



# COMPLIANCEBERATER.TEAM

## VORRATSDATENSPEICHERUNG CONTRA WHISTLEBLOWING?

### EINFÜHRUNG IN DIE THEMATIK

Spätestens seit den Veröffentlichungen von Geheimdienst Dokumenten durch Edward Snowden oder Julian Assange, unter anderem auf der Enthüllungsplattform Wikileaks, ist der Begriff des Whistleblowing in aller Munde. Durch die Enthüllungen von Edward Snowden wurde im Wesentlichen das Ausmaß der weltweiten Überwachungs- und Spionagepraktiken von Geheimdiensten, überwiegend der US-amerikanischen Geheimdienste, bekannt. Diese Veröffentlichungen führten letztendlich zu der NSA-Affäre im Jahre 2013., deren Auswirkungen noch bis heute spürbar sind.

### WAS IST MIT WHISTLEBLOWING GENAU GEMEINT?

Im Mittelpunkt des Geschehens steht der sogenannte Whistleblower, welcher ins Deutsche übersetzt als Hinweisgebers bezeichnet werden kann. Dieser ist eine Person, die für die Allgemeinheit wichtige Informationen aus einem geheimen oder geschützten Zusammenhang bzw. einem der Öffentlichkeit unzugänglichen Bereich an die Öffentlichkeit bringt. Üblicherweise gelingt es dem Whistleblower durch die Veröffentlichung von Informationen, auf Missstände in Unternehmen, in Behörden und in Regierungen hinzuweisen, sei es in strafrechtlicher oder auch in ordnungswidrigkeitenrechtlicher Hinsicht. Zu diesen strafrechtlichen Missständen zählen im wesentlichen Verbrechen wie Korruption, Insiderhandel, Menschenrechtsverletzungen sowie Datenmissbrauch. In Zusammenhang mit Edward Snowden ist zudem sicherlich die Spionage als eigene Rechtsverletzung zu nennen.

Der berühmteste Whistleblower der siebziger Jahre, Daniel Ellsberg, veröffentlichte zudem Dokumente, welche belegten, wie die US-amerikanische Regierung die Öffentlichkeit gezielt über den Vietnamkrieg täuschte. Hierdurch zeigt sich, dass Whistleblowing die unterschiedlichsten Missstände zu Tage fördern kann. Üblicherweise erhält der Whistleblower Kenntnis solcher Missstände an seinem Arbeitsplatz. So auch Edward Snowden, dieser war als Systemadministrator bei einem Beratungsunternehmen beschäftigt, welches im Auftrag der NSA tätig war. Wie auch im Falle von Edward Snowden wird es sich in den meisten Fällen, bei den zur Kenntnis gelangten Informationen, um vertrauliche Daten handeln, deren Veröffentlichung für ein Unternehmen, eine Behörde oder eine Regierung nicht selten mit einer Rufschädigung und einem enormen Imageschaden verbunden sein wird.



Genau an dieser Stelle ist daher auf die Möglichkeit und eine der Gefahren des Whistleblowing hinzuweisen. Das Whistleblowing gibt Personen, Institutionen oder auch Unternehmen die Möglichkeit, mithilfe der Streuung von unwahren Informationen, andere zu diffamieren und somit sich beispielsweise in Bezug auf einen Mitbewerber einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, indem man von dem Imageschaden des Mitbewerbers die Erlangung eines mittelbaren Vorteiles erhofft.

### **GESETZESVORHABEN ZUM SCHUTZ DES WHISTLEBLOWERS**

In jüngster Vergangenheit debattierte der Bundestag wiederholt zu der Frage, wie man das Whistleblowing fördern könne und wie möglicherweise ein Whistleblower(-schutz)-gesetz ausgestaltet sein könnte. Alle diese Bemühungen dienen dem Zweck, dem Whistleblower im wesentlichen Anonymität zuzusichern, so dass dieser sich letztendlich dazu entscheidet, seine Informationen der Öffentlichkeit preiszugeben und keine Diffamierung seiner Person zu erwarten hat.

Im Jahr 2012 wurde unter anderem durch die Fraktion Die Grünen, in den Bundestag ein Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz, BT-Drs 17/9782) eingebracht. Dieser Gesetzesentwurf fand jedoch keine Mehrheit im Deutschen Bundestag, insbesondere aufgrund der ablehnenden Haltung der Regierungskoalition.

Zuletzt debattierte der Bundestag in der ersten Lesung vom 07.11.2014 über einen erneuten Gesetzesvorschlag der Fraktion Die Grünen (BT-Drs. 18/3039) mit dem Zweck der Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeber. Weiterhin beriet sich der Bundestag in diesem Zusammenhang über einen Antrag der Fraktion Die Linke (BT-Drs. 18/3034) zur gesetzlichen Ausgestaltung des Schutzes von Whistleblowern.

Nach der Vorstellung der Fraktion Die Grünen, sollen Änderungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, im Berufsbildungsgesetz, im Bundesbeamtengesetz und im Beamtenstatusgesetz erfolgen, um einen adäquaten Schutz des Whistleblowers zu gewährleisten; für den Fall, dass dieser auf die ihm zur Kenntnis gelangten Missstände öffentlich aufmerksam machen will.

### **DER BUNDESTAGSBESCHLUSS ZUR VORRATSDATENSPEICHERUNG**

Der aktuelle Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz über ein Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten, sieht die Einführung eines neuen Straftatbestands der Datenhehlerei vor. Dieser Gesetzesentwurf wurde heute (16. Oktober 2015) durch den Deutschen Bundestag beschlossen, wodurch die sogenannte Vorratsdatenspeicherung ein Tag nach ihrer Verkündung durch den Bundespräsidenten in Kraft tritt.



In Zukunft wird daher der § 202d des Strafgesetzbuches (StGB) wie folgt lauten.

**Strafbar macht sich, wer sich oder einem anderen nicht öffentlich zugängliche Daten, die ein anderer durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat, verschafft, wer sie einem anderen überlässt, wer sie verbreitet oder in sonstiger Weise zugänglich macht, um sich oder einen Dritten zu bereichern oder einen anderen zu schädigen.**

Hierdurch ist die Intention des Bundesministeriums, die Fehler von Daten, ebenso wie die Hehlerei einer Sache, strafrechtlich sanktionieren zu können. Das StGB kennt den Tatbestand der Hehlerei von Sachen bereits in § 259 StGB.

Eine direkte Anwendung des § 259 StGB war indessen nicht möglich, da der Begriff der Sache in § 90 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), als körperlicher Gegenstand definiert ist. Keine Sachen sind nach der ständigen Rechtsprechung jedoch Daten. Eine analoge Anwendung des § 259 StGB auf Daten ist jedoch aufgrund des grundrechtlich verankerten Analogieverbotes gemäß Art. 103 Abs. 2 Grundgesetz (GG) ausgeschlossen.

Ziel der am heutigen Tag ebenfalls beschlossenen Gesetzesänderung des StGB, in Form des § 202d StGB soll es nach dem Bundesministerium sein, den Handel mit gestohlenen Daten, wie beispielsweise Firmengeheimnissen durch das Entwenden von Datensätzen aus den IT-Systemen von Unternehmen zu kriminalisieren.

COMPLIANCEBERATER.TEAM

### **STRAFBARKEIT DES WHISTLEBLOWERS GEM. § 202d StGB**

Nun stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ist nicht auch der Whistleblower ein solcher Datenhehler im Sinne der Vorschrift des § 202d StGB? Diese Frage lässt sich eindeutig nicht beurteilen, denn es kommt in der Tat drauf an, welche subjektive Motivation den Whistleblower zu seiner Offenbarung von Informationen treibt. Meines Erachtens nach besteht die Gefahr für den Whistleblower, dessen einziges Bestreben es ist, die Aufdeckung von Missständen zu erwirken, gerade nicht, wenn diese Aufdeckung lediglich zum Ziel hat, die Missstände zukünftig zu beseitigen. Nach dem Referentenentwurf bedarf es nach § 202 d StGB zwingend neben dem Vorliegen der objektiven Tatbestandsmerkmale, in subjektiver Hinsicht zusätzlich neben dem Vorsatz bezüglich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes weiterhin einer (Dritt-) Bereicherungsabsicht.

Diese Bereicherungsabsicht umfasst den zielgerichteten Vorteilswillen und das Bestreben einen geldwerten Vorteil durch sein Handeln zu erlangen, in der Form, dass durch die Tat eine Verbesserung der Vermögenslage des Täters oder eines Dritten als Endziel stattfindet oder auch diese nur Zwischenziel für die Erreichung eines anderen Zweckes ist.



Sofern ein solches subjektives Element bei dem Whistleblower fehlt, dessen einziges Bestreben es ist, die ihm bekanntgewordenen Informationen zur Aufdeckung der Missstände zu veröffentlichen und dessen Bestreben es gerade nicht ist, aus seinen Informationen einen wirtschaftlichen Profit zu schlagen, wird sich der Whistleblower auch nicht im Sinne des § 202d StGB strafbar machen. Mithin ist es meines Erachtens nach unzutreffend, wenn die Vorratsdatenspeicherung als „Anti-Whistleblowing-Gesetz“ bezeichnet werden würde, da dieser Gesetzesentwurf zwar dem Whistleblower keine weitergehenden Rechte einräumt, als dies nach der aktuellen Gesetzeslage der Fall wäre. Dieser Entwurf stellt den klassischen Whistleblower, dessen eigene Motivation es lediglich ist, die ihm bekannt gewordenen Missstände aufzudecken, um diese nachhaltig beseitigt zu sehen, ohne hieraus selbst einen finanziellen Vorteil zu erhalten, nicht schlechter als er derzeit steht.

Vielmehr wird es meines Erachtens nach erforderlich sein, den Begriff des Whistleblowers an den Gesetzesentwurf des § 202 d StGB anzupassen, indem klargestellt wird, dass als Whistleblower nur gelten kann, wer sich keinen geldwerten Vorteil durch sein Handeln erhofft.

### **WANN BESTEHT EINE PFLICHT ZUM WHISTLEBLOWING?**

Es stellt sich die Frage, ob in der Bundesrepublik Deutschland eine gesetzliche Pflicht zum Whistleblowing existiert und welche Voraussetzungen vorliegen müssen, dass ein Whistleblowing stattfinden muss. Daher wird nachfolgend dargestellt, in welchen Fällen eine solche Pflicht besteht, sofern eine Person von Straftaten Kenntnis erhält und diese intern, oder auch extern, bei Behörden anzuzeigen hat. Eine solche Rechtspflicht ist in der Bundesrepublik Deutschland derzeit noch die Ausnahme.

### **MELDEPFLICHT NACH DEM StGB**

Eine Anzeigepflicht von Straftaten kennt zum einen das Strafgesetzbuch. In § 138 StGB finden sich in den Nr.1 bis Nr.8 sogenannte Katalogtatbestände, die stets besonders gewichtige bzw. gemeingefährliche Rechtsverletzungen oder Straftaten enthalten. Tatbestandlich ist es unter anderem erforderlich, dass die Person glaubhaft von einer der dort genannten Straftaten oder Ausführung einer solchen Straftat Kenntnis erhalten hat. Sofern dies der Fall wäre, bestünde in Bezug auf diesen Straftatbestand eine Pflicht zum Whistleblowing. Allgemein kann eine Handlungspflicht immer nur dann bestehen, wenn das Unterlassen einer gebotenen und möglichen Handlung angezeigt ist. Als Beispiel hierfür ist stets die sogenannte unterlassene Hilfeleistung nach § 323c StGB zu nennen, bzw., wenn, aufgrund des Bestehens einer Garantenstellung im Sinne des § 13 StGB, eine Rechtspflicht zur Abwendung des tatbestandlichen Erfolges besteht.



## **MELDEPFLICHT NACH DEM GELDWÄSCHEGESETZ UND DEM WERTPAPIERHANDELSGESETZ**

Eine Pflicht zum Whistleblowing kann sich darüber hinaus aus dem Geldwäschegesetz (GwG) oder auch aus dem Wertpapierhandelsgesetz (WphG) ergeben. Insoweit ist es zum einen erforderlich, auf die Regelung des § 11 GwG sowie auf die Regelung des § 10 WphG näher einzugehen.

In diesem Zusammenhang hat der zu einer Meldung Verpflichtete, durch die Erstellung von Arbeits- und Organisationsanweisungen intern sicherzustellen, dass in prüfungstechnisch nachvollziehbarer Art und Weise eventuelle Missstände zur Beurteilung und Entscheidung vorgelegt und dort auch dokumentiert werden.

Dies gilt auch für alle internen Verdachtsfälle, unabhängig von der Tatsache, ob es sich hierbei um angetragene, aber abgelehnte Transaktionen und Geschäftsbeziehungen von den Mitarbeitern, dem Geldwäschebeauftragten oder der Geschäftsleitung des zur Meldung Verpflichteten handelt, Empfänger einer Verdachtsmeldung nach § 11 Abs. 1 GwG sind die beim Bundeskriminalamt angesiedelte Zentralstelle für Verdachtsmeldungen (FIU) sowie die örtlich zuständige Strafverfolgungsbehörde.

## **MELDEPFLICHT NACH DEM KREDITWESENGESETZ**

Seit dem 1. Januar 2014 sind infolge strengerer aufsichtsrechtlicher Regelungen die Kreditinstitute in der Bundesrepublik Deutschland zur Einrichtung eines rechtskonformen Hinweisgebersystems verpflichtet. Rechtsgrundlage für diese Pflicht zur Meldung ist § 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 Kreditwesengesetz (KWG).

## **MELDEPFLICHT NACH DEM ARBEITSSCHUTZGESETZ**

Eine weitere Meldepflicht kennt darüber hinaus das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG). Demgemäß wird dem Beschäftigten durch § 2 Abs. 2 ArbSchG sowie durch § 16 Abs. 1 ArbSchG die Pflicht auferlegt, wahlweise dem Arbeitgeber, oder dem zuständigen Vorgesetzten, jede von dem Beschäftigten festgestellte unmittelbare erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten, sowie jeden an den Schutzsystemen festgestellten Defekt, unverzüglich zu melden.

## **FAZIT ZU DEN GESETZLICH KODIFIZIERTEN MELDEPFLICHTEN**

Letztendlich lässt sich festhalten, dass, soweit eine Rechtspflicht zum Whistleblowing besteht, dieses Verhalten selbstverständlich zulässig ist. Weiterhin darf dem Whistleblower, der seiner Rechtspflicht gerade genügt hat, dieses Verhalten grundsätzlich nicht zu seinem Nachteil gereicht werden.



Sicherlich ist es in diesem Zusammenhang selbstverständlich, dass, sofern der Whistleblower leichtfertig unwahre Hinweise meldet, diese als Verleumdung und/oder als falsche Verdächtigungen gegebenenfalls strafrechtliche Konsequenzen auslösen werden. Das Gleiche gilt auch dann, wenn der Hinweis beispielsweise gezielt ehrverletzende Äußerungen gegen eine andere Person enthält.

Selbstverständlich ist weiterhin, dass, sofern eine Pflicht zum Whistleblowing besteht, die Missachtung dieser Pflicht stets mit strafrechtlichen Konsequenzen für den pflichtwidrig Handelnden verbunden sein kann.

Ungeachtet dieses Fazits ist es für den Whistleblower ratsam, die ihm zur Kenntnis gelangten Missstände zunächst intern zu monieren, bevor er die Öffentlichkeit sucht. Schwierig dürfte in diesem Zusammenhang sein, die Anonymität des Whistleblowers zu gewährleisten, sei es, wenn der Hinweis in einem Unternehmen, einer Behörde oder sogar innerhalb einer Regierung abgegeben werden soll. Insofern besteht derzeit lediglich für Kreditinstitute nach dem KWG eine Verpflichtung, Whistleblowingssysteme vorzuhalten. Wie diese tatsächlich und rechtlich letztendlich ausgestaltet sein müssen, wird an dieser Stelle nicht weiter behandelt und soll Thema eines weiteren Artikels sein.

### **SIND WHISTLEBLOWER SELBST NICHT AUCH STRAFTÄTER?**

Nach den vorgenannten Darstellungen stellt sich die Frage, was ist für den Fall, dass keine Pflicht zum Whistleblowing besteht, die eine Veröffentlichung von Informationen durch den Whistleblower rechtfertigt und der Whistleblower nun dennoch mit seinen Informationen in die Öffentlichkeit tritt. Macht sich der Whistleblower nun wegen des Verrats von Geheimnissen strafbar?

Dies kann sicherlich an dieser Stelle ohne eine Prüfung des konkreten Einzelfalles nicht pauschal beantwortet werden.

Grundsätzlich lässt sich an dieser Stelle jedoch festhalten, dass das deutsche Strafrecht eine Vielzahl von Geheimnissen im Rahmen des Haupt- und Nebenstrafrechts schützt. Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang beispielhaft auf die Strafbarkeit der Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen nach § 17 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), auf die Straftatbestände der §§ 201 ff. StGB, sowie ebenfalls auf den Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB. Eine Strafbarkeit nach § 266 StGB kommt immer dann in Betracht, wenn mit der Weitergabe der zur Kenntnis gelangten Informationen zugleich die Verletzung einer sogenannten Vermögensbetreuungspflicht einhergeht.

Von untergeordneter Rolle sind in der Regel die Tatbestände der §§ 201 ff StGB, da diese lediglich zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Whistleblowers führen, wenn dieser unbefugt Geheimnisse weitergibt.



Betrachtet man in diesem Zusammenhang nun zunächst die Konstellationen, dass das Whistleblowing intern stattfindet, wird eine Strafbarkeit des Whistleblowers jedenfalls meistens daran scheitern, dass der Adressat des Whistleblowing selbst auf die Geheimnisse Zugriff hat und ihm diese selbst bekannt sind, bzw. er sich darüber Kenntnis zu verschaffen vermag.

Sofern das Whistleblowing, wie bereits dargestellt, nun an externe Stellen stattfindet, wenn es also beispielsweise aus einer Pflicht zur Meldung resultiert, wird eine Strafbarkeit in der Regel daran scheitern, dass die Weitergabe des Geheimnisses nicht unbefugt erfolgt ist.

Des Weiteren ist es meines Erachtens nach auch denkbar, dass das Whistleblowing durch einen Rechtfertigungsgrund keine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die Rechtswidrigkeit des Whistleblowing durch § 34 StGB entfällt. Handelt der Whistleblower nun zur Abwehr einer gegenwärtigen und nicht anders abwendbaren Gefahr für ein besonders hohes Rechtsgut und ist das Whistleblowing darüber hinaus auch notwendig zur Gefahrabwehr, wird eine strafrechtliche Verantwortung ausscheiden. Dennoch erscheint es, wenn auch nur aus deklaratorischen Gesichtspunkten sinnvoll, zur Förderung des Whistleblowing und zum Schutz des Whistleblowers, einen gesetzlichen Schutz des Whistleblowers zu garantieren.

**Bei Fragen zum Thema wenden Sie sich bitte an das Teammitglied**

Dipl.-Jurist  
Kai Schnabel  
Heßlocher Straße 2  
67595 Bechtheim

Tel: 0176-57623356  
Fax: 03222-4331835  
E-Mail: kschnabel@complianceberater.team

**Bei Fragen zum COMPLIANCEBERATER.TEAM wenden Sie sich bitte an**

Rechtsanwalt Jürgen Möthraht  
Carl-Ulrich-Straße 3  
67547 Worms

Tel: 06241-93800-0  
Fax: 06241-93800-8  
E-Mail: jmoethraht@complianceberater.team