des § 201a Abs. 2 und 3 StGB angesprochen, in den Kernbereich der Privatsphäre und damit nicht in den unbeschränkt gewährleisteten Bereich grundrechtlicher Betätigung ein. Wie gezeigt, verfährt die Rechtsprechung in solchen Konstellationen eher „verwertungsfreundlich“.¹¹²⁴ Nur im Ausnahmefall ist überhaupt die Privatsphäre und damit die zweite Stufe im Sinne der sog. Sphären- oder Dreistufentheorie betroffen.¹¹²⁵

Zudem sind Beschuldigte des auf das Whistleblowing folgenden Strafverfahrens und der Rechtsgutsträger der Untreue bzw. der Geheimnisschutzvorschriften, d.h. der ver-

1115 Vgl. *Kölbel*: Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten, NStZ 2008, 241 (242).

1116 BGHSt 27, 355 (357); 34, 39 (52); EGMR NJW 1989, 654; BVerfG NJW 2000, 3557; NVwZ 2005, 1175.

1117 Vgl. *Amelung*: Die Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel zugunsten des Angeklagten und deren Grenzen, StraFo 1999, 181 (181); *Janicki*: Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozeß, Baden-Baden 2002, S. 31; *Rogall*: Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), 1 (14 f.).

1118 Über §§163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 StPO auch die Staatsanwaltschaft und Beamte des Polizeidienstes.

1119 Vgl. bei *Stahl/Demuth*: Strafrechtliches Verwertungsverbot bei Verletzung des Steuergeheimnisses – Ein Zwischenruf im Fall Zumwinkel; DStR 2008, 600 (603).

1120 *Eisenberg*: Beweisrecht der StPO, 6. Auflage, München 2008, Rn. 395; *Joecks*: StPO, 2. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 221.

1121 BVerfGE 47, 239 (250); 51, 324 (346).

1122 *KK-Pfeiffer/Hannich*: StPO, 6. Auflage, München 2008, Einleitung, Rn. 121.

1123 *Eisenberg*: Beweisrecht der StPO, 6. Auflage, München 2008, Rn. 399.

1124 Zum Begriff: *Pitsch*: Strafprozessuale Beweisverbote, Hamburg 2009, S. 299.

1125 Vgl. hierzu § 203 StGB.

letzten Norm, nicht zwingend identisch. Der Rechtskreis des Beschuldigten ist daher nicht unbedingt tangiert. Zwar sollen durch die Beweisverwertungsverbote auch Zeugen oder Verfahrensunbeteiligte geschützt werden,¹¹²⁶ doch wird sich auch ein Eingriff in (Grund-)Rechte Dritter nicht auf den Kernbereich privater Lebensgestaltung beziehen. Des Weiteren beruht weder die Erlangung der Hinweise des Whistleblowers auf einer extrem menschenrechtswidrigen Art und Weise der Verletzung von (Straf-)Vorschriften,¹¹²⁷ noch stellt die Verwertung selbst eine schwere Verletzung der Menschenwürde dar.

Für eine Verwertbarkeit spricht zudem, dass der Hinweis einziges Mittel zur effektiven Strafverfolgung und Überführung des Beschuldigten sein *kann* – aus diesem Grund wird das Whistleblowing unter anderem propagiert.

Des Weiteren ist der Whistleblower nicht gezielt von den Strafverfolgungsbehörden eingesetzt worden, sodass die Beweisermittlung an sich nicht staatlich initiiert ist, was einer Verwertung wegen der Umgehung strafprozessualer Normen entgegensteht.¹¹²⁸

Grundsätzlich ist daher von der vollen Verwertbarkeit der durch das Whistleblowing erlangten Informationen auszugehen. Ausführungen zur Fernwirkung der Beweisermittlung erübrigen sich daher.

3. Kapitel: Anonymes Whistleblowing

Die Anonymität des Whistleblowers hat keinen Einfluss auf seine materiell-rechtliche Strafbarkeit, unabhängig vom Adressaten des Hinweises. Auf prozessualer Ebene ergeben sich jedoch Besonderheiten. Zunächst für den Whistleblower selbst, aber auch im Prozess der Wirtschafts- und Korruptionsstraftäter.

Allein die Anonymität des Hinweisgebers steht der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen ihn keineswegs entgegen.¹¹²⁹ Vielmehr werden lediglich sog. UJs-Akten angelegt, sofern die beschuldigte Person noch nicht namentlich feststeht.¹¹³⁰ Es ist so dann einzelfallabhängig, ob der Whistleblower namentlich ermittelt werden kann. Bei einem Hinweis an die Presse kommt hinzu, dass gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO das Vertrauensverhältnis zwischen Presse und privaten Informationen aufgrund der Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG durch ein Zeugnisverweigerungsrecht und Verbote nach §§ 97 Abs. 5, 98 Abs. 1 Satz 2 StPO besonders geschützt wird.¹¹³¹ Journalisten müssen daher ihre Informanten nicht namentlich nennen. Der Hinweisgeber hat allerdings keinen (Rechts-)Anspruch auf Inanspruchnahme des Zeugnisverweigerungs-

1126 *Meyer-Goßner*: StPO, 52. Auflage, München 2009, Einl, Rn. 56 m.w.N.

1127 *Eisenberg*: Beweisrecht der StPO, 6. Auflage, München 2008, Rn. 397 m.w.N.

1128 Zur staatlich initiierten Beweisermittlung vgl. BGHSt 34, 362.

1129 Zu den sonstigen Prozessvoraussetzungen vgl. **Formell-rechtliche Würdigung**, 1. Kap., A.

1130 *Kockel/Vossen-Kempkens*: Zur Sachbehandlung von unschlüssigen, haltlosen, beschimpfenden, sich inhaltlich wiederholenden „querulatorischen“ Strafanzeigen; NStZ 2001, 178 (178).

1131 BVerfGE 36, 193 (204); 50, 234 (240); BVerfG NJW 1974, 356; BVerfG NStZ 1982, 253.

rechts, insofern ist sein Schutz nur begrenzt.¹¹³² Das Risiko der Verfolgbarkeit besteht daher bis zum Ablauf der Verjährungsfrist fort.

Anonymes Whistleblowing hat daneben auch Einfluss auf das Verfahren der Wirtschafts- und Korruptionsstraftäter. Aus dem Legalitätsprinzip gemäß § 152 Abs. 2 StPO ergibt sich, dass gegen alle verfolgbaren Straftaten eingeschritten werden muss. Die Anonymität einer (Straf-)Anzeige ändert hieran nichts, was Nr. 8 RiStBV deutlich macht. Der Anfangsverdacht muss jedoch gesondert auf Plausibilität hin geprüft werden. Speziell vor der Durchführung weiterer Ermittlungsmaßnahmen ist Vorsicht geboten.¹¹³³ Durchsuchungen und Beschlagnahmen können durch einen anonymen Hinweis durchaus gerechtfertigt sein,¹¹³⁴ allerdings müssen die dem Hinweis zugrunde liegenden Angaben entweder sehr detailliert oder durch andere Ermittlungen verifiziert sein.¹¹³⁵ Dies gilt erst recht im Rahmen der Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO. Die anonymen Angaben müssen eine tragfähige Grundlage für eine Verurteilung bieten.¹¹³⁶ Dafür sind weitere Anzeichen der Richtigkeit und Zuverlässigkeit des Hinweises erforderlich, zum Beispiel die Herkunft des Wissens über die gemachten Angaben.¹¹³⁷ Darüber hinaus ergeben sich keine Besonderheiten für den Prozess der Wirtschafts- und Korruptionsstraftäter.

1132 *Huber*, in: *Graf*: Strafprozessordnung, München 2010, § 53, Rn. 23; *Meyer-Goßner*: StPO, 52. Auflage, München 2009, § 53, Rn. 26 m.w.N.

1133 *Patzak*, in: *Graf*: Strafprozessordnung, München 2010, § 158, Rn. 5; *Heghmanns*: Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 4. Auflage, Köln 2009, Rn. 172.

1134 *Lehmann*, in: *Heghmanns/Scheffler*: Handbuch zum Strafverfahren, München 2008, III, Rn 47.

1135 Vgl. Nr. 8 Satz 2 RiStBV; LG Karlsruhe StraFo 2005, 420.

1136 *Eisenberg*: Beweisrecht der StPO, 6. Auflage, München, 2008, Rn. 91.

1137 BGH StV 1998, 3.

Fazit

Zunächst kann festgehalten werden, dass sich für den Whistleblower strafrechtliche Risiken ergeben, insbesondere hinsichtlich der Geheimnisschutzvorschriften. Das teilweise allzu euphorische Befürworten des Whistleblowings bedarf insoweit einer strafrechtlichen Ergänzung und Klarstellung.

In welchem Umfang und in welcher Intensität sich die Strafbarkeit ergibt, ist – wie gesehen – grundsätzlich einzelfallabhängig. Dennoch sollte das Bestehen von Risiken nicht dahingehend überschätzt werden, das Whistleblowing als strafrechtliches Grenzverhalten zu deklarieren, denn die dargestellten strafwürdigen Verhaltensweisen eines Hinweisgebers sind überschaubar.

Mithin kann und muss das Risiko letztendlich aber in Form eines den Anforderungen an eine Einwilligung genügenden Hinweisgebersystems innerhalb eines Unternehmens erheblich minimiert werden. Die Nutzen des Whistleblowings dürfen nicht auf Kosten des Whistleblowers durch unklare Ausgestaltungen des Systems und durch fehlende Hinweise auf strafrechtliche Risiken ausgeübt werden.

Eine weitere gravierende Einschränkung strafrechtlicher Risiken ist durch eine schlichte Beachtung eines abgestuften Adressatenkreises des Hinweises – wie im PIDA – möglich. Grundsätzlich ist nämlich auch in strafrechtlicher Hinsicht dem Gebot der Verhältnismäßigkeit zu folgen und erst auf letzter Stufe und nur in Ausnahmefällen die Öffentlichkeit zu informieren.

Des Weiteren muss in der öffentlichen Diskussion um den Whistleblower-Schutz und die Einführung von Hinweisgebersystemen bzw. deren Änderung im Zuge der aktuellen Wirtschaftskrise und den zum Teil damit verbundenen „Finanzskandalen“ die strafrechtliche Betrachtung des Whistleblowings Einzug finden. Nur so kann – auch im Sinne der Vermeidung von Irrtümern (§ 17 StGB) – die Hemmschwelle zum Hinweisgeben sinken und der Sinn und Zweck des Whistleblowings erfüllt werden.

Die Untersuchung der strafrechtlichen Würdigung des Whistleblowings hat damit gezeigt, dass im Rahmen der rechtspolitischen Diskussionen um den Schutz von Whistleblowern strafrechtliche Überlegungen nicht – wie bisher – fehlen dürfen.

Anhang

1. Kapitel: Sarbanes-Oxley Act

SEC. 806 SOX

PROTECTION FOR EMPLOYEES OF PUBLICLY TRADED COMPANIES WHO PROVIDE EVIDENCE OF FRAUD.

(a) IN GENERAL.—Chapter 73 of title 18, United States Code, is amended by inserting after section 1514 the following:

“§ 1514A. Civil action to protect against retaliation in fraud cases

(a) WHISTLEBLOWER PROTECTION FOR EMPLOYEES OF PUBLICLY TRADED COMPANIES.—No company with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l), or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)), or any officer, employee, contractor, subcontractor, or agent of such company, may discharge, demote, suspend, threaten, harass, or in any other manner discriminate against an employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act done by the employee—

(1) to provide information, cause information to be provided, or otherwise assist in an investigation regarding any conduct which the employee reasonably believes constitutes a violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders, when the information or assistance is provided to or the investigation is conducted by—

(A) a Federal regulatory or law enforcement agency;

(B) any Member of Congress or any committee of Congress; or

(C) a person with supervisory authority over the employee (or such other person working for the employer who has the authority to investigate, discover, or terminate misconduct); or

(2) to file, cause to be filed, testify, participate in, or otherwise assist in a proceeding filed or about to be filed (with any knowledge of the employer) relating to an alleged violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders.

(b) ENFORCEMENT ACTION.—

(1) IN GENERAL.—A person who alleges discharge or other discrimination by any person in violation of subsection (a) may seek relief under subsection (c), by—

(A) filing a complaint with the Secretary of Labor; or

(B) if the Secretary has not issued a final decision within 180 days of the filing of the complaint and there is no showing that such delay is due to the bad faith of the claimant, bringing an action at law or equity for de novo review in the appropriate district court of the United States, which shall have jurisdiction over such an action without regard to the amount in controversy.

(2) PROCEDURE.—

(A) IN GENERAL.—An action under paragraph (1)(A) shall be governed under the rules and procedures set forth in section 42121(b) of title 49, United States Code.

(B) EXCEPTION.—Notification made under section 42121(b)(1) of title 49, United States Code, shall be made to the person named in the complaint and to the employer.

(C) BURDENS OF PROOF.—An action brought under paragraph (1)(B) shall be governed by the legal burdens of proof set forth in section 42121(b) of title 49, United States Code.

(D) STATUTE OF LIMITATIONS.—An action under paragraph (1) shall be commenced not later than 90 days after the date on which the violation occurs.

(c) REMEDIES.—

(1) IN GENERAL.—An employee prevailing in any action under subsection (b)(1) shall be entitled to all relief necessary to make the employee whole.

(2) COMPENSATORY DAMAGES.—Relief for any action under paragraph (1) shall include—

(A) reinstatement with the same seniority status that the employee would have had, but for the discrimination;

(B) the amount of back pay, with interest; and

(C) compensation for any special damages sustained as a result of the discrimination, including litigation costs, expert witness fees, and reasonable attorney fees.

(d) RIGHTS RETAINED BY EMPLOYEE.—Nothing in this section shall be deemed to diminish the rights, privileges, or remedies of any employee under any Federal or State law, or under any collective bargaining agreement.”.

(b) CLERICAL AMENDMENT.—The table of sections at the beginning of chapter 73 of title 18, United States Code, is amended by inserting after the item relating to section 1514 the following new item: “1514A. Civil action to protect against retaliation in fraud cases.”.

2. Kapitel: Staff Regulations of Officials of the European Union

Article 22a

1. Any official who, in the course of or in connection with the performance of his duties, becomes aware of facts which gives rise to a presumption of the existence of possible illegal activity, including fraud or corruption, detrimental to the interests of the Communities, or of conduct relating to the discharge of professional duties which may constitute a serious failure to comply with the obligations of officials of the Communities shall without delay inform either his immediate superior or his Director-General or, if he considers it useful, the Secretary-General, or the persons in equivalent positions, or the European Anti-Fraud Office (OLAF) direct. Information mentioned in the first subparagraph shall be given in writing. This paragraph shall also apply in the event of serious failure to comply with a similar obligation on the part of a Member of an institution or any other person in the service of or carrying out work for an institution.

2. Any official receiving the information referred to in paragraph 1 shall without delay transmit to OLAF any evidence of which he is aware from which the existence of the irregularities referred to in paragraph 1 may be presumed.

3. An official shall not suffer any prejudicial effects on the part of the institution as a result of having communicated the information referred to in paragraphs 1 and 2, provided that he acted reasonably and honestly.

4. Paragraphs 1 to 3 shall not apply to documents, deeds, reports, notes or information in any form whatsoever held for the purposes of, or created or disclosed to the official in the course of, proceedings in legal cases, whether pending or closed.

Article 22b

1. An official who further discloses information as defined in Article 22a to the President of the Commission or of the Court of Auditors or of the Council or of the European Parliament, or to the European Ombudsman, shall not suffer any prejudicial effects on the part of the institution to which he belongs provided that both of the following conditions are met:

(a) the official honestly and reasonably believes that the information disclosed, and any allegation contained in it, are substantially true; and

(b) the official has previously disclosed the same information to OLAF or to his own institution and has allowed the OLAF or that institution the period of time set by the Office or the institution, given the complexity of the case, to take appropriate action. The official shall be duly informed of that period of time within 60 days.

2. The period referred to in paragraph 1 shall not apply where the official can demonstrate that it is unreasonable having regard to all the circumstances of the case.

3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to documents, deeds, reports, notes or information in any form whatsoever held for the purposes of, or created or disclosed to the official in the course of, proceedings in legal cases, whether pending or closed.

Literaturverzeichnis

- Aldoney Ramirez, Rodrigo*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009
- Altenburg, Johannes*: Whistleblowing – Korruptionsbekämpfung durch Business Keeper Monitoring Systems? –, *Bucerius Law Journal* 2008, 3
- Altmeyden, Holger*, in: *Roth, Günter H./Altmeyden, Holger*: GmbHG, 6. Auflage, München 2009, § 85
- Ambos, Kai*: Die Chance nutzen, *FAZ* vom 11.02.2010, S. 6
- Amelung, Knut*: Die Verwertbarkeit rechtswidrig gewonnener Beweismittel zugunsten des Angeklagten und deren Grenzen, *StraFo* 1999, 181
- Arzt, Gunther*: Wissenschaftsbedarf nach dem 6. StrRG, *ZStW* 111 (1999), 757
- Ax, Thomas/Schneider, Matthias/Scheffert, Jacob*: Rechtshandbuch Korruptionsbekämpfung, 2. Auflage, Berlin 2010
- Backes, Otto/Lindemann, Michael*: Staatlich organisierte Anonymität als Ermittlungsmethode bei Korruptions- und Wirtschaftsdelikten, Heidelberg 2006
- Bannenberg, Britta/Schaupensteiner, Wolfgang*: Korruption in Deutschland, 3. Auflage, München 2007
- Bannenberg, Britta*, in: *Wabnitz/Janovsky*: Handbuch des Wirtschafts- und Strafrechts, 3. Auflage, München 2007, 10. Kapitel
- Bauer, Jobst-Hubertus*: Gesetz zur Förderung des Denunziantentums, *Editorial NJW* 23/2008
- Beckemper, Katharina*: Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2007 in Osnabrück, *ZStW* 119 (2007), 959
- Behrendt, Hans-Joachim*: Überlegungen zur Figur des Kronzeugen im Umweltstrafrecht, *GA* 1991, 337
- Bender, Denise*: Grenzen der Schweigepflicht des Arztes bei Kenntnis von Misshandlungen oder entwürdigender Behandlungen durch Eltern, *MedR* 2002, 626
- Bergmann, Alfred*: Der Verbotsirrtum und der Irrtum im Bereich der Schuld, *JuS* 1990, L17
- Bergmoser, Ulrich/Theusinger, Ingo/Gushurst, Klaus-Peter*: Corporate Compliance – Grundlagen und Umsetzung, *BB-Special* 5/2008 zu Heft 25, 1
- Berndt, Thomas/Hoppler, Ivo*: Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, *BB* 2005, 2623
- Beulke, Werner*: Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, *ZStW* 103 (1991), 657
- Beulke, Werner*: Strafprozessrecht, 10. Auflage, Heidelberg 2008
- Block, Ulrich*: Neue Regelungen zur Corporate Governance gemäß Sarbanes-Oxley Act, *BKR* 2003, 774
- Boesebeck, Ernst*: Privatrechtliche Haftung des Denunzianten, *NJW* 1947/48, 13

- Bosch, Nikolaus*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, § 203
- Bosch, Nikolaus*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, § 355
- Böse, Martin*: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), ZStW 113 (2001), 40
- Bottke, Wilfried*: Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite, wistra 1991, 1
- Brammsen, Joerg*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, München 2006, Vor § 17 und § 17
- Breinlinger, Astrid/Krader, Gabriela*: Whistleblowing – Chancen und Risiken bei der Umsetzung von anonym nutzbaren Hinweisgebersystemen im Rahmen des Compliance-Managements von Unternehmen, RDV 2006, 1
- Breßler, Steffen/Kuhnke, Michael/Schulz, Stephan/Stein, Roland*: Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721
- Breuer, Rüdiger*: Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Umweltrecht, NVwZ 1986, 171
- Briegel, Torsten*: Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing Systeme, Wiesbaden 2009
- Bruns, Ilona*: Liechtenstein oder das Beweisverwertungsverbot, StraFo 2008, 189
- Bürkle, Jürgen*: Weitergabe von Informationen über Fehlverhalten in Unternehmen (Whistleblowing) und Steuerung auftretender Probleme durch ein Compliance-System, DB 2004, 2158
- Bussmann, Kai-D./Matschke, Sebastian*: Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen – ein Vergleich zwischen den USA und Deutschland, wistra 2008, 88
- Cierniak, Jürgen*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 3, München 2003, § 203
- Cramer, Peter/Sternberg-Lieben, Detlev*, in: *Schönke/Schröder*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 16
- Dallmeyer, Jens* in: *Heghmanns, Michael/Scheffler, Uwe*: Handbuch zum Strafverfahren, München 2008, II
- Dann, Matthias*: Die neue Kronzeugenregelung: ein Störfaktor aus Compliance-Sicht?, CCZ 2010, 30
- Dannecker, Gerhard*, in: *Michalski, Lutz*: GmbH-Gesetz, Band II, München 2002, § 85
- Dannecker, Gerhard* in: *Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 1. Kapitel
- Dannecker, Gerhard*, in: *Staub, Hermann*: Handelsgesetzbuch, 5. Auflage, Berlin 2008, § 333
- Dannecker, Gerhard*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 299
- Deiseroth, Dieter*: Whistleblowing – Zivilcourage am Arbeitsplatz, abrufbar unter: <http://www.betrifftjustiz.de/Texte/deiseroth.html> (30.03.2010)

- Deiseroth, Dieter*: Whistleblowing in Zeiten von BSE, 1. Auflage, Berlin 2001
- Deiseroth, Dieter*: Whistleblower-Schutz, Betrifft Justiz 2004, 296
- Deiseroth, Dieter/Derleder, Peter*: Whistleblower und Denunziatoren, ZRP 2008, 248
- Deiseroth, Dieter*: Whistleblower-Schutz in Deutschland, in: Grundrechte-Report 2009, Frankfurt/Main 2009, S. 111
- Denny, Mark*: Der Kronzeuge unter Berücksichtigung der Erfahrungen mit Kronzeugen in Nordirland, ZStW 103 (1991), 269
- Devine, Tom*: Whistleblowing in the United States: The Gap between Vision and Lessons learned, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 74
- Diemer, Herbert/Krick, Carsten*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, München 2006, § 299
- Diemer, Herbert*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Auflage, München 2008, § 172 GVG
- Diemer, Herbert*, in: *Erbs, Georg/Kohlhaas, Max*: Strafrechtliche Nebengesetze, München, 173. Auflage, München 2009, § 17 UWG
- Dieterich, Thomas*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2010, Art. 5 GG
- Di Fabio, Udo*, in: *Maunz, Theodor/Dürig, Günter*: GG, 55. Ergänzungslieferung, München 2009, Art. 2
- Dillenburger, Anja*: Das Beamtenstatusgesetz als neues Beamtenbundesrecht für die Beamtinnen und Beamten der Länder, NJW 2009, 1115
- Dimba, Mukelani/Stober, Lorraine/Thomson, Bill*: The South African Experience, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 143
- Dittrich, Joachim*, in: *Müller-Gugenberger, Christian/Bieneck, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, Köln 2006, § 33
- Dölling, Dieter*, in: *Dölling, Dieter*: Handbuch der Korruptionsprävention, München 2007, Kapitel 1
- Donato, Jessica*: Whistleblowing, Frankfurt/Main 2009
- Duden, Das Herkunftswörterbuch, 3. Auflage, Mannheim 2001
- Düsel, Jens*: Gespaltene Loyalität, Frankfurt/Main 2008
- Ebert-Weidenfeller, Andreas*, in: *Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 3
- Eidam, Gerd*: Unternehmen und Strafe, 3. Auflage, Köln 2008
- Eisenberg, Ulrich*: Beweisrecht der StPO, 6. Auflage, München 2008
- Engisch, Karl*: Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 76 (1958), 566
- Engländer, Armin*: Strafprozessrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2009
- Engländer, Armin*: Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf interpersonale Interessenkollisionen, GA 2010, 15
- Erb, Volker*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, München 2003, § 34

- Faust, Thomas*: Verwaltung zwischen Transparenz und dienstlicher Diskretion. Beamtenstatusgesetz ermöglicht das so genannte „Whistleblowing“, in: *Innovative Verwaltung* 2009, S. 22
- Fischer, Thomas*: Der Gefährdungsschaden bei § 266 in der Rechtsprechung des BGH, *StraFo* 2008, 269
- Fischer, Thomas*: *Strafgesetzbuch*, 56. Auflage, München 2009
- Fischer, Thomas*: *Strafgesetzbuch*, 57. Auflage, München 2010
- Fitting, Karl/Engels, Gerd/Schmidt, Ingrid/Trebinger, Yvonne/Linsenmaier, Wolfgang*: *Betriebsverfassungsgesetz*, 25. Auflage, München 2010
- Flor, Georg*: Beruf und Schweigepflicht – Eine Gegenüberstellung, *JR* 1953, 368 (370)
- Frank, Christoph/Titz, Andrea*: Die Kronzeugenregelung zwischen Legalitätsprinzip und Rechtsstaatlichkeit, *ZRP* 2009, 137
- Freiberg, Bruno*: Der Kronzeuge, *ZStW* 59 (1940), 33
- Fülbier Andreas*, in: *Fülbier, Andreas/Aepfelbach, Rolf R./Langweg, Peter*: *GwG*, 5. Auflage, Köln 2006, § 11
- Gach, Bernt/Rützel, Stefan*: Verschwiegenheitspflicht und Behördenanzeigen von Arbeitnehmern, *BB* 1997, 1959
- Gänßle, Peter*: Der Whistleblower im Spannungsfeld zwischen Korruptionsbekämpfung und arbeitsrechtlichen Pflichten, *KJ* 2007, 265
- Geerds, Detlev*: Der vorsatzausschließende Irrtum, *Jura* 1990, 421
- Geilen, Gerd*: *Kölner Kommentar zum AktG*, Band 3, Köln 1985, § 404
- Glaum, Martin/Thomaschewski, Dieter/Weber, Silke*: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts auf deutsche Unternehmen: Kosten, Nutzen, Folgen der US-Börsennotierung, *Studien des Deutschen Aktieninstituts*, Heft 33, Februar 2006
- Gola, Peter*: Arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte eines internen „Whistleblowing“, *ZBVR online* 2006, 17
- Gola, Peter*, in: *Gola, Peter/Schomerus, Rudolf*: *BDSG*, 9. Auflage, München 2007, § 3
- Göpfert, Burkhard/Merten, Frank/Siegrist, Carolin*: Mitarbeiter als „Wissensträger“ – Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, *NJW* 2008, 1703
- Göres, Ulrich L./Kleinert, Jens*: Die Liechtensteiner Finanzaffäre – Steuer- und strafrechtliche Konsequenzen, *NJW* 2008, 1353
- Graser, Daniela*: *Whistleblowing*, Frankfurt/Main 2000
- Greeve, Gina*: *Korruptionsdelikte in der Praxis*, München 2005
- Großbach, Peter/Born, Walter*: Die „whistleblower“-Gesetzgebung in den USA, *AuR* 1989, 374
- Gruson, Michael/Kubicek, Matthias*: Der Sarbanes-Oxley-Act, Corporate Governance und das deutsche Aktienrecht (Teil I bzw. Teil II), *Die Aktiengesellschaft* 2003, S. 337 bzw. 393
- Günther, Hans-Ludwig*, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Auflage, Köln 2000, § 34
- Haffke, Bernhard*: Schweigepflicht, Verfahrensrevision und Beweisverbot, *GA* 1973, 65

- Hamm, Rainer*: Compliance vor Recht? Anwälte bei der Bewältigung eines „Daten-skandals“, NJW 2010, 1332
- Harte-Bavendamm, Henning*, in: *Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke*: UWG, 2. Auflage, München 2009, Vor §§ 17–19
- Hartung, Aurica*: Geheimnisschutz und Whistleblowing im deutschen und englischen Recht, Saarbrücken 2006
- Hauf, Claus-Jürgen*: Ist die „Rechtskreistheorie“ noch zu halten?, NStZ 1993, 457
- Hauschka, Christoph E./Greeve, Gina*: Compliance in der Korruptionsprävention – was müssen, was sollen, was können Unternehmen tun?, BB 2007, 165
- Hefendehl, Roland*: Enron, Worldcom und die Folgen: Das Wirtschaftsstrafrecht zwischen kriminalpolitischen Erwartungen und dogmatischen Erfordernissen, JZ 2004, 18
- Hefendehl, Roland*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, München 2006, § 263
- Hefendehl, Roland*, in: *Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard*: AktG, Band 2, München 2007, § 404
- Hefendehl, Roland*: Außerstrafrechtliche und strafrechtliche Instrumentarien zur Eindämmung der Wirtschaftskriminalität, ZStW 119 (2007), 816
- Hefendehl, Roland*: Alle lieben Whistleblowing, FS Amelung, 2009, S. 617
- Hegmanns, Michael/Niehaus, Holger*: Outsourcing im Versicherungswesen und der Gehilfenbegriff des § 203 III 2 StGB, NStZ 2008, 57
- Hegmanns, Michael*: Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 4. Auflage, Köln 2009
- Heine, Günter*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 299
- Heinrich, Bernd* in: *Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric*: Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, 2009, § 49
- Heinrich, Tobias A.*, in: Karlsruher Kommentar zum WpHG, München 2007, § 10
- Hellmann, Uwe/Beckemper, Katharina*: Wirtschaftsstrafrecht, 2. Auflage, Stuttgart 2008
- Herzog, Felix*: Zur Strafbarkeit der Erlangung von Kenntnissen über ein Computerprogramm, das Geldspielautomaten steuert, und des durch diese Kenntnis ermöglichten systematischen Leerspielens von Geldautomaten, StV 1991, 215
- Hofmann, Hans* in: *Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel*: Grundgesetz, 11. Auflage, Köln 2008, Art. 20
- Hohn, Kristian*: Kölner Kommentar zum UmwG, Köln 2009, § 315
- Hoyer, Andreas*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage, München 2003, § 203
- Huber, Matthias*, in: *Graf, Jürgen Peter*: Strafprozessordnung, München 2010, § 53
- Hunziker, Silvia*: Whistleblowing, FS Hans Caspar von der Krone, 2007, S. 163
- Hütten, Christoph/Stromann, Hilke*: Umsetzung des Sarbanes-Oxley Act in der Unternehmenspraxis, BB 2003, 2223

- Intemann, Jens*, in: *Pahlke, Armin/Koenig, Ulrich*: Abgabenordnung, 2. Auflage, München 2009, § 30
- Jäger, Christian*: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat, GA 2008, 473
- Jakobs, Günther*: Anmerkung zu LG Düsseldorf (NJW 2004, 3275), NStZ 2005, 276
- Janicki, Kathrin*: Beweisverbote im deutschen und englischen Strafprozeß, Baden-Baden 2002
- Janssen Gerhard*, in: *Park, Tido*: Kapitalmarktstrafrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2008, § 19 PublG
- Jarass, Hans D.*, in: *Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 4
- Jarass, Hans D.*, in: *Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 5
- Jarass, Hans D.*, in: *Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 14
- Jeßberger, Florian*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, § 145d
- Joecks, Wolfgang*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 1, München 2003, § 17
- Joecks, Wolfgang*: StPO, 2. Auflage, München 2008
- Johnson, Roberta A.*: Whistleblowing: When it Works – And Why, Boulder/London 2003
- Kania, Thomas*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2010, § 120 BetrVG
- Kania, Thomas*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Auflage, München 2010, § 84 BetrVG
- Kargl, Walter*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, Vor §§ 201 ff.
- Kargl, Walter*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 203
- Kauder, Siegfried*: Ärztliche Schweigepflicht über die Behandlung Drogensüchtiger, StV 1981, 564
- Kaufmann, Armin*: Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, 37
- Kersting, Christian*: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley-Gesetzes in Deutschland – Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?, ZIP 2003, 233
- Kiethe, Kurt/Hohmann, Olaf*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, NStZ 2006, 185
- Kindhäuser, Urs*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 263
- Kindhäuser, Urs*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 266
- Kleindiek, Detlef*, in: *Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter*: GmbHG, 17. Auflage, Köln 2009, § 85

- Klengel, Jürgen/Mückenberger, Ole*: Internal Investigations – typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen, CCZ 2009, 81
- Koch, Arnd*: Denunciatio, Frankfurt/Main 2006
- Koch, Arnd*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowing, ZIS 2008, 500
- Kockel, Martin/Vossen-Kempkens, Stefanie*: Zur Sachbehandlung von un schlüssigen, haltlosen, beschimpfenden, sich inhaltlich wiederholenden „querulatorischen“ Strafanzeigen, NSTZ 2001, 178
- Köhler, Helmut*, in: *Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*: Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, 28. Auflage, München 2010, § 17
- Kohlhaas, Max*: Strafrechtliche Schweigepflicht und prozessuales Schweigerecht, GA 1958, 65
- Kohlmann, Günter*: Wider die Furcht vor § 266 StGB, JA 1980, 228
- Kölbl, Ralf*: Zur Verwertbarkeit privat-deliktisch beschaffter Bankdaten, NSTZ 2008, 241
- Kollmer, Norbert Franz*, in: *Landmann/Rohmer*: Gewerbeordnung, 55. Ergänzungslieferung, 2009, § 17 ArbSchG
- Kolmhuber, Martin/Schreiner, Paul/Seel, Henning-Alexander*: Vertragsstörungen im Arbeitsrecht, Münster 2008
- König, Stefan*: Wieder da: Die „große“ Kronzeugenregelung, NJW 2009, 2481
- Körner, Harald Hans*: Betäubungsmittelgesetz, 6. Auflage, München 2007, § 31
- Koriath, Heinz*: Überlegungen zu einigen Grundsätzen der strafrechtlichen Irrtumslehre, Jura 1996, 113
- Kort, Michael*: Verhaltensstandardisierung durch Corporate Compliance, NZG 2008, 81
- Kort, Michael*: Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung bei der Einführung von „Ethik-Richtlinien“, FS Buchner, 2009, S. 477
- Korte, Matthias*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, München 2006, § 331
- Kühl, Kristian*: Neue Gesetze gegen terroristische Straftaten, NJW 1987, 737
- Kühl, Kristian*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 2000
- Kühl, Kristian*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008
- Kuhlen, Lothar*, in: *Lutter, Marcus*: Umwandelungsgesetz, 4. Auflage, Köln 2009, § 315
- Kuhlen, Lothar*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 331
- Kuhlen, Lothar*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 355
- Kunert, Karl Heinz/Bernsmann, Klaus*: Neue Sicherheitsgesetze – mehr Rechtssicherheit? – Zu dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung, und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989 (BGBl. I, 1059), NSTZ 1989, 449

- Küper, Wilfried*: Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten, JZ 1976, 515
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*: StGB, 26. Auflage, München 2007
- Lanfermann, Georg/Maul, Silja*: Auswirkungen des Sarbanes-Oxley-Act in Deutschland, DB 2002, 1725
- Langer, Winrich*: Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung, GA 1976, 19
- Lechner, Stéphan*: Vermeidung und Aufdeckung von „Top Management Fraud“ durch das unternehmensinterne Überwachungssystem, DStR 2006, 1854
- Ledergerber, Zora*: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Bern 2005
- Lehmann, Jens*, in: *Heghmanns, Michael/Scheffler, Uwe*: Handbuch zum Strafverfahren, München 2008, III
- Lenckner, Theodor* in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: StGB, 27. Auflage, München 2006, Vorbem §§ 32 ff
- Lenckner, Theodor/Perron, Walter*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 34
- Lenckner, Theodor*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 203
- Lenckner, Theodor/Perron, Walter*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 266
- Lenckner, Theodor/Perron, Walter*, in: *Schönke, Adolf/Schröder, Horst*: StGB, 27. Auflage, München 2006, § 355
- Lensdorf, Lars/Mayer-Wegelin, Clemens/Mantz, Reto*: Outsourcing unter Wahrung von Privatgeheimnissen, CR 2009, 62
- Lesch, Heiko*: Die Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, JA 1996, 607
- Löw, Hans-Peter*: Der größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant, BB 2008, 1449
- Mahnhold, Thilo*: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, NZA 2008, 737
- Marsch-Barner, Reinhard*, in: *Kallmeyer, Harald*: Umwandlungsgesetz, 3. Auflage, Köln 2006, § 315
- Meyer-Goßner, Lutz*: Strafprozessordnung, 52. Auflage, München 2009
- Mezger, Constanze*: Whistle-Blowing: Ein Instrument zur Firmenhygiene für verantwortungsbewusste Unternehmen, Saarbrücken 2006
- Michalowski, Sabine*: Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patientinformationen, ZStW 109 (1997), 519
- Mitsch, Wolfgang*: Strafrecht, Besonderer Teil 2/1, Vermögensdelikte, 2. Auflage, Heidelberg 2003
- Mitsch, Wolfgang*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 2/1, München 2005, Vor §§ 77 ff.
- Möhrenschläger*, in: *Wabnitz, Heinz-Bernd/Janovsky, Thomas*: Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 3. Auflage, München 2007, 13. Kapitel

- Momsen, Carsten/Rackow, Peter*: Der Erlaubnistatbestandsirrtum in der Fallbearbeitung (Teil 2), JA 2006, 654
- Momsen, Carsten*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, §§ 15, 16
- Momsen, Carsten*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, § 17
- Morlok, Martin*, in: *Dreher, Horst*: GG, Band I, 2. Auflage, Tübingen 2004, Art. 4
- Mühlhoff, Uwe/Pfeiffer, Christian*: Der Kronzeuge – Sündenfall des Rechtsstaates oder verzichtbares Mittel der Strafverfolgung?, ZRP 2000, 121
- Müller, Michael*: Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, NZA 2002, 424
- Myers, Anna*: Whistleblowing – The UK Experience, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 101
- Nack, Armin*: Bedingter Vorsatz beim Gefährdungsschaden – ein doppelter Konjunktiv?, StraFo 2008, 277
- Nebendahl, Mathias/Lunk, Stefan*: Die Zuständigkeit der Einigungsstelle bei Beschwerden nach § 85 Abs. 2 BetrVG, NZA 1990, 676
- Neumann, Ulfrid*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 17
- Neumann, Ulfrid*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 34
- Nuutila, Ari-Matti*: Whistleblowing, Exchange of Information and Legal Protection, in: *Cullen, Peter J.* (Hrsg.): Enlarging the Fight against Fraud in the European Union: Penal and Administrative Sanctions, Settlement, Whistleblowing and Corpus Juris in the Candidate Countries, Köln 2003, S. 255
- Oetker, Hartmut*, in: *Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus*: AktG, Köln 2008, § 404
- Oppenauer, Francis*, in: *Kollmer, Norbert Franz*: Arbeitsschutzgesetz, München 2005, § 17
- Otto, Harro*: Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, § 17 UWG, wistra 1988, 125
- Otto, Harro*: Strafrechtliche Konsequenzen aus der Ermöglichung der Kenntnisnahme von Bankgeheimnissen in einem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut durch Wartungs- und Servicepersonal eines Computer-Netzwerkes, wistra 1999, 201
- Otto, Harro*: Die strafrechtliche Beurteilung der Kollision rechtlicher gleichrangiger Interessen, Jura 2005, 470
- Otto, Harro*: Großkommentar zum UWG, 2. Band, Berlin 2006, § 17
- Oxford Dictionary of Law, 6th Edition, Oxford 2006
- Paeffgen, Hans-Ullrich*: Strafprozeß im Umbruch oder: Vom unmöglichen Zustand des Strafprozeßrechts, StV 1999, 625
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, Vor §§ 32 ff.
- Papier, Hans-Jürgen*: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme der Zweitmeldung, NJW 1985, 12

- Papier, Hans-Jürgen*, in: *Maunz, Theodor/Dürig, Günter*: Grundgesetz, 55. Ergänzungslieferung, München 2009, Art. 14
- Passarge, Malte*: Risiken und Chancen mangelhafter Compliance in der Unternehmensinsolvenz, NZI 2009, 86
- Patzak, Jörn*, in: *Graf, Jürgen Peter*: Strafprozessordnung, München 2010, § 158
- Pelchrzim, Gero von*: Whistleblowing und der strafrechtliche Geheimnisschutz nach § 17 UWG, CCZ 2009, 25
- Pfeiffer, Gerd*: Der strafrechtliche Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 UWG, FS Nirk, 1992, S. 861
- Pfeiffer, Gerd/Hannich, Rolf*, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Auflage, München 2008, Einleitung
- Pieroth, Bodo/Jarass, Hans D.*, in: *Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*: GG, 10. Auflage, München 2009, Art. 17
- Piper, Henning*, in: *Piper, Henning/Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf*: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG, 5. Auflage, München 2010, § 17
- Pitsch, Christoph*: Strafprozessuale Beweisverbote, Hamburg 2009
- Pöhlmann, Peter*, in: *Pöhlmann, Peter/Fandrich, Andreas/Bloehs, Joachim*: Genossenschaftsgesetz, 3. Auflage, München 2007, § 151
- Preis, Ulrich*, in: *Wlotzke, Otfried/Preis, Ulrich/Kreft, Burghard*: Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, München 2009, § 79
- Preis, Ulrich*, in: *Wlotzke/Preis/Kreft*: Betriebsverfassungsgesetz, 4. Auflage, München 2009, § 120
- Preis, Ulrich* in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 10. Auflage, München 2010, § 611 BGB
- PricewaterhouseCoopers, Wirtschaftskriminalität 2009, Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen, 2009
- PricewaterhouseCoopers, Compliance und Unternehmenskultur, Zur aktuellen Situation in deutschen Großunternehmen, 2010
- Quick, Reiner*: Geheimhaltungspflicht des Abschlussprüfers: Strafrechtliche Konsequenzen bei Verletzung, BB 2004, 1490
- Radtke, Henning*: Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, 19
- Ransiek, Andreas*: Strafrecht und Korruption, StV 1996, 446
- Ransiek, Andreas*: Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634
- Ransiek, Andreas*, in: *Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, VIII 2.
- Rebentisch, Manfred*: Probleme des Geheimnisschutzes im Rahmen der Emissionserklärung, NJW 1980, 99
- Regelin, Frank Peter/Fisher, Raymond*: Zum Stand der Umsetzung des Sarbanes-Oxley Acts aus deutscher Sicht, IStR 2003, 276

- Reichert, Jochem/Ott, Nicole*: Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173
- Rengier, Rudolf*, in: *Fezer, Karl-Heinz*: Lauterkeitsrecht, 2. Auflage, München 2010, § 17
- Richter, Hans*, in: *Müller-Gugenberger, Christian/Bieneck, Klaus*: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Auflage, Köln 2006, § 3
- Richters, Swantje/Wodtke, Carolina*: Schutz von Betriebsgeheimnissen aus Unternehmenssicht – „Verhinderung von Know-how Abfluss durch eigene Mitarbeiter, NZA-RR 2003, 281
- Rogall, Klaus*: Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, ZStW 91 (1979), 1
- Rogall, Klaus*: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen –, NStZ 1983, 1
- Romain, Alfred/Bader, Hans Anton/Byrd, B. Sharon*: Dictionary of Legal and Commercial Terms/Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, 5. Auflage, München 2000
- Rönnau, Thomas*: Voraussetzungen und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, 665
- Rönnau, Thomas*: Untreue und Vorteilsnahme durch Einwerben von Drittmitteln?, BGH NJW 2002, 2801, JuS 2003, 232
- Rönnau, Thomas*: „kick-backs“: Provisionsvereinbarungen als strafbare Untreue – Eine kritische Bestandsaufnahme –, FS Kohlmann, 2003, S. 239
- Rönnau, Thomas*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, Vor §§ 32
- Rönnau, Thomas*: Einwilligung und Einverständnis, JuS 2007, 18
- Rönnau, Thomas*, in: *Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas*: Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2008, III 2
- Rönnau, Thomas*: Grundwissen – Strafrecht: Der strafrechtliche Rechtsgutsbegriff, JuS 2009, 209
- Rönnau, Thomas/Schneider, Frédéric*: Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, ZIP 2010, 53
- Rose, Gabriele/Witt, Olaf*: Allgemeine Einführung in die Beweisverbote im Strafprozeß, JA 1997, 762
- Rosen, Rüdiger von*: SEC geht auf Europa zu, Börsen-Zeitung, 23. Februar 2008, S. 10
- Rosenau, Henning*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, § 77
- Rosenau, Henning*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, § 299
- Roxin, Claus*: Anmerkung zu BSG (JZ 2000, 96), JZ 2000, 99
- Roxin, Claus*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006

- Rudolphi, Hans-Joachim*: Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen 1969
- Rudolphi, Hans-Joachim*: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Auflage, Köln 1999, § 35
- Rüping, Hinrich*: Denunziation und Strafjustiz im Führerstaat, in: *Jerouscheck, Günter/Marßolek, Inge/Röckelein, Hedwig* (Hrsg.): Denunziation, Tübingen 1997, S. 127
- Rüsken, Reinhart*, in: *Klein, Franz*: Abgabenordnung, 10. Auflage, München 2009, § 30
- Rützel, Stefan*: Illegale Unternehmensgeheimnisse?, GRUR 1995, 557
- Saelens, Filip*: The Case Of Whistleblowing Schemes In The European Union, European Company Law August 2006, Vol. 3, Issue 4, S. 170 ff.
- Sahan, Oliver/Berndt, Thomas*: Die neue Kronzeugenregelung – aktive Beendigung von Korruptionssystemen durch effiziente Compliance-Strukturen alternativlos, BB 2010, 647
- Saliger, Frank*: Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10
- Saliger, Frank*, in: *Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter*: StGB, Köln 2009, § 266
- Sasse, Stefan*: Hilfspolizist Arbeitnehmer – oder sinnvolle Regelung?, NZA 2008, 990
- Satzger, Helmut*: Bestechungsdelikt und Sponsoring, ZStW 115 (2003), 469
- Schaal, Hans-Jürgen*, in: Münchner Kommentar zum AktG, Band 9/2, 2. Auflage, München 2006, § 404
- Schaal, Hans-Jürgen*, in: *Erbs/Kohlhaas*: Strafrechtliche Nebengesetze, 173. Auflage, München 2009, § 85 GmbHG
- Schäfers, Manfred*: Denunziantentum, FAZ vom 06.02.2010, S. 1
- Schaub, Günter/Koch, Ulrich*: Arbeitsrecht A–Z, 18. Auflage, München 2009
- Schilling, Georg*: Strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter, Sozialpädagogen und Psychologen?, JZ 1976, 617
- Schmidt, Bernd*: Vertrauen ist gut, Compliance ist besser! – Anforderungen an die Datenverarbeitung im Rahmen der Compliance-Überwachung –, BB 2009, 1295
- Schmitz, Roland*: Verletzung von (Privat-)geheimnissen – Qualifikationen und ausgewählte Probleme der Rechtfertigung, JA 1996, 949
- Schmitz, Roland*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Band 4, München 2006, § 355
- Schneider, David*: Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, Köln 2009
- Schneider, Uwe H.*: Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321
- Schneider, Uwe H./Nowak, Claudia*: Sind die Einrichtung einer Whistleblowing-Stelle und der Schutz des Whistleblowers Teil guter Corporate Compliance?, FS Kreutz, 2010, S. 855
- Schulz, Corinna Nadine*: Whistleblowing in der Wissenschaft, Hamburg 2008

- Schulze-Osterloh, Joachim/Servatius, Wolfgang*, in: *Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred: GmbH-Gesetz*, 18. Auflage, München 2006, § 85
- Schünemann, Bernd*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11. Auflage, Berlin 1998, § 266
- Schünemann, Bernd*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 12. Auflage, Berlin 2010, § 203
- Schünemann, Bernd*: Die Liechtensteiner Steueraffäre als Menetekel des Rechtsstaats, *NStZ* 2008, 305
- Schünemann, Bernd*: Zur Quadratur des Kreises in der Dogmatik des Gefährdungsschadens, *NStZ* 2008, 430
- Sieber, Ulrich*: Der strafrechtliche Schutz des Arzt- und Patientengeheimnisses unter den Bedingungen der modernen Informationstechnik, *FS Eser*, 2005, S. 1155
- Sieber, Ulrich*: Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht, *FS Tiedemann*, 2008, S. 449
- Sieber, Ulrich*: Kollision von materiellem und prozessuellem Strafrecht, *FS Roxin*, 2001, S. 1113
- Sieg, Rainer*: Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, *FS Buchner*, 2009, S. 859
- Spahlinger, Andreas/Wegen, Gerhard*, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 1. Auflage, München 2005
- Stahl, Rudolf/Demuth, Ralf*: Strafrechtliches Verwertungsverbot bei Verletzung des Steuergeheimnisses – Ein Zwischenruf im Fall Zumwinkel, *DStR* 2008, 600
- Stebut, Dietrich von*: Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, München 1972
- Stebut, Dietrich von*: Gesetzliche Vorschriften gegen den Missbrauch von Insiderinformationen, *DB* 1974, 613
- Stephan, Hans Jürgen/Seidel, Jürgen*, in: *Hauschka, Christoph E.: Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, München 2007, § 25
- Taschke, Jürgen*, in: *Semler, Johannes/Stengel, Arndt: Umwandlungsgesetz*, 2. Auflage, München 2007, § 315
- Teichmann, Helmut/Achsnich, Gernot*, in: *Herzog, Felix/Mülhausen, Dieter: Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung*, München 2006, § 31
- Tiedemann, Klaus*: Literaturbericht, *ZStW* 86 (1974), 990
- Tiedemann, Klaus*: Körperverletzung und strafrechtliche Produktverantwortung, *FS Hirsch*, 1999, S. 765
- Tiedemann, Klaus*, in: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11. Auflage, Berlin 2001, § 299
- Tiedemann, Klaus*: *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Köln 2007
- Tiedemann, Klaus*, in: *Scholz, Franz: GmbH Gesetz, II. Bd.*, 10. Auflage, Köln 2010, § 85

- Többens, Hans W.:* Wirtschaftsspionage und Konkurrenzausspähung in Deutschland, NSTZ 2000, 505
- Többens, Hans W.:* Die Straftaten nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (§§ 16–19 UWG), WRP 2005, 552
- Träger, Ernst,* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Auflage, Berlin 2004, § 355
- Trott, Kirsten:* The Australasian Perspektive, in: Whistleblowing around the World, Kapstadt 2004, S. 119
- Trüg, Gerson/Habetha, Jörg:* Die „Liechtensteiner Steueraffäre“ – Strafverfolgung durch Begehung von Straftaten?, NJW 2008, 887
- Vogel, Joachim/Hocke, Peter:* Anmerkung zu BGH JZ 2006, 560 („Mannesmann“), JZ 2006, 568
- Vogel, Joachim,* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 16
- Vogel, Joachim,* in: Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, Berlin 2007, § 17
- Volk, Klaus:* Kronzeugen praeter legem? – Vernehmungspraxis, Vorteilsversprechen, Verdunkelungsgefahr, NJW 1996, 879
- Wache, Volkhard,* in: *Erbs/Kohlhaas:* Strafrechtliche Nebengesetze, 176. Auflage, München 2009, § 138 VAG
- Warda, Günter:* Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, JR 1950, 546
- Weber-Rey, Daniela:* Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation, Die Aktiengesellschaft 2006, 406
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner:* Strafrecht, Allgemeiner Teil, 39. Auflage, Heidelberg 2009
- Wickern, Thomas,* in: *Löwe-Rosenberg:* Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 25. Auflage, Berlin 2003, § 172 GVG
- Wisskirchen, Gerlind/Körber, Anke/Bissels, Alexander:* „Whistleblowing“ und „Ethik-hotlines“, BB 2006, 1567
- Wolff, Heinrich:* Der verfassungsrechtliche Schutz der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, NJW 1997, 98
- Wolff, Leon:* New Whistleblower Protection Laws for Japan, ZJapanR 2004, Nr. 17, 209
- Wolz, Matthias:* Whistle Blowing und Concern Management, Frankfurt/Main 2007
- Zieschang, Frank:* Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, Berlin 2006, § 34
- Zimmermann, Georg von:* „Whistleblowing“ – Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts, WM 2007, 1060
- Zypries, Brigitte:* Die Bekämpfung des Terrorismus kann nur innerhalb der Grenzen rechtstaatlicher Grundsätze erfolgen, Anwaltsblatt 2006, 102