



**Deutscher Studienpreis | 2. Preis  
Geistes- und Kulturwissenschaften**

**Transatlantic Whistleblowing – Entwicklung und Chancen des  
Whistleblowings in Deutschland und den USA**

**Dr. Simon Gerdemann**

»Whistleblowing«. Wohl kein anderer englischsprachiger Rechtsbegriff kann in den letzten Jahren auf eine vergleichbare Karriere sowohl in der öffentlichen Diskussion und internationalen Wirtschaftspraxis wie auch der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtspolitik zurückblicken. Die Arbeit geht den Ursprüngen und Hintergründen des modernen Whistleblowingrechts in den USA aus historischer, empirischer und rechtsdogmatischer Perspektive auf den Grund.

Sie zeigt auf, wie Whistleblowing über Landes- und Rechtsgebietsgrenzen hinweg seinen Weg nach Deutschland gefunden hat, welche aktuellen Folgen seine Diskussion und Adaption für das deutsche Recht haben und – vor allem – wie man die Erfahrungswerte aus 150 Jahren der Geschichte des Whistleblowingrechts in den USA nutzen kann, um die Zukunft des Whistleblowings in Deutschland sinnvoll zu gestalten.

**Dr. Simon Gerdemann** promovierte an der Georg-August-Universität Göttingen im Fach- und Spezialgebiet: Rechtswissenschaft.

Der vorliegende Beitrag wurde beim **Deutschen Studienpreis 2018** mit dem **2. Preis in der Sektion Geistes- und Kulturwissenschaften** ausgezeichnet.

Er beruht auf der 2017 an der Georg-August-Universität Göttingen eingereichten Dissertation »Transatlantic Whistleblowing – Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland« von **Dr. Simon Gerdemann**.

## Einleitung

»Whistleblowing«. Wohl kein anderer englischsprachiger Rechtsbegriff kann in den letzten 20 Jahren auf eine vergleichbare Karriere sowohl in der öffentlichen Diskussion und internationalen Wirtschaftspraxis wie auch der deutschen Rechtswissenschaft und Rechtspolitik zurückblicken. Spätestens seit den aufsehenerregenden Ereignissen um den Whistleblower Edward Snowden, der sein Insiderwissen um die grenzüberschreitenden Überwachungspraktiken der NSA im Sommer 2013 ans Licht der Weltöffentlichkeit gebracht hat, ist die Thematik in Deutschland und Europa ins Zentrum des öffentlichen Interesses gerückt.

Schon zuvor hatten die Enthüllungen und Schicksale deutscher Whistleblower immer wieder ebenso rege wie kontroverse Diskussionen in Politik, Medien und Wissenschaft ausgelöst. Hierzu zählt beispielsweise der Fall Brigitte Heinisch, die im Jahr 2004 ihren Arbeitgeber wegen erheblicher Missstände in einem Altenpflegeheim anzeigte, alsbald gekündigt wurde und erst sieben Jahre später vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Recht erhielt. Ähnliches gilt für die deutsche Wirtschaftspraxis, wo viele Unternehmen im Laufe der letzten 15 Jahre zur internen Rechtmäßigkeitskontrolle (»Compliance«) sukzessive sogenannte Whistleblowingsysteme eingerichtet haben, unter deren Zuhilfenahme Mitarbeiter – nicht selten anonym – auf Straftaten und anderes Fehlverhalten ihrer Vorgesetzten und Kollegen aufmerksam machen können. Seit Kurzem versuchen schließlich auch der deutsche Staat und seine Institutionen, sich des In-

siderwissens von Whistleblowern zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung aktiv zu bedienen – namentlich in Gestalt des 2016 ins Leben gerufenen Whistleblowerprogramms der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

Trotz oder gerade wegen der Aufmerksamkeit, die dem Thema Whistleblowing zunehmend zuteilwird, sind aber auch die Schwächen des rechtlichen und praktischen Umgangs mit Whistleblowern hierzulande immer wieder offenbar geworden, wird Deutschland international bisweilen sogar als »Entwicklungsland« in puncto Whistleblowing bezeichnet. Bei alledem bemüht sich die deutsche Politik bisher vergeblich, den vielschichtigen Problemen rund um das Thema Whistleblowing in rechtlich umfassender Weise angemessen Herr zu werden, wobei alle dahingehenden Gesetzesinitiativen entweder unvollendet blieben oder im Bundestag gescheitert sind.

Whistleblowing – so scheint es manchmal – ist eines jener Themen, das in der heutigen Zeit zwar regelmäßig die Titelseiten überregionaler Zeitungen füllt, dessen ethisch, praktisch und rechtlich komplexe Facetten und Folgen jedoch kaum auf einigen Seiten Gesetzestext sinnvoll abgebildet werden können.

## Ziele und Nutzen des Forschungsprojekts

Warum nun eine rechtswissenschaftliche Arbeit, die sich zu einem Gutteil mit der Entwicklungsgeschichte und Funktionsweise des Whistleblowingrechts in einem fremden Land auseinandersetzt – noch dazu in den USA, deren Um-

gang mit Whistleblowern wie dem in Deutschland zumeist gefeierten Edward Snowden für viele alles andere als vorbildhaft erscheint? Wer sich jedoch mit den Gründen für die stetig wachsende Bedeutung des Whistleblowings in der Praxis und Forschung der letzten Jahre auseinandersetzt, der kommt relativ bald zu der – zunächst vielleicht überraschenden – Erkenntnis, dass ein Großteil des modernen Whistleblowingrechts seinen Ursprung in den USA hat. Dies gilt aus deutscher Perspektive nicht nur für den Begriff des Whistleblowing selbst, sondern ebenso für die bereits erwähnten Whistleblowingsysteme in Unternehmen, staatliche Whistleblowerprogramme, eine Vielzahl aktueller Problempunkte auf den Gebieten des Arbeits- und Datenschutzrechts und schließlich für die wissenschaftliche und politische Perspektive auf das Phänomen des Whistleblowings im Allgemeinen. Tatsächlich gelten die USA mit gutem Grund weltweit als Mutterland und Schrittmacher des modernen Whistleblowingrechts, das auf eine in manchen Bereichen über 150-jährige Erfahrungsgeschichte bei der Regulierung des Whistleblowings und eine weltweit beispiellose Vielzahl dezidierter Whistleblowinggesetze zurückblicken kann.

Indes fehlte es in Deutschland (weitgehend aber auch in den USA) bisher an einer tiefer gehenden, rechtsgebietsübergreifenden Auseinandersetzung mit den Hintergründen, Implikationen und Folgen dieser Entwicklung. Bis auf Weiteres blieb auch für das Fachpublikum nicht selten nur ein verwunderter Blick über den Atlantik, wo durch den erfolgreichen Einsatz von Whistleblowerinformationen regelmäßig eine Vielzahl unterschiedlicher Industrieskandale aufgedeckt und Verantwortliche zur Rechenschaft gezogen wurden, wohingegen in Deutschland sowohl die Zahl der Whistleblower wie auch die mit ihnen verbundenen Aufdeckungserfolge eher überschaubar blieben, wie man etwa jüngst wieder im Rahmen der – gewiss noch

nicht ausgestandenen – »Dieselgate«-Affäre beobachten konnte.

Das nun abgeschlossene Forschungsprojekt an den Universitäten Göttingen und Berkeley war darauf ausgelegt, diese Forschungslücke zu schließen, und verfolgte hierbei im Wesentlichen zwei ineinandergreifende Ziele: Zum einen sollten die geschichtlichen Hintergründe des Whistleblowingrechts der USA mitsamt seinen aktuellen Entwicklungs- und Funktionstendenzen erforscht werden. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, bedient sich die Arbeit eines methodischen Dreiklangs aus rechtshistorischer Ursachenforschung, funktionaler Dogmendarstellung und rechtstatsächlicher Wirkungsanalyse, wobei die reichhaltige Kasuistik des Whistleblowings in den USA zugleich als eine wesentliche Quelle seiner Evaluierung dient.

Vor allem aber stellt die Arbeit durch die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Geschichte, dem Recht und der Rechtswirklichkeit des Whistleblowings innerhalb beider Länder gemäß dem klassischen Ideal der Rechtsvergleichung einen rechtspolitischen »Vorrat an Lösungen« bereit. Um es mit den jenseits des Atlantiks berühmten Worten des U.S.-Supreme-Court-Richters Louis Brandeis zu sagen: »[A] single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.« In einer globalisierten Welt können die USA und ihre lange Erfolgs- und Misserfolgsgeschichte auf dem Gebiet des Whistleblowingrechts Deutschland und Europa als ebensolches Labor dienen. Die hierbei zutage geförderten Forschungsergebnisse helfen, die Hintergründe und Erscheinungsformen des Whistleblowings besser zu verstehen, handelnden Institutionen und Unternehmen Verbesserungspotenziale aufzuzeigen und die anhaltende gesellschaftliche und rechtspolitische Diskussion um bisher vernachlässigte Aspekte zu ergänzen.

Zugleich wurden auf Basis der Arbeit verschiedene konkrete Vorschläge zur Anpassung geltenden Gesetzesrechts ausgearbeitet<sup>1</sup>, deren wesentliche Leitlinien unter anderem bereits der Europäischen Kommission im Rahmen des aktuellen Konsultationsprozesses zur Verbesserung des Whistleblowerschutzes in Europa zugänglich gemacht wurden.

### Grundlegende Erkenntnisse zum Whistleblowing

Was genau sind nun Whistleblower, was zeichnet sie aus, wie treten sie in Erscheinung, wie kann man ihr Handeln zum Wohle der Allgemeinheit nutzen? Idealerweise mag man Whistleblower als Personen umschreiben, die qua ihrer Position als Organisationsinsider unmittelbar Informationen aus erster Hand über rechtswidrige, gefährliche oder unethische Verhaltensweisen erhalten, die sie sodann aus Gewissensgründen an einen geeigneten Durchsetzungsadressaten weiterleiten und hierdurch entscheidend zur Aufdeckung und Ahndung der entsprechenden Missstände beitragen. Realiter hat die Auswertung des reichhaltigen Fallmaterials nebst einschlägiger Studien und Praxiserfahrungen freilich ein deutlich facettenreicheres Bild unterschiedlicher Whistleblower und Whistleblowingsituationen zutage gefördert. Nichtsdestotrotz zeichnete sich aber auch eine Reihe typischer Konstanten ab, auf die vor allem das US-amerikanische Recht im Laufe seiner Fortentwicklung zunehmend reagiert hat, wohingegen sie in Deutschland bisher oft noch unzureichend berücksichtigt oder diskutiert werden.

Das betrifft beispielsweise das Loyalitätsempfinden von Whistleblowern gegenüber ihren eigenen Organisationen, welches vor dem Hintergrund der teilweisen Gleichsetzung von Whistleblowing und Denunziantentum in vielleicht kontraintuitiver Weise nicht schwächer, sondern im Gegenteil meist stärker ausgeprägt ist als bei anderen Personengruppen. Dement-

sprechend melden deutlich über 90 Prozent der Whistleblower die von ihnen beobachteten Rechtsverstöße nicht etwa an eine externe (staatliche) Stelle, sondern an einen organisationsinternen Adressaten. In Deutschland – wo Whistleblowingfälle oft erst durch externe Meldungen (und anschließende Kündigungsschutzprozesse) gesteigerte Aufmerksamkeit erfahren – ist die große Gruppe interner Whistleblower bislang freilich noch kaum in den Diskussionsfokus gerückt worden.

Gleiches gilt für die besondere Prädisposition des Whistleblowings für (formal) niedrigschwellige Vergeltungsmaßnahmen unterhalb expliziter Kündigungen und das hieraus folgende besondere Schutzbedürfnis betroffener Personen. Häufige Konsequenzen sind der Verlust der bisherigen Stellung und Aufstiegschancen innerhalb des Unternehmens, etwa durch Versetzung, Reduzierung des Kompetenzbereichs oder inoffizielles Karriereende (»Kaltstellen«), sowie verschiedenste Formen psychischen Drucks zur Erwirkung »freiwilliger« Kündigungen. Zu den typischen Spätfolgen insbesondere aufsehenerregender Fälle gehören zudem branchenweite Ächtungen (»Blacklisting«), die für einige Whistleblower mangels gleichwertiger Beschäftigungsmöglichkeiten zum Verlust ihrer finanziellen und/oder persönlichen Lebensgrundlage führen.

Als Hauptbeweggrund zum Whistleblowing innerhalb des jeweiligen Bündels individueller Motive haben sich regelmäßig altruistische Faktoren erwiesen, wohingegen egoistische Begleitmotive im Sinne einer ökonomisch-rationalen Kosten-Nutzen-Kalkulation oft in den Hintergrund treten. Spiegelbildliches gilt für die beobachteten Gegenreaktionen des beruflichen Umfeldes, deren negative Intensität selten einen rein ökonomischen Hintergrund hat und oft genug die Funktion eines (Vergeltungs-) Korrektivs für den bewussten Bruch mit grup-

<sup>1</sup> Einige Elemente einer möglichen Gesetzesnovelle wurden der Bewerbung als separates Dokument beigelegt.

peninternen Loyalitätserwartungen einnimmt. Da die Folgen einer Meldung für Whistleblower oft weder absehbar noch vollständig abwendbar sind, zielt ein nicht unerheblicher Teil whistleblowingfördernder Regulierungselemente in den USA auf eine Verbesserung der Situation des Whistleblowers im Angesicht erwartbarer Vergeltungsmaßnahmen ab.

Wie es hierzu kam, welches rechtlichen Instrumentenkastens sich die USA dabei bedienen und welche Lehren Deutschland aus den Erfolgen und Fehlschlägen des Whistleblowings in den USA ziehen kann, soll im Folgenden anhand dreier Beispiele veranschaulicht werden.

### Whistleblowing und Arbeitsrecht

Die ersten modernen Whistleblowingnormen des US-Arbeitsrechts entstanden in den 1930er Jahren und damit zu einer Zeit, in der sich die Bundesregierung der USA unter Präsident Franklin D. Roosevelt im Rahmen des »New Deal« in bis dato ungekanntem Maße auf klassischerweise landesrechtliche Themenfelder vorwagte. Zur Durchsetzung seiner Arbeitsmarktreformen konnte der Bund, anders als in Deutschland, jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht auf die Verwaltung der Länder zurückgreifen. Hierdurch schien es nahezu unmöglich, programmatische Ziele wie den landesweiten Schutz der Gewerkschaften und ihrer Mitglieder effektiv umzusetzen. Um die Kluft zwischen politischem Anspruch und praktischen Durchsetzbarkeitshindernissen zu überwinden, setzte der Gesetzgeber auf eine Koppelung der Interessen der Öffentlichkeit mit den Interessen des einzelnen Arbeitnehmers: Jeder, der aufgrund seiner Stellung als Gewerkschaftsmitglied von seinem Arbeitgeber benachteiligt wurde, konnte sich nun an eine verwaltungsinterne Stelle des Bundes wenden, welche ihm arbeitsrechtlichen Schutz und persönliche Unterstützung gegenüber seinem Arbeitgeber gewährte. Im Gegen-

zug erhielt die Verwaltung durch die entsprechenden Meldungen umfassende Informationen über gewerkschaftsfeindliche Betriebe und einen bereitwilligen Kooperationspartner bei der Durchsetzung geltenden Rechts.

Nachdem sich dieses System als überaus erfolgreich erwiesen hatte, kam es ab den 1960er Jahren in vielen weiteren Bereichen zum Einsatz, in denen der Bund zur Bekämpfung von Rechtsverstößen und Straftaten in besonderem Maße auf freiwillige (Insider-)Informationen angewiesen war – beispielsweise auf dem Gebiet des Umweltrechts oder bei der Aufdeckung von Misständen in der Altenpflege. Bis heute wurde hierdurch zugleich ein Prozess sukzessiver Selbstoptimierung in Gang gesetzt, indem das Wissen um die Stärken und Schwächen vorangegangener Whistleblowingnormen bei ihrer Übertragung auf neue Rechtsgebiete berücksichtigt und das geltende Recht laufend angepasst wurde. Eben diese Ausgangslage zwang Gesetzgeber und Gerichte zu einer näheren Auseinandersetzung mit der Thematik des Whistleblowings, setzte einen laufenden »Trial and error«-Prozess in Gang und führte damit zu überaus geeigneten »Laborbedingungen« zur Erprobung des Whistleblowingrechts in der Praxis, welche sich die diesem Beitrag zugrundeliegende Arbeit zunutze gemacht hat.

Zusammen mit einer Analyse einschlägiger Gerichtsurteile und anderer Quellen lassen sich eine Reihe rechtlicher Kriterien ausmachen, die für einen effektiven Schutz von Whistleblowern auf dem Gebiet des Arbeitsrechts von zentraler Bedeutung sind. Hierzu zählt angesichts der mit einer Meldung typischerweise verbundenen Risiken ein gesteigertes Rechtssicherheitsbedürfnis, das sich in einer aus Perspektive des Whistleblowers bereits im Vorfeld möglichst präzise abschätzbaren Rechtsfolge niederschlagen muss. Der Schutzzumfang einer effektiven Norm ist dementsprechend nicht daran auszurichten, ob

sich die Information des Whistleblowers schlussendlich beweisen lässt, sondern ob dieser zum Zeitpunkt seiner Meldung davon ausgehen durfte, dass ein Rechtsverstoß tatsächlich vorliegt. Aus ähnlichen Gründen machen moderne Whistleblowingnormen ihren Schutz auch nicht davon abhängig, ob es dem Arbeitgeber in einem folgenden Prozess gelingt, Zweifel an der Ehrenhaftigkeit der Motive des Whistleblowers zu wecken, solange dieser seine Meldung in gutem Glauben abgegeben hat.

Interessanterweise hat sich gezeigt, dass eine Verbesserung der Rahmenbedingungen externen Whistleblowings zugleich mit einer selbstständigen Verbesserung unternehmensinterner Schutzstandards einhergeht – nicht zuletzt, um im wohlverstandenen Eigeninteresse des jeweiligen Unternehmens das Risiko externer Meldungen an staatliche Behörden zu minimieren. Erfolgreiche Whistleblowinggesetze schützen Arbeitnehmer zudem nicht nur vor offenen Kündigungen, sondern auch umfassend vor anderen Vergeltungsmaßnahmen und Diskriminierungshandlungen innerhalb ihrer eigenen Organisation.

Als Kernelement vieler Vorschriften hat sich dabei die Einführung einer arbeitnehnergünstigen Beweislastumkehr etabliert, da der notwendige Beweis eines direkten Kausalzusammenhangs zwischen Whistleblowing und Benachteiligung in der Praxis andernfalls oft nur unter großen Schwierigkeiten erbracht werden kann. Dort, wo diese und andere Grundsätze hingegen nicht beachtet wurden, hatte dies regelmäßig das Scheitern entsprechender Gesetze zur Folge. Das gilt beispielsweise für die in Deutschland zumeist als Meilenstein des Whistleblowingrechts herausgestellten Arbeitsrechtsnormen des Sarbanes-Oxley Acts von 2002, welche trotz gegenteiliger Absichten eine beispiellose Misserfolgsquote (berechtigter) Whistleblowerklagen zur Folge hatten.

Möchte das noch junge Whistleblowingrecht Deutschlands und Europas derlei Fehlschläge vermeiden, ist eine differenzierte Auseinandersetzung mit diesen und anderen Erfahrungswerten der Entwicklungsgeschichte des US-Whistleblowingrechts unerlässlich.

Demgegenüber konnte sich in Deutschland bisher kein eigenständiges Whistleblowingrecht entwickeln. Stattdessen hat sich – gewissermaßen als Nebenprodukt des allgemeinen Kündigungsschutzrechts – eine zunehmend umfangreiche Einzelfallkasuistik der Arbeitsgerichte herausgebildet, ohne dass hierbei eine eingehende rechtspolitische Auseinandersetzung mit den empirischen Grundlagen und Einsatzmöglichkeiten des Whistleblowings hätte stattfinden können. Zu den Eckpunkten der aktuellen Rechtslage zählt unter anderem, dass Arbeitnehmern aufgrund ihrer vertragsimmanenten Treupflicht die Obliegenheit trifft, Informationen über Straftaten und andere Rechtsverstöße in aller Regel ihrem Arbeitgeber und nicht etwa an staatliche Behörden oder Vertreter der Öffentlichkeit weiterzugeben. Entscheiden sie sich gleichwohl für eine externe Meldung, ist diese nur dann zulässig, wenn das Gericht die Motive des Whistleblowers im Nachhinein als billigenswert ansieht. Hinzu kommen eine Reihe weiterer, bisher nicht abschließend geklärt oder vorhersagbarer Abwägungskriterien, ohne dass im Rahmen der Abwägung privater Interessen auch dem Interesse der Öffentlichkeit an der Aufdeckung von Rechtsverstößen ein eigenständiger Stellenwert eingeräumt würde. Entscheiden Whistleblower sich hingegen für eine interne Meldung und sehen sich infolgedessen mit internen Vergeltungsmaßnahmen konfrontiert, kommt ihnen nach aktuellem Recht zwar formal der allgemeine Benachteiligungsschutz aus § 612a BGB zugute. Allerdings liegt die volle Beweislast für den Nachweis eines Zusammenhangs zwischen Whistleblowing und Benachteiligung beim individuellen Whistleblower selbst.

Vor dem Hintergrund der Erfahrungswerte aus den USA mag kaum überraschen, dass die Zahl erfolgreicher Whistleblowingklagen in Deutschland bei Weitem hinter denen des US-Rechts zurückbleibt. Davon abgesehen ist kein einziger Fall bekannt, in dem sich ein Whistleblower vor Gericht erfolgreich gegen interne Vergeltungsmaßnahmen zur Wehr gesetzt hätte. Soweit Anstöße für eine Verbesserung des arbeitsrechtlichen Whistleblowerschutzes zu verzeichnen sind, haben diese wiederum fast ausschließlich einen europäischen Hintergrund. Das gilt beispielsweise für das Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zugunsten der Whistleblowerin Brigitte Heinisch, deren Protest gegen Missstände in der Pflege von deutschen Arbeitsgerichten noch als legitimer Kündigungsgrund ausgelegt worden war. Darüber hinausgehend hat es sich der europäische Gesetzgeber in den letzten Jahren zunehmend zur Aufgabe gemacht, Whistleblower durch eine wachsende Zahl bereichsspezifischer Normen partiell unter Schutz zu stellen. Hierbei lassen sich allerdings schon jetzt deutliche Tendenzen erkennen, durch die Verlagerung der Problematik auf einzelne Ressorts innerhalb der Europäischen Kommission sukzessive eine Zersplitterung des Whistleblowingrechts zu reproduzieren, die sich schon in den USA als folgen- und aufwandsträchtige Achillesverse eines föderalisierten Whistleblowingrechts erwiesen hat.

Will man dieser Ausgangslage im Sinne eines effektiven Whistleblowerschutzes angemessen Rechnung tragen, bietet sich in erster Linie die Einführung einer whistleblowingspezifischen Anti-Diskriminierungs-Norm an, welche sich an den langjährigen Erfahrungswerten des US-amerikanischen Whistleblowingrechts orientieren kann. Kernelemente einer solchen Regelung wären eine rechtliche Gleichbehandlung interner wie externer Whistleblower, die Berücksichtigung typischer Diskriminierungshandlungen auch unterhalb der Schwelle offener Kündigun-

gen, die Reduzierung moralisierender Motivprüfungen auf eine Missbrauchskontrolle, ein hinreichend klar gefasster Gutgläubensstandard sowie – allen voran – eine wirkungsvolle Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen Meldung und Benachteiligung.

Mit Blick auf den konkreten Anwendungsbereich und die möglichen Meldegegenstände der Norm verfügt der deutsche Föderalismus hierbei über den whistleblowingrechtlich enormen Vorteil einer allgemeinen Bundeskompetenz auf dem Gebiet des gesamten Arbeitsrechts und könnte daher eine allgemeine, von Abgrenzungsproblemen weitgehend befreite Regelung treffen. Die bisweilen postulierte Gefahr einer gesellschaftsweiten Denunziantenkultur zulasten von Arbeitgebern wird sich bei entsprechender Ausgestaltung hingegen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht realisieren. Stattdessen würde nicht nur der Schutz interner wie externer Whistleblower in Deutschland entscheidend verbessert, sondern für alle Beteiligten eine belastbare, prozesskostenärmere Rechtsgrundlage geschaffen, mit deren Hilfe die Aufdeckung von Straftaten und systematischen Missständen zum Wohle der Allgemeinheit signifikant verbessert werden könnte.

#### Whistleblowingsysteme in Unternehmensrecht und -praxis

Unternehmensinterne Whistleblowingsysteme sind in den USA seit über 30 Jahren weit verbreitet und dienen in erster Linie der Bekämpfung von aus der Mitte des Unternehmens heraus begangenen Straftaten – beispielsweise in Gestalt systematisch organisierter Korruptionsformen, wie sie um die Jahrtausendwende auch den deutschen Siemens-Konzern nachhaltig erschüttert haben. Bei dem Versuch, Unternehmen zur Verbesserung ihrer sog. »Compliance«-Bemühungen zu bewegen, stoßen staatliche Regulierungsvorhaben allerdings regelmäßig an

ihre Grenzen – besteht doch aus rein wirtschaftlicher Sicht nur selten ein originäres Interesse daran, mittels kostspieliger Verfahren die eigenen (teils lukrativen) Rechtsverstöße effektiv aufzudecken. Hinzu kommt, dass gerade der Umgang mit internen Whistleblowern von einer Vielzahl weicher Faktoren abhängt, die sich nur schwer in rechtsförmige Patentlösungen für sämtliche Unternehmen gießen lassen. Das gilt neben der allgemeinen Unternehmenskultur im Umgang mit Straftaten etwa für die persönliche Bereitschaft der zuständigen Stellen, mit Whistleblowern zu kooperieren, bereits im Vorfeld einer Meldung glaubhaft ihr Vertrauen zu gewinnen und sie vor Vergeltungsmaßnahmen von Vorgesetzten effektiv in Schutz zu nehmen.

Zur Lösung dieses Problems setzen die USA mittlerweile auf eine rechtspolitische Mischung aus Zuckerbrot und Peitsche, wie sie sich im Bereich des Unternehmensstrafrechts seit dem Jahr 1991 in den sog. Federal Sentencing Guidelines niedergeschlagen hat. Anstatt ein bestimmtes Whistleblowingsystem zwingend vorzuschreiben, gewähren diese Guidelines im Falle der Verhängung von (nicht selten erheblichen) Unternehmensstrafen signifikante Strafnachlässe für den Fall, dass ein Unternehmen ein individuelles, funktionsfähiges und effektives Whistleblowingsystem nachweisen kann, wobei die jeweiligen Aufsichtsbehörden zugleich ihre eigenen Mechanismen zur Entgegennahme von Whistleblowinginformationen intensiviert haben. Konsequenz dieser mittelbaren Regulierungstechnik sind erhebliche Anreize für die betroffenen Unternehmen, den Umgang mit internen Whistleblowern aus eigenem Antrieb stetig zu optimieren.

An seine Grenzen stieß dieser (an sich sehr erfolgreiche) Ansatz aber dort, wo eine Verbesserung des Whistleblowingsystems zugleich zur Folge haben konnte, dass die für seine Umsetzung verantwortliche Unternehmensleitung

selbst etwaiger Rechtsbrüche leichter überführt werden konnte – so geschehen während der Enron/WorldCom-Börsenskandale des Jahres 2001, wo zwei couragierte Whistleblowerinnen mit dem Versuch gescheitert waren, Bilanzmanipulationen rechtzeitig an die unabhängigen Aufsichtsratsmitglieder ihrer Unternehmen zu melden. Der US-amerikanische Gesetzgeber reagierte kurz darauf mit der verpflichtenden Einführung von Whistleblowingkanälen zugunsten eben dieser Aufsichtsratsmitglieder.

Indem der US-Gesetzgeber eine grundsätzliche Pflicht zur Einführung solcher Systeme nicht nur für US-Unternehmen, sondern zugleich für sämtliche an einer US-amerikanischen Börse notierten Konzerne fest schrieb, gab er zugleich den Startschuss für die Einführung von Whistleblowingsystemen in Deutschland und Europa. Nachdem Whistleblowingsysteme auf unserer Seite des Atlantiks von verschiedenen Seiten zunächst äußerst argwöhnisch betrachtet wurden, haben sie sich im Verlauf der letzten Jahre auch in Deutschland als allgemein anerkannte »best practice« durchgesetzt. Die hierzulande aus Wirtschaftskreisen teils angemahnten Befürchtungen, wonach Whistleblowingsysteme zu einer Atmosphäre ständigen gegenseitigen Misstrauens führen würden, haben sich – wie auch in den USA – nicht bestätigt.

Interessanterweise wird in Deutschland aber primär auf eine besonders kritische Systemkomponente gesetzt, die für die Steigerung der Quantität von Informationen zwar unbestreitbaren Nutzen haben kann, jedoch unter anderem für (zu Unrecht) Beschuldigte mit nicht unerheblichen Risiken einhergeht: die Bereitstellung anonymer Meldewege. Dass diese Meldewege allein wiederum keinesfalls ausreichen, um einen effektiven Umgang mit (berechtigten) Whistleblowerinformationen zu gewährleisten, hat sich schlaglichthaft zuletzt etwa wieder in der bereits erwähnten »Dieselgate«-Affäre ge-



zeigt, bei der das US-Justizministerium als eine seiner ersten Maßnahmen die umgehende Verbesserung des entsprechenden Whistleblowing-systems des Volkswagen-Konzerns angemahnt hat.

Der deutsche und europäische Gesetzgeber beschränken sich bisher hingegen vornehmlich darauf, für einige Branchen die öffentlichkeitswirksame Einrichtung (irgend)eines Whistleblowingsystems gesetzlich vorzuschreiben – ohne dass eine effektive Auseinandersetzung mit den Grenzen dieser Regulierungstechnik stattfinden würde. Tatsächlich legen Berichte aus der Praxis nahe, dass Whistleblowingsysteme in Deutschland bisher deutlich hinter ihren Möglichkeiten zurückbleiben, zudem fehlt es nach wie vor weitgehend an belastbaren, rechtlich durchsetzbaren Zusagen der Unternehmen zum Schutz offen hervortretender Whistleblower. Gleichzeitig verfügt mangels gesetzlicher Vorgaben bisher kein deutsches Unternehmen über einen vollständig unabhängigen, umfassend ausgestalteten Meldekanal, über den Mitarbeiter insbesondere Straftaten der Unternehmensleitung weitgehend risikofrei an die jeweiligen Aufsichtsräte weiterleiten könnten. Letztere sind bei den ihnen zugewiesenen Überwachungsaufgaben damit auch heute noch in erster Linie auf eine Informationsversorgung durch die zu überwachende Unternehmensleitung angewiesen – ein Missstand, der in der Vergangenheit zwar oft kritisiert, bis heute jedoch nicht effektiv angegangen wurde.

Mag das US-amerikanische Unternehmensrecht der deutschen Rechtsordnung keinesfalls in allen (oder auch nur in vielen) Bereichen überlegen sein, so sollten sowohl der Gesetzgeber wie auch die Unternehmenspraxis sich im Bereich interner Whistleblowingsysteme nicht scheuen, aus den Erfahrungswerten und Lösungsmöglichkeiten ihres Ursprungslands sinnvolle Lehren zu ziehen. Dabei gilt es insbesonde-

re zu verstehen, welche rechtlichen Rahmenbedingungen in welchem Bereich geschaffen werden müssen, wo das geschriebene Gesetzesrecht an seine Grenzen stößt und wie in effektiver Weise die soziale Verantwortung und Eigeninitiative deutscher Unternehmen in diesem Bereich unterstützt und gestärkt werden können. Der auch im Ausland teils entstandene Eindruck, dass deutsche Unternehmensstrukturen sich bisweilen allzu schützend vor die verantwortlichen Drahtzieher weitreichender Wirtschaftsskandale stellen, muss jedenfalls nicht für alle Zukunft bestand haben.

### Staatliche Whistleblowerprogramme und ihre Folgen

Wie viele Elemente des Whistleblowingrechts haben auch die ersten staatlichen Whistleblowingstellen in Deutschlands ihren wesentlichen Ursprung in den USA. Zu den markantesten Funktionsmerkmalen des US-Whistleblowingrechts zählt es hierbei, durch verschiedenste Mechanismen einen kooperationsbegünstigenden Interessengleichlauf zwischen Whistleblower und zuständiger Behörde zu generieren. Erfolg und Misserfolg dieses Konzepts hängen entscheidend von der Frage ab, ob und mit welchen Mitteln es der jeweiligen Behörde gelingt, eine Dreifachfunktion als Anlauf-, Investigativ- und Rechtsdurchsetzungsstelle zu erfüllen. Hierbei stehen (erfolgreichen) Whistleblowingbehörden auch geeignete Mittel zu Verfügung, Whistleblower vor arbeitsrechtlichen Nachteilen ihrer Meldung zu schützen – etwa in Form einstweiliger Anordnungen gegen arbeitgeberseitige Kündigungen und andere Benachteiligungen.

Vor allem komplexere Whistleblowerprogramme, wie zum Beispiel das SEC Whistleblower Program aus dem Jahr 2011, setzen zudem auf ausführliche, im Vorfeld kommunizierte Verfahrensstandards, detaillierte Eingabesys-

teme zur vorherigen Filterung relevanter Informationen und entsprechende Strafandrohungen für bewusst abgegebene Falschmeldungen. Vergleicht man erfolgreiche und weniger erfolgreiche Whistleblowerprogramme miteinander, offenbart sich zudem die zentrale Bedeutung eines funktionierenden Vertraulichkeitsschutzes, durch den Whistleblower weitgehend vor den nachteiligen Folgen ihrer Meldung bewahrt werden können. Fassen Whistleblower Vertrauen in die Funktionsfähigkeit eines solchen Programms, erweist sich der Rückgriff auf anonyme Meldekanäle als überwiegend nicht notwendig – und im Interesse von Qualität und Wahrheitsgehalt der gemeldeten Informationen auch nicht als sinnvoll.

Als eine der effektivsten Systemkomponenten einiger Programme hat sich zudem die Gewährung finanzieller Belohnungen für Whistleblower erwiesen. Damit derlei finanzielle Anreize tatsächlich der Förderung effektiven Whistleblowings zugutekommen und nicht nur einige gewinnorientierte Glücksritter anlocken, müssen eine Reihe bisweilen äußerst komplexer Bedingungen erfüllt sein, die an dieser Stelle nur kurz angerissen werden können. Hierzu zählt unter anderem die genaue Festlegung einer garantierten, hinreichend signifikanten Mindestbelohnung, die selbst für Whistleblower in gehobenen Unternehmenspositionen im Falle eines erzwungenen Karriereendes eine gewisse Planungssicherheit gewährleisten kann, sowie ferner eine an verschiedene Kooperations- und Qualitätsanreizen orientierte Berechnung der letztendlichen Auszahlungssumme. Die Erfahrung zeigt, dass eine punktgenaue Festlegung der einzelnen Anreizparameter unerlässlich ist, um Missbrauch vorzubeugen und eine nachhaltige Versorgung mit qualitativ hochwertigen Informationen in der Praxis sicherzustellen.

Unabhängig davon, wie man die Auslobung finanzieller Belohnungen politisch bzw. ethisch

bewerten mag, sprechen jedenfalls die fiskalischen Erfolge für sich: So führt beispielsweise der entsprechende ausgestaltete False Claims Act von 1863 zu regelmäßigen Kompensationszahlungen an den Fiskus von jährlich über 3 Mrd. US-Dollar, vor allem durch die Aufdeckung andernfalls nicht aufklärbarer Fälle systematischen Abrechnungs- und Medikamentenbetrugs im staatlichen Gesundheitssystem. Aufgrund eines ähnlichen Programms der US-Steuerbehörden wurden durch den ehemaligen UBS-Banker Bradley Birkenfeld auch die Details des Steuerhinterziehungssystems Schweizer Großbanken aufgedeckt, was – anders als der umstrittene Ankauf sog. »Steuer-CDs« in Deutschland – zu belastbaren Insiderinformationen und schließlich zum Niedergang des Schweizer Bankgeheimnisses gegenüber den USA geführt hat. Auch die US-Börsenaufsicht SEC konnte nach der letzten Finanzmarktkrise unter anderem aufgrund der finanziellen Komponente ihres Whistleblowerprogramms einen besonders deutlichen Anstieg qualitativ hochwertiger Informationen über verschiedenste Formen des Kapitalmarktbetrages verzeichnen – einhergehend mit erheblichen Rückzahlungen für geschädigte Investoren nebst Strafzahlungen von über 1 Mrd. US-Dollar. In Europa sind diese Erfolgswerte nicht zuletzt unter dem Eindruck der Finanzmarktkrise nicht unbemerkt geblieben. So hat der europäische Gesetzgeber den nationalen Parlamenten im Rahmen der Marktmissbrauchsverordnung von 2014 denn auch eine genauere Auseinandersetzung mit den Potenzialen staatlicher Whistleblowerprogramme nahegelegt – einschließlich der Möglichkeit finanzieller Whistleblowinganreize, worauf Deutschland bei der Umsetzung der Verordnung allerdings nicht näher eingegangen ist. Gleichwohl hat auch der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2013 mit der Einrichtung einer Whistleblowingstelle beim Bundeskartellamt (BKartA) sowie im Jahr 2016 in Gestalt des Whistleblowerprogramms der BaFin erste Schritte in Richtung

einer aktiven Nutzung von Whistleblowerinformationen gemacht.

Das Programm der BaFin orientiert sich dabei (wenn auch nur in ersten Ansätzen) bereits an den Qualitätskriterien seiner US-amerikanischen Vorbilder. So werden Whistleblower erstmals auch ohne die Verpflichtung zu interner Meldung vor Kündigungen und anderen Benachteiligungen geschützt, wobei die Formulierung des Gesetzes indes mehrere erfahrungsgemäß relevante Fragen offenlässt und keinerlei Beweislastverteilung zugunsten von Whistleblowern vorsieht. Zudem wird Whistleblowern jedenfalls dem Grunde nach eine vertrauliche Behandlung ihrer Informationen versprochen – eine Zusage, die nach aktuellem Recht allerdings wieder aufgehoben werden kann, sofern die BaFin oder eine andere staatliche Stelle die Offenlegung der Identität für sinnvoll halten.

Angesichts auch anderweitig noch defizitärer Schutzmechanismen setzen sowohl das BKartA wie auch die BaFin allen voran auf die Bereitstellung anonymer Meldewege, um Personen mit Insiderwissen zu einer Verstoßmeldung zu bewegen. Konsequenz dieser für Deutschland typischen Richtungsentscheidung ist allerdings, dass anstelle längerfristig ausgerichteter Kooperationsverfahren eher punktuelle, anonyme Whistleblowermeldungen den praktischen Regelfall bilden, ohne dass in der überwiegenden Zahl der Fälle eine identitätsoffene Verifizierung und Konkretisierung der jeweiligen Informationen erfolgen könnte. Dies schlägt sich auch in den ausgewerteten Meldedaten der jeweiligen Whistleblowingstellen nieder, wobei die überwiegende Zahl relevanter Informationen verdeckt abgegeben wird und in Detailgrad, Vertrauenswürdigkeit und Verwertbarkeit den Hinweisen US-amerikanischer Whistleblower nicht zu entsprechen vermag. Gleichwohl lassen sich aber auch in Deutschland bereits erste Erfolge vermelden, wie im Falle des mithilfe anonymer

Whistleblowerinformationen aufgedeckten Automobilzuliefererkartells, das im Jahr 2015 mit Bußgeldern von fast 90 Mio. Euro aufgelöst wurde.

Spiegelt man die bisherige Ausgestaltung deutscher Whistleblowingstellen an den Erfahrungswerten ihrer US-amerikanischen Pendanten, lassen sich noch eine Reihe unerforschter Optimierungspotenziale ausmachen. Dies beginnt mit eher technisch daherkommenden Anpassungen, wie etwa der strukturellen Professionalisierung interner und externer Verfahrensabläufe, der Erhöhung personeller Ressourcen oder auch der Verbesserung der Meldeportale durch umfangreichere Vorfragen und Informationsangebote zur Vorfilterung relevanter Informationen. Möchte man der typischerweise hohen Dunkelziffer etwa kapitalmarktrechtlicher Straftaten wirklich etwas entgegensetzen, wird dies mit einem primär auf anonyme Kurzmitteilungen ausgelegten System allerdings kaum gelingen können. Möglich, wenngleich politisch eingehend zu diskutieren, wäre auch in Deutschland die Einführung finanzieller Anreize und Kompensationsmechanismen, die sich (bei sorgsamer Ausgestaltung) als besonders effektiv insbesondere bei der Aufdeckung von Missständen und Kriminalitätsstrukturen auf höheren Unternehmensebenen erwiesen haben. Dass finanzielle Zuwendungen zur Unterstützung von Whistleblowern aber keine notwendige Erfolgsbedingung sind, illustrieren wiederum Fälle wie der des Deutsche-Bank-Whistleblowers Eric Ben-Artzi, der auf seine Belohnung von über 8 Mio. US-Dollar freiwillig verzichtet hat.

Zweifellos zielführend wäre hingegen die Einführung eines gesetzlich garantierten und durchgängig angewendeten Vertraulichkeitsschutzes, der insbesondere dem in Deutschland kaum bedachten Schutz identitätsoffener bzw. enttarnter Whistleblower zugutekommen würde. Gleiches gilt für eine evidenzbasierte Opti-

mierung des arbeitsrechtlichen Kündigungs- und Diskriminierungsschutzes an die praktischen Bedürfnisse von Whistleblowern nebst der Befugnis ausgewählter Behörden zum Erlass einstweiliger (Wiedereinstellungs-)Anordnungen. Dabei ist es auf Basis der Erfolge und Fehlschläge ähnlicher Systeme in den USA zugleich sehr wahrscheinlich, dass mit der Optimierung externer Meldemöglichkeiten zugleich eine Verbesserung der Rahmenbedingungen und Schutzstandards internen Whistleblowings einhergeht. Mögen Maßnahmen dieser Art für deutsche Verhältnisse gegenwärtig zwar noch etwas ungewohnt erscheinen, so eignen sie sich doch in besonderem Maße, durch einen Interessengleichlauf von Staat und Whistleblower die beiderseitige Kooperationsbereitschaft zu erhöhen und damit eine der wesentlichen Lehren aus den Erfahrungen des US-amerikanischen Whistleblowingrechts zu ziehen – ohne dabei dessen Fehler zu wiederholen. Andernfalls blieben die immensen Chancen, die eine ausgewogene und durchdachte Unterstützung von Whistleblowern für die Prävention und Aufdeckung systematischer Rechtsverletzungen mit sich bringt, auch in Zukunft weitgehend ungenutzt.

### Abschließende Bemerkungen

Die rechtliche Bewertung und Regulierung des Phänomens »Whistleblowing« zeichnet sich in den USA ebenso wie in Deutschland durch eine nicht selten tiefe Verwurzelung in den Ausgangsbedingungen der jeweiligen Rechtsordnung aus. Trotz aller Unterschiede sehen sich beide Länder aber auch mit einer Vielzahl ähnlicher Herausforderungen konfrontiert – nicht zuletzt aufgrund des in mancherlei Hinsicht taktgebenden Einflusses des US-amerikanischen Whistleblowingrechts. Ein Blick auf die Entwicklung in den USA und die rechtswissen-

schaftlichen, rechtspolitischen und rechtspraktischen Diskussionen in Deutschland lässt schon jetzt erahnen, dass der hierzulande vergleichsweise wenig erforschte Themenkomplex des Whistleblowings sich auch über die hier nur cursorisch dargestellten Gebiete hinaus einer überaus interessanten Zukunft mit einer Vielzahl bisher unbeantworteter Fragen gegenüber sieht.

Dabei war es weder die Absicht der diesem Beitrag zugrunde liegenden Arbeit, einer isolierten »Amerikanisierung« deutscher Rechtsnormen das Wort zu reden, noch liegt es im Rahmen ihrer wissenschaftlichen Möglichkeiten, die mitunter komplexen Wertungsfragen des Whistleblowings letztgültig zu beantworten. Ganz im Gegenteil bestand eines ihrer grundlegenden Anliegen gerade darin, die Evolution des Rechts der Whistleblower dies- und jenseits des Atlantiks mit ihren rechtshistorischen Ursprüngen, dogmatischen Verästelungen, rechtsgebietsübergreifenden Wechselbeziehungen und rechtstatsächlich nicht selten unvorhergesehenen Folgen möglichst unverfälscht abzubilden. Im besten Fall mag es ihr dadurch gelingen, nicht nur den Weg für weitere Untersuchungen auf einem noch jungen Forschungsfeld zu ebnen, sondern zugleich einen Beitrag für die Fortentwicklung des Whistleblowingrechts und einen angemessenen Umgang mit Whistleblowern in der Praxis zu leisten.

Ob in der Wirtschaft, der Rechtspolitik oder im allgemeinen gesellschaftlichen Diskurs – ein aktiv gestaltetes Whistleblowingrecht bietet Chancen, die sich unser Land nicht nur um der betroffenen Menschen willen, sondern auch aus ureigenstem Interesse heraus nicht entgehen lassen sollte.