

### 3. Teil: Problemlösung

#### I. Lösungsentwicklung

Wie im vorangegangenen Teil dieser Arbeit aufgezeigt, können mit Whistleblowing regelmäßig strafrechtliche Konsequenzen einhergehen: zum einen aufgrund der bestehenden Bestimmungen zum Geheimnisschutz<sup>789</sup> und zum anderen infolge der oftmals nicht vorhandenen Möglichkeiten<sup>790</sup> der Legitimation, obschon es sich bei Whistleblowing, wie ebenfalls gezeigt, um ein schützenswertes Verhalten handelt.<sup>791</sup> 463

Nachfolgend ist daher zu untersuchen, anhand welcher Ansätze eine umfassendere und mithin befriedigendere Lösung erzielt werden könnte. 464

#### A. Lösungsvarianten

##### 1. Änderung des (materiellen) Geheimnisbegriffs als tatbestandsausschließende Lösung

Wie beispielsweise SCHENKEL<sup>792</sup> und EDWARDS<sup>793</sup> für das deutsche Recht ausgeführt haben, läge ein Lösungsansatz im *Neudenken*<sup>794</sup> und/oder *Neudefinieren*<sup>795</sup> des (materiellen) Geheimnisbegriffs, und zwar dahingehend, 465

---

789 Vgl. 305 ff.

790 Vgl. 417 ff.

791 Vgl. 22 ff.

792 SCHENKEL, 254 ff. sowie 92 ff.; jeweils m. w. H.

793 EDWARDS, 85 ff. m. w. H.

794 Im Sinne einer Neuauslegung vonseiten der Lehre und der Gerichte (Begriff nur hier). Vgl. 471.

795 Im Sinne der Schaffung einer Legaldefinition des Geheimnisbegriffs (Begriff nur hier). Vgl. die Ausführungen zur Lösung in § 5 GeschGehG für das deutsche Recht unter 469. Eine ähnliche Lösung wäre auch in der Schweiz denkbar.

dass der Schutz von Geheimnissen auf Tatbestandsebene ausgeschlossen wird, wo er dazu dient, illegale oder illegitime Praktiken zu verhehlen. SCHENKEL spricht diesbezüglich von *illegalen Geheimnissen*<sup>796</sup>. Aus Sicht der Whistleblower:innen wäre damit die größte Signalwirkung verbunden; stellte dies doch eine (Re-) Positionierung der Legislative zugunsten der Whistleblower:innen dar.<sup>797</sup>

- 466 Wie SCHENKEL<sup>798</sup> für Deutschland aufzeigt, vertritt ein Teil der dortigen Befürworter:innen einer Tatbestandslösung die Ansicht, das UWG-D<sup>799</sup> suche ein Interesse der Allgemeinheit an einem lauterem Wettbewerb zu schützen. Um diesem Interesse Geltung zu verschaffen, müssten *illegale Geheimnisse* logisch zwingend nicht durch den Straftatbestand *Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen* in § 17 UWG-D<sup>800</sup> geschützt sein; ansonsten könnten sich Unternehmen mithilfe unlauterer Praktiken zu Wettbewerbsvorteilen verhelfen, was dem Regelungszweck eines Gesetzes *zum Schutze vor unlauterem Wettbewerb* schon im Grundsatz zuwiderlaufe. Eine relativierende Meinung geht davon aus, dass diese Argumentation nur gelten könne, wo es sich bei den illegalen Geheimnissen um tatsächliche unlautere Handlungen im Sinne des Gesetzes handle. Eine dritte Ansicht geht dahin, dass § 17 UWG-D nicht besagtes Allgemeininteresse, sondern einzig das Individualinteresse der innehabenden Person an ihrem Vermögen zu schützen suche, weshalb vielmehr die Reichweite des Vermögensbegriffs entscheidend sei. Entgegen der Ansicht der Rechtsprechung sei in diesem Zusammenhang der *juristisch-ökonomische Vermögensbegriff* heranzuziehen, nach dem von der Rechtsordnung nur geldwerte Güter geschützt würden, die *im Einklang mit der Rechtsordnung* stünden.<sup>801</sup>

---

796 SCHENKEL, 91.

797 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 92 ff. m. w. H.

798 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 92 ff. m. w. H.

799 Der Schutz von «Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen», wie er in der Schweiz in ähnlicher Weise durch StGB 162 gewährleistet ist, fand sich im deutschen Recht (bis vor Kurzem) im § 17 des UWG-D. Dieser Paragraph wurde mittlerweile im Zuge der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung via neu eingeführten Geschäftsgeheimnisgesetz (GeschGehG) aufgehoben. Seither ersetzt § 23 GeschGehG den § 17 UWG-D. Nachfolgend wird von § 23 GeschGehG die Rede sein.

800 Heute: Verletzung von Geschäftsgeheimnissen in § 23 GeschGehG.

801 Die deutsche Rechtsprechung bevorzuge angeblich den rein *ökonomischen Vermögensbegriff*, der keine solche Einschränkung kenne. Vgl. SCHENKEL, 102 f.

Im Kern liegt allen Positionen die Überlegung zugrunde, dass sich die 467  
Rechtsordnung in einen unüberwindbaren Widerspruch verstricke, wenn  
sie die Offenlegung illegaler Tatsachen in § 23 GeschGehG unter Strafe  
stellt und die Strafanzeige als grundrechtlich geschützt erachtet, zumal  
die Aufdeckung und Unterbindung von Rechtsverstößen im Interesse der  
(deutschen) Rechtsordnung lägen.<sup>802</sup>

Die Gegenpositionen wären indes überwiegend in der Überzeugung zu 468  
verorten, dass auch (und gerade) illegale Geheimnisse bei wirtschaftlicher  
Betrachtung mit einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse verbunden  
sind, so SCHENKEL<sup>803</sup> weiter. Dies, da der mit einer etwaigen Offenlegung  
einhergehende Reputationsverlust erhebliche negative Auswirkungen auf  
die Wettbewerbsfähigkeit des betroffenen Unternehmens haben würde.<sup>804</sup>  
Dem Unternehmer sei sein grundrechtlich zugesichertes Recht auf Schutz  
seiner Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse<sup>805</sup> ferner nicht wegen einzelner,  
rechtswidriger Handlungen im Betrieb zu entsagen. Ferner stünde den  
Angestellten eine Beurteilung über die Rechtmäßigkeit innerbetrieblicher  
Vorgänge nicht zu.<sup>806</sup> LEITE führt weiter *normtheoretische* Überlegungen  
ins Feld, nach denen tatbestandsausschließende Kriterien nur eine generell-  
abstrakte Abwägung im Sinne eines gesamtgesellschaftlichen Kosten-Nut-  
zen-Kalküls zulassen würden, während individuell-konkrete Einzelfallab-  
wägungen auf Rechtswidrigkeitsebene zu erfolgen hätten.<sup>807</sup>

Die Befürworter:innen scheinen insoweit gehört worden zu sein, als § 5 2. 469  
GeschGehG eine Ausnahmeregelung enthält, die unter anderem vorsieht,  
dass die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nicht unter die Verbote  
falle, *wenn diese zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolge, insbesonde-  
re zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen*

---

802 Hinsichtlich eines Whistleblowing-Schutzes ist nach hier vertretener Ansicht primär  
von einem Mittel zur Aufdeckung und nur sekundär von einem zur Unterbindung  
von Rechtsverstößen auszugehen.

803 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 95 f. m. w. H.

804 Jener Überlegung liegt vermutlich der oben beschriebene Ansatz zugrunde, nach  
dem jedes irgendwie geartete Geheimnis schützenswert ist, so denn ein finanzieller  
Wert daran geknüpft werden kann (*ökonomischer Vermögensbegriff*; siehe Fn. 801).

805 Die grundrechtliche Zusicherung leiten die Autoren aus der Wirtschaftsfreiheit ab.

806 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 95 f. m. w. H.

807 LEITE, 133 f.; ähnlich bereits SCHENKEL, 255 f.

**oder sonstigen Fehlverhaltens**,<sup>808</sup> wenn die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Damit hat sich die deutsche Legislative – wenn auch möglicherweise versehentlich –<sup>809</sup> inzwischen für den Tatbestandsausschluss als Lösungsvariante entschieden.<sup>810</sup>

- 470 Mit Blick auf die heimische Situation ist festzuhalten, dass auch die Schweiz ein Gesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG) kennt und dieses gemäß der Legislative nicht ausschließlich Individualinteressen zu schützen sucht.<sup>811</sup> Anders als in Deutschland findet sich der Schutz des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses im Kernstrafrecht (StGB 162). Vor diesem Hintergrund erübrigt sich für die Schweiz die Frage, inwiefern sich aus der *ratio legis* des UWG ein Schutz illegaler Geheimnisse ableiten lässt – wobei denkbar ist, dass sich hinter den illegalen oder illegitimen Geheimnissen Tatsachen verbergen, die als «widerrechtliches, täuschendes oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößendes Verhalten oder Geschäftsgebaren» einzustufen wären und damit unter die Generalklausel in UWG 2 (oder gegebenenfalls einen Sondertatbestand in UWG 3 ff.) subsumiert werden könnten.
- 471 Hinsichtlich der Schaffung einer tatbestandsausschließenden Lösung wäre bei den Voraussetzungen des *materiellen Geheimnisbegriffs*<sup>812</sup> – genauer bei den *berechtigten Geheimhaltungsinteressen* anzuknüpfen. Dies dergestalt, dass im Falle *illegaler und illegitimer Geheimnisse* ein berechtigtes Interesse konsequent (und von vornherein) abgesprochen würde. Tatsächlich impliziert die Existenz der Voraussetzung eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses, dass entsprechende Überlegungen bereits heute angestrengt werden (sollten);<sup>813</sup> zurzeit geschieht dies aber nur in *offenkundig* illegalen

---

808 Wie sich aus der Formulierung ergibt, erstreckt sich die Ausnahmeregelung *per se* nicht nur auf illegales, sondern auch auf illegitimes Verhalten (Hervorhebung durch den Autor).

809 So wird in den deutschen Gesetzesmaterialien die Regelung in § 5 als «Rechtfertigungsgründe» betitelt und es ist im Fließtext von «gerechtfertigt» und «rechtfertigend» die Rede. Ferner beinhaltet die «Rechtfertigung» auch subjektive Elemente in Form einer Absicht. Vgl. BT-Drs. 382/18, 25 f. oder auch 19/8300, 9 f.

810 So auch LEITE, 132 m. w. H.

811 Vgl. das BBl 1942 674 zur ersten Fassung sowie das BBl 1983 II 1038 f. m. w. H. zur zweiten und aktuell gültigen Fassung des UWG.

812 Siehe 309 ff.

813 Siehe 311 m. w. H.

Fällen.<sup>814</sup> Der Begriff des berechtigten Geheimhaltungsinteresses könnte (und müsste) restriktiver ausgelegt werden und damit illegitime Fälle erfassen, um so einen (effektiveren) Whistleblowing-Schutz zu gewährleisten.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Variante des *Neudefinierens* zwar rechtspolitisch progressiv wäre – aus eben diesen Gründen für die Schweiz aber eher unrealistisch erscheint.<sup>815</sup> Hinzu kommt, dass den Überlegungen LEITES – im Unterschied zu den meisten anderen *Contra*-Argumenten – nicht *per se* jegliche Stichhaltigkeit abgesprochen werden kann. Interessen sollten im Einzelfall systematisch in der Tat nicht bereits auf Tatbestands-ebene abgewogen werden, sondern sind auf der Stufe der Rechtswidrigkeit des tatbestandsmäßigen Verhaltens anzustellen.<sup>816</sup> 472

Die niederschwelligere Variante des *Neudenkens* erscheint realistischer, zumal diese (primär) «bloß» ein Neudenken des Bundesgerichts voraussetzen würde. Ob dieses indes die nötige Kühnheit besäße, seinerseits eine rechtspolitische Neuausrichtung auf den Weg zu bringen, muss die Zukunft weisen. Festzustellen bleibt derweil, dass eine Korrektur vonseiten des Bundesgerichts bisher ausgeblieben ist. 473

---

814 Würde beispielsweise der Getränkehersteller *Coca-Cola* sein Getränk noch heute mit Kokain versetzen (wie in der Originalrezeptur bekanntermaßen dereinst der Fall), um seine Konsumenten auf diese Weise abhängig zu machen, wäre diese Rezeptur vermutlich nicht durch das Geschäftsgeheimnis geschützt beziehungsweise müsste die Beurteilung, ob *Coca-Cola* ein *berechtigtes* Geheimhaltungsinteresse an der Rezeptur hat, wohl negativ ausfallen. Anders scheinbar KONOPATSCHE/EHMANN, die in Anlehnung an die deutsche und österreichische Lehre ein Geheimhaltungsinteresse bejahen und den Geheimnisverrat hier über den außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* legitimieren wollen, da Whistleblowing andernfalls nicht mehr strafbar wäre. Eine Praxis, die sie ohne Angabe von Gründen scheinbar gutheißen. Zur Ansicht der Autorinnen vgl. KONOPATSCHE/EHMANN, AnnKomm StGB 162 N 8 f.; zur *Wahrnehmung berechtigter Interessen* und den damit einhergehenden Schwierigkeiten vgl. 474 ff.

815 Gerade im Lichte der Überlegungen zur Gewichtigkeit wirtschaftlicher Interessen in rechtspolitischen Debatten. Vgl. 454 sowie nachfolgende Überlegungen in 524.

816 Im Kern ist die Frage zu klären, ob Whistleblowing ein wünschenswertes Verhalten darstellt, das keine Schattenseiten kennt und immer höher zu gewichten ist als die Interessen der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn. In diesem Fall wäre ein Tatbestandsausschluss der richtige Ansatz. Alternativ wäre die Rechtfertigung mit Einzelfallabwägung der betroffenen Rechtsgüter vorzuziehen. Vgl. 522 ff.

2. Änderung der Anforderungen in Bezug auf die *Wahrnehmung berechtigter Interessen*

- 474 Wie ausgeführt, böte sich hinsichtlich des außergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen ebenfalls ein möglicher Lösungsansatz. So wird Whistleblowerinnen und Whistleblowern vonseiten des Bundesgerichts *bis dato* abverlangt, den strengen Voraussetzungen des Notstandes gerecht zu werden. Dies mit der Begründung, bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen handle es sich um einen notstandsähnlichen Rechtfertigungsgrund, weshalb vor allem in der Wahl der Mittel die *strikte Subsidiarität* gewahrt werden müsse.<sup>817</sup> Dies stellt für Whistleblower:innen regelmäßig eine kaum überwindbare Hürde dar.<sup>818</sup>
- 475 Das Erfordernis der strikten Subsidiarität bei der Mittelwahl im Notstand fußt auf der Überlegung, dass in Notstandssituationen regelmäßig ein Eingriff in Rechtsgüter *unbeteiligter Dritter* notwendig werde. Daher habe besagter Eingriff unter Wahrung größtmöglicher Sorgfalt zu erfolgen. Was die allermeisten Whistleblowing-Konstellationen betrifft, scheint es dagegen eher fragwürdig, ob ein fehlerhaftes Amt oder Unternehmen sich tatsächlich als *unbeteiligter Dritter* zu konstituieren vermag und den gleich rigorosen Schutz seiner Rechte durch die Rechtsordnung verdient.<sup>819</sup>
- 476 Es wäre vonseiten des Bundesgerichts möglich, einen gemäßigeren Ansatz zu entwickeln. So wäre beispielsweise dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die vermeintlichen «Opfer» der Whistleblower:innen an ihrer Lage in aller Regel nicht in demselben Maße unbeteiligt sind, wie dies in klassischen Notstandslagen der Fall ist. Selbst wenn man beispielsweise bei einem Großunternehmen argumentieren wollte, die tatsächlichen Eigner:innen seien an den illegitimen oder illegalen Praktiken der Unternehmung *unbeteiligt*, müsste eine (interne oder gegebenenfalls externe) Meldung in aller Regel genügen, die Geschäftsleitung<sup>820</sup> über den bestehenden Missstand in Kenntnis zu setzen.<sup>821</sup> Falls diese ihrer Verantwortung, diesem zu begegnen, alsdann nicht gerecht wird – was in aller Regel eine

---

817 Vgl. 439 ff.

818 Vgl. zum Ganzen 451 ff.

819 Vgl. zum Ganzen 453.

820 Und deswegen die Eigner:innen, wenn diese nicht gleichzeitig die Geschäftsleitung innehaben.

821 Auch vor dem Hintergrund, dass die Geschäftsleitung die Verantwortung für die Vorgänge im Unternehmen trägt (vgl. für die Aktiengesellschaft beispielsweise

bewusste Entscheidung implizieren dürfte –, ist eine Beteiligung nicht mehr von der Hand zu weisen. Ähnliches muss für Ämter und Behörden gelten.

Aus strafrechtlicher Sicht wäre mit einer entsprechenden (internen oder externen) Meldung dem Erfordernis der *Subsidiarität* Genüge getan, da ein oder mehrere mildere Mittel «ausprobiert» wurden. Eine *strikte* Subsidiarität ist weiter aus der Überlegung abzulehnen, dass Whistleblower:innen juristische Laiinnen und Laien sein können, denen oftmals keine abschließende Einschätzung aller geeigneten Stellen zugemutet werden kann. Aus dem Umstand, dass selbst dann, wenn aufseiten der späteren Whistleblower:innen vorab Rechtsanwältinnen oder Rechtsanwälte konsultiert wurden, keine Rechtfertigung gelang, lässt sich ferner schließen, dass eine solche Einschätzung sogar Fachleuten nicht immer hinlänglich gelingt.<sup>822</sup>

Auf diese Weise dürfte den meisten Whistleblowerinnen und Whistleblowern eine Rechtfertigung gelingen. Kritisch zu beurteilen wären einzig die Fälle sofortiger Veröffentlichung von Geheimnissen. Diese dürften sich – wenn überhaupt – nur in Ausnahmefällen rechtfertigen lassen. Wie gezeigt,<sup>823</sup> sind es aber *Ausnahmefälle*, in denen Whistleblower:innen aufgrund besonderer Umstände von einer internen oder externen Meldung an eine als zuständig erkannt geglaubte Instanz absehen.

Da es sich bei dem genannten Rechtfertigungsgrund um einen außergesetzlichen handelt, würde für dessen Anpassung eine Korrektur der höchstgerichtlichen Rechtsprechung genügen. Es ist aber anzumerken, dass der Hauptgrund, weshalb das Bundesgericht derart strenge Anforderungen an den außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund stellt, in der Bezeichnung selbst zu finden ist. Es widerstrebt dem Bundesgericht scheinbar, eine *außergesetzliche* – mithin von der Legislative nicht explizit gewünschte – Rechtfertigung zuzulassen, setzt doch die Gewaltenteilung voraus, dass die Judikative sich auf die Rechtsprechung konzentriert. Eine Abweichung vom Grundsatz der Gewaltenteilung will sich das Bundesgericht deshalb pflichtschuldig nur in den seltensten Fällen erlauben.<sup>824</sup>

---

OR 716a I 5.). Sollte sie die Meldung nicht erreichen, darf dieser Organisationsmangel dem:der Whistleblower:in nicht zum Nachteil gereichen, weil ein solcher der Geschäftsleitung zuzuschreiben wäre.

822 So etwa im Fall Hildebrand, in dem sowohl Reto T. als auch sein RA Lei verurteilt wurden Vgl. BGE 6B\_200/2018 und 6B\_210/2018.

823 Vgl. Kapitel 2; 22 ff.

824 Kritische Stimmen mögen an dieser Stelle anmerken, dass auch die Einwilligung ein außergesetzlicher Rechtfertigungsgrund ist – das Bundesgericht dahingehend

- 480 In der Tat dürfte die Praxis zustimmen, dass eine richterliche Rechtsfortbildung – gerade im Strafrecht –, wenn überhaupt, nur mit der nötigen Zurückhaltung erfolgen sollte. Insofern ist dem Bundesgericht die beschriebene Grundhaltung nicht *per se* anzulasten. Die Positivierung eines Rechtfertigungsgrundes wäre – auch aus theoretischen Überlegungen – unbestreitbar erstrebenswerter.

### 3. Schaffung eines Rechtfertigungsgrundes

- 481 Einer der offenkundigsten Lösungsansätze ist die Schaffung eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes für Whistleblowing, wie dies beispielsweise im BPG oder im GwG geschehen ist. Die bisherigen legislatorischen Bemühungen gingen in diese Richtung.<sup>825</sup>

a. Zu den namhaften legislatorischen Bemühungen in der Schweiz

aa. Die Motion GYSIN

- 482 Bereits im Jahre 2003 forderte der ehemalige Nationalrat Remo Gysin einen gesetzlichen Schutz für Hinweisgeber von Korruption. Entgegen dem Antrag des damaligen Bundesrates wurde die Motion *angenommen*.<sup>826</sup> Beinahe gleichzeitig reichte der damalige Nationalrat Dick Marty eine Motion im Ständerat ein, die «*Schutzmaßnahmen für Whistleblowers*» forderte.<sup>827</sup> Diese wurde in Form des Postulates an den Bundesrat überwiesen. Beide Interventionen wurden gut zehn Jahre später durch die *Botschaft des Bundesrates vom 20. November 2013 über die Teilrevision des Obligationenrechts*<sup>828</sup> abgeschlossen.
- 483 Jene Teilrevision sollte ein Meldeschema für Whistleblower:innen einführen, dessen Einhaltung diese mit einem Kündigungsschutz ausstatten sollte. Der damalige Vorschlag zur Teilrevision des Obligationenrechts wurde

---

jedoch kaum von ähnlichen Gewissensbissen geplagt scheint. Dies dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass sich die Rechtsgutträger durch die Einwilligung vornehmlich selbst schaden.

825 Parlamentarische Initiative LEUTENEGGER 12.419.

826 Motion 03.3212.

827 Motion 03.3344.

828 BBl 2013 9513 ff.



von den Räten 2014 und 2015 behandelt und mit Wunsch nach einer verständlicheren Fassung zurückgewiesen. Mit *Antrag des Bundesrats zum Erlassentwurf der Botschaft vom 20. November 2013 zur Teilrevision des Obligationenrechts in der Fassung des Ständerates vom 22. September 2014* legte dieser, nach eigenem Dafürhalten,<sup>829</sup> eine solch verständlichere und einfacher formulierte Fassung vor.<sup>830</sup> Der Bundesrat stellte hierzu Anträge.<sup>831</sup>

Jene letzte Fassung<sup>832</sup> sah eine Ergänzung des Obligationenrechts um sechs Artikel im Anschluss an den bestehenden OR 321a sowie die Anpassung der Normen in OR 328 III (Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Allgemeinen), OR 336 II d (Kündigungsschutz: Missbräuchliche Kündigung) sowie OR 362 I (Unabänderlichkeit zuungunsten des Arbeitnehmers) vor. In der ersten Bestimmung wurden *Unregelmäßigkeiten* als Meldeinhalte folgendermaßen definiert (Abs. 2): «*Als Unregelmäßigkeiten gelten namentlich Widerhandlungen gegen das Straf- und das Verwaltungsrecht und gegen andere gesetzliche Regelungen sowie Verstöße gegen interne Regelungen*». Es wären mithin einzig *illegale* Verhaltensweisen erfasst gewesen. Ferner hielt die Regelung fest, dass die Meldung einer solchen Unregelmäßigkeit «*im Einklang mit der Treuepflicht der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers*» steht, wenn die besonderen Voraussetzungen für eine Meldung in den nachfolgenden Artikeln erfüllt sind (Abs. 1). Jener einleitenden Norm folgen einzelne Bestimmungen zur *Meldung an den Arbeitgeber*, zur *Meldung an die zuständige Behörde*, zur *Meldung an die zuständige Behörde ohne vorgängige Meldung an den Arbeitgeber* sowie zur *Information der Öffentlichkeit*.<sup>833</sup> 484

Im Wesentlichen ist den Artikeln ein kaskadenartiges Meldeschema zu entnehmen. An die (interne oder externe) Meldestelle des Arbeitgebers darf gemeldet werden, wenn ein «*nachvollziehbarer Verdacht*» auf eine Unregelmäßigkeit besteht. Ferner sieht die Norm vor, dass Arbeitgeber:innen innerhalb maximal 90 Tagen ab Erhalt der Meldung für deren Be- 485

829 Vgl. Zusatzbotschaft des Bundesrats vom 21. September 2018 zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmäßigkeiten am Arbeitsplatz), BBl 2018 6127 ff., insbesondere 6129.

830 BBl 2018 6151 ff.

831 BBl 2019 1433 ff.

832 Zu den nachfolgenden Ausführungen in Bezug auf den Inhalt des Gesetzesentwurfs (484–486) vgl. den Originalwortlaut in BBl 2019 1433 ff.

833 Hervorhebung durch den Autor. In der vorliegenden Arbeit wird unterschieden zwischen *internem* und *externem* Whistleblowing. Zu jener Unterscheidung vgl. 242 ff.

handlung zu sorgen haben – insbesondere «*genügende Maßnahmen zur Behandlung der Meldung ergreifen*» – und der meldenden Person über den Erhalt der Meldung und die getroffenen Maßnahmen Bericht erstatten müssen; außer in Fällen, in denen dies unmöglich oder offensichtlich unzumutbar ist (namentlich bei anonymen Meldungen). In Fällen, in denen die Meldung missachtet wird oder in einer (missbräuchlichen) Kündigung resultiert, ist eine Meldung an die zuständige Behörde möglich. In gewissen Fällen, – besonders wenn Gefahr im Verzug oder von vornherein klar ist, dass eine Meldung an den:die Arbeitgeber:in nicht die gewünschte Wirkung zeitigen würde, – kann die zuständige Behörde direkt angegangen werden. Schließlich sieht der Gesetzesentwurf den Gang an die Öffentlichkeit vor in Fällen, in denen die Behörde vorgängig informiert wurde und dem:der Whistleblower:in auf Ersuchen nicht innerhalb von 14 Tagen Auskünfte über die Behandlung der Meldung erteilt hat oder dieser:diesem im Anschluss an die Meldung an die Behörde gekündigt wurde oder ihr:ihm andere Nachteile entstanden sind.

- 486 Weiter sieht der Entwurf unter anderem vor, dass die Inanspruchnahme einer Beratung die Meldung von Unregelmäßigkeiten durch eine Person betreffend, die einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterliege, keine Treuepflicht verletzt und dass eine Kündigung der Whistleblowerin oder des Whistleblowers vonseiten des Arbeitgebers bereits im Stadium der Beratung missbräuchlich ist.
- 487 Auch dieser Gesetzesentwurf wurde von den Räten mit gleicher Begründung zurückgewiesen, woraufhin auf das Geschäft während der Wintersession 2019 – nach knapp 17 Jahren erfolglosen Schaffens – schließlich nicht eingetreten wurde.<sup>834</sup> Damit blieb die Einführung eines arbeitsrechtlichen Schutzes bis auf Weiteres aus.

---

834 Vgl. Motion 03.3212 und 13.094 sowie die Medienmitteilung des Bundes vom 31. Januar 2020, Keine Regeln zum «Whistleblowing» im Arbeitsrecht, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2020-01-31.aspx>> (30. Januar 2022). «*Ein Rat berät und beschließt in der Eintretensdebatte zunächst, ob er auf den Erlassentwurf eintreten will und diskutiert anhand der Eintretensfrage, ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht oder nicht. Beschließen beide Räte oder beschließt ein Rat zweimal, auf einen Erlassentwurf nicht einzutreten, wird dieser von der Geschäftsliste der Bundesversammlung gestrichen. Ein im Rahmen einer parlamentarischen Initiative ausgearbeiteter Erlassentwurf scheidet bereits dann, wenn der Erstrat Nichteintreten beschließt*», *Parlamentswörterbuch online, Eintretensdebatte*, <<https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/parlamentsw%C3%B6rterbuch/parlam>

## bb. Die Parlamentarische Initiative (PI) LEUTENEGGER

Der ehemalige Nationalrat Filippo Leutenegger reichte am 15. März 2012 488 veranlasst durch das höchstrichterliche Urteil im Fall Zopfi/Wyler<sup>835</sup> eine parlamentarische Initiative<sup>836</sup> mit dem Titel «*Wahrung höherer, berechtigter öffentlicher Interessen als Rechtfertigungsgrund (Whistleblowing)*» ein.<sup>837</sup> Diese verlangte, den bisher außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung höherwertiger Interessen zugunsten von Whistleblowerinnen und Whistleblowern zu positivieren, ohne einen konkreten Wortlaut vorzuschlagen.

Auch diesem Geschäft wurde vonseiten der Kommission für Rechtsfragen 489 des Nationalrates dereinst Folge gegeben sowie vonseiten der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates zugestimmt. Wegen des damals laufenden Gesetzgebungsverfahrens zur Anpassung oder besser Ergänzung des Obligationenrechts hat der Nationalrat 2016, 2018 und 2020 dem jeweiligen Antrag der Kommission für Rechtsfragen stattgegeben, mit der Ausarbeitung eines konkreten Entwurfes zuzuwarten, nur um das Geschäft – nach vorangegangener Abschreibung der geplanten Änderung des Obligationenrechts im Jahre 2020 – nach rund zehn Jahren des fruchtlosen Zuwartens 2022 ebenfalls ohne weitere Folge abzuschreiben. Dies ist auf Antrag der Vorsitzenden dann möglich, wenn die antragstellende Person in der Zwischenzeit aus dem Parlament ausgeschieden ist und sich keiner der verbleibenden Abgeordneten für die Aufrechterhaltung des Antrages einsetzen will.<sup>838</sup> Damit konnte die Ausarbeitung eines konkreten Vorschlags zur Umsetzung unterbleiben. Die Umsetzung eines strafrechtlichen Schutzes blieb damit ebenfalls aus.

---

entsw%C3%B6rterbuch-detail?WordId=47> (30. Januar 2022). Vgl. unter anderem ParlG 74 und 120 f.

835 Vgl. Fn. 8.

836 «*Mit einer parlamentarischen Initiative kann ein Ratsmitglied, eine Fraktion oder eine Kommission den Entwurf zu einem Erlass oder die Grundzüge eines solchen Erlasses vorschlagen. Die Leitung der Gesetzgebungsarbeiten erfolgt durch eine Kommission des National- oder Ständerates. Bevor eine Kommission mit der Ausarbeitung des Erlassentwurfes beginnen kann, benötigt sie die Zustimmung der Kommission des anderen Rates oder die Zustimmung beider Räte*», Parlamentswörterbuch online, *Parlamentarische Initiative*, <<https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/parlamentsw%C3%6rterbuch/parlamentsw%C3%B6rterbuch-detail?WordId=166>> (30. Januar 2022). Vgl. unter anderem ParlG 109.

837 Nachfolgend: PI LEUTENEGGER.

838 Vgl. zum Ganzen Motion 12.419. Zu den gesetzlichen Grundlagen vgl. etwa ParlG III V und 113.

cc. Zwischenfazit

- 490 Angesichts dieser Entwicklungen muss im Hinblick auf den (parlaments-) politischen Willen für eine Verbesserung des Whistleblowing-Schutzes in der Schweiz mithin eine Regression konstatiert werden.
- 491 Die Tauglichkeit der Ideen, die sich aus den Bemühungen ergeben haben oder besser diesen zugrunde lagen, soll nachfolgend dennoch untersucht werden. Denn die Ansätze könnten zukünftig erneut die Grundlage legislatorischer Bestrebungen bilden. Von besonderer Relevanz für die vorliegende Arbeit erscheint dabei die PI LEUTENEGGER.

b. Allgemeine Rechtfertigung im Sinne der PI LEUTENEGGER *versus* spezielle Rechtfertigung im jeweiligen Tatbestand

- 492 Wie von der Legislative dereinst intendiert, könnten die im Allgemeinen Teil (AT) des StGB normierten Rechtfertigungsgründe (vgl. StGB 14 ff.) um einen Rechtfertigungsgrund für Whistleblower:innen erweitert werden. Die PI LEUTENEGGER schlug konkret vor, dass *«unter einen Straftatbestand fallende Handlungen, die verübt werden, um höhere, berechnigte öffentliche Interessen zu wahren, und dabei die Grenzen der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden (Whistleblowing), als Rechtfertigungsgründe gelten und damit straflos bleiben»*.<sup>839</sup> Gemeint war damit vermutlich, dass der aktuell außergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen<sup>840</sup> zu positivieren sei.
- 493 Wengleich diese Lösung einfach erscheint, weil das StGB lediglich um eine Norm ergänzt werden müsste, ist sie unter Beachtung rechtssystematischer beziehungsweise rechtstheoretischer Überlegungen kritisch zu hinterfragen. So sollen die Vorschriften des StGB AT (mit wenigen Einschränkungen) auf alle Straftatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts Anwendung finden (können) (vgl. StGB 333 sowie 104 *e contrario*). Umgekehrt würde *ergo* eine Eingliederung eines Rechtfertigungsgrundes für Whistleblowing im StGB AT nur Sinn ergeben, wenn man die Berufung auf den Rechtfertigungs-

---

839 Die Formulierung ist so direkt dem Initiativtext entnommen. Selbstredend ist die Aussage juristisch unstimmtig, da *«unter einen Straftatbestand fallende Handlungen»* nicht *«als Rechtfertigungsgründe gelten»*, sondern unter Umständen *«gerechtfertigt»* sein können.

840 Vgl. 439 ff.

tigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen etwa auch mit Blick auf den *Betrug* (StGB 146), die *Fälschung von Ausweisen* (StGB 252) oder das *pfllichtwidrige Verhalten bei Unfall* (SVG 92) gelten lassen möchte. Dies entsprach aber – wenigstens scheinbar – nicht der Intention LEUTENEGGERS, ging es ihm doch einzig darum, den Schutz der Whistleblower:innen zu verbessern,<sup>841</sup> das heißt den Geheimnisverrat zu rechtfertigen, wo die Umstände dies zulassen.

Für die Einführung eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes spricht, dass die Wahrnehmung berechtigter Interessen in der heutigen Form theoretisch hinsichtlich aller möglichen Straftaten rechtfertigend herangezogen werden könnte. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass außergesetzliche Rechtfertigungsgründe keine Beschränkung ihres Anwendungsbereiches kennen – es sei denn, diese ergäbe sich aus einer ihrer Grundvoraussetzungen.<sup>842</sup> In Fällen, in denen die aktuelle Notstandsregelung nicht greift,<sup>843</sup> kommt es regelmäßig dazu.<sup>844</sup> Somit wäre eine Positivierung innerhalb des StGB AT wenigstens nicht mit einer Einschränkung der bestehenden Rechtfertigungsmöglichkeiten verbunden.

Wünscht man vonseiten der Legislative, den Anwendungsbereich auf die für Whistleblowing relevanten Straftatbestände einzuschränken, wären stattdessen Sonderrechtfertigungen innerhalb der jeweiligen Tatbestände einzufügen. Alternativ könnte ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund mit Anwendungskatalog geschaffen werden. Letzteres würde dem Sinn eines Allgemeinen Teils jedoch zuwiderlaufen.

### c. Außerstrafrechtliche Rechtfertigung

Weiter wäre es denkbar, eine Lösung außerhalb des StGB zu normieren, die dann ihre rechtfertigende Wirkung über den allgemeinen Rechtfertigungsgrund in StGB 14 entfalten könnte, der festhält, dass rechtmäßig handelt,

841 Daher wohl auch die explizite Klammerbemerkung «(Whistleblowing)» im Initiativtext.

842 So beispielsweise bei der Einwilligung, zumal sich eine gültige Einwilligung nur auf Individualrechtsgüter beziehen kann. Vgl. hierzu statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 13 m. w. H.

843 Beispielsweise dort, wo Allgemeininteressen geschützt werden oder keine unmittelbare Gefahrensituation vorliegt. Vgl. Fn. 737

844 Vgl. hierzu beispielsweise BGE 6B\_1267/2015, 6B\_426/2013, 134 IV 216, 129 IV 6, 94 IV 86 oder 73 IV 12.

wer sich gemäß geltendem Recht verhält. Darauf hatte die Legislative vermutlich gehofft, als sie – in Antizipation einer geplanten Anpassung der Bestimmungen im Obligationenrecht – mit der Ausarbeitung eines Vorschlags für eine Rechtfertigungsnorm über Jahre zuwartete.<sup>845</sup>

- 497 *Ergo* könnte sich eine so geartete Rechtfertigung aus zivil- oder verwaltungsrechtlichen Bestimmungen ergeben. So beispielsweise durch ergänzende Bestimmungen im Obligationenrecht, ähnlich denen, die in Zusammenhang mit der besprochenen Teilrevision verhandelt wurden,<sup>846</sup> oder mittels Schaffung eines separaten Whistleblowing-Gesetzes.
- 498 Hierzu gilt an dieser Stelle anzumerken, dass das Bundesgericht dereinst im Fall der Whistleblowerinnen Zopfi/Wyler die Rechtsansicht kundtat, dass selbst bei Vorliegen einer zivilrechtlichen Verhaltensnorm für Whistleblower:innen eine Amtsgeheimnisverletzung durch Meldung an die Öffentlichkeit nicht bereits gemäß Art. 14 StGB gerechtfertigt sein könne – bestimme sich die Rechtfertigung einer Amtsgeheimnisverletzung doch im Wesentlichen nach den auf dem Spiel stehenden Interessen.<sup>847</sup> Die Erwägung dürfte als impliziter Hinweis auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu verstehen sein, wonach ein gesetzliches Gebot oder eine gesetzliche Erlaubnis nur rechtfertigend wirken könne, wenn im konkreten Fall dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprochen wird.<sup>848</sup>
- 499 Dieser Rechtsansicht kann nicht gefolgt werden – ist sie doch gleich in mehrfacher Hinsicht von Rechtsfehlern beeinflusst. Einleitend ist hierzu anzuführen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts in aller Regel auf Entscheidungen zurückgeht, in denen beispielsweise das Überschreiten von Höchstgeschwindigkeiten während Blaulichtfahrten, den Schusswaffengebrauch durch Polizeibeamte oder um die Ausübung des Festnahmerechts durch Privatpersonen zu beurteilen galt. In all diesen Fällen handeln also Vertreter:innen des Staates; als solche gelten Polizistinnen und Polizisten – aber auch Privatpersonen, die Erstere in besonderen Situationen und nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen ausnahmsweise in StPO 218 ver-

---

845 Siehe die Kommissionsberichte *re* PI LEUTENEGGER 12.419.

846 Vgl. zur Motion GYSIN 482 ff. Die Änderung kam jedoch nie zustande. Zum Thema sei hier auf die ebenfalls zitierte Dissertation von IMBACH verwiesen.

847 BGE 6B\_305/2011 E. 4.6. Vgl. auch KONOPATSCH, Whistleblowing Schweiz, 223.

848 Vgl. mit Blick auf die Ausübung des Festnahmerechts durch Privatpersonen exemplarisch und jeweils m. w. H. BGE 128 IV 73 E. 2d.; 107 IV 84 E. 4; 100 Ib 13 E. 5. Zur Blaulichtfahrt vgl. BGE 141 IV 417 E. 2 m. w. H.; Vgl. auch DONATSCH, OFK StGB 14 N 9 sowie NIGGLI/GÖHLICH, BSK StGB I 14 N 4 jeweils m. w. H.

treten dürfen. Wo der Staat in Grundrechte von Privatpersonen eingreift, hat er sich an die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit (BV 5) sowie das Verhältnismäßigkeitsprinzip (BV 36) zu halten. Dies mag auch für Private gelten, wo sie in Vertretung des Staates handeln – ansonsten vermögen die genannten verfassungsrechtlichen Bestimmungen Privatpersonen indes *nicht* zu verpflichten.<sup>849</sup>

Die Ansicht, das Bestehen beispielsweise einer zivilrechtlichen Verhaltensnorm für Whistleblower:innen vermöge eine Geschäftsgeheimnisverletzung nicht ohne Weiteres über StGB 14 zu rechtfertigen, widerspricht nicht nur dem Wortlaut der Bestimmung. Sie missversteht auch den Grundcharakter der Rechtfertigung – insbesondere jener nach StGB 14 im Sinne einer allgemeinen Rechtfertigung – als solche. Denn, wie etwa NIGGLI/GÖHLICH richtig ausführen, sind Rechtfertigungen bloß «*unumgängliche Konsequenz des Rechtes selbst*»<sup>850</sup> und haben nichts zu tun (respektive: dürften nichts zu tun haben) mit Interessen- oder Güterabwägungen. Wie bereits der Wortlaut der Bestimmung in StGB 14 deutlich macht, ergibt sich die Rechtfertigung einzig (und grundsätzlich ohne Rücksicht auf widerlaufende Interessen) aus der logischen Konsequenz, dass das Recht nicht gleichzeitig bestrafen kann, was es andernorts erlaubt hat.<sup>851</sup> Beschränkungen dieses Prinzip ergeben sich einzig aus der Sache selbst – nicht aber aus verfassungsrechtlichen Prinzipien für staatliches Handeln, das Private im Regelfall nicht erfasst.<sup>852</sup>

Das Bestehen entsprechender Normen – beispielsweise im Arbeits- oder Verwaltungsrecht oder aber auch in einem separaten Whistleblowing-Gesetz – muss demnach hinsichtlich etwaiger tatbestandlicher Geheimnisverletzungen eine uneingeschränkt rechtfertigende Wirkung zeitigen (können).

849 Vgl. hierzu statt vieler EPINEY, BSK BV 5 N 33 m. w. H. Zur Verhältnismäßigkeit bei privaten Verhaftungen vgl. auch ALBERTINI/ARMBRUSTER, BSK StPO 218 N 4. Die außerordentliche Pflicht zur Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ergibt sich im Falle von StPO 218 bekanntermaßen bereits aus dem Gesetzeswortlaut.

850 NIGGLI/GÖHLICH, BSK StGB I Vor 14 N 5.

851 Zu dem Schluss kommt bereits NOLL, 8 ff. Vgl. auch SPÄTH, der festhält, dass «*das Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung*» im Strafrecht eine Berücksichtigung der in anderen Regelungsbereichen bestehenden Vorgaben und Aussagen. SPÄTH, 48. Vgl. zur gesamten Erklärung der Rechtfertigung SPÄTH, 45 ff. Zur Bedeutung von Erlaubnistatbeständen in Zusammenhang mit Whistleblowing vgl. auch SPÄTH, 410 f.; jeweils m. w. H.

852 So geschehen beispielsweise in StPO 218. Vgl. zum Ganzen NIGGLI/GÖHLICH, BSK StGB I Vor 14 N 5 f. m. w. H.

#### 4. Schaffung eines Whistleblowing-Gesetzes

502 Der Königsweg des Whistleblowing-Schutzes dürfte die Schaffung eines Sondergesetzes darstellen. Zu diesem Schluss gelangte bereits LEDERGERBER.<sup>853</sup> Das neuste und für die Schweiz interessanteste Beispiel für ein solches Gesetz stellt die EU-Richtlinie 2019/1937 vom 23. Oktober 2019 *zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden* (hiernach: *WB-Richtlinie*), dar.<sup>854</sup> Nachfolgend werden deren Inhalte resümiert.

##### a. Zur WB-Richtlinie

- 503 Die *WB-Richtlinie* anerkennt in den dazugehörigen Erwägungen der Kommission, dass Whistleblower:innen durch ihre Meldungen entscheidend dazu beitragen, Verstöße gegen das Unionsrecht aufzudecken und zu unterbinden. Jene Verstöße würden dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung des Unionsrechts regelmäßig zuwiderlaufen. Allerdings würden viele Whistleblower:innen aktuell aus Angst vor Repressalien vor einer (Verdachts-) Meldung zurückschrecken. Zumal sich Whistleblower:innen in der privilegierten Position befänden, Schwächen in der Rechtsdurchsetzung festzustellen und ans Licht zu bringen, müssten sie durch Schaffung effektiver, vertraulicher und sicherer Meldekanäle wirksam vor Repressalien geschützt werden. Daher sollen mittels der *WB-Richtlinie* gemeinsame «*Mindeststandards zur Gewährleistung eines wirksamen Hinweisgeber-schutzes in Rechtsakten und Politikbereichen*»<sup>855</sup> geschaffen werden. Besagte Mindeststandards sollen Schutz vor *zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlicher Haftung* bieten.
- 504 Die *WB-Richtlinie* umfasst 29 Artikel, wobei für die vorliegenden Betrachtungen die nachfolgenden Normen und Inhalte von Bedeutung sind:<sup>856</sup>

---

853 LEDERGERBER, 237. Zu ihrem Gesetzesvorschlag siehe LEDERGERBER, 238. Zu einem ähnlichen Schluss gelangte wohl auch IMBACH, 362.

854 Die Mitgliedstaaten hätten die Richtlinie bis zum 17. Dezember 2021 umsetzen müssen. Dies ist beispielsweise in Deutschland jedoch bisher nicht gelungen. Zum Status der Umsetzung siehe <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX:32019L1937&qid=1651238354610>> (29. April 2022). Frankreich kannte mit dem *Sapin II* seit dem Jahr 2016 bereits ein nationales Gesetz mit ähnlichen Regelungsinhalten. Vgl. hierzu etwa QUERENET-HAHN/KETTENBERGER, 558 f. m. w. H.

855 EU-Richtlinie 2019/1937 E. 5.

856 Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen EU-Richtlinie 2019/1937 Art. 4–24.



Einleitend ist festzuhalten, dass der persönliche Anwendungsbereich in Art. 4 weit gefasst ist. So erstreckt sich dieser nicht nur auf (ehemalige) Arbeitnehmer:innen, Beamtinnen und Beamte, Selbstständige, Anteilseigner:innen (inklusive Verwaltungs- oder Aufsichtsratsmitglieder), Auftragnehmer:innen und Lieferantinnen und Lieferanten, sondern auch auf Mittler:innen, natürliche Personen, die mit den Hinweisgebenden in Verbindung stehen «und in einem beruflichen Kontext Repressalien erleiden könnten», sowie juristische Personen, mit denen Hinweisgeber:innen «in einem beruflichen Kontext» in Verbindung stehen. Kurzum: Auf Kolleginnen und Kollegen oder Verwandte der Hinweisgeber:innen, deren Firmen oder Arbeitgeber:innen. Als Mittler:innen werden gemäß Art. 5 natürliche Personen verstanden, «die einen Hinweisgeber bei dem Meldeverfahren in einem beruflichen Kontext unterstütz[en] und de[r]en Unterstützung vertraulich sein sollte».

Ferner sind in demselben Artikel unter anderem definiert, was Verstöße und was Informationen über Verstöße im Sinne des Gesetzes konstituiert. Erstere sind: *Handlungen und Unterlassungen, die i) rechtswidrig sind [...], oder ii) dem Ziel oder dem Zweck der Vorschriften der Rechtsakte der Union [...] zuwiderlaufen.* Als Informationen über Verstöße werden sodann definiert: «*Informationen, einschließlich begründeter Verdachtsmomente, in Bezug auf tatsächliche oder potenzielle Verstöße, die in der Organisation, in der der Hinweisgeber tätig ist oder war, oder in einer anderen Organisation, mit der der Hinweisgeber aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit im Kontakt steht oder stand, bereits begangen wurden oder sehr wahrscheinlich erfolgen werden, sowie in Bezug auf Versuche der Verschleierung solcher Verstöße.*» Erfasst sind also neben den illegalen sinnigerweise Sachverhalte, die sich nicht zugetragen haben und in denen somit die Schwelle zur Illegalität (meist) noch nicht überschritten wurde.<sup>857</sup>

Art. 6 hält ferner die Voraussetzungen für den Schutzanspruch von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern fest. Gemäß Abs. 1 besteht ein entsprechender Anspruch nur, sofern Hinweisgeber:innen a) *hinreichenden Grund zur Annahme hatten, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprachen und dass diese Informationen in den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen, und b) sie intern [...] oder extern [...] Meldung erstattet oder eine Offenlegung [...] vorgenommen haben.* Pseudo-Whistleblowing im Sinne dieser Arbeit wäre von

857 Zum präventiven Charakter von Whistleblowing siehe 238.

lit. a mithin nicht erfasst. Ferner ergeben sich aus lit. b die Meldestellen, die im Folgenden genauer definiert werden. In Abs. 2 wird auch die Behandlung anonymer Meldungen implizit befürwortet, wobei diesbezüglich die Entscheidung über die Rezeption den Mitgliedstaaten überlassen wird.

- 508 Die Folgeartikel befassen sich mit der Einrichtung *interner* (Art. 7–9) und *externer* (Art. 10–13) *Meldekanäle* sowie der *Offenlegung* von Informationen im Sinne einer Veröffentlichung (Art. 15). Anders als beispielsweise im Entwurf zur Teilrevision OR<sup>858</sup> ergibt sich aus dem Wortlaut der *WB-Richtlinie* keine klare Kaskadierung des Meldewegs. Die interne oder externe Meldung wird mehr oder minder gleichgestellt, mit den Vorbehalten, dass die Richtlinie in Art. 7 II (zur internen Meldung) festhält: «Die Mitgliedstaaten setzen sich dafür ein, dass die Meldung über interne Meldekanäle gegenüber der Meldung über externe Meldekanäle in den Fällen **bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet**»<sup>859</sup>, und die Richtlinie in Art. 10 (zur externen Meldung) bestimmt, dass Hinweisgeber:innen, «nachdem sie zuerst über interne Meldekanäle Meldung erstattet haben, oder [...] direkt über externe Meldekanäle Meldung erstatten». Eine direkte externe Meldung ist demnach möglich und im Grunde sind die beiden Meldekanäle einander gleichgestellt. Dennoch erschließt sich aus dem Zusammenhang eine klare Präferenz hin zur internen Meldung. Hierfür spricht auch, dass die *Offenlegung* insofern als *Ultima Ratio* ausgestaltet ist, als eine solche im Grundsatz nur geschützt wird, wenn vorgängig mindestens eine externe Meldung im Sinne des Gesetzes gemacht wurde (Art. 15 I a. *e contrario*). Nur ausnahmsweise, wenn auf ergangene interne oder externe Meldungen nicht reagiert wurde oder wenn hinreichender Grund zur Annahme besteht, dass es eine Notsituation oder die Gefahr eines irreversiblen Schadens abzuwenden oder beispielsweise eine Verdunkelungsgefahr vorzubeugen gilt, ist eine unmittelbare Offenlegung durch die Richtlinie geschützt (Art. 15 I). Nach Möglichkeit ist in der Mehrheit der Fälle erst intern und/oder extern Meldung zu erstatten. Wie im 1. Kapitel der vorliegenden Arbeit gezeigt, entspricht dies dem normalen Meldeverhalten der Whistleblower:innen.<sup>860</sup>
- 509 In Art. 8 und II ist ferner eine *Pflicht zur Einrichtung (interner und externer) Meldekanäle* normiert – in den jeweiligen Folgeartikeln das *Verfahren*

---

858 Vgl. hierzu 482 ff.

859 Hervorhebung durch den Autor.

860 Vgl. hierzu 67 ff.

für Meldungen und Folgemaßnahmen. Aus Art. 8 (zum internen Meldekanal) ergibt sich unter anderem, dass juristische Personen des privaten Sektors ab 50 Mitarbeitenden eine Meldestelle einrichten müssen (Abs. 3) – wobei der als «intern» bezeichnete Kanal extern durch eine:n Dritte:n betrieben werden kann (Abs. 5). Beauftragt ein Unternehmen folglich beispielsweise eine Advokatur mit der Entgegennahme von Meldungen, wäre im Sinne des Gesetzes von einer *internen* Meldung oder besser einer Meldung an einen *internen Meldekanal* auszugehen. Den Mitgliedstaaten ist es weiter unbenommen, auch kleinere Unternehmen des privaten Sektors gemessen an dem von ihnen ausgehenden Risiko zur Einrichtung interner Meldekanäle zu verpflichten (Abs. 7). Juristische Personen des öffentlichen Sektors sind *uneingeschränkt* zur Einrichtung eines Meldekanals verpflichtet (Abs. 9). Als externe Meldekanäle im Sinne des Gesetzes sind (staatliche) Behörden zu benennen (Art. II Abs. 1).

Für beide Meldekanäle gilt weiter, dass sie den Eingang einer Meldung 510 innerhalb von sieben Tagen zu bestätigen und innerhalb einer Frist von maximal drei Monaten zu behandeln haben. Innerhalb dieser Frist ist den Meldenden unter anderem mitzuteilen, welche Folgemaßnahmen ergriffen wurden (Art. 9 Abs. 1 lit. b und f sowie Art. II Abs. 2 lit. b und d). Die jeweiligen Meldestellen müssen Meldungen schriftlich sowie mündlich entgegennehmen, wobei letztere Meldungen (auf Wunsch) anlässlich einer physischen Zusammenkunft (innerhalb einer nützlichen Frist) und/oder «*per Telefon oder mittels einer anderen Art der Sprachübermittlung*» möglich sein müssen (Art. 9 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2). Die Meldekanäle sind ferner so einzurichten und zu betreiben, «*dass die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers und Dritter, die in der Meldung erwähnt werden, gewahrt [...] und nicht befugten Mitarbeitern der Zugriff darauf verwehrt bleibt*» (Art. 9 Abs. 1 lit. a sowie Art. 12 Abs. 1 lit. a in ähnlichem Wortlaut).

Weiter enthält die Richtlinie *Vorschriften* zum Umgang mit und zur Aufbe- 511  
 wahrung von internen und externen Meldungen (Art. 16–18). Erwähnenswert scheint hier das *Vertraulichkeitsgebot* (Art. 16). Dieses sieht im Grundsatz vor, dass die Identität der Hinweisgeber:innen «*ohne de[r]en ausdrückliche Zustimmung keinen anderen Personen als gegenüber den befugten Mitarbeitern [...] offengelegt wird*». Dasselbe gilt für Informationen, aus denen sich die Identität direkt oder indirekt ableiten ließe (Art. 16 Abs. 1). Von diesem Grundsatz darf abgewichen werden, wenn die Offenlegung beispielsweise zur Wahrung der Verteidigungsrechte der angeschuldigten Personen (während eines Gerichtsverfahrens) als «*notwendige und verhält-*

nismäßige Pflicht» geboten scheint (Abs. 2). In diesem Fall sind die Hinweisgeber:innen im Regelfall über die Offenlegung ihrer Identität *vorgängig* zu unterrichten, «*es sei denn, diese Unterrichtung würde die entsprechenden Untersuchungen oder Gerichtsverfahren gefährden*» (Abs. 3). Es kann also festgehalten werden, dass die Richtlinie nicht (zwingend) auf die Einrichtung moderner IT-Plattformen setzt, wie sie in einem vorangegangenen Teil der Arbeit thematisiert wurden,<sup>861</sup> solange die Vertraulichkeit in anderer Weise gewährleistet ist.

512 Erwähnenswert sind schließlich die *Schutzmaßnahmen* in Kapitel IV (Art. 19–23). Art. 19 sieht einleitend ein *Verbot von Repressalien* gegen Whistleblower:innen vor. Die Norm enthält eine – nicht abschließende<sup>862</sup>, aber umfassende – Auflistung möglicher Repressalien, als da wären:

- a) *Suspendierung, Kündigung oder vergleichbare Maßnahmen;*
- b) *Herabstufung oder Versagung einer Beförderung;*
- c) *Aufgabenverlagerung, Änderung des Arbeitsortes, Gehaltsminderung, Änderung der Arbeitszeit;*
- d) *Versagung der Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen;*
- e) *negative Leistungsbeurteilung oder Ausstellung eines schlechten Arbeitszeugnisses;*
- f) *Disziplinarmaßnahme, Rüge oder sonstige Sanktion einschließlich finanzieller Sanktionen;*
- g) *Nötigung, Einschüchterung, Mobbing oder Ausgrenzung;*
- h) *Diskriminierung, benachteiligende oder ungleiche Behandlung;*
- i) *Nichtumwandlung eines befristeten Arbeitsvertrags in einen unbefristeten Arbeitsvertrag in Fällen, in denen der Arbeitnehmer zu Recht erwarten durfte, einen unbefristeten Arbeitsvertrag angeboten zu bekommen;*
- j) *Nichtverlängerung oder vorzeitige Beendigung eines befristeten Arbeitsvertrags;*
- k) *Schädigung (einschließlich Rufschädigung), insbesondere in den sozialen Medien, oder Herbeiführung finanzieller Verluste (einschließlich Auftrags- oder Einnahmeverluste);*
- l) *Erfassung des Hinweisgebers auf einer «schwarzen Liste» auf Basis einer informellen oder formellen sektor- oder branchenspezifischen Vereinba-*

---

861 Vgl. 49 f.

862 Der Gesetzestext besagt: «[...] dies schließt **insbesondere** folgende Repressalien ein: [...]» (Hervorhebung durch den Autor).

*rung mit der Folge, dass der Hinweisgeber sektor- oder branchenweit keine Beschäftigung mehr findet;*

- m)  *vorzeitige Kündigung oder Aufhebung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen;*
- n)  *Entzug einer Lizenz oder einer Genehmigung;*
- o)  *psychiatrische oder ärztliche Überweisungen.*

Art. 21 sieht des Weiteren *Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien* vor. 513  
Hervorzuheben sind für die vorliegende Betrachtung auszugsweise Abs. 2, 3, 5 und 7:

2. *[...] Personen, die nach dieser Richtlinie Informationen über Verstöße melden oder offenlegen, [gelten] nicht als Personen, die eine Offenlegungsbeschränkung verletzt haben, und sie können für eine solche Meldung oder Offenlegung in keiner Weise haftbar gemacht werden, sofern sie hinreichenden Grund zu der Annahme hatten, dass die Meldung oder Offenlegung der Information notwendig war, um einen Verstoß gemäß dieser Richtlinie aufzudecken.*
3. *Hinweisgeber können nicht für die Beschaffung der oder den Zugriff auf Informationen, die gemeldet oder offengelegt wurden, haftbar gemacht werden, sofern die Beschaffung oder der Zugriff nicht als solche [beziehungsweise] solcher eine eigenständige Straftat dargestellt haben. [...]*
4. *[...]*
5. *In Verfahren vor einem Gericht oder einer anderen Behörde, die sich auf eine vom Hinweisgeber erlittene Benachteiligung beziehen und in denen der Hinweisgeber geltend macht, diese Benachteiligung infolge seiner Meldung oder der Offenlegung erlitten zu haben, wird vermutet, dass die Benachteiligung eine Repressalie für die Meldung oder Offenlegung war. In diesen Fällen obliegt es der Person, die die benachteiligende Maßnahme ergriffen hat, zu beweisen, dass diese Maßnahme auf hinreichend gerechtfertigten Gründen basierte.*
6. *[...]*
7. *In Gerichtsverfahren, einschließlich privatrechtlicher, öffentlich-rechtlicher oder arbeitsrechtlicher Gerichtsverfahren wegen Verleumdung, Verletzung des Urheberrechts, Verletzung der Geheimhaltungspflicht, Verstoßes gegen Datenschutzvorschriften, Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen sowie Schadensersatzverfahren, können die in Artikel 4 genannten Personen aufgrund von Meldungen oder von Offenlegungen im Einklang mit dieser Richtlinie in keiner Weise haftbar gemacht werden. [...]*

- 514 Wie besprochen,<sup>863</sup> weisen die Bestimmungen unter anderem darauf hin, dass eine strafrechtliche Verfolgung von Whistleblowing (weitestgehend) zu unterbleiben hat. Wenngleich im Wortlaut von einer *Haftbarmachung* die Rede ist, inkludiert die Formulierung nicht ausschließlich eine Haftung im zivilrechtlichen Sinne. Dies ergibt sich auch aus den legislatorischen Erwägungen zum Artikel. Dort wird unter anderem explizit erwogen, dass man sich *nicht* auf rechtliche oder vertragliche Pflichten des Einzelnen (beispielsweise Loyalitäts-, Vertraulichkeits- oder Geheimhaltungspflichten) stützen dürfe, «um die Möglichkeit einer Meldung auszuschließen, Hinweisgebern den Schutz zu versagen oder sie für die Meldung von Informationen über Verstöße oder eine Offenlegung mit Sanktionen zu belegen, wenn die Weitergabe [...] notwendig ist, um den Verstoß aufzudecken».<sup>864</sup> Ferner bleibt eine strafrechtliche Verfolgung illegaler Informationsbeschaffung (etwa mithilfe von *Hacking*) vorbehalten.
- 515 Schließlich sieht Art. 23 Abs.1 Sanktionen für natürliche und juristische Personen vor, die a) Meldungen behindern oder zu behindern suchen; b) Repressalien [...] ergreifen; c) mutwillige Gerichtsverfahren [...] anstrengen; d) gegen das Vertraulichkeitsgebot aus Art. 16 verstoßen, aber auch gegen Pseudo-Whistleblower:innen, «denen nachgewiesen wird, dass sie wissentlich falsche Informationen gemeldet oder offengelegt haben» (Abs. 2).

## b. Kritik

- 516 Gewisse Autoren merken betreffend die *WB-Richtlinie* kritisch an, dass der EU weniger am Schutz der Whistleblower:innen, als an deren *Instrumentalisierung* zum Zwecke der «Effektuierung der Unionsrechtsdurchsetzung» gelegen habe.<sup>865</sup> KONOPATSCHE<sup>866</sup> kritisiert weiter, dass die Positivierung eines (vorzüglich) internen Meldewegs<sup>867</sup> aus arbeitsrechtlicher Sicht zwar durchaus nachvollziehbar erscheine, als Instrument der Strafrechtsdurchsetzung indes kritisch zu würdigen sei, da (fehlbaren) Unternehmen auf diese Weise *de facto* die Möglichkeit eingeräumt wird, sozusagen am

---

863 Vgl. 496 f.

864 EU-Richtlinie 2019/1937 E. 91 f.

865 KONOPATSCHE, Whistleblowing Österreich, 155 m. w. H.; ähnlich MEYER, 323 m. w. H.

866 Vgl. zum Ganzen KONOPATSCHE, Whistleblowing Österreich, 156 f. m. w. H.

867 Wie dies anhand einer Kaskadierung des Meldeweges etwa auch bei der geplanten Teilrevision des Obligationenrechts der Fall gewesen wäre, vgl. 482 ff.

Staat (und damit am öffentlichen Interesse) vorbei darüber zu entscheiden, welche Informationen überhaupt nach außen dringen. Mit Letzterem wäre demnach nur ausnahmsweise und ausschließlich zu rechnen, «wenn es dem Unternehmensinteresse dienlich erscheint»<sup>868</sup>, was gerade dann nicht sachgerecht sei, wenn eine allfällige Strafbarkeit des Unternehmens im Raum stehe. «Unternehmerische Normbefolgung, Selbststeuerung und Selbstreinigung folgen demnach nahezu ausschließlich ökonomischer Logik und gewinnorientiertem Kalkül.»<sup>869</sup>

Unter diesem Blickwinkel seien internes und externes Whistleblowing 517 weniger als sich gegenseitig ergänzende denn als konkurrierende Konzepte zu verstehen, so KONOPATSCH weiter.<sup>870</sup> Und dennoch müsse konstatiert werden, dass interne Whistleblowing-Plattformen einen kaum umkehrbaren Bedeutungszuwachs erfahren haben. Dies auch und gerade dank der *WB-Richtlinie*, die diesen Trend zementiert habe, indem sie für Unternehmen einer gewissen Größe Vorgaben betreffend Schaffung interner Meldekanäle und -verfahren vorsehe.<sup>871</sup>

Fraglich sei hingegen, ob auch was externes Whistleblowing 518 anbelangt, ein entsprechend positiver Trend festzustellen sei. Dies werde insbesondere dadurch erschwert, dass es sich bei Whistleblowing einerseits um ein *vielschichtiges, mannigfaltiges und inhomogenes Phänomen* handelt, betreffend dessen andererseits keine einheitliche Definition besteht.<sup>872</sup> Für Österreich gelangt KONOPATSCH schließlich zur Erkenntnis, dass mit Blick auf Whistleblowing einzig ein *fragmentarischer* und *defizitärer* Schutz bestehe, externe Whistleblower:innen jedoch weniger Gefahr laufen, strafrechtlich verfolgt zu werden, als sich zivil- und arbeitsrechtlichen Haftungsrisiken auszusetzen. Darüber hinaus empfiehlt auch sie, die anstehende Umsetzung

868 KONOPATSCH, Whistleblowing Österreich, 157.

869 KONOPATSCH, Whistleblowing Österreich, 157. Bereits MEYER hält fest, dass es naheliege, ein internes Hinweissystem «gesetzlich vorzuschreiben und mit Anreizen wie Strafmilderung oder Zurechnungsausschlüssen zu versüßen» – das interne System dürfe aber nicht auf Kosten eines externen Meldekanals gehen, denn es könne «kaum dem (mutmaßlichen Straftäter oder seinem Arbeitgeber überlassen bleiben, ob der Staat [und damit die Strafverfolgungsbehörden] Kenntnis von möglichen Rechtsverletzungen erhält». MEYER, 328.

870 Vgl. KONOPATSCH, Whistleblowing Österreich, 157 m. w. H.

871 Vgl. KONOPATSCH, Whistleblowing Österreich, 160.

872 Vgl. zum Ganzen KONOPATSCH, Whistleblowing Österreich, 160 f. m. w. H. Zum Facettenreichtum des Phänomens sowie dem Problem der rechtlichen Definition von Whistleblowing vgl. 180 ff. – zur hier erarbeiteten Definition vgl. 301 ff.

der *WB-Richtlinie* zum Anlass zu nehmen, die in der Rechtsordnung verstreut bestehenden Bestimmungen zugunsten eines neu zu schaffenden Whistleblowing-Gesetzes aufzuheben.<sup>873</sup>

c. Stellungnahme

- 519 Die *WB-Richtlinie* exemplifiziert, wie anhand weniger materiell-rechtlicher Bestimmungen eine umfassende und effektive Verbesserung des Whistleblowing-Schutzes erreicht werden kann. Zwar entbehren die oben genannten kritischen Argumente nicht einer gewissen Wahrheit. Tatsächlich würde man durch die ausschließliche Einführung interner Meldesysteme den fehlbaren Unternehmen Hand bieten, ihre respektive die Verfehlungen ihrer Angestellten zu verschleiern, was aus strafrechtlicher Perspektive nicht zu begrüßen wäre. Relativierend ist indes anzumerken, dass es, wie gezeigt, bereits unter der aktuellen Rechtslage möglich scheint, bestehende Missstände unter den sprichwörtlichen Teppich zu kehren.<sup>874</sup> Ferner sieht die *WB-Richtlinie* – ähnlich wie die ursprünglich geplante Teilrevision OR – nicht bloß die Einrichtung interner Whistleblowing-Stellen vor. Die EU begegnet dem Problem in ihrem Vorschlag mit den strikten Regelungen betreffend die Rückmeldung an die Whistleblower im Zusammenspiel mit den diesbezüglichen Strafbestimmungen. Diese werden das Verschleiernsproblem zwar nicht gänzlich auszuräumen vermögen. Sie versprechen aber immerhin eine Erschwerung.

---

873 KONOPATSCH, Whistleblowing Österreich, 182. Zu diesem Schluss gelangt auch MEYER. Er hält fest, dass die Mitgliedsstaaten den Vorschlag als Chance verstehen sollten, «*die unbefriedigende Rechtslage in vielen Rechtsordnungen zu beseitigen*», wobei er ferner vorschlägt, dabei «*nicht bei der Verletzung des Unionsrechts stehen zu bleiben*», könne die *WB-Richtlinie* als Blaupause dienen, nach der sich eine umfassende nationale Regelung friktionsfrei modellieren lasse. MEYER, 332.

874 Vgl. etwa die Ausführungen zur Schwierigkeit der Aufklärung von Korruptionsdelikten unter 52 ff. Im Weiteren ergibt sich das aus der rechtlichen Stellung von Whistleblowerinnen und Whistleblowern *de lege lata*. Vgl. hierzu 305 ff.



## 5. Zur Schuldausschlusslösung

Der Vollständigkeit halber ist kurz auch auf die Möglichkeit einer entschuldigen Lösungsvariante einzugehen.<sup>875</sup> So wäre es denkbar, die Strafbarkeit von Whistleblowing nicht wie bisher erörtert auf Tatbestands- oder Rechtswidrigkeits-, sondern erst auf Schuldebene auszuschließen. Diese Variante könnte – gerade im legislatorischen Prozess und namentlich aus den Lagern, die Whistleblowing kritisch gegenüberstehen, – als Lösung vorgeschlagen werden, um am Geheimnisschutz und den bestehenden Rechtfertigungsgründen nichts ändern zu müssen. Ein Schuldausschluss könnte auf Grundlage von StGB 52 erfolgen.<sup>876</sup> Die Bestimmung sieht vor, dass die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung absehen, wenn Schuld und Tatfolgen geringfügig sind. 520

Tatsächlich ist eine solche Lösung nach dem Gesagten jedoch gleich aus drei Gründen abzulehnen. Erstens ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung, dass diese nur höchst selten zur Anwendung kommen kann, bedarf es eines *kumulativen* Vorliegens der konstitutiven Voraussetzungen.<sup>877</sup> Wenn also beispielsweise nicht absolut belanglose Geheimnisse nahezu unverschuldet offenbart werden, kann die Strafbefreiung nach StGB 52 nicht gelingen. Dass dies auf die allermeisten Fälle von Whistleblowing zutreffen muss, erschließt sich bereits aus dem Blick auf die inländische Kasuistik.<sup>878</sup> Zweitens würde eine Schuldausschlusslösung in der Praxis regelmäßig dazu führen, dass gegen Whistleblower:innen ein Strafverfahren eröffnet wird, diese an Verfahrenshandlungen als Beschuldigte teilnehmen und verteidigt werden müssen. Im Regelfall würde *in dubio pro duriore* ein Strafbefehl ergehen,<sup>879</sup> den sie anzufechten hätten, um schließlich anlässlich einer Gerichtsverhandlung (bestenfalls) freigesprochen zu werden. Die Lösung verursacht mithin zum einen hohe Kosten und verspricht die aktuelle Situation der Whistleblower:innen zum ändern 521

875 Besten Dank an die Referenten meines Kolloquiums für den sachdienlichen Hinweis.

876 Die Schaffung einer Sonderregelung einmal vorbehalten.

877 Vgl. hierzu statt vieler RIKLIN, BSK StGB 52 N 19 ff.

878 Ein Schuldausschluss wurde vonseiten der Strafverfolgungsbehörden nie gewährt, so ein solcher überhaupt erst erwogen wurde, vgl. 107.

879 Die Staatsanwaltschaften schliessen in der Praxis höchst selten von sich aus auf das Vorliegen eines Schuldausschlussgrundes, da sie diese Verantwortung vornehmlich den Gerichten überantworten wollen.

kaum zu lindern – die hemmende Wirkung<sup>880</sup> bestünde fort. Und drittens handelt es sich bei Whistleblowing, wie gezeigt, um schutzwürdiges Verhalten.<sup>881</sup> Eine Schuldausschlusslösung würde hingegen bedeuten, dass Whistleblowing (weiterhin) ein tatbestandliches und rechtswidriges Verhalten darstellte und somit ein strafrechtliches Unrecht konstituierte, was wiederum die grundsätzliche *Strafwürdigkeit* des Verhaltens indizierte. Eine solche Wertung steht den Erkenntnissen aus dieser Arbeit diametral entgegen und ist damit abzulehnen.

### B. Fazit

- 522 In Anbetracht aller vorgeschlagenen Lösungsvarianten ist zu konstatieren, dass nicht alle eine in gleichem Maße taugliche Verbesserung der heutigen Rechtslage verheißen. So bergen die *Tatbestandslösung*<sup>882</sup> (wenigstens in der Variante des *Neudenkens*) und die *Anpassung der außergesetzlichen Rechtfertigung*<sup>883</sup> beide das praktische Problem, dass die Verbesserung der aktuellen Situation hauptsächlich dem Bundesgericht überantwortet wird – ohne Möglichkeit der selbstständigen Einflussnahme (beispielsweise durch legislatorische Initiative oder politisches Engagement). Hinzu kommt, dass die außergesetzliche Rechtfertigung für die Gerichte ein Problem im Hinblick auf die Gewaltenteilung darstellt. Gerade die zweite Variante der Anpassung der außergesetzlichen Rechtfertigung ist daher kaum erstrebenswert. Ganz abzulehnen ist ferner eine *Schuldausschlusslösung*<sup>884</sup>, da diese Whistleblowing zu Unrecht (weiterhin) als grundsätzlich strafwürdiges Verhalten bewerten würde und eine Strafbefreiung auf Grundlage des aktuellen StGB 52 aufgrund der zu restriktiven Voraussetzungen regelmäßig scheitern dürfe.
- 523 Was die (strafrechtliche) *Rechtfertigung von Whistleblowing*<sup>885</sup> angeht, ist weiter zu konstatieren, dass mithilfe spezieller Rechtfertigungsnormen der präziseste i. S. v. *zielgerichtetste* Schutz gelingen würde, in Bezug auf das

---

880 Vgl. 108 f.

881 Vgl. 22 ff. Gemäß der entwickelten Definition sogar in allen Fällen – ist *Pseudo-Whistleblowing* denn bereits ausgenommen; vgl. 301 ff.

882 Vgl. 465 ff.

883 Vgl. 474 ff.

884 Vgl. 520 f.

885 Vgl. 481 ff.

Gesamtphänomen *Whistleblowing* indes wahrlich nicht der umfassendste. Wollte man stattdessen alle mit dem Phänomen einhergehenden Probleme lösen, drängte sich die *Ausarbeitung eines Gesetzes*<sup>886</sup> als effektivste Lösung auf.

Alle der vorgeschlagenen Lösungen setzen bis zu einem gewissen 524 Grad eine rechtspolitische Neuorientierung voraus. Speziell die erste<sup>887</sup>, tatbestandsausschließende, aber auch die umfassende, vierte Lösung fordern nichts weniger als eine Wende um 180 Grad: weg vom aktuellen, ablehnenden Verständnis, hin zu einer Haltung, die *Whistleblowing* als eine im Regelfall erlaubte – da wünschenswerte – Handlung ansieht.

Nachfolgend sind die erstrebenswertesten Lösungsvarianten des Gesetzes- 525 entwurfs sowie der Neuorientierung weiterzuentwickeln.

---

886 Vgl. 502 ff.

887 Wie auch von LEITE, wenn auch nur indirekt, attestiert.



## II. Lösungsvorschläge

Wie aus den vorangegangenen Ausführungen hervorgeht, drängen sich 526 vorliegend zwei Lösungsvarianten auf: zum einen die Ausarbeitung eines Whistleblowing-Gesetzes respektive umfassender Schutznormen, die einen hinreichenden Whistleblowing-Schutz in allen Belangen bieten. Das kann als *Maximallösung* bezeichnet werden. Zum andern böte es sich alternativ an, zur Entschärfung der strafrechtlichen Konsequenzen von Whistleblowing die tatbestandsausschließende Lösung des *Neudefinierens*<sup>888</sup> des Geheimnisbegriffs als *Minimallösung* zu entwickeln.

### A. Zur Maximallösung

In Anlehnung an die *WB-Richtlinie* der EU könnte in der Schweiz ein 527 Whistleblowing-Gesetz entwickelt werden. Wirtschaftspolitisch gesehen spräche hierfür, dass Personal von Unternehmen, das allein in der Schweiz tätig ist, auf diese Weise derselbe Schutz zukäme wie im umliegenden Ausland. Das wäre einerseits in Hinsicht auf die Freizügigkeit wünschenswert und würde andererseits die Attraktivität von Schweizer Unternehmen im internationalen Wettbewerb stärken. Im Falle international agierender Unternehmen mit Geschäftsstellen im In- und Ausland dürfte die Umsetzung der *WB-Richtlinie* wenigstens vereinzelt in der Schweiz Wirkung zeitigen. Auf Basis der resümierten Normen aus der *WB-Richtlinie* sowie unter Berücksichtigung der hier erarbeiteten Definition für Whistleblowing können exemplarisch folgende Schutznormen formuliert werden:

*Art. 1* 528

<sup>1</sup> *Whistleblowing ist das Alarmieren Dritter bezüglich illegalen oder illegitimen Verhaltens.*

<sup>2</sup> *Eine besondere Stellung oder Motivlage wird nicht vorausgesetzt.*

Bezüglich die Ausklammerung der Falschmeldungen im Sinne von *Pseudo-* 529 Whistleblowing kann auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden, nach denen eben dieses *kein illegales oder illegitimes Verhalten*

---

888 Vgl. hierzu 465 ff.

anzeigt und daher nicht tatbestandlich wäre. Alternativ könnte – wie in der *WB-Richtlinie* geschehen – das Handeln in gutem Glauben explizit vorausgesetzt werden.

530 Art. 2

<sup>1</sup> *Juristische Personen mit mehr als 50 Angestellten, Berufsverbände sowie kantonale und kommunale Behörden sind verpflichtet, eine interne Meldestelle zu unterhalten. Sie können dabei die Dienste unabhängiger Dritter in Anspruch nehmen.*

<sup>2</sup> *Die Kantone bestimmen zudem externe Meldestellen.*

<sup>3</sup> *Meldungen müssen schriftlich oder mündlich entgegengenommen werden. Diese sind für mindestens zehn Jahre aufzubewahren.*

<sup>4</sup> *Die Identität der Whistleblower:innen sowie der Inhalt der Meldungen sind vertraulich zu behandeln.*

531 Ähnlich wie in der *WB-Richtlinie* sieht dieser Artikel eine Unternehmensgröße von 50 Angestellten vor, wobei sich eine niedrigere Zahl anbieten könnte. Zu berücksichtigen scheint lediglich, dass die Verpflichtung zur Einrichtung von Meldestellen als Einschränkung der Privatautonomie insofern verhältnismäßig ist, als sie in einem angemessenen Verhältnis zur Größe der Unternehmen und zum Ausmaß des Risikos ihrer Tätigkeit stehen sollte.<sup>889</sup> Daher die Ergänzung um eventuell bestehende Berufsverbände. Diese könnten gerade kleinen Unternehmen eine interne Meldestelle bieten, ohne die Unternehmen finanziell zu belasten. Im Zusammenspiel mit der Existenz von kantonalen Stellen (Abs. 2) dürften alle Meldungen behandelt werden können. Aus der Festsetzung einer Aufbewahrungsfrist ergibt sich implizit die Notwendigkeit, mündliche Meldungen zu verschriftlichen. Im Zuge der Digitalisierung dürften Hinweise zunehmend digital aufbewahrt werden, zumal sich Daten so wesentlich platzsparender und sicherer lagern lassen.

532 Art. 3

<sup>1</sup> *Whistleblower:innen sowie ihnen nahestehenden Personen dürfen infolge einer Meldung keinerlei Repressalien ausgesetzt werden.*

<sup>2</sup> *Wer Whistleblowing verhindert – namentlich, indem er gegen Whistleblower:innen Repressalien ergreift oder diese androht, gegen Whistleblower:innen mutwillig Gerichtsverfahren anstrengt oder auf andere Weise Whistleblowing behindert –, wird [...] bestraft.*

---

889 Ähnliche Erwägungen waren in der Ausarbeitung der *WB-Richtlinie* zu finden. Vgl. EU-Richtlinie 2019/1937 E. 48 ff.

So wie in der *WB-Richtlinie* erstreckt sich der Schutz nicht nur auf Whistleblower:innen. Ferner könnten die einzelnen Repressalien im Gesetz aufgeführt werden, wie in der *WB-Richtlinie* geschehen. In Ermangelung einer Aufzählung wäre es den Gerichten überlassen, den unbestimmten Rechtsbegriff angelegentlich der Rechtsanwendung genauer zu bestimmen. Die Versuchsstrafbarkeit ergibt sich aus dem Allgemeinen Teil des StGB (Art. 22) und bedarf keiner besonderen Erwähnung. Ähnliches gilt für die Verletzung des Vertraulichkeitsgebots in Art. 2 Abs. 4 beispielsweise mit Blick auf die im DSGVO enthaltenen Strafbestimmungen. 533

Würden diese drei Bestimmungen Teil der schweizerischen Rechtsordnung, ergäbe sich in Kombination mit StGB 14 eine Strafbefreiung<sup>890</sup> für Whistleblowing. Natürlich wäre es ebenfalls denkbar, dass sich Schutznormen einzig auf das Arbeitsrecht beschränkten, wie beispielsweise der behandelte Gesetzesentwurf zur Teilrevision OR vorsah. Entscheidend ist allein, dass Normen bestünden, die eine Meldung legalisierten. 534

Sollte sich die Legislative zur Ausarbeitung eines eigenständigen Gesetzes entscheiden, wären diesem – wie der Blick auf die *WB-Richtlinie* zeigt – gegebenenfalls weitere Normen und Inhalte hinzuzufügen: falls gewünscht, beispielsweise ein Kündigungsschutz, eine Kaskadierung der Meldewege oder ein Schutz für zusätzliche Personen; ferner genauere Bestimmungen darüber, wie die Meldestellen technisch funktionieren sollten (beispielsweise *ob* und, wenn ja, *welches* IT-System zu verwenden ist, wer dieses lizenziert und überprüft). 535

All dies hier detailliert auszulegen, ist für die strafrechtliche Betrachtung indes nicht relevant. Die oben entwickelten Inhalte würden, wie gesagt, ausreichen, einen grundlegenden Schutz zu gewährleisten. Sosehr den Whistleblowerinnen und Whistleblowern die Einführung eines Whistleblowing-Gesetzes oder vergleichbarer Schutznormen zu wünschen wäre, so sehr scheint es doch utopisch, dass eine solch «radikale» Lösung in der Schweiz aktuell eine politische Mehrheit fände. Dies zeigt sich auch darin, dass die bisherigen legislatorischen Bemühungen allesamt ins Leere gelaufen sind, obschon diese weniger weitreichend gewesen wären.<sup>891</sup> 536

Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, als weitere Variante die Lösung des *Neudefinierens des Geheimnisbegriffs* zu entwickeln – eventuell im Zusammenspiel mit den bestehenden Möglichkeiten der Rechtfertigung 537

890 Vgl. 496 f.

891 Vgl. hierzu 482 ff.

im Sinne einer *hybriden Variante*. Dies in der Überlegung, dass dem Phänomen auf diese Weise wenigstens die sinnbildliche Spitze einer Strafverfolgung genommen würde.

B. Zur Minimallösung

- 538 Es gilt, nachfolgend eine Ergänzung der bestehenden gesetzlichen Regelungen vorzustellen, mithilfe derer man das *Gros (echten<sup>892</sup>) Whistleblowings<sup>893</sup>* bereits auf Tatbestandsebene von der Strafbarkeit ausnehmen kann – die übrigen Fälle auf der Ebene der Rechtswidrigkeit.
- 539 Wie erläutert,<sup>894</sup> bietet sich für Ersteres die Anknüpfung an den *materiellen Geheimnisbegriff* an. Auf diesem Wege käme Whistleblowerinnen und Whistleblowern hinsichtlich fast aller Tatbestände ein verbesserter Schutz zu.<sup>895</sup> Besonders das Element des *berechtigten Geheimhaltungsinteresses* wäre hierfür einzuschränken oder ganz zu überdenken.
- 540 Eingangs ist anzumerken, dass eine entsprechende Legaldefinition die Definition des *formellen Geheimnisbegriffs* nicht tangieren müsste – ist der Begriff des Geheimnisses im Wortlaut zu StGB 293 sowie 267 I. II doch nicht enthalten. Die Legaldefinition stünde demnach nicht im Widerspruch zum aktuellen Verständnis der Tatobjekte jener Bestimmungen.
- 541 Die Legaldefinition könnte sich an den bestehenden Voraussetzungen des *materiellen Geheimnisbegriffs<sup>896</sup>* orientieren. Insbesondere an der *relativen Unbekanntheit der Tatsache(n)* muss nichts geändert werden. Dieses ist selbsterklärend und ergibt Sinn – setzt doch eine geheime Tatsache schon vom Wortsinn her notwendig voraus, dass die Tatsache nicht allgemein bekannt ist. Die Übernahme der restlichen Elemente ist nachfolgend genauer zu prüfen.
- 542 Das zweite Element, dasjenige des *berechtigten Geheimhaltungsinteresses*, wäre dagegen durch die *Schutzwürdigkeit (der Tatsachen)* zu ersetzen. Dies auch und gerade angesichts der Einwände LEITES, nach denen auf

---

892 Zum Vorbehalt des *Pseudo-Whistleblowing* vgl. 410 ff.

893 Im Sinne der in dieser Arbeit entwickelten Definition; siehe 301 ff.

894 Vgl. zum Ganzen 309 ff., insbesondere 311 sowie 471.

895 Nur diejenigen Tatbestände, die an den *formellen Geheimnisbegriff* anknüpfen, würden von der Neuregelung nicht erfasst. Vgl. 308 sowie 333.

896 Vgl. zum Ganzen 309 ff., insbesondere 311.



Tatbestandsebene nicht bereits eine Interessenabwägung zu vollziehen sei. Die Frage nach dem Vorhandensein eines (*berechtigten*) *Interesses* aufseiten der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn lädt nicht nur zur Interessenabwägung ein, sie führt im Schrifttum teilweise zu einer derart weiten Auslegung des *berechtigten Interesses*, dass ein solches selbst angenommen wird, wo illegale Tatsachen vor einer Veröffentlichung geschützt werden sollen.<sup>897</sup> Dies scheint (mit wenigen Ausnahmen<sup>898</sup>) rechtsmissbräuchlich. Um diesem Mangel in der bestehenden Definition zu begegnen, ist auf Tatbestandsebene stattdessen vielmehr auf die *richterliche* Perspektive abzustellen, ob ein Tatbestandsmerkmal vorliegt. Mit anderen Worten ist für die Beurteilung, ob ein taugliches Tatobjekt (und darüber eventuell ein tatbestandliches Verhalten) gegeben ist, nicht die Perspektive des Opfers entscheidend, sondern die der Justiz. Das Element der *Schutzwürdigkeit der Tatsachen* trägt diesem Umstand Rechnung. Es ist zu fragen, ob die (unweigerlich bestehenden) Interessen der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn an der Geheimhaltung auch *dem Gericht* schutzwürdig erscheinen.

Zwecks Sicherstellung eines vernünftigen engen Anwendungsbereichs ist jene *Schutzwürdigkeit* zu definieren. Eine solche ist aus genannten Gründen hinsichtlich *illegaler Tatsachen* abzuspochen. Die Schutzwürdigkeit muss weiter regelmäßig auch betreffend *eindeutig illegitimer* Tatsachen entfallen.<sup>899</sup> Hiervon wäre beispielsweise auszugehen, wenn eine international tätige Firma auf legalem Wege im Ausland das Recht erlangt, Grundwasser abzupumpen, und dies in solch exzessivem Maße tut, dass die lokale Bevölkerung deswegen nachweislich Gefahr läuft, zu verdursten. Ein solches Verhalten dürfte den meisten Gerichten unzweifelhaft exzessiv und dessen Folgen mithin illegitim erscheinen.<sup>900</sup> Als Indiz könnte die (potenzielle) Empörung der Öffentlichkeit, ob dem Bekanntwerden<sup>901</sup> der Tatsachen dienen. Im weitesten Sinne könnte man sich dahingehend am (völker- und privatrechtlichen) Konzept des *ordre public*<sup>902</sup> orientieren. Und zwar des-

897 Vgl. zum Ganzen oben 468.

898 Vgl. hernach.

899 Zur Schutzwürdigkeit von illegitimem Verhalten vgl. insbesondere 238.

900 Wenn nicht den betroffenen Geheimnisherrinnen und -herrn – so doch wenigstens den allermeisten Rechtsgelehrten.

901 Gerade in diesen Fällen wird es zu Anzeigen wegen Geheimnisverrat kommen.

902 Zur aktuellen bundesgerichtlichen Definition vgl. beispielsweise BGE 141 III 312 E. 4.1.

halb, weil man den Geheimnisschutz grundsätzlich aussetzen würde, wo dieser «mit den hiesigen rechtlichen und ethischen Werturteilen schlechthin unvereinbar wäre».<sup>903</sup> Klar ist, dass sich im Spektrum zwischen Legitimität und Illegitimität verschiedene Grade der Schwere ausmachen lassen und nicht jeder potenziell illegitimen Tatsache der Rechtsschutz zu versagen ist. Denn umgekehrt birgt die Versagung eines Rechtsschutzes auf Tatbestandsebene bei geringfügiger Illegitimität der Tatsachen seinerseits ein gewisses Illegitimitätspotenzial. *In dubio* müssen gerade in diesen Fällen die widerstreitenden Interessen gegeneinander abgewogen werden. Dies hat im Einzelfall erst auf Ebene der Rechtswidrigkeit zu erfolgen.<sup>904</sup> Daher die Einschränkung des Spektrums der Illegitimität (außerhalb der Illegalität) auf klar illegitime Tatsachen.

- 544 Da das ursprüngliche Geheimhaltungsinteresse des (vermeintlichen) Opfers durch die objektive Perspektive der Schutzwürdigkeit der Tatsachen zu ersetzen ist, erübrigt sich auch die Übernahme des (*erkennbaren*) *Geheimhaltungswillens* der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn. Systematisch erscheint erstens fragwürdig, ob und inwiefern sich ein Voluntativ-element als objektives Kriterium eignet. Zweitens handeln Geheimnisverräter:innen im Besonderen und Straftäter:innen im Allgemeinen regelmäßig entgegen dem (mehr oder weniger klar erkennbaren) Willen ihrer Opfer – andernfalls würde eine (mutmaßliche) Einwilligung vorliegen. Darin liegt der unausgesprochene Grund für die Strafwürdigkeit des Täterverhaltens. Im Falle des StGB 162 ergibt sich dies ferner implizit aus der Formulierung im Gesetzeswortlaut. Mit der Übernahme des Kriteriums ist somit nichts gewonnen, weshalb darauf zu verzichten ist.
- 545 Konkret ließe sich die tatbestandsausschließende Lösung aufgrund obiger Erkenntnisse anhand folgender Ergänzung des StGB 110 realisieren:
- 546 <sup>8</sup> *Geheimnisse sind schutzwürdige Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind. Illegale oder klar illegitime Tatsachen sind nicht schutzwürdig.*
- 547 Wie angesprochen, wäre im Zweifelsfall die Interessenabwägung weiterhin auf die Rechtfertigungsebene zu verlegen. Um in diesem Zusammenhang Whistleblowerinnen und Whistleblowern ein echtes zweites «Netz» zu

---

903 Eine ähnliche Überlegung – wenn auch nur hinsichtlich der rechtlichen Aspekte – liegt beispielsweise der Bestimmung in StGB 5 II zugrunde.

904 Vgl. 547.

schaffen, wäre der außergesetzliche Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* gemäß den Ausführungen im vorangegangenen Kapitel<sup>905</sup> ferner in Abweichung von der aktuellen Praxis derart anzupassen, dass eine *nicht strikte* Subsidiarität und Proportionalität für die erfolgreiche Geltendmachung der rechtfertigenden Sachlage ausreicht. Auf diese Weise würde Whistleblowerinnen und Whistleblowern wenigstens in den Fällen eine Rechtfertigung gelingen können, in denen die Illegitimität der Tatsachen zwar nicht eindeutig ist, die Whistleblower:innen aber erst versucht hatten, verschiedenste interne und/oder externe Stellen auf den Missstand aufmerksam zu machen. Alle anderen Fälle wären wegen Geheimnisverrats zu verurteilen, wobei wie bisher eine verschuldensangemessene Strafe auszufallen wäre. Ein vernünftiger Schutz materieller Geheimnisse bliebe mithin bestehen.

Weiter würde das StGB mit Art. 13 eine angemessene Lösung für die Fälle bereithalten, in denen Whistleblower:innen über das Vorhandensein einer illegalen oder illegitimen Tatsache *irrteten*. Die Bestimmung regelt, dass Täter:innen gemäß ihrer Vorstellung zu bestrafen sind und ein unvermeidbarer Irrtum folglich zur Straflosigkeit führen müsste, während ein vermeidbarer Irrtum nur eine Verurteilung wegen fahrlässiger Begehung zeitigen kann, sofern eine solche unter Strafe gestellt ist. Schon heute sehen einige der vorgestellten Geheimnisverratstatbestände eine Strafbarkeit für die fahrlässige Begehung vor;<sup>906</sup> ein Irrtum wirkt daher nicht in jedem Falle strafbefreiend.<sup>907</sup> Falls die Legislative ferner eine Ausweitung der Strafbarkeit im Bereich der Fahrlässigkeit wünschen sollte – beispielsweise weil sie glaubt, Whistleblower:innen auf diesem Wege zu größerer Vorsicht vor der Bekanntmachung vermeintlich illegaler und illegitimer Tatsachen bewegen zu können,<sup>908</sup> wäre dies anhand entsprechender Gesetzesänderungen umsetzbar.

Zusätzlich sei erwähnt, dass die vorgeschlagene Lösung nicht von der prozeduralen Lösung der Einhaltung eines Meldeschemas (und der Einführung von Meldestellen) abhängig ist. Umgekehrt dürfte die Einführung eines solchen Absatzes aus rechtsökonomischer Sicht, aller Voraussicht nach,

905 Vgl. 450 ff.

906 Vgl. beispielsweise BankG 47 II oder RAG 40 II.

907 Allein dort, wo ein solcher unvermeidbar gewesen wäre; vgl. StGB 13.

908 Es ergibt sich aus der vorliegend ebenfalls erörterten Empirie zum Thema Whistleblowing, dass eine solche Vorsicht in aller Regel besteht und eine Verschärfung nicht notwendig erscheint.

den Effekt zeitigen, dass im Zuge der Relativierung des Geheimnisschutzes vermehrt Meldestellen eingerichtet würden, um das *Gros* potenzieller Bekanntmachungen unternehmensintern abzufangen. Diese Entwicklung wäre zumindest aus Sicht der Whistleblower:innen überaus begrüßenswert.

- 550 Warnend sei abschließend angemerkt, dass die vorgeschlagene Minimallösung den (materiellen) Geheimnisbegriff in allen Bestimmungen des Kern- sowie des Nebenstrafrechts gleichermaßen verändern würde, was vereinzelt neue Probleme zeitigen könnte.<sup>909</sup> Die potenziellen Effekte einer derartigen Gesetzesänderung wären vonseiten der Legislative mithin vorgängig im Einzelfall für jede Bestimmung zu prüfen und gegebenenfalls wären Ausnahmen vorzusehen.<sup>910</sup>

---

909 Etwa im Fall des Mordverdächtigen, der seiner Anwältin im Zwiegespräch und unter dem Schutz des Anwaltsgeheimnisses offenbart, er habe seine Ehefrau tatsächlich getötet. Zwar handelte es sich dabei sozusagen um eine *illegale Tatsache in Reinkultur*. Trotzdem wäre es in diesem Ausnahmefall nicht wünschenswert, jenes Geheimnis kraft gesetzlicher Fiktion für «*nicht schutzwürdig*» zu erklären, da dergestalt das Anwaltsgeheimnis in seiner grundlegenden Konzeption ausgehöhlt und gleichsam sinnentleert würde.

910 Alternativ könnte sich möglicherweise eine Erweiterung des vorgeschlagenen Gesetzestextes in Anlehnung an die Definition des *ordre public* anbieten. Etwa: «*Illegale oder klar illegitime Tatsachen sind nicht schutzwürdig, wenn deren Schutz mit den rechtlichen und ethischen Werturteilen schlechthin unvereinbar wäre.*» Dergestalt könnte beispielsweise das Anwaltsgeheimnis einerseits weiterhin Rechtsschutz genießen, während das beschriebene international tätige Unternehmen, das im Ausland Ressourcen ausbeutet, mit seinem Begehren um Geheimnisschutz andererseits klar vor die Tore des Rechts zu verweisen wäre.

## Zusammenfassung

Der Arbeit liegt die Forschungsfrage zugrunde, ob und wie Whistleblowing aus strafrechtlicher Sicht zu legitimieren wäre.<sup>911</sup> 551

Eingangs der Arbeit wurde der Teilfrage nach dem *Ob* nachgegangen. Im Rahmen der Ausführungen im ersten Kapitel konnten vier *Contra*-Argumente gegen Whistleblowing: das *Wirtschafts*-, das *Moral*- und das *Misbrauchsargument* sowie der *Anonymitätsvorbehalt*, weitgehend entkräftet oder stark relativiert werden. Dies nicht zuletzt auf Grundlage aktueller Erkenntnisse aus empirischen Analysen zum Phänomen Whistleblowing aus dem In- und Ausland. In der Arbeit konnte aufgezeigt werden, dass Whistleblower:innen sich gegenüber ihren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern – bestehenden Vorurteilen zum Trotz – in aller Regel loyal verhalten und «ihren» Unternehmen als Frühwarnsysteme, und mithin als *Asset*, dienen können. Zwar lassen anonyme Meldungen nicht immer eine optimale Nutzung des Potenzials zu. Aber auch anonymen Meldungen ist deren Nutzen nicht gänzlich abzuspochen. Weiter konnte im ersten Kapitel beleuchtet werden, welche rechtlichen Konsequenzen Whistleblower:innen nach heutiger Rechtslage drohen. Whistleblowing konnte abschließend als *schutzwürdiges* und *schutzbedürftiges* Verhalten eingestuft werden.<sup>912</sup> Ferner wurde anlässlich der Ausführungen unter Beachtung der erarbeiteten Whistleblowing-Definition der Begriff des *Pseudo*-Whistleblowings als Beschreibung der Meldung eines *nicht* illegalen oder illegitimen Verhaltens abgrenzend eingeführt.<sup>913</sup> 552

Nachdem aufgezeigt werden konnte, dass es sich bei Whistleblowing um ein schutzwürdiges Verhalten handelt, konnte im zweiten Kapitel der Frage nachgegangen werden, *wie* eine brauchbare juristische Definition des Phänomens Whistleblowing auszusehen hat, sodass möglichst das ganze schutzwürdige Verhalten erfasst wird. Zu diesem Zweck wurden erst verschiedene bestehende Definitionen aus Dissertationen aus der Schweiz und Deutschland sowie aus weiteren Werken zum Thema einander gegenüber- 553

---

911 Vgl. 15.

912 Vgl. zum Ganzen 110 f.

913 Vgl. 90.

gestellt und die darin enthaltenen konstitutiven Elemente auf deren Tauglichkeit für eine juristische Definition geprüft. Ferner wurden verschiedene vorgeschlagene Varianten von Whistleblowing erörtert. Schließlich konnten auf diese Weise Unzulänglichkeiten in bestehenden Definitionen aufgezeigt und die Definition für die vorliegende Arbeit entwickelt werden: *Whistleblowing ist das Alarmieren Dritter bezüglich illegalen oder illegitimen Verhaltens.*<sup>914</sup>

- 554 Im dritten Kapitel wurden die wesentlichen Geheimnisverratstatbestände aus dem Bundesrecht erörtert, die durch Whistleblower:innen gegebenenfalls verletzt werden können. Die Ausführungen zu den Straftatbeständen wurden um eine kurze Verortung ihrer Bedeutung für Whistleblowing ergänzt. Die Überlegungen ergaben, dass eine Vielzahl der Tatbestände für Whistleblowing relevant sein könnten und mündeten unter anderem in die Konklusion, dass sich alle Straftatbestände – mit Ausnahme von StGB 293 – auf den *materiellen Geheimnisbegriff* abstützen.<sup>915</sup> Gerade diese Erkenntnis sollte für die spätere Entwicklung der Minimallösung von Bedeutung sein, weil sich über die Adaption des Geheimnisbegriffs eine etwaige Entschärfung der Strafbarkeit bewirken ließe. Ferner wurde die Strafbarkeit des *Pseudo-Whistleblowings* erörtert und so das im ersten Kapitel behandelte Missbrauchsargument weiter entkräftet.<sup>916</sup>
- 555 Die anschließende Analyse bestehender Legitimationsmöglichkeiten – angefangen bei der Ein- und Bewilligung, über den rechtfertigenden Notstand sowie weitere spezialgesetzliche Normen bis hin zur außergesetzlichen Rechtfertigung der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* – führte zu dem Schluss, dass eine umfassende oder wenigstens weitreichende Legitimation unter heutiger Rechtslage unmöglich ist, zumal nur die außergesetzliche Rechtfertigung das Potenzial hätte, das *Gros* allen Whistleblowings zu rechtfertigen – jene Rechtfertigung aber wegen der zu strengen konstitutiven Voraussetzungen regelmäßig nicht gelingen kann.<sup>917</sup>
- 556 Im Lichte dieser Erkenntnisse erhärtete sich die im ersten Kapitel vermutete Schutzbedürftigkeit von Whistleblowing. Hierauf rückte im dritten Teil der Arbeit die Frage ins Zentrum, *wie* Whistleblowing aus strafrechtlicher Sicht legitimierbar wäre.

---

914 Vgl. zum Ganzen 112 ff.

915 Vgl. zum Ganzen 417 ff.

916 Vgl. hierzu 410 ff.

917 Vgl. zum Ganzen 417 ff.

Im fünften Kapitel wurden vier verschiedene Lösungsansätze aufgezeigt, 557  
teils inspiriert von bestehenden Lösungen Deutschlands und der EU. Da-  
bei wurden insbesondere tatbestandsausschließende sowie rechtfertigende  
Ansätze präsentiert. Ferner wurden die bisherigen legislatorischen Bemü-  
hungen in der Schweiz dargetan. Die Ausführungen führten zur Konklusi-  
on, dass die Schaffung eines (Spezial-) Gesetzes ähnlich der EU-Whistle-  
blower-Richtlinie 2019/1937 den auf allen Rechtsgebieten umfassendsten  
Schutz böte. Vonseiten der Legislative wäre eine solche Lösung anzustre-  
ben.<sup>918</sup>

Vor diesem Hintergrund wurde im sechsten und letzten Kapitel zum 558  
einen als Maximallösung die Einführung eines Gesetzes vorgeschlagen.  
Anhand einzelner skizzierter Schutznormen wurde exemplifiziert, wie sich  
aus der Existenz solcher Normen in der schweizerischen Rechtsordnung  
ebenfalls ein strafrechtlicher Schutz ergeben könnte. Vor dem Hintergrund,  
dass aktuell scheinbar kein gesetzgeberischer Wille zur Umsetzung der  
Maximallösung besteht, wurde mit der Schaffung einer Legaldefinition  
für einen *adaptierten materiellen Geheimnisbegriff* (bei gleichzeitiger Adap-  
tion der außergesetzlichen Rechtfertigung der *Wahrnehmung berechtigter  
Interessen* in Fällen des Whistleblowings) ferner eine rein strafrechtliche  
Minimallösung entwickelt. Es konnte aufgezeigt werden, inwiefern jener  
eine teils tatbestandsausschließende, teils rechtfertigende Wirkung zeitigen  
würde und so für eine harmonische Abstufung in der Beurteilung von  
Whistleblowing-Fällen führen könnte. All dies unter Gewährleistung des  
Fortbestandes eines vernünftig weitreichenden Geheimnisschutzes.<sup>919</sup>

---

918 Vgl. zum Ganzen 463 ff.

919 Vgl. zum Ganzen 526 ff.

