

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XIX
EINLEITUNG	1
A. Problemstellung	1
B. Gang der Darstellung	8
KAPITEL 1: BEGRIFFSBESTIMMUNG	11
A. Herkunft	11
B. Definition	12
I. Definition nach <i>Janet P. Near</i> und <i>Marcia P. Miceli</i>	13
1. Person des Whistleblowers	13
a. Der Whistleblower als „Insider“ des Unternehmens	13
b. Abgrenzung zum Kronzeugen	15
c. Handlungsmotive des Whistleblowers	16
2. Gegenstand des Whistleblowings	18
a. Aufdeckung illegaler, unmoralischer, illegitimer Praktiken	18
b. Aufdeckung von (Wirtschafts-)Straftaten	20
3. Adressat des Whistleblowings	25
a. Internes Whistleblowing	26
b. Externes Whistleblowing	27
II. „Whistleblowing“ und „Whistleblower“ als Termini technici	28
KAPITEL 2: DIE RECHTLICHE SITUATION VON WHISTLE- BLOWERN IM INTERNATIONALEN VERGLEICH	31
A. Rechtslage in Deutschland	31
I. Ausformung des Whistleblowerschutzes durch die Rechtsprechung	32
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	33
2. Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	34
3. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte	35
4. Zusammenfassung	36
II. Initiativen zur Verankerung eines gesetzlichen Whistleblowerschutzes	37
1. Entwurf zur Änderung des § 612a BGB (2008)	37
2. Entwurf eines Hinweisgeberschutzgesetzes (2012)	38

VIII

3. Entwurf eines Whistleblower-Schutzgesetzes (2014)	39
4. Meldesysteme im Finanzsektor, § 4d FinDAG (2016)	40
B. Rechtslage in den USA	43
I. Überblick über den rechtlichen Schutz von Whistleblowern in den USA	44
II. Die Stellung des Whistleblowers im Rahmen des Sarbanes-Oxley Act	46
1. Hintergrund des Sarbanes-Oxley Act	47
2. Zentrale Regelungen im Zusammenhang mit Whistleblowing	48
a. Section 806 SOA	48
b. Section 1107 SOA	49
c. Section 301 SOA	49
d. Section 307 SOA	51
III. Dodd-Frank Act (2010)	52
C. Rechtslage in Europa	53
I. Überblick über den Whistleblowerschutz in Europa	53
II. Whistleblowerschutz in einzelnen (ausgewählten) europäischen Staaten	54
1. Whistleblowerschutz in Frankreich (unter „ <i>Loi Sapin II</i> “)	54
2. Whistleblowerschutz in Irland	57
3. Whistleblowerschutz in den Niederlanden	59
4. Whistleblowerschutz in Großbritannien (insb. <i>Public Interest Disclosure Act</i>)	59
D. Rechtslage in der Europäischen Union	62
I. Richtlinienvorschlag der Grünen/EFA-Fraktion (2016)	62
II. Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission (2018)	63
III. Artikel 32 der Marktmissbrauchsverordnung (EU-VO Nr. 596/2014)	64
IV. Richtlinie zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (RL 2016/943/EU)	66
1. Zielsetzung der Richtlinie	66
2. Zivilrechtlicher Geheimnisschutz als zentraler Regelungsgehalt	67
a. Definition von Geschäftsgeheimnissen	68
b. Erwerb, Nutzung und Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen	69
3. Bezug der Richtlinie zum Whistleblowing	70

IX

E. Whistleblowerschutz in internationalen Verträgen und Empfehlungen	71
I. United Nations Convention Against Corruption (2003)	72
II. Anti-Corruption Action Plan der G20-Staaten (2010)	73
III. Aktivitäten des Europarats	74
F. Zusammenfassung und Stellungnahme	75
KAPITEL 3: WHISTLEBLOWING UND DIE STRAFBARKEIT WEGEN GEHEIMNISVERRATS	77
A. Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, § 17 UWG	80
I. Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats nach § 17 Abs. 1 UWG	81
1. Objektiver Tatbestand	81
a. Tatobjekt: Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse	82
aa) Betriebsbezogenheit	84
(1) Definition der Betriebsbezogenheit	84
(2) Betriebsbezogenheit beim Whistleblowing	84
bb) Fehlende Offenkundigkeit	85
(1) Definition der fehlenden Offenkundigkeit	85
(2) Fehlende Offenkundigkeit beim Whistleblowing	86
cc) Geheimhaltungswille	87
(1) Definition des Geheimhaltungswillens	87
(2) Geheimhaltungswille beim Whistleblowing (insb. bei Bestehen eines Whistleblowing-Systems)	88
dd) Geheimhaltungsinteresse	90
(1) Definition des Geheimhaltungsinteresses	90
(2) Strafrechtlicher Schutz „illegaler Geheimnisse“?	91
(a) Tatbestandslösung: Kein strafrechtlicher Schutz „illegaler Geheimnisse“	92
(b) Rechtfertigungslösung: Strafrechtlicher Schutz „illegaler Geheimnisse“	95
(c) Stellungnahme	96
(aa) Grammatikalische Auslegung	96
(bb) Systematische Auslegung	97
(dd) Verfassungskonforme Auslegung	104

(ee) Richtlinienkonforme Auslegung	104
(ff) Zweckmäßigkeitserwägungen	106
(gg) Fazit	107
ee) Kenntniserlangung im Rahmen des Dienstverhältnisses	108
ff) Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse de lege ferenda (nach der „Know-how-Schutz“-Richtlinie (RL 2016/943/EU))	109
b. Täter: Unternehmensbeschäftigter	111
c. Tathandlung: Unbefugte Mitteilung an einen Dritten	113
aa) Mitteilung des Unternehmensgeheimnisses	113
bb) Unbefugtheit der Mitteilung	114
d. Tatzeitraum: Während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses	115
e. Zwischenergebnis	116
2. Subjektiver Tatbestand	116
a. Vorsatz	116
b. Besondere Absichten	117
aa) Zu Zwecken des Wettbewerbs	119
bb) Aus Eigennutz	120
cc) Zugunsten eines Dritten	121
dd) In der Absicht, dem Inhaber des Geschäftsbetriebs Schaden zuzufügen	122
ee) Zwischenergebnis	124
3. Rechtswidrigkeit	125
a. Rechtfertigende Einwilligung des Geheimnisträgers	126
aa) Abgrenzung: rechtfertigende Einwilligung und tatbestandsausschließendes Einverständnis	126
bb) Sonderfall: Whistleblowing-Systeme; zugleich: Exkurs zur Bedeutung von Whistleblowing-Systemen aus Unternehmenssicht	126
(1) Gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung von Whistleblowing-Systemen?	127
(2) Gründe für die freiwillige Implementierung von Whistleblowing-Systemen	131
(3) Ausgestaltung der Whistleblowing-Systeme	132
(4) Unternehmensinterne Hinweisadressaten	134

XI

(5) Unternehmensexterne Hinweisadressaten	135
(a) Ombudspersonen als Hinweisadressaten	135
(b) Whistleblower-Hotlines und internetbasierte Meldesysteme (insb. BKMS)	137
(6) Strafrechtliche Bedeutung von Whistleblowing-Systemen	137
(7) Strafrechtliche Beurteilung des internen Whistleblowings	138
b. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	139
aa) Notstandslage: Gegenwärtige Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut	140
(1) Notstandsfähiges Rechtsgut	141
(a) Allgemeine Beschreibung notstandsfähiger Rechtsgüter	141
(b) Notstandsfähige Rechtsgüter beim Whistleblowing zwecks Aufdeckung wirtschaftskrimineller Handlungen	142
(2) Gegenwärtige Gefahr	145
(a) Gegenwärtige Gefahr bei andauernden bzw. unmittelbar bevorstehenden Wirtschaftsstraftaten	146
(b) Gegenwärtige Gefahr bei beendeten Wirtschaftsstraftaten: das repressive Strafverfolgungsinteresse als notstandsfähiges Rechtsgut	146
(c) Irrtümliche Annahme einer Gefahrenlage	148
bb) Notstandshandlung	149
(1) Keine anderweitige Abwendbarkeit der Gefahr	149
(a) Geeignetheit und Erforderlichkeit des internen Whistleblowings	150
(b) Geeignetheit und Erforderlichkeit des externen Whistleblowings gegenüber staatlichen Behörden	151
(c) Geeignetheit und Erforderlichkeit des externen Whistleblowings gegenüber der Öffentlichkeit	154
(2) Interessenabwägung	157
(a) Abwägungsmaßstab: Aggressiv- oder Defensivnotstand?	158
(b) Rangverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter	160
(c) Grad und Ausmaß des drohenden Schadens	163
(aa) Internes Whistleblowing	165

XII

(bb) Externes Whistleblowing gegenüber staatlichen Behörden	165
(cc) Externes Whistleblowing gegenüber der Öffentlichkeit	168
(3) Angemessenheit, § 34 S. 2 StGB	171
cc) Subjektives Rechtfertigungselement	171
dd) Fazit	172
c. Spezialgesetzliche Anzeige- und Auskunftsrechte	173
aa) Zeugen- oder Gutachtenspflicht im Strafprozess	173
bb) Anzeigepflicht gem. § 138 StGB	174
cc) Anzeige gegenüber der BaFin, § 4d Abs. 6 FinDAG	174
dd) „Recht zur Strafanzeige“ nach § 158 StPO?	175
d. Grundrechte als Rechtfertigungsgründe: Berücksichtigung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung?	177
e. Wahrnehmung berechtigter Interessen analog § 193 StGB?	178
aa) Allgemeine Voraussetzungen	178
(1) Verfolgung eines berechtigten Interesses	179
(2) Berechtigung zur eigenen Geltendmachung des Interesses	180
(3) Angemessenheit der Handlung	181
bb) Voraussetzungen für eine analoge Anwendung?	183
cc) Fazit	185
f. Schutz von Whistleblowern de lege ferenda (nach der „Know-how-Schutz“-Richtlinie (RL 2016/943/EU))	185
g. Zwischenergebnis	188
4. Schuld, insb. Verbotsirrtum gem. § 17 StGB	189
5. Besonders schwere Fälle des Geheimnisverrats, § 17 Abs. 4 UWG	191
6. Strafverfolgung	192
7. Zusammenfassung und Stellungnahme	193
II. Strafbarkeit wegen Betriebsspionage nach § 17 Abs. 2 Nr. 1 UWG	194
1. Objektiver Tatbestand	195
a. Tathandlung: Unbefugtes Sichverschaffen oder Sichern eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses	195
b. Tatmittel	196

XIII

aa) Anwendung technischer Mittel, § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. a) UWG	196
bb) Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses, § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) UWG	197
cc) Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist, § 17 Abs. 2 Nr. 1 lit. c) UWG	198
2. Subjektiver Tatbestand	198
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	199
4. Fazit	200
III. Strafbarkeit wegen Geheimnishehlerei nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 UWG	200
1. Objektiver Tatbestand	201
a. Tatobjekt: Unbefugt erlangtes Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis	201
b. Tathandlung: Unbefugte Verwertung oder Mitteilung des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses	202
aa) Unbefugte Mitteilung	202
bb) Unbefugte Verwertung	203
2. Subjektiver Tatbestand	203
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	203
4. Fazit	204
B. Geheimnisschutz im Kernstrafrecht	205
I. Verletzung von Privatgeheimnissen, § 203 StGB	205
1. Geschütztes Rechtsgut	205
2. Objektiver Tatbestand	206
a. Tauglicher Täter	206
b. Tatobjekt: zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis	207
c. Kenntniserlangung aufgrund der Vertrauensstellung	209
d. Tathandlung: Unbefugte Offenbarung des Geheimnisses	209
3. Subjektiver Tatbestand	209
4. Rechtswidrigkeit und Schuld	210
5. Fazit	212
II. Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht, § 353b StGB	212
1. Geschütztes Rechtsgut	213

XIV

2. Tatbestandliche Voraussetzungen	214
a. Täter (insb. Amtsträger i.S.d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB)	214
b. Tatobjekt: Dienstgeheimnis (insb. illegale Dienstgeheimnisse)	214
c. Tathandlung und Taterfolg: Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen infolge der Geheimnisoffenbarung	215
3. Rechtswidrigkeit	216
a. Offenbarung von Korruptionsstraftaten gem. § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG bzw. § 37 Abs. 2 Nr. 3 BeamtStG	217
b. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	218
4. Fazit	219
III. Verletzung von Staatsgeheimnissen, §§ 93 ff. StGB	220
1. Begriff des Staatsgeheimnisses im Sinne des § 93 StGB	220
2. Die Staatsschutzdelikte im Einzelnen	222
a. Landesverrat, § 94 StGB	222
b. Offenbaren von Staatsgeheimnissen, § 95 StGB und Preisgabe von Staatsgeheimnissen, § 97 StGB	224
c. Landesverräterische Ausspähung und Auskundschaften von Staatsgeheimnissen, § 96 StGB	226
d. Verrat illegaler Geheimnisse, § 97a StGB	226
3. Fazit	227
IV. Exkurs: Strafbarkeit des Whistleblowers nach § 202a StGB und § 202d StGB	228
1. Strafbarkeit wegen Ausspähens von Daten, § 202a StGB	228
2. Strafbarkeit wegen Datenhehlerei, § 202d StGB	231
a. Strafbarkeitsrisiko für Whistleblower	231
b. Strafbarkeitsrisiko für Betreiber sog. Whistleblower-Plattformen	232
aa. Objektiver Tatbestand	232
bb. Subjektiver Tatbestand	234
cc. Tatbestandsausschluss nach § 202d Abs. 3 StGB	234
3. Fazit	237
C. Geheimnisschutz im sonstigen Nebenstrafrecht	237
I. Verletzung von Geheimhaltungspflichten bei Aktiengesellschaften, § 404 AktG	238

1. Objektiver Tatbestand	239
2. Subjektiver Tatbestand	241
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	241
4. Qualifikationstatbestand gemäß § 404 Abs. 2 S. 1 AktG	243
5. Unbefugte Verwertung des Geheimnisses einer Gesellschaft gemäß § 404 Abs. 2 S. 2 AktG	243
II. Verletzung von Geheimhaltungspflichten bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, § 85 GmbHG	244
III. Verletzung der Geheimhaltungspflicht durch Abschlussprüfer, § 333 HGB	246
1. Objektiver und subjektiver Tatbestand	247
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	248
a. Gesetzliche Auskunftspflichten	249
aa) Mitteilungspflicht von Prüfstellen-Beschäftigten bei Verdacht einer Bilanzstraftat, § 342b Abs. 8 S. 1 HGB	249
bb) Meldepflicht bei Verdacht auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, § 43 GwG	249
b. Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	249
IV. Fazit	251
KAPITEL 4: VORSCHLÄGE ZUR LÖSUNG DER STRAFRECHTLICHEN WHISTLEBLOWER-PROBLEMATIK	253
A. Legaldefinition von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und Ausklammerung sog. illegaler Geheimnisse	254
B. Schaffung eines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes	256
I. Mängel der aktuellen Rechtfertigungslösung über § 34 StGB	257
II. Anforderungen an einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund	259
III. Formulierungsvorschlag und Erläuterungen	260
1. Objektive Rechtfertigungslage	261
a. Geschützte Missstände: Straftaten, sonstige Rechtsverletzungen oder anderes Fehlverhalten	261
b. Geheimnisoffenbarung zur Aufklärung, Verhinderung, Beendigung des Missstandes	261
c. Vorrang der innerbetrieblichen Abhilfe?	262
d. Überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit an der Offenbarung	263

e. Rechtfertigung des Geheimnisverrats gegenüber der Öffentlichkeit?	264
2. Subjektives Rechtfertigungselement	266
IV. Fazit	266
C. Verpflichtung zur Implementierung eines Whistleblowing-Systems	267
I. (Internes) Whistleblowing als Teil effektiver Compliance	268
II. Gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines Whistleblowing-Systems	270
III. Gesetzlich normierte Mindestvoraussetzungen für Whistleblowing-Systeme	271
1. Möglichkeit der anonymen Hinweiserteilung	271
2. (Wirtschafts-)Straftaten als meldefähige Verstöße	272
3. Unternehmen als Normadressat	273
IV. Interne Whistleblowing-Systeme und das staatliche Interesse an der Aufdeckung von Wirtschaftskriminalität	274
D. Fazit	278
KAPITEL 5: AUSBLICK AUF DIE STRAFBARKEIT DES WHISTLEBLOWERS NACH DEM GEPLANTEN GESETZ ZUM SCHUTZ VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN	279
A. Strafbarkeit des Whistleblowers nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 GeschGehG RegE	280
I. Objektiver Tatbestand	280
1. Tatobjekt: Geschäftsgeheimnisse i.S.d. § 2 Nr. 1 GeschGehG RegE	280
a. Definition des Geschäftsgeheimnisses	281
b. Kenntniserlangung des Geschäftsgeheimnisses im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses	282
2. Täter: Unternehmensbeschäftigter	282
3. Tathandlung: Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses entgegen § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG RegE	282
4. Tatzeitraum: Während der Geltungsdauer des Beschäftigungsverhältnisses	283
II. Subjektiver Tatbestand	283
III. Rechtswidrigkeit und Schuld	284
1. Rechtfertigungsgrund des § 5 Nr. 2 GeschGehG RegE	284

XVII

a. Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens	284
b. Adressatenkreis	285
c. Verhältnismäßigkeitsprüfung?	285
d. Absicht, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen	285
2. Kritik	286
B. Strafbarkeit des Whistleblowers nach § 23 Abs. 1 Nr. 1, 2 und Abs. 2 GeschGehG RegE	289
C. Fazit und Ausblick	290
KAPITEL 6: ZUSAMMENFASSUNG IN THESEN	293
LITERATURVERZEICHNIS	299