

Claude Eric Bertschinger

# Whistleblowing

Zur Strafbarkeit und Legitimation der Preisgabe  
geschützter Informationen



**Nomos**

**DIKE** 

Studien zum Strafrecht

Band 128

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Beatrice Brunhöber, Goethe-Universität Frankfurt

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Katrin Höffler, Universität Leipzig

Prof. Dr. Johannes Kaspar, Universität Augsburg

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Hans Kudlich, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Dr. Milan Kuhli, Universität Hamburg

Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover

Prof. Dr. Frank Saliger, Universität München

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Till Zimmermann, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Claude Eric Bertschinger

# Whistleblowing

Zur Strafbarkeit und Legitimation der Preisgabe  
geschützter Informationen



**Nomos**

**DIKE** 

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.



**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Luzerner Dissertation 2023

1. Auflage 2024

© Claude Eric Bertschinger

Publiziert von  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Gesamtherstellung:  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-1071-4

ISBN (ePDF): 978-3-7489-4183-5

ISBN 978-3-03891-683-3 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748941835>



Onlineversion  
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

*Meinen Eltern Dana und Marco*



## Vorwort

«Schädliche Wahrheit, ich ziehe sie vor dem nützlichen Irrtum.  
Wahrheit heilet den Schmerz, den sie vielleicht uns erregt.»  
Johann Wolfgang von Goethe, 1797

Die vorliegende Dissertation wurde im Januar 2023 bei der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern eingereicht und anlässlich des Kolloquiums vom 22. August 2023 abgenommen. Sie berücksichtigt Literatur und Rechtsprechung bis zum 30. September 2022.

Gerne will ich den Personen meinen aufrichtigen Dank aussprechen, die durch ihre Unterstützung und ihr *Savoir-faire* maßgeblich zur Vollendung der Arbeit beigetragen haben.

Herzlich danke ich meinem Doktorvater und Mentor Prof. Dr. Andreas Eicker, für sein Vertrauen in mich und meine Fähigkeiten. Die mehrjährige Arbeit an seinem Lehrstuhl an der Universität Luzern ermöglichte mir, meinen wissenschaftlichen und persönlichen Horizont zu erweitern. Insofern gebührt auch den weiteren Mitgliedern seines Lehrstuhls ein großes Dankeschön. Ganz herzlichen Dank verdienen zudem Prof. Dr. Cathrine Konopatsch für die Ausfertigung des Zweitgutachtens und Prof. Dr. Anna Coninx, die dem Kolloquium vorsah. Besonders dankbar bin ich meinem Bruder Dr. Mike Andrea Bertschinger. Seine juristische Brillanz gepaart mit seiner gewissenhaften Prüfung meiner Kapitelentwürfe haben entscheidend zur Qualität der Arbeit beigetragen. Seine Liebe und Wertschätzung bereichern mich als Mensch ferner bis heute. Weiter danke ich geschätzten Kolleginnen und Kollegen wie Dr. Richard Ehmann, Dr. Patrick Vogler, Fabian Brand, Josiane Jäggi und Andrés Payer für ihre mannigfaltigen Anregungen.

Ein herzliches Dankeschön verdient meine geliebte Ehefrau Kristina, die mir stets Quelle der Liebe und Inspiration ist und mich auch in diesem Projekt über viele Jahre unterstützt hat. Schließlich danke ich meinen lieben Eltern Dana und Marco, die durch ihre Erziehung, Ermutigung und Unterstützung den Grundstein für meine akademische Ausbildung gelegt haben. Zum Dank widme ich ihnen diese Arbeit.

Zürich, im August 2023

*Claude Eric Bertschinger*





# Inhaltsübersicht

|  |            |
|--|------------|
| Inhaltsverzeichnis   | 11         |
| Abkürzungsverzeichnis  | 17         |
| Einleitung   | 23         |
| A. Problemstellung   | 23         |
| B. Stand (straf-) rechtlicher Forschung in der Schweiz                                   | 32         |
| C. Ziel und Gegenstand der Untersuchung  | 33         |
| D. Gang der Untersuchung   | 33         |
| <b>1. Teil: Zum Phänomen «Whistleblowing»</b>  | <b>35</b>  |
| I. Whistleblowing – Fluch oder Segen?  | 35         |
| A. Argumente <i>contra</i> ...   | 36         |
| B. Argumente <i>pro</i> ...  | 40         |
| C. Empirische Daten  | 47         |
| D. Fazit   | 68         |
| II. Was ist Whistleblowing?  | 69         |
| A. Etymologie des Begriffes  | 69         |
| B. Begriffsdefinition  | 72         |
| C. Kritische Würdigung bestehender Voraussetzungen                                       | 92         |
| D. Definition  | 131        |
| <b>2. Teil: Strafrechtliche Würdigung von Whistleblowing<br/>    <i>de lege lata</i></b> | <b>133</b> |
| I. Die wichtigsten Straftatbestände  | 133        |
| A. Vorbemerkungen zum Geheimnisbegriff   | 133        |

|  |            |
|--|------------|
| B. Kernstrafrecht                                    | 136        |
| C. Nebenstrafrecht                                   | 160        |
| D. Zur Strafbarkeit von <i>Pseudo-Whistleblowing</i> | 171        |
| E. Fazit   | 173        |
| <br>   |            |
| II. Legitimation                                     | 175        |
| A. Einverständnis/Einwilligung/Bewilligung           | 175        |
| B. Rechtfertigender Notstand                         | 178        |
| C. Spezialgesetzliche (Rechtfertigungs-) Normen      | 178        |
| D. Außergesetzliche Rechtfertigung                   | 182        |
| E. Konklusion  | 191        |
| <br>   |            |
| <b>3. Teil: Problemlösung</b>                        | <b>193</b> |
| <br>   |            |
| I. Lösungsentwicklung                                | 193        |
| A. Lösungsvarianten                                  | 193        |
| B. Fazit   | 218        |
| <br>   |            |
| II. Lösungsvorschläge                                | 221        |
| A. Zur Maximallösung                                 | 221        |
| B. Zur Minimallösung                                 | 224        |
| <br>   |            |
| Zusammenfassung                                      | 229        |
| <br>   |            |
| Literaturverzeichnis                                 | 233        |

# Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| Abkürzungsverzeichnis                                  | 17        |
| Einleitung   | 23        |
| A. Problemstellung                                     | 23        |
| B. Stand (straf-) rechtlicher Forschung in der Schweiz | 32        |
| C. Ziel und Gegenstand der Untersuchung                | 33        |
| D. Gang der Untersuchung                               | 33        |
| <b>1. Teil: Zum Phänomen «Whistleblowing»</b>          | <b>35</b> |
| I. Whistleblowing – Fluch oder Segen?                  | 35        |
| A. Argumente <i>contra</i> ...                         | 36        |
| 1. ... Whistleblower:innen                             | 36        |
| 2. ... Whistleblowing                                  | 37        |
| 3. ... Whistleblowing-Schutz                           | 38        |
| 4. Zwischenfazit                                       | 39        |
| B. Argumente <i>pro</i> ...                            | 40        |
| 1. ... Whistleblower:innen                             | 40        |
| 2. ... Whistleblowing                                  | 40        |
| 3. ... Whistleblowing-Schutz                           | 43        |
| C. Empirische Daten                                    | 47        |
| 1. Zum Moralargument                                   | 49        |
| a. Studienergebnisse                                   | 49        |
| b. Stellungnahme                                       | 52        |
| 2. Zum Missbrauchsargument                             | 53        |
| a. Studienergebnisse                                   | 53        |
| b. Stellungnahme                                       | 54        |
| 3. Zum Wirtschaftsargument                             | 55        |
| a. Studienergebnisse                                   | 55        |
| b. Stellungnahme                                       | 56        |

|   |    |
|---|----|
| 4. Zum Anonymitätsvorbehalt   | 58 |
| a. Studienergebnisse  | 58 |
| b. Stellungnahme  | 60 |
| 5. Zwischenfazit  | 63 |
| 6. Zur Bedeutung von Whistleblowing in der Schweiz                      | 65 |
| a. Studienergebnisse  | 65 |
| b. Rechtliches  | 66 |
| c. Stellungnahme  | 67 |
| D. Fazit  | 68 |
| II. Was ist Whistleblowing?   | 69 |
| A. Etymologie des Begriffes   | 69 |
| 1. Einleitung   | 69 |
| 2. Deutschsprachige Alternativen?                                       | 69 |
| 3. Fazit  | 72 |
| B. Begriffsdefinition   | 72 |
| 1. Einleitung   | 72 |
| 2. Außerhalb der Schweiz entwickelte Ansätze                            | 73 |
| a. Whistleblowing nach MICELI/NEAR (USA) (1985/1992)                    | 73 |
| b. Whistleblowing nach MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN (USA) (1991/2006/2015) | 77 |
| c. Whistleblowing nach LEISINGER (D) (2003)                             | 79 |
| d. Whistleblowing nach LUTTERBACH (D) (2010)                            | 81 |
| e. Whistleblowing nach HEROLD (D) (2016)                                | 83 |
| f. Whistleblowing nach SCHENKEL (D) (2019)                              | 86 |
| g. Zwischenfazit  | 88 |
| 3. Innerhalb der Schweiz entwickelte Ansätze                            | 88 |
| a. Whistleblowing nach LEDERGERBER (2005)                               | 88 |
| b. Whistleblowing nach HUNZIKER (2007)<br>[von DEISEROTH (2004)]        | 89 |
| c. Whistleblowing nach IMBACH (2011)                                    | 90 |
| d. Definition der Wettbewerbskommission (WEKO)<br>(Stand: 2022)         | 91 |
| 4. Zwischenfazit  | 91 |

|   |     |
|---|-----|
| C. Kritische Würdigung bestehender Voraussetzungen                | 92  |
| 1. Whistleblower:innen-Merkmale                                   | 93  |
| a. Insider:innen-Stellung   | 93  |
| b. Kronzeugenstellung als negatives Merkmal?                      | 97  |
| c. Besondere Motivlage  | 98  |
| d. Zwischenfazit zu den «Whistleblower:innen»-Merkmalen           | 100 |
| 2. Whistleblowing-Merkmale  | 101 |
| a. Meldeinhalte   | 101 |
| aa. Über «Legalität» und «Legitimität»: Sprachliches              | 104 |
| bb. Über «Legalität» und «Legitimität»: (Rechts-) Philosophisches | 105 |
| cc. Über «Legalität» und «Legitimität»: Zwischenfazit             | 108 |
| dd. «Legitimität»: Einschränkung des Spektrums                    | 109 |
| ee. Tauglichkeit der weiteren vorgeschlagenen Elemente            | 111 |
| ff. Zwischenfazit   | 112 |
| b. Meldeverhalten   | 113 |
| aa. Internes und externes Whistleblowing (DE GEORGE)              | 114 |
| bb. Echtes und unechtes Whistleblowing (HEROLD)                   | 115 |
| cc. Meldungen auf dem Dienstweg?                                  | 116 |
| dd. Aktives und passives Whistleblowing (WESTMAN <i>et al.</i> )  | 119 |
| ee. Embryonisches Whistleblowing (WESTMAN <i>et al.</i> )         | 123 |
| ff. Zwischenfazit   | 126 |
| c. Etwaige weitere Merkmale                                       | 127 |
| aa. Hinweis im öffentlichen Interesse (LUTTERBACH)                | 127 |
| bb. Vergeltungsrisiko (DEISEROTH & HUNZIKER)                      | 128 |
| cc. Anonymes Whistleblowing (MICELI/NEAR & LUTTERBACH)            | 129 |
| 3. Fazit  | 130 |
| D. Definition   | 131 |
| <b>2. Teil: Strafrechtliche Würdigung von Whistleblowing</b>      |     |
| <i>de lege lata</i>   | 133 |
| I. Die wichtigsten Straftatbestände                               | 133 |
| A. Vorbemerkungen zum Geheimnisbegriff                            | 133 |
| 1. Formeller Geheimnisbegriff                                     | 134 |
| 2. Materieller Geheimnisbegriff                                   | 134 |

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| B. Kernstrafrecht                    | 136 |
| 1. Geheimnisverratstatbestände       | 136 |
| a. Art. 162 StGB                     | 136 |
| aa. Schutzobjekt                     | 136 |
| bb. Geheimnisschutz                  | 137 |
| cc. Täter:innen-Eigenschaften        | 137 |
| dd. Tathandlung                      | 138 |
| ee. Erfolg                           | 139 |
| ff. Zur Bedeutung für Whistleblowing | 139 |
| b. Art. 267 StGB                     | 140 |
| aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz     | 140 |
| bb. Täter:innen-Eigenschaften        | 141 |
| cc. Tathandlung                      | 141 |
| dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing | 142 |
| c. Art. 293 StGB                     | 143 |
| aa. Schutzobjekt                     | 143 |
| bb. Geheimnisschutz                  | 143 |
| cc. Täter:innen-Eigenschaften        | 144 |
| dd. Tathandlung                      | 144 |
| ee. Weitere Kritik                   | 145 |
| ff. Zur Bedeutung für Whistleblowing | 145 |
| d. Art. 320 ff. StGB                 | 146 |
| aa. Schutzobjekte                    | 147 |
| bb. Geheimnisschutz                  | 148 |
| cc. Täter:innen-Eigenschaften        | 150 |
| dd. Tathandlung                      | 151 |
| ee. Zur Bedeutung für Whistleblowing | 152 |
| 2. Weitere Straftatbestände          | 153 |
| a. Art. 173 StGB                     | 153 |
| aa. Zum Tatbestand                   | 153 |
| bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing | 154 |
| b. Art. 179 ff. StGB                 | 155 |
| aa. Zu den Tatbeständen              | 155 |
| bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing | 157 |
| c. Art. 273 StGB                     | 158 |
| aa. Zum Tatbestand                   | 158 |
| bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing | 159 |
| 3. Zwischenfazit                     | 160 |

|   |     |
|---|-----|
| C. Nebenstrafrecht                                    | 160 |
| 1. Namhafte Straftatbestände                          | 161 |
| a. Art. 47 BankG                                      | 161 |
| aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz                      | 161 |
| bb. Täter:innen-Eigenschaften                         | 162 |
| cc. Tathandlung                                       | 162 |
| dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing                  | 164 |
| ee. Weitere Straftatbestände                          | 164 |
| b. Art. 35 DSGVO                                      | 165 |
| aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz                      | 166 |
| bb. Täter:innen-Eigenschaften                         | 167 |
| cc. Tathandlung                                       | 167 |
| dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing                  | 167 |
| 2. Weitere Straftatbestände                           | 168 |
| 3. Zwischenfazit                                      | 171 |
| D. Zur Strafbarkeit von <i>Pseudo</i> -Whistleblowing | 171 |
| E. Fazit  | 173 |
| <br>  |     |
| II. Legitimation                                      | 175 |
| A. Einverständnis/Einwilligung/Bewilligung            | 175 |
| 1. Einverständnis und Einwilligung                    | 176 |
| 2. Bewilligung  | 177 |
| B. Rechtfertigender Notstand                          | 178 |
| C. Spezialgesetzliche (Rechtfertigungs-) Normen       | 178 |
| 1. Art. 22a BPG                                       | 179 |
| 2. Art. 11 GwG  | 180 |
| D. Außergesetzliche Rechtfertigung                    | 182 |
| 1. Zum Rechtfertigungsgrund                           | 183 |
| 2. Etwaige Hürden für Whistleblower:innen             | 187 |
| E. Konklusion   | 191 |

|   |     |
|---|-----|
| <b>3. Teil: Problemlösung</b>   | 193 |
| I. Lösungsentwicklung   | 193 |
| A. Lösungsvarianten   | 193 |
| 1. Änderung des (materiellen) Geheimnisbegriffs als<br>tatbestandsausschließende Lösung                                     | 193 |
| 2. Änderung der Anforderungen in Bezug auf die <i>Wahrnehmung<br/>        berechtigter Interessen</i>                       | 198 |
| 3. Schaffung eines Rechtfertigungsgrundes   | 200 |
| a. Zu den namhaften legislatorischen Bemühungen in der<br>Schweiz   | 200 |
| aa. Die Motion GYSIN  | 200 |
| bb. Die Parlamentarische Initiative (PI) LEUTENEGGER  | 203 |
| cc. Zwischenfazit   | 204 |
| b. Allgemeine Rechtfertigung im Sinne der PI LEUTENEGGER<br><i>versus</i> spezielle Rechtfertigung im jeweiligen Tatbestand | 204 |
| c. Außerstrafrechtliche Rechtfertigung  | 205 |
| 4. Schaffung eines Whistleblowing-Gesetzes  | 208 |
| a. Zur WB-Richtlinie  | 208 |
| b. Kritik   | 214 |
| c. Stellungnahme  | 216 |
| 5. Zur Schuldausschlusslösung   | 217 |
| B. Fazit  | 218 |
| II. Lösungsvorschläge   | 221 |
| A. Zur Maximallösung  | 221 |
| B. Zur Minimallösung  | 224 |
| Zusammenfassung   | 229 |
| Literaturverzeichnis  | 233 |
| Sachregister  | 241 |



# Abkürzungsverzeichnis

|          |   |
|----------|---|
| a        | altes (vor Gesetzesabkürzungen als Hinweis auf eine Fassung, die nicht länger in Kraft ist; z. B.: aStGB) |
| a. a. O. | am angegebenen Ort  |
| Abb.     | Abbildung(-en)  |
| Abs.     | Absatz  |
| AJP      | Aktuelle juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)   |
| ArbR     | Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Bern)  |
| ARC      | <i>Australian Research Council</i>  |
| Art.     | Artikel   |
| AT       | Allgemeiner Teil  |
| ATF      | <i>Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives</i> (Bundesbehörde, USA)                           |
| ATSG     | Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)       |
| BankG    | Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz) vom 8. November 1934 (SR 952.0)                |
| BAZo     | Basler Zeitung <i>online</i> (Basel)  |
| BBl      | Bundesblatt   |
| BFS      | Bundesamt für Statistik (Schweiz)   |
| BGA      | Bundesgesetz über die Archivierung ( <i>Archivierungsgesetz</i> ) vom 26. Juni 1998 (SR 152.1)            |
| BGB      | Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)   |
| BGE      | Publizierter Leitentscheid des Schweizerischen Bundesgerichts (Lausanne)                                  |
| BGer     | Bundesgericht (Lausanne)  |
| BLJ      | Bucerius Law Journal (Hamburg)  |
| BSK      | Basler Kommentar (Basel)  |
| BStGer   | Bundesstrafergericht (Bellinzona)   |
| BT-Drs.  | Bundestagsdrucksache (Gesetzesmaterialien Deutschland)  |
| BV       | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)                        |

## Abkürzungsverzeichnis

|           |   |
|-----------|---|
| BVG       | Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)   |
| CB        | Compliance Berater (Frankfurt a. M.)  |
| CH        | Schweiz   |
| CHF       | Schweizer Franken   |
| Co.       | <i>Company</i> (dt. Gesellschaft)   |
| Ders.     | Derselbe  |
| digma     | Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)  |
| Diss.     | Dissertation  |
| Dr. iur.  | <i>Doctor iuris</i> (dt. Doktor des Rechts)   |
| DSG       | Bundesgesetz über den Datenschutz ( <i>Datenschutzgesetz</i> ) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)   |
| dt.       | deutsch/zu Deutsch  |
| ECI       | <i>Ethics &amp; Compliance Initiative</i>   |
| EFK       | Eidgenössische Finanzkontrolle  |
| engl.     | englisch  |
| EU        | Europäische Union   |
| ex/ante   | Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung (Zürich/St. Gallen)   |
| f.        | folgende  |
| ff.       | fortfolgende  |
| FAZo      | Frankfurter Allgemeine Zeitung <i>online</i> (Frankfurt)  |
| FinfraG   | Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivat Handel ( <i>Finanzmarktinfrastukturgesetz</i> ) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1) |
| FINIG     | Bundesgesetz über die Finanzinstitute ( <i>Finanzinstitutsgesetz</i> ) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1)   |
| FMG       | <i>Fernmeldegesetz</i> vom 30. April 1997 (SR 784.10)   |
| Fn.       | Fußnote   |
| GeschGehG | Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Deutschland) vom 18. April 2019  |
| GwG       | Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor ( <i>Geldwäschereigesetz</i> ) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)  |
| GRECO     | Europaratskommission <i>Groupe d'Etats contre la Corruption</i>   |
| HFG       | Bundesgesetz über die Forschung am Menschen ( <i>Humanforschungsgesetz</i> ) vom 30. September 2011 (SR 810.30)   |

|          |   |
|----------|---|
| HRRS     | Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (unter: <a href="http://www.hrr-strafrecht.de">www.hrr-strafrecht.de</a> ) |
| Hrsg.    | Herausgeber/-in   |
| i. V. m. | in Verbindung mit   |
| i. w. S. | im weiteren Sinne   |
| Inc.     | <i>Incorporated</i> (Verweis auf die amerikanische Gesellschaftsform der: <i>Corporation</i> )  |
| i. S. v. | im Sinne von  |
| KG       | Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen ( <i>Kartellgesetz</i> ) vom 6. Oktober 1995 (SR 251.0)                             |
| KK       | Kurzkommentar   |
| KMU      | Kleine und mittlere Unternehmen   |
| Komm     | Kommentar   |
| MA       | <i>Massachusetts</i> (Bundesstaat der USA)  |
| MLaw     | <i>Master of Law</i>  |
| m. w. H. | mit weiteren Hinweisen/Verweisen  |
| N        | Note, Randnote  |
| NASA     | <i>National Aeronautics and Space Administration</i> (Bundesbehörde für Raumfahrt, USA)   |
| NBG      | Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank ( <i>Nationalbankgesetz</i> ) vom 3. Oktober 2003 (SR 951.11)                                     |
| NK       | Neue Kriminalpolitik (Baden-Baden)  |
| NZA      | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Frankfurt a. M.)   |
| NZZ      | Neue Zürcher Zeitung (Zürich)   |
| NZZo     | Neue Zürcher Zeitung <i>online</i> (Zürich)   |
| o. Ä.    | oder Ähnliche[s]  |
| OECD     | <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i> (dt. Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung)                 |
| OFK      | Orell Füssli Kommentar (Zürich)   |
| OGer     | Obergericht   |
| OR       | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220.0)          |
| PI       | Parlamentarische Initiative   |
| PKS      | Polizeiliche Kriminalstatistik  |

## Abkürzungsverzeichnis

|              |   |
|--------------|---|
| PTT          | Schweizerische Post-, Telefon- und Telegrafengebiete (1928–98)  |
| RAG          | Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren ( <i>Revisionsaufsichtsgesetz</i> ) vom 16. Dezember 2005 (SR 221.302) |
| UEK          | Unabhängige Expert:innenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg  |
| UK           | <i>United Kingdom</i> (dt. Vereinigtes Königreich)  |
| USA          | <i>United States of America</i> (dt. Vereinigte Staaten von Amerika)  |
| UWG          | Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)  |
| UWG-D        | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Deutschland) vom 3. Juli 2004   |
| ParLG        | Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10)   |
| PI           | Parlamentarische Initiative   |
| PK           | Praxiskommentar   |
| Prof.        | Professor   |
| PVS          | Politische Vierteljahresschrift Sonderhefte (Wiesbaden)   |
| <i>recht</i> | Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)   |
| RIW          | Recht der Internationalen Wirtschaft (Frankfurt a. M.)  |
| SBG          | Schweizerische Bankgesellschaft (heute: UBS AG)   |
| SHK          | Stämpflis Handkommentar (Bern)  |
| SJZ          | Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)  |
| SNB          | Schweizerische Nationalbank   |
| SRF          | Schweizer Radio und Fernsehen   |
| StGB         | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)  |
| StGB-D       | Deutsches Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871  |
| StPO         | Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)   |
| SVG          | Straßenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)   |
| SZo          | Süddeutsche Zeitung <i>online</i> (München)   |
| SZW          | Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)   |
| TA           | Tages Anzeiger (Zürich)   |
| TAo          | Tages Anzeiger <i>online</i> (Zürich)   |
| USD          | US-Dollar   |

|           |   |
|-----------|---|
| UWG       | Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241)                                 |
| vgl.      | vergleiche  |
| WBR       | Whistleblowingreport (unter: <a href="http://www.whistleblowingreport.ch">www.whistleblowingreport.ch</a> ) |
| WEKO      | Wettbewerbskommission (Schweiz)   |
| WELT      | Die Welt (Berlin)   |
| Weltwoche | Die Weltwoche (Zürich)  |
| z. B.     | zum Beispiel  |
| ZeugSG    | Bundesgesetz über den außerprozessualen Zeugenschutz vom 23. Dezember 2011 (SR 312.2)                       |
| ZgS       | Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (Tübingen)   |
| ZH        | Zürich  |
| zit.      | zitiert als   |
| ZStrR     | Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)  |
| ZStW      | Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Berlin)  |



# Einleitung\*

## A. Problemstellung

Seit einiger Zeit scheint das Phänomen *Whistleblowing* omnipräsent. Erst Ende 2021 sorgte die einstmalige *Facebook*-Mitarbeiterin Frances Haugen mit ihren Enthüllungen darüber, was beim *Facebook*-Konzern hinter den Kulissen alles «falsch» läuft,<sup>1</sup> für Furore.<sup>2</sup> In Erinnerung sind im internationalen Kontext weiter die Aufdeckungen des ehemaligen amerikanischen Geheimdienstmitarbeiters Edward Snowden. Dieser hatte die systematische Überwachung der weltweiten (Internet-) Kommunikation durch die ame-

---

\* Ein besonderer Dank geht an den *Schweizerischen Nationalfonds* für die großzügige Finanzierung der *open-access*-Publikation dieser Arbeit.

- 1 Unter anderem wusste *Facebook* längst, dass ihr Algorithmus dafür sorgt, dass «gefährliche» Inhalte wie beispielsweise Hassreden oder inhaltlich falsche Meldungen wie Anti-Impf-Propaganda oder Verschwörungsmymen exponentiell öfter und effizienter verbreitet werden als Inhalte, die beim Betrachter keinen Ärger auslösen. Ferner vermutete der Konzern mindestens, dergestalt religiös motivierte Attentate und Anschläge bis hin zu Bürgerkriegen in der Dritten Welt maßgeblich befördert zu haben. Öffentlich gab *Facebook* stattdessen (teilweise vor dem US-Senat) an, der Algorithmus arbeite «einwandfrei» respektive helfe dabei, ebensolche Inhalte auszusondern, was allerdings nicht stimmte. In diesem Zusammenhang ist die Feststellung pikant, dass der Wert des Konzerns über Werbung gesteigert wird. Dieser sollen gerade möglichst viele User so lange wie irgend möglich ausgesetzt werden. Der Konzern steht daher im Verdacht, bewusst auf die Behebung des «Fehlers» im Algorithmus verzichtet zu haben sowie weiterhin zu verzichten, um mehr Werbung an den User zu bringen, da echauffierte User wesentlich länger auf der Plattform verbleiben als zufriedene. Ferner lagen dem Konzern längst interne Studien vor, die beispielsweise die Schädlichkeit von *Instagram* und *Co.* für die Psyche von Teenager:innen untermauerten. Der Konzern unternahm entgegen eigenen Angaben indes nichts dagegen. Stattdessen wurden intern Projekte gefördert, die Kinder (sogenannte «*Pre-Teens*») für die Plattform gewinnen sollten.
- 2 Vgl. zum Ganzen statt vieler die ursprünglichen Beiträge des *Wall Street Journals online* unter dem Titel «*the facebook files*», <<https://www.wsj.com/articles/the-facebook-files-11631713039>> (30. Januar 2022); zu Deutsch findet sich eine Zusammenfassung im Bericht der *Süddeutschen Zeitung online* am 25. Oktober 2021, «*Interne Dokumente. Das steht in den <Facebook Files>*», <<https://www.sueddeutsche.de/kultur/facebook-files-mark-zuckerberg-1.5448206>> (30. Januar 2022). Ausführlich werden die Probleme ferner in einem Dokumentarfilm auf *Netflix* mit dem Titel «*The Social Dilemma*» aus dem Jahre 2020 behandelt.

rikanischen Geheimdienste im Jahre 2013 publik gemacht.<sup>3</sup> Die Enthüllungen der ehemaligen IT-Spezialistin der US-Streitkräfte Chelsea Elizabeth Manning<sup>4</sup> aus dem Jahre 2010 bezüglich der durch die Vereinigten Staaten im Irak- und im Afghanistan-Konflikt begangenen Verletzungen der *Genfer Konvention*<sup>5</sup> sind ebenfalls vielen in Erinnerung.<sup>6</sup> Ihr diente die Internetplattform *WikiLeaks* als Medium für die Veröffentlichung der geheimen Daten. Als einer der wenigen in Zusammenhang mit der Plattform bekannten Personen ist ihr Sprecher Julian Paul Assange, der internationalen Whistleblower:innen-Szene ein Begriff.

- 2 Im nationalen Kontext scheint *Whistleblowing* an Bedeutung gewonnen zu haben. Man erinnere sich beispielsweise an den Fall der zwei ehemaligen Mitarbeiterinnen des Stadtzürcher Sozialdepartements, Margrit Zopfi und Esther Wyler, die vor rund zehn Jahren unter Verletzung des Amtsgeheim-

---

3 Vgl. statt vieler TAO am 10. Juni 2013, «NSA-Whistleblower angewidert von Arbeit in Genf», <<https://www.tagesanzeiger.ch/ausland/amerika/NSAWhistleblower-angewidert-von-Arbeit-in-Genf/story/11430777>> (26. Oktober 2018); *The Guardian online* am 11. Juni 2013, «Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations», <<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>> (26. Oktober 2018); *The Guardian online* am 6. September 2013, «Revealed: how US and UK spy agencies defeat internet privacy and security», <<https://www.theguardian.com/world/2013/sep/05/nsa-gchq-encryption-codes-security>> (26. Oktober 2018). Die Enthüllungsgeschichte von Edward Snowden hat sogar zu einer im Jahre 2016 erschienenen, deutsch-amerikanischen Verfilmung mit dem Titel «*Snowden*» Anlass gegeben, vgl. <<https://www.imdb.com/title/tt3774114/>> (26. Oktober 2018).

4 Zum Zeitpunkt der Enthüllungen noch Bradley Edward Manning.

5 Vgl. Genfer Abkommen (GA III) über die Behandlung der Kriegsgefangenen (SR 0.518.42) und Genfer Abkommen (GA IV) über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (SR 0.518.51), beide vom 12. August 1949, beide in Kraft seit dem 21. Oktober 1950.

6 Manning veröffentlichte unter anderem Videomaterial, auf dem zu sehen ist, wie aus Helikoptern auf Zivilpersonen und Journalisten gefeuert wird oder wie Kriegsgefangene durch amerikanische Soldaten gefoltert und misshandelt werden, vgl. statt vieler NZZo am 17. Mai 2017, «Heldenhafte Verräterin», <<https://www.nzz.ch/international/amerika/freilassung-von-chelsea-manning-heldenhafte-verraeterin-ld.1293894>> (26. Oktober 2018); *The Guardian online* am 28. November 2010, «How 250'000 US embassy cables were leaked», <<https://www.theguardian.com/world/2010/nov/28/how-us-embassy-cables-leaked>> (26. Oktober 2018).



nisses unter anderem medial auf verschiedene Missstände im Sozialdepartement aufmerksam machten<sup>7</sup> und hierfür verurteilt wurden.<sup>8</sup>

Oder man denke an die Ereignisse um das ehemalige Direktionsmitglied der SNB, Philipp Michael Hildebrand, und dessen damalige Gattin Kashya Hildebrand im Jahre 2011, die als *Affäre Hildebrand* bekannt werden sollte. Damals wurden Vorwürfe wegen *insider trading* gegen Herrn Hildebrand und seine Ehefrau laut, als bekannt wurde, dass sie – wenige Wochen vor der Bekanntmachung der Festsetzung eines sogenannten *Euro-Mindestkurses* von CHF 1.20 pro Euro durch die SNB – ca. CHF 400'000.00 in USD investiert und rund einen Monat nach der Festsetzung mit einem Gewinn von rund CHF 75'000.00 verkauft hatte. An die Öffentlichkeit gelangte die Transaktion durch einen IT-Angestellten der Bank, Reto T., der in seiner Funktion Zugriff auf die Konten der Familie hatte und seine Entdeckung – in Form von *print screens* – erst seinem Anwalt Hermann Lei und mit dessen Hilfe dem damaligen Nationalrat Christoph Blocher sowie der Presse zukommen ließ. Sowohl Reto T.<sup>9</sup> als auch Hermann Lei<sup>10</sup> wurden hierfür verurteilt.<sup>11</sup>

- 
- 7 Die beiden spielten der «Die Weltwoche» öfter interne Akten zu, um auf Missbrauchsfälle beim Bezug von Sozialhilfegeldern aufmerksam zu machen. «Die Weltwoche» berichtete zum Beispiel im Mai 2007 vom «BMW-Fall»: Während der 1.-Mai-Demonstrationen im Jahre 2007 ging unter anderem ein BMW in Flammen auf. Die Bilder des brennenden BMW erschienen verschiedentlich in der medialen Berichterstattung. Wie sich den Journalisten der «Die Weltwoche» (aufgrund der Hinweise von Wyler und Zopfi) erschloss, gehörte der BMW einer Sozialhilfebezieherin aus Zürich, vgl. Weltwoche 21/2007, «Subventionierter Luxusflitzer», 12.
- 8 BGE 6B\_305/2011. Zur medialen Berichterstattung vgl. statt vieler NZZo am 5. Februar 2008, «Das Zürcher Sozialdepartement in den Schlagzeilen», <[https://www.nzz.ch/sozialdepartement\\_schlagzeilen-1.666133](https://www.nzz.ch/sozialdepartement_schlagzeilen-1.666133)> (26. Oktober 2018); TAO am 21. Dezember 2011, «Zürcher Whistleblowerinnen vor Bundesgericht abgeblitzt», <<https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/Zuercher-Whistleblowerinnen-vor-Bundesgericht-abgeblitzt/story/22929660>> (26. Oktober 2018).
- 9 BGE 6B\_200/2018 und 6B\_210/2018; vgl. bereits OGer ZH SB160259.
- 10 OGer ZH SB16025; vgl. NZZ 195/2017, «Obergericht: Der Gang zur «Weltwoche» war gerechtfertigt – Obergericht senkt im Fall Hildebrand die bedingte Geldstrafe für Hermann Lei», 18; TAO am 23. August 2017, «Affäre Hildebrand: SVP-Politiker Hermann Lei erhält mildere Strafe», <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Affaere-Hildebrand-SVPPolitiker-Hermann-Lei-erhaelt-mildere-Strafe/story/20269212>> (9. November 2018).
- 11 Vgl. zum Ganzen SRF am 11. Oktober 2018, «Die Fakten zur «Affäre Hildebrand»», <<https://www.srf.ch/news/schweiz/bankgeheimnis-verletzt-die-fakten-zur-ffaere-hildebrand>> (9. November 2018).

- 4 Bekannt ist weiter der Fall Rudolf Elmer. Elmer war als Angestellter der Privatbank Julius Bär über Jahre auf den *Cayman Islands* tätig. Im Zuge seiner Tätigkeit *leakte* er Bankdaten verschiedener Kundinnen und Kunden an Schweizer Steuerbehörden und Medien. Elmer handelte gemäß eigenen Aussagen in der Überzeugung, auf diese Weise unethische und teilweise illegale Geschäfte des Bankinstituts aufdecken zu wollen, und wurde Anfang 2011 vom Zürcher Bezirksgericht wegen Verletzung des Bankgeheimnisses und Nötigung verurteilt.<sup>12</sup> Vor dem Obergericht wurde er im August 2016 dagegen vom Vorwurf der Verletzung des Bankgeheimnisses freigesprochen;<sup>13</sup> ein Urteil, das am 10. Oktober 2018 höchstrichterlich aufrechterhalten und im Wesentlichen damit begründet wurde, dass Elmer während seiner Zeit auf den *Cayman Islands* von einer Schwesterfirma der in Zürich ansässigen Julius Bär AG angestellt gewesen sei und das Bankgeheimnis nach BankG 47 auf Kundenbeziehungen ausländischer Filialen von Schweizer Banken keine Anwendung finde, weshalb dieses durch Elmers Handlungen nicht habe verletzt werden können.<sup>14</sup>
- 5 Ein weiterer inländischer Fall ereignete sich um das *Engadiner Baukartell*, das durch den einheimischen Bauunternehmer und Whistleblower Adam Quadroni aufgedeckt wurde – wobei seine Aufdeckungen tragischerweise vor allem sein persönliches und berufliches Leben zerstört haben. Quadronis Bauunternehmen gelang es fortan nicht mehr, an Aufträge zu kommen, was den Konkurs seiner Firma nach sich zog. Ob der Frustration regional einflussreicher Personen über seine Aufdeckungen wurden gegen Quadroni zweifelhafte Polizeieinsätze angeordnet, während derer er derart hart angegangen wurde, dass die Verhältnismäßigkeit des polizeilichen Vorgehens zumindest in Zweifel gezogen werden musste. Es wurde Strafanzeige gegen

---

12 Vgl. statt vieler TAO am 19. Januar 2011, «*Richter: Elmer ist ein Whistleblower aus Rache*», <<https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/Verteidigung-Elmer-hat-niemanden-bedroht/story/27297908>> (9. November 2018).

13 Vgl. TAO am 23. Oktober 2016, «*Ex-Banker Elmer bekommt 14 Monate Haft*», <<https://www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/bedingte-freiheitsstrafe-fuer-exbanker-elmer/story/19461985>> (9. November 2018).

14 BGE 6B\_1314/2016 und 6B\_1318/2016; vgl. zur medialen Berichterstattung NZZo am 10. Oktober 2018, «*Rudolf Elmer siegt vor Bundesgericht*», <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/rudolf-elmer-siegt-vor-dem-bundesgericht-ld.1427149>> (9. November 2018) sowie TAO am 10. Oktober 2018, «*Rudolf Elmer siegt vor Bundesgericht*», <<https://www.tagesanzeiger.ch/zuerich/region/endet-heute-nach-dreizehn-jahren-der-fall-elmer/story/31457715>> (9. November 2018).

Unbekannt eingereicht, um den Polizeieinsatz zu untersuchen. Quadroni wurde von seiner Frau (und seinen Kindern) verlassen.<sup>15</sup>

Als einer der berühmtesten Whistleblower der Schweiz wird der Nachwächter der ehemaligen SBG,<sup>16</sup> Christoph Meili, gehandelt. Er entdeckte Mitte der 1990er-Jahre auf einem seiner nächtlichen Kontrollgänge durch die Bank alte Kontobücher, die die SBG zur Vernichtung vorgesehen hatte. Diese enthielten Daten über zahlreiche Konten von Personen jüdischen Glaubens, die im Zuge der Verfolgung durch die Nationalsozialisten im Zweiten Weltkrieg ums Leben gekommen waren. Wie im Zuge der Aufdeckungen Meilis ans Licht kam, hatten die Schweizer Banken – darunter die SBG – Unmengen dieser Vermögen als sogenannte *nachrichtenlose Vermögenswerte*<sup>17</sup> einbehalten, ohne sich darum zu bemühen, mögliche wirtschaftliche Berechtigte (z. B. Nachkomminnen und Nachkommen oder andere Erb:innen der Getöteten) ausfindig zu machen. Meili rettete Teile dieser Aufzeichnungen vor deren geplanter Vernichtung und machte diese publik, woraufhin die SBG die geplante Vernichtung der Daten in einer Pressemitteilung als «bedauerlichen Fehler» abzutun suchte.<sup>18</sup> Dies, weil mit dem Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1996, der zur Bildung einer *Unabhängigen Expert:innenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg*<sup>19</sup> (besser bekannt als: *Bergier-Kommission*<sup>20</sup>) führte,<sup>21</sup> wenige Monate zuvor

15 Vgl. zum Ganzen SRF am 9. Mai 2018, «Whistleblower Adam Quadroni wehrt sich mit Strafanzeigen», <<https://www.srf.ch/news/schweiz/engadiner-baukartell-whistleblower-adam-quadroni-wehrt-sich-mit-strafranzeigen>> (9. November 2018); NZZAS 18/2018, «Baukartell: Anzeige wegen Polizeieinsatz», 11.

16 Seit 1998 infolge der Fusion mit dem ehemaligen Schweizerischen Bankverein: UBS AG.

17 Als «nachrichtenlose Vermögenswerte» gelten Bankguthaben oder Wertanlagen, bei denen die Bank den Kontakt zu den Kontoinhaberinnen und -inhabern verloren hat, ohne dass sie diesen wiederherstellen konnte – meist aufgrund Versterbens der Inhaber:innen – und von deren Existenz die Erbberechtigten keine Kenntnis haben; vgl. zur heutigen Rechtslage BankG 371f.

18 Vgl. hierzu NZZ vom 15. Januar 1997, «Ein <bedauerlicher Fehler>: Unverständliche Aktenvernichtungsaktion der Bankgesellschaft trotz bankinternem Vernichtungsstopp», 13.

19 Kurz: UEK.

20 Nach deren Präsidenten *Jean-François Bergier* benannt; vgl. Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg, *Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg*, Zürich 2002, Schlussbericht einsehbar unter: <<https://www.uek.ch/de/schlussbericht/synthese/uekd.pdf>> (9. November 2018).

21 Die Kommission bezweckte die Aufarbeitung der Rolle der Schweiz – insbesondere ihres Finanzplatzes – im Zweiten Weltkrieg. Der genaue Auftrag des Bundesrates

ein Vernichtungsverbot für Daten über nachrichtenlose Vermögenswerte in Kraft getreten war. Die Aktion brachte die Schweizer Banken weit über die Landesgrenzen hinaus in schwere Kritik. Meili sah sich nach dem Erhalt von Drohbriefen und angesichts einer ihm drohenden Strafverfolgung veranlasst, mit seiner Familie in die USA zu flüchten. Er erhielt als erster Schweizer Staatsbürger politisches Asyl in den Vereinigten Staaten. Erst viele Jahre nach seinen Aufdeckungen, und lange nach Einstellung des Verfahrens gegen ihn, ist Meili wieder dauerhaft in die Schweiz zurückgekehrt.<sup>22</sup> Im Jahr 2018 wurde ein Dokumentarfilm<sup>23</sup> über seine Bekanntmachungen und sein Leben als Whistleblower veröffentlicht; eine Internetseite<sup>24</sup> informiert heute über die Hintergründe der «Affäre Meili».

- 7 All jene Whistleblower:innen verbindet, dass mit ihren Enthüllungen negative persönliche Konsequenzen verbunden waren. Alle verloren mindestens ihre Stelle – viele darüber hinaus auch ihre Existenz und ihre Familie.<sup>25</sup> Mit Ausnahme des Bündners Adam Quadroni wurden alle für

---

an die UEK ergibt sich aus Art.1 des Bundesbeschlusses vom 13. Dezember 1996 betreffend die historische und rechtliche Untersuchung des Schicksals der infolge der nationalsozialistischen Herrschaft in die Schweiz gelangten Vermögenswerte (SR 984).

- 22 Vgl. zum Ganzen statt vieler NZZ vom 18. Januar 1997, «Unterstützungsfonds für SBG-Nachtwächter», 53; NZZ vom 1. März 1997, «Herausgegriffen. Ex-Wachmann Meili: vom Held zum Märtyrer», 22; NZZ vom 21. Mai 1997, «Strafverfahren gegen Meili wird weitergeführt. Erfolgreiche Intervention D'Amatos», 55; NZZ vom 26. Mai 1997, «US-Senat befürwortet Asyl für Christoph Meili», 13; NZZ vom 17. September 1997, «Ehrung für Christoph Meili in Israel», 14; NZZ vom 2. Oktober 1997, «Strafverfahren gegen Wachmann Meili eingestellt. Begründung am Donnerstag», 53; NZZ vom 3. Oktober 1997, «Akten unterstehen nicht dem Bankgeheimnis. Begründung der Einstellungsverfügung im Fall Meili», 53; NZZ vom 31. Oktober 1997, «Hilfloser Held – Ehrung Christoph Meilis in New York», 14; NZZ vom 14. Januar 1998, «Meili verklagt UBS auf 2,56 Milliarden Dollar», 11; NZZ vom 13. August 1998, «Durchbruch zu einer <Globallösung> – Ablösesumme von 1,25 Milliarden Dollar», 1; NZZ 174/2008, «Zwischen Zivilcourage und Denunziantentum. Bundesrat will Schutz der Whistleblower etwas verbessern», 7; NZZ vom 13. August 2018, «Blick zurück: Die Schweizer Banken auf der Anklagebank», 10; TAo am 12. August 2018, «Ich würde es wieder tun», <<https://www.tagesanzeiger.ch/27167409>> (13. November 2018).
- 23 «Die Affäre Meili. Ein Whistleblower zwischen Moral und Milliarden».
- 24 Siehe <<https://www.offenerechnungen.ch>> (13. November 2018); vgl. insbesondere Kapitel 8, «Christoph Meili: Held oder Nestbeschmutzer?».
- 25 Vgl. hierzu die oben genannten Quellen.

ihre Aufdeckungen strafverfolgt; alle – außer Rudolf Elmer<sup>26</sup> – wurden verurteilt<sup>27</sup> und/oder flüchteten<sup>28</sup>. Vor diesem Hintergrund wird klar, dass die aktuelle Rechtslage in der Schweiz Whistleblowing kaum zulässt. Im Gegenteil wird der Geheimnisverrat in der Schweiz auch gesellschaftlich weitestgehend nicht goutiert. So wird im Zuge der Enthüllungen immer wieder die Frage aufgeworfen, ob es sich bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern um schillernde Heldinnen respektive Helden oder infame «Nestbeschmutzer:innen», Verräter:innen oder Denunziant:innen

- 
- 26 Rudolf Elmer wurde zwar verurteilt – jedoch nicht wegen seiner Enthüllungen. Er wurde vonseiten des Bundesgerichts vom Anklagepunkt der Verletzung des Bankgeheimnisses i. S. v. BankG 47 freigesprochen (vgl. Fn. 14).
- 27 *Manning* wurde 2010 verhaftet und 2013 von einem Militärgericht unter anderem wegen «Spionage» zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 35 Jahren verurteilt. Kurz vor Ablauf seiner Amtszeit begnadigte sie US-Präsident Barack Obama – fünf Monate später wurde sie (nach knapp sieben Jahren) aus der Haft entlassen. *Zopfi* und *Wylar* wurden vom Zürcher Obergericht wegen Amtsgeheimnisverletzung i. S. v. StGB 320 I I zu je 20 Tagessätzen à CHF 80.00 bedingt verurteilt. Das Bundesgericht bestätigte das Urteil (vgl. Fn. 8). *Reto T.* wurde in der Sache Hildebrand vom Zürcher Obergericht wegen mehrfacher Verletzung des Bankgeheimnisses i. S. v. BankG 47 I a zu einer bedingten Geldstrafe von 70 Tagessätzen à CHF 30.00 verurteilt, die das Bundesgericht bestätigte – sein Anwalt *Hermann Lei* wurde vom Zürcher Obergericht seinerseits wegen Gehilfenschaft zu einer bedingten Geldstrafe von 40 Tagessätzen à CHF 340.00 verurteilt und verzichtete auf eine Beschwerde ans Bundesgericht (vgl. Fn. 9).
- 28 *Snowden* entzog sich der Strafverfolgung in den USA durch Flucht über verschiedene Stationen nach Moskau, wo er 2013 vorläufig Asyl erhielt, das 2014 und 2017 jeweils um drei Jahre verlängert wurde, vgl. Spiegel online am 7. August 2014, «Russland gewährt Snowden drei Jahre Aufenthalt», <<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/snowden-russland-gewaehrt-drei-jahre-aufenthalt-a-984117.html>> (15. November 2018) und TAO am 18. Januar 2018, «Snowden darf länger in Russland bleiben», <<https://www.tagesanzeiger.ch/ausland/europa/snowden-darf-laenger-in-russland-bleiben/story/15227656>> (15. November 2018). *Assange* plante 2010 die Flucht nach Schweden, wo die schwedische Piratenpartei ihre Server WikiLeaks zur Verfügung stellte, nachdem eine Stilllegung der Server in den USA durch die US-Regierung drohte. *Assanges* Asylantrag wurde von der schwedischen Regierung abgelehnt. 2012 begab sich *Assange* in die ecuadorianische Botschaft in London und beantragte politisches Asyl, was ihm bis auf Weiteres gewährt wurde, vgl. Welt online am 19. August 2010, «Schwedens Piraten gewähren Wikileaks Zuflucht», <[https://www.welt.de/welt\\_print/politik/article9083099/Swedens-Piraten-gewaehren-Wikileaks-Zuflucht.html](https://www.welt.de/welt_print/politik/article9083099/Swedens-Piraten-gewaehren-Wikileaks-Zuflucht.html)> (15. November 2018) und NZZo am 19. Oktober 2010, «Keine Arbeitserlaubnis für Wikileaks-Gründer in Schweden», <[https://www.nzz.ch/wikileaks-gruender\\_schweden-1.8054573](https://www.nzz.ch/wikileaks-gruender_schweden-1.8054573)> (15. November 2018) sowie FAZo am 16. August 2012, «Ecuador gewährt politisch verfolgtem Assange Asyl», <<http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/grossbritannien-gegen-ausreise-ecuador-gewaehrt-politisch-verfolgtem-assange-asyl-11857886.html>> (15. November 2018).

handle.<sup>29</sup> Eine Frage, die vereinzelt Eingang in die juristische Literatur gefunden hat.<sup>30</sup>

- 8 Die Gerichte in der Schweiz bestrafen Whistleblower:innen seit Längerem zwar beständig, aber milde. Der ehemalige Detektiv-Wachtmeister der Stadtpolizei Zürich, Kurt Meier, wurde 1968 wegen einer Amtsgeheimnisverletzung i. S. v. StGB 320 1 lediglich zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 14 Tagen verurteilt.<sup>31</sup> Die genannten Schweizer Whistleblower:innen jüngerer Jahre wurden, wie gezeigt, ebenfalls milde bestraft.<sup>32</sup> Für eine steigende Akzeptanz hinsichtlich des Phänomens Whistleblowing setzt sich im deutschen Sprachraum beispielsweise die Vereinigung Deutscher Wissenschaftler e. V. ein, der gemeinsam mit der Vereinigung für Friedensrecht, IALANA Deutschland, zwischen 1999 und 2017 alle zwei Jahre einen «Whistleblower-Preis» verliehen hat, mit dem Whistleblower:innen für ihren Mut geehrt werden sollten.<sup>33</sup> Für den ruinierten Bündner Whistleblower Quadroni hat ein Student erfolgreich ein *Crowdfunding* ins Leben gerufen, um ihn mit einer Spende von CHF 100'000.00 finanziell zu unterstützen; die eingegangenen Spenden beliefen sich schließlich auf CHF 264'679.00.<sup>34</sup>
- 9 Wenigstens international scheinen die Legislativen verschiedener Staaten Whistleblower:innen vermehrt schützen zu wollen. So haben diejenigen Staaten, die in der Vergangenheit direkt oder indirekt von Fällen

---

29 Vgl. exemplarisch NZZ vom 1. März 1997, «*Ex-Wachmann Meili: Vom Held zum Märtyrer*», 22; NZZ vom 22. Mai 2006, «*Petzen, denunzieren, Missstände aufdecken*», 64; Welt 32/2013, «*Verräter oder Helden?*», 4; NZZaS 2/2012, «*Schweigen bleibt Gold*», 22; SZo am 17. Oktober 2014, «*Nestbeschmutzer oder Held? Die Rechtslage für Whistleblower*», <<https://www.sueddeutsche.de/news/karriere/arbeit-nestbeschmutzer-oder-held-die-rechtslage-fuer-whistleblower-dpa.urn-newsml-dpa-com-2009-0101-141006-99-03891>> (18. November 2018); SRFo am 11. Juni 2018, «*Whistleblower: Verräter oder Held?*», <<https://www.srf.ch/sendungen/treffpunkt/whistleblower-verraeter-oder-held>> (18. November 2018); NZZo am 15. Mai 2018, «*Whistleblower: Sind Sie Verräter oder Helden*»; nachfolgend vertieft thematisiert in 22 ff.

30 Vgl. exemplarisch m. w. H. CARRANZA/MICOTTI, 5 f.; JOSITSCH/BRUNNER, 485; Ledergerber, 13 ff.; RUDIN, 4 f.

31 BGE 94 IV 68.

32 Vgl. Fn. 27.

33 Siehe «Whistleblower-Preisträger», <<https://vdw-ev.de/whistleblower-preistraeger/>> (18. November 2018).

34 Siehe «Hilfe für Whistleblower», <<https://wemakeit.com/projects/hilfe-fuer-whistleblower>> (18. November 2018); zur medialen Berichterstattung statt vieler BAZo am 11. Mai 2018, «Spendenaktion für Bauskandal – Enthüller bricht alle Rekorde», <<https://bazonline.ch/schweiz/Spendenaktion-fuer-Bauskandal-Enthueller-bricht-alle-e-Rekorde/story/19731062>> (18. November 2018).

des Whistleblowings betroffen waren, legislatorische Anstrengungen unternommen, um dem Phänomen zu begegnen. Namentlich in den Niederlanden, den USA und einem großen Teil der Commonwealth-Staaten – z. B. Großbritannien, Neuseeland, Südafrika – sowie in Japan und einigen südamerikanischen Staaten gibt es Whistleblower:innen-Gesetze.<sup>35</sup> 2020 trat ferner die EU-Richtlinie 2019/1937 zum «Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden» in Kraft. Diese bietet (insbesondere aus Schweizer Perspektive) einen weitreichenden Schutz für Whistleblower:innen.<sup>36</sup>

Auch in der Schweiz schien einstweilen aufseiten der Politik ein Umdenken stattzufinden: weg vom negativen Bild und hin zur Solidarisierung mit den Whistleblowerinnen und Whistleblowern.<sup>37</sup> Mit den parlamentarischen Vorstößen durch die ehemaligen Nationalräte Remo Gysin<sup>38</sup> sowie Dick Marty<sup>39</sup> wurde im Jahre 2003 der Anstoß zur Verbesserung der rechtlichen Situation gegeben. Dieser reichte jedoch nicht aus. Da in den Räten keine Einigung über den konkreten Wortlaut erzielt werden konnte, wurde auf das Geschäft – nach knapp 17 Jahren – schließlich nicht eingetreten.<sup>40</sup>

Ex-Nationalrat Leutenegger sah sich angesichts des höchstrichterlichen Urteils im Fall Zopfi/Wyler<sup>41</sup> 2012 veranlasst, eine Verbesserung der strafrechtlichen Situation durch Positivierung des außergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* zu fordern. Im Frühjahr 2022 – zehn Jahren später – wurde die Initiative ohne weitere Folge abgeschrieben.<sup>42</sup> Aktuell liegen keine weiteren Initiativen vor.

35 Vgl. hierzu Fn. 38 und 39; CARRANZA/MICOTTI, 115 ff.; GRONEBERG, 55 ff.; IMBACH, Nr. 164 ff.; LEDERGERBER, Nr. 85 ff.; LUTTERBACH, 6 ff.

36 Vgl. 502 ff.

37 Eine kurze Verortung der Regelungen in der Schweiz im internationalen Vergleich etwa bei HILTI, 9 f.

38 Motion 03.3212.

39 Motion 03.3344.

40 Vgl. hierzu 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).

41 Vgl. Fn. 8.

42 Vgl. zum Ganzen Motion 12.419.

B. Stand (straf-) rechtlicher Forschung in der Schweiz

- 12 Die arbeitsrechtlichen Aspekte von Whistleblowing wurden in der Lehre in gewisser Tiefe behandelt. Gerade die einst geplante Änderung des Obligationenrechts wurde in der Dissertation von IMBACH<sup>43</sup> aus dem Jahre 2011 und in verschiedenen Kurzbeiträgen<sup>44</sup> untersucht. Die Motion Gysin wurde ferner in der Dissertation von LEDERGERBER<sup>45</sup> aus dem Jahr 2005 ansatzweise besprochen.
- 13 Die strafrechtlichen Konsequenzen von Whistleblowing im Allgemeinen sowie die mögliche Rechtfertigung eines solchen Verhaltens im Besonderen wurden in der schweizerischen Lehre nicht umfassend beleuchtet. Es existieren zwar verschiedene Aufsätze – oft in Form von Urteilsbesprechungen – zu einzelnen Teilproblemen.<sup>46</sup> Eine Grundlagenarbeit zum Thema ist bisher aber nicht erschienen. Bereits die Frage nach der Definition von Whistleblowing ist mit Blick auf die bestehende Lehre noch nicht eingehend behandelt worden. Zwar enthalten die arbeitsrechtlichen Dissertationen definitorische Absätze – eine eingehende Auseinandersetzung mit den einzelnen Elementen findet indes nicht statt.<sup>47</sup> Die empirischen Auswertungen<sup>48</sup> zu Whistleblowing wurden bisher ebenfalls nicht thematisiert. CARRANZA/MICOTTI bieten in ihrem Werk aus dem Jahre 2014 eine kurze Übersicht über einige der wichtigsten Straftatbestände, die von Whistleblower:innen erfüllt werden können; die Aufzählung ist aber nicht abschließend. Ferner erörtern sie summarisch die etwaige Rechtfertigung.<sup>49</sup> Zur außergesetzlichen Rechtfertigung äußern sich JOSITSCH/BRUNNER<sup>50</sup> und PAYER<sup>51</sup> eingehend. Alternative Lösungsansätze zur Legitimierung von Whistleblowing wurden bisher im Schweizer Schrifttum ebenfalls nicht (umfassend) besprochen.

---

43 Vgl. m. w. H. IMBACH, Nr. 357 ff.

44 Vgl. beispielsweise HUG, 10; JOSITSCH/DRZALIC, 356 ff.; JOSITSCH/CONTE, 365 ff.; LICCI, 1182 ff.; PORTMANN, 987 ff.; RIHM, 51 ff.

45 Vgl. m. w. H. LEDERGERBER, Nr. 161 ff.

46 Vgl. zum Geheimnisbruch mit besonderem Blick auf Bankgeschäfte HUG, 11 ff.; zur Stellung des Whistleblowers im Strafverfahren JOSITSCH, Whistleblowing, 261 ff.; zum Urteil im Fall Zopfi/Wyler JOSITSCH/BRUNNER, 482 ff.; anlässlich des Falls Hildebrand beispielsweise EICKER, Whistleblowing, 68 ff. und JOSITSCH/CONTE, 357 ff.

47 Vgl. IMBACH, 24 ff.; LEDERGERBER, 8 ff.

48 Vgl. 61 ff.

49 Vgl. CARRANZA/MICOTTI, 64 ff.

50 Vgl. JOSITSCH/BRUNNER, 485 ff.

51 Vgl. PAYER, WbI, 186 ff.



Vor diesem Hintergrund scheint es angezeigt, diese bestehende Lücke zu schließen. Hierzu will die vorliegende Arbeit ihren Beitrag leisten. 14

### C. Ziel und Gegenstand der Untersuchung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, zu untersuchen, ob und, falls nötig, wie Whistleblowing aus strafrechtlicher Sicht zu legitimieren ist. 15

Hierzu gilt es, erst der Teilfrage nachzugehen, ob Whistleblowing zu legitimieren ist. Dies insofern, als dass Forschungsergebnisse über Kosten und Nutzen von Whistleblowing für die Gesellschaft analysiert werden sollen. Bejahendenfalls ist das Phänomen Whistleblowing klar zu definieren. Dann sollen bestehende Strafdrohungen aufgezeigt werden; ferner ist in diesem Zusammenhang zu erörtern, ob nicht bereits eine hinreichende Legitimation des Phänomens besteht. Hierfür sind die bestehenden Rechtfertigungsgründe und deren Wirksamkeit zu untersuchen, um so einen etwaigen Regelungsbedarf zu extrapolieren. 16

Der Teilfrage nach dem *wie* ist nachzuspüren, indem nötigenfalls<sup>52</sup> alternative Lösungsansätze entwickelt und erörtert werden, aus denen dann abschließend ein geeigneter Ansatz als Lösungsvorschlag konkretisiert werden soll. 17

### D. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit ist – inklusive Einleitung und Fazit – in fünf Teile gegliedert, wobei der Hauptteil wiederum dreigeteilt ist. 18

Teil 1 des Hauptteils geht in einem ersten Kapitel der Frage nach, inwieweit es sich bei Whistleblowing denn um ein schutzwürdiges Verhalten handelt. Dabei werden die notorischen *Contra*-Argumente vorgestellt und bestehenden *Pro*-Argumenten sowie empirischen Studienergebnissen gegenübergestellt. Sodann wird eine Definition des Phänomens im Lichte dieser Erkenntnisse erarbeitet. So soll es gelingen, die etwaige Schutzwür- 19

---

52 Dies unter der Voraussetzung, dass die bestehenden Rechtfertigungsgründe einen unzureichenden Whistleblowing-Schutz bieten, wovon vor dem Hintergrund, dass Whistleblower:innen in der Schweiz bisher regelmäßig verurteilt wurden, als Arbeitshypothese ausgegangen werden kann.

digkeit des Verhaltens aufzuzeigen sowie die theoretischen Grundlagen und Fachbegriffe für das Verständnis der Arbeit näherzubringen.

- 20 Teil 2 des Hauptteils befasst sich, verteilt über zwei Kapitel, mit den strafrechtlichen Implikationen von Whistleblowing *de lege lata*. In einem Kapitel werden wesentliche Bestimmungen des Kern- und Nebenstrafrechts sowie deren Tatbestandselemente vorgestellt, um eine Übersicht über bestehende Strafbestimmungen zu verschaffen und ein vertieftes Verständnis für den Geheimnisverrat zu vermitteln. In einem weiteren Kapitel wird alsdann auf die Möglichkeiten der Legitimation eingegangen. Auf diesem Wege soll ein etwaiger Regelungsbedarf herausgearbeitet werden.
- 21 Teil 3 des Hauptteils befasst sich mit der Legitimation des Verhaltens. In einem Kapitel werden verschiedene Möglichkeiten der Legitimation erdacht und kurz evaluiert, um eine Übersicht über teilweise bestehende Lösungsansätze zu bieten und deren Tauglichkeit argumentativ zu ergründen. In einem letzten Kapitel werden mögliche Lösungsvorschläge konkretisiert.

# 1. Teil: Zum Phänomen «Whistleblowing»

## I. Whistleblowing – Fluch oder Segen?

Zu Beginn dieser Arbeit gilt es, sich der Frage zu widmen, inwiefern es sich bei Whistleblowing denn um ein *schützenswertes* und *schutzbedürftiges* Verhalten handelt. Denn nur in dem Fall ist es angezeigt, sich mit der Ausarbeitung eines Whistleblowing-Schutzes näher zu befassen. 22

Zu diesem Zweck sollen nachfolgend erst die von Kritikerinnen und Kritikern regelmäßig vorgebrachten Argumente «gegen Whistleblowing» beleuchtet und genauer analysiert werden. Einleitend ist zu den Einwänden «gegen Whistleblowing» festzuhalten, dass es zum Teil schwierig ist festzustellen, wogegen sich diese jeweils richten. Meist zielen sie entweder auf die Person oder das Verhalten der Whistleblower:innen und deren (vermeintlich negative) Folgen ab. Im (rechts-) politischen Diskurs dienen sie dazu, gegen die Einführung eines Whistleblowing-Schutzes zu argumentieren. Es handelt sich somit bei Lichte betrachtet nicht ausschließlich um Argumente gegen Whistleblowing. 23

Diesem Umstand soll nachfolgend Rechnung getragen werden, indem die jeweiligen Einwände in Argumente *contra* Whistleblower:innen, Whistleblowing und die Einführung eines Whistleblowing-Schutzes eingeteilt werden. Alsdann soll versucht werden, diese anhand von Gegenargumenten und statistischen Daten zu relativieren oder gar zu entkräften. 24

Sofern sich aus diesen Betrachtungen eine *Schutzwürdigkeit* ergeben sollte, wird anschließend eine *Schutzbedürftigkeit* zu erörtern sein. 25

A. Argumente contra ...

1. ... Whistleblower:innen

- 26 DEISEROTH nennt in seinem Aufsatz vier *Einwände*, die von Kritikerinnen und Kritikern *gegen* «Whistleblowing am Arbeitsplatz» vorgebracht würden. Die ersten beiden gehen dahin, dass Whistleblower:innen *illoyal* seien. Diese Illoyalität belaste zum einen die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer:innen sowie das Betriebsklima insgesamt und sei Ersteren nicht zuzumuten.<sup>53</sup> Es handelt sich mithin eher um Einwände gegen Whistleblower:innen und gegen deren (vermeintliches) Wesen statt gegen Whistleblowing als Phänomen.
- 27 In ähnliche Richtung zielt die Vorbringung LEISINGERS<sup>54</sup>, dass es (seiner Einschätzung nach<sup>55</sup>) teils aus «*höchst illegalen Motiven*», wie plumpem und unappetitlichem Denunziantentum «*[...] mit einer opportunistischen Auswahl der zur Sprache gebrachten Dinge*», zu Whistleblowing<sup>56</sup> komme. Der Vorwurf geht dahin, dass einige Whistleblower:innen negativ konnotierte Motive verfolgen würden.
- 28 Während die von DEISEROTH genannten Einwände primär die betriebswirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Konsequenzen (vermeintlich) *illoyaler Angestellter* in den Fokus rücken, zielt LEISINGERS Vorbringung klarer in Richtung einer strafrechtlich relevanten Motivlage bei Whistleblower:innen ab (beispielsweise in Form von Delikten gegen die Ehre nach StGB 173 ff.).
- 29 Ob und inwiefern sich aus diesen Vorwürfen gegen den Charakter von Whistleblower:innen (sachliche) Argumente gegen einen Whistleblowing-Schutz ableiten lassen, ist nachfolgend zu klären.<sup>57</sup>

---

53 Vgl. DEISEROTH, 128.

54 Vgl. 134 m. w. H.

55 Die Vorbringung LEISINGERS verweist auf keine Quellen; ferner erläutert er nicht, aufgrund welcher Erfahrungen oder Überlegungen er zu diesem Schluss kommt.

56 LEISINGER bezeichnet es als «Quasi-Whistleblowing», vgl. 134 m. w. H.

57 Vgl. 35 ff.

## 2. ... Whistleblowing

Die zwei weiteren Einwände, die DEISEROTH aufzählt, lassen sich wie folgt 30  
resümieren: Besagte Illoyalität gehe oft mit der Bekanntgabe «*sensibler oder vertraulicher innerbetrieblicher Informationen*» einher, was arbeitsvertragliche Pflichten verletze und den Ruf und die Wettbewerbsfähigkeit der Arbeitgeber:innen empfindlich beeinträchtige (und deshalb ebenfalls unzumutbar sei).<sup>58</sup> Jene Einwände zielen eher auf die (gegebenenfalls) negativen Konsequenzen von Whistleblowing für die betroffenen Arbeitgeber:innen.

Mit besonderem Blick auf *anonymes* Whistleblowing finden sich ferner 31  
Einwände bei VAUGHN<sup>59</sup>. Dieser weist unter anderem auf den Unterschied zwischen *vertraulichen*<sup>60</sup> und *anonymen* Hinweisen hin, den gewisse Gesetze machen, und erklärt, dass praktische Überlegungen den Wert anonymer Meldungen reduzieren würden, und zwar so, dass diese die (Straf-) Verfolger:innen nicht mit allen nötigen Details versorgen würden und eine Rückfrage zwecks Konkretisierung vonseiten der Verfolger durch die Anonymität verunmöglicht werde. Anonyme Meldungen würden ferner höhere Kosten verursachen, denn Anonymität könne missbräuchliche Meldungen fördern. Diese (zusätzlichen) Falschmeldungen müssten erkannt und aussortiert werden.

Ferner ergäben sich aus einer Anonymität mögliche Nachteile für die 32  
Whistleblower:innen. Es bestünden beispielsweise die Gefahren, in einer Flut von Meldungen unterzugehen und vergessen zu bleiben oder aufgrund der Detailtiefe der Meldung identifiziert zu werden.<sup>61</sup> Des Weiteren könne die Glaubhaftigkeit anonymer Hinweise ob moralischer Vorbehalte in Mitleidenschaft gezogen werden. Eine mit Unternehmensrevisoren als Probanden durchgeführte Studie habe ebensolche moralischen Vorbehalte aufzeigen können: Anlässlich der Studie wurden die Revisorinnen und Revisoren mit anonymen sowie nicht anonymen Missstandsmeldungen *desselben Inhalts* konfrontiert. Die Probandinnen und Probanden stufen dabei die

58 Vgl. DEISEROTH, 128.

59 Vgl. zum Ganzen VAUGHN, 309 f. m. w. H.

60 Im engl. Original: *confidential reporting*; vgl. VAUGHN, 309.

61 Diese beiden Einwände scheinen weniger auf die Anonymität zurückzuführen zu sein. Ersterer beschreibt eher ein logistisches Problem, das sich darüber hinaus bei nicht anonymen Meldungen ergeben könnte, während es bei Letzterem vielmehr um ein Problem der Geheimhaltung geht, das sich nicht aus der Anonymität heraus ergibt, sondern diese lediglich gefährdet.

anonymen Meldungen als weniger glaubhaft ein und setzten in der Folge weniger Ermittlungsressourcen darauf an, den Hinweisen nachzugehen. Die Glaubwürdigkeit der Whistleblower:innen entziehe sich ferner einer Überprüfung, obschon eine solche im Regelfall der Glaubhaftigkeit der Hinweise die nötige Autorität verleihen könnte.<sup>62</sup>

- 33 Zusammenfassend zielen die Vorbehalte VAUGHNS darauf ab, dass anonymes Whistleblowing aus den genannten Gründen qualitativ minderwertig sei und/oder (insbesondere von den Empfängerinnen und Empfängern) wahrgenommen werde und (gegebenenfalls) höhere Kosten verursache.
- 34 Wieder stellt sich die Frage, ob und inwiefern sich hieraus Argumente gegen die Einrichtung eines Whistleblowing-Schutzes ableiten lassen.

### 3. ... Whistleblowing-Schutz

- 35 Dogmatische Begründungen gegen die Einrichtung eines Whistleblowing-Schutzes finden sich in der Literatur nicht – oder zumindest nicht explizit. Falls doch, lassen sie sich bestenfalls aus den genannten Argumenten gegen Whistleblower:innen respektive Whistleblowing ableiten.
- 36 Am schwierigsten gestaltet sich dies bei den Einwänden, die sich gegen den (vermeintlichen) Charakter der Whistleblower:innen richten. Im Wesentlichen werden diese, wie erwähnt, als «Verräter:innen», «Nestbeschmutzer:innen», «Denunziant:innen» etc. bezeichnet.<sup>63</sup> Es sind mithin moralische oder besser: *moralisierende* Argumente, die vorgebracht werden.<sup>64</sup> Es wird ihnen ein vordergründig zwar nicht zwingend illegales, aber unmoralisches Verhalten vorgeworfen. Vermutlich lautete das unausgesprochene Argument gegen die Einrichtung eines Whistleblowing-Schutzes: «Whistleblower:innen verdienen<sup>65</sup> keinen Schutz». Folglich muss geklärt werden, ob diese Einschätzungen zum Charakter und zu etwaigen Motiven der Whistleblower:innen denn zutreffen und ob diese relevant sind.

---

62 Vgl. zum Ganzen VAUGHN, 309 f. m. w. H.

63 Vgl. 7.

64 Auch wenn sich moralische und rechtliche Argumente nicht voneinander trennen lassen, suchen Gesetze wenigstens im Optimalfall die moralischen Vorstellungen der Gesellschaft widerzuspiegeln. Dies sagt nichts darüber aus, ob die aktuell vorherrschenden Moralvorstellungen (und die darauf basierenden Gesetze) die Bezeichnung verdienen beziehungsweise «richtig» oder «gut» sind. Vgl. 219 ff.

65 Weil sie «illoyale» und/oder teilweise «böswillige» Menschen sind.

Aus den Argumenten gegen Whistleblowing lässt sich ebenfalls ein Vorbehalt allgemeiner Natur gegen die Einrichtung eines Schutzes ableiten: «*Whistleblowing ist kein schützenswertes Verhalten, da es ruf- und (mithin) geschäftsschädigend sowie arbeitsvertragswidrig ist*». Ob diese Behauptungen zutreffend und ob anonyme Meldungen minderwertig sind, gilt es nachfolgend zu klären. 37

#### 4. Zwischenfazit

Die wenigen *Contra*-Argumente gegen Whistleblower:innen<sup>66</sup> sowie Whistleblowing<sup>67</sup> lassen sich zur besseren Übersicht wie folgt resümieren: 38

1. Das Moralargument: *Whistleblower:innen sind illoyale «Verräter:innen» etc. und handeln wider gesellschaftliche Moralvorstellungen.*
2. Das Missbrauchsargument: *Whistleblower:innen missbrauchen interne und/oder externe Meldestellen, um sich zu übervorteilen und/oder Unbescholtene zu schaden.*<sup>68</sup>
3. Das Wirtschaftsargument: *Durch Whistleblowing werden unter Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten sensible Interna preisgegeben. Whistleblowing schadet dem Ruf und der Wettbewerbsfähigkeit betroffener Unternehmen.*

Mit Blick auf die Form des anonymen Whistleblowings ergibt sich noch ein viertes Argument, wobei es in diesem Fall besser ist, von einem Vorbehalt zu sprechen: 39

4. Der Anonymitätsvorbehalt: *Anonymes Whistleblowing ist im Vergleich zu regulärem Whistleblowing qualitativ minderwertig und/oder wird von den Empfängerinnen und Empfängern so eingeschätzt. Ferner bietet es Missbrauchsmöglichkeiten (vgl. Missbrauchsargument) und verursacht so höhere Kosten.*

Nachfolgend sollen diesen *Contra*-Argumenten die jeweils angeführten *Pro*-Argumente entgeggehalten werden. 40

66 Gegen Whistleblower:innen vgl. 26 ff.

67 Gegen Whistleblowing vgl. 30 ff.

68 Im Weiteren wird dieses Verhalten zwecks klarer Abgrenzung von tatsächlichem Whistleblowing i. S. obiger Definition (vgl. 304) als «*Pseudo-Whistleblowing*» bezeichnet. Bei LEISINGER auch: «*Quasi-Whistleblower:innen*», vgl. oben Fn. 56. Zur Strafbarkeit dieses Verhaltens vgl. nachfolgend 368 und 410 ff.

B. Argumente pro ...

1. ... Whistleblower:innen

- 41 DEISEROTH führt in seinem Beitrag Argumente *pro* Whistleblowing («am Arbeitsplatz») auf, die sich in Argumente *pro* Whistleblower:innen sowie Whistleblowing unterteilen lassen. Er hält fest, bei Whistleblower:innen handle es sich um eine betriebliche Ressource, und zwar insofern, als dass sie oft frühzeitig auf bestehende oder im Entstehen begriffene Missstände hinweisen. Als menschliches Frühwarnsystem würden sie etwaige entstehende Folgekosten und Regressansprüche vermeiden helfen.<sup>69</sup>
- 42 Das *Moralargument* vermag diese Überlegung nicht zu entkräften. Möglicherweise lassen sich aus den nachfolgend zu betrachtenden empirischen Daten diesbezüglich entlastende Schlüsse ziehen.<sup>70</sup>
- 43 Das *Wirtschaftsargument* lässt sich wenigstens relativieren, da ein funktionierendes «menschliches Frühwarnsystem» ein etwaiges Schädigungspotenzial zu mindern oder gar aufzuheben vermag.

2. ... Whistleblowing

- 44 DEISEROTH führt *pro* Whistleblowing an, dass es unter anderem eine unverzichtbare Ressource im Risiko-Diskurs sei. Hierzu erklärt er, dass ein Großteil der Forschung und Entwicklung heutzutage durch unabhängige Forschungskräfte und Fachleute erfolge.<sup>71</sup> Angelegentlich solcher Entwicklungsprojekte könnten diese gegebenenfalls Kenntnis von ungewollten (Neben-) Effekten erhalten, die sich Außenstehenden in aller Regel nicht erschließen (können).<sup>72</sup> In Bezug auf diesen Fall sähen sie sich mit dem

---

69 Vgl. die nachfolgenden Ausführungen zu JOSITSCH und HEROLD unter 44 und 56 f.

70 Vgl. 60 ff.

71 Diese Aussage belegt DEISEROTH zwar nicht, die Annahme lässt sich hingegen nicht ohne Weiteres von der Hand weisen. Denn mit zunehmender Komplexität und Technologisierung wird es zunehmend schwieriger, die zur Entwicklung notwendigen, hochqualifizierten Fachkräfte im Unternehmen zu binden.

72 Dies aufgrund der Komplexität der Forschung und des dafür nötigen Mittelaufwandes.



moralischen Dilemma konfrontiert, dass das Bekanntwerden ebendieser (Neben-) Effekte nicht im Interesse der Auftrag- und Geldgeber:innen, ein Verschweigen dagegen nicht im Interesse der Gesellschaft läge. Eine Überwindung dieses Dilemmas setze die Möglichkeit einer uneingeschränkten Kommunikation voraus, da verantwortungsbewusste Wortmeldungen von Insiderinnen und Insidern für den öffentlichen rationalen Diskurs unerlässlich seien.<sup>73</sup>

Ferner verhalte es sich so, dass in zunehmend größer werdenden Betrieben klassische Anreiz- und Kontrollmechanismen wie beispielsweise Lohn, Hierarchie oder Recht an Wirksamkeit verlören und die Einhaltung moralischer Standards an Bedeutung gewinne.<sup>74</sup> Eine «diskursive Betriebs- und Unternehmensethik» resultiere in einem *Image*-Schub für Unternehmen – komme es der Kundschaft sowie Geschäftspartnerinnen und Geschäftspartnern doch vermehrt auf eine «ethische Sensibilität» an, die es sowohl betriebsintern als auch -extern zu vermitteln gelte.<sup>75</sup> 45

Die *Pro*-Argumente DEISEROTHS lassen sich demnach wie folgt resümieren: Whistleblowing ist (insbesondere in der Forschung und Entwicklung) essenziell für einen öffentlichen rationalen Diskurs. Ferner ist es für Unter- 46

73 Vgl. zum Ganzen DEISEROTH, 128 f.

74 Die Grundthese scheint dahin zu gehen, dass die zunehmende Unternehmensgröße mit einer vermehrten *Verantwortungsdiffusion* (und deren negativen Effekten) einhergeht. Bei der Verantwortungsdiffusion handelt es sich um einen Begriff aus der (Sozial-) Psychologie. Er beschreibt das Phänomen, dass eine Aufgabe, die zu tun wäre, nicht ausgeführt wird, obschon dafür genügend fähige Personen verfügbar wären. Der Grund liegt darin, dass alle fähigen Personen bewusst oder unbewusst darauf hoffen, dass sich eine andere Person der Aufgabe rechtzeitig widmen wird. Vgl. hierzu DORSCH *online*, *Diffusion der Verantwortung*, <<https://dorsch.hogrefe.com/stichwort/diffusion-der-verantwortung>> (5. März 2021). Für den Fall, in dem innerhalb einer Unternehmung bereits ein bekannter Missstand besteht, bedeutet das, dass mit zunehmender Unternehmensgröße noch andere Personen (teils Hunderte oder Tausende) anwesend sind, die ebenfalls fähig wären, den Missstand zu beheben, dies aber gerade deshalb nicht getan wird. Mit Blick auf die Prävention von Missständen ist weiter zu berücksichtigen, dass das Individuum in derartigen Größenverhältnissen an Bedeutung verliert. Es entsteht eine gewisse «Anonymität». Dort reichen gute Bezahlung, Hierarchie (Vorbilds-, aber auch Überwachungsfunktion) oder die Androhung, bei Fehlverhalten arbeitsrechtliche Verpflichtungen zu verletzen, nicht aus, um Missständen vorzubeugen, weil sich Täter:innen erhoffen, in der Masse nicht aufzufallen. Abhilfe schafft man, wenn moralische Standards vermittelt und von der ganzen Gesellschaft eingehalten werden. Nur in solchen Systemen fallen Dissident:innen zuverlässig negativ auf, was eine präventive Wirkung hat.

75 Vgl. zum Ganzen DEISEROTH, 129 f. m. w. H.

nehmen zunehmend von Vorteil, auf ethische Sensibilitäten Rücksicht zu nehmen.

- 47 Die obigen Ausführungen DEISEROTHS relativieren das *Wirtschaftsargument*. Folgt man den Thesen DEISEROTHS, birgt die Förderung von Whistleblowing unter anderem ein gewisses Marketingpotenzial, sich als Unternehmen «mit höchsten ethischen Standards» in einem Markt zu platzieren, der zunehmend auf die Einhaltung ebensolcher Standards Wert legt. Kurzum: Whistleblowing ist nicht zwingend geschäftsschädigend. Es kann im Gegenteil geschäftsfördernd sein, dieses betriebsintern zu fördern.<sup>76</sup>
- 48 *Pro* anonymes Whistleblowing hält VAUGHN fest:<sup>77</sup> Die Anonymität schütze die Schwachen, die nicht imstande seien, sich gegen mächtigen Institutionen zu wehren. Die Aussicht auf Anonymität nehme Whistleblowing das «Heroische»<sup>78</sup> und Sorge so zum einen dafür, dass mehr Meldungen eingehen<sup>79</sup> und Whistleblower:innen zum anderen eher geschützt<sup>80</sup> würden. Aus diesen Gründen würden viele Befürwortende zur Anonymität raten. Und wengleich über Sinn und Unsinn anonymer Meldungen debattiert würde, seien diese – zumindest in Anbetracht der Gesetzgebung in den USA – weitläufig akzeptiert worden und hätten in verschiedene Gesetze Eingang gefunden.<sup>81</sup>
- 49 Den *Anonymitätsvorbehalt* vermag das nicht zu entkräften. Ergänzend ist deshalb anzumerken, dass jenem Vorbehalt angesichts moderner technischer Möglichkeiten heutzutage nicht mehr dieselbe Bedeutung zukommt wie noch zu Zeiten von VAUGHNS Publikation *anno* 2012. Denn nach aktuellem Stand der Technik ist es möglich, mithilfe von IT- und Serverlö-

---

76 Zu einem ähnlichen Schluss kommt auch PORTMANN. Dieser hält fest, dass berechtigte Meldungen das Potential hätten, das Unternehmen und seine Eigentümer vor großem Schaden zu bewahren. Diese Interessengruppen hätten daher regelmäßig ein Interesse daran, dass Missstände früh aufgedeckt und beseitigt würden. Aus der Bestimmung in StGB 102 II will er ferner die Pflicht des Unternehmens ableiten, zum Zwecke der Abwendung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens infolge Organisationsmangel eine interne Whistleblower:innen-Stelle einzurichten. Vgl. PORTMANN, 994 f. m. w. H.

77 VAUGHN, 312 m. w. H.

78 Im engl. Original: «*heroic vision [of whistleblowing]*».

79 Da potenzielle Whistleblower:innen nicht mehr einen «winkelriedischen» Mut (zur Selbstopferung) aufbringen müssen; zumal bekanntlich nur wenige fürs Heldentum gemacht sind.

80 Letzteres aus der Überlegung, dass Whistleblower:innen ohne heroischen Charakter schutzbedürftiger sind.

81 Vgl. zum Ganzen VAUGHN, 310 f. m. w. H.

sungen eine «anonyme» Meldestelle einzurichten, die es erlaubt, mit den Whistleblowerinnen und Whistleblowern zu kommunizieren. Anhand moderner Verschlüsselungsmethoden garantiert das System dabei die Anonymität der Whistleblower:innen – sowohl gegenüber den Empfängerinnen und Empfängern als auch gegenüber dem Server-Provider. Der Vorbehalt dürfte mithin infolge der technischen Entwicklungen innerhalb weniger Jahre ganz an Bedeutung verlieren.

Jene moderne Variante anonymen Whistleblowings wäre eher als eine «vertrauliche» im Sinne des Verständnisses von VAUGHN zu werten, und zwar insofern, als eine Kommunikation mit den Whistleblowerinnen und Whistleblowern möglich bleibt und die negativen Konsequenzen einer komplett anonymen Meldung damit wegfallen. Die Personalien der Whistleblower:innen sind ferner einzig dem Datenverarbeitungssystem bekannt und werden von diesem – selbst gegenüber den Meldeempfängerinnen und Meldeempfängern – vertraulich behandelt.

Im Lichte dieser Erkenntnisse bliebe der *Anonymitätsvorbehalt* nur mit Blick auf anonyme Meldungen «im klassischen Sinne» bestehen.

### 3. ... Whistleblowing-Schutz

Explizite Argumentationen für die Einführung eines Whistleblowing-Schutzes lassen sich den genannten Quellen nicht entnehmen. Ein Argument für einen Whistleblowing-Schutz ergibt sich indes aus dem Interesse an der Korruptionsbekämpfung.

Wie beispielsweise JOSITSCH<sup>82</sup> festhält, handle es sich bei Korruptionsdelikten regelmäßig um Delikte in spezieller Form, die in der Literatur als sogenannte *opferlose Delikte* beziehungsweise *Delikte mit Doppeltäterschaftscharakter* bezeichnet werden – wobei letzterer Begriff sicher treffender ist.<sup>83</sup> Der Doppeltäterschaftscharakter ergibt sich daraus, dass sich sowohl die Vorteilsgeber:innen als auch die Vorteilsnehmer:innen inkriminieren. Das

82 Vgl. zum Ganzen JOSITSCH, Korruption, 252 ff. m. w. H.

83 Auch andere Delikte haben keine «Opfer» im technischen Sinne oder wenigstens nicht regelmäßig. Hingegen gibt es auch bei der Korruption «Opfer» im nicht technischen Sinne (sprich: «Geschädigte» respektive Negativbetroffene): Das sind beispielsweise die Öffentlichkeit und/oder ausgestochene Konkurrenten. Ähnlich JOSITSCH, Korruption, 252.

hierzu nötige *quid pro quo*<sup>84</sup> findet alleine im Beisein der Täterschaft – sprichwörtlich: «*hinter verschlossenen Türen*» – statt, ohne dass die Geschädigten je zwingend von der verbotenen Abmachung erfahren.<sup>85</sup> Korrupte Aktivitäten zu vertuschen, sei deshalb verhältnismäßig leicht.<sup>86</sup> Es sei dementsprechend auch in Ermangelung belastbarer, empirischer Daten anzunehmen, dass die Dunkelziffer unerkannter Korruptionsfälle außerordentlich hoch sei.<sup>87</sup> Ähnliches beschreibt HEROLD für Deutschland, wenn er angibt, dass das vermutete Dunkelfeld in der «*weitgehend unangetasteten <Wachstumsbranche> Korruption*» mindestens 95 Prozent betrage.<sup>88</sup>

- 54 Ein Blick in die Kriminalstatistiken zeigt, dass beispielsweise die polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) aus dem Jahre 2019 die Delikte des 19. Titels des StGB («Bestechung») nicht aufführt.<sup>89</sup> Aus Gründen der Übersichtlichkeit beschränke man sich auf die Darstellung der häufigsten Titel des StGB und eine Auswahl der darin enthaltenen Straftatbestände.<sup>90</sup> Führt man sich die Verurteilungstabelle erwachsener Personen wegen Verbrechen und Vergehen nach Artikeln des StGB für den Zeitraum zwischen 1983 und 2019 des BFS vor Augen, ist festzustellen, dass seit Einführung der StGB 322<sup>ter</sup> bis 322<sup>septies</sup> (betreffend die Bestechung von sowie die Vorteilsnahme als Amtsträger) am 1. Mai 2000 *insgesamt* gerade einmal 285 Verurteilungen im Bereich dieses 19. Titels ergangen sind, was einem Durchschnitt von 15 Verurteilungen *per annum* entspricht. 193 – sprich zwei Drittel – davon ergingen wegen einer Verletzung des StGB 322<sup>ter</sup> («*Bestechung schweizerischer Amtsträger*»); weitere 50 wegen Verletzung des Folgeartikels («*Sich bestechen lassen*»). Die per 1. Juli 2016 eingeführten StGB 322<sup>octies</sup> und 322<sup>novies</sup>, die Korruption zwischen Privaten unter Strafe stellen, kamen seit ihrer Einführung *kein einziges Mal* zur Anwendung.

---

84 Lat. für: «dies für das». Alternativ: *do ut des* – «*Ich gebe, damit du gibst*» oder im deutschen Sprachgebrauch weitverbreitet: *manus manum lavat* – «*Die eine Hand wäscht die andere*».

85 Dies ist bei einer Vielzahl anderer Delikte nicht der Fall, da Geschädigte/Opfer in der Regel – oft auf schmerzliche Art und Weise – von ihrer eigenen Schädigung Kenntnis nehmen (müssen).

86 Ähnlich JEANNET, der festhält, dass Korruption vielfach über Jahre unentdeckt bleibe, zumal man zwar teils Indizien, aber keinerlei stichfeste Beweise für Korruption habe; vgl. JEANNET, 31. Vgl. hierzu auch HEROLD, Diss., 52 ff.

87 Eine von JOSITSCH genannte Quelle rechnet mit einer Dunkelziffer von 97 bis 99 Prozent; vgl. JOSITSCH, Korruption, 252 m. w. H.

88 HEROLD, Diss., 53 m. w. H.

89 Vgl. hierzu PKS 2019, 14 f.

90 PKS 2019, 14.

Seit dem Jahr 2000 sind schweizweit insgesamt 616'271 Verurteilungen (infolge Verletzungen des Kernstrafrechts) ergangen.<sup>91</sup> Dies entspricht einem Jahresmittel von rund 31'000 Verurteilungen. Korruptionsdelikte machten demnach nur ca. 0.046 Prozent – sprich: knapp ein halbes Promille – aller Verurteilungen (nach dem StGB) aus.<sup>92</sup> Die These: «Die Schweizer sind ein gesetzestreu Volk, das von jeglicher Korruption Umgang nimmt», lässt sich damit nicht entkräften. Wesentlich wahrscheinlicher erscheint hingegen die Annahme, dass sich die Beschaffung von Belastungsbeweisen bei Korruptionsfällen äußerst schwierig gestaltet, was deren Aufklärung regelmäßig verunmöglicht. Weitere Optimierungen zwecks Auflösung dieser systemischen Probleme wären diesbezüglich angebracht<sup>93</sup> – beispielsweise durch Förderung interner und externer (anonymer) Whistleblower:innen-Stellen.

JOSITSCH meint, besagten Beweisproblemen sei nicht mithilfe einer schlichten Ausweitung der Strafbarkeit beizukommen. Es bedürfe vielmehr einer Veränderung der äußeren Umstände. Eine Möglichkeit hierzu erblickt er in der Verbesserung der rechtlichen Situation potenzieller Informant:innen: «Die Erfahrung zeigt, dass außerdem zwei Kategorien von Personen von Korruptionsvorgängen häufig Kenntnis erhalten. Es sind dies einerseits die Konkurrenten des Extraneus<sup>94</sup>, andererseits die Mitarbeiter des fehlbaren Amtsträgers. Um diese Kenntnisse nutzbar machen zu können, muss die Kooperationsfreudigkeit des Täterumfeldes erhöht werden».<sup>95</sup> Mit besagter Kooperationsfreudigkeit sei es in der Schweiz aktuell jedoch nicht weit her, was daran liege, dass potenzielle Informant:innen (Whistleblower:innen) hierzulande kaum Schutz genießen.<sup>96</sup> Im Gegenteil würden sie mit einer

91 Stand des Schweizerischen Strafregisters am 31. Mai 2020, in der Annahme des BFS, dass bis zu diesem Zeitpunkt alle im Jahre 2019 ergangenen und in Rechtskraft erwachsenen Urteile eingetragen wurden.

92 Vgl. zum Ganzen BFS, Erwachsene: *Verurteilungen für ein Verbrechen oder Vergehen nach Artikeln des Strafgesetzbuches (StGB), Schweiz und Kantone* («Strafurteilsstatistik»), <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/strafjustiz/jugend-erwachsenenurteile.assetdetail.13407155.html>> (23. Februar 2021).

93 Vgl. hierzu auch HEROLD, Diss., 54 ff. m. w. H.

94 In Zusammenhang mit den Korruptionsdelikten bezeichnet der *Extraneus* den:die (aktive:n) «Bestecher:in» – der *Intraneus* den:die «Bestochene:n». Als *Extraneus* gilt diejenige Person, die bei Sonderdelikten nicht die vorausgesetzten Tätereigenschaften aufweist; vgl. hierzu beispielsweise STRATENWERTH, AT I, § 13 N 25.

95 JOSITSCH, Korruption, 253.

96 Ob und inwiefern ein solcher Schutz besteht, wird nachfolgend untersucht werden. Vgl. 417 ff.

Meldung regelmäßig ihr Auskommen riskieren. Ihr Schweigen sei daher nicht bloß verständlich, sondern in vielen Fällen zwingend. Die Lösung sei in der Einrichtung von Ombuds- oder Informationsstellen zu erblicken, die anonyme Meldungen aufnehmen und an die Strafverfolgungsbehörden weiterleiten würden.<sup>97</sup>

- 57 Ähnlich beschreibt HEROLD, dass als Folge des sehr hohen Schadens- und Gefährdungspotenzials von Wirtschaftskriminalität Staat und Wirtschaft ihre Kontrollprogramme nunmehr anpassen würden. Der sich an der klassischen Strafverfolgung orientierende Ansatz gehe dahin, die *externen* Kontrollmechanismen (beispielsweise anhand innovativer Sanktionsnormen oder des Ausbaus administrativer Überwachungsmethoden) zu verbessern, während ein neuerer Ansatz auf Selbstkontrolle aufseiten der Wirtschaftsakteurinnen und -akteure mittels *Corporate Compliance* und dergleichen setze. Beide Ansätze würden interne und externe Whistleblower:innen-Systeme funktionell einordnen und gezielt auf die Aktivierung von «*silent observern*» als Mittel für eine effektivere Deliktsaufklärung setzen.<sup>98</sup>
- 58 Für die Einführung eines Whistleblowing-Schutzes spricht somit zusammenfassend, dass ein solcher ein essenzielles Potenzial bietet für die Prävention und Aufklärung von Wirtschaftsdelikten im Allgemeinen und Korruptionsdelikten im Besonderen.<sup>99</sup>
- 59 Die aufgeworfenen *Contra*-Argumente konnten bisher indes nur teilweise relativiert werden. Möglicherweise lässt die Analyse empirischer Erhebungen Rückschlüsse darauf zu, ob und inwiefern die genannten *Contra*-Argumente stichhaltig sind.

---

97 Vgl. zum Ganzen JOSITSCH, Korruption, 253 f.

98 Vgl. zum Ganzen HEROLD, Diss., 55 f. m. w. H.

99 Vgl. hierzu auch die Ausführungen KÖLBELS zu Whistleblowing in einer regulierungsorientierten Betrachtungsweise. KÖLBEL, Kapitel 9, 301 f. m. w. H.

## C. Empirische Daten

Die vorliegende Analyse bestehender statistischer Erhebungen und Auswertungen umfasst folgende Studien: 60

1. Die wiederkehrenden Erhebungen der *Ethics & Compliance-Initiative (ECI)*<sup>100</sup> mit Sitz in den Vereinigten Staaten.
2. Das über mehrere Jahre angelegte und vom *Australian Research Council*<sup>101</sup> finanzierte *Whistling-While-They-Work*<sup>102</sup>-Projekt.<sup>103</sup>
3. Zwei Studien der *Fachhochschule Graubünden*<sup>104</sup> sowie den regelmäßig erscheinenden *Whistleblowingreport*<sup>105</sup> (der FHGR in Zusammenarbeit mit der *EQS-Group AG*<sup>106</sup>).

Diese qualifizieren sich für die vorliegenden Betrachtungen zum einen 61 durch die jeweilige Größe ihrer Stichprobe und zum anderen dadurch, dass sie Rückschlüsse auf das Verhalten der Whistleblower:innen sowie auf die Effekte von Whistleblowing in weiten Teilen der Welt (inklusive der Schweiz) zulassen.

Die ECI führt in regelmäßigen Abständen unabhängige Studien zu ethi- 62 schen Standards und Compliance-Praktiken im öffentlichen und privaten Sektor durch, beispielsweise mithilfe des *National Business Ethics Survey (NBES)* und des jüngeren *Global Business Ethics Survey (GBES)*.<sup>107</sup> Letzteres erhebt jährlich die Rückmeldungen von mehr als 18'000 Angestellten weltweit.<sup>108</sup> Im Rahmen der nationalen Umfragen (NBES) wurden im Jahr

100 ECI *online*, <<https://www.ethics.org/>> (3. Februar 2021).

101 ARC *online*, <<https://www.arc.gov.au/about-arc>> (20. Februar 2021).

102 Nachfolgend: WWTW.

103 Letzteres erfährt aktuell ein «Revival»; vgl. hierzu WWTW 2, <<https://www.whistlingwhiletheywork.edu.au>> (22. Februar 2021).

104 FHGR; ehemals: *HTW-Chur*.

105 WBR 2021 und 2019 *online*, <<https://www.whistleblowingreport.ch>> (3. April 2022).

106 Bei der EQS-Group AG handelt es sich um einen deutschen Konzern mit Sitz in München, der unter anderem digitale Compliance-Lösungen für Unternehmen anbietet. Weitere Infos unter <<https://www.eqs.com/de/ueber-eqs/#ueber>> (3. März 2021).

107 Vgl. zum Ganzen ECI *online About*, <<https://www.ethics.org/about/>> (3. Februar 2021).

108 ECI *online Global Business Ethics Survey*, <<https://www.ethics.org/gbes/>> (3. Februar 2021).

2011, in dem zusätzlich ein Sonderreport zu Whistleblowing erschien, Daten von rund 4'500 Personen erhoben und ausgewertet.<sup>109</sup>

- 63 Das *Whistling-While-They-Work*-Projekt (WWTW-Projekt) ist eine der größten Studien Australiens und damit auch weltweit. Involviert waren sechs Universitäten, internationale Mitarbeiter und 14 Partnerorganisationen aus dem öffentlichen Sektor. Die Hauptumfrage (durchgeführt: 2006–2007) generierte einen Rücklauf von 7'663 Antworten öffentlicher Angestellter aus 118 verschiedenen Ämtern. Hinzu kamen Daten weiterer Umfragen mit größeren und kleineren Gruppen von Befragten.<sup>110</sup>
- 64 2014/15 führte ein Team der FHGR (damals HTW-Chur)<sup>111</sup> eine Studie durch, um das Verhältnis zwischen Whistleblower:innen und Medien in der Schweiz zu untersuchen. Das *Working Paper*<sup>112</sup> erschien 2016 *online*. Die Studie sollte unter anderem untersuchen, welche Themen und Organisationen Gegenstand von Whistleblower:innen-Meldungen an Medien sind und wie Whistleblowing in der schweizerischen Praxis vonstattengeht.<sup>113</sup> Hierfür wurden unter anderem insgesamt 273 Meldungen dreier schweizerischer Medien-Meldestellen<sup>114</sup> ausgewertet.<sup>115</sup>
- 65 Seit dem Jahr 2016 befasst sich nahezu dasselbe Team der FHGR<sup>116</sup> mit *Hinweisgeber-Meldestellen in Unternehmen*<sup>117</sup>. In Zusammenhang damit ist der *Whistleblowingreport (WBR)* entstanden. Das Projekt untersucht «*die Determinanten für die erfolgreiche Implementierung und Umsetzung von*

---

109 NBES 2011, 8.

110 Vgl. BROWN, XXI f.

111 Es waren dies Prof. Dr. Urs Dahinden, Prof. Dr. Christian Hauser und Frau Ruth Nieffer M. A.

112 *Whistleblower und Medien in der Schweiz – Situationsanalyse und Empfehlungen für die Zukunft*, nachfolgend: «Working Paper WB 2016», Onlinepublikation, Chur 2016, <[https://www.fhgr.ch/fileadmin/fhgr/angewandte\\_zukunftstechnologien/SII/projekte/Projekt-Whistleblower\\_und\\_Medien\\_in\\_der\\_Schweiz\\_Dahinden\\_et\\_al\\_2016.pdf](https://www.fhgr.ch/fileadmin/fhgr/angewandte_zukunftstechnologien/SII/projekte/Projekt-Whistleblower_und_Medien_in_der_Schweiz_Dahinden_et_al_2016.pdf)> (3. März 2021).

113 Working Paper WB 2016, 9 f.

114 Diese wurden aus Anonymitätsgründen nicht namentlich erwähnt; vgl. Working Paper WB 2016, 52.

115 Working Paper WB 2016, 53.

116 Unter der Leitung von Prof. Dr. Christian Hauser und mit der Erweiterung um Frau Nadine de Giorgi.

117 Zum Projekt, <<https://www.fhgr.ch/fhgr/unternehmerisches-handeln/schweizerisches-institut-fuer-entrepreneurship-sife/projekte/hinweisgeber-meldestellen-in-unternehmen/>> (3. März 2021).



*unternehmensinternen Hinweisgeber-Meldestellen*»<sup>118</sup>. Im Falle des WBR aus dem Jahre 2019, der die Daten von Unternehmen in Deutschland, Frankreich, Großbritannien und der Schweiz aufzeigt,<sup>119</sup> wurde die quantitative Erhebung mithilfe *Online*-Befragung durchgeführt. Pro Land setzte sich die Stichprobe aus rund einem Drittel *KMU*<sup>120</sup> und zwei Dritteln *Großunternehmen*<sup>121</sup> zusammen.<sup>122</sup> Ähnliches ist zum erschienenen WBR 2021 zu sagen, wobei hier mit 1'239 rund 150 Unternehmen weniger an der Umfrage teilnahmen.<sup>123</sup>

Aus Gründen der Übersichtlichkeit und des besseren Verständnisses werden nachfolgend die für die einzelnen *Contra*-Argumente signifikanten Ergebnisse aus allen Studien zusammengeführt und um eine persönliche Stellungnahme ergänzt. 66

### 1. Zum Moralargument<sup>124</sup>

*«Whistleblower:innen sind illoyale <Verräter:innen> etc. und handeln wider gesellschaftliche Moralvorstellungen.»*

#### a. Studienergebnisse

Der Sonderreport der ECI zum Thema Whistleblowing hält fest, dass das vorherrschende Stigma, Whistleblower:innen seien unberechenbare und illoyale Angestellte, inakkurat sei. So würde lediglich einer von sechs Whistleblower:innen (sprich knapp: 17 Prozent) jemals externes Whistleblowing betreiben. Hiervon würden 84 Prozent dies erst nach erfolglosem 67

118 Vgl. <<https://www.fhgr.ch/fhgr/unternehmerisches-handeln/schweizerisches-institut-fuer-entrepreneurship-sife/projekte/hinweisgeber-meldestellen-in-unternehmen/>> (3. März 2021).

119 Insgesamt haben 1'392 Unternehmen an der Befragung teilgenommen – hiervon 365 aus der Schweiz, 331 aus Großbritannien, 352 aus Deutschland und 344 aus Frankreich.

120 20–249 Mitarbeiter:innen.

121 Mindestens 250 Mitarbeiter.

122 Die Befragung richtete sich ausschließlich an Personen innerhalb der jeweiligen Unternehmen, die über vertiefte Kenntnisse bezüglich Compliance-Maßnahmen innerhalb ihrer Unternehmung verfügen. Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 68 f. sowie WBR 2021, 104 f.

123 Vgl. hierzu WBR 2021, 8.

124 Vgl. I. I.A.4, 1.

internem Whistleblowing tun. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass knapp drei Prozent aller Whistleblower:innen sofort externes Whistleblowing betreiben. Die Hälfte davon würde, nach erfolgtem externem Whistleblowing, intern ebenfalls Meldung machen. Somit verblieben (großzügig aufgerundet) zwei Prozent, die *ausschließlich* externes Whistleblowing betreiben.<sup>125</sup>

- 68 Über die Hälfte aller *Erstmeldungen* (56 Prozent) würden an den direkten Vorgesetzten («*Supervisor*») sowie gut ein Viertel (26 Prozent) an Angehörige des höheren Managements gehen. Die verbleibenden 19 Prozent aller *Erstmeldungen* entfielen auf Hotlines und weitere Stellen.<sup>126</sup> Berücksichtigte man *zusätzlich* die Folge-Meldungen, würden *total* 83 Prozent aller Fälle den direkten Vorgesetzten und 65 Prozent dem höheren Management gemeldet. Im Vergleich dazu würde die Hotline (und damit wenigstens teilweise anonyme Meldungen)<sup>127</sup> *insgesamt* 16 Prozent aller Meldungen ausmachen. Hieraus lasse sich schließen, dass die Beziehungen zwischen Whistleblower:innen und Vorgesetzten maßgeblich seien. Je größer das Vertrauen in den direkten Vorgesetzten und/oder das Management,<sup>128</sup> desto sicherer erfolge eine Meldung an ebendiese Personen.<sup>129</sup>
- 69 Im US-amerikanischen Rechtssystem bestehen Normen, die externes Whistleblowing finanziell (z. B. durch sogenannte «*whistleblower bounties*») belohnen.<sup>130</sup> Wie die erhobenen Daten weiter zeigen würden, seien die Sorgen der Unternehmer:innen, Whistleblower:innen würden wegen dieser finanziellen Anreize vornehmlich externe Meldungen absetzen, un-

---

125 Vgl. zum Ganzen NBES WB 2011, 2.

126 Sechs Prozent auf «Andere» (interne Personen, wie Kolleginnen und Kollegen), fünf Prozent auf Hotline/Help Line, fünf Prozent auf «andere Verantwortliche» (beispielsweise den *ethics officer*) und drei Prozent auf externe Stellen; vgl. NBES 2011, 12.

127 Die Statistik listet «Hotline/Help Line» als einen Kanal für Meldungen. Dem Report lässt sich nicht genau entnehmen, ob es einen Unterschied zwischen Hotline und Help Line gibt und ob alle telefonischen Stellen den Anrufenden Anonymität garantieren oder nicht. Es ist wohl davon auszugehen, dass die Ausgestaltung der Parameter für interne Hotlines oder Help Lines insbesondere im privaten Sektor weitestgehend den einzelnen Firmen überlassen ist.

128 Hier ist «Vertrauen» in verschiedener Hinsicht gemeint: Die Whistleblower:innen müssen beispielsweise Vertrauen haben, von ihren Vorgesetzten ernst genommen und nötigenfalls geschützt zu werden. Sie müssen aber darauf vertrauen (können), dass ihren Vorgesetzten ethische Grundsätze wichtig sind und dass sie diese durchsetzen.

129 Vgl. zum Ganzen NBES WB 2011, 11 f.

130 Siehe 152 und 203.

begründet. Tatsächlich sei die Aussicht auf finanzielle Anreize der *unwichtigste* Grund in der Entscheidung, an wen Meldung erstattet würde. Die Verantwortung, externes Whistleblowing zu vermeiden, liege vielmehr bei den betroffenen Unternehmen. Für Whistleblower:innen sei bei ihrer Entscheidung, an welche Stelle(n) sie sich (zuerst) wenden sollen, entscheidend, ob sie innerhalb des Betriebs gute zwischenmenschliche Beziehungen pflegen und ob ethische Prinzipien verfolgt würden.<sup>131</sup>

Auch innerhalb des WWTW-Projekts wurde untersucht, wie viele Whistleblower:innen internes und externes Whistleblowing betreiben würden. Die Studie kam zu dem Schluss, dass 97 Prozent aller Whistleblower:innen erst intern Meldung machten und dass 90 Prozent aller Meldungen intern gelöst wurden. Einzig knapp drei Prozent erstatteten von Beginn weg extern Meldung und knapp zehn Prozent gelangten irgendwann an eine externe Stelle. Unter einem Prozent hiervon gelangten an die Medien – typischerweise erst dann, wenn alle anderen Möglichkeiten erschöpft waren. Ferner wären 84 Prozent aller internen Meldungen an die vorgesetzte Stelle oder das Management erfolgt; während unter zehn Prozent an speziell hierfür vorgesehene Kanäle gerichtet wurden.<sup>132</sup>

Hinsichtlich der jeweiligen Stellung der Whistleblower:innen<sup>133</sup> konnte die Bündner Studie schließen, dass mit 28 Prozent die Mehrheit aller Meldungen von *Kundinnen und Kunden* stammten. Zehn Prozent kamen von *Mitarbeitenden*, acht von *Ex-Mitarbeitenden* und fünf von *Verwandten oder Freundinnen und Freunden von Mitarbeitenden*. Lediglich eine Meldung (0,4 Prozent) kam von einer *Kontrollstelle/Behörde*. Bei der verbleibenden knappen Hälfte (49 Prozent) aller Meldungen lässt sich die Rolle der Urheberin oder des Urhebers entweder nicht genauer bestimmen (27 Prozent) oder der Studie nicht genauer entnehmen (22 Prozent *Sonstiges*).<sup>134</sup>

131 Vgl. zum Ganzen NBES WB 2011, 13 f.

132 Vgl. BROWN, XXV. Die verbleibenden rund drei Prozent (der gesamthaft 97 Prozent interner Meldungen) müssten demnach intern – aber nicht an Vorgesetzte oder dafür vorgesehene Stellen, sondern beispielsweise an Kolleginnen und Kollegen – erfolgt sein.

133 Vgl. auch 182 ff.

134 Vgl. zum Ganzen Working Paper WB 2016, 59.

b. Stellungnahme

- 72 Beurteilt man den Wahrheitsgehalt des *Moralarguments*, muss man entgegenhalten, dass beinahe alle Whistleblower:innen vorab intern Meldung machen.<sup>135</sup> In den meisten Fällen wenden sie sich dabei an ihre:n direkte:n Vorgesetzte:n und/oder das Management, selbst dann, wenn ihnen die Möglichkeit offen stünde, sich über eine (möglicherweise anonyme) Hotline zu melden. Die Aussicht auf etwaige finanzielle Anreize vermag hieran wenig zu ändern.<sup>136</sup>
- 73 Dieses Verhalten scheint nicht mit der These vereinbar, Whistleblower:innen würden ihr Unternehmen «verraten» respektive «hintergehen».<sup>137</sup> Im Gegenteil gehen die meisten – sogar im Angesicht schwerer Gesetzesverstöße – offenbar im guten Glauben davon aus, dass es sich dabei nicht um Fehler handle, die ihr Unternehmen als Organisation zu verantworten habe oder gutheißen würde. Ganz im Sinne ihrer gesetzlichen Verpflichtungen, Arbeitgeber:innen schadlos zu halten, informieren sie diese über bestehende Missstände. Nicht nur auf rechtlicher, sondern auch auf moralischer Ebene zeugt dies von Loyalität. Von Angestellten eine über die Grenzen der Legalität hinausgehende «Loyalität» zu fordern, wäre nicht mit der Rechtsordnung vereinbar. Zum «Verrat» im Sinne eines «Offenbarens gegenüber externen Dritten» kommt es einerseits in jenen Fällen, in denen der Arbeitgeber (als Organisation) oder die Vorgesetzten in einem zweifelhaften Ruf stehen, was die Ein- und Aufrechterhaltung moralischer sowie legaler Standards betrifft. Und andererseits in den Fällen, in denen andere interne Kanäle (bewusst oder infolge mangelnder Organisation) fehlen.<sup>138</sup>
- 74 Auch die erste Bündner Studie verdeutlicht dies, und zwar insofern, als diese Whistleblower:innen-Meldungen an Medienstellen untersucht und festgestellt hat, dass lediglich zehn Prozent aller Meldungen an Medienstellen von Mitarbeitenden (plus acht von Ex-Mitarbeitenden) betroffener Unternehmen stammten.<sup>139</sup> Hieraus lässt sich – angesichts der obigen Ausführungen – die These ableiten, dass die verbleibenden 82 Prozent nicht von

---

135 Zu ähnlichen Resultaten gelangt auch HEROLD, Kapitel 4, 108 ff. m. w. H. gestützt auf andere Daten.

136 Vgl. zum Ganzen 68. Zu den aktivierenden Maßnahmen und ihrer Wirkung vgl. beispielsweise KÖLBEL/HEROLD, Kapitel 6, 197 ff. m. w. H.

137 Schlagwort: «Nestbeschmutzer:innen» etc.; vgl. 30.

138 Vgl. hierzu 69.

139 Vgl. hierzu 71.

(Ex-) Mitarbeitenden stammen, sich diese aber – sei es kraft Gesetzes, Vertrags oder persönlicher Gründe – fast immer loyal gegenüber ihren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern verhalten (wollen). Aus der Erkenntnis des WBR 2019, nach der die effektivsten Meldestellen einem breiten Publikum offenstehen sollten,<sup>140</sup> lässt sich ferner Folgendes mutmaßen: Wenigstens einem Teil der 82 Prozent dürfte entweder keine unternehmensinterne Meldestelle bekannt gewesen sein und/oder offen gestanden haben. Ansonsten hätte sich mindestens ein Teil dieser Whistleblower:innen vermutlich ebenfalls direkt an die Unternehmen gewandt.

## 2. Zum Missbrauchsargument<sup>141</sup>

*«Whistleblower:innen missbrauchen interne und/oder externe Meldestellen, um sich selbst zu übervorteilen und/oder Unbescholtenen zu schaden.»*

### a. Studienergebnisse

Mit Blick auf die Charakteristika von Whistleblower:innen stellt die Studie zum WWTW-Projekt fest, dass es wenige Hinweise dafür gebe, dass es sich bei Whistleblower:innen um Mitarbeiter handle, die zu Konflikten neigten, oder es verärgerte oder verbitterte Angestellte seien, die sich kraft *«perverse persönlicher Charaktereigenschaften»*<sup>142</sup> zur Meldung veranlasst sähen. Es sei im Gegenteil vielmehr von den vorherrschenden Umständen abhängig, ob eine Meldung gemacht werde oder nicht. Whistleblowing erfolge unabhängig von den persönlichen Charaktereigenschaften. Die Entscheidung, ob man Meldung erstatte, werde im Wesentlichen in Abhängigkeit der vorherrschenden Verhältnisse innerhalb der Organisation getroffen, der Schwere des beobachteten Fehlverhaltens sowie der Einschätzung, ob ein Hinweis die Situation verbessern könne (oder nicht).<sup>143</sup>

Hinsichtlich der Qualität der Meldungen hält der WBR 2019 fest, dass fünf Prozent von den empfangsberechtigten Personen als *«missbräuchlich»* eingestuft wurden, was innerhalb der Schwankungsbreite zum Ergeb-

140 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 62 f.

141 Vgl. I. I.A.4, 2.

142 Im engl. Original: *«perverse personal characteristics»*; vgl. BROWN, XXIV.

143 Vgl. BROWN, XXIV.

nis aus dem Jahr 2018 von gut drei Prozent liege. Knapp die Hälfte der verbleibenden 95 Prozent aller Meldungen an Schweizer Unternehmen wurden als «relevant», der Rest als «nicht relevant» eingestuft. In letztere Kategorie fallen Hinweise, die nicht die Compliance, sondern einen anderen Unternehmensbereich (beispielsweise *Human Resources*) betrafen und damit technisch gesehen an die falschen Empfänger:innen gingen. Daraus ist hingegen nicht zu schließen, dass diese für das Unternehmen als solches *irrelevant* gewesen sein müssen.<sup>144</sup>

## b. Stellungnahme

- 77 Das *Missbrauchsargument* lässt sich nicht komplett ausräumen. Es muss relativierend gesagt werden, dass sich sowohl das NBES als auch das WWTW-Projekt hierzu dahingehend äußern, dass das vorherrschende Stigma – Whistleblower:innen seien unberechenbare Angestellte – falsch sei. Das ist dahingehend zu interpretieren, dass die Zahlen des WWTW-Projekts vereinzelt tatsächlich auf Missbrauchsfälle schließen lassen. Ähnliches lässt sich in Hinsicht auf die vergangenen WBR konstatieren. Diese halten fest, dass rund fünf (2021/2019) beziehungsweise gut drei Prozent (2018) der Meldungen nach Einschätzung der befragten Stellen als «missbräuchlich»<sup>145</sup> eingestuft wurden.<sup>146</sup> Oder im Umkehrschluss: Mindestens 95 Prozent aller Meldungen geschehen nicht in betriebs- und/oder rufschädigender Absicht.
- 78 *Ergo* behauptet nichts Falsches, wer darauf hinweist, dass es vereinzelt zu missbräuchlichen Meldungen kommen könne. Ein zwingendes Argument gegen Whistleblowing oder besser den Ausbau von Schutz und Meldewegen lässt sich hieraus aber nicht ableiten. Beschwichtigend kann man hier anführen, dass sich weder die Whistleblower:innen noch die Bezichtigten im rechtsfreien Raum bewegen. Aus einer Meldung wird nicht automatisch eine Verurteilung. Solange sichergestellt ist, dass jedem Hinweis mit der nötigen Sorgfalt nachgegangen wird, bergen Missbrauchsfälle kaum Gefährdungspotenzial für Falschbezigte. Durch Schaffung einer inter-

---

144 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 58 f. Die Werte haben sich im Vergleich zum Vorjahr nicht signifikant verändert. Vgl. WBR 2021, 61 f.

145 Ob und, wenn ja, nach welchen einheitlichen, objektiven Kriterien die Einschätzung als «missbräuchlich» vorgenommen werden durfte, eröffnet sich aus den Studienresultaten nicht.

146 Vgl. hierzu 76.

nen Meldestelle haben Unternehmen die Möglichkeit, eine Plausibilitätsprüfung höchster Güte zu garantieren sowie gleichzeitig zu verhindern, dass externe Stellen angelaufen werden (müssen), die gegebenenfalls weniger strikte Standards gelten lassen. Vonseiten der Strafverfolgungsbehörden muss eine Prüfung eingehender Meldungen – im Lichte der einschlägigen strafprozessualen Grundsätze –<sup>147</sup> regelmäßig kritisch vorstattengehen. Medienschaffende sind ferner gehalten, sich an geltenden beruflichen Mindeststandards<sup>148</sup> zu orientieren; wenngleich hierfür kein absoluter Zwang besteht. Falschbeichtigten stehen mithin verschiedene Wege offen, gegen Missbrauchsversuche vorzugehen.<sup>149</sup>

### 3. Zum Wirtschaftsargument<sup>150</sup>

«*Whistleblowing schadet dem Ruf und der Wettbewerbsfähigkeit betroffener Unternehmen.*»

#### a. Studienergebnisse

Was das *Wirtschaftsargument* anbelangt, ist an dieser Stelle noch einmal 79 auf die in Zusammenhang mit dem *Moralargument* erwähnten Studienergebnisse zu verweisen, nach denen fast alle Whistleblower:innen (nach Möglichkeit) erst (unternehmens-) *intern* Meldung machen.<sup>151</sup>

Weiter hält der WBR 2019 fest, dass sich aus den aufgedeckten Missständen 80 für die betroffenen Unternehmen in rund drei von vier Fällen ein *finanzieller Gesamtschaden*<sup>152</sup> ergibt. Dieser falle für Schweizer Unternehmen höher aus – wobei in der Schweiz aber tendenziell weniger Missstände

147 Man denke beispielsweise an das Fairnessgebot nach StPO 3 II, an den Untersuchungsgrundsatz nach StPO 6 oder an die Unschuldsvermutung nach StPO 10 I beziehungsweise der Beweiswürdigungsregel nach StPO 10 III.

148 Vgl. <<https://presserat.ch/journalistenkodex/richtlinien/>> (5. März 2021).

149 Vgl. 368 sowie 410 ff.

150 Vgl. I. I.A.4, 3.

151 Vgl. 67 sowie 70.

152 Dieser setze sich zusammen aus allen finanziellen Aufwendungen, die der Unternehmung aus dem Missstand oder aus dessen Aufdeckung und Aufarbeitung entstanden seien (inklusive materieller und immaterieller Konsequenzen).

auftreten<sup>153</sup> würden.<sup>154</sup> Zum selben Schluss gelangt auch der WBR 2021.<sup>155</sup> Die statistische Analyse verdeutlichte ferner, dass die Höhe des aufgedeckten Schadens mit der Zugänglichkeit der Meldestelle positiv korreliert. Dies bedeute, dass möglichst viele (interne wie externe) Personengruppen von der Existenz einer Meldestelle Kenntnis haben und diese nutzen (dürfen) sollten.<sup>156</sup>

## b. Stellungnahme

- 81 Das *Wirtschaftsargument* lässt sich wenigstens zum Teil anhand der erwähnten Gegenargumente und ergänzt durch die empirischen Daten relativieren. Wie DEISEROTH angemerkt hat,<sup>157</sup> können Whistleblower:innen aus unternehmerischer Sicht als *Asset* gesehen werden, wenn sie im Sinne eines «menschlichen Frühwarnsystems» auf sich abzeichnende Missstände intern hinweisen. Diese können alsdann vonseiten der Betriebe abgewendet oder wenigstens schnellstmöglich behoben werden.<sup>158</sup> Ferner muss sich der äußerst seltene Fall einer initial externen Meldung (via Medien) bei gelungener Kommunikation<sup>159</sup> aufseiten des betroffenen Unternehmens wenigstens *nicht zwingend* negativ auf dessen öffentliche Wahrnehmung (*Image*) und dessen Wettbewerbsfähigkeit auswirken. Solches kann beispielsweise gelingen, indem sich der Betrieb von Beginn an konsequent mit Whistleblower:innen solidarisiert, die entdeckten Missetäter:innen umgehend aussondert und die Öffentlichkeit<sup>160</sup> transparent über die getroffenen Maßnahmen informiert, um ähnlichen Missständen in Zukunft vorzubeugen. Dergestalt kann das Bild transportiert werden, dass man als Organisation

---

153 Oder besser: «bekannt»; vgl. Fn. 197.

154 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 11 ff.

155 WBR 2021, 18 f.

156 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 62 f.

157 Vgl. 44. Vgl. auch die Ausführungen von HEROLD unter 56 f.

158 In letzterem Fall besteht aus Sicht der Strafverfolgung zwar die Gefahr, dass die Vorfälle nach der Behebung unter den sprichwörtlichen Teppich gekehrt werden. Aus ökonomischer Sicht würden die Geschäftsinteressen so aber (wenigstens vorübergehend) gewahrt werden können.

159 Eine solche «gelungene Kommunikation» versucht, das Narrativ in den Medien bestmöglich zu kontrollieren und darüber die öffentliche Wahrnehmung zu beeinflussen.

160 Und damit den Markt.



zwar nicht fehlerfrei ist,<sup>161</sup> sich im Angesicht von Missständen aber sofort und rigoros um deren nachhaltige Beseitigung kümmert.

Mit Blick auf die empirischen Daten ist festzuhalten, dass das *Gros* aller 82  
Meldungen erst *intern* erfolgt. Den Unternehmen bieten sich demnach in  
der überwältigenden Mehrheit der Fälle wesentlich einfachere und Erfolg  
versprechende Möglichkeiten, Missstände aufzuheben und damit einer Es-  
kalation der Situation vorzubeugen.<sup>162</sup> Erst wenn die (teils mehrfachen)  
internen Meldungen nicht gehört werden (wollen), wenden sich Whistle-  
blower:innen an externe Stellen. Zudem zeigt der WBR, dass effektives  
Whistleblowing in einer Vielzahl von Fällen hilft, finanziellen Einbußen  
in Zusammenhang mit Missständen vorzubeugen oder diese zumindest  
zu reduzieren. Gerade für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz ist diese  
Erkenntnis wichtig, da Schäden hierzulande im Schnitt höher ausfallen als  
im Ausland.<sup>163</sup>

Den ersten Teil des Arguments: «*Whistleblowing verletze (arbeits-) ver-* 83  
*tragsrechtliche Bestimmungen und sei daher unzumutbar*» betreffend, ist  
festzuhalten, dass dieses zwar taugt, den rechtlichen Ist-Zustand zu be-  
schreiben, aber nicht, gegen die Einführung eines Whistleblowing-Schutzes  
zu argumentieren. Denn sobald ein solcher Bestand hätte, würde die Aussa-  
ge – zumindest in dieser Absolutheit – nicht mehr gelten.

Das *Wirtschaftsargument* geht noch aus einer weiteren Überlegung 84  
fehl. Man muss sich nämlich fragen: «*Wer schadet dem Unternehmen  
wirklich?*» Denn eigentlich sind es (wenn auch hintergründig) die erkann-  
ten Missstände (oder besser diejenigen Personen, die diese zu verantworten  
haben), die das Unternehmen durch ihr unmoralisches und oftmals illegales  
Handeln (oder Unterlassen) schädigen.<sup>164</sup> Wie gezeigt, kommt externes  
Whistleblowing im absoluten Regelfall nur vor, wenn internes versagt hat.

161 Doch wer ist das schon?

162 Die Vorbeugung sollte darin bestehen, die *Missetäter:innen* zu identifizieren und zu entlassen – und nicht etwa die Whistleblower:innen.

163 Vgl. 80.

164 Natürlich immer vorausgesetzt, die Unternehmung verfolge im Grunde legale Geschäftspraktiken. Ansonsten wären es tatsächlich erst die Whistleblower:innen, die den illegalen Machenschaften «schaden» würden. Ähnliches impliziert auch der WBR 2019, wenn er von einem *finanziellen Gesamtschaden* spricht und festhält, dass sich dieser nicht nur aus den Aufwendungen für die Aufdeckung und Behebung von Missständen, sondern auch und gerade aus dem direkten Missstands-Schaden selbst bemisst. Vgl. hierzu 80.

Hieraus ergibt sich, dass Whistleblower:innen regelmäßig nicht daran gelegen ist, ihren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern zu schaden. Im Gegenteil wollen sie auf die Umstände und/oder Personen hinweisen, die dies tatsächlich tun. Ferner bedeutet das (meistens), dass externe Meldungen vornehmlich in Unternehmen vorkommen, die bereit sind, illegitime oder illegale Praktiken zu vertuschen oder über diese hinwegzusehen. Selbstredend verdienen solche Unternehmen keinerlei Mitleid. In Anbetracht des Grundsatzes in ZGB 2 (Handeln nach Treu und Glauben) stellt sich die Frage, ob sich eine Partei auf den vertragsrechtlichen Treueschutz berufen können soll, wenn sie im Vorfeld ihrerseits über interne Missstandsmeldungen (und möglicherweise über bestehende gesetzliche Bestimmungen) hinweggesehen hat. Hinzukommt, dass ihre Vertreter:innen damit aus juristischer Sicht *tatsächlich*<sup>165</sup> nicht mehr im Interesse der Gesellschaft handeln (können).<sup>166</sup>

#### 4. Zum Anonymitätsvorbehalt<sup>167</sup>

*«Anonymes Whistleblowing ist qualitativ minderwertig und/oder wird von den Empfängern so angesehen. Ferner bietet es Missbrauchsmöglichkeiten (vgl. Missbrauchsargument) und verursacht so höhere Kosten.»*

##### a. Studienergebnisse

- 85 Die Bündner Studie konnte feststellen, dass knapp ein Fünftel aller Meldungen komplett anonym (19 Prozent) erfolgt sind und in vier Fällen (zwei Prozent) ein Pseudonym verwendet wurde.<sup>168</sup> Mehrheitlich bestand

---

165 Wobei das Vertuschen und/oder Ignorieren der Missstände vermutlich oftmals in einem (Fehl-) Glauben einzelner Manager:innen geschieht, so die Interessen der Gesellschaft zu schützen.

166 Diese zivilrechtliche Frage im Detail zu analysieren, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und ist aus wissenschaftlicher Sicht vornehmlich Zivilrechtsexperten vorzubehalten.

167 Vgl. I. I.A.4, 4.

168 Working Paper WB 2016, 53. Wobei zu erwähnen ist, dass in 86 Prozent *aller* Meldungen vonseiten der Whistleblower:innen eine Kontaktinformation (beispielsweise eine E-Mail-Adresse oder Telefonnummer) angegeben wurde – in 9 Prozent der Fälle die Wohnadresse. Inwiefern auf diese Weise eine tatsächliche Anonymität längerfristig gewährleistet werden konnte, bleibt offen. Vgl. hierzu Working Paper WB

somit kein Bedürfnis nach Anonymität.<sup>169</sup> 92 Prozent aller Hinweise hatten ferner «nicht private Probleme» zum Inhalt. Zu den gemeldeten nicht privaten Hauptproblemen gehören unter anderem *ungerechtfertigte Bereicherungen* (20 Prozent), *Irreführungen und Betrug bei Dienstleistungen und Service* (19 Prozent) sowie *bei Produkten* (13 Prozent), um im Fließtext nur die klarbestimmbaren Probleme im zweistelligen Prozentbereich zu nennen.<sup>170</sup>

Der WBR hält in Hinsicht auf die Qualität und Anzahl der Meldungen für die Schweiz fest, dass 2019 rund 57 Prozent aller Unternehmen (wenigstens) einen Hinweis erhalten haben, wobei Großunternehmen einen höheren Prozentsatz verzeichnen konnten.<sup>171</sup> 2021 waren es gut 45 Prozent.<sup>172</sup> Mit rund 57 Prozent bietet aktuell die Mehrheit aller Schweizer Unternehmen mit Meldestelle die Gelegenheit, *anonym* Meldung zu machen. In circa 37 Prozent der Fälle besteht ferner die Möglichkeit, eine vertrauliche Meldung abzusetzen.<sup>173</sup> Hierzu ist zu sagen, dass gemäß WBR 2019 bei durchschnittlich 38 Prozent der anonymen Erstmeldungen die Identität der Meldenden im Laufe des Bearbeitungsprozesses bekannt wurde. Ob und, wenn ja, wie oft dies auch gewünscht wurde, bleibt offen.<sup>174</sup>

Hinsichtlich des Teil-Arguments, anonyme Meldungen würden ein erhöhtes Missbrauchspotenzial bergen, hält der WBR 2019 fest: «*Die statistische Auswertung macht zudem deutlich, dass die Möglichkeit, Meldungen anonym einzureichen, entgegen Intuition und Befürchtung keinen Einfluss auf den Anteil missbräuchlicher Meldungen hat.*»<sup>175</sup> Und der WBR 2021 bestä-

---

2016, 55. Die Studie unterscheidet jedoch nicht zwischen «anonymen» und «vertraulichen» Meldungen.

169 Die Studie macht an anderer Stelle aber auch darauf aufmerksam, dass Whistleblower:innen teils eine eher unbedarfte – gegebenenfalls gar fatalistische – Haltung an den Tag legen und dass es in diesen Fällen auch in der Verantwortung der Medienschaffenden liegt, diese Personen auch «*vor sich selbst*» zu schützen. Vgl. Working Paper WB 2016, 46.

170 Weitere 30 Prozent verteilen sich auf Probleme mit: Arbeitszeit (vier Prozent), Mobbing am Arbeitsplatz (sechs Prozent), ungerechtfertigte Entlassung (drei Prozent), Sozialversicherungen (acht Prozent), Patientenbetreuung (fünf Prozent), Schwarzhandel (ein Prozent) und Steuerdelikte (drei Prozent). Die verbleibenden 18 Prozent entfielen auf andere (Probleme). Vgl. Working Paper WB 2016, 57.

171 WBR 2019, 56 ff.

172 WBR 2021, 58 ff.

173 WBR 2021, 51 ff.

174 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 59.

175 WBR 2019, 58.

tigt: «Gleichzeitig wird deutlich, dass der Anteil missbräuchlicher Meldungen bei Unternehmen, die anonymes Melden zulassen, nicht höher liegt als bei denjenigen, die keine anonymen Meldungen entgegennehmen.»<sup>176</sup>

- 88 Der GBES-Report 2018 beschäftigte sich zwar nicht explizit mit dem Phänomen Whistleblowing. Dennoch lassen sich diesen Daten hierzu entnehmen, die gerade für die vorliegenden Betrachtungen zum *Anonymitätsvorbehalt* interessant sind. So gaben beispielsweise über die letzten rund 20 Jahre jeweils zwischen 45 Prozent und 54 Prozent der Befragten an, persönlich ein Fehlverhalten beobachtet zu haben.<sup>177</sup> Dieses wurde in über zwei Drittel der Fälle auch gemeldet. Dieser hohe Prozentsatz ist beachtlich, da er seit 2005 einigermassen kontinuierlich von damals 53 Prozent auf 69 Prozent gestiegen ist. Die Gründe für diesen Anstieg erörtert der Report nicht.<sup>178</sup>
- 89 Besorgniserregend sei dagegen, dass sich die Vergeltungsfälle gegen Whistleblower:innen von 2007 (13 Prozent) bis 2017 (44 Prozent) mehr als verdreifacht haben. Zwar habe die ECI in vergangenen Studien feststellen können, dass zwischen der Anzahl der Meldungen und der Zahl der Vergeltungsfälle eine *positive Korrelation*<sup>179</sup> bestehe – alarmierend sei jedoch das (Miss-) Verhältnis der beiden Anstiege. Denn während sich die Vergeltungsfälle *vervielfachten*, stieg gleichzeitig die Zahl der Meldungen verhältnismäßig unwesentlich an.<sup>180</sup>

## b. Stellungnahme

- 90 Wengleich die Erkenntnisse VAUGHNS den Schluss zulassen, dass *Pseudo-Whistleblower:innen*<sup>181</sup> vornehmlich anonyme Kanäle nutzen, ist dies ange-

---

176 WBR 2021, 62.

177 Vgl. GBES 2018, 6.

178 Vgl. zum Ganzen GBES 2018, 7.

179 Von einer *positiven Korrelation* zwischen zwei Variablen (beispielsweise  $x$  und  $y$ ) spricht man in der Statistik immer dann, wenn sich beide Variablen in die gleiche Richtung verändern. Zum Beispiel:  $x$  und  $y$  steigen beide *oder*  $x$  und  $y$  sinken beide.

180 Während die Meldungen von 60 Prozent (2007) auf 69 Prozent (2017) anstiegen, was einem Anstieg von 15 Prozent entspricht, stiegen die Vergeltungsfälle im gleichen Zeitraum um rund 238 Prozent. (Die Korrelation war demzufolge positiv, aber nicht *linear*.) Vgl. zum Ganzen GBES 2018, 7 und 9.

181 Im Rahmen dieser Arbeit bezeichnet der Begriff Personen, die – in Anlehnung an die hier entwickelte Definition von (echtem) Whistleblowing (vgl. 304) – vor-

sichts des WBR zu relativieren; denn Letzterer verneint wiederholt einen solchen Zusammenhang.<sup>182</sup>

Damit sind jedoch nicht alle Einwände VAUGHNS angesprochen. Tatsächlich gehen mit dem Phänomen *anonymer Meldungen*<sup>183</sup> Probleme einher, die man in der Strafverfolgungspraxis längst kennt. Man erinnere sich an Hinweisschreiben ohne Absender oder Anrufe aus Telefonzellen. Die Problematik lässt sich an nachfolgendem Beispiel erläutern:

Konfrontiert mit der anonymen Meldung *«Der Bundesangestellte, Herr Hans Mustermann, bedient sich (zu privaten Zwecken) aus Materialbeständen des Bundes»* drängen sich der Justiz Fragen auf, die zwangsläufig unbeantwortet bleiben. Wie das durch VAUGHN erörterte Experiment mit den Revisor:innen gezeigt hat, wird dieses objektive Problem durch die subjektive Wahrnehmung verstärkt.<sup>184</sup> Man misst dem anonymen Hinweis einen tieferen Wahrheitsgehalt bei als dem nicht anonymen. Wegen der sich abzeichnenden Ohnmacht wird die Qualität oder besser die Glaubhaftigkeit abgewertet. Dies, obschon sich an der Beweislage objektiv betrachtet nichts verändert hat.

Hier eröffnen sich dann die strafprozessualen Probleme: Da sich die Glaubhaftigkeit des anonymen (und mit nur einem Satz äußerst knappen) Hinweises nicht überprüfen lässt,<sup>185</sup> wird dieser – insbesondere mit Blick auf eingriffsschwere Zwangsmaßnahmen – oft nicht ausreichen, den nötigen hinreichenden Tatverdacht zu konstituieren.<sup>186</sup> Um Herrn Mustermann überführen zu können, müsste es gelingen, das vorhandene Indiz in Form der anonymen Meldung mittels weiterer Hinweise/Indizien zu einem hinreichenden Tatverdacht zu verdichten. Doch woher sollen diese kommen, wenn nicht von einer Hausdurchsuchung oder einer verdeckten Zwangsmaßnahme? Hier beißt sich die sprichwörtliche Katze in den Schwanz.

---

sätzlich oder fahrlässig eine Falschmeldung absetzen. Zur Strafbarkeit von *Pseudo-Whistleblowing* vgl. 410 ff.

182 Vgl. zu VAUGHN 31 und zum WBR 87.

183 Hier werden Probleme der klassischen Form anonymer Hinweise behandelt. Vgl. 51.

184 Vgl. 32.

185 Auch wenn im Lichte der empirischen Daten der Wahrheitsgehalt der Meldung tendenziell eher in der oberen Hälfte der Skala zu verorten wäre.

186 Dies, weil der erforderliche Verdachtsgrad sich an der Eingriffsschwere der Zwangsmaßnahme orientiert. Vgl. beispielsweise WEBER, BSK StPO 197 N 8 und 11; sowie EICKER/HUBER/BARIS, 141 f. m. w. H.

- 94 Hinzu kommt, dass die Anordnung von Zwangsmaßnahmen ferner einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen ist (StPO 197).<sup>187</sup> Insbesondere in Fällen, in denen die Anschuldigung nicht auf ein besonders schweres Delikt hinweist, wird die Durchführung einer Zwangsmaßnahme kaum begründbar sein und somit (auch) an der Verhältnismäßigkeitsprüfung scheitern. Im Beispielfall verbliebe einzig, beispielsweise die Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen von Herrn Mustermann oder ihn selbst «auf gut Glück» zur Sache zu befragen – mit bescheidenen Erfolgsaussichten.<sup>188</sup> Im Angesicht geringfügiger Anschuldigungen dürfte sich die Strafverfolgungsbehörde regelmäßig dafür entscheiden, der anonymen Anzeige keine weitere Folge zu geben oder das Verfahren nicht anhand zu nehmen.<sup>189</sup>
- 95 Ein zwingendes Argument gegen anonymes Whistleblowing lässt sich auch daraus nicht konstruieren. Wie obiges Beispiel zeigt, münden Hinweise, die sich nicht konkretisieren lassen, in aller Regel in einer Nichtanhandnahme (StPO 310) oder in einer Einstellung des Verfahrens (StPO 319 ff.) und werden so vom System aussortiert. Zugegebenermaßen ist diese Filterung mit gewissen systemischen Kosten verbunden – im Regelfall dürften diese jedoch marginal zu Buche schlagen, weil rasch klar werden sollte, ob sich weitere Ermittlungsansätze anbieten oder nicht. Das Beispiel zeigt allein auf, dass vertrauliche Meldungen anonymen vorzuziehen sind, da man so die Urheberin oder den Urheber kennt oder wenigstens mit diesen in Kontakt treten könnte, was deren Glaubhaftigkeit überprüfbar macht.
- 96 Es mag recht und billig sein, auf theoretischer Ebene zu monieren, dass anonyme Hinweise aus Sicht der Empfangsstellen nicht dieselbe Qualität

---

187 Dies erschließt sich den Sprachaffinen bereits aus der Bezeichnung *hinreichender Tatverdacht*. Der Verdacht gegen eine Person, eine gewisse Tat begangen zu haben, muss hinreichend (schwer) sein, um eine Zwangsmaßnahme anordnen zu können – oder besser: den Grundrechtseingriff, den eine Zwangsmaßnahme immer bedeutet, zu rechtfertigen. Die Frage, ob der bestehende Verdacht für die fragliche Zwangsmaßnahme «hinreichend» ist, lässt sich unmöglich beantworten, ohne die Schwere des Vorwurfs (und damit das öffentliche Interesse an der Aufklärung) den Grundrechtsinteressen des:der Beschuldigten gegenüberzustellen. Zum Grundrechtseingriff durch Zwangsmaßnahmen vgl. statt vieler EICKER/HUBER/BARIS, 140; zur Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anordnung von Zwangsmaßnahmen vgl. statt vieler WEBER, BSK StPO 197 II ff. m. w. H.

188 Schließlich hat man keine Hinweise, ob und, wenn ja, wer von der Sache weiß. Die Mitwisser:innen könnten Herrn Mustermann gegebenenfalls ebenfalls alarmieren. Eine Befragung des Beschuldigten – ohne weitere Belastungsbeweise – würde den gleichen Effekt zeitigen.

189 Gegebenenfalls unter Berufung auf das Opportunitätsprinzip in StPO 8.

haben. Nicht anonyme Meldungen werden aber (so bereits JOSITSCH<sup>190</sup>) oft ausbleiben, solange kein hinreichender Schutz für Whistleblower:innen besteht. Hinweise hierzu lassen sich auch den empirischen Daten des GBES<sup>191</sup> entnehmen. Fast jeder zweite Mitarbeiter der befragten Unternehmen hat ein Fehlverhalten beobachten können. Nur ein Drittel davon wurde gemeldet. Und dies wenigstens zum Teil in Ländern, die bereits die rechtlichen Voraussetzungen für einen effektiven Whistleblowing-Schutz geschaffen haben. Würde man anonyme Meldungen verunmöglichen, würde jener Quell an Hinweisen wahrscheinlich weitestgehend wieder versiegen. Denn wo gesetzliche Schutzmaßnahmen fehlen, ist die Anonymität einziges namhaftes Surrogat.<sup>192</sup> Im Lichte dieser Erkenntnis dürfte es ferner nicht mehr verwundern, dass den angesprochenen Whistleblower:innen aus der ersten Bündner Studie<sup>193</sup> nur selten an Anonymität gelegen war – setzten sich diese mehrheitlich aus Personengruppen zusammen, die nicht Teil der betroffenen Unternehmen waren und folglich kaum Repressalien zu befürchten hatten.<sup>194</sup>

Die Minimierung anonymer Hinweise zugunsten vertraulicher oder offener 97  
ist ein «Luxusproblem», dem man sich widmen kann, wenn die nötigen Grundvoraussetzungen geschaffen und etabliert sind. Womöglich wird in Bezug auf diesen Fall ein regulatorisches Eingreifen aber nicht mehr nötig sein, weil sich diese Umlagerung automatisch vollziehen dürfte, wenn Whistleblower:innen erst einmal Vertrauen in bestehende (Schutz-) Mechanismen gefasst haben.

## 5. Zwischenfazit

Wie aus den obigen Ausführungen – insbesondere den persönlichen 98  
Stellungnahmen – hervorgeht, handelt es sich bei Whistleblowing um ein praxisrelevantes Phänomen. Die vier *Contra*-Argumente (gegen Whistleblower:innen respektive Whistleblowing) konnten weitestgehend entkräftet oder wenigstens relativiert werden. Vor allem das *Moral*- und das *Miss*-

190 Vgl. 56.

191 Vgl. hierzu 88 f.

192 Ein weiteres Indiz hierfür ist, dass Schweizer Unternehmen im internationalen Vergleich am häufigsten die Möglichkeit bieten, anonym Meldung zu machen. Vgl. hierzu 86.

193 Vgl. hierzu 85.

194 Bis zu 82 Prozent. Vgl. hierzu 71.

*brauchsargument* – die sich jeweils tendenziell gegen Whistleblower:innen als Personen richten – haben sich als inhaltlich falsch herausgestellt. Tatsächlich handelt es sich beim *Gros* nicht um illoyale «Verräter:innen». Im Gegenteil suchen sie in beinahe allen Fällen den direkten Kontakt zu ihren Vorgesetzten und/oder anderen internen Stellen (soweit diese denn vorhanden sind). Kurzum verhalten sie sich loyal gegenüber ihren Arbeitgebern. Ihre Hinweise sind nahezu nie missbräuchlich. Dasselbe gilt unverändert, wo Meldungen anonym gemacht werden können.

- 99 Die verbleibenden beiden *Contra*-Argumente, die tendenziell eher auf den Vorgang des Whistleblowings als solchen zielen (das *Wirtschaftsargument* und der *Anonymitätsvorbehalt*), konnten ebenfalls weitgehend entkräftet und relativiert werden. Betreffend das *Wirtschaftsargument* ist lediglich einzugestehen, dass es in den seltenen Fällen externer Meldungen zu etwaigen Verletzungen des Arbeitsrechts kommen kann –<sup>195</sup> dies indes nur, solange keine (arbeits-) rechtlichen Whistleblowing-Bestimmungen geschaffen wurden. Wie gezeigt, geschieht dies bloß in Einzelfällen und meist nur da, wo aufseiten der Arbeitgeber:innen internen Hinweisen keine Beachtung geschenkt oder keine (taugliche) Möglichkeit zur internen Meldung geschaffen wurde. Ferner konnte in diesem Zusammenhang aufgezeigt werden, dass es nicht die Whistleblower:innen sind, die dem Ruf und (damit) der Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen schaden, sondern die Angestellten, die mit ihrem (illegalen oder illegitimen) Verhalten zum Whistleblowing Anlass geben. Schließlich war der *Anonymitätsvorbehalt* in Anbetracht neuerlicher technischer Möglichkeiten stark zu relativieren, da anonyme Hinweise via moderner IT-Plattform-Lösungen heutzutage nicht mehr zwingend mit den Nachteilen einer anonymen Meldung «im klassischen Sinne»<sup>196</sup> einhergehen (müssen). Der Missbrauchsvorwurf konnte ausgeräumt werden – womit auch der Einwand (oft) falsch ist, das Aussortieren anonymen Meldungen würde höhere Kosten verursachen.
- 100 Zwingende Gründe gegen die Einrichtung eines wie auch immer gearteten Whistleblowing-Schutzes konnten in dieser Arbeit nicht gefunden werden. Im Gegenteil ergeben sich aus dem Schrifttum, wie gezeigt, Argumente für die Einführung eines solchen. So verdeutlichen die genannten Thesen von DEISEROTH, HEROLD und JOSITSCH, dass Whistleblower:innen ein Gewinn für die betroffenen Unternehmen im Besonderen sowie die Gesellschaft

---

195 Ob und inwiefern, wurde für das schweizerische Arbeitsrecht eingehend von IMBACH untersucht und dargelegt.

196 Wie der fehlenden Möglichkeit, Rückfragen zu stellen und dergleichen.



im Allgemeinen sein können – tragen sie doch mit ihren Meldungen zur Aufklärung von Wirtschaftskriminalität (besonders Korruptionsdelikten) und zur Schaffung und Erhaltung einer diskursiven Betriebs- und Unternehmensethik bei und leisten damit einen Beitrag zum öffentlich rationalen Diskurs.

Abschließend kann somit festgehalten werden, dass es sich bei Whistleblowing nach hier vertretener Ansicht um ein *schützenswertes* Verhalten handelt. 101

Nachfolgend ist daher, wie einleitend festgehalten, der Frage nachzugehen, ob Whistleblowing denn auch *schutzbedürftig* ist. Hierzu wird im Folgenden in der nötigen Kürze aufgezeigt, dass es sich – gestützt auf den WBR – bei Whistleblowing um ein Phänomen handelt, das in der Schweiz regelmäßig auftritt. Weiter werden die zivil- und strafrechtlichen Risiken, die damit in der Schweiz einhergehen können, umrissen. 102

## 6. Zur Bedeutung von Whistleblowing in der Schweiz

### a. Studienergebnisse

Mit Blick auf die Schweiz waren gemäß WBR 2019 rund 35 Prozent aller Unternehmen von Missständen betroffen<sup>197</sup>. Gemäß WBR 2021 waren es 32,5 Prozent.<sup>198</sup> Bei genauerer Betrachtung zeige sich, dass die Unternehmensgröße einen wichtigeren Einfluss auf die Fallanzahl hat als das Herkunftsland des Unternehmens. So seien in allen Ländern Großunternehmen stärker betroffen als die KMU. Für die Schweiz bedeutet dies konkret, dass in rund 40 Prozent der Großunternehmen (mindestens) ein Missstand aufgetreten ist, während Gleiches für ca. 25 Prozent der KMU galt.<sup>199</sup> Im Schnitt verfügen knapp zwei Drittel der befragten Unternehmen über eine Meldestelle, die es erlaubt, außerhalb des ordentlichen Dienstwegs Meldung zu machen. Konkret verfügt die Mehrzahl der Großunter-

197 Man müsste besser sagen: Es sind in 35 Prozent der Unternehmen Missstände (aufgrund von Meldungen) *entdeckt worden*. Denn es ist denkbar, dass andere Missstände vorherrschten, die (beispielsweise in Ermangelung einer Meldung) unentdeckt geblieben sind.

198 WBR 2021, 14.

199 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 11 ff. Aktuell waren es rund 43 respektive 17 Prozent. Vgl. hierzu WBR 2021, 17.

nehmen über eine Meldestelle (über 70 Prozent), während bloß rund die Hälfte aller KMU eine solche etabliert haben.<sup>200</sup>

- 104 Ob eine Korrelation zwischen der tieferen Zahl an Missständen und Meldestellen in KMU besteht, bleibt offen. An anderer Stelle beschreibt der Report aber, dass eine geringere Anzahl an Meldungen zwar indizieren könne, dass in einem Unternehmen wenige oder gar keine Missstände vorhanden seien. Andererseits könnten auch andere Faktoren – wie eine mangelnde Funktionsweise<sup>201</sup> der Meldestelle – dafür verantwortlich sein. Anhand der vorliegenden Daten könne dies nicht geklärt werden.<sup>202</sup>

b. Rechtliches

- 105 Die strafrechtlichen Implikationen von Whistleblowing sind im späteren Verlauf der Arbeit genauer zu untersuchen.<sup>203</sup> Dennoch scheint es an dieser Stelle nötig zu umreißen, wie sich die aktuelle rechtliche Situation für die Whistleblower:innen darstellt.
- 106 Zum einen enthält das *Schweizerische Strafgesetzbuch* (StGB) Straftatbestände, die den Geheimnisverrat unter Strafe stellen, beispielsweise in den Artikeln 162 (Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses), 320 (Verletzung des Amtsgeheimnisses) und 321 (Verletzung des Berufsgeheimnisses) – um an dieser Stelle einmal die bekanntesten Normen aufzuzählen. Im Nebenstrafrecht lassen sich vergleichbare Tatbestände finden – beispielsweise im *Bankengesetz* (BankG), die Bankgeheimnisverletzung in Artikel 47.
- 107 Wie ebenfalls genauer zu untersuchen sein wird, sehen die genannten Normen keine Ausnahmen für Whistleblowing vor. Im Gegenteil haben sich Whistleblower:innen gemäß schweizerischem Recht für deren Verletzung bis heute verantworten müssen. Aus den ergangenen Gerichtsurteilen ergibt sich ferner, dass den Angeklagten regelmäßig keine Rechtfertigung gelingen konnte. Dies nicht zuletzt deshalb, weil es in der Schweiz bis heute

---

200 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 16 ff. sowie WBR 2021, 26.

201 Demnach wohl auch deren Inexistenz.

202 Vgl. zum Ganzen WBR 2019, 56 f.

203 Vgl. hierzu 305 ff.

– mit Ausnahme einzelner Schutznormen in Spezialgesetzen –<sup>204</sup> keine Rechtfertigungsnormen für Whistleblowing gibt.<sup>205</sup>

Wie IMBACH weiter aufgezeigt hat, geht Whistleblowing in der Schweiz 108 regelmäßig auch mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen einher. So sind Whistleblower:innen – egal, ob ihr Arbeitsverhältnis auf zivil- oder öffentlich-rechtlichen Regelungen beruht – mit dem Dilemma konfrontiert, dass sie aufgrund von OR 321a (Treue- und Geheimhaltungspflicht des Arbeitgebers)<sup>206</sup> grundsätzlich verpflichtet sind, Arbeitgeber:innen über bestehende Missverhältnisse am Arbeitsplatz zu informieren.<sup>207</sup> Sobald sie dieser vertraglichen Pflicht nachkommen, exponieren sie sich. Wenn das missbräuchliche Verhalten in der Folge nicht unterbleibt, beispielsweise weil es von Vorgesetzten oder vom Betrieb als solchem implizit gutgeheißen oder gar explizit gefordert wird, müssen sich die Whistleblower:innen entscheiden, ob sie an eine weitere interne oder externe Stelle gelangen wollen oder nicht. Dabei riskieren sie aber, oben genannte Treuepflichten zu verletzen, was den Arbeitgeber:innen einen legitimen Kündigungsgrund geben würde.<sup>208</sup> Dies dürfte wenigstens einige potenzielle Whistleblower:innen abschrecken, auf bestehende Missstände aufmerksam zu machen.

### c. Stellungnahme

Diese Studienresultate zeigen auf, dass es sich bei Whistleblowing um ein 109 Phänomen handelt, das in der Schweiz von Bedeutung und einer Untersuchung der aktuellen rechtlichen Situation würdig ist. Ferner ergibt sich aus jenen Betrachtungen, dass eine genauere Auseinandersetzung mit den rechtlichen Risiken von Whistleblowing *de lege lata* angezeigt ist. Bis hierher ist festzuhalten, dass Whistleblowing – zumindest *prima facie* – auch ein *schutzbedürftiges* Verhalten zu sein scheint.

204 Vgl. hierzu 428 ff.

205 Vgl. hierzu beispielsweise BGE 6B\_305/2011; 6B\_200 und 210/2018; HUG, 11 ff. – insbesondere 22 ff.; JOSITSCH/BRUNNER, 488 f.; jeweils m. w. H.

206 Vgl. hierzu auch 252 ff. m. w. H.

207 Vgl. auch VON KAENEL, der hieraus gar eine Berechtigung zur externen Meldung (etwa an Strafverfolgungsbehörden) ableitet, wo diese im Interesse des Arbeitgebers geboten sind. VON KAENEL, 316 m. w. H.

208 Vgl. zum Ganzen IMBACH, 124 ff. sowie 152 m. w. H. Ähnlich bereits PORTMANN/WOHLMANN, 180 f.

D. Fazit

- 110 Für die vorliegende Arbeit ergibt sich aus den vorangegangenen Erkenntnissen, dass es sich bei Whistleblowing um ein *schutzwürdiges* und *schutzbedürftiges* Verhalten handelt. Bevor eine detaillierte Analyse der strafrechtlichen Situation vorgenommen werden kann, muss zuerst die vor-dringlichste Frage geklärt werden: *Was ist Whistleblowing?*
- 111 Es muss anlässlich der Klärung dieser Frage eine taugliche juristische Definition von Whistleblowing erarbeitet werden, die das schutzwürdige Verhalten ganzheitlich erfasst. Nachfolgend werden zu diesem Zweck bestehende Begriffsdefinitionen vorgestellt, verglichen und ihre Elemente auf deren Tauglichkeit für die hier zu erarbeitende juristische Definition geprüft. Ferner werden in diesem Zusammenhang weitere definitorische Abgrenzungen verschiedener Formen von Whistleblowing erörtert und es wird analysiert, ob eine Rezeption angezeigt ist.

## II. Was ist Whistleblowing?

### A. Etymologie des Begriffes

#### 1. Einleitung

Der Begriff «Whistleblowing» stammt aus dem Englischen und basiert 112 auf der Metapher «to blow the whistle» (dt.: «[in] die Pfeife blasen») als Beschreibung eines Verhaltens, das der Alarmierung dient. Man denke an die unterschiedlichen Verwendungsarten der Trillerpfeife (durch Schiedsrichter:innen im Sport, an Rettungswesten im Flugzeug oder auf Schiffen sowie an Rucksäcken berühmter Outdoor-Marken wie *North Face*). Ein äquivalent konziser Begriff lasse sich in der deutschen Sprache nur schwer finden, behaupten Teile der Literatur im In- und Ausland mit der Begründung, es würden zuweilen zwar alternative *Termini* für Whistleblower:in und Whistleblowing, wie «Rauchmelder:in», «Denunziant:in» und «Verpfeifen», verwendet, diese würden das Phänomen jedoch nicht oder nicht korrekt erfassen.<sup>209</sup> HEROLD geht gar so weit, festzuhalten, sämtliche Versuche einen Alternativbegriff zu finden, müssten als «*gescheitert*» angesehen werden.<sup>210</sup>

Nach hier vertretener Ansicht *disqualifizieren* sich die oben genannten 113 Alternativen bereits infolge ihrer negativen Konnotationen allesamt für eine wissenschaftlich wertneutrale Betrachtung.<sup>211</sup>

#### 2. Deutschsprachige Alternativen?

*In puncto* deutschsprachiger Alternativen zum englischen *Terminus* des 114 Whistleblowings kann festgehalten werden, dass – aufgrund der im deutschen Sprachraum zunehmenden Signifikanz der Wendungen – so-

---

209 Vgl. hierzu beispielsweise IMBACH, 21; LEDERGERBER, 8; LEISINGER, 20; LUTTERBACH, 3 f. m. w. H.; WYLER, 18. Zu den einzelnen Alternativen auch mit detaillierten Hinweisen HEROLD, Diss., 29 f. Ähnlich bereits VON KAENEL, 309.

210 HEROLD, Diss., 29.

211 Ähnlich auch HEROLD, Diss., 29 m. w. H.

wohl «Whistleblowing» als auch «Whistleblower:in» zwischenzeitlich Eingang in den DUDEN gefunden haben.<sup>212</sup> Dieser definiert Ersteres als «Aufdeckung von Missständen [in Unternehmen, Behörden o. Ä.]» und Letzteres als «Person, die Missstände [an seinem:ihrem Arbeitsplatz] öffentlich macht».<sup>213</sup> Als einziges Synonym für Letzteres wird der Begriff «Zuträger:in» vorgeschlagen, der wiederum als «Person, der jemandem [in dessen Auftrag] heimlich Nachrichten zuträgt», definiert wird. Zudem ist dieser Begriff mit dem Gebrauchshinweis «abwertend» versehen. Erst die zum:zur «Zuträger:in» dargebotenen Synonyme beinhalten neutrale, deutsche Alternativen, wie «Hinweisgeber:in» oder «Informant:in», die nicht *per se* ungeeignet sind, den Begriff «Whistleblower:in» zu erfassen.<sup>214</sup> Die Defizite dieser neutralen Begriffe wären daran zu erkennen, dass das «Hinweisgeben» als Substantivierung der Tätigkeit des «Hinweisgebers» respektive der «Hinweisgeberin» (gemäß DUDEN) zum einen nicht existiert und das «Informieren» sich nicht gleich eindeutig dem konkreten Verhalten des Whistleblowings zuordnen lässt. Zum anderen löst der englische Begriff die Assoziation einer gewissen Dringlichkeit der Meldung und/oder Verzweiflung des Hinweisgebers aus, während eine solche den genannten deutschsprachigen Alternativen so nicht innewohnt.

- 115 Auch HEROLD hält die genannten Alternativen grundsätzlich für am tragfähigsten, verwirft diese seinerseits jedoch mit der Begründung, dass den Begriffen eine «sprachliche Gewichtung der Benachrichtigungsqualität» derart immanent sei, dass nach allgemeinem Sprachverständnis ein Hinweis weniger Substanz enthalte als eine Information. Ferner sei der kriminalistische Fachterminus des «Informanten» (beziehungsweise der Informantin) besetzt; es handle sich dabei um eine Person, die der Strafverfolgungsbehörde im Einzelfall vertrauliche Informationen zukommen lasse. In diesem Sinne gäbe es zwar Überschneidungen mit dem:der Whistleblower:in, eine Kongruenz sei dagegen nicht anzunehmen, da Letzterem eine Insiderstel-

---

212 Dies scheint vor wenigen Jahren nicht der Fall gewesen zu sein, da sonst IMBACH, LEDERGERBER oder LUTTERBACH wohl hierauf aufmerksam gemacht hätten.

213 Vgl. zum Ganzen DUDEN online, «Whistleblowing», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Whistleblowing>> (18. April 2019) sowie DUDEN online, «Whistleblower», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Whistleblower>> (18. April 2019) und «Whistleblowerin», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Whistleblowerin>> (14. März 2021).

214 Vgl. zum Ganzen DUDEN online, «Zuträger», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Zutraeger>> (18. April 2019) und DUDEN online, «Zuträgerin», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Zutraegerin>> (14. März 2021).

lung zukomme,<sup>215</sup> die der:die Informant:in nicht zwingend innehaben müsse.<sup>216</sup>

Daraus ergibt sich nicht zwingend, dass «Informant:in» nicht als Synonym für «Whistleblower:in» einsetzbar wäre. In Hinsicht auf die Wortbedeutung gemäß DUDEN ist vorab festzuhalten, dass «Informant:in» als «Person, die [geheime] Informationen liefert», definiert wird.<sup>217</sup> Im kriminalistischen Sinne ist ein:e *Informant:in* klassisch zwar mit einem sogenannten *Verbindungsmann* – im Jargon kurz: «V-Mann» – gleichzusetzen. Dieser wird als «geheimer Informant; jemand, der der Polizei o. Ä. Hinweise zur Verhinderung oder Aufklärung von Straftaten gibt», definiert.<sup>218</sup> Es handelt sich hierbei also sozusagen um eine:n *qualifizierte:n Informant:in*. Auch aus dieser Definition ergibt sich aber nicht zwingend eine (direkte) Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden, sieht die Definition eine solche doch mit der Polizei «o. Ä.» vor, was eine interne Compliance- oder externe Whistleblower:innen-Stelle nicht zwingend ausschließt.<sup>219</sup> Was das Argument der Insiderstellung des:der Whistleblower:in anbelangt, ist festzuhalten, dass HEROLD eine solche – wenigstens im engeren Sinne – mit guter Begründung ablehnt.<sup>220</sup> Weiter liefert auch ein:e Informant:in *per definitionem* «geheime» Informationen, was gerade bei Korruption und korruptionsähnlichen Delikten, in denen Whistleblowing zumindest großmehrheitlich relevant zu sein scheint, ebenfalls ein gewisses Insiderwissen voraussetzt. In Hinsicht auf die von HEROLD gelieferte Begründung kann somit festgehalten werden, dass die Aussage, es herrsche keine Kongruenz zwischen den Begriffen «Whistleblower:in» und «Informant:in»<sup>221</sup> zwar insofern stimmen mag, als dass nicht zwingend jeder V-Mann als Whistleblower:in qualifiziert werden kann. Umgekehrtes scheint – wenigstens mit Blick auf den *Terminus* «Informant:in» – jedoch der Fall zu sein. Von der oben genannten, fehlenden Assoziation der Dringlichkeit oder der

215 Vgl. hierzu 182 ff.

216 Vgl. zum Ganzen HEROLD, Diss., 29 ff. m. w. H., insbesondere Fn. 50.

217 Vgl. DUDEN online, «Informant», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Informant>> (20. April 2019) und DUDEN online, «Informantin», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Informantin>> (14. März 2021).

218 Vgl. DUDEN online, «V-Mann», <[https://www.duden.de/rechtschreibung/V\\_Mann](https://www.duden.de/rechtschreibung/V_Mann)> (20. April 2019).

219 Zu den einzelnen Anlaufstellen für Whistleblower:innen vergleiche unten, 242 ff.

220 Hierauf wird weiter unten noch eingegangen; vgl. 149.

221 Gemeint ist wohl Informant:in im qualifizierten Sinne eines V-Manns.

etwaigen Verzweiflung einmal abgesehen, eignet sich «Informant:in» als deutschsprachige Alternative.

### 3. Fazit

- 117 Aufgrund des heutzutage weitverbreiteten Verständnisses der englischsprachigen Begriffe und vor dem Hintergrund, dass die Anglizismen mittlerweile Eingang in den deutschen Sprachgebrauch gefunden haben,<sup>222</sup> scheinen derer Verwendung in der vorliegenden Arbeit keine sprachlichen Gründe entgegenzustehen. Auf die Benutzung einer deutschsprachigen Alternative wird daher bewusst verzichtet.

## B. Begriffsdefinition

### 1. Einleitung

- 118 Wie im Schrifttum verschiedentlich aufgezeigt wurde, gibt es zum jetzigen Zeitpunkt *keine einheitliche Definition* von Whistleblowing.<sup>223</sup> Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sich das Phänomen aus Sicht unterschiedlicher wissenschaftlicher Disziplinen und aus mannigfachen Perspektiven betrachten lässt.<sup>224</sup>
- 119 Nachfolgend werden exemplarisch Definitionsversuche und die damit einhergehenden Gedankengänge aus dem In- und Ausland in jeweils chronologischer<sup>225</sup> Reihenfolge aufgezeigt – mit dem Ziel und in der Absicht, es möge durch Analyse jener Quellen gelingen, eine ausführliche Übersicht der erdachten Elemente von Whistleblowing zu erhalten, um diese im Anschluss einer kritischen Würdigung auf ihre Tauglichkeit für die weitere Untersuchung in dieser Arbeit zu unterziehen.<sup>226</sup> Eine solch

---

222 Dies zeigt sich nicht nur in der Aufnahme der Begriffe in den DUDEN, sondern auch in deren Verwendung in den jeweiligen medialen Berichterstattungen, wobei die Vermutung naheliegt, dass Letztere für Ersteres ursächlich war (vgl. hierzu exemplarisch die Quellen aus der Einleitung der vorliegenden Arbeit).

223 Vgl. statt vieler HEROLD, Diss., 34; IMBACH, 24; LUTTERBACH, 6.

224 HEROLD, Diss., 34 m. w. H.

225 Nach Erscheinen.

226 Bei der Auswahl der Beispiele wurde darauf Wert gelegt, überwiegend die vorhandenen rechtswissenschaftlichen Dissertationen aus Deutschland und der Schweiz zum



ausführliche Betrachtung ist – soweit ersichtlich – bisher nicht erfolgt. Um im späteren Verlauf der Arbeit erfolgreich etwaige Strafbarkeiten analysieren und alsdann einen tragfähigen Rechtfertigungsgrund extrapolieren zu können, scheint es unabdingbar, eine klare und vor allem klar durchdachte Definition von Whistleblowing *als Phänomen* herzuleiten.<sup>227</sup>

## 2. Außerhalb der Schweiz entwickelte Ansätze

### a. Whistleblowing nach MICELI<sup>228</sup>/NEAR<sup>229</sup> (USA) (1985/1992)

Eine der ursprünglichsten und die bis heute wohl meistzitierte Definition von Whistleblowing stammt aus der Feder der amerikanischen Professorinnen MARCIA P. MICELI und JANET P. NEAR.<sup>230</sup> Diese definierten 1985 Whistleblowing in einem gemeinsamen Aufsatz im *Journal of Business Ethics* wie folgt: 120

«[...] *the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employer, to persons or organizations that may be able to effect action*». <sup>231</sup> 121

Zu dieser Definition gelangen die beiden infolge einer Analyse von vier Faktoren: dem:der *Whistleblower:in*, dem *Akt des Whistleblowings*<sup>232</sup>, den *Adressatinnen* und *Adressaten*<sup>233</sup> der Meldung sowie der *angezeigten Organisation*<sup>234</sup>, wobei diese Faktoren aus vorangegangenen Definitionsversuchen weiterer Autorinnen und Autoren abgeleitet wurden.<sup>235</sup> 122

---

Thema zu betrachten, wobei zwangsläufig auch fachfremde Literatur herangezogen werden musste.

227 Ähnlich auch SCHENKEL, 11.

228 MARCIA P. MICELI ist promovierte Ökonomin und Professorin an der McDonough School of Business der Georgetown University in Washington D. C.

229 JANET P. NEAR ist promovierte Soziologin und emeritierte Professorin für «*Management and Entrepreneurship*» an der Indiana University.

230 So zumindest BROWN/LEWIS/MOBERLY/VANDEKERCKHOVE, XX des Vorworts. Vgl. beispielsweise auch HUNZIKER, 164; IMBACH, 24 ff.; HEROLD, Diss., 35 m. w. H.

231 MICELI/NEAR, *Journal*, 4.

232 Im Original: «*the whistle-blowing act or complaint*».

233 Im Original: «*the party to whom the complaint is made*». In Anlehnung an die Terminologie von HEROLD, vgl. 151.

234 Im Original: «*[...] and the organization against which the complaint is lodged*».

235 MICELI/NEAR, *Journal*, 2 m. w. H.

- 123 Whistleblower:innen werden *vier Charakteristika* attestiert: Zum Ersten müssten sie zu *irgendeinem Zeitpunkt Mitglied der fehlbaren Organisation gewesen sein*<sup>236</sup> – was *ehemalige* Mitarbeiter:innen miteinschließt. Zweitens müsse es eine Person sein, der es an der nötigen Autorität mangle, selbst korrigierend auf die Vorkommnisse zu wirken und die auf *«other informal bases of power»* zurückgreifen müsse. Drittens *könne* Whistleblowing *anonym* erfolgen – wie dies beispielsweise im Falle der *Watergate-Affäre* der Fall gewesen sei –, wobei diese Form des Whistleblowings einen Einfluss auf den zweiten Faktor, den Whistleblowing-Akt, sowie auf die Glaubhaftigkeit der Meldung haben könne. Viertens könnten Whistleblower:innen eine überwachende Stellung im Unternehmen innehaben, wie Ombudspersonen oder Mitarbeitende der internen Revision. Dies führe zwar eine (beispielsweise vertragliche) *Meldepflicht* mit sich, es seien jedoch Fälle denkbar, in denen vonseiten des Betriebs Druck ausgeübt werde, dieser Pflicht (wider besseres Wissen) *nicht* nachzukommen. Als Beispiel hierfür verweisen die Autorinnen auf einen Fall, in dem ein Revisor infolge seiner Meldung organisationsintern sozusagen *strafversetzt* worden sei. So gelangen sie zu folgender (Unter-) Definition für Whistleblower:innen:
- 124 *«[...] whistle-blowers are current or former organization members of persons whose actions are under the control of the organization, who lack authority to prevent or stop the organization's wrongdoing, whether or not they choose to remain anonymous in blowing the whistle and whether or not they occupy organizational roles which officially prescribed whistle-blowing activity when wrongdoing is observed».*<sup>237</sup>
- 125 In einer ersten Verortung beschränken sich MICELI/NEAR alsdann darauf, anzumerken, dass der Akt des Whistleblowings weder als *abweichendes oder abnormales Verhalten* noch als *«unauthorized acts by employees which are intended to be detrimental to the formal organization»* zu sehen sei, mit der Begründung, Ersteres wäre nicht generalisierbar und Letzteres würde Whistleblowing fälschlicherweise mit Mitarbeiter:innenverhalten wie Diebstahl, Veruntreuung etc. gleichsetzen. Darüber hinaus weisen sie darauf hin, dass es bei der Bewertung des Verhaltens der Organisation primär auf das Auge der Betrachtenden ankomme und dass dies, gerade bei

---

236 Gewisse Autor:innen sprechen von *«Insider:innen»*, einer *«Insider:innenstellung»* oder von *«Insider:innenwissen»*, so beispielsweise HEROLD oder SCHENKEL, vgl. 149 und 155.

237 Vgl. zum Ganzen MICELI/NEAR, *Journal*, 2 ff. m. w. H.

*illegitimen* (nicht *illegalen*) Praktiken der Organisation, problematisch sein könne, da keine zwingenden, objektiven Kriterien für die Abgrenzung von legitimem von illegitimem Verhalten herangezogen werden könnten. Die Legitimität von Geschäftspraktiken hänge viel mehr direkt davon ab, ob die Mitglieder einer Organisation und die *Gesellschaft*<sup>238</sup> im Allgemeinen diese gutheißen würden oder nicht. In letzterem Fall könne es zu Whistleblowing kommen. Schließlich sei aber nicht jede Meldung betreffend ein als *illegitim* angesehenes Verhalten mit Whistleblowing gleichzusetzen. Es könne z. B. vorkommen, dass eine Firma von ihren Angestellten verlange, die eigenen Produkte, wie alle anderen Kund:innen, zu kaufen und dass diese Praxis von den Angestellten als illegitim angesehen würde. Wenn sich diese exponieren und beispielsweise der Geschäftsleitung anzeigen würden, dass sie dies nicht länger hinnehmen wollten, dann würde diese Meldung kein Whistleblowing darstellen. Das bloße Verlangen, die Verhaltensweise des Unternehmens (positiv) zu beeinflussen oder zu ändern, reiche nicht aus. Whistleblowing liege erst dann vor, wenn ein illegitimes Verhalten, das *glaubhaft außerhalb des Kompetenzbereichs der Organisation liege*,<sup>239</sup> beobachtet und gemeldet würde.<sup>240</sup>

Hinsichtlich des Kriteriums der Adressatin beziehungsweise des Adressaten führen MICELI/NEAR aus, dass höchst umstritten sei, welche Position diese:r innehaben müsse, um die an ihn:sie gerichtete Meldung als Whistleblowing zu konstituieren. Während ein Teil der Lehre einzig *öffentliche Meldungen*<sup>241</sup> als Whistleblowing klassifiziere, da interne Meldungen nicht den gleichen Prozess beschreiben würden, schlage ein anderer Teil vor, die Meldung könne intern, extern oder sowohl als auch erfolgen. Der Prozess sei weitestgehend derselbe, solange die Meldung *nicht oder wenigstens nicht ausschließlich auf dem Dienstweg erfolge*. Im Prinzip würde nach dieser Ansicht jeder Hinweis, der nicht auf dem vorgesehenen Weg erfolge, als «Veröffentlichung» klassifiziert. Dies in dem Sinne, dass alle Gruppen außerhalb des unmittelbaren Teams als «Öffentlichkeit» verstanden würden, so MICELI/NEAR. Die Autorinnen gehen schließlich so weit, auch Meldungen auf dem Dienstweg potenziell als Whistleblowing anzuse-

238 Gesellschaft im soziologischen, nicht im juristischen Sinne.

239 Im Original: «*wrongdoing which [the employees] believe to be illegitimate acts outside the organization's purview to authority [...]*» (Hervorhebung durch den Autor).

240 Vgl. zum Ganzen MICELI/NEAR, *Journal*, 3 m. w. H.

241 Heute unterscheidet man *externes* und *internes* Whistleblowing; vgl. 242 ff.

hen. Sie begründen dies damit, dass es keine empirischen Daten gebe, die belegen würden, dass eine Meldung an direkte Vorgesetzte – sprich auf dem Dienstweg – komplett anders geartet sei als andere Hinweise. Ihrer Ansicht nach sei es vielmehr so, dass *jede* Meldung ausreichend bedrohlich sein könne, signalisiere sie doch Kenntnis von zweifelhaftem Verhalten und die Absicht, darauf Einfluss zu nehmen.<sup>242</sup>

- 127 In Bezug auf die angezeigte Organisation halten MICELI/NEAR in aller Kürze fest, dass Whistleblowing in allen möglichen Organisationen vorkommen könne, wobei deren Art gemäß ersten Tendenzen einen Einfluss darauf haben könnte, wie auf das Whistleblowing reagiert würde. Möglicherweise könne die Art der Reaktion einen Einfluss auf die Effektivität der Organisation haben.<sup>243</sup>
- 128 Den Akt des Whistleblowings haben MICELI/NEAR in einem späteren, gemeinsamen Buch genauer aufgeschlüsselt. Darin halten sie fest, dass es sich beim Whistleblowing nicht bloß um eine isolierte Handlung, sondern viel eher um einen *Prozess* handle, und beschreiben diesen in *fünf Phasen*:
- 129 Während der *Phase eins* nehme die Organisation eine illegale oder illegitime Handlung vor, die potenzielle Whistleblower:innen bemerkten. In *Phase zwei* gingen potenzielle Whistleblower:innen gegebenenfalls den Vorkommnissen weiter nach und wögen ihre Optionen ab.<sup>244</sup> In *Phase drei* entschließen sich Whistleblower:innen zu handeln. Sie erstatten intern Meldung – beispielsweise direkt an den ihrer Ansicht nach Verantwortlichen. In der Folge überprüften sie, ob ihr Vorgehen Früchte trage oder nicht. Im letzteren Fall wiederhole sich der Prozess ab *Phase zwei* und weitere interne Stellen (z. B. Compliance, Revisionsstelle oder höhere Führungsebenen) würden angelaufen. *Phase vier* beginne dann, wenn das Problem intern trotz mehrfacher Bemühungen nicht behoben werde und sich die Whistleblower:innen sodann an Externe (beispielsweise Behörden oder externe Revisor:innen) wenden würden. Daraufhin würden deren Reaktionen vonseiten der Whistleblower:innen beobachtet und bewertet. Bleibe die erwartete Reaktion aus, könnten Whistleblower:innen «lauter» werden,

---

242 Vgl. zum Ganzen MICELI/NEAR, *Journal*, 3 f. m. w. H.

243 Vgl. zum Ganzen MICELI/NEAR, *Journal*, 4 m. w. H.

244 Letzteres umfasse beispielsweise Entscheidungen auf Fragen wie: «Soll ich etwas sagen?», «Habe ich eine Meldepflicht?», «An wen kann ich mich (noch) wenden?», «Was sind die Folgen einer solchen Meldung?», «Soll/Muss ich loyal zu meinem Arbeitgeber sein und nichts sagen?», «Soll ich kündigen?», vgl. LEISINGER, 32.

indem sie sich beispielsweise an die Medien wenden. *Phase fünf* beginne mit einer Reaktion auf das Whistleblowing, wobei diese etwa entweder in der Veränderung des Verhaltens des Betriebs oder in der Verfolgung der Whistleblower:innen bestehen könne. Ferner kann es während der Phasen zwei bis vier jederzeit auch zur Resignation der (potenziellen) Whistleblower:innen kommen, was sich z. B. als Stillschweigen oder in einer Kündigung manifestieren könne.<sup>245</sup>

b. Whistleblowing nach MODESITT<sup>246</sup>/SCHULMAN<sup>247</sup>/WESTMAN<sup>248</sup> (USA)  
(1991/2006/2015)

Eines der ausführlichsten und aktualisierten juristischen Werke zu Whistleblowing im amerikanischen Recht stammt von WESTMAN – in der neuerlichen dritten Auflage von MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN<sup>249</sup>. Diese führt aus, dass sich die Terminologie über die Jahre informell aus der Judikative und verschiedenen wissenschaftlichen Beiträgen heraus entwickelt habe. Die, gemäß ihrer Ansicht, meistverbreitete Vorstellung von Whistleblower:innen sei diejenige von Angestellten, die die Rechtsverletzung ihrer Arbeitgeber:innen bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde zur Anzeige brächten. Im strafrechtlichen Kontext könnten sich Angestellte beispielsweise an die Staats- oder Bundesanwaltschaft, im umweltpolitischen Kontext beispielsweise an die staatliche Umweltschutzbehörde wenden. Wenngleich es sich bei Whistleblowing gemäß dieser Konzeption um eine Meldung außerhalb des fehlbaren Unternehmens handle, könnten auch interne Meldungen rechtlich geschützt sein. Die Opposition der Arbeitnehmer:innen könne dabei auf der Einschätzung beruhen, die Praktiken der Arbeitgeber:innen seien illegal, unethisch oder gefährlich.<sup>250</sup>

245 Vgl. zum Ganzen MICELI/NEAR, *Implications*, 58 ff. m. w. H (vgl. auch Abb. auf 54 f. a. a. O.).

246 NANCY M. MODESITT ist Professorin für Rechtswissenschaften an der University of Baltimore. Sie studierte Recht an der University of Virginia.

247 JANIE F. SCHULMAN ist Partnerin von Morrison & Foerster in Los Angeles. Sie studierte Recht an der University of California, Berkeley, School of Law.

248 DANIEL P. WESTMAN war zuletzt Managing Partner von Morrison & Foerster in Northern Virginia. Er studierte Recht an der University of Chicago Law School.

249 Nachfolgend im Fließtext: WESTMAN *et al.*

250 Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33.

- 131 Whistleblower:innen (respektive Whistleblowing) könnten weiter in vier Kategorien untergliedert werden: Erstens die sogenannten *passiven*<sup>251</sup> Whistleblower:innen: Hierzu gehörten Angestellte, die *entweder* nichts mehr täten, außer den *berechtigten Anfragen von Behörden*<sup>252</sup> Folge zu leisten, oder Angestellte, die sich weigern würden, *illegale Instruktionen* (vonseiten des Arbeitgebers) zu befolgen, jene aber nicht öffentlich machten. Zweitens die sogenannten *aktiven*<sup>253</sup> Whistleblower:innen: Dabei handle es sich um Angestellte, die ihre Bedenken (intern oder extern) kundtäten und so den zweifelhaften Praktiken des Unternehmens Einhalt gebieten würden. Als Beispiel für einen aktiven Whistleblower wird auf Edward Snowden verwiesen. Drittens könnten aktive Whistleblower:innen (im Sinne der zweiten Kategorie) ferner in *interne* und *externe*<sup>254</sup> Whistleblower:innen eingeteilt werden – gemessen daran, ob sie ihre Bedenken *innerhalb* oder *außerhalb* des Unternehmens ansprechen würden. Die vierte Kategorie umfasse die sogenannten *embryonischen*<sup>255</sup> Whistleblower:innen. Dieser *Terminus* beschreibe Angestellte, denen gekündigt werde, bevor es zu Whistleblowing käme, weil der:die Arbeitgeber:in vermute, dass der:die Angestellte gewillt ist, sich gegen die illegalen Praktiken des Arbeitgebers zu wehren.<sup>256</sup>
- 132 Weiter beschreiben WESTMAN *et al.*, gemessen an den nationalen Gesetzgebungen und den relevanten Entscheidungen, *was* Whistleblower:innen *wann, an wen, wie* und *warum* melden (können). In Bezug auf die Meldeinhalte (*was*) unterscheiden sie Inhalte mit privatwirtschaftlichem oder behördlichem Bezug, die im *öffentlichen Interesse* liegen, sowie *Fehlverhalten* von Organisationen oder Individuen.<sup>257</sup> Was den Zeitpunkt der Meldung (*wann*) betrifft, thematisieren sie sowohl *erhärtete* als auch *vermutete* Missstände.<sup>258</sup> Unter den Adressatinnen und Adressaten der Meldung (*an wen*) unterscheiden sie zwischen *nicht behördlichen Stellen* (wie Medien, Berufsverbände), *Beamtinnen und Beamtenen* (wie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, Polizeikräfte), *Angestellten* (wie Rechtsanwältinnen und -anwälte,

---

251 Vgl. hierzu detailliert und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 7-12 ff.

252 Im Original: «[...] respond to lawful requests for information from governmental authorities», MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33.

253 Vgl. hierzu detailliert und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 7-24 ff.

254 MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 2-22 f. m. w. H.; siehe zur Thematik nachfolgend 242 ff.

255 Vgl. hierzu m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 7-42.

256 Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33 f.

257 Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 2-17 ff.

258 Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 2-21 f.

Compliance-Angestellten, Revisoren) sowie *Direktbetroffenen in Notfällen* (wie den Astronautinnen und Astronauten beim Unfall des *Challenger Spaceshuttles*<sup>259</sup>).<sup>260</sup> Unter dem Aspekt des *wie* behandeln sie (extrem) *störende Meldungen* sowie *Geheimnisverletzungen* und deren Konsequenzen.<sup>261</sup> Schließlich befassen sie sich mit den Intentionen (*warum*) der Whistleblower:innen und unterscheiden zwischen Anzeigen, die *objektiv angemessen und/oder subjektiv in gutem Glauben*, und Anzeigen, die (*objektiv*) *falsch und/oder in bösem Glauben* erfolgt sind.<sup>262</sup>

### c. Whistleblowing nach LEISINGER<sup>263</sup> (D) (2003)

Ein Kompendium des Schrifttums aus der USA und Deutschland, zu 133  
den Ansätzen von MICELI/NEAR, DE GEORGE oder DEISEROTH, findet sich bei LEISINGER.<sup>264</sup> In seiner Annäherung an eine Definition beginnt er seinerseits bei MICELI/NEAR, um als erste Voraussetzung abzuleiten, dass Whistleblower:innen Kenntnis von einem Problem haben, das sie *nicht* zu lösen imstande seien.<sup>265</sup> Über DE GEORGE<sup>266</sup>, der zwischen den Termini *internes* und *externes Whistleblowing*<sup>267</sup> unterschieden hatte und in diesem Zusammenhang festhielt, dass allein eine Meldung *außerhalb des Dienstwegs* als (internes) Whistleblowing gelten könne, gelangt LEISINGER anscheinend zur übereinstimmenden Ansicht.<sup>268</sup> Mit Verweis auf DEISEROTH<sup>269</sup>, der in seiner Definition aus dem Jahre 2000 *gemeinnützige Motive* bei Whistleblower:innen gefordert hatte, übernimmt LEISINGER auch diese Voraussetzung und stellt darüber hinaus fest, dass Whistleblower:innen nach herrschender Lehre Teil des fehlbaren Unternehmens sein müssten, wobei gegebenenfalls ehemalige Angestellte ebenfalls als Whistleblower:in-

259 Vgl. 266 ff.

260 Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 2-23 ff.

261 Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 2-26 f.

262 Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 2-27 ff.

263 KLAUS M. LEISINGER ist promovierter Soziologe und Ökonom und erhielt den Ehrendokortitel für Theologie der Universität Fribourg. Er ist emeritierter Professor für Soziologie an der Universität Basel.

264 LEISINGER, 26 ff.

265 LEISINGER, 27 m. w. H.; zur Definition von MICELI/NEAR siehe 121 (Fn. 231).

266 DE GEORGE, 1276.

267 Zur Unterscheidung vgl. 242 f.

268 LEISINGER, 27 f. m. w. H.

269 DIETER DEISEROTH war ein deutscher Jurist und zuletzt Richter am deutschen Bundesverwaltungsgericht. DEISEROTH, 124.

nen eingestuft werden könnten.<sup>270</sup> Das Vorhandensein eines «*professional dissent*» stuft er – in Anlehnung an ELLISTON – als wichtige weitere Voraussetzung ein.<sup>271</sup> Es müsse es sich also um ein wesentliches, «nicht triviales» Fehlverhalten vonseiten des Unternehmens handeln. Es reiche nicht aus, dass die Organisation nicht den persönlichen, moralischen Standards der Whistleblower:innen entspreche. Es bedürfe vielmehr der Verstöße gegen die Rechtsordnung («*Illegalität*») oder gegen die (allgemeine) Sittlichkeit («*Illegitimität*»), wobei LEISINGER feststellt, dass die Grenzen Letzterer nicht immer trennscharf verliefen und sich – gerade in Fällen von *religiösem* oder anders geartetem *ideologischem* Whistleblowing – eine Grenzziehung regelmäßig schwierig gestalten könne.<sup>272</sup>

- 134 Danach versucht LEISINGER, das Phänomen Whistleblowing weiter abzugrenzen. Zum einen gegen Klatsch, Mobbing, Rufmord und dergleichen. Dabei hält er fest, dass viele Whistleblower:innen zwar als «moralische Helden» angesehen würden, warnt aber zugleich davor, dass «*Whistleblowing als solches nicht generell moralisch überhöht werden*» solle. Er merkt an, es gäbe auch «*Quasi-Whistleblowing aus höchst illegitimen Motiven z. B. einem gerüttelt Maß an persönlicher Wichtigtuerei, machtheischem Einmischen in anderer Leute Angelegenheiten – ja, plumpe und unappetitliche Denunziantentum und das oft noch mit einer opportunistischen Auswahl der zur Sprache gebrachten Dinge*».<sup>273</sup> Zum anderen sei Whistleblowing von *investigativem Journalismus* oder *wissenschaftlichem Dissens* abzugrenzen – wenngleich diese ähnliche Formen annehmen könnten.<sup>274</sup>
- 135 Mit Verweis auf Phänomene wie *Werteppluralismus*<sup>275</sup>, *Konstruktivismus*<sup>276</sup>, *kognitive Kon- und Dissonanz*<sup>277</sup> sowie *selektive Risikoanalyse*<sup>278</sup> sensibilisiert er die Leser:innen weiter im Hinblick auf die Schwierigkeit in der Bewertung beobachteter Vorgänge. Dies steht möglicherweise im Konnex

---

270 LEISINGER, 29 f. m. w. H.

271 LEISINGER, 30.

272 Vgl. zum Ganzen LEISINGER, 30 f. Zur Schwierigkeit der Abgrenzung von *Illegitimität* und *Legitimität* und den unterschiedlichen, menschlichen Wahrnehmungen vgl. 230 ff. m. w. H.

273 Vgl. zum Ganzen LEISINGER, 36. Einen Nachweis für diese expressive These bleibt LEISINGER (zumindest an der Stelle) schuldig.

274 LEISINGER, 37 ff.

275 LEISINGER, 47 f.

276 LEISINGER, 48 ff.

277 LEISINGER, 51 ff.

278 LEISINGER, 53 ff.



mit den Bemerkungen zur Grenzziehung zwischen *Illegitimität* und *Legitimität*.

LEISINGER definiert Whistleblowing wie folgt: 136

«Unter Whistleblowing verstehen wir [...] also einen Informationsprozess, 137  
 durch den Menschen in Unternehmen, die selbst nicht die Macht haben,  
 direkt korrigierend einzugreifen, sich gegen illegale oder als illegitim  
 empfundene Praktiken nicht-trivialer Art wenden. Die Berichterstattung  
 erfolgt in der Regel dann außerhalb des Dienstweges, wenn alle anderen  
 Bemühungen erfolglos blieben und der Missstand fortbesteht. Das Motiv  
 zum Handeln ist gemeinwohlorientiert und dient nicht primär eigenen  
 materiellen Vorteilen». <sup>279</sup>

#### d. Whistleblowing nach LUTTERBACH (D) (2010)

LUTTERBACH stellt nach den einführenden, etymologischen Betrachtungen 138  
 und ausführlicher Analyse der Rechtslage im In- und Ausland fest, dass  
 sich hieraus kein einheitlicher Begriff des Whistleblowings ableiten lasse.<sup>280</sup>  
 Von MÜLLER<sup>281</sup> entlehnt sie die Merkmale *Qualität des angezeigten Verhal-*  
*tens, Status der Hinweisgebenden* sowie *Adressatinnen und Adressaten* des  
 Hinweises und ergänzt diese in Anlehnung an ihre vorangehenden Betrach-  
 tungen um die Elemente *Intention, Wirkung* und *Form* des Hinweises.

Bei der Auseinandersetzung mit den selbst erdachten Kriterien *Wirkung*<sup>282</sup> 139  
 und *Intention*<sup>283</sup> stellt LUTTERBACH sodann fest, dass sich beide nicht oder  
 nur in beschränktem Maße als solche eignen würden. Eine Differenzierung  
 nach der Wirkung bringe an sich keine Klarheit – es sei vielmehr eine  
 Abgrenzung von anderen, ähnlichen *Instrumentarien* zur Prävention (von  
 Korruption und dergleichen) notwendig.<sup>284</sup> Ihre Betrachtungen zur *Intenti-*  
*on* fördern sodann zutage, dass keine voluntativen und kognitiven Grenzen  
 als Anforderungen an den:die Whistleblower:in gestellt werden könnten;  
 von den strafrechtlichen Grenzen (in der Schweiz beispielsweise in Form  
 des Verbots der falschen Anschuldigung in StGB 303 oder der Verleumdung

279 Vgl. zum Ganzen MICELI/NEAR, *Journal*, 2 ff m. w. H.

280 LUTTERBACH, 32.

281 MÜLLER, 426.

282 LUTTERBACH, 33 f. m. w. H.

283 LUTTERBACH, 34. f. m. w. H.

284 LUTTERBACH, 34.

in StGB 175) abgesehen. «Folglich scheint es auch einen intentionsbezogenen Idealtyp[en] des Whistleblowers [...] nicht zu geben. Die Intention als Abgrenzungskriterium ist damit wenig hilfreich»<sup>285</sup>, so LUTTERBACH.<sup>286</sup>

- 140 Auch für das dritte erdachte Kriterium der *Form des Hinweises* vermag LUTTERBACH keine eindeutigen Voraussetzungen abzuleiten. Sie hält jedoch fest, dass in der Lehre umstritten sei, ob anonymes Whistleblowing zulässig sei oder vielmehr als Whistleblowing verstanden werden könne.<sup>287</sup>
- 141 Die *Qualität des angezeigten Verhaltens* sei vielfältig und verlaufe auf einer Bandbreite von schlichten *Unregelmäßigkeiten* und *ethisch zweifelhaftem Verhalten* bis hin zu Straftaten. LUTTERBACH sucht auf dieser Bandbreite zwei Schwerpunkte zu setzen; den ersten erblickt sie in *Gefahren für öffentliche Interessen*, den zweiten in *Korruption*. Trivial dürfe das beobachtete Verhalten der Unternehmung nicht sein, so LUTTERBACH. Aus der Bandbreite des beobachtbaren Verhaltens und aus der Schwerpunktbildung ergebe sich, dass Whistleblowing nicht ausschließlich als Mittel gegen Korruption und Wirtschaftskriminalität verstanden werden dürfe.<sup>288</sup>
- 142 Mit Blick auf den *Status der Hinweisgebenden* stellt sie fest, dass nach ihr auch eine bloße Zeuginnen- oder Zeugenstellung nicht *per se* ausgeschlossen sei. Sie erläutert, dass zum Teil zwischen internen und externen Whistleblower:innen unterschieden werde,<sup>289</sup> und stellt weiter fest, dass unter internen zum Teil nicht nur Angestellte, sondern auch «*sonstige Mitarbeiter und Vertragspartner, wie zum Beispiel Zulieferer*»<sup>290</sup> verstanden würden.
- 143 *Adressatinnen und Adressaten des Hinweises* würden gemeinhin in *interne* und *externe* unterteilt. Erstere Gruppe könnte aus direkten Vorgesetzten sowie höherrangigen Mitgliedern (bis hin zur «*Chefetage*») bestehen, letztere dagegen sowohl aus zuständigen Stellen wie beispielsweise Anti-Korruptions-Stellen, Amtsstellen und Gerichten als auch der breiten Öffentlichkeit (oder den Medien).<sup>291</sup>

---

285 LUTTERBACH, 36.

286 Vgl. zum Ganzen LUTTERBACH, 35 m. w. H.

287 Vgl. zum Ganzen LUTTERBACH, 39 m. w. H.

288 Vgl. zum Ganzen LUTTERBACH, 36 m. w. H.

289 Nicht zu verwechseln mit dem internen und externen Whistleblowing – also der Art und Weise, wie und wo Meldung erstattet wird; vgl. 242 ff.

290 LUTTERBACH, 37.

291 LUTTERBACH, 38 f. m. w. H.

Nach Abgrenzung der Whistleblower:innen von *Kronzeuginnen und Kronzeugen*<sup>292</sup> sowie von (gewöhnlichen) *Denunzianten und Denunziantinnen*<sup>293</sup> gelangt LUTTERBACH zu folgender Definition für Whistleblower:innen: 144

«Ein Whistleblower ist derjenige, welcher als Externer oder Interner mittels (anonymen) Hinweises an innerbetriebliche – unabhängig von der Hierarchieebene – oder außerbetriebliche Stellen zur Aufklärung und Verhinderung von Fehlverhalten beiträgt, wobei der Inhalt des Hinweises von öffentlichem [beziehungsweise] übergeordnetem Interesse ist.»<sup>294</sup> 145

#### e. Whistleblowing nach HEROLD (D) (2016)

Nach HEROLD<sup>295</sup> ist zwischen *echtem* und *unechtem* Whistleblowing zu unterscheiden. Während er Meldungen *auf dem Dienstweg* und indirekte Mitteilungen (z. B. im Kolleginnen- und Kollegenkreis) als Letzteres klassifiziert, definiert er Ersteres – in Anlehnung an die Definition von MICELI/NEAR<sup>296</sup> – als: 146

«Die Aufdeckung illegaler, unmoralischer oder illegitimer, von ihren Arbeitgebern kontrollierter Praktiken durch (gegenwärtige oder ehemalige) Mitarbeiter [beziehungsweise] Personen mit privilegiertem Informationszugang gegenüber diesbezüglich potenziell beseitigungsfähigen Personen oder Organisationen außerhalb des regulären Dienstwegs.»<sup>297</sup> 147

Zwecks Herleitung dieser Definition beleuchtet HEROLD angelegentlich der Auseinandersetzung mit der Phänomenologie des Whistleblowings die *Eckpunkte der personellen Stellung der Whistleblower:innen, der Qualität der wahrgenommenen Verhaltensweise der Organisation (Missstand) sowie der Adressatinnen und Adressaten der Offenlegung*.<sup>298</sup> Die Beweggründe der Whistleblower:innen werden durch HEROLD unter den Schlagwörtern *Motivlage* und *Vergeltung* beleuchtet. Er hält außerdem fest, dass es sich beim 148

292 LUTTERBACH, 39 ff. m. w. H.

293 LUTTERBACH, 42 ff. m. w. H. In Abgrenzung von Denunziantinnen und Denunzianten hält LUTTERBACH fest, dass bei Whistleblower:innen-Meldungen das übergeordnete Interesse positiv festgestellt werden könne; LUTTERBACH, 45.

294 LUTTERBACH, 46.

295 Vgl. zum Ganzen HEROLD, Diss., 34 ff. m. w. H.

296 Siehe oben 121, Fn. 231.

297 HEROLD, Diss., 46.

298 HEROLD, Diss., 36 m. w. H.

Phänomen des Whistleblowings nicht um ein *Gesinnungs-*, sondern um ein *Verhaltensphänomen* (in Form eines Mitteilungsphänomens) handelt.

- 149 *In puncto* Whistleblower:innen stellt er im Wesentlichen fest, dass es sich dabei um Personen mit aktueller oder ehemaliger *unmittelbarer Organisationsverbundenheit* handeln müsse. Vereinfacht könnte man sagen, dass sich Whistleblower:innen in irgendeiner Weise im Dunstkreis der fehlbaren Organisation befinden oder befunden haben müssen,<sup>299</sup> wobei sie auf diese Weise gleichzeitig Opfer sein können, wie HEROLD weiter festhält. Die Abgrenzung vom *einfachen Opfer*<sup>300</sup> habe über das Kriterium des Vorhandenseins von *Insider:innen-Wissen* zu erfolgen, so HEROLD vermutlich.<sup>301</sup> Weiter führt er an, Whistleblower:innen seien von *deliktisch verstrickten Informanten* abzugrenzen, die einzig als Kronzeuginnen und Kronzeugen infrage kämen.<sup>302</sup>
- 150 Mit Blick auf den zweiten *Eckpunkt* des Missstandes scheint sich HEROLD auf die Definition nach MICELI/NEAR zu stützen, wonach «*alle illegalen, unmoralischen oder illegitimen Praktiken von Organisationsmitgliedern*» erfasst sein sollen, wobei der Arbeitgeber die *Organisationskontrolle* über den Missstand haben müsse.
- 151 Betreffend den dritten Eckpunkt der Adressaten hält er fest, dass Uneinigkeit darüber bestehe, ob Meldungen auf dem Dienstweg ebenfalls als Whistleblowing gewertet werden könnten. Während MICELI/NEAR dies in ihrer ursprünglichen Definition von Whistleblowing bejaht hatten, verneint eine Mehrheit dies. HEROLD schließt sich der Mehrheitsmeinung mit der Begründung an, dass Angestellten in aller Regel bereits von Gesetzes wegen die Pflicht zukomme, ihre Arbeitgeber:innen – insbesondere zum Zwecke

---

299 Sei es als Mitarbeiter (Regelfall), Kunde, Lieferant etc.

300 Bei Whistleblower:innen mit Opferstellung würde es sich demnach um ein «qualifiziertes» Opfer handeln.

301 HEROLD schreibt einzig: «*[Der Whistleblower] kann dabei vom Missstand betroffen sein, sodass sich eine Schnittmenge mit der Personengruppe einfacher Opfer ergibt, die gerade nicht über den privilegierten Wissens-/Informationszugang der Insider verfügen*», 38. Dies kann entweder als Hinweis gedeutet werden, Whistleblower:innen müssten nicht (zwingend) über Insiderwissen verfügen, was vor dem Hintergrund einer definitorischen Unterscheidung der Whistleblower:innen von Opfern sowie von Anzeigerstatterinnen und Anzeigerstattern eher unrealistisch scheint, oder als impliziter Hinweis gedeutet werden, einfache Opfer seien von Whistleblower:innen über den unterschiedlichen Informationsstand bezüglich der Verletzungshandlung zu unterscheiden.

302 Zu dieser Abgrenzung vgl. 194 ff.

der Schadensminderung – über ihm bekannte Missstände aufzuklären, wobei eine solche Aufklärung regelmäßig auf dem Dienstweg, das heißt an direkte Vorgesetzte, zu erfolgen habe.<sup>303</sup> Ein solches Verhalten des Angestellten komme demnach *nicht* einer «Offenlegung<sup>304</sup> im eigentlichen Sinne eines abweichenden Verhaltens»<sup>305</sup> gleich.<sup>306</sup> Weiter behandelt HEROLD in seinen Ausführungen die Frage, ob erst ein tatsächliches Wissensdefizit aufseiten der Adressatinnen und Adressaten die Botschaft als Whistleblowing zu qualifizieren vermag, oder, negativ formuliert, ob *keine* Offenlegung vorliege, wenn Informierte von den Missständen Kenntnis haben. Sobald ein Wissensvorsprung weitervermittelt werde, sei problemlos von einer Offenlegung auszugehen – sonst sei einzig auf die *Sphäre des Insiders* respektive dessen Perspektive abzustellen. So klassifiziert HEROLD Meldungen auf dem Dienstweg als *unechtes Whistleblowing* und grenzt dieses weiter zu *indirektem Kommunikations-/Mitteilungsverhalten*<sup>307</sup> ab.<sup>308</sup>

Unter dem Aspekt der *Motivlage* führt HEROLD im Wesentlichen aus, dass sich eine Berücksichtigung ebendieser verbiete. Vorab erläutert er, dass die US-amerikanische Legislative längst den Standpunkt vertrete, dass der Zweck die Mittel heiligt – wobei sich die internationale Wissenschaft *en gros* dieser Haltung weitestgehend angenähert habe. Zwar werde zuweilen argumentiert oder vorausgesetzt, dass Whistleblower:innen (vorwiegend) aus *lauteren Beweggründen* handeln müssen.<sup>309</sup> Dieser Meinung sei jedoch aus verschiedenen Gründen nicht zu folgen. Einerseits dränge sich die Frage auf, welches Verhalten denn «lauter» und/oder «uneigennützig» sei. Zumal das Vorliegen einer solchen Gesinnung in der Praxis schwer zu beweisen sei. Andererseits würde eine solche Voraussetzung die Einführung

152

303 Eine solche Pflicht kann sich nach schweizerischem Recht zum Beispiel aus OR 321a I ergeben.

304 HEROLD scheint, seinen Ausführungen zur Mangelhaftigkeit deutschsprachiger Begriffe zum Trotz (vgl. 112), den Begriff «Offenlegung» synonym für «Whistleblowing» verwenden zu wollen.

305 HEROLD, Diss., 41 m. w. H.

306 Eine weitere Erklärung, inwiefern eine Offenlegung eines arbeitsrechtlich unvorhergesehenen abweichenden Verhaltens bedürfe, um als «Offenlegung im eigentlichen Sinne» gelten zu dürfen, bleibt HEROLD dagegen schuldig. Rein sprachlich erscheint dieser Schluss nach hier vertretener Ansicht nicht zwingend; zum Ganzen HEROLD, Diss., 40 f. m. w. H.

307 Zum Beispiel «Klatsch und Tratsch» mit Arbeitskolleginnen und -kollegen über bestehende, bekannte Missstände, so HEROLD, Diss., 42.

308 Zum Ganzen HEROLD, Diss., 42 m. w. H. sowie 46.

309 So beispielsweise LEISINGER, vgl. 133 f. m. w. H.

von Aktivierungsmodellen mit finanziellen Anreizen für Whistleblower:innen, wie sie beispielsweise in US-amerikanischen Rechtssystemen vorhanden sind, *a priori* verunmöglichen. Drittens bestehe ein großes Bedürfnis aufseiten der Strafverfolgung, Missstände aufzudecken, Täter dingfest zu machen und weitere Taten zu verhindern – unabhängig von der Motivlage der einzelnen Whistleblower:innen.<sup>310</sup>

- 153 Die Voraussetzung einer *Vergeltung* oder eines hohen *Vergeltungsrisikos* für Whistleblower:innen, wie es von Teilen der Lehre gefordert wird, sei ungeeignet. Es würde dergestalt eine externe Reaktion zur Bestimmung eines Individualverhaltens herangezogen. Ferner würden beispielsweise anonyme Meldungen aus den Betrachtungen ausgeschlossen.<sup>311</sup>

f. Whistleblowing nach SCHENKEL (D) (2019)

- 154 SCHENKEL hält ebenfalls fest, dass sich der bestehenden Literatur keine einheitlichen Definitionen für Whistleblowing entnehmen lassen, und entscheidet sich, ihre eigene Definition in Anlehnung an die vielerorts zitierte Definition von MICELI/NEAR<sup>312</sup> herzuleiten.<sup>313</sup> Dabei geht sie gesondert auf die *Person des Whistleblowers*, den *Gegenstand des Whistleblowings* und dessen *Adressatinnen und Adressaten* ein.
- 155 Hinsichtlich der Whistleblower:innen thematisiert SCHENKEL erst den Aspekt der *Insider:innen-Stellung*. Sie hält fest, dass die Begriffe *der Insiderin* und *des Insiders* nicht im rechtstechnischen Sinne zu verstehen seien und nach ihrer Ansicht alle möglichen Personen als solche infrage kämen oder eine solche Stellung innehaben könnten.<sup>314</sup>
- 156 «Gemeint ist vielmehr eine Person, die aufgrund ihrer spezifischen Beziehung zu dem Unternehmen mit dessen Organisationsstrukturen vertraut ist und daher Zugang zu unternehmensinternen Informationen hat, die dem Zugriff der Öffentlichkeit entzogen sind.»<sup>315</sup>

---

310 Vgl. zum Ganzen HEROLD, Diss., 42 ff. m. w. H.

311 Vgl. zum Ganzen HEROLD, Diss., 45 f. m. w. H.

312 Vgl. 12l.

313 SCHENKEL, 12 f.

314 SCHENKEL, 12.

315 SCHENKEL, 13 f.

Abzulehnen sei dagegen die Ansicht, dass beispielsweise Angehörige der wirtschaftsprüfenden Berufe oder Personen mit ähnlicher Stellung nicht ebenfalls Whistleblower:innen sein könnten, da diesen eine Meldepflicht zukomme. Eine derartige Ansicht würde in der Praxis zu Abgrenzungsproblemen führen, da schwer bestimmbar sei, in welchem Umfang eine Meldung den Dienstpflichten entspreche.<sup>316</sup> 157

Zwecks Abgrenzung der Whistleblower:innen von Kronzeuginnen und Kronzeugen nimmt SCHENKEL an, dass diese ihrerseits nicht deliktisch verstrickt sein dürfen.<sup>317</sup> Dagegen seien Personen, die nicht über ein Fehlverhalten der eigenen Organisation berichten würden, nicht Whistleblower:innen im klassischen Sinne.<sup>318</sup> 158

Was den *Gegenstand des Whistleblowings* anbelangt, befasst sich SCHENKEL mit dem Kriterium der «*Aufdeckung illegaler, unmoralischer, illegitimer Praktiken*» und befürwortet zwar ein ausgedehntes Verständnis, mit der Begründung, dies sei für die in aller Regel juristisch ungeschulten Whistleblower:innen von Vorteil, könnten diese doch oftmals nicht einschätzen, ob das beobachtete Verhalten illegal sei. Für ihre wissenschaftlichen Betrachtungen beschränkt sie sich jedoch darauf, lediglich die illegalen Praktiken zu beleuchten, da nur Verstöße gegen die Rechtsordnung «*anhand objektiver Kriterien bestimmt und überprüft werden*» könnten, während «*die Beurteilung eines Verhaltens als unmoralisch oder illegitim in großem Maße von der subjektiven Einschätzung des Whistleblowers [abhänge] und [...] damit in rechtlicher Hinsicht nur bedingt überprüfbar*» sei.<sup>319</sup> 159

Unter dem Aspekt der *Adressatinnen und Adressaten* behandelt sie die bekannte Unterscheidung zwischen internem und externem Whistleblowing und weist explizit darauf hin, dass die Lehrmeinungen, nach denen nur externes Whistleblowing (straf-) rechtlich relevant sein soll, zu kurz greifen würden.<sup>320</sup> 160

316 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 13 f. m. w. H.

317 Vgl. SCHENKEL, 15 f. m. w. H.; siehe 154 ff.

318 SCHENKEL, 24 m. w. H.; siehe 154 ff.

319 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 18 ff. m. w. H.

320 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 25 ff. m. w. H.; vgl. 133, 142 f. sowie nachfolgend 165 und 166. Zur Unterscheidung 242 ff.

g. Zwischenfazit

- 161 Bereits jetzt kann konstatiert werden, dass sich der hier resümierten internationalen Literatur unterschiedlichste Definitionskriterien entnehmen lassen, die es nachfolgend noch eingehend zu analysieren gilt.<sup>321</sup> Klar scheint, dass die ursprüngliche Definition von MICELI/NEAR in der ein oder andern Form für alle der vorgestellten Meinungen als Grundlage für eigene Begriffsbestimmungen gedient haben muss. Nach WESTMAN *et al.* könnte man festhalten, dass scheinbar Einigkeit darüber besteht, dass Whistleblowing sicher dann vorliegt, wenn Angestellte Rechtsverletzungen ihrer Arbeitgeber:innen anzeigen.<sup>322</sup>
- 162 Bevor die einzelnen Kriterien *en détail* analysiert werden, sollen nachfolgend erst noch einige innerhalb der Schweiz entwickelten Ansätze gegenüberstellend vorgestellt werden.

3. Innerhalb der Schweiz entwickelte Ansätze

a. Whistleblowing nach LEDERGERBER (2005)

- 163 LEDERGERBER hält die definatorischen Ausführungen in ihrer Dissertation in engem Rahmen. Sie entlehnt ihre Definition aus dem *Online-Verwaltungslexikon für gutes öffentliches Management (OLEV)*<sup>323</sup> und beschreibt Whistleblowing als:
- 164 «[...] kritische Aktivität von Mitarbeitenden, die auf Missstände (illegales oder unethisches Verhalten) hinweisen, sie aufdecken, kritisieren, unter Umständen auch öffentlich, oder versuchen, wichtige Interessengruppen zu informieren, um sie zum Handeln zu veranlassen».<sup>324</sup>
- 165 Darüber hinaus verzichtet LEDERGERBER darauf, einzelne Voraussetzungen zu deduzieren oder weiter zu kommentieren. Mutmaßlich gestützt auf LEISINGER und in Anlehnung an die vorgenannte Definition erläutert sie allein die phänomenologische Unterscheidung zwischen internem und externem Whistleblowing und führt weiter aus, internes Whistleblowing

---

321 Vgl. 180 ff.

322 Vgl. 130.

323 Abrufbar unter <<https://www.olev.de>> (10. September 2019).

324 LEDERGERBER, 9 m. w. H.



erspare Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern die negativen Konsequenzen (Imageschaden, gegebenenfalls Strafverfolgung und dergleichen), die mit externem Whistleblowing einhergingen. Ferner sei internes Whistleblowing in den meisten Rechtsordnungen (so auch in der Schweiz) erlaubt und werde nicht als Treuebruch angelastet. Externes Whistleblowing sei dagegen das einzige Mittel, wenn die Vermutung bestehe, die zweifelhaften Praktiken seien intern bekannt und/oder angeordnet. Diese Form, äußeren Druck auf die fehlbare Unternehmung aufzubauen, liege oftmals im öffentlichen Interesse.<sup>325</sup> Mit Verweis auf MICELI/NEAR fasst LEDERGERBER die bereits genannten *fünf Phasen* des Whistleblowings<sup>326</sup> zusammen.<sup>327</sup>

#### b. Whistleblowing nach HUNZIKER (2007) [von DEISEROTH (2004)]

HUNZIKER<sup>328</sup> übernimmt ihre Whistleblowing-Definition nahezu uneingeschränkt von DEISEROTH<sup>329</sup>. Dieser setzte vier Merkmale voraus: 166

Erstens bedürfe es der Offenlegung gravierenden Fehlverhaltens (engl.: *revealing wrongdoing*), wobei auch die schlichte Verweigerung an der (weiteren) Mitwirkung an Projekten als Alternative gelten soll.<sup>330</sup> Zweitens sei ein «Alarmschlagen» (engl.: *going outside*) vonnöten. Dieses erfolge regelmäßig erst intern – später nötigenfalls extern.<sup>331</sup> Whistleblower:innen seien *Insider:innen*.<sup>332</sup> Drittens müssten Whistleblower:innen aus primär altruistischen Motiven handeln. Insbesondere dürfe der:die Whistleblower:in keine wirtschaftlichen Vorteile für sich oder nahestehende Personen verfolgen (engl.: *servicing the public interest*). Viertens nehmen Whistleblower:innen Risiken und Nachteile für die eigene Karriere oder Existenz in Kauf (engl.: *risking retaliation*). 167

325 Vgl. zum Ganzen LEDERGERBER, 9 m. w. H.

326 Siehe 128 f.

327 LEDERGERBER, 10 m. w. H.

328 Vgl. zum Ganzen HUNZIKER, 164 f. m. w. H.

329 Vgl. DEISEROTH, 124.

330 Vgl. die von WESTMAN entwickelte und von IMBACH rezipierte Konzeption des «passiven» Whistleblowings, vgl. 171.

331 Zur Unterscheidung zwischen internem und externem Whistleblowing vgl. 242 ff.

332 Zur Insider:innen-Stellung vgl. 182 ff.

168 Whistleblower:innen definiert HUNZIKER als:

169 «[...] Informanten, die aus uneigennützigen Motiven ungesetzliche, unlautere oder ethisch zweifelhafte Praktiken (z. B. Korruption, Insiderhandel, Gefahren für die Allgemeinheit) enthüllen».<sup>333</sup>

c. Whistleblowing nach IMBACH (2011)

170 IMBACH entlehnt für ihre Arbeit die Definition von MICELI/NEAR<sup>334</sup> und erläutert ihrerseits die drei Hauptmerkmale. Es ist dies als Erstes, dass es sich bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern zwingend um Personen handeln müsse, die Teil der fehlbaren Organisation sind oder zu dieser in einer gewissen Nähe stehen (beispielsweise Lieferfirmen, ehemalige Mitarbeiter:innen). Neudeutsch könnte man von *Insiderinnen und Insidern* sprechen. Zweitens müsse das fehlbare Verhalten *illegal, unmoralisch* oder *illegitim* sein. Schließlich seien Empfänger:innen vorausgesetzt, die aufgrund ihrer Stellung über die Kompetenzen verfügten, auf das qualifizierte Verhalten korrigierend Einfluss zu nehmen. Dabei geht IMBACH – in Anlehnung an die Ausführungen von LEISINGER<sup>335</sup> und im Glauben, damit den Überlegungen von MICELI/NEAR zu folgen<sup>336</sup> – davon aus, dass *kein* Whistleblowing vorliege, wenn die Mitteilung *auf dem Dienstweg* erfolge.<sup>337</sup>

171 Mit Verweis auf WESTMAN<sup>338</sup> macht IMBACH auf die zusätzliche Unterscheidung zwischen *aktivem* und *passivem* Whistleblowing aufmerksam. Letzteres geschehe nicht aus der Initiative der Whistleblower:innen heraus, sondern infolge eines externen Impulses – beispielsweise in der Vorladung als Zeugin oder Zeuge in einer Gerichtsverhandlung unter Wahrheitspflicht auszusagen.<sup>339</sup>

172 Auf eine weiterführende Analyse von Whistleblowing verzichtet IMBACH bewusst mit der Begründung, dies liege außerhalb des Spektrums ihrer Dissertation.<sup>340</sup>

---

333 HUNZIKER, 166.

334 Siehe 121.

335 Siehe 133.

336 Vgl. IMBACH, 25.

337 Vgl. zum Ganzen IMBACH, 25 ff. m. w. H.

338 WESTMAN, 82; vgl. auch das Nachfolgewerk MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33 f.

339 Vgl. zum Ganzen IMBACH, 27 m. w. H.

340 IMBACH, 29.

## d. Definition der Wettbewerbskommission (WEKO) (Stand: 2022)

In Zusammenhang mit der Aufdeckung unzulässiger Kartelle im Sinne von KG 5 ff. definiert die WEKO auf ihrer Homepage Whistleblower:innen folgendermaßen: 173

«Ein Whistleblower ist eine Person, welche die zuständige Stelle hinweist auf regelwidriges Verhalten, Missstände, illegales Handeln oder allgemeine Gefahren, von denen sie erfährt. In Zusammenhang mit dem Kartellrecht handelt es sich um eine Person, die mutmaßliche Verstöße gegen das Kartellgesetz meldet. Typischerweise verfügt ein Whistleblower über Insiderwissen, etwa als Mitarbeiter oder Mitarbeiterin (aktuell oder ehemals) eines beteiligten Unternehmens. Häufig hat der Whistleblower ein Interesse daran, dass sein Hinweis an die Behörde vertraulich behandelt wird, denn er handelt nicht im Namen und Auftrag des am mutmaßlichen Kartell beteiligten Unternehmens». <sup>341</sup> 174

Dies in Abgrenzung zur Selbstanzeige i. S. v. KG 49a II und III. 175

## 4. Zwischenfazit

Nach dieser Übersicht über die Definitionsansätze zeigt sich, dass zumindest über gewisse Grundvoraussetzungen Einigkeit besteht. So müsse es sich bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern etwa um Personen mit einer gewissen Insider:innen-Stellung<sup>342</sup> handeln. Ferner ist man sich einig, dass illegale Verhaltensweisen<sup>343</sup> als Meldeinhalte Whistleblowing konstituieren oder dass zwischen internem und externem Whistleblowing<sup>344</sup> unterschieden werden könne. Ob diese Einigkeit einer unabhängigen Ratio oder eher einer unkritischen Übernahme der Voraussetzungen der Vordenker:innen geschuldet ist, muss offenbleiben. 176

Klar ist: Die oben genannten Definitionen haben ihren Ursprung bei MICELI/NEAR und somit in der Soziologie und der Ökonomie. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive sind sie somit fachfremd. Dennoch wurden sie von der bisherigen juristischen Literatur ohne ausführliche 177

341 Homepage der WEKO, *Whistleblowing*, <<https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/anzeigen/whistleblowing.html>> (30. Mai 2022).

342 Vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen in 182 ff.

343 Vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen in 208 ff.

344 Vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen in 242 ff.

kritische Würdigung rezipiert. In der Mehrzahl findet sich nämlich keine eingehende Auseinandersetzung mit den fachfremden Definitionen. Diese wurden hingegen um verschiedene Voraussetzungen (beispielsweise juristischer Natur) erweitert, woraus notgedrungen heterogene Definitionen des Phänomens resultieren.

- 178 Die vorbehaltlose Übernahme fachfremder und/oder heterogener Definitionen ist indes nicht angebracht, denn sonst bestünde die Gefahr, Voraussetzungen zu übernehmen, die zwar beispielsweise aus soziologischer Sicht durchaus sinnvoll sein können, aus juristischer Sicht jedoch sinnfrei sind. Etwa, wenn sich eine Voraussetzung als nicht justiziabel herausstellt oder wenn eine Voraussetzung den Kreis der Whistleblower:innen unnötig einschränkt und es in der Folge – aus juristischer Perspektive – wegen dieser zusätzlichen Voraussetzung zu Anstoß erregenden Entscheiden kommen würde.
- 179 Es sollen deshalb die einzelnen Voraussetzungen anlässlich einer kritischen Würdigung auf den sprichwörtlichen Prüfstand gestellt und auf diese Weise nachfolgend eine Definition für das *gesellschaftliche Phänomen* des Whistleblowings gefunden werden, die für juristische Belange tauglich ist. Hierzu muss es gelingen, sich von (straf-) rechtlichen Überlegungen<sup>345</sup> nicht derart beeinflussen zu lassen, dass diese in Form einer für die Definition des *Phänomens* im Grunde unnötigen Voraussetzung Eingang finden. Überlegungen zu den rechtlichen Implikationen des Phänomens sind vielmehr erst im *Anschluss* und im Lichte der Definition vorzunehmen.

### C. Kritische Würdigung bestehender Voraussetzungen

- 180 Im Bestreben, die einzelnen Merkmale und Voraussetzungen des Phänomens verständlich und trennscharf erfassen zu können, werden diese, ähnlich wie bereits im ersten Kapitel, in: «Whistleblower:innen»- und «Whistleblowing»-Merkmale gegliedert. Erstere stehen in Zusammenhang mit den Fragen: «*Wer kann (objektiv) überhaupt Whistleblower:in sein?*» und «*Gibt es etwaige Motive oder Absichten, die Whistleblower:innen haben müssen, um als solche zu gelten?*» Unter den Whistleblowing-Merkmalen werden Handlung und Gegenstand von Whistleblowing analysiert. Es beinhaltet mithin die Frage nach dem Wie und Was.

---

345 Beispielsweise Überlegungen zur Rechtfertigung (*-swürdigkeit*).

Nachfolgend werden zur Klärung dieser Fragen unter Würdigung der einzelnen Voraussetzungen aus den eingangs aufgeführten Definitionsansätzen diese Merkmale aufgelistet: 181

## 1. Whistleblower:innen-Merkmale

### a. Insider:innen-Stellung

In allen Ansätzen findet sich die Voraussetzung einer, wie auch immer garteten, «Insider:innen-Stellung». HUNZIKER<sup>346</sup> und LEDERGERBER<sup>347</sup> verlangen *Insider:innen* und verstehen darunter Angestellte der (vermeintlich) fehlbaren Organisation. 182

Schon mit Blick auf die ursprüngliche Definition der amerikanischen Autoren MICELI/NEAR<sup>348</sup> ist der Begriff auszuweiten – dergestalt, dass es sich ihnen zufolge um *ehemalige* Angestellte handeln darf. Von Whistleblower:innen und Whistleblowern als Angestellte sprechen auch WESTMAN *et al.*, wobei sich ihre Kategorie der embryonischen Whistleblower:innen wohl auch auf ehemalige Angestellte bezieht.<sup>349</sup> Gleicher Ansicht sind IMBACH<sup>350</sup> und LEISINGER<sup>351</sup>. 183

HEROLD<sup>352</sup> verlangt nach aktueller oder ehemaliger unmittelbarer Organisationsverbundenheit und betont, die Whistleblower:innen könnten gleichzeitig Opfer sein, was ebenfalls darauf hindeutet, dass das Kriterium der unmittelbaren Organisationsverbundenheit nicht derart eingegrenzt werden soll, dass lediglich (aktuelle oder ehemalige) Angestellte der Organisation inkludiert würden, da sie andernfalls gleichzeitig kaum Opfer sein könnten. LUTTERBACH<sup>353</sup> will auch diese erweiterte Grenze nicht gelten lassen. Nach ihr kann der Kreis der Insider:innen auf bloße Zeuginnen und Zeugen ausgeweitet werden. 184

---

346 Siehe 166 ff.

347 Wenn auch nur implizit aus dem Wortlaut der Definition; siehe 164.

348 Siehe 121.

349 Siehe 131.

350 Siehe 170.

351 Siehe 133.

352 Siehe 149.

353 Siehe 138.

- 185 SCHENKEL<sup>354</sup> fordert, dass es sich bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern um Personen handeln solle, die wegen ihrer spezifischen Beziehung zur Organisation mit deren Strukturen vertraut sind und daher Zugang zu geschützten Informationen haben. Damit scheint SCHENKEL, ähnlich wie die WEKO, keine Insider:innen-*Stellung*, sondern Insider:innen-*Wissen*<sup>355</sup> vorauszusetzen. Die WEKO attestiert Whistleblowerinnen und Whistleblowern Letzteres nur «*typischerweise*», was den Schluss nahelegt, es könne nach ihrer Ansicht (wenigstens theoretisch) auch ohne ein solches Insider:innen-Wissen eine Stellung als Whistleblower:in vorliegen. Der Wortlaut in KG 26 I lässt ebenfalls einen solchen Schluss zu, besagt doch die Vorschrift, dass «*Vorabklärungen [...] auf Anzeige von Dritten*»<sup>356</sup> erfolgen können.
- 186 Klar scheint zumindest, dass eine Insider:innen-*Stellung* nicht zwingend ist, um Insider:innen-*Wissen* zu erlangen. Es öffnet sich somit bezüglich dieses ersten Merkmals ein breites Spektrum an möglichen Whistleblowerinnen und Whistleblowern – von aktuellen Angestellten bis hin zu Dritten.
- 187 Die Idee der *Insider:innen* als Whistleblower:innen-Merkmal mag aus zivilrechtlicher Sicht dem Umstand geschuldet sein, dass der Großteil des bestehenden Whistleblowing-Schutzes arbeitsrechtlicher Natur zu sein scheint.<sup>357</sup> Aus dieser Perspektive ergibt die Annahme, bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern müsse es sich um Angestellte handeln, Sinn – geht es doch darum, eine Kündigung im Vorfeld als missbräuchlich zu verbieten und im Nachhinein als solche zu deklarieren, um pekuniäre Forderungen gegenüber den ehemaligen Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern erfolgreich geltend zu machen.
- 188 In Bezug auf das Strafrecht ist ein etwaiger ähnlicher Zusammenhang im weiteren Verlauf dieser Arbeit erst genauer zu untersuchen.<sup>358</sup> *Prima vista* scheint es sich zumindest beim Gros der Straftatbestände, die ein:e Whistleblower:in gegebenenfalls (tatbestandsmäßig) erfüllen könnte, um (*echte* oder *unechte*) *Sonderdelikte* zu handeln. Als solche setzen sie dem-

---

354 Siehe 156.

355 Wobei das Insiderwissen kein Whistleblower:innen- sondern ein Whistleblowing-Merkmal darstellt. Vgl. 208 ff.

356 Hervorhebungen durch den Autor.

357 Viele der Whistleblowing-Fälle berufen sich auf «*wrongful termination*» – sprich die missbräuchliche Kündigung. Vgl. hierzu MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-34 f.

358 Vgl. 305 ff.

nach eine gewisse Sonderstellung der Unrechtsperson voraus. Man denke beispielsweise an die Verletzung etwaiger Berufs- oder Amtsgeheimnisse. In Anlehnung an den Wortlaut der hierzu bestehenden, kernstrafrechtlichen Bestimmungen in StGB 320/321 I I und II ist etwa davon auszugehen, dass potenzielle Whistleblower:innen entweder aktuell eine Sonderstellung innehaben oder in der Vergangenheit innehaben mussten, da sonst die Voraussetzungen an die Täter:innenschaft nicht erfüllt wären und eine Strafbarkeit somit zwangsläufig entfele.

Aus (straf-) rechtlicher Perspektive könnte man zum Schluss gelangen, 189  
dass es sich bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern tatsächlich um (aktuelle oder ehemalige) *Insider:innen* handeln müsse. Dabei würde es sich indes um einen *Zirkelschluss* handeln. Wer Whistleblower:innen zu definieren sucht, muss dies losgelöst von bestehenden (Straf-) Normen, die durch Whistleblower:innen gegebenenfalls erfüllt werden könnten, tun, da er oder sie ansonsten faktisch statt der Whistleblower:innen nur wieder deliktisch handelnde (Sonder-) Täter:innen, also missbräuchlich gekündigte Angestellte definiert. Am Beispiel der Amtsgeheimnisverletzung: Der:die Whistleblower:in könnte gegebenenfalls eine Amtsgeheimnisverletzung begehen. Um eine Amtsgeheimnisverletzung begehen zu können, muss man Amtsträger:in sein. *Ergo* sind Whistleblower:innen Amtsträger:innen.

Abgesehen davon, dass dieser Schluss unlogisch ist, verknüpft man auf 190  
diese Weise Whistleblowing gedanklich bereits mit Delinquenz und fördert so die zweifelhafte Ansicht, dass Whistleblowing *per se* ein strafwürdiges Verhalten sei. Dies, obschon die genannten Autorinnen und Autoren im Resultat alle zu argumentieren suchen, dass es sich bei Whistleblowing um ein *schützenswertes* Verhalten handle. Tatsächlich ist es so, dass nicht jede Meldung auch zwingend strafrechtlich relevant sein muss. Die Einsicht, dass, um an Insider:innen-Informationen zu gelangen, eine entsprechende Stellung nicht Voraussetzung ist – insbesondere nicht eine Stellung im Sinne einer unmittelbaren Organisationsverbundenheit (beispielsweise als Angestellte:r) – scheint das Kriterium *Insider:in* zu disqualifizieren.

Exemplarisch kann hier an die eingangs der Arbeit erwähnte «Affäre 191  
Hildebrand» erinnert werden, in der der Whistleblower weder Teil der SNB noch der Familie Hildebrand war, sondern IT-Fachmann der privaten Bank der damaligen Eheleute Hildebrand. Dennoch wurde er von der Öffentlichkeit sowie vom Bundesgericht als «Whistleblower» wahrgenommen

– machte er doch (straf-) rechtlich geschützte Informationen, die *nicht* seine Organisation betrafen,<sup>359</sup> unautorisiert Dritten zugänglich.

192 *Pars pro toto* kann dieser Fall dem Nachweis dienen, dass es sich bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern nicht zwangsläufig um *Insider:innen der fehlbaren Organisation* handeln muss. Es scheint sinnvoller, den Personenkreis der Whistleblower:innen möglichst wenig einzugrenzen – denn so entspricht man zum einen eher dem etablierten Verständnis des Phänomens und vermeidet zum andern eine möglicherweise ungewollte Einschränkung einer späteren Rechtfertigung. Ähnliches ergibt sich beispielsweise auch aus den Ausführungen von SCHENKEL, die meint: «*Da letztlich allein entscheidend ist, dass die Person aufgrund ihres Verhältnisses zum Unternehmen über Insiderinformationen verfügen kann, ist eine weite Ausdehnung des Personenkreises geboten.*»<sup>360</sup> Dass SCHENKEL schreibt «[...] verfügen **kann** [...]»<sup>361</sup>, suggeriert, dass auch sie dem Fehlschluss unterlegen ist, dass eine entsprechende Stellung Voraussetzung für den Zugang zu Informationen sei. Dies mag zwar in der Mehrzahl der Fälle zutreffen – ist, wie oben gezeigt, aber nicht zwingend der Fall. In der Essenz ist SCHENKEL jedoch zuzustimmen: Es geht nicht um die Insider:innen-Stellung, sondern um ein Insider:innen-Wissen, über das Whistleblower:innen verfügen müssen. Dabei handelt es sich indes um ein Whistleblowing-Merkmal.<sup>362</sup>

193 In Anlehnung an die Definition der WEKO ist der:die Whistleblower:in somit weitgefasst als Person zu definieren, «*welche die zuständige Stelle hinweist auf regelwidriges Verhalten, Missstände, illegales Handeln oder allgemeine Gefahren, von denen sie weiß oder irgendwie erfährt.*»<sup>363</sup> Schließlich scheint es mit Blick auf die Rechtssicherheit sinnvoll, sich innerhalb einer Rechtsordnung an einer bestehenden, behördlichen Definition zu orientieren – sofern diese, wie hier, wenigstens nicht untragbar ist.

---

359 Das illegale oder wenigstens illegitime Verhalten (Insiderhandel) ging dabei nicht vom Arbeitgeber des Bankangestellten aus, sondern (wenn überhaupt) von Hildebrand.

360 SCHENKEL, 14.

361 Hervorhebung durch den Autor.

362 Siehe 208 ff.

363 Vgl. 174 m. w. H.



## b. Kronzeugenstellung als negatives Merkmal?

Ein immer wieder genanntes *Negativkriterium* ist die Stellung als Kronzeugin oder Kronzeuge. So beschreiben beispielsweise LUTTERBACH<sup>364</sup>, HEROLD<sup>365</sup> oder SCHENKEL<sup>366</sup>, dass es sich bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern nicht um Täter:innen oder Teilnehmer:innen am illegalen oder illegitimen Verhalten handeln dürfe. Denjenigen Personen könne lediglich die Stellung als Kronzeuginnen oder Kronzeugen zukommen.

Als solche werden definitionsgemäß Personen bezeichnet, die an mindestens einem Delikt beteiligt waren und sich den Strafverfolgungsbehörden offenbaren und beispielsweise die Identitäten der restlichen Tatbeteiligten preisgeben und/oder über weitere Kerninformationen Auskunft geben, um im Gegenzug milder oder gar nicht bestraft zu werden. Der Begriff stammt – wie das rechtliche Konzept – ursprünglich aus dem britischen Rechtssystem. Die Zeuginnen und Zeugen der Staatsanwaltschaft (des Königreichs) treten zugunsten der Krone auf – sind also «Zeuginnen und Zeugen der Krone» oder kurz Kronzeuginnen oder Kronzeugen.<sup>367</sup>

Da neben dem amerikanischen und englischen auch das deutsche Rechtssystem derartige Regelungen kennt,<sup>368</sup> sahen sich die genannten Autorinnen und Autoren veranlasst, Whistleblower:innen von Kronzeuginnen und Kronzeugen abzugrenzen. Die angeführten Argumente für eine Unterscheidung sind hingegen nicht zwingend. SCHENKEL<sup>369</sup> schreibt beispielsweise mit Verweis auf PFEIFLE<sup>370</sup>, dass sich die Beteiligung am fraglichen Fehlverhalten und dessen spätere Offenbarung nicht ausschließe. Es ist vielmehr so, dass sich SCHENKEL entschließt, den Begriff im Rahmen ihrer Arbeit enger zu definieren.

Dem schweizerischen Strafrecht ist eine sogenannte *Kronzeugenregelung* bisher (weitestgehend<sup>371</sup>) fremd. Die Einführung einer solchen wurde an-

364 LUTTERBACH, 39 ff. m.w.H.; vgl. 144.

365 HEROLD, Diss., 38 m. w. H.; vgl. 149.

366 SCHENKEL, 15 f. m. w. H.; vgl. 158.

367 Vgl. Rechts-Lexikon, 2632, «Kronzeuge».

368 Hier sei exemplarisch verwiesen auf die sogenannte *große Kronzeugenregelung* in § 46b des StGB-D. Zu deren Inhalt und Wirkung vgl. etwa GRÄFE, 59 ff. m. w. H.

369 Vgl. zum Ganzen SCHENKEL, 15 f. m. w. H.

370 PFEIFLE, 34.

371 Relativierend sei einerseits auf die Bestimmung in StGB 260<sup>ter</sup> II hingewiesen, die als kleine Kronzeugenregelung verstanden werden kann (vgl. statt vieler ENGLER,

lässlich der Entwicklung der eidgenössischen Strafprozessordnung zwar diskutiert, schließlich jedoch explizit verworfen.<sup>372</sup> Auf Grundlage dessen scheint eine Abgrenzung, wie sie aufseiten der genannten, ausländischen Autorinnen und Autoren vorgenommen wird, für die vorliegende Arbeit nicht angezeigt.

c. Besondere Motivlage

- 198 Im Schrifttum werden teilweise besondere Motivlagen und Intentionen als mögliche Whistleblowing-Kriterien thematisiert und teilweise rezipiert.<sup>373</sup> Diese gilt es nachfolgend auf den Prüfstand zu setzen.
- 199 Besondere Motivlagen sind in der amerikanischen Literatur und Legislative thematisiert worden und haben in einigen Gesetzgebungen Berücksichtigung gefunden. Mit dem Verweis, dass Whistleblowing eine große Rufschädigung für die betroffene Organisation bedeuten könne, wurden beispielsweise Ideen und Ansätze entwickelt, die verlangten, dass externe Whistleblower:innen (1.) das Motiv haben, legitime, substanzielle Interessen zu schützen<sup>374</sup>, (2.) vor Absetzen der Meldung angemessene Recherchen betrieben haben, um ihre Anschuldigungen zu verifizieren<sup>375</sup>, sowie (3.) damit Recht behalten<sup>376,377</sup>. Dieser Ansatz habe sich jedoch *nicht* durchgesetzt. Im Regelfall sei einzig *objektive Angemessenheit*<sup>378</sup> und *Gutgläubigkeit* der Whistleblower:innen nötig, wobei der Schutz zunehmend selbst bei Vorliegen eines «böartigen» Motivs gewährt werde, so die objektive Angemessenheit denn zu bejahen sei.<sup>379</sup>

---

BSK StGB 260<sup>ter</sup> N 16 m. w. H.) sowie andererseits auf die Selbstanzeige im Kartellrecht (KG 49a II) im Sinne einer großen Kronzeugenregelung.

372 BBl 2006 1112 f. sowie 1123 f.

373 Vgl. oben befürwortend MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN in 133 und HUNZIKER in 166; kritisch LUTTERBACH in 139 und HEROLD in 152.

374 Im engl. Original: «*[Whistleblowers] were motivated by a legitimate and substantial interest in protecting the public or others*».

375 Im engl. Original: «*made a reasonable investigation prior to blowing the whistle*».

376 Im engl. Original: «*were correct about the corporate wrongdoing*».

377 Letztere beiden Elemente (2./3.) wären wiederum objektiver Natur.

378 Im engl. Original: «*objective reasonableness*».

379 Im amerikanischen Recht ist mithin von einer Abkehr von besonderen subjektiven Voraussetzungen bei Whistleblowerinnen und Whistleblowern auszugehen. Vgl. zum Ganzen und m. w. H. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 2-28 f.

In der deutschsprachigen Literatur wurde die Idee einer besonderen Motivlage erstmals bei DEISEROTH<sup>380</sup> geäußert. Dieser schreibt: «*Drittens liegt Whistleblowing nur dann vor, wenn es aus primär uneigennütigen Motiven erfolgt* (*«serving the public interest»*), *die am Schutz gewichtiger Rechtsgüter orientiert sind.*»<sup>381</sup> LEISINGER<sup>382</sup> übernimmt diese Meinung und beschreibt die Motivlage seinerseits als eine «gemeinnützig». Auch HUNZIKER rezipiert diesen Ansatz, schreibt aber ihrerseits wieder von «uneigennützig» Motiven. HEROLD spricht in seiner Kritik an diesen Voraussetzungen von *lauteren* und *unlauteren* Motiven.<sup>383</sup> 200

Sprachlich stellt sich die Frage, ob «uneigennützig» Motive in jedem Fall «gemeinnützig» sein müssen.<sup>384</sup> Dem ist nicht so. Mit Blick auf die eben genannte Definition von DEISEROTH könnte argumentiert werden, dass er die «*primär uneigennütigen Motive*» im letzten Teilsatz mit dem Verweis auf die Orientierung an *gewichtigen Rechtsgütern* auf die gemeinnützig zu beschränken sucht. Wahrscheinlich ist dies allerdings nicht – handelt es sich bei vielerlei «*gewichtige[n] Rechtsgüter*» doch um Individualrechtsgüter, deren Wahrung nicht zwangsläufig eine Gemeinnützigkeit indiziert. 201

Weiter dürfte eine entsprechende Motivlage, (primär) der Gemeinschaft dienen zu wollen, insinuierten, dass Whistleblower:innen wissen, was im Interesse der Gemeinschaft liegt. Diese Einschätzung vorzunehmen, ist jedoch schwierig. Es ist überdies davon auszugehen, dass die Einschätzungen der betroffenen Parteien (Whistleblower:innen, Organisationen, Behörden usw.), ob die Meldung dem Gemeinwohl diene oder nicht, in vielen Fällen divergieren dürften. Das abschließende Urteil darüber wird dem Gericht obliegen. *Ergo* wäre das Vorliegen einer entsprechenden Motivlage aus juristischer Sicht regelmäßig schwer nachweisbar.<sup>385</sup> 202

---

380 Vgl. DEISEROTH, 124; wobei DERSELBE in früheren Publikationen aber eben diese Meinung vertreten hat.

381 DEISEROTH, 124.

382 Vgl. 133.

383 Vgl. 152.

384 Vgl. DUDEN *online*, «*uneigennützig*», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/uneigennuetzig>> (30. Juli 2020) sowie DUDEN *online*, «*gemeinnützig*», <https://www.duden.de/rechtschreibung/gemeinnuetzig> (30. Juli 2020).

385 Gerade dann, wenn eine Whistleblower:innen-Meldung beispielsweise anonym abgegeben würde. Vgl. hierzu 293 ff.

- 203 Ferner würde eine derartige Voraussetzung die Einführung von Aktivierungsmodellen, wie sie sich im amerikanischen Recht finden lassen, verbieten. Diese wollen Whistleblowing beispielsweise mithilfe finanzieller Kompensationen für Meldungen fördern, in der Überzeugung, damit erfolgreicher gegen Korruption vorgehen zu können.<sup>386</sup>
- 204 Im Hinblick auf einen möglicherweise zu entwickelnden Rechtfertigungsgrund für Whistleblower:innen<sup>387</sup> mag es sich (wie aufseiten der amerikanischen Legislative getan<sup>388</sup>) gegebenenfalls anbieten, durch Voraussetzung einer besonderen Motivlage nur die altruistisch motivierten Fälle von Whistleblowing zu *rechtfertigen*. Für die Definition der Whistleblower:innen ist die Rezeption einer wie auch immer gearteten besonderen Motivlage jedoch unnötig und mithin nicht angezeigt.

d. Zwischenfazit zu den «Whistleblower:innen»-Merkmale

- 205 Vor diesem Hintergrund kann betreffend Whistleblower:innen resümiert werden, dass sich weder die Insider:innen-*Stellung* noch die Abgrenzung zu Kronzeuginnen und Kronzeugen als zwingende Voraussetzung herausgestellt hat. Betreffend die Insider:innen-*Stellung* ist festzuhalten, dass sich in der schweizerischen Praxis Fälle finden lassen, die sowohl von Laiinnen und Laien als auch von Fachleuten in gleichem Maße als Whistleblowing empfunden und bezeichnet wurden, obschon die Whistleblower:innen nicht Teil der fehlbaren Organisation waren. Ferner setzt eine Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats in der Regel zwar eine Sonderstellung der Täter:innen voraus<sup>389</sup> – hieraus eine Sonderstellung für Whistleblower:innen ableiten zu wollen, wäre dagegen logisch falsch. Es ist somit davon auszugehen, dass sie keine besondere Stellung im fehlbaren Unternehmen innehaben müssen.
- 206 Ferner spricht nichts dagegen, dass deliktisch verstrickte Personen, die in fremden Rechtsordnungen mögliche Kronzeuginnen oder Kronzeugen wären, gleichzeitig als Whistleblower:innen bezeichnet werden. Eine definitorische Abgrenzung zwischen den beiden Stellungen scheint zwar möglich, ist in der Schweiz, die keine Kronzeugenregelung kennt, aber nicht angezeigt.

---

386 Vgl. außer den Ausführungen in 202 f. die obigen Ausführungen zu HEROLD in 152.

387 Ob ein solcher zu entwickeln ist, will die vorliegende Arbeit erst untersuchen.

388 Vgl. 199.

389 Vgl. hierzu 305 ff.

Eine besondere Motivlage auf Seiten der Whistleblower:innen ist allenfalls 207  
in Zusammenhang mit einer etwaigen Rechtfertigung zu thematisieren.  
Diese der Definition hinzuzufügen, ist indes nicht nötig.

## 2. Whistleblowing-Merkmale

### a. Meldeinhalte

Bezüglich des Gegenstands von Whistleblowing stimmen die Meinungen in 208  
der Literatur wenigstens zum Teil überein; es herrscht Einigkeit darüber,  
dass Informationen über *illegale* Praktiken taugliche Meldeinhalte von  
Whistleblowing sind.

MICELI/NEAR definierten, die von Whistleblowerinnen und Whistleblow- 209  
ern preisgegebenen Informationen müssten sich beziehen auf «*illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employer*»<sup>390</sup> und sie konkretisierten dies weiter dahingehend, dass eine klare Grenzziehung zwischen Legitimität und Illegitimität in Ermangelung generalisierbarer, objektiver Kriterien nicht möglich – und daher der Einzelfall zu betrachten – sei. Hinsichtlich offenbarten, illegitimen Verhaltens sei dann von Whistleblowing auszugehen, wenn dieses außerhalb des Kompetenzbereichs der betroffenen Organisation liege.<sup>391</sup> Damit offenbarten sie den Punkt, über den gestritten werden kann: das Spektrum legaler, aber illegitimer Verhaltensweisen, die als tauglicher Whistleblowing-Inhalt angesehen werden sollen.

Während alle der genannten Autorinnen und Autoren in Anlehnung an 210  
MICELI/NEAR auch Informationen außerhalb des illegalen Spektrums als mögliche Meldeinhalte von Whistleblowing erachten,<sup>392</sup> und oftmals *illegitimes* und/oder *unmoralisches* Verhalten als Alternativen nennen,<sup>393</sup> ist der Umgang mit diesen, einvernehmlich weniger trennscharfen Elementen teilweise unterschiedlich. SCHENKEL schließt die Betrachtung dieser kurzer-

---

390 Siehe 121.

391 Will heißen: Nur, wenn es *nicht* in der Kompetenz der Organisation liege, ein gewisses Verhalten als «legitim» zu bestimmen, könne es als «illegitimes Verhalten» gelten und damit tauglicher Inhalt werden. Siehe detailliert, 125 m. w. H.

392 Vgl. oben LEISINGER in 133; LUTTERBACH in 141; HEROLD in 150; SCHENKEL in 159; LEDERGERBER in 164; HUNZIKER in 169; IMBACH in 170 und zur WEKO in 174.

393 Vermutlich in der Übersetzung der Definition von MICELI/NEAR.

hand mit der Begründung aus, dass objektive Kriterien fehlen würden, was eine Grenzziehung verunmögliche.<sup>394</sup> LUTTERBACH spricht von «unlauterem, ethisch zweifelhaftem Verhalten, Missständen, Nachlässigkeiten oder Unregelmäßigkeiten» und setzt einen Schwerpunkt bei *Gefahren für öffentliche Interessen*.<sup>395</sup> Sie suggeriert damit, dass letztgenanntes Kriterium mit einem oder mehreren der erstgenannten in Verbindung zu setzen sei beziehungsweise zur Eingrenzung ihrer Anwendungsbereiche herangezogen werden solle. Das in der Definition der WEKO genannte Spektrum illegitimer Verhaltensweisen umfasst «*regelwidriges Verhalten, Missstände, [...] oder allgemeine Gefahren*», ohne diese weiter ein- oder voneinander abzugrenzen.<sup>396</sup> LEISINGER geht grundsätzlich ebenfalls von MICELI/NEAR aus, versucht Whistleblowing dann aber sowohl von *Klatsch* und *Mobbing* als auch von *investigativem Journalismus* und *wissenschaftlichem Dissens* zu unterscheiden, wobei er festhält, dass diese zum Teil ähnliche Formen annehmen könnten.<sup>397</sup>

- 211 Was die (vermeintlich) obere Grenze des Spektrums, – die Illegalität – angeht, herrscht Einigkeit darüber, dass Meldungen derartigen Verhaltens als Whistleblowing gelten müssen. Dies scheint bereits intuitiv einleuchtend und gibt auch nach hier vertretener Ansicht keinen Anlass zu Kritik oder Zweifel. Fraglich ist dagegen, ob und, wenn ja, in welchem Ausmaß legale *illegitime* Verhaltensweisen als Whistleblowing gelten sollen.
- 212 Als Argument für eine Ausweitung führt SCHENKEL an, dass es für Whistleblower:innen schwierig zu erkennen sei, ob ein illegales Verhalten vorliege oder nicht.<sup>398</sup> Dieses Argument ist wenigstens nicht komplett von der Hand zu weisen. Zwar ist im Regelfall davon auszugehen, dass Whistleblower:innen über die in ihrem Geschäftsbereich relevanten (Straf-) Bestimmungen zumindest in den Grundzügen Bescheid wissen. Qualifizierte Angestellte (beispielsweise ein Treuhänder oder eine Steuerexpertin) sollten – auch wenn sie über keinen juristischen Abschluss verfügen – einen Lebenssachverhalt zuverlässig als tatbestandsmäßiges Finanz- oder Steuerdelikt klassi-

---

394 Vgl. 159 mit Hinweisen. Gleiches stellten MICELI/NEAR fest.

395 LUTTERBACH nennt als Beispiele für Gefahren für öffentliche Interessen «*die Verursachung von Umweltschäden, Gefahren für Leib, Leben und die Sicherheit der Allgemeinheit [...], Justizirrtümer und die Verschwendung öffentlicher Gelder*»; LUTTERBACH, 36. Den zweiten Schwerpunkt setzt sie bei *Korruption*, was als illegales Verhalten zu klassifizieren wäre. Vgl. 141 mit Hinweisen.

396 Vgl. 174 mit Hinweisen.

397 Vgl. 133 f. mit Hinweisen.

398 Vgl. 159 mit Hinweisen.

fizieren können. Es ist aber wahr, dass – insbesondere da, wo lediglich ein Grundwissen oder nur ein «schlechtes Bauchgefühl» vorhanden ist, – von diesem weder auf ein sicheres Wissen noch darauf, ob alle materiell notwendigen Voraussetzungen für eine Strafbarkeit (nachweislich) erfüllt sind, geschlossen werden kann. Ferner ist es denkbar, dass Whistleblower:innen von Sachverhalten Kenntnis erlangen, die außerhalb ihres Kompetenzbereiches liegen und die sie mithin nicht sicher einzuschätzen vermögen.

Gesagtes kann am Fall Hildebrand exemplifiziert werden: Hierbei handelte es sich beim Whistleblower um einen IT-Experten der Bank. Als Informatiker wird er mit dem täglichen Bankgeschäft nur peripher vertraut gewesen sein, vermutlich insoweit, als er beispielsweise die Hard- und Softwareinfrastruktur der Bank gepflegt und (weiter-) entwickelt hat. Mit dem Straftatbestand des *Insider Trading* wird er in seinem Tagesgeschäft hingegen kaum persönlich konfrontiert gewesen sein. Es liegt die Vermutung nahe, dass ihm als Bankangestellten bekannt gewesen sein dürfte, dass ein solches Verhalten verboten ist, sei es beispielsweise infolge bankinterner Sensibilisierungsmaßnahmen oder aus anderer Quelle. Zumal er zumindest glaubte, das Verhalten der Hildebrands als *Insider Trading* erkannt zu haben, und Meldung machte. Dennoch wird er die genaue Strafbestimmungen und deren Voraussetzungen als juristischer Laie kaum im Detail gekannt haben, geschweige denn in der Lage gewesen sein, die Tatbestandselemente auf deren Vorliegen zu prüfen. 213

SCHENKEL ist somit zuzustimmen, dass Fallkonstellationen denkbar sind und sich manifestiert haben, in denen Whistleblowerinnen und Whistleblower die nötige Expertise fehlte, das erkannte zweifelhafte Verhalten rechtlich korrekt zu qualifizieren. 214

Darüber hinaus bietet Whistleblowing das Potenzial für eine Früherkennung zweifelhaften Verhaltens.<sup>399</sup> Frei nach dem Motto «Wehret den Anfängen» sollen *auch* (oder gar *vornehmlich*) Verhaltensweisen gemeldet werden (können), die die Grenze zur Illegalität nicht überschritten haben. Andernfalls würde von Whistleblowerinnen und Whistleblowern verlangt, mit ihrer Meldung jedes Mal zuzuwarten, bis ein strafrechtlich relevantes Verhalten vorliegt. Eine Einschätzung, die selbständig vorzunehmen sie, wie gezeigt, in der Regel nicht imstande sind. *Ergo* drängt es sich auf, das Spektrum tauglicher Meldeinhalte auszuweiten. Vorbehaltlich der strafbaren Vorbereitungshandlungen bewegt man sich in diesen Fällen im Bereich 215

---

399 Vgl. vertieft 44 ff.

der tieferen Eskalationsstufen, sprich – versinnbildlicht – (noch) innerhalb der Legalität, gegebenenfalls aber außerhalb der Legitimität.

- 216 Die genannten Meinungen unterscheiden zwischen Illegalität und Illegitimität des Verhaltens, ohne die gewählten Begriffe jeweils explizit zu definieren und/oder voneinander abzugrenzen. An dieser Stelle scheint es angezeigt, sich einmal genauer mit den Begriffen sowie deren Bedeutungen auseinanderzusetzen. Nur so kann die Frage geklärt werden, ob sich die Kriterien als Teile einer Definition von Whistleblowing eignen oder ob, in Anlehnung an die oben genannte Ansicht SCHENKELS<sup>400</sup>, die Illegitimität in Ermangelung der Möglichkeit einer Grenzziehung aus der Betrachtung auszuschließen ist.
- 217 Nachfolgend geht es um die sprachliche und (rechts-) philosophische Betrachtung der beiden Begriffe – ergänzt durch ein Zwischenfazit sowie Ansätze anderer Autoren zur Eingrenzung des für Whistleblowing relevanten Spektrums der Illegitimität.

aa. Über «Legalität» und «Legitimität»: Sprachliches

- 218 Aus sprachlicher Sicht korrelieren die beiden Wortbedeutungen. Das Wort «Legitimität» kommt vom französischen *légitimité* (*f.*) und dieses vom lateinischen *legitimus*, was übersetzt «rechtmäßig» oder auch «gesetzmäßig» bedeutet.<sup>401</sup> «Legalität» stammt vom mittellateinischen *legalitas* und bedeutet ebenfalls «Rechtmäßigkeit».<sup>402</sup> Folglich drängt sich die Verwendung dieser Begriffspaare zwecks Unterscheidung von Verhaltensweisen unterschiedlicher Intensität wenigstens aus sprachlicher Sicht nicht auf. Die Gründe für eine solche sind nicht linguistischer, sondern allenfalls (rechts-) philosophischer Natur.

---

400 Vgl. 210.

401 Zur Wortherkunft vgl. DUDEN online, «Legitimität», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Legitimitaet#herkunft>> (2. März 2020); zu den Übersetzungen vgl. PONS online, Französisch-Deutsch, «*légitimité*», <<https://de.pons.com/%C3%BCb ersetzung/franz%C3%B6sisch-deutsch/1%C3%A9gitimit%C3%A9>> (2. März 2020), beziehungsweise Latein-Deutsch, «*legitimus*», <<https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/legitimus>> (2. März 2020).

402 Vgl. hierzu DUDEN online, «Legalität», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Legalitaet#herkunft>> (2. März 2020).



## bb. Über «Legalität» und «Legitimität»: (Rechts-) Philosophisches

Im *Oeuvre* vieler (Rechts-) Philosophinnen und Philosophen lassen sich 219 Überlegungen zum Thema Legitimität und/oder Legalität finden. Insbesondere die Legitimität war als (rechtsphilosophischer) Begriff in ihrer Bedeutung stets dem Wandel unterworfen. Dies scheint zum Großteil dem Umstand geschuldet, dass sich das Verständnis der Legitimität – im Gegensatz zur Legalität – im Laufe der Zeit und mit den Veränderungen in den gesellschaftlichen Organisationsstrukturen (vom Stamm bis zum modernen Staat) entwickelt hat.<sup>403</sup> So war der Begriff der Legitimität ursprünglich an die regelkonforme Herrschaftsnachfolge und -ausführung geknüpft, bis THOMAS HOBBS erstmals die Frage nach der Berechtigung von Herrschaft überhaupt aufwarf.<sup>404</sup> Mit der geschichtlichen Entwicklung insbesondere in Europa und den damit einhergehenden Veränderungen in den Herrschaftsformen und Herrschaftsstrukturen scheint sich die Legitimität thematisch (notgedrungen) ebenfalls verändert zu haben. Früher standen Fragen wie «*Ist Pharao Z wirklich der Sohn des Gottes Osiris?*» oder «*Ist Y tatsächlich der Sohn von König X und somit sein legitimer Nachfolger?*» im Zentrum der Legitimitätsfragen. Speziell in modernen Demokratien, denen kein Staatsoberhaupt kraft ontologischer, religiöser oder kosmologischer Gründe vorsteht, sondern in denen – wenn auch mithilfe gewählter Vertreter:innen – im Grunde das Volk herrscht, spielen keine inhaltlichen Kriterien wie Natur oder Gott, sondern das formale der Vernunft und somit das (gesetzte) Recht eine Rolle, weil es die vernünftigen Strukturen des modernen Staates vorgibt.<sup>405</sup> Oder in den Worten JÜRGEN HABERMAS': «*Jetzt, da letzte Gründe theoretisch nicht mehr plausibel gemacht werden können, erhalten die formalen Bedingungen der Rechtfertigung selber legitimierende Kraft. Die Prozeduren und Voraussetzungen vernünftiger Einigung werden selber zum Prinzip.*»<sup>406</sup> Durch diese Entwicklung scheint die Legitimität thematisch enger mit der Legalität verknüpft worden zu sein. Zwar stellen sich heute noch Fragen über die Legitimität von Demokratien – es wird aber, nachdem das Recht deren Grundlage darstellt, gefragt: «*Ist diese Norm überhaupt legitim?*», und abstrakter: «*Wann ist Recht eigentlich legitim?*» oder «*Wann ist eine Handlung legitim?*»

403 Vgl. hierzu beispielsweise KAUFMANN, 1389 oder WINCKELMANN, 165 f.; umfassender HABERMAS, 43–46.

404 KAUFMANN, 1389.

405 Vgl. zum Ganzen HABERMAS, 43 ff.

406 HABERMAS, 43.

- 220 Soweit eine entsprechend kurze Darstellung der Entwicklung des Legitimitätsbegriffs zum besseren Verständnis der folgenden Ausführungen. Die rechtsphilosophische Entwicklung des Legitimitätsbegriffs *en détail* zu untersuchen, ist nicht Ziel der vorliegenden Arbeit. Für die vorliegende Untersuchung ist einzig der letztgenannte Aspekt, die Frage, nach der Legitimität einer Handlung, relevant, wobei die Arbeit auch in dieser Hinsicht keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt.
- 221 Mit Blick auf die Legitimität menschlichen Handelns sei auf die Überlegungen IMMANUEL KANTS verwiesen. Dieser unterschied die beiden Begrifflichkeiten Legalität und Legitimität aus der Perspektive der zugrundeliegenden menschlichen Handlung wie folgt:
- 222 «Man nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität (Gesetzmäßigkeit); diejenige aber, in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist, die Moralität (Sittlichkeit) derselben.»<sup>407</sup>
- 223 Legalität und Legitimität würden sich über die *Bestimmungsgründe der Willkür* voneinander abgrenzen lassen, wobei jene Bestimmungsgründe im Falle des Rechts und in Abgrenzung von der *Moral pathologisch* auf Leidenschaften wie Furcht oder Ehrgeiz und nicht bloß auf dem Willen zur Achtung der Sittengesetze beruhen dürfen. Eine legitime – sprich: moralisch richtige – Handlung liege vor, wenn sie aus einer freiheitlich getroffenen Entscheidung und aus der *Überzeugung* heraus erfolge, sittlich zu handeln. Freiheitlich sei die getroffene Entscheidung, weil sie nicht staatlich erzwungen und nicht beispielsweise durch Angst vor Repressalien im Falle der Nichtbefolgung motiviert ist.<sup>408</sup>
- 224 Bezüglich der Überlegungen zu legitimem Recht sind ferner die Gedanken CARL SCHMITTS und GUSTAV RADBRUCHS zu beachten. Ersterer erblickte in der Distinktion von Legalität und Legitimität die Präsentation des Gegensatzes zwischen positivem Recht und Naturrecht.<sup>409</sup> Ähnliches geht aus den Überlegungen RADBRUCHS hervor, die in der notorischen *Radbruch'schen Formel* gipfelten. Nach dieser ist dem positiven Recht dessen Vorrang vor dem Naturrecht ausnahmsweise abzusprechen, wenn «*der Widerspruch des*

---

407 KANT, Einleitung III., XV.

408 KANT, Einleitung III., XIII ff.; vgl. zum Ganzen auch KAUFMANN, 1388 f. m. w. H.

409 KAUFMANN, 1389 m. w. H.

positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als *«unrichtiges Recht»* der Gerechtigkeit zu weichen hat».<sup>410</sup> Eine schärfere Grenzziehung sei vorzunehmen, wo (vonseiten der Legislative) anlässlich der Rechtsetzung Gerechtigkeit, dessen Kern in der Gleichheit liege, nicht einmal angestrebt worden sei. In diesen Fällen entbehre das Gesetz *«überhaupt der Rechtsnatur»*; könne man Recht (inklusive positives Recht) *«nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen»*.<sup>411</sup> Aus dem Wortlaut dieser Ausführungen lässt sich ferner ableiten, dass die Unterscheidung von Legalität und Legitimität eng verknüpft ist mit dem Begriffspaar von *Recht* und *Gerechtigkeit*, wobei gemäß letztgenanntem Zitat Ersteres Letzterem zu dienen hat, wie das erstgenannte Zitat aufzeigt, aber nicht darin aufgeht.

Nach MATTHIAS KAUFMANN betreffen die Begriffe Legalität und Legitimität das Verhältnis der Sphäre des Rechts und der Moral, wobei die Gesetzeskonformität (oder «Legalität») der Moralität gegenübergestellt wird.<sup>412</sup> Konfrontiert werde in diesem Sinne, am Beispiel der Beurteilung staatlichen Handelns, das formal korrekte Zustandekommen von Normen (Legalität) und das vor- und überstaatliche Begründungskriterium und Begründungsinstrument der Moral (Legitimität).<sup>413</sup> Legitimität lasse sich heute definieren als die *«Anerkennungswürdigkeit von Hoheitsakten [beziehungsweise] Herrschaftsordnungen aufgrund ihrer Übereinstimmung [...] mit allgemein anerkannten Prinzipien»*.<sup>414</sup> Die Legitimität lasse sich nach moderner Ansicht KAUFMANNS in verschiedene Kriterien einteilen – eine davon sei die *moralische Legitimität*.<sup>415</sup> Diese habe der *funktionalen*<sup>416</sup> und *affirmativen Legitimität*<sup>417</sup>, die die Grundpfeiler des modernen Staats

225

410 RADBRUCH, 89.

411 Vgl. zum Ganzen RADBRUCH, ebenda.

412 KAUFMANN, 1388.

413 KAUFMANN, 1389.

414 KAUFMANN, ebenda. Ähnlich formuliert auch JÜRGEN HABERMAS, der Legitimität als *«Anerkennungswürdigkeit einer politischen Ordnung»* definiert, HABERMAS, 39.

415 KAUFMANN, 1389 ff.; zur «moralischen Legitimität» im Besonderen vgl. 1391 f.

416 Diese Form der Legitimität geht zurück auf die Überlegung, dass der Staat den Bürger besser schützen kann, als dieser es könnte, und dass dem Staat hieraus ein Anspruch auf Gehorsam des Individuums entsteht; vgl. KAUFMANN, 1389 f. m. w. H.

417 Diese Form der Legitimität geht im Kern zurück auf den lateinischen Rechtsgrundsatz *volenti non fit iniuria* und leitet die Legitimität staatlichen Handelns und Herrschaft aus der Zustimmung der Bevölkerung (beispielsweise in Form von

bilden würden,<sup>418</sup> lediglich als Ergänzung zu dienen. Sie entspringe der mehrheitlich geteilten Überzeugung, dass man sich für gewisse Ziele selbst dann einzusetzen habe, wenn weder die Rechtsordnung dies vorschreibe noch die öffentliche Meinung es gutheiße. Hierzu gehörten nebst Emanzipationsbewegungen und Bestrebungen nach ökologischeren Rahmenbedingungen beispielsweise der Einsatz für «gerechte soziale Verhältnisse» – wobei die Ideen, was darunter genau zu verstehen sei, divergieren würden.<sup>419</sup>

cc. Über «Legalität» und «Legitimität»: Zwischenfazit

- 226 Im Lichte der obigen Ausführungen kann resümiert werden, dass die Legalität, gemäß dem Wortsinn, die Rechtmäßigkeit im engeren Sinne beschreibt, während die Legitimität in Hinsicht auf menschliche und staatliche Handlung vielmehr die Moralität der jeweiligen Handlung attestiert – man könnte sie auch als Rechtmäßigkeit im weiteren Sinne verstehen.
- 227 Wie oben gezeigt,<sup>420</sup> ist in vielen der genannten Lehrmeinungen zum Thema Whistleblowing von *illegalem und illegitimem* Verhalten die Rede, das durch Whistleblower:innen anzuzeigen sei, und es wird so suggeriert, dass illegales Verhalten entweder die sprichwörtliche *Spitze des Eisberges* der Illegitimität oder wenigstens eine Schnittmenge derer darstellt. Außerdem scheint man instinktiv versucht, illegales Verhalten als schlimmer einzustufen als illegitimes. Fraglich ist, ob dies angesichts obiger Überlegungen korrekt und angebracht ist. Wenn dem so wäre, müsste man im Wortlaut der Definition von Whistleblowing im Grunde von «illegitimem Verhalten» sprechen können – zumal in diesem Fall das Extrem der Illegalität *a maiore ad minus* ebenfalls erfasst wäre.
- 228 Wie die Überlegungen von KANT (menschliches Handeln betreffend) und RADBRUCH (in Bezug auf staatliches Handeln) aufzeigen, ist dagegen von der Legalität einer Handlung nicht zwangsläufig auf deren Legitimität zu schließen. Auch der umgekehrte Schluss, dass die Legitimität einer Handlung auf deren Legalität schließen lässt, wäre falsch – ergibt sich das wohl in der Konsequenz bereits aus den Überlegungen KANTS und

---

Mehrheitsentscheidungen anlässlich einer Volksabstimmung) ab; vgl. KAUFMANN, 1390 m. w. H.

418 KAUFMANN, 1390.

419 Vgl. zum Ganzen KAUFMANN, 1391 f. m. w. H.

420 Vgl. 208 ff.

RADBRUCHS, aber auch aus den Überlegungen KAUFMANNs zur moralischen Legitimität. Demnach soll sich in der Illegalität legitim verhalten, wer moralische Beweggründe als Triebfeder für (illegales) Handeln hat.<sup>421</sup> So beispielsweise im Regelfall Whistleblower:innen.<sup>422</sup> Wenigstens nach naturrechtlichem Verständnis bildet die Legitimität ferner sowohl Grundlage als auch Schranke des Rechts und damit der Legalität. Somit wäre sie, wenn überhaupt, *wichtiger* einzustufen denn die Legalität – oder im Umkehrschluss die Verletzungen der Legitimität, entgegen der Intuition,<sup>423</sup> als «schlimmer». Für die in dieser Arbeit angestellten Überlegungen zu Whistleblowing würde dies bedeuten, dass Whistleblower:innen notwendig nicht nur illegales, sondern *vornehmlich* illegitimes Verhalten zur Anzeige bringen können.

Für die vorliegende Arbeit ergeben sich vor diesem Hintergrund zwei wesentliche Erkenntnisse: Erstens ist es angezeigt, in der Definition von Whistleblowing zwischen *illegalem* und *illegitimem* Verhalten zu unterscheiden. Zweitens wäre es falsch, illegitimem Verhalten nicht die gleiche Bedeutung beizumessen wie illegalem, und verfehlt, illegitime Verhaltensweisen nicht in die Überlegungen und anschließend in die Definition einzuschließen. 229

dd. «Legitimität»: Einschränkung des Spektrums

Wie bei LEISINGER (mit Verweis auf ELLISTON) angesprochen,<sup>424</sup> gibt es Stimmen, die eine gewisse Intensität der Verletzung in Form eines «*professional dissent*» fordern, ehe man von Whistleblowing ausgehen könne. Ähnliches scheint LUTTERBACH anzunehmen.<sup>425</sup> MICELI/NEAR versuchten, das Spektrum der Legitimität einzugrenzen, indem sie als zusätzliche Voraussetzung annahmen, es müsse sich im Falle des angezeigten illegitimen Verhaltens um ein Verhalten handeln, das zusätzlich außerhalb des Kompetenzbereiches der Organisation liege, sprich das vorzunehmen die Organisation nicht ermächtigt erscheint. 230

---

421 Ähnliche Überlegungen liegen der strafrechtlichen Rechtfertigung zugrunde.

422 Zu etwaigen Beweggründen von Whistleblowerinnen und Whistleblowern vgl. 198 ff.

423 Vgl. 226.

424 Siehe 133.

425 Vgl. 141.

- 231 Im diesbezüglich angeführten Beispiel von MICELI/NEAR,<sup>426</sup> in dem Angestellten einer Produktionsfirma, deren Geschäftspraxis *illegitim* erscheint, eigenen Angestellten keine Rabatte auf die durch diese hergestellten Produkte zu gewähren, ist fraglich, ob die Veröffentlichung dieser Praxis strafrechtlich relevant sein könnte,<sup>427</sup> da sich ansonsten die Überlegungen zu einer notwendigen Eingrenzung derartiger Meldungen im Vorhinein erübrigten. Und selbst wenn eine Veröffentlichung strafrechtliche Konsequenzen zeitigen könnte, liegt zumindest die Vermutung nahe, dass die richterliche Einschätzung der Frage, ob das bekannt gemachte Verhalten *illegitim* sei, in aller Regel befriedigende Urteile hervorbringen würde.
- 232 Ähnliches kann bezüglich der Einwände der restlichen, eingangs dieser Überlegungen erwähnten Autorinnen und Autoren gesagt werden. Es ist davon auszugehen, dass die Veröffentlichung von Trivialitäten, die nicht die von LEISINGER und ELLISTON geforderte Relevanz erreichten, regelmäßig (straf-) rechtlich irrelevant wäre. Eine Rechtfertigungsproblematik würde sich somit in diesen Fällen nicht stellen. Ferner dürften derartige Bekanntmachungen in der Öffentlichkeit kaum als *Whistleblowing* wahrgenommen werden. Wenn doch, würde eine solche Wahrnehmung in der sogenannten *Laiensphäre* keine negativen, juristischen Konsequenzen für die Whistleblower:innen (und/oder das Unternehmen) zeitigen können.
- 233 Zudem ist bei der Beurteilung der Illegitimität des angezeigten Verhaltens nicht die subjektive Einschätzung der Whistleblower:innen, sondern die objektivierte Einschätzung des Gerichtes entscheidend. Es darf in einem etwaigen Gesetzestext nicht heißen: «[...] Verhalten der Organisation, das Whistleblower:innen zum Zeitpunkt ihrer Wahrnehmung illegal oder illegitim erschien»,<sup>428</sup> sondern es muss von «illegalem und/oder illegitimem Verhalten [der Organisation]» die Rede sein – sprich ein objektivierter Maßstab gelten.
- 234 Aus juristischer Perspektive scheint nach dem Gesagten eine Eingrenzung des für Whistleblowing relevanten Spektrums an Illegitimität folglich nicht notwendig (und kaum statthaft).

---

426 Siehe 125.

427 Das beschriebene Verhalten scheint *prima facie* nicht strafrechtlich relevant – eine Rechtfertigungsproblematik würde sich nicht ergeben. Zu den möglichen strafrechtlichen Folgen von Whistleblowing *de lege lata* siehe 105 ff. sowie genauer 305 ff.

428 So wie dies beispielsweise LEISINGER vorschlägt, siehe 137.

## ee. Tauglichkeit der weiteren vorgeschlagenen Elemente

*In puncto* des Gegenstands von Whistleblowing stellt sich die Frage, ob 235  
das Begriffspaar *Illegalität* und *Illegitimität* alle weiteren, vorgeschlagenen  
Elemente<sup>429</sup> einzuschließen vermag.

Da wären aus der Definition der WEKO beispielsweise «regelwidri- 236  
ges Verhalten», «Missstände» und «allgemeine Gefahren» als mögliche  
Meldeinhalte von Whistleblowing vorgeschlagen. Hinsichtlich Ersterem  
kann davon ausgegangen werden, dass die allermeisten Regeln, die verletzt  
werden könnten, rechtsverbindlich sind und eine Verletzung mithin von  
der *Illegalität* erfasst wäre. Als Beispiel für unverbindliche Regeln kommen  
etwa die allgemeinen Regeln des Anstandes in Betracht. Es stellt sich die  
Frage, ob eine Verletzung derer hier miterfasst sein soll. Die Verletzung der  
Anstandsregeln dürfte im weitesten Sinne sittenwidrig sein und könnte als  
*illegitim* eingestuft werden. Dass eine Meldung betreffend die Verletzung  
von Anstandsregeln kaum je strafrechtlich relevant sein würde,<sup>430</sup> scheint  
offenkundig. Das Begriffspaar der *Illegalität* und *Illegitimität* deckt das  
Kriterium somit ab. Ähnliches gilt für die «Missstände». Solche liegen in  
einem Betrieb erst dann vor, wenn beispielsweise Arbeitsbedingungen oder  
Geschäftspraktiken vorherrschen, die widerrechtlich (das heißt *illegal*) oder  
unmoralisch respektive sittenwidrig (das heißt *illegitim*) oder beides sind.  
Auch was die «allgemeinen Gefahren» anbelangt, fällt es schwer, Beispiele  
zu erdenken, in denen das Schaffen oder die Inkaufnahme von Gefahren  
nicht wenigstens *illegitim* oder – mit Blick auf etwaige Gefährdungsdelikte  
– *illegal* wäre. Da die Definition der WEKO das Kriterium «illegitimes  
Handeln» nicht kennt, drängt sich die Vermutung auf, ob die WEKO  
einzig versucht war, das aufgeführte *illegale Handeln* und das fehlende (und  
schwer fassbare) *illegitime Handeln* mithilfe der hier geprüften Kriterien zu  
exemplifizieren. Ein von der *Illegalität* und der *Illegitimität* gesonderter,  
ergänzender Geltungsbereich lässt sich daraus hingegen nicht ableiten,  
weshalb sich eine Übernahme eines oder mehrerer der Kriterien für die  
vorliegende Arbeit nicht aufdrängt. Letztlich dürfte es eine Frage des  
legislatorischen Stils sein, ob man den zugegebenermaßen schwer fassbaren  
Begriff der *Illegitimität* mithilfe einer Fülle anderer auslegungsbedürftiger  
Begriffe (wie «allgemeine Gefahren», «Missstände») zu substituieren

429 Vgl. 208.

430 Ausser, wo diese Eingang ins Strafgesetzbuch gefunden haben, vgl. etwa StGB 177  
oder 198.

wünscht. Eine tatsächliche Konkretisierung scheint auf diese Weise aber nicht erreicht und die Rechtssicherheit nicht erhöht zu werden. Man läuft stattdessen Gefahr, sich dahingehend in einer falschen Sicherheit zu wähnen. Vor diesem Hintergrund scheint die Bevorzugung des allumfassenden Begriffspaares der *Illegalität* und *Illegitimität* sowohl die elegantere als auch ehrlichere Variante zu sein.

- 237 Ferner findet sich in einigen Definitionen eine Unterscheidung zwischen «unmoralischem» und «illegitimem» Verhalten.<sup>431</sup> Wie oben ausführlich dargelegt, geht die Moralität jedoch in der Legitimität auf und bedarf somit keiner gesonderten Nennung.<sup>432</sup>

#### ff. Zwischenfazit

- 238 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die allermeisten bisherigen Definitionen die Meldungsinhalte von Whistleblowing (unter anderem) als illegales oder illegitimes Verhalten beschreiben. Zum Begriffspaar *Illegalität* und *Illegitimität* ist zu konstatieren, dass die Begriffe sprachlich zwar sinnverwandt sind – aus (rechts-) philosophischer Sicht dagegen zwei verschiedene Spektren umfassen, wobei diese eine (im Idealfall große) gemeinsame Schnittmenge aufweisen, zumindest in der Realität, allerdings nie deckungsgleich sind. Das intuitive Verständnis, es handle sich bei illegalem Verhalten um das Schlimmere von beiden, ist falsch. Es scheint vielmehr fraglich, ob sich die *Illegalität* und die *Illegitimität* als abstrakte Konzepte überhaupt derart klassifizieren lassen. Aus naturrechtlicher Sicht dürfte eine etwaige Wertung zugunsten der *Illegitimität* als «wichtigeres» Konzept ausfallen. Klar scheint, dass sich eine Einschränkung der Meldungsinhalte einzig auf illegales Verhalten nicht allein wegen der *Egalität* der beiden Konzepte, sondern insbesondere deshalb verbietet, weil Whistleblowing so seines präventiven Potenzials beraubt würde. Es bedarf somit beider Begriffe, wobei diese die möglichen Meldeinhalte von Whistleblowing ausreichend zu umschreiben vermögen; alle weiteren, vorgeschlagenen Kriterien scheinen indes im Gesamtspektrum der *Illegalität* und/oder *Illegitimität* aufzugehen. Einschränkungen (insbesondere des Teilspektrums der *Illegitimität*) ergeben sich systemisch zur Genüge aus

---

431 Vgl. MICELI/NEAR in 121; HEROLD in 147; SCHENKEL in 156 und IMBACH in 170.

432 Siehe 219 ff.; insbesondere die Ausführungen zu KANT unter 221 ff. sowie zu KAUFMANN unter 225.



der objektivierten Einschätzung des Einzelfalls vonseiten der Justiz. Die Vornahme weiterer Einschränkungen scheint daher nicht angezeigt.

Whistleblowing umfasst somit die Meldung eines (wie auch immer gearteten<sup>433</sup>) illegalen und/oder illegitimen Verhaltens<sup>434</sup>. 239

## b. Meldeverhalten

Nachdem die Meldeinhalte von Whistleblowing geklärt sind, gilt es, sich nun der Frage zu widmen, an *wen* diese *wie* weiterverbreitet werden. 240

Das *Gros* der erwähnten Autorinnen und Autoren spricht von der Differenzierung zwischen *internem* und *externem* Whistleblowing.<sup>435</sup> Während entsprechende Überlegungen in der amerikanischen Literatur bereits früher geäußert wurden, scheint das Begriffspaar durch DE GEORGES Beitrag im Lexikon zur Wirtschaftsethik<sup>436</sup> 1993 Eingang in die deutschsprachige Literatur gefunden zu haben. HEROLD<sup>437</sup> entwickelte in Anlehnung daran die Unterscheidung zwischen *echtem* und *unechtem* Whistleblowing. Beide Konzepte sind eng verknüpft mit der Frage, ob die Einhaltung gewisser Meldewege für die Qualifikation als Whistleblowing relevant sind und, falls ja, welche Meldewege einzuhalten wären.<sup>438</sup> WESTMAN<sup>439</sup> unterschied zusätzlich zur Unterscheidung von internem und externem Whistleblowing zwischen *aktivem* und *passivem* – eine Unterscheidung, die von IMBACH<sup>440</sup>, wenn auch eingeschränkt, rezipiert wurde. Ferner schlagen WESTMAN *et al.*<sup>441</sup> noch die Kategorie der «embryonischen» Whistleblower:innen vor. Auf die jeweiligen Konzepte wird nachfolgend eingegangen und geprüft, ob diese in die hier zu entwickelnde juristische Definition von Whistleblowing Eingang finden müssen. 241

---

433 Beispielsweise in Form von Geschäftspraktiken, der Schaffung allgemeiner Gefahren.

434 Es wird bewusst der Begriff des Verhaltens gewählt, da dieser sowohl ein Tun als auch ein Unterlassen miteinzuschließen vermag; vgl. 261 ff.

435 Vgl. zu MICELI/NEAR, 126 und 129 (diese eher kritisch); vgl. zu LEISINGER, 133; zu LUTTERBACH, 142 ff.; zu SCHENKEL, 160; zu LEDERGERBER, 165; und zu HUNZIKER, 166 (diese jeweils eher unkritisch).

436 Siehe Fn. 266.

437 Siehe 146.

438 Vgl. 248 ff.

439 Siehe Fn. 338.

440 Siehe 171.

441 Vgl. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33.

aa. Internes und externes Whistleblowing (DE GEORGE)

- 242 Von internem Whistleblowing ist die Rede, wenn sich Whistleblower:innen an innerbetriebliche Stellen wenden, um auf einen Missstand im Unternehmen aufmerksam zu machen. Gemäß den im ersten Kapitel untersuchten Studienergebnissen<sup>442</sup> melden die allermeisten Whistleblower:innen Missstände zuerst intern. Im Schrifttum herrscht zum heutigen Zeitpunkt Unklarheit darüber, ob jegliche interne Meldungen als Whistleblowing qualifiziert werden sollen.<sup>443</sup> Dies könnte dem Umstand geschuldet sein, dass DE GEORGE definierte: Internes Whistleblowing bestehe darin, «*dass schlechtes Verhalten oder möglicherweise gefährliche Handlungen innerhalb des Unternehmens, aber außerhalb der normalen Befehls- oder Autoritätswege berichtet werden*».<sup>444</sup> Nach hier vertretener Ansicht umfassen die internen Meldestellen aber direkte und indirekte Vorgesetzte, die Geschäftsleitung, Compliance- und Meldestellen (physisch oder in Form von Hotlines, Websites etc.) und mehr.<sup>445</sup>
- 243 Von externem Whistleblowing ist die Rede, wenn die adressierte Person der Missstandsmeldung nicht Teil des fehlbaren Unternehmens ist. Als externe Adressatinnen und Adressaten kommen zum einen staatliche Behörden in Betracht. In der Schweiz etwa die FINMA, die Steuerbehörden oder die Strafverfolgungsbehörden. Zum andern sowohl die klassischen als auch die moderneren Medien (Zeitung, Fernsehen, «*social media*», Internet) inklusive der bekannten Internet-Plattformen wie «*WikiLeaks*»<sup>446</sup>. Erst durch externes Whistleblowing werden die Missstände innerhalb eines Unternehmens oder einer Organisation einer breiten Öffentlichkeit bekannt. Daher schafft externes Whistleblowing im Positiven zwar Transparenz, birgt für das betroffene Unternehmen und deren Angestellte aber kaum kontrollierbare Nachteile, von Rufschädigung bis hin zu Rechtsnachteilen aller Art.<sup>447</sup>
- 244 Nun liegt die Vermutung nahe, dass nur externes Whistleblowing für die vorliegende strafrechtliche Betrachtung von Whistleblowing relevant

---

442 Vgl. 22 ff.

443 Vgl. die Ausführungen zur Meldung auf dem Dienstweg 248 ff.

444 DE GEORGE, 1276.

445 Vgl. 256 ff.

446 Gegründet 2006 vom notorischen Whistleblower und Hacker Julian Assange, vgl. <<https://wikileaks.org/What-is-WikiLeaks.html>> (4. Juni 2020).

447 Zur Kritik an der Positivierung und Förderung von internem Whistleblowing vgl. 516 ff.

sein könnte. Denn erst mithilfe externen Whistleblowings werden den Strafverfolgungsbehörden strafrechtlich relevante Verhaltensweisen kenntlich gemacht. Wie beispielsweise SCHENKEL<sup>448</sup> überzeugend aufzeigt, wäre ein kategorischer Ausschluss internen Whistleblowings aber verfehlt. Ein solcher würde nämlich den Eindruck vermitteln, dass die geschäftsinternen Vorgänge sowie die diesbezüglichen Meldungen entweder gar nicht tatbestandsmäßig oder in jedem Falle gerechtfertigt sein könnten. Beides ist falsch. Erstens kann eine interne Meldung strafrechtlich relevant sein – beispielsweise dann, wenn sie sich als inhaltlich falsch herausstellt und sich die Frage nach etwaigen Ehrverletzungen stellt, die vonseiten der Betroffenen zur Anzeige gebracht werden könnten.<sup>449</sup> Zweitens verbietet es sich, von einer *generellen Einwilligung* des Arbeitgebers in Whistleblower:innen-Meldungen (und damit einhergehende Rechtsgutsverletzungen) auszugehen, und zwar deshalb, weil in jede Individualrechtsgutsverletzung separat einzuwilligen ist. Dies wiederum ergibt sich aus dem Erfordernis der *eigenverantwortlichen Entscheidung* des Rechtsgutsträgers – eine solche setzt voraus, dass dieser im Vorhinein von der bevorstehenden Verletzung erfährt und in Kenntnis etwaiger konkreter Folgen eine informierte Entscheidung treffen kann.<sup>450</sup> Die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung verbietet sich ferner, da diese beim Rechtsgutsträger in aller Regel erst eingeholt werden könnte.<sup>451</sup>

Auf Grundlage dieser Ausführungen sind somit beide der erläuterten Formen uneingeschränkt als Whistleblowing anzuerkennen und in die nachfolgenden Überlegungen einzubeziehen. 245

#### bb. Echtes und unechtes Whistleblowing (HEROLD)

Wie angesprochen, ist man sich in der Literatur uneins darüber, ob im Falle von Meldungen auf dem Dienstweg ebenfalls von (internem) Whistleblowing gesprochen werden kann. HEROLD hat die Positionen in seiner 246

---

448 Vgl. SCHENKEL, 28 und 138 ff. m. w. H.

449 Zum Beispiel dann, wenn die Anschuldigungen – frei nach LEISINGER (vgl. 134) – durch die vermeintlichen Whistleblower:innen erlogen wurden, um die Vorgesetzten anzuschwärzen.

450 Vgl. zum Ganzen statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 20 ff.

451 Vgl. hierzu statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 30.

Dissertation aufgezeigt.<sup>452</sup> Er vertritt die Ansicht, Meldungen auf dem ordentlichen Dienstweg stellen kein Whistleblowing dar.<sup>453</sup> Um dem Problem zu begegnen, kreierte er das Begriffspaar des *echten* und *unechten* Whistleblowings. In Anlehnung an die Definition von MICELI/NEAR<sup>454</sup> leitete HEROLD seine Definition<sup>455</sup> von *echtem* Whistleblowing ab. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um interne Meldungen außerhalb des ordentlichen Dienstwegs sowie externes Whistleblowing. Meldungen *auf dem Dienstweg* – das heißt in aller Regel: Meldungen an direkte Vorgesetzte – seien als *unechtes* Whistleblowing zu qualifizieren.<sup>456</sup>

- 247 Nachfolgend ist zu analysieren, ob die Rezeption dieser Unterscheidung opportun ist.

cc. Meldungen auf dem Dienstweg?

- 248 Ein Teil der Autor:innen will Meldungen auf dem Dienstweg als schlichte Wahrnehmungen der Dienstpflichten eines Angestellten verstehen. Daher verlangen jene Stimmen, dass nur die Beschreibung eines *außergewöhnlichen Meldewegs* im Sinne eines qualifizierten Verhaltens als (internes oder externes) Whistleblowing einzustufen sei. Interne Meldungen *auf dem Dienstweg* seien dagegen beispielsweise als *interne Risikokommunikation* zu verstehen.<sup>457</sup>
- 249 Eingangs ist festzuhalten, dass die Vertreter:innen dieser Ansicht keine Argumente liefern, *weshalb* beispielsweise von interner Risikokommunikation und nicht von Whistleblowing gesprochen werden könne.<sup>458</sup> Ihrer Meinung scheint die Idee zugrunde zu liegen, dass nur von Whistleblowing gesprochen werden darf, wenn ein Meldeverhalten vorliegt, das *«von der Norm abweicht»*.<sup>459</sup> Oder umgekehrt wenn der:die Angestellte, welche:r sich verhält, wie es das Arbeitsrecht gebietet, nicht als Whistleblower:in

---

452 HEROLD, Diss., 40 ff. – insbesondere Fn. 96–100.

453 HEROLD, Diss., 41.

454 Vgl. 121.

455 Vgl. 147.

456 HEROLD, Diss., 46.

457 Vgl. zum Ganzen beispielsweise HEROLD, Diss., 40 f. m. w. H. – insbesondere in Fn. 96 ff.; SCHENKEL, 25 m. w. H. – insbesondere in Fn. 139 f. oder auch DONATO, 14 m. w. H. zum *Terminus* der «internen Risikokommunikation» in Fn. 60.

458 Vgl. hierzu beispielsweise auch SCHENKEL, 25 m. w. H. oder auch DONATO, 14.

459 Vgl. hierzu beispielsweise HEROLD, Diss., 41.

angesehen werden soll. Argumentiert wird insoweit primär mit den gesetzlichen Treuepflichten der Arbeitnehmer:innen.

Diese Rechtsansicht birgt gleich mehrere Unstimmigkeiten. Zum einen suggeriert die Grundthese, Whistleblowing sei ein *abnormes* Verhalten, den Schluss, es handle sich dabei um ein moralisch zweifelhaftes und daher nicht billigungswürdiges Verhalten. Zum anderen wollen die Vertreter:innen zwar zwischen *internem* und *externem* Whistleblowing unterscheiden, verkennen aber erstens die Wirkung der von ihnen reklamierten These, die Einhaltung der Treuepflichten stelle kein (internes) Whistleblowing dar, und zweitens die Nutzlosigkeit des Abgrenzungskriteriums «Dienstweg».

Um besagte Unstimmigkeit aufzuzeigen, ist an dieser Stelle auf OR 321a I (Pflichten des Arbeitnehmers) als Pendant zu BGB § 242 II und auf OR 321d (Befolgung von Anordnungen und Weisungen) kurz einzugehen:

In OR 321a I 2. Teilsatz ist die allgemeine Treuepflicht der Arbeitnehmer gegenüber ihren Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern geregelt. Die Norm verlangt, dass Erstere die berechtigten Interessen Letzterer in guten Treuen zu wahren haben. Hieraus ergibt sich nach einhelliger Meinung<sup>460</sup> unter anderem eine Pflicht zu sogenannten *positiven Leistungen*, beispielsweise in Form einer Aufklärungs- und Mitteilungspflicht bezüglich Störungen, Unregelmäßigkeiten oder Missständen im Betrieb, wobei Umfang und Inhalt dieser Pflicht dabei in Abhängigkeit von der Stellung der:des Angestellten innerhalb des Betriebs stehen. Angestellten in leitenden Stellungen kommen umfassendere Treuepflichten zu als etwa dem Reinigungspersonal.<sup>461</sup>

Wie die Meldung an den Arbeitgeber zu gelangen hat, ist in OR 321a *nicht* normiert. Mit Blick auf die fragliche These müsste man somit bei jedem Handeln gemäß den Treuepflichten von *keinem* (internen) Whistleblowing ausgehen, was eine Abgrenzung zwischen internem und externem Whistleblowing *ad absurdum* führen würde.

Das vermeintliche Abgrenzungskriterium «Dienstweg» vermag diesen Widerspruch nicht aufzulösen. Zwar wird es in vielen Betrieben (insbesondere Großkonzernen oder Behörden) eine klare Hierarchie und somit

---

460 Vgl. statt vieler beispielsweise SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, 1435 m. w. H. auf den Zürcher Kommentar OR; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR 321a N 11. Vgl. auch BGE 4C\_189/2002 E. 1.3 zur Mitteilungspflicht – insbesondere während der Vertragsverhandlungen.

461 PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR 321a N 14.

festen Meldewege – sprich: einen Dienstweg – geben. Die Wahrung der Treuepflicht in Form der daraus abgeleiteten Aufklärungs- und Meldepflicht i. S. v. OR 321a setzt jedoch weder explizit noch implizit voraus, dass sich Angestellte an etwaige Dienstwege und dergleichen halten.<sup>462</sup> Ferner umfasst der Dienstweg, wie HEROLD korrekt festhält, nicht nur direkte Vorgesetzte, sondern alsdann auch alle weiteren Instanzen.<sup>463</sup> DONATO<sup>464</sup> erklärt zudem zu Recht, dass in Unternehmen (oder Behörden), die bereits eine «interne Meldestelle», «Whistleblower:innen-Stelle» oder Ähnliches implementiert haben, Missstandsmeldungen an entsprechende Meldestellen zu richten wären. Folglich führte der direkte Dienstweg an die Meldestelle und *nicht* an die Vorgesetzten.

- 255 Von dieser Einsicht unbeeindruckt, behauptet HEROLD<sup>465</sup>, dass letzterer Ansicht DONATOS nicht gefolgt werden könne, solange in den meisten Unternehmen und Behörden eine solche Meldestelle nicht vorhanden sei. Denn so lange würde Whistleblowing (noch) nicht das «Normalverhalten» darstellen.
- 256 Dem ist wenigstens für die Schweiz nicht zuzustimmen. Denn OR 321d statuiert, dass Arbeitgeber:innen betriebsinterne Anordnungen und Weisungen erlassen können (Abs. 1) und diese von den Weisungsgebundenen nach Treu und Glauben zu befolgen sind (Abs. 2). Hieraus erhellt, dass Arbeitgeber:innen unter anderem die Meldewege, sprich den Dienstweg, regeln können. Der «ordentliche Dienstweg» ist – entgegen der Argumentation HEROLDS – kein sozioökonomisches Konstrukt, das in Abhängigkeit von fremden Unternehmensstrukturen oder allgemeinen Verbreitungsquoten von Meldesystemen im Wirtschaftssystem steht. Der Dienstweg ist zumindest nach schweizerischem Recht «ordentlicher», weil er *angeordnet* ist.
- 257 Würde man der Ansicht folgen, Meldungen auf dem Dienstweg stellten kein Whistleblowing dar, böte man Organisationen somit faktisch die Mög-

---

462 Konkret wäre es kaum rechtmäßig, das Anstellungsverhältnis arbeitgeberseitig unter Verweis auf eine Verletzung der Treuepflicht zu kündigen, weil der:die Angestellte seine:ihre Missstandsmeldung nicht an seine:ihre unmittelbaren Vorgesetzten (sondern beispielsweise an deren Kolleginnen und Kollegen oder Vorgesetzte) adressiert hat. Solange die Arbeitgeberin (im Sinne einer juristischen Person) in einer Art und Weise informiert wurde, die tauglich ist, deren Interessen zu wahren, ist der Treuepflicht Genüge getan.

463 HEROLD, Diss., 41.

464 DONATO, 14.

465 HEROLD, Diss., 41, Fn. 100.

lichkeit, ihrem Personal (bewusst oder unbewusst) den Status als Whistleblower:innen – und damit eine etwaige Rechtfertigung<sup>466</sup> ihres Verhaltens – zu verwehren.

Denn: Falls das Unternehmen beispielsweise über keine Regelung zum ordentlichen Dienstweg verfügt,<sup>467</sup> wäre jede Missstandsmeldung i. S. v. OR 321a als Wahrung der Treuepflichten und demzufolge *nicht* als (internes) Whistleblowing zu qualifizieren. Bestünden hingegen Regelungen,<sup>468</sup> so würden jene Anordnungen<sup>469</sup> i. S. v. OR 321d den ordentlichen Dienstweg konstituieren. Im Resultat wäre diesen Personen die Stellung als Whistleblower:innen abzuerkennen, obschon sich die Angestellten bewusst an eine interne Stelle gewandt haben, die im zynischsten aller Fälle als «Whistleblower:innen-Meldestelle» bezeichnet wäre. Zudem kann wohl davon ausgegangen werden, dass in diesem Fall gerade intendiert wäre, diesen Personen Schutz zu bieten.<sup>470</sup>

Angesichts dieser unbefriedigenden Resultate und Widersprüche ist die Meinung, Meldungen auf dem Dienstweg würden kein Whistleblowing darstellen, abzulehnen.

Damit erübrigt sich für die vorliegende Arbeit ferner die Rezeption der Unterscheidung von echtem und unechtem Whistleblowing nach HEROLD. Es ist im Resultat bei jeder internen (und externen) Meldung von *echtem* Whistleblowing auszugehen.

dd. Aktives und passives Whistleblowing (WESTMAN *et al.*)

Gemäß WESTMAN *et al.* soll von *aktivem* Whistleblowing die Rede sein, wenn sich Whistleblower:innen durch aktives Tun gegen Missstände wehr-

---

466 Vorausgesetzt, eine solche Rechtfertigung wäre nötig und würde durch die Legislative geschaffen. Ersteres ist in dieser Arbeit zu untersuchen.

467 Dies wäre unter anderem zudem in nahezu allen kleinen oder mittleren Unternehmen der Fall, in denen flache Hierarchien vorherrschen oder es nur einen Dienstweg gibt (beispielsweise ein:e Chef:in mit zwei Angestellten).

468 Dies dürfte insbesondere in Unternehmen, die internes Whistleblowing fördern möchten und entsprechende Meldestellen eingerichtet haben, der Fall sein.

469 Beispielsweise die Anordnung, man möge sich mit etwaigen Missstandsmeldungen direkt an die entsprechende Meldestelle wenden.

470 Inwiefern ein solcher Schutz nötig wäre, wird nachfolgend zu beleuchten sein; vgl. 455 ff.

ten, indem sie (intern oder extern) auf solche aufmerksam machen.<sup>471</sup> *Passives* Whistleblowing soll dagegen vorliegen, falls Whistleblower:innen sich weigern, (vermeintlich) illegale Anweisungen ihrer Arbeitgeber:innen zu befolgen, *ohne* diese (später) offenzulegen,<sup>472</sup> oder sie zu Whistleblowerinnen und Whistleblowern werden, indem sie rechtmäßigen Anordnungen staatlicher Behörden Folge leisten.<sup>473</sup>

- 262 IMBACH beschreibt die Unterscheidung nach WESTMAN *et al.* wie folgt: «*Im ersten Fall geht der Whistleblower selbst aktiv auf eine interne oder externe Stelle zu, um von sich aus auf einen Missstand aufmerksam zu machen. Im zweiten Fall, beim passiven Whistleblowing also, handelt der Whistleblower nicht von sich aus, sondern reagiert lediglich auf einen Impuls von außen.*»<sup>474</sup> Sie bezieht sich somit einzig auf die letztgenannte der oben beschriebenen zwei Varianten passiven Whistleblowings nach WESTMAN *et al.*<sup>475</sup> und merkt an, dass ihr Verständnis im Vergleich zu WESTMAN *et al.* eingeschränkter sei. Dies insofern, als sie die Verweigerung illegalen Anweisungen Folge zu leisten, nicht als (passives) Whistleblowing verstehe. Aus ihrer Erklärung zu dieser nicht rezipierten zweiten Variante geht jedoch hervor, dass sie die Idee von WESTMAN *et al.* anscheinend missversteht.<sup>476</sup>
- 263 Jenem von WESTMAN *et al.* vorgeschlagenen – von IMBACH hingegen abgelehnten – Fall des passiven Whistleblowings liegt die Überlegung zugrunde, dass es Konstellationen geben kann, in denen Whistleblower:innen ihren Vorgesetzten durch Nichtbefolgung von Arbeitsanweisungen auf einen Missstand im Unternehmen hinweisen, ihnen auf diese Weise also (sehr subtil) anzeigen, dass sie mit der vorgeschlagenen Praxis ein Problem haben. In Entlehnung der (straf-) rechtlichen Terminologie könnte jene Konstellation auch als *Whistleblowing durch Unterlassung* beschrieben werden.

---

471 MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33 f.

472 Im Original: «*In addition, passive whistleblowing will be used to refer to employees who refuse to carry out illegal instructions, but who do not publicly disclose such instructions*», MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33.

473 MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33; WESTMAN, 82; siehe 131.

474 IMBACH, 27.

475 Vgl. 131 und 261.

476 Nach IMBACH ist die Verweigerung nach WESTMAN *et al.* insoweit als passives Whistleblowing zu verstehen, als im Anschluss an die Weigerung eine Meldung zu erfolgen habe. WESTMAN *et al.* beschreiben jene Form des passiven Whistleblowings aber als Form *ohne* (anschließende) Meldung; vgl. IMBACH, Fn. 47 sowie MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33.



Nachfolgend ist ferner auf die durch IMBACH rezipierte Variante des passiven Whistleblowings nach WESTMAN *et al.* einzugehen: 264

Im Original wird diese beschrieben als: «[...] [to] respond to lawful requests for information from governmental authorities»<sup>477</sup>. Leider erklären WESTMAN *et al.* nicht explizit, was damit gemeint, oder vielmehr, wie diese *response* nach ihrem Verständnis geartet sein soll. Es könnte, wie von IMBACH getan,<sup>478</sup> so interpretiert werden, dass es allein darauf ankomme, ob die Whistleblower:innen aktiv auf andere zugehen oder umgekehrt andere auf sie zukämen. Sprich auf die Unterscheidung *Actio* oder *Reactio*? Hierzu ist anzumerken: Beinahe jedes Whistleblowing<sup>479</sup> wird sich in der Gesamtbetrachtung auf einen Entschluss<sup>480</sup> der Whistleblower:innen, ihr Wissen preiszugeben, und eine darauffolgende *aktive* Preisgabe zurückführen lassen. Es ist somit von einem kognitiven Abwägungs- und Entscheidungsprozess auszugehen.<sup>481</sup> Zumal es für alle Whistleblower:innen stets auch extrinsische Faktoren geben wird, die sie zur Tat veranlassen. Hierzu dürften auch Opportunitäten zählen, die sich nicht auf die Initiative der Whistleblower:innen hin ergeben. Dies lässt sich am von IMBACH, mit Verweis auf LEISINGER, gewählten Fallbeispiel *Boisjoly* exemplifizieren: 265

Als Beispiel für passives, externes Whistleblowing verweist IMBACH auf den Fall *Roger Boisjoly*.<sup>482</sup> Boisjoly war Ingenieur bei der Firma *Morton-Thiokol Inc.*, die für die NASA die äußeren Feststoffraketen für das Space-Shuttle-Programm produzierten. Boisjoly stellte angelegentlich eines Kontrollgangs ein Problem bei den Dichtungsringen (sogenannte O-Ringe) fest und warnte 1985 geschäftsintern, dass es ohne weitere Überarbeitung und Erneuerung der O-Ringe bei einem der nächsten Raketenstarts zu einer Katastrophe kommen könne. Daraufhin wurde Boisjoly Mitglied einer geschäftsinternen *Taskforce* zur Verifizierung seiner Erkenntnisse, die zu ähnlichen Ergebnissen gelangte. Am 28. Januar 1986 kam es während des Starts der *Challenger*-Rakete zur Explosion, wie sie Boisjoly prophezeit hatte. Alle 266

477 MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33.

478 Vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen unter 266 f.

479 Eine Ausnahme bildet eventuell das embryonische Whistleblowing vgl. 271 ff.

480 Zu eventuellen subjektiven Elementen vgl. 198 ff.

481 Man denke hierbei beispielsweise an die fünf Phasen von Whistleblowing nach MICELLI/NEAR; vgl. 128 f.

482 IMBACH, 27. Vgl. zum Fall *Roger Boisjoly* IMBACH, 62 f. mit Hinweisen auf LEISINGER, 264 f. sowie BOISJOLY, *Ethical Decisions – Morton Thiokol and the Space Shuttle Challenger Disaster*, <[https://www.onlineethics.org/7061/shuttle\\_telecon](https://www.onlineethics.org/7061/shuttle_telecon)> (8. Juni 2020).

sieben Crewmitglieder der *Challenger* verloren dabei ihr Leben. Boisjoly musste vor dem Untersuchungsausschuss der Regierung zum Unfall als Zeuge aussagen. Vonseiten seiner Firma wurde er angewiesen, alle an ihn gerichteten Fragen schlicht mit «Ja» oder «Nein» zu beantworten. Dieser Anweisung leistete er keine Folge. Im Gegenteil übergab er dem Ausschuss all seine persönlichen Memoranden und Tätigkeitsberichte, aus denen hervorging, dass er geschäftsimern erfolglos auf das Problem hingewiesen und die Firmenleitung vor der Katastrophe gewarnt hatte.

- 267 Zwar war Boisjoly in seiner Entscheidung, vor dem Ausschuss zu *erscheinen* und als Zeuge unter Wahrheitspflicht *auszusagen*, tatsächlich (mehr oder weniger)<sup>483</sup> unfrei. Insofern verhielt er sich eher passiv. Die anschließende, um-fassende Preisgabe all seiner Beobachtungen vor dem Untersuchungsausschuss<sup>484</sup> lässt sich hingegen nicht allein auf eine äußere Veranlassung oder vielmehr einen äußeren Zwang<sup>485</sup> zurückführen. Boisjoly entschied sich – spätestens nach der Aufforderung seiner Vorgesetzten, sich anlässlich seiner Befragung bedeckt zu halten –<sup>486</sup> vielmehr aus eigenem Antrieb, diese nicht länger zu schützen und gegen den Widerstand seiner Arbeitgeberin *aktiv* zu werden, indem er die Untersuchungskommission (und das Publikum) *umfassend* über seine Erkenntnisse aufklärte. Boisjoly verhielt sich im tatsächlichen Akt des Whistleblowings *nicht (mehr) passiv*, sondern *aktiv*.
- 268 Eine Fallkonstellation, in der Whistleblower:innen passiv agieren, wäre wie folgt konstruierbar: Wären die Erkenntnisse Boisjoly's beispielsweise durch eine mit der Untersuchung einhergehenden Hausdurchsuchung seiner Büroräumlichkeiten ans Licht gebracht worden oder hätte der Ausschuss von seinen persönlichen Aufzeichnungen Kenntnis gehabt und diese ediert und ihn im Anschluss zu den Inhalten befragt, hätte er sich komplett passiv verhalten und – sozusagen *contre cœur* – *Interna* offenbart.

---

483 Er hätte sich, trotz der Pflicht zu erscheinen, entschließen können, der Aufforderung nicht Folge zu leisten. Er wäre in diesem Fall aller Vermutung nach aber mithilfe Polizeigewalt zur physischen Teilnahme genötigt worden.

484 Und infolge Medienpräsenz vor der Welt.

485 In Form der Vorladung als Zeuge oder der damit einhergehenden Wahrheitspflicht.

486 Ob die Aufforderung vonseiten des Arbeitgebers von Boisjoly, auf die an ihn gerichteten Fragen lediglich mit «Ja» oder «Nein» zu antworten, nach amerikanischem Recht mit der Wahrheitspflicht vereinbar gewesen oder gar einer Anstiftung zum Meineid gleichgekommen wäre, sei an dieser Stelle dahingestellt.

Aus jener letzten Überlegung ergibt sich nunmehr eine alternative Interpretation jener Variante passiven Whistleblowings: WESTMAN *et al.* könnten meinen, die Whistleblower:innen müssten sich *komplett* passiv und reaktionär verhalten. Sprich, das absolute Minimum an Kooperation an den Tag legen, zu dem sie nach dem Gesetze verpflichtet sind. Jene Interpretation scheint zudem mit der von WESTMAN *et al.* vorgeschlagenen anderen Form passiven Whistleblowings besser vereinbar. Denn es würden auf diese Weise vonseiten WESTMAN *et al.* in Bezug auf passives Whistleblowing zwei Seiten derselben Medaille beleuchtet: die Fälle, in denen Whistleblower:innen keinerlei Absichten hegen, zu solchen zu werden; genauer gesagt der *Impetus* der Whistleblower:innen allein dahin geht, sich gesetzeskonform zu verhalten – hingegen nicht dahin, auf einen etwaigen Missstand hinzuweisen und die fehlbare Organisation ans sprichwörtliche Messer zu liefern.

Aufgrund dieser Ausführungen kann konstatiert werden, dass die bloße Unterscheidung obsolet erscheint, ob der Stein des Anstoßes für das Whistleblowing von einem:einer Dritten ausging oder nicht. Es läge in jedem Fall ein *aktives* Whistleblowing vor, wobei sich die Spezifikation sodann erübrigte. Für die vorliegende Arbeit ist die Unterscheidung zwischen aktivem und passivem Whistleblowing<sup>487</sup> hingegen so zu verstehen: Dem aktiven Whistleblowing liegt ein Entschluss zur Offenbarung der Informationen aufseiten der Whistleblower:innen zugrunde – dem passiven Whistleblowing nicht.

#### ee. Embryonisches Whistleblowing (WESTMAN *et al.*)

Einleitend ist anzumerken, dass auch WESTMAN *et al.* logisch nicht streng zwischen Whistleblower:innen- und Whistleblowing-Kriterien unterscheiden. Sie nutzen die beiden *Termini* scheinbar abwechselnd.<sup>488</sup> Um möglichen Missverständnissen vorzubeugen, nachfolgend zur Klärung:

Gemäß WESTMAN *et al.* soll von «embryonischen» Whistleblowerinnen und Whistleblowern die Rede sein, falls diesen gekündigt werde, bevor es zum Whistleblowing komme, weil der Arbeitgeber den Akt antizipiere. Bei den Whistleblowerinnen und Whistleblowern *in spe* könne es sich um in-

487 Soweit sich diese für die nachfolgenden Überlegungen denn als relevant erweisen würde.

488 Vgl. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-33 f.

terne, externe, aktive oder passive handeln, so WESTMAN *et al.* Präziser wäre jedoch von (internem/externem, aktivem/passivem) Whistleblowing als antizipiertem Verhalten zu sprechen, – beschreiben die Begriffspaare «aktiv/passiv» und «intern/extern», wie oben thematisiert, doch die *Art* der Meldung.<sup>489</sup>

- 273 Als Beispiel für embryonisches Whistleblowing nennen WESTMAN *et al.* den Fall *Johnston v. Del Mar Distribution Co.*, in dem die Klägerin (Johnston) geltend machte, sie sei von ihrer Arbeitgeberin (Beklagte) angewiesen worden, eine Waffenlieferung falsch zu kennzeichnen. Als sich Johnston bei der zuständigen Behörde (ATF) informierte, ob eine falsche Kennzeichnung illegal wäre, wurde ihr gekündigt, bevor sie sich der Direktive des Unternehmens, die Lieferung falsch zu kennzeichnen, habe widersetzen<sup>490</sup> oder auf die Illegalität der Anweisung habe hinweisen<sup>491</sup> können.<sup>492</sup>
- 274 Das Gericht gewährte in diesem Fall den (nach amerikanischem Recht bestehenden) Arbeitnehmer:innen-Schutz für Whistleblower:innen. Es erwog, dass gewisse Handlungsanweisungen der Arbeitgeber offenkundig illegal sein könnten, während andere gegebenenfalls weiterer Abklärungen bedürften. Würde man den Mitarbeitenden, die solche erst tätigten, einen Whistleblowing-Schutz verwehren, blieben diesen zwei Möglichkeiten: Sie könnten entweder Abklärungen tätigen und so das Risiko einer (in diesem Fall rechtmäßigen) Kündigung eingehen *oder* sie könnten keine Abklärungen tätigen und sich so der Gefahr einer späteren Strafverfolgung aussetzen, in der sie ihr Nichtwissen (infolge mangelnder Abklärungen) vor Strafe in aller Regel nicht schützen wird.<sup>493</sup>
- 275 In ihrer Begriffsbestimmung beschreiben WESTMAN *et al.* Fälle, in denen Whistleblower:innen «[...] kurz davor sein könnte[n], widerrechtlichen Anweisungen Folge zu leisten oder den (aktiven) Schritt zu wagen, eine

---

489 Vgl. zum Ganzen MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-34; siehe 131.

490 Gemäß MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN: *passives* Whistleblowing; vgl. 131 und 261.

491 Gemäß MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN: (internes/externes) *aktives* Whistleblowing; ebenda.

492 Jenes Beispiel verorten MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN mit Blick auf ihre Systematik scheinbar als Variante aktiven Whistleblowings, wobei die aktive «Alarmierung» des eigenen Arbeitgebers in der selbstständigen Einholung der Rechtsauskünfte bei der zuständigen Behörde aufseiten von Johnston zu erblicken wäre.

493 Vgl. zum Fall *Johnston v. Del Mar Distribution Co.* MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 7-42 m. w. H.

*interne oder externe Meldung abzusetzen».*<sup>494</sup> Hierbei ist der Verwendung des Konjunktivs besondere Beachtung geschuldet: Gemäß dieser Definition scheinen Fälle inkludiert, in denen es (später) nicht zwangsläufig zu Whistleblowing gekommen wäre. Es ergeben sich somit folgende Varianten:

Zum einen die Variante, in der die Whistleblower:innen entschlossen waren, Meldung zu machen, der Arbeitgeber ihnen mit der Kündigung jedoch zuvorgekommen ist. In diesen Konstellationen liegen objektiv die Whistleblower:innen-Merkmale<sup>495</sup> vor, die dazugehörigen Whistleblowing-Merkmale fehlen hingegen. Da subjektiv ein Entschluss zum Whistleblowing vorgelegen hat, könnte in Entlehnung der strafrechtlichen Terminologie von einem geplanten – gegebenenfalls von einem versuchten – Whistleblowing gesprochen werden. 276

Zum andern lässt die Definition auf die beiden Varianten schließen, in denen vermeintliche Whistleblower:innen sich entweder zwar mit dem Gedanken tragen, Whistleblowing zu betreiben, aber noch nicht entschlossen sind (vgl. obiges Beispiel *Johnston*) oder aber nie vorhatten, Whistleblowing zu betreiben – die Arbeitgeberin sich in der Einschätzung ihrer Angestellten also geirrt hat. 277

In Hinsicht auf die ersten beiden Varianten, in denen es tatsächlich hätte zu Whistleblowing kommen können, ist darauf hinzuweisen, dass auch Personen, die nicht oder nicht mehr Teil der fehlbaren Unternehmung sind, der Whistleblower:innen-Status attestiert werden muss;<sup>496</sup> andernfalls könnte dies aus juristischer Sicht zur Folge haben, dass es den Unternehmen überlassen würde, ob sie Whistleblowerinnen und Whistleblowern eine etwaige Rechtfertigung mit einer frühzeitigen Kündigung verunmöglichen. Ferner mag embryonisches Whistleblowing strafrechtlich nur selten relevant sein.<sup>497</sup> Dennoch kann es Sinn ergeben, den Personen, die Opfer einer Kündigung werden, weil sie der Arbeitgeber im Verdacht 278

---

494 Im englischen Original: «[...] **may be** on the threshold of refusing to perform illegal acts, or of taking the affirmative step of making an internal or external complaint» (Hervorhebung durch den Autor); MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 1-34.

495 Vgl. 182 ff.

496 Wie in den Ausführungen zu den Whistleblower:innen-Merkmalen (insbesondere den Ausführungen zur Insider:innen-Stellung) aufgezeigt. Vgl. 208 ff.

497 Zumindest, solange es später nicht zu Whistleblowing kommt. Am Beispiel *Johnston*: Das bloße Einholen einer Rechtsauskunft bei einer Behörde dürfte in keinem Fall je ein strafrechtlich relevantes Verhalten konstituieren.

hat, zukünftig Whistleblowing betreiben zu wollen, einen entsprechenden Whistleblowing-Schutz einzuräumen.<sup>498</sup>

- 279 Technisch gesehen ist in diesen Fallkonstellationen aus genannten Gründen fraglich, ob von Whistleblowing auszugehen ist. Man könnte sich auch auf den Standpunkt stellen, die objektiven Merkmale hätten nicht vorgelegen.
- 280 Ein Gegenargument hierzu ließe sich aus obigem Beispiel (*Johnston v. Del Mar Distribution Co.*) derart konstruieren, dass Frau Johnston objektiv bereits aktives Whistleblowing betrieben habe, in dem sie bei der zuständigen Behörde die Rechtsauskunft einholte. So ist es ihr durch diese Handlung nämlich gelungen, mindestens ihre:n Arbeitgeber:in (gegebenenfalls auch die Behörde) zu alarmieren – sonst wäre es kaum zur (fristlosen) Kündigung gekommen. Ähnlicher Ansicht scheinen unausgesprochen auch WESTMAN *et al.* zu sein, führen sie doch den Beispielfall systematisch unter dem Titel des aktiven Whistleblowings auf.<sup>499</sup> In dieser Fallkonstellation wäre alsdann von einem (möglicherweise) *unbewussten* Whistleblowing auszugehen. Denn eventuell war sich Johnston nicht bewusst, dass sie ihre Arbeitgeberin durch ihre Abklärungen in irgendeiner Weise alarmieren könnte. Alternativ von einem bewussten, da Johnston darauf vertraute, dass ihre externen Erkundigungen bei der zuständigen Behörde ihre Arbeitgeberin (oder die Behörde) nicht alarmieren würden.
- 281 Im Lichte dieser Ausführungen kann konstatiert werden, dass Whistleblowing archetypisch zwar ein bewusstes Verhalten der Whistleblower:innen voraussetzt – denn im Regelfall weiß er oder sie um die Wirkung der Meldung und will eine solche gerade bewirken. Es ist angesichts embryonischen Whistleblowings aber auch *unbewusstes* Whistleblowing denkbar – beispielsweise durch Einholung einer Rechtsauskunft bei der zuständigen Behörde.

ff. Zwischenfazit

- 282 Nach eingehender Prüfung der verschiedenen bekannten Theorien zur Art und Weise, *wie* Whistleblowing ausgeübt wird, kann festgehalten werden, dass die Unterscheidungen zwischen internem und externem, aktivem und passivem sowie embryonischem Whistleblowing nachvollziehbar sind.

---

498 Falls man denn eine solche Kündigung nach geltendem Recht nicht aus anderen Gründen als «missbräuchlich» klassifizieren könnte.

499 Vgl. MODESITT/SCHULMAN/WESTMAN, 7-42.

Betreffend internes Whistleblowing ist die Rechtsansicht, dass Meldungen auf dem Dienstweg kein Whistleblowing seien, aus den aufgezeigten Gründen<sup>500</sup> abzulehnen. Im Resultat erübrigt sich die Unterscheidung zwischen echtem und unechtem Whistleblowing nach HEROLD. Nach hier vertretener Ansicht ist jegliches Whistleblowing als «echt» im Sinne dieser Unterscheidung zu qualifizieren. 283

Schließlich eröffnen die Unterscheidungen zwischen aktivem und passivem sowie embryonischem Whistleblowing nach WESTMAN *et al.* Ansätze für ein unbewusstes Whistleblowing sowie ein Whistleblowing durch Unterlassen. 284

Es kann hinsichtlich der nachfolgenden Überlegungen somit konkludiert werden, dass jede interne und externe Missstandsmeldung, egal ob aktiv oder passiv, als (echtes) Whistleblowing zu verstehen ist, wobei unbewusstes Whistleblowing denkbar scheint. 285

### c. Etwaige weitere Merkmale

#### aa. Hinweis im öffentlichen Interesse (LUTTERBACH)

LUTTERBACH<sup>501</sup> schlägt vor, dass der Hinweis der Whistleblower:innen (genauer der *Meldeinhalt*) im öffentlichen Interesse liegen müsse, weil sonst kein Whistleblowing vorliege. Sie gelangt in ihrer Dissertation zum Schluss, dass sich bei Whistleblowing in Abgrenzung zur *Denunziation* ein übergeordnetes Interesse «*positiv feststellen lasse*»<sup>502</sup>. Diese Ansicht scheint mit der Idee DEISENROTHS verwandt zu sein, nach der Whistleblower:innen *gemeinnützige Motive* verfolgen müssten.<sup>503</sup> Bei LUTTERBACHS Kriterium handelt es sich aber um ein *objektives* – ist das Vorliegen eines öffentlichen Interesses schließlich (durch das Gericht) feststellbar. 286

Zum Element des *öffentlichen Interesses* ist zu bemerken, dass auch hier die Gefahr besteht, dem erläuterten Zirkelschluss<sup>504</sup> zu erliegen: Im Versuch oder besser der Überlegung, später nicht jedes Meldeverhalten oder jede Meldung rechtfertigen zu wollen, fügen viele Autorinnen und Autoren ihrer Whistleblowing-Definition verschiedene «regulative Kriterien» hinzu. Vor- 287

---

500 Siehe 248 ff.

501 Vgl. 145.

502 LUTTERBACH, 45.

503 Vgl. 199 ff.

504 Vgl. 189 f.

liegend soll dieser konzeptionelle Fehler nicht wiederholt werden. Denn die Herleitung einer Definition von Whistleblowing ist nicht mit der eines Rechtfertigungsgrundes für ebendieses Verhalten gleichzusetzen.

- 288 Auf das Konzept der *Wahrung eines übergeordneten respektive öffentlichen Interesses* ist somit allenfalls im Rahmen der Auseinandersetzung mit einer möglichen Rechtfertigung von Whistleblowing<sup>505</sup> zurückzukommen. In Bezug auf eine (allgemeine) Definition von Whistleblowing ist sie nicht zu rezipieren.

bb. Vergeltungsrisiko (DEISEROTH & HUNZIKER)

- 289 Öfter rezipiert wurde die Ansicht DEISEROTH'S<sup>506</sup>, dass sich Whistleblower:innen durch ihre Meldung einem erheblichen beruflichen und/oder persönlichen Risiko der Vergeltung (beispielsweise vonseiten ihrer Arbeitgeber:innen) aussetzen müssten, da ansonsten nicht von Whistleblowing auszugehen sei.
- 290 Zwar entspricht es aktuell insbesondere in der Schweiz der Realität, dass sich Whistleblower:innen in vielen Fällen – gerade durch externe Meldungen – exponieren und oftmals schwere persönliche Schicksale erleiden.<sup>507</sup> Hieraus, – sozusagen: empirisch – die Voraussetzung abzuleiten, dass sich Whistleblower:innen einem Vergeltungsrisiko aussetzen müssten, um als solche zu gelten, überzeugt indessen nicht. Wie HEROLD<sup>508</sup> richtig ausführt, würde so eine externe Reaktion auf das Verhalten der Whistleblower:innen als Voraussetzung herangezogen, was beispielsweise zur Folge hätte, dass anonyme Meldungen gegebenenfalls nicht als Whistleblowing eingestuft werden könnten.
- 291 Ein weiteres Gegenargument ist in der etwaigen Einführung eines Kündigungsschutzes für Whistleblower:innen, wie ihn beispielsweise das amerikanische Recht kennt, zu erblicken. Aller Wahrscheinlichkeit nach würde mit der Einführung einer entsprechenden Gesetzgebung der negativ-generalpräventive Effekt einhergehen, dass Arbeitgeber:innen davon

---

505 Vgl. hierzu 439 ff.

506 Vgl. 167.

507 Dies wurde einleitend angesprochen. Vgl. 7.

508 Vgl. 153.



absehen würden, Whistleblower:innen Repressalien auszusetzen.<sup>509</sup> Im Resultat wären die Melder:innen dann aber – in Ermangelung des Vergeltungsrisikos – nicht mehr Whistleblower:innen. Das wäre wiederum nicht wünschenswert – denn das hätte gegebenenfalls zur Konsequenz, dass diese nicht in den Genuss eines bestehenden Schutzstatus kämen.

Die Rezeption dieser Voraussetzung ist demnach abzulehnen.

292

### cc. Anonymes Whistleblowing (MICELI/NEAR & LUTTERBACH)

Wie gezeigt,<sup>510</sup> wird in Teilen der Literatur angeregt, dass anonyme Meldungen als Whistleblowing gelten könnten. Anonyme Meldestellen gibt es in der Praxis bereits – auch in der Schweiz. Ein Beispiel hierfür wäre die Whistleblower:innen-Plattform der EFZ<sup>511</sup>, über die «jeder Steuerzahler»<sup>512</sup> anonym Meldung erstatten kann. Auch die Definition der WEKO enthält Hinweise darauf, dass diese nicht abgeneigt ist, anonyme Meldungen als Whistleblowing einzustufen; sie hält nämlich fest, dass Whistleblower:innen häufig ein Interesse daran hätten, dass ihre Meldung vertraulich behandelt würde.<sup>513</sup>

293

Daher spricht nichts dagegen, anonyme Meldungen als Whistleblowing anzuerkennen.<sup>514</sup>

294

---

509 Wenigstens wäre dieser Effekt sicher im «Sinne des Erfinders» (oder der Erfinderin).

510 Vgl. zu MICELI/NEAR, 123 f. sowie zu LUTTERBACH, 140 und 145.

511 Whistleblower:innen-Plattform EFK *online*, <[https://www.bkms-system.ch/bkwebanon/report/clientInfo?cin=5efkl1&c=-1&language=ger\\_CH](https://www.bkms-system.ch/bkwebanon/report/clientInfo?cin=5efkl1&c=-1&language=ger_CH)> (5. August 2020). Die Europäische Kommission hatte 2017 die Lancierung einer anonymen Plattform für die Meldung von Verstößen gegen das EU-Wettbewerbsrecht bekannt gegeben. Vgl. hierzu etwa LÜBBIG/LE BELLE/PITSCHAS, 353 ff. m. w. H.

512 Natürlich auch jede «Steuerzahlerin»; vermutlich sogar Personen, die keine Steuern zahlen. Vgl. Whistleblower:innen-Plattform EFK *online*, «*Wer kann eine Meldung machen?*», <[https://www.bkms-system.ch/bkwebanon/report/clientInfo?cin=5efkl1&c=-1&language=ger\\_CH](https://www.bkms-system.ch/bkwebanon/report/clientInfo?cin=5efkl1&c=-1&language=ger_CH)> (5. August 2020).

513 Vgl. 174. Zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen im internationalen Kontext vgl. BARANOWSKI/GLASSL, 275 f. sowie für die Schweiz VASELLA, 77 ff. und ZIMMERMANN/PÄRLI, 19 ff.; jeweils m. w. H.

514 Für die Schweiz diskutiert bereits PORTMANN die Vorteile eines (mindestens) vertraulichen Umgangs mit der Identität der Whistleblower:innen. Vgl. PORTMANN, 993 m. w. H.

3. Fazit

- 295 Die kritische Würdigung aller hier vorgeschlagener Elemente lässt sich wie folgt resümieren:
- 296 Was die Whistleblower:innen-Merkmale anbelangt, hat sich keine der analysierten einschränkenden Voraussetzungen<sup>515</sup> als notwendiges Element einer Whistleblower:innen-Definition erwiesen. Insbesondere die in der Literatur teilweise vorgeschlagenen besonderen Motive sind abzulehnen.<sup>516</sup> Ergo erübrigt es sich, im Rahmen dieser Arbeit eine von Whistleblowing gesonderte Definition für Whistleblower:innen zu entwickeln.
- 297 Hinsichtlich der *Meldeinhalte* ist festzuhalten, dass diese sich auf ein *illegales* oder *illegitimes Verhalten* beziehen, wobei aufgezeigt werden konnte, dass die beiden Begrifflichkeiten alle relevanten Meldeinhalte erfassen.<sup>517</sup>
- 298 Ferner sind verschiedenste *Meldeverhalten* denk- und unterscheidbar (z. B. *internes/externes Whistleblowing*).<sup>518</sup> In die (straf-) rechtliche Definition müssen die Unterscheidungen indes nicht aufgenommen werden. Wichtig scheint in diesem Zusammenhang weiter festzuhalten, dass die von Teilen der Autor:innen vorgeschlagene Idee, Meldungen auf dem Dienstweg von (internem) Whistleblowing auszusondern, abzulehnen ist.
- 299 Wie die Ausführungen zu WESTMAN *et al.* zeigen,<sup>519</sup> kann Whistleblowing sowohl auf ein bewusstes als auch unbewusstes Tun oder Unterlassen zurückgeführt werden.
- 300 Betreffend die geprüften (etwaigen) weiteren Merkmale<sup>520</sup> ergibt sich, dass Whistleblowing auch im Falle *anonymer* Meldungen anzunehmen ist. Weiterer, einschränkender Elemente (wie ein Vergeltungsrisiko) bedarf es für die Definition des Phänomens indes nicht.

---

515 Zur Insider:innen-*Stellung* im fehlbaren Unternehmen vgl. 182 ff. Zum Fehlen einer deliktischen Verstrickung vgl. 194 ff. Zur besonderen Motivlage vgl. 198 ff.

516 Auf diese Weise wird in Bezug auf anonymes Whistleblowing (beispielsweise mithilfe der Plattform der EFK) unter anderem gewährleistet, dass den Benutzern ebensolcher Plattformen der Whistleblower:innen-Status und die damit gegebenenfalls einhergehenden Rechte nicht *per se* verwehrt bleiben.

517 Vgl. 208 ff.

518 Vgl. 240 ff.

519 Vgl. 261 ff.

520 Vgl. 286 ff.

D. Definition

Auf Grundlage der kritischen Würdigung der hier diskutierten Definitionen und Merkmale<sup>521</sup> kann *Whistleblowing* schließlich wie folgt definiert werden: 301

Es ist das Aufmerksam-Machen durch Tun oder Unterlassen auf ein (wie auch immer geartetes) illegales oder illegitimes Verhalten, wobei eine besondere Stellung oder Motivlage nicht vorausgesetzt wird. 302

Oder kürzer: 303

*Whistleblowing ist das Alarmieren Dritter<sup>522</sup> bezüglich illegalen oder illegitimen Verhaltens.* 304

---

521 Vgl. 180 ff.

522 Als «Dritte» im Sinne dieser Definition sind alle (natürlichen oder juristischen) Personen gemeint, die nicht mit der Whistleblowerin oder dem Whistleblower identisch sind.



## 2. Teil:

# Strafrechtliche Würdigung von Whistleblowing *de lege lata*

## I. Die wichtigsten Straftatbestände

Im vorliegenden Kapitel wird eine Übersicht<sup>523</sup> über bestehende strafrechtliche Normen gegeben werden, die durch Whistleblowing verletzt werden können. Diese soll dazu dienen, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den einzelnen Geheimnisverratstatbeständen zu extrapolieren und so die Voraussetzungen für die spätere Erarbeitung möglicher Ansätze der Rechtfertigung zu schaffen.<sup>524</sup> 305

### A. Vorbemerkungen zum Geheimnisbegriff

In Zusammenhang mit der Betrachtung der Geheimnisverratstatbestände stellt sich die Frage, was ein Geheimnis als Tatbestandsmerkmal ausmacht und welche Formen von Geheimnissen durch den jeweiligen Tatbestand geschützt werden. Das StGB enthält hierzu keine Legaldefinition, weshalb sich die maßgebliche Definition aus Lehre und Rechtsprechung ergeben muss.<sup>525</sup> Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen werden die Erläuterungen zum Tatbestandsmerkmal des Geheimnisses hier vorangestellt. 306

Im Wesentlichen unterscheidet man in Lehre und Rechtsprechung zwischen zwei unterschiedlichen Geheimnisbegriffen: dem *formellen* und dem *materiellen*. 307

---

523 Diese folgt der Gesetzssystematik und behandelt erst die Normen des Kernstrafrechts, bevor ausgewählte Normen des Nebenstrafrechts beleuchtet werden.

524 Vgl. 463 ff.

525 Vgl. auch NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 8.

1. Formeller Geheimnisbegriff

- 308 Der *formelle Geheimnisbegriff* setzt voraus, dass ein Geheimnis zu einem solchen erklärt worden (und gegebenenfalls als solches gekennzeichnet)<sup>526</sup> ist. Diese Erklärung kann sich mit Blick auf den Wortlaut von StGB 293 aus dem Gesetz oder aus einem behördlichen Beschluss ergeben.<sup>527</sup> Es ist folglich für die Geheimerklärung kein Gesetz im formellen Sinne nötig. Eine auf Grundlage behördlicher Kompetenzen erlassene *Verordnung* oder ein *Geheimhaltungsbeschluss* reichen aus, um vom Schutzbereich von StGB 293 erfasst zu werden.<sup>528</sup> Schließlich muss die Geheimhaltungserklärung keine *ausdrückliche* sein, um eine Geheimhaltungspflicht zu begründen.<sup>529</sup>

2. Materieller Geheimnisbegriff

- 309 Der *materielle Geheimnisbegriff* konstituiert sich nicht aus den beinhalteten Tatsachen selbst, sondern aus dem *Wissen um sie*.<sup>530</sup> Er setzt drei Bedingungen voraus: 1. *relative Unbekanntheit*<sup>531</sup> der Tatsachen, die das Geheimnis ausmachen, 2. ein *berechtigtes Geheimhaltungsinteresse*<sup>532</sup> sowie 3. ein *Geheimhaltungswille*<sup>533</sup> der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn.<sup>534</sup>
- 310 Von relativer Unbekanntheit ist auszugehen, wenn die Tatsachen weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind. Offenkundig sind Tatsachen, die frei zur Kenntnis genommen werden können. Allgemeine Zugänglich-

---

526 Also mit der entsprechenden sogenannten *Klassifizierung* i. S. v. IschV 4 ff. versehen ist.

527 Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass gemäß Bundesgericht – wenigstens was den Anwendungsbereich von StGB 293 anbelangt – irrelevant ist, ob Inhalte tatsächlich als «geheim» oder stattdessen beispielsweise als «vertraulich» oder «intern» klassifiziert würden. Wesentlich sei lediglich, dass klar wird, dass die Inhalte nicht mit Dritten geteilt werden dürften; vgl. hierzu BGE 126 IV 236 E. 2a m. w. H.; 108 IV 185 E. 1a; FIOLKA, BSK StGB II 293 N 20 und 23 sowie TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 4; jeweils m. w. H.

528 Vgl. zum Ganzen FIOLKA, BSK StGB II 293 N 17; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 5; jeweils m. w. H.

529 Vgl. Fn. 527.

530 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 11 m. w. H.

531 Objektives Kriterium; vgl. 310.

532 Objektives Kriterium; vgl. 311.

533 Subjektives Kriterium; vgl. 312.

534 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 10; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 2; jeweils m. w. H.

keit wird attestiert, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass Dritte auf redliche Art und Weise von den Tatsachen erfahren, sprich: keine wesentlichen Hindernisse überwunden werden müssen, um die Tatsachen in Erfahrung zu bringen. Wie die Bezeichnung der *relativen* Unbekanntheit weiter suggeriert, ist keine *absolute* Unzugänglichkeit gefordert.<sup>535</sup> Der:die Geheimnisherr:in muss lediglich (aber immerhin) eine gewisse Kontrolle über das Geheimnis ausüben können, sprich in der Lage sein, Dritte vom Geheimnis auszuschließen.<sup>536</sup>

Das (berechtigte) Interesse an der Geheimhaltung stehe in einem direkten Kontext zum Geheimhaltungswillen, und zwar auf die Weise, dass das Geheimhaltungsinteresse den diesbezüglichen Willen als wertvoll und somit schützenswert erscheinen lasse.<sup>537</sup> Betreffend die zu schützenden Tatsachen ist nicht vorausgesetzt, dass diese einen Handelswert besitzen. Es reicht vielmehr aus, wenn das Geheimnis in irgendeiner Weise für den Wettbewerb von Bedeutung ist. Einschränkend ist hierzu anzumerken, dass ein *berechtigtes* Interesse nicht besteht oder bestehen kann, wo ein solches darauf abzielt, widerrechtliche Tätigkeiten vor deren Bekanntmachung zu schützen. Im Übrigen ist das Vorliegen eines berechtigten Interesses auf Grundlage der Art und des Inhalts des Geheimnisses im Einzelfall zu prüfen.<sup>538</sup>

*In puncto* des Geheimhaltungswillens ist abschließend zu vermerken, dass in der Lehre strittig ist, ob ein solcher *expressis verbis* zu vermitteln sei oder ob eine konkludente Anzeige ausreiche. Einige Autorinnen und Autoren vertreten die Ansicht, dass es ausreiche, wenn der Wille äußerlich wahrnehmbar sei. NIGGLI/HAGENSTEIN plädieren mit Verweis auf ihre Vorgänger, angesichts des Legalitätsprinzips sei wenigstens zu fordern, dass der Geheimhaltungswille in einem Maß an Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht werde, das den Empfängerinnen und Empfängern erlaube, ihre Rolle und die strafrechtlichen Konsequenzen einer Nichteinhaltung abschätzen zu können.<sup>539</sup> Das Bundesgericht lässt seinerseits stille Willensäußerungen (beispielsweise in Form einer schriftlichen Vertragsklausel) genügen.<sup>540</sup>

535 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 14 m. w. H.

536 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 13 m. w. H.

537 BGE 142 II 268 E. 5.2.2.1.

538 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 15 m. w. H.

539 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 16 m. w. H.

540 BGE 103 IV 283 E. 2b.

- 313 Nachfolgend werden die wesentlichen Tatbestände des Kern- und Nebenstrafrechts vorgestellt und ihre Tatbestandselemente kurz beleuchtet. Im Anschluss an die Ausführungen zur jeweiligen Strafnorm soll – im Lichte der entwickelten Definition für Whistleblowing – jeweils aufgezeigt werden, inwiefern Whistleblower:innen Gefahr laufen, diese zu verletzen.

B. Kernstrafrecht

I. Geheimnisverratstatbestände

a. Art. 162 StGB

- 314 StGB 162 I stellt den vorsätzlichen<sup>541</sup> Verrat von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen unter Strafe; vorausgesetzt der:die Verräter:in unterliegt einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung, diese zu bewahren. Es handelt sich gemäß StGB 162 III i. V. m. 10 III um ein Vergehen, das auf Antrag (StGB 30 ff.) verfolgt wird. Systematisch ist die Norm in die *strafbaren Handlungen gegen das Vermögen* eingegliedert.

aa. Schutzobjekt

- 315 Über das Rechtsgut besteht keine Einigkeit.<sup>542</sup> Das Vermögen wird durch die Norm nicht direkt, sondern indirekt über die Immaterialgüter eines Unternehmens geschützt. Diese zu erlangen, war mit finanziellen Aufwänden verschiedenster Art verbunden und die Immaterialgüter verschaffen dem Unternehmen ferner einen wirtschaftlichen Vorteil. Aus derselben Überlegung ist das Geheimnis als solches durch StGB 162 lediglich indirekt geschützt.<sup>543</sup> Ferner genießen sie lediglich einen Schutz vor dem Verrat durch Eingeweihte.<sup>544</sup> Während die eine Lehrmeinung davon ausgeht, StGB 162 schütze die *wirtschaftliche Geheimsphäre* im Sinne eines abstrakten Rechtsguts, gehen andere Lehrmeinungen davon aus, es werde das Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis als konkretes Rechtsgut geschützt.

---

541 Vgl. hierzu NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 32 f. m. w. H.

542 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 3; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 1; jeweils m. w. H.

543 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 4 m. w. H.

544 STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 22 N 1.



NIGGLI/HAGENSTEIN erblicken das geschützte Rechtsgut – vermutlich in Anlehnung an letztere Meinung – in der *rechtmäßigen und zulässigen Kommunikation über Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*.<sup>545</sup>

## bb. Geheimnisschutz

Eine in Hinsicht auf die Tatbestandsmäßigkeit von StGB 162 I zentrale Frage ist, ob es sich bei der preisgegebenen Information um ein geschütztes *Geheimnis* handelt. Bei der Bewertung dieser Frage ist von einem *materiellen Geheimnisbegriff*<sup>546</sup> auszugehen. 316

Da StGB 162, wie gezeigt, nicht jedes Geheimnis, sondern allein Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse vor deren Bekanntmachung schützt, ist der oben definierte Geheimnisbegriff nachfolgend einzuschränken. Um von StGB 162 erfasst zu sein, muss es sich generell um ein Geheimnis handeln, das einen Einfluss auf das Betriebsergebnis haben kann.<sup>547</sup> Während sich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zwar nicht deutlich voneinander unterscheiden lassen,<sup>548</sup> hat sich in Lehre und Rechtsprechung die inhaltliche Abgrenzung durchgesetzt, nach der in Bezug auf technische Belange von Fabrikations- und in Bezug auf den Vertrieb und die Vermögenslage des Unternehmens von Geschäftsgeheimnissen gesprochen wird.<sup>549</sup> 317

## cc. Täter:innen-Eigenschaften

Wie sich aus dem Wortlaut – spätestens aber eingedenk der angesprochenen Einschränkung nach STRATENWERTH/JENNY/BOMMER – ergibt, handelt es sich bei der Variante des Geheimnisverrats nach StGB 162 I, die für die Überlegungen in dieser Arbeit interessant ist, um ein *echtes Sonderde-* 318

545 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 3 m. w. H.

546 Vgl. 309 ff.

547 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 9; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 6; jeweils m. w. H.

548 Wobei eine Unterscheidung auch nicht zwingend notwendig ist, da die Straffolgen im Verletzungsfall für beide Fälle identisch sind.

549 NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 17 ff.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 4 f.; jeweils m. w. H.

likt.<sup>550</sup> Täter:in kann nur sein, wem aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmung eine sogenannte *Geheimhaltungspflicht* zukommt.<sup>551</sup> Eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht lässt sich beispielsweise aus verschiedenen Normen des Obligationenrechts ableiten. Weitläufig bekannt dürfte die bei dieser Arbeit angesprochene Bestimmung in OR 321a IV sein, die Arbeitnehmer – wenigstens für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, oft auch darüber hinaus – verpflichtet, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren. Weitere Bestimmungen finden sich beispielsweise in OR 418d I oder in 730b II (Geheimhaltungspflicht des Agenten beziehungsweise der Revisionsstelle).<sup>552</sup> Eine vertragliche Geheimhaltungspflicht kann angesichts der Privatautonomie hingegen infolge einer besonderen Vereinbarung aus allerlei Vertragsverhältnissen entstehen. Interessant ist hierbei, dass sich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>553</sup> eine solche vertragliche Vereinbarung bereits aus der *sinngemäßen Auslegung* des Vertrages ergeben könne – eine *explizite* Vereinbarung mithin nicht notwendig sei. Mit Verweis auf das Legalitätsprinzip ist jene Praxis jedoch einiger Kritik vonseiten der Lehre ausgesetzt.<sup>554</sup>

#### dd. Tathandlung

- 319 Der geforderte *Verrat* konstituiert sich durch ein aktives Tun, das (Fabrikations- oder Geschäfts-) Geheimnisse gegenüber Personen offenbart, die von der Kenntnis ausgeschlossen bleiben sollen. Die konkrete Form des Verrats ist dabei unerheblich. Schon die teilweise Offenbarung ist von StGB 162 I erfasst, sofern diese nicht derart unwesentlich ist, dass die Interessen der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn nicht (ernstlich) gefährdet werden.<sup>555</sup>

---

550 Vgl. hierzu auch NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 6; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 7; jeweils m. w. H.

551 Der in StGB 162 statuierte Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen ist ferner in verschiedenen Spezialgesetzen geregelt, so beispielsweise in PatG 68, DesG 48b, URG 77b oder MSchG 72b).

552 Vgl. zum ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 21 m. w. H.

553 BGE 80 IV 22 E. 2b; 64 II 162 E. 8.

554 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 22 ff. m. w. H.

555 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 25 f.; TRECHSEL/JEAN-RICHARD, PK StGB 162 N 8; jeweils m. w. H.

## ee. Erfolg

Von der Vollendung des Delikts ist gemäß herrschender Lehre und Rechtsprechung auszugehen, wenn ein Geheimnis *zur Kenntnis genommen* wird. Für die Strafbarkeit ist es dabei unerheblich, ob das offenbarte Geheimnis in der Folge genutzt wird oder nicht.<sup>556</sup> Mit Blick auf die Strafbarkeit der Empfänger:innen kann dies aber entscheidend sein.<sup>557</sup> 320

## ff. Zur Bedeutung für Whistleblowing

In Anbetracht obiger Ausführungen und vor dem Hintergrund der entwickelten Definition für Whistleblowing kann Folgendes konstatiert werden: 321

Ein *Offenbaren* des Geheimnisses setzt voraus, dass Dritte, die von der Kenntnisnahme ausgeschlossen bleiben sollten, davon Kenntnis nehmen. Die Offenbarung muss *aktiv* geschehen. Das bedeutet, dass ein internes Whistleblowing den objektiven Tatbestand erfüllen könnte. Etwa dann, wenn Empfänger:innen der Meldung zwar für dasselbe Unternehmen arbeiten, jedoch beispielsweise nicht dasselbe Mandat betreuen oder nicht in ähnlicher Funktion tätig sind. Externe Meldungen dürften regelmäßig den Tatbestand von StGB 162 erfüllen. 322

In Bezug auf die Meldeinhalte bedarf es weiter eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses, das gleichzeitig eine illegale oder illegitime Praxis offenbart. Zusätzlich müsste das so geartete Geheimnis relevant für das Geschäftsergebnis sein. Das bedeutet einerseits, dass, wenn dem offenbarten Geheimnis die Qualität einer illegalen oder illegitimen Tatsache abgeht, ein Verrat derselben zwar eine Verletzung von StGB 162, aber kein Whistleblowing darstellen kann. Umgekehrt bedeutet es, dass nicht jedes interne Whistleblowing automatisch den Tatbestand von StGB 162 erfüllt. Dies insofern, als die Anlaufstelle ebenfalls in das Geheimnis eingeweiht worden oder dass die illegale oder illegitime Tatsache nicht geschäftsrelevant ist. 323

556 Vgl. zum Ganzen NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 36 m. w. H.

557 Die bloße Kenntnisnahme ist als sogenannte *notwendige Teilnahme* zu werten, die Voraussetzung für die Strafbarkeit der Haupttäterin oder des Haupttäters ist, für den «Teilnehmer» hingegen folgenlos bleibt. Das Ausnutzen ist dagegen nach StGB 162 II strafbar. Auch die Teilnahme am Delikt ist nicht ausgeschlossen. Vgl. hierzu auch NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB II 162 N 41 m. w. H.

Wobei betreffend die letztgenannte Konstellation diskutabel scheint, ob nicht jede solche Tatsache das Geschäftsergebnis zu beeinflussen droht.

- 324 Als Beispiel für Whistleblowing in Zusammenhang mit StGB 162 I kann folgender Kurzsachverhalt dienen: W arbeitet in der Forschungsabteilung einer Gesichtscrème-Produzentin und weiß, dass ihrer Firma längst aus internen Studien bekannt ist, dass einer der verwendeten Inhaltsstoffe eine stark karzinogene Wirkung entfaltet. Trotzdem verwendet die Firma den Inhaltsstoff weiter, da ein alternativer Inhaltsstoff wesentlich teurer wäre. W erzählt ihrem Ehemann davon.

b. Art. 267 StGB

- 325 StGB 267 stellt den *diplomatischen Landesverrat*<sup>558</sup> unter Strafe. Bei der vorsätzlichen Bekannt- oder Zugänglichmachung von Staatsgeheimnissen *gegenüber fremden Staaten oder deren Agenten* (StGB 267 1 I)<sup>559</sup> sowie *gegenüber der Öffentlichkeit* (StGB 267 2)<sup>560</sup> handelt es sich um Verbrechen gemäß StGB 10 II, bei der fahrlässigen Tatbegehung (StGB 267 3) um ein Vergehen nach StGB 10 III. Das Delikt ist systematisch in die *Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung* eingeordnet.

aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz

- 326 StGB 276 schützt die Interessen von Staat und Kantonen im Außenverhältnis mithilfe dreier Varianten: (1.) vor dem – für unsere Überlegungen relevanten – *Geheimnisverrat* (StGB 267 1 I und 2), (2.) vor dem *Urkunden- und Beweismittelverrat* (StGB 267 1 II) sowie (3.) vor dem Diplomaten- und Diplomaten-Delikt der *«landesverräterischen Untreue»* (StGB 267 1 III).<sup>561</sup>

---

558 Die Marginalie geht auf die frühere Unterscheidung zwischen militärischen und «diplomatischen» Geheimnissen zurück; vgl. STRATENWERTH/BOMMER, § 45 N 26.

559 Das militärstrafrechtliche Pendant findet sich in MStG 86 I II.

560 Das militärstrafrechtliche Pendant findet sich in MStG 106 I.

561 Vgl. zum Ganzen TRECHSEL/VEST, PK StGB 267 N 2 m. w. H.

Geschützt sind *Staatsgeheimnisse*, wobei damit Geheimnisse von nationaler Bedeutung gemeint sind.<sup>562</sup> Hinsichtlich solcher ist grundsätzlich vom *materiellen Geheimnisbegriff*<sup>563</sup> auszugehen. Eine Ausnahme bildet die Variante des *Urkunden- oder Beweismittelverrats* nach StGB 267 I II; der Gesetzeswortlaut erfasst explizit auch die Gefährdung kantonaler Interessen als Tatvariante. 327

#### bb. Täter:innen-Eigenschaften

Anders, als das die Marginalie vermuten ließe, handelt es sich – wenigstens bei den Tatvarianten von StGB 267 I I und 2 (sowie deren Fahrlässigkeitsvarianten nach StGB 267 3) – nicht um Delikte, die ausschließlich von Personen im diplomatischen Dienst der Eidgenossenschaft begangen werden können.<sup>564</sup> Die angesprochenen Varianten sind vielmehr als *Gemeindelikte* ausgestaltet (wenngleich es normalerweise eines gewissen Sonderstatus bedürfte, um überhaupt von derartigen Geheimnissen zu erfahren)<sup>565, 566</sup> 328

#### cc. Tathandlung

Anders als bei StGB 162 ist der Geheimnisverrat in StGB 267 als *abstraktes Gefährdungsdelikt*, mithin als *Tätigkeitsdelikt*, ausgestaltet. Eine Kenntnissnahme (oder gar eine Nutzung der Informationen zum Nachteil der Eidgenossenschaft)<sup>567</sup> ist dagegen nicht nötig. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm, da das bloße Bekannt- oder Zugänglichmachen unter Strafe gestellt ist. Letzteres inkludiert das Treffen von Vorkehrungen aller Art, die den Zugang zum Geheimnis ermöglichen sollen.<sup>568</sup> 329

562 Vgl. zum Ganzen ISENING/FLACHSMANN, BSK StGB II 267 N 7; TRECHSEL/VEST, PK StGB 267 N 3; jeweils m. w. H.

563 Es kann an dieser Stelle also auf obige Ausführungen hierzu verwiesen werden. Vgl. 309 ff.

564 Allein bei der Variante nach StGB 267 I III handelt es sich um ein Sonderdelikt.

565 Den Sonderfall, in dem der Täter die Informationen erst auf kriminellem Wege (beispielsweise durch Spionage i. S. v. StGB 266 oder 272 ff.) beschafft, einmal vorbehalten.

566 Vgl. zum Ganzen ISENING/FLACHSMANN, BSK StGB II 267 N 6 m. w. H.

567 Ein solcher könnte gegebenenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

568 Vgl. zum Ganzen ISENING/FLACHSMANN, BSK StGB II 267 N 3 und 10 m. w. H.

dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 330 Zumindest theoretisch kommen alle Personen als Täter infrage. Das wiederum bedeutet, dass Whistleblowing durch Personen, die in keinem besonderen Verhältnis zum Staat stehen, tatbestandsmäßig i. S. v. StGB 267 sein könnte. Empfänger:innen der Meldung müssten in der Grundvariante nach Ziff. 1 fremde Staaten oder ihre Bediensteten sein. Weiter wäre vorausgesetzt, dass die Personen (auf legalem oder illegalem Wege) Kenntnis über Staatsgeheimnisse erlangt hätten, was in der Praxis den möglichen Täterkreis stark eingrenzen wird. Ferner müsste es sich bei besagten Staatsgeheimnissen um illegale oder illegitime Tatsachen handeln, deren Wahrung zum Wohle der Eidgenossenschaft geboten wären. Ob die Eidgenossenschaft entsprechende Staatsgeheimnisse hat, muss offenbleiben. Zumal solche hier aufzuführen strafrechtlich relevantes Whistleblowing darstellte.
- 331 In der Praxis dürfte ein Geheimnisverrat am ehesten durch Medienschaffende (und ohne Motiv zum Landesverrat; vgl. StGB 267 Ziff. 2) und/oder fahrlässig (vgl. Ziff. 3) erfolgen.
- 332 Viele realitätsnahe Beispiele lassen sich hierzu nicht konstruieren. In Zusammenhang mit der Geiselnahme der Schweizer Max Göldi und Rachid Hamdani, angeordnet durch den libyschen Ex-Diktator Muammar al-Gaddafi angelegentlich der «Libyen-Affäre», machte das Gerücht die Runde, die damalige Verteidigungsministerin prüfe unter anderem den Einsatz des Sonderkommandos (ADA 10) oder die Anheuerung einer *privaten Sicherheitsfirma* zur gewaltsamen Befreiung der Geiseln.<sup>569</sup> Hätte sich der Bund für die Durchführung einer solchen Aktion entschieden, dürfte die Offenbarung dieser Tatsache (beispielsweise durch einen Zeitungsartikel) den Tatbestand von StGB 267 2 erfüllen. Falls eine solche Aktion für die neutrale Schweiz illegal oder illegitim gewesen wäre,<sup>570</sup> hätte die Veröffentlichung als Whistleblowing im Sinne der hier erarbeiteten Definition verstanden werden können.

---

569 Vgl. statt vieler NZZo am 19. Juni 2010, «Wie der Bund die Geiseln befreien wollte», <<https://www.tagesanzeiger.ch/wie-der-bund-die-geiseln-befreien-wollte-765690724830>> (20. Oktober 2022).

570 Die bloße Prüfung der bestehenden Möglichkeit (inklusive der Möglichkeiten, die auf ihre Legalität und Legitimität erst noch geprüft werden müssten) ist allerdings nicht illegal und wenigstens nicht offensichtlich illegitim.

## c. Art. 293 StGB

StGB 293 I stellt die vorsätzliche<sup>571</sup> (Erst-) Veröffentlichung von Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen einer Behörde, die als geheim erklärt worden sind, unter Strafe. Die Geheimerklärung kann sich dabei entweder aus dem Gesetz oder infolge eines behördlichen Beschlusses ergeben. Es handelt sich bei StGB 293 I um eine Übertretung gemäß StGB 103, das mit Buße bis zu CHF 10'000 (StGB 106) bestraft werden kann. StGB 293 II stellt ferner explizit die Gehilfenschaft zur Übertretung unter Strafe (vgl. StGB 104 I). Systematisch ist die Norm in die strafbaren Handlungen gegen die öffentliche Gewalt eingegliedert. 333

## aa. Schutzobjekt

StGB 293 soll gemäß Bundesgericht die «möglichst freie[...], durch keinerlei unzeitige Beeinflussung von außen behinderte[...] Meinungsbildung»<sup>572</sup> von Behörden schützen.<sup>573</sup> Dabei ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und Lehre von einem weitreichenden Behördenbegriff<sup>574</sup> auszugehen. So seien alle Bundesorgane, «die kraft Bundesrecht mit hoheitlicher Zuständigkeit staatliche Funktionen ausüben»<sup>575</sup>, als «Behörden» zu verstehen. Ähnliches gilt für kantonale Organe.<sup>576</sup> 334

## bb. Geheimnisschutz

Aus dem Umstand, dass die Meinungsbildung geschützt werden soll, ergibt sich ferner, dass oftmals nicht der Schutz von Geheimnissen im materiellen Sinne im Zentrum steht, sondern eher die Gewährleistung einer gewissen *Geheimsphäre* – jedoch nicht derjenigen der einzelnen Behördenmitglieder, weil diese von StGB 179 ff. geschützt wird.<sup>577</sup> In Abweichung von den 335

571 Vgl. hierzu FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 45 m. w. H.

572 BGE 107 IV 185 E. 2a.

573 Vgl. auch BGE 126 IV 236 E. 2a/cc.

574 Ähnlich wie er im Bundesstaats- und Verwaltungsrecht gilt.

575 BGE 114 IV 34 E. 2a m. w. H.

576 Vgl. zum Ganzen FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 14; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 3; jeweils m. w. H.

577 Vgl. zum Ganzen FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 8 m. w. H.

restlichen Geheimnisverratstatbeständen im Kernstrafrecht liegt StGB 293 statt des materiellen ein *formeller Geheimnisbegriff*<sup>578</sup> zugrunde. Zum Geheimnis wird alles, was «*durch Gesetz oder durch einen gesetzmäßigen Beschluss der Behörde als geheim erklärt worden ist*».<sup>579</sup> Der materielle Geheimnisbegriff<sup>580</sup> wird erst im Rahmen der in StGB 293 III statuierten Interessenabwägung relevant, da das Informationsinteresse der Öffentlichkeit mutmaßlich einem berechtigten Geheimhaltungsinteresse (aufseiten der Behörde) gegenüberzustellen ist.<sup>581</sup>

cc. Täter:innen-Eigenschaften

- 336 Mit Blick auf den Gesetzeswortlaut ist StGB 293 unproblematisch als *Gemeindelikt* zu klassifizieren. Hinsichtlich der Täreigenschaften ist indes an dieser Stelle auf einen Aspekt der Kritik an der Norm im Allgemeinen aufmerksam zu machen: So wird unter anderem moniert, dass die Norm die *tatsächlich* Indiskreten (oft Ratsmitglieder) nicht treffe, während dagegen die Journalistinnen und Journalisten (oder etwaige Whistleblower:innen) für Veröffentlichungen bestraft würden.<sup>582</sup>
- 337 An dieser Stelle sei auf die Sonderstrafnorm aus StGB 322<sup>bis</sup> hingewiesen. Diese erklärt Verantwortliche (Medienschaffende) i. S. v. StGB 28 II und III für strafbar, die vorsätzlich (Vergehen i. S. v. StGB 10 III) oder fahrlässig (Übertretung i. S. v. StGB 106) eine Veröffentlichung *nicht verhindern*, durch die eine strafbare Handlung (beispielsweise i. S. v. StGB 293) begangen wird.

dd. Tathandlung

- 338 Den Tatbestand erfüllt, wer formelle Geheimnisse *an die Öffentlichkeit bringt*. Hiervon ist erst auszugehen, wenn die geschützten Inhalte einem

---

578 Vgl. 308.

579 Vgl. zum Ganzen FIOLKA, BSK StGB II 293 N 15; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 4; jeweils m. w. H.

580 Vgl. 309 ff.

581 So wohl auch FIOLKA, BSK StGB II 293 N 16 und 42 f. m. w. H.

582 Siehe hierzu FIOLKA, BSK StGB II 293 N 10 sowie 31f.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 1; jeweils m. w. H.



größeren Kreis von Personen bekannt gemacht werden. Die bloße Übergabe an eine andere Person – so das Bundesgericht –<sup>583</sup> erfülle den Tatbestand hingegen nicht. Gleichsam ist auch das private Ausplaudern nicht strafbar, solange nicht mit einer Veröffentlichung durch Zuhörer:innen zu rechnen ist.<sup>584</sup>

Wie aus dem Wortlaut der Norm ferner hervorgeht, ist StGB 293 ebenfalls als *abstraktes Gefährungsdelikt* ausgestaltet. Eine tatsächliche Beeinflussung der Behörde muss nicht nachgewiesen werden, um eine Strafbarkeit nach StGB 293 I zu begründen.<sup>585</sup> 339

#### ee. Weitere Kritik

Abschließend sei erwähnt, dass StGB 293 zu vielerlei Kritik Anlass gegeben hat. Neben der eben erwähnten Kritik<sup>586</sup> wurde beispielsweise die Vereinbarkeit von StGB 293 mit EMRK 10 (Meinungsäußerungsfreiheit) in Zweifel gezogen<sup>587</sup> – ebenso der Schutzzweck<sup>588</sup> der Norm sowie der ihr zugrunde liegende formelle Geheimnisbegriff<sup>589</sup>, die, verkürzt gesagt, beide mit demokratischen Prinzipien, wie dem Öffentlichkeitsprinzip (BGÖ 6) oder der Meinungs- und Informationsfreiheit (BV 16), in Konflikt stehen. Vonseiten des Parlaments wurde deshalb wiederholt die ersatzlose Streichung der Norm erwogen.<sup>590</sup> 340

Jene Unzulänglichkeiten scheinen für die vorliegenden Betrachtungen kaum von Bedeutung zu sein, weshalb eine ausführliche Auseinandersetzung an dieser Stelle unterbleiben kann. 341

#### ff. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Was die Wechselwirkung zwischen Whistleblowing und StGB 293 anbelangt, kann festgehalten werden, dass zumindest theoretisch alle Whistle- 342

583 BGE 119 IV 250 E. 2a.

584 Vgl. zum Ganzen FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 30; TRECHSEL/VEST, PK StGB 293 N 7; jeweils m. w. H.

585 Vgl. hierzu auch FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 11 m. w. H.

586 Siehe 336.

587 Siehe hierzu FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 5 ff. sowie 26 f. m. w. H.

588 Siehe hierzu FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 8 ff. m. w. H.

589 Siehe hierzu FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 15 ff. m. w. H.

590 Siehe hierzu FIOŁKA, BSK StGB II 293 N 7 ff. m. w. H.

blower:innen den Straftatbestand erfüllen können. Hierzu müssten für geheim erklärte, behördliche Akten, Verhandlungen oder Untersuchungen illegalen oder illegitimen Inhalts publik gemacht werden. Dies könnte beispielsweise mithilfe einer Veröffentlichung auf einer Whistleblower:innen-Plattform im Internet wie *WikiLeaks* geschehen.

- 343 Inwiefern Whistleblowing in Zusammenhang mit StGB 293 eine praktische Bedeutung zukommt, ist schwer abzuschätzen. Mit Verweis auf das obige Beispiel<sup>591</sup> der Bekanntmachung der (vertraulichen) Beratungen des Bundes über die Möglichkeiten zur Befreiung der Geiseln in Libyen lässt sich aber konstatieren, dass durch Whistleblowing in einem solchen Fall der Tatbestand in StGB 293 erfüllt sein könnte. Mithin scheint eine Verletzung von StGB 293 durch Whistleblowing möglich.

d. Art. 320 ff. StGB

- 344 Die grundlegendsten Geheimnisverratstatbestände im Kernstrafrecht finden sich in StGB 320 und 321. Diese schützen vor einer (nicht autorisierten,) vorsätzlichen (StGB 12 II) *Offenbarung von Amts-* (StGB 320) respektive *Berufsgeheimnissen* (StGB 321). Ergänzt wird letztere Bestimmung durch den Sondertatbestand in StGB 321<sup>bis</sup> (Berufsgeheimnis in der Forschung am Menschen). Ähnliche Voraussetzungen finden sich StGB 321<sup>ter</sup> (Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses). Alle der genannten Geheimnisverratstatbestände sind als Vergehen im Sinne von StGB 10 III ausgestaltet, sehen aber jeweils Möglichkeiten der Exemption<sup>592</sup> vor. Im Regelfall ist eine solche für Fälle intendiert, in denen der:die Geheimnisherr:in in Form der vorgesetzten (Aufsichts-) Behörde in die Offenbarung schriftlich eingewilligt hat.<sup>593</sup> Systematisch sind die Delikte in die *strafbaren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht* eingeordnet.

---

591 Vgl. 332.

592 Im Sinne eines wie auch immer gearteten Ausschlusses der Strafbarkeit.

593 Siehe StGB 320 2., 321 2., 321<sup>bis</sup> II. Nach den Regeln der Einwilligung muss eine solche bereits vor Tatbegehung vorgelegen haben.

## aa. Schutzobjekte

StGB 320 soll zum einen den *Schutz der Privatsphäre* der einzelnen Bürger:innen gewährleisten. Dieser Anspruch auf Privatsphäre muss vonseiten des Bundes, der Kantone, der Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts zum Zwecke der Aufgabenerfüllung regelmäßig tangiert werden. StGB 320 soll sicherstellen, dass diese Eingriffe nicht weiterreichen als für die Erfüllung der staatlichen Aufgaben notwendig. Zum andern sollen die staatlichen Organe bei ihrer Amtsausübung vor unzulässiger Einmischung durch Unbeteiligte geschützt werden und es soll vermieden werden, dass Außenstehende von Insider:innen-Informationen profitieren können. Geschützt wird somit auch das *öffentliche Interesse am reibungslosen Funktionieren der öffentlichen Verwaltung*.<sup>594</sup> 345

Ähnliche Überlegungen liegen StGB 321 zugrunde. Die Norm soll dem *besonderen Vertrauensverhältnis* zwischen den Bürgerinnen und Bürgern sowie den Angehörigen der in StGB 321 (abschließend) aufgezählten Berufsgruppen Rechnung tragen. Um das absolute Vertrauen der Klientel gewinnen zu können, so die *ratio*, müsse sichergestellt werden, dass beispielsweise einem Arzt oder einer Anwältin vonseiten der Klientel *alles* anvertraut werden könne – ohne Sorge um Indiskretionen. Denn sonst könnten diese Berufe nicht (einwandfrei) ausgeübt werden.<sup>595</sup> Die freien Berufe betreffend kann daher ebenfalls eine *Verpflichtung zum Schutz konkreter Privatsphären* Einzelner (Mandantschaft, zu behandelnde Person etc.) sowie ein etwas abstrakteres, *öffentliches Interesse am einwandfreien Funktionieren dieser Berufe* erkannt werden, wobei erstere Voraussetzung dazu dienen dürfte, besagtem öffentlichen Interesse gerecht zu werden. Zwischen den beiden Aspekten besteht mithin eine engere Verknüpfung als bei StGB 320.<sup>596</sup> 346

StGB 321<sup>bis</sup> soll den Schutzbereich von StGB 321 auf Personengruppen ausweiten, die Humanforschung i. S. v. HFG 2 I betreiben und auf diesem Wege mit Patientengeheimnissen in Berührung kommen, obschon sie nicht behandelnd tätig sind. Auch hier liegt die *Wahrung der Privatsphäre* im 347

594 Vgl. zum Ganzen BGE 142 IV 65 E. 5.1 m. w. H.; OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 4 f. m. w. H.; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 1; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 1; jeweils m. w. H.

595 BGE 117 Ia 341 E. 6a; 112 Ib 606 E. b; 87 IV 105 E. 2b; jeweils m. w. H.

596 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 2; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 1 m. w. H.

Zentrum der Überlegungen.<sup>597</sup> Dies ergibt sich unter anderem aus dem Umstand, dass StGB 321<sup>bis</sup> Ausfluss aus den Gesetzgebungsarbeiten zum DSG ist. Was die Strafnormen im DSG betrifft, dient StGB 321<sup>bis</sup> ferner als weitere Rechtfertigungsgrundlage.<sup>598</sup>

- 348 StGB 321<sup>ter</sup> schützt das in BV 13 1 garantierte Post- und Fernmeldegeheimnis, das im Kern ebenfalls die *Privatsphäre* der Bürger:innen garantieren soll.<sup>599</sup> Die Strafnorm wurde im Zuge der Totalrevision des Fernmeldegesetzes sowie der Einführung des Postgesetzes geschaffen, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass nach Auflösung der PTT 1997/98 das staatliche Monopol im Bereich der Post- und Fernmeldedienste aufgehoben wurde. Dies hatte zur Folge, dass die Schutzbereiche von StGB 320 und 321 mithilfe der Einführung von StGB 321<sup>ter</sup> eine Ausweitung haben erfahren müssen, da andernfalls der Schutz des verfassungsmäßigen Rechts nicht länger in gleichem Maße hätte gewährleistet werden können. Im Zuge des Erlasses des neuen FMG wurde die einstmals spezialgesetzliche Norm ins Kernstrafrecht überführt.<sup>600</sup>

#### bb. Geheimnisschutz

- 349 Was die Tatbestände in StGB 320 und 321 angeht, ist der *materielle Geheimnisbegriff* maßgebend.<sup>601</sup> Die geheimen Tatsachen müssen bei beiden Tatbeständen in einem kausalen Zusammenhang zur Ausübung des Berufes stehen, wobei ein (passives) Wahrnehmen der Tatsachen genügt. Ein (aktives) Anvertrauen der geheimen Tatsachen vonseiten der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn ist nicht nötig, um eine Strafbarkeit zu begründen.<sup>602</sup>

---

597 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>bis</sup> N 2 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321<sup>bis</sup> N 3.

598 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>bis</sup> N 1; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321<sup>bis</sup> N 1 m. w. H.

599 Vgl. statt vieler BREITENMOSER, SG Komm BV 13 N 64 m. w. H.

600 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>ter</sup> N 1 f.; TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321<sup>ter</sup> N 1 m. w. H.

601 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 8; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 14; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 3; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 20; jeweils m. w. H. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

602 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 9; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 15 f.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 8; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 21 f.; jeweils m. w. H.

Auch im Falle des Tatbestandes in StGB 321<sup>bis</sup> scheint OBERHOLZER 350 von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen, wenn er schreibt, geschützt seien «*Geheimnisse im Sinne der allgemeinen Definition*»<sup>603</sup> – wenngleich die Aussage nicht eindeutig ist.

*In puncto* des Geheimnisbegriffs ist seiner Kommentierung zu StGB 321<sup>ter</sup> 351 nichts zu entnehmen; wobei er unter dem Aspekt der Tathandlungen anhand des Gesetzeswortlauts ausführt, dass zum einen die *Angaben über den Post-, Zahlungs- oder den Fernmeldeverkehr der Kundschaft* sowie das *Schriftgeheimnis* (i. S. v. StGB 179) geschützt seien.<sup>604</sup> Nach hier vertretener Ansicht scheint evident, dass sowohl die durch StGB 321<sup>bis</sup> sowie die durch StGB 321<sup>ter</sup> geschützten Daten (wie Patienten- oder Zahlungsdaten, Textinhalte elektronischer und physischer Post) regelmäßig dem *materiellen Geheimnisbegriff* genügen dürften.<sup>605</sup> In Zusammenhang mit StGB 321<sup>bis</sup> ergibt sich dies auch aus der systematischen Verknüpfung mit StGB 321.

Am Beispiel von StGB 321<sup>ter</sup> kann exemplifiziert werden, dass in einigen 352 Fällen allem Anschein nach gestützt auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen ein *mehrfacher Geheimnisschutz* bestehen dürfte:

Angaben *zum Fernmeldeverkehr* einer Kundin oder eines Kunden sind 353 bereits aufgrund von FMG 43 geschützt, die *Kundinnen- und Kundendaten* der Teilnehmenden zusätzlich aufgrund von DSGVO 12 II c. Bei Angaben der Art «*Unser Kunde, Herr X aus Zürich, hat am Vorabend um 19:34 Uhr unserem Kunden, Herrn Y aus Bern, eine Sprachnachricht von 2:23 Minuten Länge zugeschickt*» handelt es sich somit um Geheimnisse sowohl formeller als auch materieller Natur. Denn diese Daten sind einerseits nach Bundesrecht geheim zu halten (*formeller Geheimnisbegriff*<sup>606</sup>) und andererseits dank Einhaltung besagter Schutznormen aber auch bloß einem eingeschränkten Personenkreis bekannt und (den Geheimhaltungswillen

603 OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>bis</sup> N 5. Ähnlich beschreiben auch TRECHSEL/VEST die Ausweitung der Geheimnispflicht mit Bezugnahme auf StGB 321, was nahelegt, dass von demselben Geheimnisbegriff ausgegangen werden kann; vgl. TRECHSEL/VEST, PK StGB 321<sup>bis</sup> N 3 ff.

604 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>ter</sup> N 6 ff.; TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321<sup>ter</sup> N 2; jeweils m. w. H.

605 Es sei an der Stelle angemerkt, dass insbesondere Patientinnen- und Patienten- oder Personendaten, (auf bundesgesetzlicher Ebene beispielsweise durch das DSGVO) formell geschützt sind, mithin also auch ein *formelles Geheimnis* vorliegen würde. Vgl. auch nachfolgende Ausführungen in 352 f.

606 Siehe oben 308.

der Kundin oder des Kunden angenommen) schützenswert<sup>607</sup> (*materieller Geheimnisbegriff*<sup>608</sup>). StGB 321<sup>ter</sup> stellt die Bekanntgabe dieser Daten unter Strafe.<sup>609</sup> Zum *Inhalt* der angesprochenen Sprachnachricht ist damit nichts gesagt. Jener ist im Sinne eines materiellen Geheimnisses seinerseits wenigstens durch StGB 179 und 321<sup>ter</sup> geschützt.<sup>610</sup>

cc. Täter:innen-Eigenschaften

- 354 Hinsichtlich der Täter:innen-Eigenschaften ergibt sich aus dem jeweiligen Gesetzeswortlaut, dass es sich bei StGB 320, 321 und 321<sup>ter</sup> eindeutig um *Sonderdelikte* handelt.<sup>611</sup> Im Falle von StGB 321<sup>bis</sup> scheint die Zuordnung nicht ganz so klar. OBERHOLZER schweigt in dieser Hinsicht in seiner Kommentierung zu StGB 321<sup>bis</sup>. Der Wortlaut spricht von der Täterinnen- und Täterschaft unbestimmt als «Wer», was auf ein *Allgemeindelikt* schließen lässt. Dies wäre mit dem oben erklärten Ziel der Norm vereinbar, die Strafbarkeit auf die in StGB 321 nicht genannten Personengruppen auszuweiten.<sup>612</sup> Ergänzt wird das allgemeine «Wer» aber um die Einschränkung «[*ein Berufsgeheimnis ...*], *das er durch seine Tätigkeit in der Forschung am Menschen nach dem Humanforschungsgesetz [...] erfahren hat*». Dies schränkt die Strafbarkeit auf Personengruppen ein, die zwar über die in StGB 321 genannten Gruppen hinausgehen mögen, dennoch aber eine entsprechende Sonderstellung voraussetzen, weshalb auch bei StGB 321<sup>bis</sup> von einem *echten Sonderdelikt* auszugehen ist.<sup>613</sup>

---

607 Für das Bestehen eines legitimen Geheimhaltungsinteresses des Geheimnisherrn lässt sich in Anbetracht der Existenz besagter Schutznormen unproblematisch argumentieren.

608 Siehe oben 309 ff.

609 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>ter</sup> N 6 ff.

610 Zur Frage, vor welchen Tathandlungen die Inhalte geschützt sind, vgl. nachfolgend 356.

611 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 7; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 4; OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>ter</sup> N 3; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320 N 2; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 3; TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321<sup>ter</sup> N 3; jeweils m. w. H.

612 Siehe oben 347.

613 Vgl. hierzu auch SK.2016.14 E. 2.1, nach der das Bundesstrafgericht StGB 162 I (mit ähnlicher Formulierung) als Sonderdelikt klassifiziert hat.

## dd. Tathandlung

Die Tathandlung liegt bei StGB 320, 321 und 321<sup>bis</sup> im *Offenbaren* der 355  
 geheimen Tatsachen. Hiervon ist auszugehen, wenn das Geheimnis einer  
 unberechtigten Drittperson entweder (aktiv) zur Kenntnis gebracht oder  
 dieser oder diesem die Kenntnisnahme (passiv) ermöglicht wird. Letztere  
 Variante erfüllt zum Beispiel, wer Geheimnisse (beispielsweise in Form  
 von Akten) ungenügend gesichert aufbewahrt und in Kauf nimmt, dass  
 Unbefugte sich Einsicht verschaffen könnten. Ein Geheimnisverrat kann  
 auch dann vorliegen, wenn die Unbefugten von der geheim zu haltenden  
 Tatsache bereits Kenntnis haben oder die Inhalte des Geheimnisses ver-  
 muten, zumal sie durch die Offenbarung im Regelfall weitere gefestigte  
 Erkenntnisse erlangen.<sup>614</sup>

StGB 321<sup>ter</sup> spricht im Gesetzeswortlaut nicht von einem Offenbaren. Statt- 356  
 dessen ist strafbar, wer *einem Dritten Angaben (zum Post-, Zahlungs- oder  
 Fernmeldeverkehr) macht* – was einer aktiven Offenbarung gleichzukommt  
 – oder wer als qualifizierter Täter das *Schriftgeheimnis i. S. v. StGB 179*<sup>615</sup>  
*verletzt*. Beide Varianten werden ergänzt durch die Tatvariante, *einem Drit-*  
*ten hierzu Gelegenheit zu geben*, was betreffend die erstgenannte Tatvariante  
 wiederum einer passiven Geheimnisoffenbarung gleichzukommen scheint.

Was die Variante der (aktiven und passiven) Verletzung des Schrift- 357  
 geheimnisses anbelangt, dürfte nicht eindeutig von einem (bloßen) Offen-  
 baren ausgegangen werden. Zwar offenbart sich der Täterin oder dem Täter  
 im Falle der aktiven Verletzung der geschützte Inhalt. Weil die Täterin  
 oder der Täter aber gleichzeitig unberechtigte:r Dritte:r ist, liegt der Hand-  
 lungsunwert nicht darin, Dritte über Geheimnisse in Kenntnis zu setzen.  
 Ferner eröffnen sich die Inhalte den Täterinnen und Tätern nicht ohne  
 Weiteres. Die Tathandlung liegt vielmehr im Öffnen der verschlossenen  
 Sendung – sprich dem *Eindringen* ins Schriftgeheimnis. Ähnliches gilt in  
 Bezug auf die passive Variante. Zwar offenbart der:die Sondertäter:in i. S. v.  
 StGB 321<sup>ter</sup> mit der Zugänglichmachung einer verschlossenen Sendung be-  
 reits Geheimnisse, indem er:sie den Unberechtigten Angaben über den

614 Vgl. OBERHOLZER, BSK StGB II 320 N 10; OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 19 f.; je-  
 weils m. w. H.; OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>bis</sup> N 5; TRECHSEL/VEST, PK StGB 320  
 N 8; TRECHSEL/VEST, PK StGB 321 N 23 ff.; jeweils m. w. H.

615 Zu StGB 179 vgl. nachfolgend 369 ff.

Postverkehr von Kundinnen oder Kunden macht.<sup>616</sup> Die positivierte Gehilfenschaft zur Verletzung des Schriftgeheimnisses geht aber ebenfalls über das bloße Offenbaren hinaus, da sich die *Inhalte* des Schreibens nicht ohne deliktisches Zutun dartun werden.

- 358 Die Varianten des *dem Inhalt verschlossener Sendungen Nachforschens* unterscheiden sich von der oben besprochenen Tathandlung des *Offenbarens*<sup>617</sup>.

ee. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 359 Damit die Tatbestände in StGB 320 und 321 durch Whistleblowing erfüllt werden können, bedarf es jeweils der besonderen Stellung der Whistleblower:innen – sie müssen (ehemalige) Angestellte oder Mitglieder einer Behörde sein und von der illegalen oder illegitimen Tatsache im Rahmen ihrer Tätigkeit erfahren haben. Ein bloßes Offenbaren dieser Tatsachen erfüllt regelmäßig den jeweiligen Tatbestand.
- 360 Die Bedeutung dieser Tatbestände für Whistleblowing ist groß. Man denke beispielsweise an die in der Einleitung angesprochenen Fälle der ehemaligen Mitarbeiterinnen des Zürcherischen Sozialdepartements, Margrit Zopfi und Esther Wyler, oder auch des SBG-Nachtwächters Christoph Meili.<sup>618</sup>
- 361 Dahingegen dürfte StGB 321<sup>bis</sup> für Whistleblowing keine besondere Bedeutung zukommen. Denn in Hinsicht auf Abs. 2 i. V. m. HFG 34 ergibt sich scheinbar kein Fall, in dem es sich bei der *zulässigen* Offenbarung um *illegale oder illegitime Tatsachen* handelt. Die Fälle *unzulässiger* Offenbarungen richten sich dagegen i. S. v. Abs. 1 nach StGB 321.
- 362 Im Lichte der Ausführungen scheint die Relevanz einiger Varianten aus StGB 321<sup>ter</sup> ebenfalls eher gering. Dies insofern, als die Offenbarung über den Post-, Zahlungs- oder Fernmeldeverkehr – sprich beispielsweise die Meldung «X hat Y gestern einen Brief geschickt» – kaum je eine Offenbarung von illegalen oder illegitimen Tatsachen beinhalten und daher kein Whistleblowing sein dürfte. Es mag ausnahmsweise anders liegen, wenn beispielsweise eine Zahlung einer Person an die andere aus rechtlichen Gründen gar nicht erfolgen dürfte.

---

616 Wer lässt wem eine Sendung zukommen; vgl. hierzu OBERHOLZER, BSK StGB II 321<sup>ter</sup>N 6 ff. sowie TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 321<sup>ter</sup>N 2 ff.

617 Vgl. 355.

618 Zum Fall Zopfi/Wyler siehe 2; zum Fall Meili siehe 6.



Das *Eindringen* ins Schriftgeheimnis wird ebenfalls nicht unmittelbar mit Whistleblowing einhergehen können, zumal durch das Öffnen einer verschlossenen Sendung durch Unbefugte nicht gleichzeitig Inhalte bekannt werden. Dazu muss der Brief erst gelesen werden. Sollten sich dann illegale oder illegitime Geheimnisse herauslesen lassen, würden sich diese einem oder einer unbefugten Dritten sozusagen von sich aus dartun – der:die Absender:in würde unbeabsichtigt zum:zur Whistleblower:in – und die Inhalte könnten alsdann gegebenenfalls durch die unbefugten Leser:innen weiteren Dritten offenbart werden, was wiederum Whistleblowing im Sinne der Definition wäre. Weder Ersteres noch Letzteres würde jedoch den Straftatbestand von StGB 321<sup>ter</sup> erfüllen. 363

Ein Anwendungsfall wäre dagegen so zu konstruieren: Der:die Postangestellte öffnet zunächst eine verschlossene Sendung, nimmt von den darin (zufällig) enthaltenen illegalen oder illegitimen Geheimnissen Kenntnis und gibt im Anschluss daran einer Drittperson (beispielsweise einer medienschaffenden Person) *die Gelegenheit, dem Inhalt nachzuforschen*. Auf diese Weise würde StGB 321<sup>ter</sup> zweimal verletzt – in letzterem Fall würde die Verletzung gleichzeitig Whistleblowing konstituieren. 364

## 2. Weitere Straftatbestände

So weit zu den Geheimnisverratstatbeständen des Kernstrafrechts, die durch Whistleblowing potenziell verletzt werden können. Um Whistleblowing anlässlich dieser phänomenologischen Betrachtung nicht versehentlich auf den reinen Geheimnisverrat zu reduzieren, sei nachfolgend, der Vollständigkeit halber, auf weitere Straftatbestände des Kernstrafrechts hingewiesen, die mit dem Geheimnisverrat einhergehen könnten. 365

### a. Art. 173 StGB

#### aa. Zum Tatbestand

Zum einen ist auf den Straftatbestand der *üblen Nachrede* in StGB 173 I. Hinzuweisen. Der Tatbestand ist als Vergehen (StGB 10 III) ausgestaltet und droht demjenigen mit Strafe, der jemanden *gegenüber einem Dritten eines unehrenhaften Verhaltens* oder anderer Tatsachen, die geeignet sind, dessen Ruf zu schädigen, *beschuldigt oder verdächtigt* (Abs. 1) *oder* solche Beschuldigungen und Verdächtigungen *weiterverbreitet* (Abs. 2). 366

bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 367 Es bedarf wenig Fantasie, zwischen Whistleblowing und der üblen Nachrede einen Konnex herzustellen. Die Whistleblower:innen-Meldung<sup>619</sup> – erfolge sie anonym, intern oder extern – dürfte oft<sup>620</sup> den Tatbestand von StGB 173 I. 1 erfüllen,<sup>621</sup> die Folgemeldungen und/oder medialen Publikationen gegebenenfalls den Tatbestand von Abs. 2.
- 368 Mit Blick auf diese Problematik sind folgende Ausnahmen und Argumente hinzuzufügen: *Erstens* handelt es sich bei StGB 173 I. 1 um ein *Antragsdelikt* (StGB 30 ff.). Solange Verdächtige von der Ehrverletzung nichts erfahren (beispielsweise im Fall einer vertraulichen Meldung), erübrigt sich somit (zu Beginn) in der Praxis die Frage nach der Strafbarkeit gemäß StGB 173. *Zweitens* sieht StGB 173 2. vor, dass die Strafbarkeit *entfällt*, wenn die Täter:innen beweisen können, dass die gemachten Äußerungen wahr sind (*Wahrheitsbeweis*), oder sie wenigstens Gründe hatten, diese im guten Glauben für wahr zu halten (*Gutgläubensbeweis*). Was den vorgenannten Punkt angeht, ist somit festzuhalten, dass Whistleblower:innen im Regelfall<sup>622</sup> wenigstens der Gutgläubensbeweis – manchmal gar der Wahrheitsbeweis – gelingen dürfte.<sup>623</sup> An der Tatbestandsmäßigkeit ihres Verhaltens

---

619 Zum Beispiel: Der Angestellte einer Großbank, X, bezichtigt seine Chefin und Leiterin der Vermögensverwaltung, C, gegenüber der Journalistin, J, der Geldwäscherei (StGB 305<sup>bis</sup>) und untermauert seine Aussagen mit Auszügen aus bankinternen Transaktionsübersichten.

620 Selbstredend sind Ausnahmen denkbar. So erstreckt sich der strafrechtliche Ehrschutz nach StGB 173 gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung lediglich auf die sogenannte *sittliche Ehre* (Ruf, ein ehrbarer Mensch zu sein) und nicht auf die sogenannte *gesellschaftliche Ehre* – wenngleich diese Praxis von der Lehre kritisiert wird; vgl. hierzu statt vieler BGE 115 IV 42 E. 1c.; RIKLIN, BSK StGB II Vor 173 N 16 ff. sowie TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB Vor 173 N 1ff.; jeweils m. w. H. Es wären demnach Fallkonstellationen denkbar, in denen sich Meldeinhalte nicht auf ein illegales, sondern auf ein illegitimes Verhalten beziehen würden. In diesem Fall könnte man zum Schluss kommen, dass die *gesellschaftliche Ehre* (beispielsweise der Ruf, ein «anständiger Geschäftsmann» zu sein) angegriffen und folglich die Tatbestandsmäßigkeit zu negieren sei, weshalb eine Strafbarkeit entfiel.

621 So auch CARRANZA/MICOTTI, 65 f.

622 An der überwältigenden Mehrheit der Whistleblower:innen-Meldungen ist etwas dran; vgl. 60 ff. Für die Erbringung des Gutgläubensbeweises ist insbesondere entscheidend, ob der Täter an die Wahrheit seiner Äußerungen *geglaubt hat* und ob er deren Richtigkeit (nach Maßgabe des Standards bei der Fahrlässigkeit) *sorgfältig* überprüft hat. Vgl. beispielsweise TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 173 N 18 f.

623 Aufgrund der *hohen Schwelle* für den Wahrheitsbeweis im Strafrecht und der *Beweislastumkehr* zulasten der Beschuldigten (vgl. statt vieler TRECHSEL/LEHMKUHL,

vermag dies nichts zu ändern. Und *drittens* verwehrt StGB 173 3. denjenigen Täterinnen und Tätern die Zulassung zum Entlastungsbeweis, die vorwiegend in der Absicht handelten, ihrem Opfer Übles vorzuwerfen. Damit dürfte betreffend die Strafbarkeit von (*Pseudo*-) Whistleblower:innen nach StGB 173 den kritischen Stimmen<sup>624</sup> Genüge getan sein.<sup>625</sup>

## b. Art. 179 ff. StGB

### aa. Zu den Tatbeständen

In einer weiter gefassten Überlegung sollen hier ferner die Straftatbestände aus StGB 179 – 179<sup>quater</sup> wenigstens kurz Erwähnung finden. Wie angelegentlich der Ausführungen zu StGB 321<sup>ter</sup> erwähnt,<sup>626</sup> schützt StGB 179 seit Einführung des Strafgesetzbuches<sup>627</sup> vor Verletzungen des Schriftgeheimnisses. Um den modernen Entwicklungen – beispielsweise dem Aufkommen von Aufnahmegeräten – Rechnung zu tragen,<sup>628</sup> wurden ferner etwa mit StGB 179<sup>bis</sup> (Abhören und Aufnehmen *fremder* Gespräche), StGB 179<sup>ter</sup> (Unbefugtes Aufnehmen von [*eigens geführten*] Gesprächen) und StGB 179<sup>quater</sup> (Verletzung des Geheim- oder Privatbereichs durch Aufnahmegeräte) Schutznormen eingeführt, die sowohl vor der *Herstellung* als auch der *Auswertung* sowie der *Verbreitung* unbefugter Aufnahmen (vgl.

---

PK StGB 173 N 14 m. w. H.) dürfte Whistleblowerinnen und Whistleblowern der Wahrheitsbeweis regelmäßig nicht gelingen, denn dafür müssten sie sich in ihrer Argumentation oftmals auf bloße Indizien abstützen. So auch CARRANZA/MICOTTI, 65 f. Vom Beschaffen «handfester Beweise» ist schon deshalb abzuraten, weil Whistleblower:innen sich dadurch gegebenenfalls inkriminieren könnten. Ferner kann eine Verzögerung des Whistleblowings infolge Beschaffung weiterer Beweise zwecks späterer Legitimation gerade bei zeitsensiblen Sachverhalten Rechtsgutsverletzungen nach sich ziehen, die hätten verhindert werden können. Man stelle sich beispielsweise vor, dem:der Angestellten eines Kraftwerks lägen Indizien vor, dass seine:ihre Arbeitgeberin Giftstoffe gesetzeswidrig in den nahe gelegenen Fluss ableitet und dadurch die Volksgesundheit gefährdet. Statt umgehend Whistleblowing zu betreiben, wartet der:die Whistleblower:in aber noch drei Monate ab, um in der Zwischenzeit stichhaltige Beweise zu sammeln – allein deshalb, um eine Verurteilung gemäß StGB 173 erfolgreich abwenden zu können.

624 Man denke beispielsweise an die von LEISINGER aufgezeigten Vorbehalte; vgl. 134.

625 Zur Strafbarkeit von *Pseudo*-Whistleblowing nachfolgend 410 ff. Zum Begriff des *Pseudo*-Whistleblowing vgl. 90 sowie 368.

626 Vgl. 351 und 356.

627 Vgl. hierzu RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 6 m. w. H.

628 Vgl. hierzu RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 7 m. w. H.

StGB 179<sup>quinquies</sup>) schützen. Die Straftatbestände in StGB 179 – 179<sup>quater</sup> sind als *Antragsdelikte* (StGB 30 ff.) ausgestaltet.

- 370 Betreffend das Schriftgeheimnis sei an der Stelle auf einige Punkte hingewiesen:
- 371 Eingang gilt festzuhalten, dass es sich bei der Tatvariante nach Abs. 1 um ein *abstraktes Gefährdungsdelikt* handelt und daher irrelevant ist, ob vom Inhalt Kenntnis genommen wird. Folgerichtig muss für die Frage nach der Strafbarkeit der tatsächliche Inhalt des Schreibens<sup>629</sup> gegenstandslos sein.<sup>630</sup> Anderes gilt dagegen, wenigstens gemäß herrschender Lehrmeinung, was die Tatvariante des *Verwertens* nach Abs. 2 anbelangt. Ein solches könne nur vorliegen, wo es sich bei den verbreiteten Tatsachen um «Geheimnisse»<sup>631</sup> handle.<sup>632</sup>
- 372 Ein erster Meinungsstreit besteht in Hinsicht auf die Täter:innen-Eigenschaften gemäß StGB 179 II: Während der Gesetzeswortlaut (insbesondere in der Fassungen der Amtssprachen, die die grammatikalische Form des *Gerundium* kennen) voraussetzt, dass allein die Täter:innen i. S. v. Abs. 1 – das heißt die Öffner:innen der verschlossenen Schrift oder Sendung – als Täter:innen nach Abs. 2 infrage kommen, geht eine ältere bundesgerichtliche Rechtsprechung dahin, dass sich eine dritte Person nach StGB 179 II strafbar machen könne. Letzteres mit der Begründung, dass es in großen Betrieben üblich sei, dass beispielsweise für Angehörige des höheren Managements die Post durch Unterstellte geöffnet und dann weitergegeben würde.<sup>633</sup> In diesem Fall könnte sich die spätere Leser:innenschaft nicht (mehr) nach StGB 179 II strafbar machen, wenn sie Inhalte verbreite oder ausnutze – was nicht im Sinne der Norm sein könne.<sup>634</sup>

---

629 Mithin beispielsweise die Frage, ob es sich dabei um ein formelles oder materielles Geheimnis handelt.

630 Vgl. zum Ganzen RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 10 und 33 m. w. H.

631 Vgl. 306 ff.

632 Vgl. zum Ganzen RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 41; ähnlich auch TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 179 N 9; jeweils m. w. H.

633 An der Stelle sei angemerkt, dass der:die Empfänger:in (und nicht der:die Absender:in) bestimmt, wer zur Öffnung der an ihn:sie adressierten Post berechtigt ist. Daran vermag der:die Absender:in durch Vermerke wie «Persönlich» oder «zu Händen von» *nichts* zu ändern. Gemäß Bundesgericht bringe man als Absender:in auf diese Weise lediglich zum Ausdruck, wer innerhalb der Institution für die Behandlung des Schreibens zuständig sei; vgl. BGE 114 IV 18. Vgl. RAMEL/VOGELSANG, BSK StGB II 179 N 12 f. m. w. H.

634 Vgl. BGE 88 IV 145 E. 3b.

Jene Rechtsprechung wird in der Lehre dagegen als unzulässiger Analogieschluss mehrheitlich abgelehnt.<sup>635</sup>

Weitere Probleme bereitet das im Geschäftsverkehr des 21. Jahrhunderts vorzüglich verwendete Medium der elektronischen Post (E-Mail)<sup>636</sup> sowie die elektronische Kommunikation als Ganzes, da die Lehre eine Anwendbarkeit von StGB 179 mehrheitlich ablehnt.<sup>637</sup> 373

#### bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Mit klassischem Whistleblowing stehen diese Tatbestände nicht zwingend in Verbindung. Es ist jedoch daran zu erinnern, dass es auch Whistleblowerinnen und Whistleblowern verboten ist, beispielsweise Vorgesetzte, Teammitglieder oder Geschäftskontakte auszuspionieren – selbst dann, wenn sich ihnen derart illegale oder illegitime Tatsachen offenbaren. Ferner müssen sich Whistleblower:innen auch und gerade dann absichern, wenn sie ihre Informationen nicht aus erster Hand haben. Wenigstens in Anbetracht des StGB 179<sup>bis</sup> ff. macht sich nämlich jeweils strafbar, wer Aufnahmen oder Inhalte, *von denen er weiß oder annehmen muss, dass sie durch eine entsprechende strafbare Handlung erlangt worden sind*, einem:einer Dritten *zugänglich macht* oder wer deren Inhalte *bekannt gibt* (StGB 179<sup>bis</sup> II/III; 179<sup>ter</sup> II und 179<sup>quater</sup> II/III). Folglich können Whistleblower:innen eine Bestrafung nicht mit dem Argument abwenden, nicht selbst belastendes Material illegal beschafft zu haben.<sup>638</sup> 374

635 Vgl. hierzu RAMEL/VOGELANG, BSK StGB II 179 N 38 m. w. H.; siehe beispielsweise auch TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 179 N 8 m. w. H.

636 Auch wenn diese gemäß Bundesgericht vom verfassungsmäßigen Recht des Fernmeldegeheimnisses nach BV 13 I erfasst sei; BGE 126 I 50 E. 6a.

637 Im Kern geht es um die Frage, ob beispielsweise eine E-Mail oder SMS und dergleichen überhaupt unter das Tatobjekt der *verschlossenen Schrift oder Sendung* subsumiert werden könne. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit Hinweisen auf die verschiedenen Positionen findet sich in RAMEL/VOGELANG, BSK StGB II 179 N 20 ff. sowie zur elektronischen Post am Arbeitsplatz (und deren Überwachung durch den Arbeitgeber) in RAMEL/VOGELANG, BSK StGB II 179 N 46 ff. Vgl. auch TRECHSEL/LEHMKUHL, PK StGB 179 N 5 m. w. H.

638 Dieselbe Vorsicht ist aufseiten der Empfänger:innen der Whistleblower:innen-Meldung geboten, wo sie gedenken, die erhaltenen Informationen an andere Stellen/Personen weiterzugeben.

c. Art. 273 StGB

aa. Zum Tatbestand

- 375 StGB 273 setzt sowohl das *Auskundschaften* von *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen* in der Absicht, diese fremden amtlichen Stellen, ausländischen Organisationen oder den Agentinnen und Agenten privater Unternehmen zugänglich zu machen (Abs.1), als auch das tatsächliche *Zugänglichmachen* (Abs.2) unter Strafe. Dieses Vergehen ist ebenso als *abstraktes Gefährdungsdelikt* ausgestaltet – eine Schädigung folglich nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit.<sup>639</sup> Unter *Auskundschaften* ist jedes *unbefugte* Ermitteln geheimer Informationen zu verstehen,<sup>640</sup> während das *Zugänglichmachen* die Fälle erfasst, in denen einem:einer (unbefugten) Dritten die Möglichkeit verschafft wird, vom Inhalt des Geheimnisses Kenntnis zu nehmen.<sup>641</sup>
- 376 Betreffend das Tatobjekt ist ebenfalls von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen.<sup>642</sup> Soweit stimmt StGB 273 mit der ähnlich lautenden Bestimmung in StGB 162 überein.<sup>643</sup> Im Unterschied zu letztgenanntem Artikel schützt StGB 273 aber nicht private, sondern *staatliche* Interessen – spricht die wirtschaftlichen (Gesamt-) Interessen der Schweiz respektive der schweizerischen Volkswirtschaft.<sup>644</sup> Daher die systematische Einordnung in den 13. Titel *Verbrechen und Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung*. Ferner geht der Schutzbereich von StGB 273 *in puncto* des Geheimnisschutzes weiter als dieser in StGB 162, da sich der Schutz nach StGB 273 auf *sämtliche Tatsachen des wirtschaftlichen Lebens* erstreckt,

---

639 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 9 m. w. H.; vgl. auch TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 2 m. w. H.

640 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 70 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 11; jeweils m. w. H. Mit der herrschenden Lehre gibt es Einigkeit, dass – entgegen der bundesgerichtlichen Auslegung; vgl. nicht publizierter Teil von BGE 71 IV 217 – nicht «jede auf Ermittlung des Geheimnisses gerichtete Handlung» erfasst sein kann, sondern nur jene, die wider Treu und Glauben erfolgt; beispielsweise da, wo diese nicht in den Aufgabenbereich der Täter:innen fällt.

641 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 73 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 11; jeweils m. w. H.

642 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 12; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 5 f.; jeweils m. w. H. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

643 Vgl. 314 ff.

644 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 7 f. sowie 19 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 2; jeweils m. w. H.

keine gesetzliche oder vertragliche *Geheimhaltungspflicht* verlangt und das Geheimnis *lediglich dem Empfänger unbekannt* sein muss.<sup>645</sup> Einschränkung kommt nur hinzu, dass StGB 273 einen *internationalen Kontext* voraussetzt.<sup>646</sup>

## bb. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Der Tatbestand des *wirtschaftlichen Nachrichtendienstes* i. S. v. StGB 273 377 kann für Whistleblower:innen relevant werden, wie beispielsweise die Steuer-CD-Affäre mit Deutschland zu Beginn des letzten Jahrzehnts<sup>647</sup> gezeigt hat. So wurde vonseiten der schweizerischen Justiz festgestellt, dass der Verkauf entsprechender Daten den Straftatbestand von StGB 273 II erfülle und der Verkaufserlös gemäß StGB 70 I einzuziehen sei.<sup>648</sup>

Die Tatvariante des Auskundschaftens nach Abs. 1 kommt nicht zur Anwendung, solange Whistleblower:innen in Zusammenhang mit ihrer normalen Geschäftstätigkeit Kenntnis von den Geheimnissen erhalten. Mit Blick auf Bankangestellte beispielsweise dann, wenn diese mit der Bearbeitung der kopierten Kundinnen- und Kundendaten betraut sind. Ungeachtet dessen 378

645 Vgl. zum Ganzen HUSMANN, BSK StGB II 273 N 10 ff. m. w. H. In Bezug auf die *wirtschaftlichen Tatsachen* vgl. HUSMANN, BSK StGB II 273 N 13 ff. m. w. H.; betreffend *Geheimhaltungspflichten* vgl. HUSMANN, BSK StGB II 273 N 40 ff. m. w. H. und hinsichtlich die *relative Unbekanntheit* vgl. HUSMANN, BSK StGB II 273 N 16 ff.; TRECHSEL/VEST, PK StGB 273 N 6; jeweils m. w. H.

646 HUSMANN, BSK StGB II 273 N 10 und 58 ff. m. w. H.

647 Zum Vergleich der aktuellen Rechtslagen in der Schweiz, Österreich und in Deutschland vgl. ZERBES/PIETH, 466 ff. m. w. H. Zur medialen Berichterstattung in diesem Zusammenhang vgl. beispielsweise Spiegel *online* am 4. Dezember 2012, «*Wie der Fiskus mit Steuer-CDs Millionen macht*», <<https://www.spiegel.de/e/wirtschaft/soziales/ein-ueberblick-ueber-die-cds-mit-daten-deutscher-steuer-suender-seit-2000-a-870946.html>> (5. März 2021); Reuters *online* am 11. August 2011, «*Blatt: Behörden haben wieder Schweizer Steuer-CD gekauft*», <<https://www.reuters.com/article/deutschland-schweiz-steuer-ermittlungen-idDEBEE77A00E20110811>> (5. März 2021); Tagesschau *online* am 2. April 2012, «*Wirtschaftsspionage oder berechtigte Fahndung?*», <<https://www.tagesschau.de/inland/hgsteuerstreit100.html>> (5. Dezember 2021). Zur Rechtsfrage, ob die erlangten Daten aufseiten der deutschen Behörden als rechtmäßige Beweismittel in Strafverfahren verwendet werden dürfen, sei an dieser Stelle auf das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts, 2 BvR 2101/09 vom 9. November 2010, sowie das (Folge-) Urteil des EGMR, 33696/11 vom 6. Oktober 2016, verwiesen.

648 BGE 141 IV 155.

wäre eine spätere Weitergabe der Daten von Abs. 2 erfasst.<sup>649</sup> Dies, gestützt auf StGB 4, gerade auch dann, wenn die Weitergabe nicht auf schweizerischem Hoheitsgebiet und/oder durch ausländische Staatsbürger:innen erfolgt.<sup>650</sup>

### 3. Zwischenfazit

- 379 Aus der Betrachtung der Geheimnisverratstatbestände im Kernstrafrecht ergibt sich, dass sich mit Blick auf nahezu gleich alle der beleuchteten Tatbestände Whistleblowing-Sachverhalte konstruieren lassen, die wenigstens nicht derart unrealistisch anmuten, als dass sie zum Vornherein als Chimären abgetan werden können. Einzige Ausnahme bietet bis hierhin wohl StGB 321<sup>bis</sup>, dem neben StGB 321 betreffend Whistleblowing kaum besondere Bedeutung zukommen dürfte.<sup>651</sup> Aus den anschließenden zu den weiteren Tatbeständen des Kernstrafrechts erhellt, dass Whistleblower:innen insbesondere auch mit den Strafdrohungen in StGB 173 und 273 (gegebenenfalls auch 179 ff.) in Konflikt geraten können. Ergänzend ist hernach auf ausgewählte Straftatbestände des Nebenstrafrechts einzugehen.

### C. Nebenstrafrecht

- 380 Auch in anderen Erlassen finden sich strafrechtliche Vorschriften, die einen Geheimnisverrat unter Strafe stellen. Nachfolgend wird auf praxisrelevante nebenstrafrechtliche Tatbestände eingegangen sowie auf ähnlich lautende Bestimmungen verwiesen. Die Arbeit erhebt nicht den Anspruch, alle bestehenden Tatbestände der schweizerischen Rechtsordnung abzubilden. Sie soll lediglich eine Übersicht über die wesentlichen Geheimnisverratstatbestände in Bundesgesetzen geben.

---

649 Vgl. hierzu EICKER, Bankkundendaten, 8 ff. m. w. H.

650 Vgl. hierzu *en détail* HUSMANN, BSK StGB II 273 N 89 ff. m. w. H.

651 Vgl. 361.



## I. Namhafte Straftatbestände

## a. Art. 47 BankG

Zu Beginn der Betrachtungen soll hier auf das wohl prominenteste Beispiel nebenstrafrechtlicher Geheimnisverratstatbestände: die *Verletzung des Bankkundengeheimnisses*<sup>652</sup> nach BankG 47 eingegangen werden. Die Norm orientiert sich an StGB 321. Der strafrechtliche Schutz nach BankG 47 ist jedoch ein weitreichenderer, da es sich bei BankG 47 *erstens* um ein *Offizialdelikt* handelt, was auf ein höheres öffentliches Interesse am Geheimnisschutz schließen lässt. *Zweitens* enthält die Norm eine Strafandrohung bei bloßer *Fahrlässigkeit* (vgl. BankG 47 II). *Drittens* erstreckt sich die Strafbarkeit *nicht nur* auf den *Geheimnisträger* (vgl. BankG 47 I a), sondern *auch auf Außenstehende*, die wenigstens versuchen, ein entsprechendes Geheimnis *auszuspähen*, indem sie den:die Geheimnisträger:in zu einer Geheimnisverletzung zu verleiten suchen (vgl. BankG 47 I b).<sup>653</sup> Die Strafandrohung für den:die Vorsatztäter:in entspricht derjenigen aus StGB 320 respektive 321; es handelt sich um ein *Vergehen* i. S. v. StGB 10 III.

## aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz

Hinsichtlich des *Bankkundengeheimnisses* ist ebenfalls von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen.<sup>654</sup> Der Schutz überschreitet die Grenzen des bloßen Vertragsrechtlichen insofern, als er sich auch auf Dritte erstreckt, die zwar nicht Kunden der Bank sind, jedoch aufgrund deren üblichen Geschäftstätigkeit mit ihr (respektive einem Kunden der Bank) in Kontakt kommen, beispielsweise indem Dritte eine Zahlung an die Bank richten oder von dieser erhalten.<sup>655</sup> Vorbehalten bleiben bestehende Auskunftsrechte oder -pflichten gegenüber Kunden, anderer Banken oder Behörden.<sup>656</sup>

652 Umgangssprachlich: «Bankgeheimnis».

653 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 4 und 11.

654 Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

655 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 13 m. w. H.

656 Vgl. hierzu KLEINER/SCHWOB/WINZELER, Komm BankG 47 N 16 ff. m. w. H.

bb. Täter:innen-Eigenschaften

- 383 Aus dem Wortlaut von BankG 47 I a ergibt sich, dass es sich bei der Norm um ein Sonderdelikt handelt. Die Auflistung der möglichen Täter:innen ist betreffend die möglichen *Geheimnisträger:innen* und damit auf die Tatvariante des *Geheimnisverrats* abschließend. Als Täter:innen kommen Mitglieder eines Organs, Angestellte, Beauftragte und Liquidatorinnen und Liquidatoren einer Bank sowie Mitglieder eines Organs oder Angestellte von Prüfgesellschaften (einer Bank) infrage. Was die *Beauftragten* anbelangt, ist ferner festzuhalten, dass es sich dabei nicht nur um Einzelpersonen (im gesellschaftsrechtlichen Sinne) und deren Angestellte handeln kann, sondern auch um Gesellschafter:innen, Organmitglieder und Angestellte von beauftragten Personengesellschaften sowie juristische Personen.<sup>657</sup>

cc. Tathandlung

- 384 In Bezug auf die Tatbestandselemente in BankG 47 I a) kann im Wesentlichen auf die Ausführungen zu StGB 320 f.<sup>658</sup> verwiesen werden.<sup>659</sup> Was die zweite Tatvariante des (*versuchten*) *Ausspähens* von Geheimnissen durch Außenstehende (i. S. v. BankG 47 I b) angeht, ist neben seiner Besonderheit darauf hinzuweisen, dass der *Versuch der Verleitung* teilweise als Positivierung der versuchten Anstiftung (vgl. StGB 24 II) missverstanden wird.<sup>660</sup> Wie STRATENWERTH<sup>661</sup> richtig ausführt, setzt BankG 47 aber auch die fahrlässige Tatbegehung unter Strafe, weshalb es möglich sein muss, dass der:die Geheimnisträger:in – beispielsweise mithilfe einer Täuschung durch den Außenstehenden – fahrlässig Geheimnisse offenbart. Die (versuchte) Anstiftung nach StGB 24 setzt gemäß einhelliger Meinung dagegen voraus, dass der:die Anstifter:in im Haupttäter oder der Haupttäterin unter anderem den *Vorsatz* zur späteren Haupttat hervorruft,<sup>662</sup> was ein fahrlässi-

---

657 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 5 ff. sowie 12 jeweils m. w. H.

658 Siehe oben 344 ff.

659 Es bedarf ebenfalls eines *Offenbarens* sowie eines *Anvertraut-Seins* oder eines *Wahrnehmens in Ausübung des Berufes*. Vgl. auch STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 14 f. m. w. H.; WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 29 ff. m. w. H.

660 So zum Beispiel auch bei WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 2 und 47.

661 STRATENWERTH, BSK BankG 47 N 17 m. w. H.

662 STRATENWERTH, AT I, § 13 N 99 f. m. w. H.

ges Handeln aufseiten der Geheimnisträgerin oder des Geheimnisträgers normzweckwidrig ausschließen würde.<sup>663</sup>

Bei der dritten Tatvariante handelt es sich um die sogenannte *Geheimnishahelei* – sprich das Weitertragen oder Ausnutzen eines offenbaren Geheimnisses.<sup>664</sup> Als taugliche:r Täter:in kommt infrage, wem ein Geheimnis offenbart wurde. Es handelt sich somit um ein (*unechtes*) *Sonderdelikt*.<sup>665</sup> Von einem *Weiterverbreiten* ist auszugehen, wenn die Täter:innen das Geheimnis weiteren Personen *offenbaren*. Auch hier ist keine Kenntnisnahme vonnöten, um das Delikt zu vollenden. Es handelt sich – wie schon im Grundtatbestand des *originären Geheimnisverrats* nach BankG 47 I a – um ein *abstraktes Gefährdungsdelikt*.<sup>666</sup> Von einem *Ausnutzen* ist auszugehen, wo der:die Täter:in (für sich oder eine:n Dritte:n) einen *immateriellen Vorteil* erlangt.<sup>667</sup> Bei dieser Variante dürfte es sich mithin um ein *Erfolgssdelikt* handeln. Beide Varianten sind sowohl *vorsätzlich* als auch *fahrlässig* strafbar.<sup>668</sup>

Sowohl für den *originären Geheimnisverrat* (BankG 47 I a) als auch für die *Geheimnishahelei* (BankG 47 I c) sieht das Gesetz eine qualifizierte Strafandrohung vor, wenn der:die Täter:in sich oder einem:einer Dritten einen *Vermögensvorteil* verschafft. Damit handelt es sich bei der qualifizierten Variante um ein *Erfolgssdelikt*. Gemäß WOHLERS/PFLAUM<sup>669</sup> setzt die Qualifikation einen entsprechenden *Vorsatz* voraus; beim *Vermögensvorteil* handle es sich ferner um ein Element des objektiven Tatbestandes, das

663 Beziehungsweise wäre in diesem Fall von einer mittelbaren Täterschaft auszugehen. Diese Konstruktion müsste jedoch an der fehlenden Sondertäter:innen-Stellung der mittelbaren Täterin oder des mittelbaren Täters scheitern. Vgl. hierzu STRATEN-WERTH, AT I, § 13 N 44 ff.

664 Die Kommentierungen von BankG 47 befassen sich nicht mit dieser, 2015 eingeführten Variante, weshalb nachfolgend auf bestehende Ausführungen zur gleichlautenden Bestimmung in FinfraG 147 verwiesen wird.

665 Vgl. WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 2 und 42.

666 Vgl. hierzu WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 6 und 29 jeweils m. w. H.

667 WOHLERS/PFLAUM sprechen von einem *materiellen* oder *immateriellen* Vorteil, konkretisieren dann aber, dass im Falle der Erlangung eines *materiellen* Vorteils der qualifizierte Tatbestand nach Abs. 2 erfüllt sei; vgl. hierzu WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 43. Zur besseren Abgrenzung zwischen Grundtatbestand und Qualifikation scheint es daher sinnvoll, in Zusammenhang mit dem Grundtatbestand nur von einem *immateriellen* Vorteil zu sprechen.

668 Vgl. zum Ganzen WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 43 f. m. w. H.

669 Zur gleichlautenden Bestimmung in FinfraG 147; vgl. Fn. 664.

nicht eine besondere Absicht<sup>670</sup> voraussetze. Zwar sei denkbar, dass sich die Täter:innen fahrlässig einen Vermögensvorteil verschaffen – in diesem Fall habe man sich aber am für die fahrlässige Begehung vorgesehenen Strafraumen zu orientieren.<sup>671</sup>

dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing

- 387 Wie in der Einleitung zur Arbeit aufgezeigt, mussten sich Schweizer Whistleblower:innen in der Vergangenheit verschiedentlich wegen der Verletzung von BankG 47 verantworten.<sup>672</sup> Whistleblower:innen, die (ehemalige) Angestellte einer Bank sind – oder von Geheimnissen der Bank erfahren haben – laufen im Lichte obiger Ausführungen regelmäßig Gefahr, mit ihren Enthüllungen gleichzeitig den Tatbestand von BankG 47 zu erfüllen. Dies durch (vorsätzliche oder fahrlässige) Offenbarung von Bankgeheimnissen illegalen oder illegitimen Inhalts. Dass solche existieren (können), zeigen eingangs erwähnte Beispiele *pars pro toto* auf. Ob und inwiefern aus der Offenbarung negative Konsequenzen erwachsen, ist irrelevant.
- 388 In Hinsicht auf die Variante des Ausnutzens ist festzuhalten, dass ein tatbestandliches Verhalten denkbar ist. Etwa dann, wenn aus Whistleblowing (in Form der Offenbarung illegaler oder illegitimer Tatsachen) gleichzeitig ein Vorteil resultiert. Ein (versuchtes) *Verleiten*, entsprechende Geheimnisse preiszugeben, dürfte dagegen kein Whistleblowing darstellen.

ee. Weitere Straftatbestände

- 389 Sowohl in FINIG 69<sup>673</sup> als auch in FinfraG 147 finden sich nahezu wortgleiche Bestimmungen. Mit dem Unterschied, dass jene Normen naturgemäß andere Geheimnisträger:innen benennen.<sup>674</sup>

---

670 Zu denken wäre hier beispielsweise an die *Vorteilsabsicht* bei der Urkundenfälschung nach StGB 251 I 1.

671 Vgl. zum Ganzen WOHLERS/PFLAUM, BSK FinfraG 147 N 7, 39 und 46.

672 Vgl. zur *Affäre Hildebrand* 3 und zum *Fall Elmer* 4; jeweils m. w. H.

673 Vgl. hierzu VOGEL/HEIZ/LUTHIGER, OFK FINIG 69 N 1 ff. m. w. H.

674 Dem Zweck der jeweiligen Gesetze entsprechend, wenden sie sich nicht an Organmitglieder, Angestellte, Beauftragte und Liquidatorinnen und Liquidatoren «einer Bank», sondern «eines Finanzinstituts» (FINIG) respektive «einer

Abschließend sei auf die Strafbestimmung in NBG 49 III aufmerksam 390 gemacht, die sich an den Elementen der Strafnormen in StGB 320 und StGB 162 orientiert.<sup>675</sup> Aufgrund des in NBG 49 III enthaltenen Verweises auf die Straftatbestände im Kernstrafrecht ist – im Unterschied zu den vorher besprochenen Tatbeständen – davon auszugehen, dass NBG 49 III lediglich die (*eventual-*) *vorsätzliche* Tatbegehung unter Strafe stellt.<sup>676</sup> NBG 49 I konkretisiert dabei, wer vom Amtsgeheimnis nach StGB 320 erfasst ist: Es sind dies Organmitglieder, Angestellte sowie Beauftragte der SNB. Damit kommt NBG 49 in Anbetracht der Bestimmung (-en) in StGB 320 (und 162) insoweit eigenständige Bedeutung zu, als sie den Kreis der Geheimnisträger:innen *von Gesetzes wegen auf privatrechtlich organisierte Beauftragte* der SNB ausweitet.<sup>677</sup>

Was die Bedeutung dieser Tatbestände für Whistleblowing betrifft, sei auf 391 die obigen Ausführungen zu BankG 47<sup>678</sup> sowie StGB 320<sup>679</sup> verwiesen.

## b. Art. 35 DSGVO

Das Datenschutzgesetz kennt eine Strafnorm zur *Verletzung der beruflichen 392 Schweigepflicht*. Bei DSGVO 35 handelt es sich um einen *Auffangtatbestand*. Dies ergibt sich aus der Betrachtung der Norm im Kontext der vorgängig ausgeführten Bestimmungen – insbesondere den StGB 320/321.<sup>680</sup> Die

---

*Finanzmarktinfrastruktur*» (FinfraG). Die Organmitglieder oder Angestellte von Prüfungsgesellschaften entfallen jeweils.

675 KRAMER zitiert die Botschaft zur Revision des Nationalbankgesetzes (BBl 2002 6266) und gibt an, NBG 49 sei StGB 320 «nachgebildet»; vgl. KRAMER, 167. Dem ist wenigstens nicht vorbehaltlos zuzustimmen: NBG 49 regelt lediglich, wer dem Amtsgeheimnis untersteht (Abs. 1), wann die Unterstellung endet (Abs. 2), die Höhe der Strafandrohung im Verletzungsfall (Abs. 3) sowie die Legitimationsmöglichkeit der Entbindung (Abs. 4). *In puncto* der konkret unter Strafe gestellten Tatvarianten verweist die Norm in Abs. 3 mit den Worten «[...] wer gegen das Amts- oder Geschäftsgeheimnis verstößt [...]» jedoch auf das StGB (StGB 320 und 162), weshalb die Bezeichnung als «Nachbildung» euphemistisch erscheint. Es ist aber insoweit zuzustimmen, als wesentliche Elemente der referenzierten Tatbestände in NBG 49 eine Entsprechung finden.

676 So auch KRAMER, 167.

677 So auch die Idee der Legislative; vgl. BBl 2002 6266.

678 Vgl. 387 f.

679 Vgl. 359 ff.

680 Vgl. zum Ganzen PÄRLI, SHK DSGVO 35 N 1f. Auch im Kontext des Sozialversicherungsrechts spielt die Datenbearbeitung eine wichtige Rolle. DSGVO 35

Verletzung der Schweigepflicht ist als *Übertretung* (StGB 103) ausgestaltet, die auf *Antrag* (StGB 30 ff.) verfolgt wird. Sie setzt *Vorsatz* (i. S. v. StGB 12 II) voraus.<sup>681</sup>

aa. Schutzobjekt/Geheimnisschutz

- 393 Interessant ist die enge Umschreibung des Tatobjekts. Geschützt sind nur *geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile*.<sup>682</sup> Rechtsgut der Norm ist somit die *Geheimsphäre* – sprich alle Tatsachen aus der höchstpersönlichen Sphäre, die man vor Einblicken Dritter in aller Regel zu schützen sucht.<sup>683</sup>
- 394 Was die *besonders schützenswerten Personendaten* betrifft, sind einzig *geheime* Daten geschützt, wobei diesbezüglich ebenfalls von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen ist.<sup>684</sup> Hingegen müssen Daten, die ein *Persönlichkeitsprofil* ausmachen, nicht (alle) *geheim und/oder besonders schützenswert* sein. In der Tat kann es sich um eine Zusammenstellung von – für sich betrachtet – unbedeutenden Personendaten handeln. Erfasst sind diese alsdann, sobald sie in ihrer Summe – der Legaldefinition in DSGVO 3 d entsprechend – eine *«Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person»* erlauben. Ihre Schutzwürdigkeit ergibt sich in diesem Fall ebenso aus besagter Summierung zu einem *gesteigerten Geheimhaltungsinteresse*.<sup>685</sup> Ein Schutz sei allein da abzuspüren, wo das Persönlichkeitsprofil sich im Wesentlichen (oder ausschließlich) aus *öffentlich bekannten Einzeldaten* zusammensetzt.<sup>686</sup>

---

kommt *subsidiär* zur Anwendung, wo die spezialgesetzlichen Regelungen (beispielsweise ATSG 33, BVG 86 etc.) nicht greifen. Vgl. hierzu PÄRLI, SHK DSGVO 35 N 4 ff.

681 Wer nicht weiß, dass er die Daten nicht bekannt geben dürfte, unterliegt regelmäßig einem vermeidbaren Verbotsirrtum i. S. v. StGB 21 II; vgl. hierzu auch PÄRLI, SHK DSGVO 35 N 13 f. m. w. H.

682 Hinsichtlich der Tatbestandselemente der *besonders schützenswerten Personendaten* sowie der *Persönlichkeitsprofile* kann auf die Legaldefinitionen in DSGVO 3 c und 3 d verwiesen werden.

683 Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK DSGVO 35 N 3 m. w. H.

684 Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK DSGVO 35 N 23 m. w. H. Ähnlich auch PÄRLI, SHK DSGVO 35 N 7. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.

685 Vgl. zum Ganzen auch NIGGLI/MAEDER, BSK DSGVO 35 N 35 f.

686 NIGGLI/MAEDER, BSK DSGVO 35 N 37.

## bb. Täter:innen-Eigenschaften

DSG 35 kommt insoweit selbstständige Bedeutung zu, als die Norm den limitierten Täter:innen-Kreis aus StGB 321 auf andere Personengruppen ausweitet, die mit *sensitiven Personendaten* arbeiten müssen.<sup>687</sup> Die berufliche Schweigepflicht nach DSG 35 erstreckt sich zum einen auf Personen, die anlässlich der Ausübung ihres Berufes mit *geheimen, besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen* in Kontakt kommen müssen (DSG 35 I)<sup>688</sup>, sowie auf deren *Hilfspersonen* – insbesondere Auszubildende (DSG 35 II). Die Geheimnisse müssen dem Täter ferner *in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit* zur Kenntnis gelangt sein.<sup>689</sup> 395

## cc. Tathandlung

Die Tathandlung liegt in der (unbefugten,) vorsätzlichen *Bekanntgabe* entsprechender Personendaten respektive Persönlichkeitsprofile.<sup>690</sup> Der Akt der Bekanntgabe definiert sich gemäß DSG 3 f als *«das Zugänglichmachen von Personendaten wie das Einsichtgewähren, Weitergeben oder Veröffentlichen»*. 396

## dd. Zur Bedeutung für Whistleblowing

Whistleblowing, das gleichzeitig den Tatbestand von DSG 35 erfüllt, setzt voraus, dass die geschützten Personendaten illegale oder illegitime Tatsachen beinhalten. 397

687 Vgl. NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 1; PÄRLI, SHK DSG 35 N 1 f.

688 Hier scheint ferner der Hinweis geschuldet, dass nicht alle Personen, die Höchstpersönliches erfahren, von Abs. 1 erfasst sein sollen, sondern lediglich Angehörige von Berufsgruppen, die in Kontakt kommen *müssen*. Vgl. auch PÄRLI, SHK DSG 35 N 7 f. Damit ist im Falle von DSG 35 – anders als bei den bisher erwähnten Geheimnistatbeständen – nicht etwa die Warte der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn (sprich der Kundin oder des Kunden), sondern diejenige der Datenbearbeiterin oder des Datenbearbeiters entscheidend. Vgl. hierzu NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 5 ff. sowie N 39 ff. Betreffend den Geheimnisbegriff vgl. 393.

689 Der Täter:innen-Kreis von DSG 35 ist nicht auf private Personen beschränkt; das DSG findet auf kommunale oder kantonale Behörden jedoch keine Anwendung (DSG 2 I). Vgl. hierzu NIGGLI/MAEDER, BSK DSG 35 N 14.

690 Vgl. auch PÄRLI, SHK DSG 35 N 11.

- 398 Theoretisch sind Fälle konstruierbar: X arbeitet im *Human Resource Management (HRM)* eines privaten Mädchengymnasiums und weiß aus den Personalakten, dass Facility Manager K wegen sexueller Belästigung und Exhibitionismus vorbestraft ist. X weiß, dass K die Stelle nur erhalten hat, weil er der Bruder der Personalchefin P ist. X sieht in K eine Bedrohung für die Gymnasiastinnen und wendet sich mit dieser Information an die Journalistin J. Realistisch scheint das Beispiel aber nicht.
- 399 In der Praxis dürfte es wenige Konstellationen geben, in denen Personendaten illegalen oder illegitimen Inhalts von Personen erhoben werden, die sowohl beruflich mit der Verarbeitung solcher Daten betraut als auch *nicht* Teil der besonderen Berufsgruppen aus StGB 320 f., BankG 47 o. Ä. sind.
- 400 Verdeutlichen lässt sich dies am Beispiel der folgenden, imaginierten Meldung: «Primarschullehrer L befindet sich wegen seiner *pädophilen Neigungen bei Psychiaterin P in Therapie*». Eine Offenbarung durch P (oder deren Hilfspersonen) würde mit einer tatbestandlichen Verletzung der Schweigepflicht i. S. v. StGB 321 unecht konkurrieren.<sup>691</sup>

## 2. Weitere Straftatbestände

- 401 Neben den hier vor besprochenen Tatbeständen finden sich jedoch auch in vielen anderen Erlassen Geheimnisverratstatbestände, die im Zusammenhang mit Whistleblowing relevant sein können. Erstens sei etwa auf die Strafbestimmungen in RAG 40 I d. i. V. m. RAG 20 III hingewiesen. Diese sehen eine Strafbarkeit für von der Aufsichtsbehörde *beauftragte Personen* (i. S. v. RAG 20) vor, wenn diese *vorsätzlich* oder *fahrlässig* (RAG 40 II) ein *Geheimnis offenbart* haben,<sup>692</sup> das ihnen in dieser Eigenschaft *anvertraut* wurde oder sie in dem Zusammenhang *wahrgenommen* haben.<sup>693</sup> Auch hier ist von einem *materiellen Geheimnisbegriff* auszugehen.<sup>694</sup> Was die möglichen Täter:innen betrifft, ist zum einen festzuhalten, dass die Revisor:innen durch StGB 320 f. erfasst werden, und zum andern ist auf

---

691 Vgl. 344 ff.

692 Vgl. 355 f.

693 Vgl. 349.

694 Vgl. BAHAR, BSK RAG 40 N 20 m. w. H. Zum *materiellen Geheimnisbegriff* siehe 309 ff.



StGB 29 hinzuweisen, der die *Organe* der beauftragten Personen ins Recht fasst. Außen vor bleiben dagegen etwaige *Hilfspersonen* der Beauftragten.<sup>695</sup>

Als mögliche Whistleblower:innen kämen beauftragte Personen infrage, denen im Rahmen der Revision illegale oder illegitime Tatsachen bekannt wurden, die sie dann gegenüber Unbefugten offenbaren. Ein so geartetes Geheimnis könnte beispielsweise in der Tatsache bestehen, dass anlässlich der Revision festgestellt wurde, dass die Firma Steuern hinterzogen hat. 402

Eine weitere besondere Schweigepflicht bei Strafe im Verletzungsfall findet sich in der Bestimmung von ZeugSG 30. Diese Bestimmung legt allen Personen, die im (außerprozessualen) Zeugenschutz mitwirken (ZeugSG 30 I) – inklusive der zu schützenden Person selbst (ZeugSG 30 III) – in Bezug auf die Informationen zur geschützten Person sowie zu den getroffenen Maßnahmen eine Schweigepflicht auf. Eine *Offenbarung* zeitigt die Strafbarkeit i. S. v. ZeugSG 31 I. Auch zu dieser Norm gilt anzumerken, dass diese die Ausweitung des Amtsgeheimnisses auf nicht behördlich Involvierte zum Ziel haben dürfte, denn Beamtinnen und Beamte sowie Behördenmitglieder sind bereits auf Grundlage von StGB 320 zu Stillschweigen verpflichtet.<sup>696</sup> 403

Dieser Bestimmung dürfte in Zusammenhang mit Whistleblowing kaum praktische Bedeutung zukommen. Einerseits, da das *Gros* aller am Zeuginnen- und Zeugenschutz beteiligten Personen gleichzeitig von StGB 320 als schwereres Delikt i. S. v. ZeugSG 31 I erfasst sein dürfte, und andererseits, nur schwer vorstellbar ist, inwiefern Informationen über Schutzmaßnahmen illegale oder illegitime Tatsachen zum Inhalt haben und sich somit als Meldeinhalte für Whistleblowing eignen könnten. 404

Ferner kann als weitere Geheimnisverratsnorm im weiteren Sinne BGA 23 verstanden werden. Die als *Gemeindelikt* ausgestaltete Strafbestimmung verbietet die *Offenbarung* von *Informationen aus (Bundes-) Archivgut vor Ablauf der Schutzfrist* (vgl. BGA 9 ff.) sowie entsprechender Informationen, die *auf andere Weise ausdrücklich der Veröffentlichung entzogen* sind. Wie sich ferner aus dem Wortlaut ergibt, handelt es sich um einen *Auffangtatbestand*, der im Kontext der Strafbarkeit nach StGB 320 f. zu lesen ist. In Hinsicht auf die subjektiven Merkmale ist in Nachachtung des StGB 333 VII zu schließen, dass die *fahrlässige* Verwirklichung des Tatbestandes strafbar ist. 405

695 Vgl. zum Ganzen BAHAR, BSK RAG 40 N 19 m. w. H.

696 Vgl. hierzu auch BBl 2011 I 87.

- 406 Jener Bestimmung dürfte für Whistleblowing nur selten separate Bedeutung zukommen. Zum einen, da der Zugriff auf geschützte Dokumente wenigen Personen und nicht ohne Weiteres gewährt wird. Die praktische Bedeutung der Norm dürfte sich weitestgehend in der fahrlässigen Verwirklichung des Tatbestandes durch Angestellte des Bundesarchivs (oder der ursprünglichen Geheimnisträger:innen) erschöpfen. Zum anderen müsste der Inhalt der geschützten Dokumente weiter illegale oder illegitime Tatsachen offenbaren, was selten der Fall sein dürfte. Potenzielle Whistleblower:innen müssten *nicht* von einer der vorgenannten Strafnormen erfasst sein und Einsicht in geschützte Dokumente erhalten, welche illegale oder illegitime Tatsachen zum Inhalt hätten.
- 407 Was die Täter:innen anbelangt, die *unrechtmäßig* Kenntnis von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen erlangt haben und diese entweder *verwerten* oder *anderen mitteilen*, sei an dieser Stelle abschließend auf die nebenstrafrechtliche Bestimmung in UWG 23 i. V. m. UWG 6 hingewiesen. Es handelt sich dabei nicht um einen Geheimnisverratstatbestand im klassischen Sinne. Die Geheimnisse werden nicht direkt vor der Weitergabe durch Eingeweihte geschützt.<sup>697</sup> Der Tatbestand schützt *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse*<sup>698</sup> vielmehr indirekt, indem deren *Verwertung* und *Weitergabe* verboten ist, wo entsprechende Geheimnisse vorher (insbesondere durch *Auskundschaften* – vonseiten der Täterin oder des Täters oder durch Dritte) *unrechtmäßig erlangt*<sup>699</sup> wurden.

---

697 Vgl. hierzu auch FRICK, BSK UWG 6 N 4 f.; SUTTER, Komm UWG 6 N 4 ff.; jeweils m. w. H.

698 Siehe 315 ff. Zur Differenzierung der Begriffe ferner auch FRICK, BSK UWG 6 N 16 ff. sowie SUTTER, Komm UWG 6 N 66 ff.; jeweils m. w. H.

699 In der Lehre ist umstritten, ob von einer *unrechtmäßigen Erlangung* ausgegangen werden kann, wenn einem das Geheimnis «zufällt» – beispielsweise indem Geheimnisträger:innen diese versehentlich ausplaudern. Während das Gros der Lehre dies in der Tendenz abzulehnen scheint, gibt es Stimmen, die immer von einer *unrechtmäßigen Erlangung* ausgehen wollen, wo Empfänger:innen nicht von Geheimnisherrinnen und Geheimnisherrn als solche vorgesehen sind beziehungsweise der Wille derer nicht dahin geht, die Empfänger:innen in den Kreis der Eingeweihten einschließen zu wollen. Vgl. hierzu im Detail FRICKER, BSK UWG 6 N 40 ff. sowie SUTTER, Komm UWG 6 N 62 ff.; jeweils m. w. H. Klar scheint dagegen, dass die Passage «*[Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse,] die er ausgekundschaftet oder sonst wie unrechtmäßig erfahren hat*» aus UWG 6 in Zusammenhang mit der Strafbarkeit nach UWG 23 I als *objektive Strafbarkeitsbedingung* zu interpretieren ist (vgl. zum Begriff der objektiven Strafbarkeitsbedingung statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 8 N 27 ff.). Der in UWG 23 I geforderte Vorsatz muss sich mit Blick auf UWG 6 folglich nicht hierauf erstrecken.

Die Norm steht mit Whistleblowing insofern in Verbindung, als die Verletzung von illegalen oder illegitimen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach StGB 162 zwar nur für Eingeweihte strafrechtlich relevant werden kann. Werden derartige Geheimnisse indes von den Meldeempfängerinnen und Meldeempfängern weiterverbreitet, können damit strafrechtliche Konsequenzen einhergehen. 408

### 3. Zwischenfazit

Aus der Analyse der ausgewählten nebenstrafrechtlichen Bestimmungen geht hervor, dass sich auch im Nebenstrafrecht – insbesondere mit BankG 47, RAG 40 oder UWG 23 – Strafdrohungen finden, die für Whistleblower:innen von höchster Relevanz sind, während mit Blick auf andere der beleuchteten Normen ebendieser Schluss nicht gleichermaßen zwingend erscheint. Der Vollständigkeit halber soll nachfolgend noch auf Straftatbestände aufmerksam gemacht werden, die mit dem definitorisch eigentlich bereits ausgesonderten *Pseudo-Whistleblowing* in Zusammenhang stehen dürften. 409

### D. Zur Strafbarkeit von Pseudo-Whistleblowing

Wie im vorangegangenen Kapitel gezeigt, spielen missbräuchliche Meldungen («*Pseudo-Whistleblowing*») lediglich eine untergeordnete Rolle bei der Betrachtung des Gesamtphänomens.<sup>700</sup> Es soll daher nachfolgend nicht vertieft auf jene Missbrauchsfälle eingegangen werden – handelt es sich doch genau genommen nicht um Whistleblowing im Sinne der hier erarbeiteten Definition<sup>701</sup>, weshalb eine vertiefte Darstellung am Thema vorbeigeht. Zwecks Beruhigung der kritischen Stimmen sei aber in aller Kürze auf potenzielle Strafbarkeiten von *Pseudo-Whistleblowing* hingewiesen: 410

Zum einen stellt der Tatbestand der falschen Anschuldigung nach StGB 303 jene Fälle unter Strafe, in denen Täter:innen einen Unschuldigen – in der Absicht, gegen diesen eine Strafverfolgung herbeizuführen – gegenüber einer Behörde *wider besseres Wissen* eines Verbrechens oder Vergehens 411

700 Vgl. 90 und 368.

701 Vgl. 304.

(Ziff. 1 Abs. 1) oder einer Übertretung (Ziff. 2) beschuldigen. StGB 303 1. II droht weiter jenen Täterinnen und Tätern Strafe an, die mit gleicher Absicht *in anderer Weise arglistige Veranstaltungen* treffen. Hiervon ist gemäß Bundesstrafgericht beispielsweise auszugehen, wo sich die Täter:innen nicht direkt an die Behörde wenden, aber damit rechnen könnten, dass diese informiert werde.<sup>702</sup>

- 412 Zum anderen sei betreffend missbräuchliche Meldungen auf den 3. Titel, *Strafbare Handlungen gegen die Ehre und den Geheim- oder Privatbereich*, im Allgemeinen und den darin befindlichen Straftatbestand der *Verleumdung* nach StGB 174 im Besonderen hingewiesen. Nach Ziff. 1 Abs. 1 dieser Norm wird bestraft, wer jemanden *wider besseres Wissen* bei einem:einer Dritten eines unehrenhaften Verhaltens oder anderer, rufschädigender Tatsachen beschuldigt oder verdächtigt. Ziff. 2 sieht eine qualifizierte Strafan drohung vor, wo der:die Täter:in *planmäßig* darauf aus ist, den guten Ruf einer Person zu untergraben.
- 413 *In puncto Pseudo-Whistleblowing* bedeutet dies, dass missbräuchliche Anschuldigungen, die ein *illegales* Verhalten zum Inhalt haben, regelmäßig von StGB 303 erfasst sein dürften,<sup>703</sup> gerade auch da, wo die Meldung nicht direkt an eine Behörde gelangt. Dort wo der Vorwurf auf ein *illegitimes* Verhalten herausläuft, dürfte im Regelfall StGB 174 greifen. Damit dürfte gegen die allermeisten Fälle (böswilligen) *Pseudo-Whistleblowings* ein hinreichender strafrechtlicher Schutz bestehen. Abschließend sei ferner darauf hingewiesen, dass darüber hinaus zivilrechtliche Schutznormen bemüht werden könnten.<sup>704</sup>
- 414 In Anbetracht aller Ausführungen erscheinen die vonseiten der Gegner von Whistleblowing oft vorgebrachten Missbrauch-Mahnungen klar nonfigurativ.

---

702 BStGer BB.2016.24 E. 2.4.1. Damit positiviert der Auffangtatbestand die Varianten der *mittelbaren Täterschaft* von StGB 303. Zum Konstrukt der mittelbaren Täterschaft vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 13 N 20 ff.

703 Gleiches würde für StGB 174 gelten – gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung konsumiert StGB 303 die *Verleumdung* jedoch; vgl. BGE 69 IV 114, 116 sowie 80 IV 58 E. 1.

704 Man denke beispielsweise an die Normen zum Persönlichkeitsschutz gemäß ZGB 28 ff.

## E. Fazit

Die Analyse der bestehenden Strafdrohungen des Kern- und Nebenstrafrechts hat erstens ergeben, dass in der Schweiz der *materielle Geheimnisbegriff*<sup>705</sup> von großer Bedeutung ist und Whistleblower:innen zweitens *de lege lata* verschiedenlichen Straftatbeständen gegenüberstehen, die sie durch ihr Verhalten erfüllen könnten. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass neben den notorischsten Tatbeständen in StGB 320 f. oder BankG 47 eine Vielzahl weiterer Strafdrohungen zu berücksichtigen sind. Weiter kann konstatiert werden, dass diese nicht alle dieselben Tatbestandsmerkmale enthalten. Vielmehr sind einige der Normen etwa als Gefährdungs- (z. B. StGB 267<sup>706</sup>), andere als Verletzungsdelikte (z. B. StGB 162<sup>707</sup>) ausgestaltet, was einen direkten Einfluss auf die Strafbarkeit der Whistleblower:innen hat. 415

Nachdem ein tatbestandsmäßiges grundsätzlich auch ein rechtswidriges Verhalten impliziert,<sup>708</sup> drängt sich an dieser Stelle die Vermutung auf, dass Whistleblowing regelmäßig ein strafrechtliches Unrecht (und – zumindest im Regelfall – auch ein strafbares Verhalten) darstellt; es sei denn, es bestünden nach geltendem Recht hinlängliche Rechtfertigungs- oder Schuldausschlussgründe. Zwecks Klärung der Frage nach dem Schutzbedürfnis von Whistleblowing, muss hernach daher untersucht werden, inwiefern sich dieses aktuell rechtfertigen oder entschuldigen lässt. 416

---

705 Vgl. 309 ff.

706 Vgl. 314 ff.

707 Vgl. 325 ff.

708 Vgl. statt vieler STRATENWERTH, StGB AT I, § 10 N 1 m. w. H.



## II. Legitimation

Im Anschluss an die obige Übersicht über die wesentlichen Tatbestände im Kern- und Nebenstrafrecht, die durch Whistleblowing verletzt werden könnten, gilt es nachfolgend zu beleuchten, ob und wie sich ein solches Verhalten *de lege lata* legitimieren lässt. Auf diese Weise sollte es gelingen, etwaige Mängel des aktuell geltenden Rechts herauszuarbeiten. 417

Nachfolgend ist daher zuerst auf die Möglichkeit der Ein- und Bewilligung sowie den Notstand einzugehen. Alsdann werden spezialgesetzliche Regelungen aufgezeigt, die unter gewissen Voraussetzungen eine rechtfertigende Wirkung zeitigen. Nachstehend wird der außergesetzliche Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen*<sup>709</sup> beleuchtet. 418

### A. Einverständnis/Einwilligung/Bewilligung

Die Fälle des Einverständnisses, der Einwilligung und der Bewilligung bieten bezüglich der oben genannten Auswahl an Tatbeständen<sup>710</sup> eine offensichtliche Möglichkeit der Exemption, auf die in einigen Fällen sogar im Gesetz verwiesen wird. StGB 321 2. sieht beispielsweise vor, dass sich der Täter nicht strafbar macht, *wenn er das Geheimnis entweder aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten (Aufsichts-) Behörde offenbart hat*. Ähnlich lautende Bestimmungen finden sich in StGB 320 2. sowie NBG 49 IV. 419

---

709 In Lehre und Rechtsprechung oft: «Wahrung», wobei PAYER trefflich ausführt, dass es sich nicht um ein bloßes «negativ-statisches Abwehrrecht» handelt, «sondern auch die Durchsetzung zukunftsgerichteter Ziele erlaubt [...]», weshalb die *Wahrnehmung* als «Oberbegriff für die Wahrung **und** die Durchsetzung berechtigter Privat- oder Allgemeininteressen» zu bevorzugen ist. PAYER, WbI,189 m. w. H. Bereits LENCKNER und vor ihm NOLL sprachen von der *Wahrnehmung* berechtigter Interessen. Vgl. LENCKNER, 243 m. w. H.

710 Vgl. Kapitel 3, 305 ff.

1. Einverständnis und Einwilligung

- 420 Was die Einwilligung betrifft, wird in weiten Teilen der schweizerischen Lehre zwischen der *tatbestandsausschließenden* und der *rechtfertigenden Einwilligung* unterschieden. Erstere schließt die Tatbestandsmäßigkeit des Täterinnen- und Täterverhaltens aus, während Letztere die Widerrechtlichkeit eines tatbestandsmäßigen Verhaltens aufhebt.<sup>711</sup> Die schweizerische Lehre ist in der Unterscheidung dieser Varianten dogmatisch unpräziser als die deutsche, da sie meist in beiden Fällen von «Einwilligung» spricht. Die herrschende deutsche Lehre bezeichnet erstere Variante indes – in Abgrenzung von einer (eigentlichen) Einwilligung – als *Einverständnis*, zumal der Begriff «Einwilligung» (im technischen Sinne) in Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeit des Verhaltens steht.<sup>712</sup> In der vorliegenden Arbeit wird daher ebenfalls von (tatbestandsausschließendem) *Einverständnis* und (rechtfertigender) *Einwilligung* gesprochen.
- 421 Eine gültige *Einwilligung* setzt voraus, dass der:die Verletzte erstens die (alleinige) Verfügungsmacht über das Rechtsgut innehat, was logisch nur der Fall sein kann, wo sogenannte *Individualrechtsgüter* geschützt werden, und dass die Einwilligung zweitens auf einer *eigenverantwortlichen Entscheidung* beruht und dass der:die Täter:in drittens von der Einwilligung *im Zeitpunkt der Tat Kenntnis* hat.<sup>713</sup>
- 422 Hinsichtlich der Geheimnisverratstatbestände ergibt sich hieraus zum einen, dass eine Einwilligung allein dort möglich ist, wo die Tatbestände Individualinteressen zu schützen suchen. Zum anderen kann eine gültige Einwilligung lediglich bestehen, wo der:die Geheimnisherr:in *vor* Verletzung des Geheimnisses explizit in die Verletzung eingewilligt hat, und zwar frei von Zwang und im Wissen um die Gesamtumstände.<sup>714</sup> Ferner sei an dieser Stelle auf die zusätzliche Überlegung OBERHOLZERS hingewiesen, wonach mit Blick auf *materielle Geheimnisse*<sup>715</sup> nur dann von einer

---

711 Vgl. hierzu beispielsweise STRATENWERTH, AT I, § 10 N 8 ff.

712 Vgl. hierzu statt vieler ENGLÄNDER, MüKomm StGB-D, Vorbemerkung zu § 32 N 14 f. sowie ESCHELBACH, BeckOK StGB-D, § 228 N 8 f.; jeweils m. w. H.

713 Vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 12 ff. (zur Verfügungsmacht), § 10 N 20 ff. (zur eigenverantwortlichen Entscheidung) sowie § 10 N 24 (zum Täter:innen-Wissen).

714 Vom Vorliegen des Grunderfordernisses der Urteilsfähigkeit der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn wird hier einmal ausgegangen.

715 Vgl. 309 ff.



Einwilligung auszugehen sei, wenn sich diese auf eine *partielle Geheimnisverletzung* (im Sinne einer Verletzung gegenüber einem ausgewählten Personenkreis) erstrecke, während andernfalls in Ermangelung des nötigen Geheimhaltungswillens aufseiten der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn bereits das Vorliegen eines materiellen Geheimnisses zu negieren sei.<sup>716</sup>

Abschließend sei in dem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass sich mit Blick auf die Einwilligung durch eine juristische Person weitere Fragen stellen. Im Lichte der Bestimmung in ZGB 55 I dürften es grundsätzlich die Organe einer Gesellschaft sein, die rechtsverbindlich einwilligen können. Inwiefern selbiges beispielsweise auch gelten kann, wenn sich verschiedene Interessen (etwa einzelner Eigentümer:innen und dem Unternehmen als solchem) entgegenstehen, ist wenigstens nicht ohne Weiteres zu beantworten.<sup>717</sup> 423

## 2. Bewilligung

In Abgrenzung zur Einwilligung ist von einer *Bewilligung* die Rede, wenn die Instanz, die der Verletzung der Geheimniswahrungspflicht zustimmt, nicht Geheimnisherr:in ist.<sup>718</sup> Dies lässt sich anhand der Normen in StGB 321 2. sowie 321<sup>bis</sup> II exemplifizieren: Die Legislative will mit diesen Normen (wenigstens primär) die (Individual-) Interessen der Klientel schützen. Besagte Klientel muss als Geheimnisherr:in in die Verletzung einwilligen können. Ferner sieht das Gesetz die *subsidiäre* Möglichkeit vor, dass stattdessen die (Aufsichts-) Behörde (StGB 321 2.) oder die Ethikkommission (StGB 321<sup>bis</sup> II) die Verletzung (schriftlich) bewilligen kann. Die 424

716 Vgl. zum Ganzen OBERHOLZER, BSK StGB II 321 N 22. Ob diesbezüglich dann von einer tatbestandsausschließenden Einwilligung auszugehen wäre, erklärt OBERHOLZER nicht. In diesem Fall wäre von einer Sonderform auszugehen. Dies beispielsweise im Gegensatz zu StGB 179<sup>bis</sup> I, wo die Einwilligung aller Beteiligten als Tatbestandsmerkmal explizit erwähnt wird und erst deren Fehlen eine Strafbarkeit zu begründen vermag. Im Resultat würde die Sonderform konzeptionell dem Grundkonzept wenigstens insofern entsprechen, als in beiden Fällen ein tatbestandsbegründendes Merkmal nicht vorläge.

717 Vgl. hierzu etwa REBSAMEN, 442 f.; zum allg. Problem der Einwilligung bei mehrpersonenbetreffenden Persönlichkeitsverletzung HAFTER, 1 ff.; exemplarisch für die Diskussion in Deutschland etwa MEISTER, 37 ff.

718 Deshalb spricht StGB 320 2. von einer «Einwilligung» durch die vorgesetzte Behörde, während in StGB 321 2. von einer «Bewilligung» die Rede ist.

Subsidiarität dieser Lösung ergibt sich beispielhaft aus dem Verweis in StGB 321<sup>bis</sup> II auf HFG 34. Darin ist statuiert, dass auf die Einwilligung *ausnahmsweise* verzichtet werden könne, wenn es (unter anderem) *unmöglich oder unverhältnismäßig schwierig* sei, eine solche einzuholen. Demzufolge darf eine Verletzung der Geheimniswahrungspflicht auf Grundlage einer Bewilligung höchstens außerordentlich und – im Gegensatz zur Einwilligung – nur da erfolgen, wo das Gesetz eine solche explizit vorsieht.

### B. Rechtfertigender Notstand

- 425 Der rechtfertigende Notstand ist in StGB 17 geregelt. Er setzt voraus, dass die Täter:innen ein eigenes oder fremdes Rechtsgut aus einer nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten suchen und dabei höherwertige Interessen wahren. Gemäß der schweizerischen Legislative und der herrschenden Meinung sind einzig Individualrechtsgüter notstandsfähig.<sup>719</sup>
- 426 Da Whistleblower:innen regelmäßig *Allgemeininteressen* zu wahren suchen, können sie sich mithin nicht auf einen rechtfertigenden Notstand berufen, sondern müssen auf die *Wahrnehmung berechtigter Interessen* als notstandsähnlichen Rechtfertigungsgrund ausweichen.<sup>720</sup>
- 427 Wie im Rahmen der Ausführungen zur *Wahrnehmung berechtigter Interessen* gezeigt wird, würde eine Berufung auf Notstand ferner regelmäßig am Erfordernis der *strikten Subsidiarität* scheitern.<sup>721</sup>

### C. Spezialgesetzliche (Rechtfertigungs-) Normen

- 428 Die schweizerische Rechtsordnung kennt ferner einzelne spezialgesetzliche Bestimmungen, die Fälle von Whistleblowing von einer Sanktionierung

---

719 Vgl. BBl 1999 2006; für die Rechtsprechung exemplarisch BGE 94 IV 68 E. 2 sowie für die Lehre, statt vieler NIGGLI/GÖHLICH, BSK StGB 17 N 5 ff. m. w. H. Betreffend die mögliche Rechtfertigung von Whistleblowing nach deutschem Recht vgl. etwa SPÄTH, 384 ff. m. w. H.

720 Vgl. hierzu am Beispiel des «Klimanotstandes» auch PAYER, Klima, 27 ff. sowie THOMMEN/MATTMANN, 29 ff.; jeweils m. w. H. Zur Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams vgl. auch ROXIN, 443 ff.; für die Schweiz etwa DOBLER, 125 ff.; jeweils m. w. H.

721 Vgl. 441 ff.; zum angesprochenen Problem insbesondere 452 ff.

ausnehmen. *Exemplarisch* wird nachfolgend auf BPG 22a und GwG 11 Bezug genommen.<sup>722</sup>

Ähnlich wie bei den Überlegungen zu Einverständnis, Einwilligung und Bewilligung muss angesichts der nachfolgenden Ausführungen konstatiert werden, dass – wie der Titel vermuten lässt – ein etwaiger Schutz nur speziellen Personengruppen zukommt. 429

### 1. Art. 22a BPG

Eine der wichtigsten Normen findet sich in BPG 22a. Wichtig insoweit, als die Norm erstens mit dem gesamten Bundespersonal einer signifikanten Anzahl an Personen einen Whistleblowing-Schutz bietet und ihr zweitens betreffend die möglichen Ausweitungen des Whistleblowing-Schutzes eine gewisse Vorbildfunktion zukommt, derer sich die Legislative bewusst zu sein scheint. Die Norm wurde 2011 infolge der Motion Gysin<sup>723</sup> sowie des darauffolgenden Postulats Marty<sup>724</sup> eingeführt. Da sich die Schweiz dem Druck der OECD und später der Europaratskommission GRECO ausgesetzt sah, deren Empfehlungen zu folgen und insbesondere als Anti-Korruptionsinstrument einen Whistleblowing-Schutz einzurichten, wurde mit BPG 22a I eine Anzeigepflicht von Officialdelikten sowie mit BPG 22a IV ein Melderecht von weiteren – nicht *per se* illegalen – Vorgängen geschaffen. Die Norm zielt damit explizit nicht allein auf die Korruptionsbekämpfung ab.<sup>725</sup> In BPG 22a V findet sich ferner ein Verbot der beruflichen Benachteiligung von Personen, die *im guten Glauben* (unter anderem) Anzeige oder Meldung erstattet haben. Letztere Norm ist insbesondere in Verbindung mit dem in BPG 34c (I a.) statuierten Kündigungsschutz zu lesen. 430

Wenngleich Abs. 5 lediglich keinerlei *berufliche Benachteiligung* vorsieht, dürfte in Bezug auf den Wortlaut in BPG 22a I klar sein, dass die darin statuierte Whistleblowingpflicht den Schluss zulässt, dass ein strafrechtlich relevantes Verhalten (beispielsweise in Form einer Amtsgeheimnisverlet- 431

---

722 Es ist nicht ausgeschlossen, dass damit nicht alle bestehenden Normen von der Arbeit erfasst werden.

723 Motion 03.3212, «Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption», vom 7. Mai 2003.

724 Postulat 03.3344, «Schutzmaßnahmen für Whistleblowers», vom 19. Juni 2003.

725 Vgl. zum Ganzen BBl 2008 8181 f. m. w. H.

zung) mithilfe StGB 14 zu rechtfertigen sein müsste.<sup>726</sup> Abs. 4 regelt ferner zwar ein bloßes Whistleblowingrecht; die Ausübung eines Rechtes muss aber gleichfalls rechtfertigende Wirkung i. S. v. StGB 14 entfalten – weil dieses andernfalls sinnentleert würde.<sup>727</sup>

- 432 Auch wenn sich die strafrechtliche Relevanz der Norm nur implizit und im Zusammenspiel mit StGB 14 ergibt: Klar scheint, dass die Tatbestandsmäßigkeit etwaiger Geheimnisverletzungen im Regelfall zu bejahen wäre, da ein Ausschluss explizit zu erfolgen hätte.<sup>728</sup> Ähnliches würde nach hier vertretener Ansicht gelten, wo die Legislative das strafrechtlich relevante Verhalten lediglich entschuldigen wollte. Rein systematisch dürfte man BPG 22a somit – i. V. m. StGB 14 – als («echte») Rechtfertigungsnorm für Whistleblowing verorten.

## 2. Art. 11 GwG

- 433 Ein weiteres Beispiel einer Spezialnorm findet sich in GwG 11. Diese schützt Finanzintermediäre, Händlerinnen und Händler (sowie deren Revisionsstelle), Selbstregulierungsorganisationen (SRO), Anwältinnen und Anwälte sowie Notarinnen und Notare unter anderem explizit vor den strafrechtlichen Konsequenzen einer Amts-, Berufs- oder Geschäftsgeheimnisverletzung, wo diese insbesondere mit der gutgläubig erstatteten Meldung i. S. v. GwG 9 einhergeht.<sup>729</sup> Die in dieser Arbeit entwickelte Definition von Whistleblowing<sup>730</sup> würde auch eine Verdachtsmeldung nach GwG 9 erfassen. Was GwG 11 anbelangt, könnte somit von einer Whistleblowing-Norm gesprochen werden.

---

726 Das Handeln *in gutem Glauben* i. S. v. Abs. 5 vorausgesetzt – ist andernfalls auch nicht von Whistleblowing auszugehen; vgl. Ausführungen zu *Pseudo-Whistleblowing* 410 ff.

727 StGB 14 legitimiert explizit diejenigen, der handelt, wie es das Gesetz «gebietet oder erlaubt». Weiter enthält beispielsweise StGB 15 (rechtfertigende Notwehr) ebenfalls einzig ein Notwehrrecht und keine Notwehrlpflicht.

728 Beispielsweise wie in § 5 des Geschäftsgeheimnisgesetzes (Deutschland), der besagt: «[...] die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses **fällt nicht unter die Verbote des § 4 [...]**», (Hervorhebung durch den Autor) und damit bereits die Tatbestandsmäßigkeit i. S. v. § 4 bereits abspricht. Vgl. hierzu LEITE, 131 f.

729 Vgl. GMÜNDER/GOROVTSOVA, 78. Ferner ist in GwG 11 neben dem Strafausschluss auch ein zivilrechtlicher Haftungsausschluss enthalten.

730 Vgl. 301 ff.

Konkret regelt GwG 11, dass besagte Personengruppen *nicht* für die (Geheimnis-) Verletzungen *belangt* werden. Fraglich ist, ob diese Formulierung tatbestandsausschließend, rechtfertigend oder schuldausschließend zu verstehen ist. Sprich, ob es sich bei GwG 11 um eine Rechtfertigungsnorm *im technischen Sinne* handelt. Die Legislative schweigt sich zum strafrechtlichen Charakter von GwG 11 aus.<sup>731</sup> 434

Ein Tatbestandsausschluss lässt sich mit Blick auf den Wortlaut ausschließen, denn dieser insinuiert, dass eine Verletzung durchaus Bestand hat, die Verletzer:innen für diese jedoch nicht zur Verantwortung gezogen werden (können).<sup>732</sup> Die Formulierung, man könne nicht belangt werden, entspricht ferner nicht einer klassischen Schuldausschlussklausel.<sup>733</sup> Weiter wäre die Schuldfrage der individuellen Täter:innen im Einzelfall zu klären – handelt es sich dabei doch um das Element der *persönlichen (oder individuellen) Vorwerfbarkeit*.<sup>734</sup> Die Verletzer:innen müssten mithin durchaus Rechenschaft ablegen. All dies sowie der Umstand, dass die Rechtswidrigkeit systematisch vor der Schuldfrage zu klären wäre, spricht dafür, GwG 11 als Rechtfertigungsnorm zu betrachten. Zu diesem Schluss kommen scheinbar auch LUCHSINGER sowie THELESKLAF, obschon sie sich mit eingangs gestellter Frage nicht (explizit) beschäftigen.<sup>735</sup> 435

731 Vgl. BBl 2007 6287.

732 Das Verb «belangen» bedeutet in der Rechtssprache gemäß DUDEN, jemanden «zur Rechenschaft/Verantwortung [zu] ziehen, [zu] verklagen»; vgl. hierzu DUDEN online, «belangen», <<https://www.duden.de/rechtschreibung/belangen>> (11. Oktober 2021). Sprachlich scheint dieser Schluss mithin zulässig.

733 Diese lautet in der Regel: «[...] handelt nicht schuldhaft [...]».

734 Vgl. hierzu statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 8 N 22 ff.

735 LUCHSINGER beschreibt zum einen (ausnahmsweise) «nicht gerechtfertigte» Meldungen und zum andern vermutet er (*in puncto* etwaiger Ehrverletzungen), dass eine Rechtfertigung via StGB 14 zu erreichen sei. Vgl. LUCHSINGER, SHK GwG II N 4, 17 f. und 21. THELESKLAF hält seinerseits in wenigen Worten fest, dass man auf Grundlage einer «systematischen Auslegung des GwG, des StGB und des OR» zum Schluss kommen müsste, dass es des GwG 11 im Grunde nicht bedürfte. Bezüglich die strafrechtlichen Belange scheint er insinuiert zu wollen, dass eine gegebenenfalls vorkommende Strafbarkeit in Anwendung von StGB 14 (beispielsweise i. V. m. GwG 9) auch ohne GwG 11 entfallen müsste. Vgl. THELESKLAF, OFK GwG II N 4. Ob die Einschätzung von THELESKLAF juristisch tragfähig ist, kann an dieser Stelle offenbleiben. Allein aus dem Umstand, dass die Legislative sich aufgrund der Feststellungen in einem Länderbericht, nach denen die Rechtslage in der Schweiz eine Verurteilung zulassen würde, entschlossen hat, GwG 11 anzupassen, lässt sich jedoch schließen, dass die Legislative die Rechtsansicht von THELESKLAF anscheinend nicht teilt. Vgl. hierzu BBl 2007 6287 sowie LUCHSINGER, SHK GwG II N 4–9.

- 436 GwG II ist – wie BPG 22a –<sup>736</sup> als Rechtfertigungsnorm zu verstehen. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf die Verletzung etwaiger (Geheimnisverrats-) Tatbestände aus dem Kernstrafrecht dürfte sich im Zusammenspiel mit StGB 14 ergeben.
- 437 Wie die bisherigen Ausführungen in diesem Kapitel offenbaren, reichen die bisher dargestellten Rechtfertigungsgründe nicht aus, Whistleblowing gesamthaft (oder wenigstens in befriedigendem Maße) zu rechtfertigen. Zwar entfalten die erläuterten *spezialgesetzlichen* Normen eine rechtfertigende Wirkung – es kann sich jedoch nur darauf berufen, wer aufgrund seiner beruflichen Stellung von den Schutznormen erfasst ist. Dieser Personenkreis ist beschränkt. Ferner ergibt sich weder aus den bestehenden Regelungen zum Notstand – geschweige denn aus den Überlegungen zu Einverständnis, Einwilligung und Bewilligung – eine (hinreichende) Rechtfertigung.
- 438 Die vorliegenden Betrachtungen sind deshalb nachfolgend auf *außergesetzliche Rechtfertigungsgründe* auszuweiten.

#### D. Außergesetzliche Rechtfertigung

- 439 Nachstehend ist auf den *außergesetzlichen, notstandsähnlichen*<sup>737</sup> Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen* einzugehen. Dieser bildete, wie in der Einleitung ausgeführt,<sup>738</sup> bis im Frühjahr 2022 Ausgangspunkt der legislatorischen Bemühungen<sup>739</sup> und der politischen Debatte. Als außergesetzlicher Rechtfertigungsgrund hat die Wahrnehmung berechtigter Interessen zumindest theoretisch das Potenzial, *allen* Whistleblowerinnen und Whistleblowern eine Rechtfertigung ihres deliktischen Handelns zu ermöglichen.

---

736 Vgl. 432.

737 Vgl. 425 f. Für die deutsche Lehre unterscheidet ESER zwischen drei Lehrmeinungen betreffend die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Zum einen die herrschende Meinung, die von einem Fall des allgemeinen Güterabwägungsprinzips ausgehe – darunter fallen als Teilkategorie auch diejenigen, die in der Wahrnehmung berechtigter Interessen einen übergesetzlichen Notstand erkennen – zum andern die Auffassung, die sie als erlaubtes Risiko versteht und zum dritten diejenige, die sie als eine Ausprägung des Grundrechts auf Meinungsäußerungsfreiheit verortet. Vgl. ESER, 27 ff. m. w. H.

738 Vgl. 10 f. sowie 492 ff.

739 Parlamentarische Initiative 12.419.

Nachfolgend sollen deren konstitutiven Voraussetzungen, wie sie sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben, erläutert werden. Dabei soll insbesondere die Frage geklärt werden, inwiefern der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen in seiner aktuellen Form Whistleblowing zu rechtfertigen vermag beziehungsweise in welchem Umfang sich oben angekündigtes Potenzial realisieren lässt. 440

## 1. Zum Rechtfertigungsgrund

Gemäß Bundesgericht könne die Wahrnehmung berechtigter Interessen nur zur Rechtfertigung angerufen werden, *«wenn die Tat ein notwendiges und angemessenes Mittel ist, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen, die Tat also insoweit den einzigen möglichen Weg darstellt und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht»*.<sup>740</sup> 441

Der Wortlaut erinnert nicht zufällig an die aktuelle Formulierung des rechtfertigenden Notstandes in StGB 17. Da der Rechtfertigungsgrund gemäß Bundesgericht das negative Potenzial habe, den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz auszuhöhlen und zu unterlaufen,<sup>741</sup> seien die (restriktiven) Voraussetzungen analog StGB 17<sup>742</sup> abzuverlangen.<sup>743</sup> Dass die Notstandsvoraussetzungen indes nicht *tel quel* zu übernehmen sind, zeigen 442

740 Vgl. BGE 146 IV 297 E. 2.2.1; 134 IV 216 E. 6.1; 127 IV 122 E. 5.c); 126 IV 236 E. 4.d). In der italienischen Fassung 127 IV 166 E. 2.b).

741 Vgl. BGE 129 IV 6 E. 3.3.

742 Beziehungsweise der zum Urteilszeitpunkt (20. April 1989; vgl. 743) gültigen Notstandsregelung in Art. 34 aStGB, der – anders als der heutige StGB 17 – wenigstens nicht *expressis verbis* eine «Wahrung höherwertiger Interessen» vorsah, sondern den Schutz eigener (in Ziff. 1) sowie fremder Güter (in Ziff. 2) von der *Zumutbarkeit* dessen Preisgabe (wenigstens nach heutigem Verständnis einem Element der *Schuld*; vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 8 N 25) abhängig machte. Die damalige Formulierung ähnelte eher dem heutigen StGB 18 (zum entschuldbaren Notstand). Nur die heute in StGB 17 befindliche Klausel *«aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu retten»* fand sich in Art. 34 aStGB. Dennoch vereinte Art. 34 aStGB gemäß damalig herrschender Lehre und Rechtsprechung in sich sowohl den rechtfertigenden als auch den entschuldbaren Notstand – wobei Ersterer unter anderem ebenfalls die *«Wahrung des höherwertigen der widerstreitenden Interessen»* voraussetzte (vgl. STRATENWERTH, (a)AT I, § 10 N 49 ff.; TRECHSEL, (a)AT I, 107 ff. sowie 146 ff.; DERS., KK aStGB 34 N 1 sowie 14 zur Kasuistik; jeweils m. w. H.).

743 Vgl. BGE 115 IV 75 E. 4.b) m. w. H.

die nachfolgenden Ausführungen. Aus genannter Definition<sup>744</sup> ergeben sich folgende Merkmale:

- 443 Es bedarf eines *berechtigten Ziels* – sprich: eines *berechtigten Interesses*. Klar ist dahingehend, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl private als auch allgemeine Interessen als schutzwürdig in Betracht kommen;<sup>745</sup> anders als beim Notstand, wo gemäß herrschender Lehre und Rechtsprechung (im Unterschied beispielsweise zu Deutschland<sup>746</sup>) allein die Wahrung von Individualinteressen geschützt ist.<sup>747</sup> Anlässlich der Verfolgung jenes Interesses muss der/die Täter:in – in Anlehnung an StGB 17 – in der Wahl seiner Mittel *strikt subsidiär*<sup>748</sup> handeln und die verfolgten Interessen müssen *proportional*<sup>749</sup> zu den verletzten sein.<sup>750</sup> Die zur Verfolgung des berechtigten Ziels begangene Tat muss mithin einer *Verhältnismäßigkeitsprüfung*<sup>751</sup> standhalten. Hinsichtlich der subjektiven Seite muss der Täter in der *Absicht* handeln, das berechtigte Ziel/Interesse zu verfolgen.<sup>752</sup>

---

744 Vgl. 441.

745 So auch PAYER, WbI, 189 m. w. H. in Fn. 30 und 3.

746 Vgl. hierzu statt vieler PERRON, Komm StGB-D, § 34 N 10 m. w. H.

747 Vgl. hierzu statt vieler NIGGLI/GÖHRlich, BSK StGB I, 17 N 5 m. w. H.

748 Ergibt sich aus dem Passus: «[...] ein notwendiges und angemessenes Mittel [...] insoweit (also) den einzigen möglichen Weg darstellt». Insbesondere im Lichte der neuerlichen Rechtsprechung in BGE 146 IV 297 E. 2.2.1.: «Sowohl der rechtfertigende wie der entschuldbare Notstand [...] [sowie] die Notstandshilfe steh[en] deshalb unter der Voraussetzung der **absoluten Subsidiarität**. Entsprechendes gilt für den außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der **Wahrung berechtigter Interessen** [...]» (Hervorhebungen durch den Autor).

749 Ergibt sich aus dem Passus: «[...] und offenkundig weniger schwer wiegt als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht».

750 Jene Begrifflichkeiten verwendet auch das Bundesgericht; vgl. die italienischsprachige Variante, BGE 127 IV 166 E. 2.b). In der deutschsprachigen Variante ist neuerdings auch von strikter oder «absoluter» Subsidiarität die Rede. Vgl. BGE 146 IV 297 E. 2.2.1.

751 Also die Klärung der Fragen, ob das gewählte Vorgehen/Mittel *geeignet, erforderlich* und *angemessen* (oder *verhältnismäßig i. e. S.*) war. Ähnliches ergibt sich aus der Analyse des Kollegen PAYER. Vgl. DERS., WbI, 191 f. m. w. H.

752 Dies ergibt sich scheinbar aus dem Passus: «[...] um ein berechtigtes Ziel zu erreichen [...]». So auch PAYER, WbI, 189 f. m. w. H. Fraglich scheint, ob bereits eine eventualvorsätzliche Interessenverfolgung ausreichend wäre; unter Beachtung der gewählten Formulierung ist dies jedoch abzulehnen.



Aus der Systematik bei PAYER<sup>753</sup> ergeben sich weitere, mögliche Kriterien. Er unterscheidet: «3. Keine abschließende Entscheidung des Interessenkonfliktes durch das geltende Recht»<sup>754</sup> und «4.3 Ausschöpfung des Rechtswegs»<sup>755</sup>. Das Bundesgericht erwägt einmal: «Auch für den Bereich des Urheberrechts muss gelten, dass Interessenkonflikte [...] jedenfalls in der Regel im Urheberrechtsgesetz selber abschließend entschieden sind und eine Berufung [...] auf den außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen nur ausnahmsweise in Betracht kommt»<sup>756</sup>, und andernorts: «Voraussetzung für den Rechtfertigungsgrund [...] ist daher grundsätzlich, dass zuvor der Rechtsweg [...] beschritten und ausgeschöpft worden ist.»<sup>757</sup> Es drängt sich diesbezüglich die Frage auf, ob jene Kriterien tatsächlich unterscheidbar sind oder ob es sich nicht vielmehr um zwei Seiten derselben Medaille handelt. Weiter ist zu prüfen, ob sich die Kriterien als Voraussetzungen eignen.

Klar ist, dass bei Fehlen von gesetzlichen Regelungen für den Konflikt das Kriterium der Ausschöpfung des Rechtsweges dahinfallen muss. Ferner muss in Anbetracht des ersten Zitats konstatiert werden, dass sich diese Voraussetzung im Grunde aus dem Legalitätsprinzip in BV 5 sowie der methodischen Grundlage zur Rechtsanwendung in ZGB 1<sup>758</sup> ergibt: Das geschriebene Recht ist der Rechtsfindung *praeter legem* (Gewohnheits- oder Richterrecht) vorzuziehen.<sup>759</sup> Weiter beschreiben beide Zitate einen Regelfall,<sup>760</sup> von dem gemäß der Rechtsprechung ausnahmsweise abgewichen werden kann. So wurde beispielsweise in BGE 117 IV 170 festgehalten, dass auf die Ausschöpfung des Rechtsweges (und damit die Berücksichtigung der bestehenden gesetzlichen Regelungen) verzichtet werden könne, wenn «das angestrebte, hochwertige Ziel innert vernünftiger Frist auf lega-

753 Die wiederum aus den bundesgerichtlichen Ausführungen abgeleitet ist. PAYER, WbI, 189.

754 Vgl. PAYER, WbI, 190 mit Hinweis auf BGE 120 IV 208 E. 3a.

755 Vgl. PAYER, WbI, 192 mit Hinweis auf BGE 129 IV 6 E. 3.3 m. w. H.

756 BGE 120 IV 208 E. 3a.

757 BGE 129 IV 6 E. 3.3.

758 Diese gilt für das öffentliche Recht im Allgemeinen und (mit Einschränkungen) für das Strafrecht. Vgl. hierzu statt vieler HONSELL, BSK ZGB 1 N 8 m. w. H.

759 Vgl. hierzu statt vieler HONSELL, BSK ZGB 1 N 8 ff., 20 und 23 jeweils m. w. H. Ähnlich auch PAYER, WbI, 190 m. w. H.

760 BGE 120 IV 208 E. 3a. besagt: «[...] in der Regel [...]» und «[...] nur ausnahmsweise [...]». BGE 129 IV 6 E. 3.3. meint: «Voraussetzung [...] ist daher **grundsätzlich** [...]» (Hervorhebung durch den Autor).

lem Wege nicht erreicht werden kann».<sup>761</sup> Medienschaffenden attestierte das Bundesgericht – in Nachachtung des verfassungsmäßigen Rechts in BV 17 – dahingehend eine noch weitreichendere Ausnahmestellung. Diese dürften sich auch ohne Zeitnot auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen stützen, selbst wenn die Beschreitung des Rechtswegs möglich gewesen wäre.<sup>762</sup>

- 446 Aus der Betrachtung der Genese dieses Kriteriums ergeht somit, dass eine Berufung auf den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen selbst dann möglich sein muss, wenn ausführliche rechtliche Bestimmungen zur Konfliktlösung bestehen. Dies, obschon das Bundesgericht das vermeintlich erste Kriterium in jüngerer Entscheidung, BGE 146 IV 297, gar als scheinbar absolutes verstanden haben will – wird es dort wie folgt umschrieben: «Der [...] *übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen* [...] kommt nur zum Tragen, wenn das geltende Recht den Konflikt nicht bereits abschließend geregelt hat [...]».<sup>763</sup> Dabei stützt es sich als einzige Quelle auf TRECHSEL/GETH<sup>764</sup>, die sich ihrerseits einzig auf den oben zitierten BGE 120 IV 208 berufen. Eine Begründung, weshalb auf den ursprünglichen Ausnahmeverbehalt<sup>765</sup> zu verzichten wäre, ist den genannten Quellen indes nicht zu entnehmen und erschließt sich nicht. Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass das Bestehen rechtlicher Bestimmungen (und deren Vorrang) für sich betrachtet kaum ein nennenswertes Kriterium zu konstituieren vermag.
- 447 Ähnliches kann im Hinblick auf die *Ausschöpfung* eines etwaigen Rechtsweges gesagt werden, denn jene Möglichkeit ist bereits angelegentlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung – genauer bei der Frage nach dem geeigneten, milderem Mittel – zu berücksichtigen, da die Beschreitung des Rechtswegs in aller Regel (unter Berücksichtigung der genannten Ausnahmen<sup>766</sup>) ein mildereres Mittel zur Verfolgung des berechtigten Ziels darstellen dürfte.<sup>767</sup>

---

761 BGE 117 IV 170 E. 3c.

762 Vgl. zum Ganzen BGE 6B\_225/2008 E. 3.5.

763 BGE 146 IV 297 E. 2.2.1. m. w. H.

764 TRECHSEL/GETH, StGB 14 N 13.

765 Vergleicht man die oben zitierte Formulierung in BGE 120 IV 208 E. 3a. mit derjenigen in BGE 146 IV 297 E. 2.2.1., kommt man nicht umhin festzustellen, dass sich das Bundesgericht in früherer Entscheidung einer vorsichtigeren Formulierung bediente. Wie obige Betrachtung zu den Ausführungen in BGE 117 IV 170 E. 3b. ferner zeigen, enthielt die frühere Formulierung nicht zufällig einen expliziten Vorbehalt.

766 Vgl. 445.

767 Zu einem ähnlichen Schluss kommt wohl auch PAYER. Vgl. hierzu PAYER, WbI, 192 f. m. w. H.

Somit kann bis hierher festgehalten werden, dass der notstandsähnliche, 448  
 außergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Inter-  
 essen – in Anlehnung an StGB 17 – (einzig) voraussetzt, dass der:die  
 Täter:in ein *berechtigtes Interesse* (oder *Ziel*) verfolgt und dabei in Mittel-  
 wahl und -einsatz den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* strikt einhält.

## 2. Etwaige Hürden für Whistleblower:innen

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, *wie* ein Ziel geartet sein muss, 449  
 um nach Ansicht des Bundesgerichts als *berechtigtes* zu gelten. Während so-  
 wohl private als auch allgemeine Interessen infrage kommen,<sup>768</sup> ist in Bezug  
 auf Letztere die Einschränkung zu berücksichtigen, dass ein allzu abstraktes  
 Allgemeininteresse (beispielsweise ein allgemeines Informationsbedürfnis  
 der Öffentlichkeit) nach Ansicht des Bundesgerichts nicht als berechtigtes  
 Interesse gelten dürfe.<sup>769</sup> Dies ist in Hinsicht auf Fälle von Whistleblowing  
 insofern beachtlich, als sich diese eher selten auf den Schutz von Individ-  
 ualinteressen berufen können, sondern durch ihr Verhalten Allgemeininter-  
 essen zu wahren suchen. Im Schrifttum wurde der Versuch unternom-  
 men, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zusammenzufassen, und zwar  
 dahingehend, dass entweder verfassungsmäßig garantierte Freiheitsrechte  
*ausgeübt* oder sozial erwünschte oder gebilligte Zustände (auf Kosten ander-  
 er Interessen) *hergestellt* werden müssen.<sup>770</sup> In Anbetracht der bundesge-  
 richtlichen Rechtsprechung ist indes zu konstatieren, dass *Whistleblowing*  
 bislang meist nicht als *Herstellung eines sozial erwünschten oder gebilligten*  
*Zustandes* verstanden wird.<sup>771</sup>

Das augenfälligste Problem liegt nicht in der Art des verfolgten Interesses, 450  
 denn es ist denkbar, dass ein ausreichend bestimmbares Allgemeininteresse  
 geltend gemacht werden kann, sondern vielmehr in der besagten Verhält-  
 nismäßigkeitsprüfung – genauer in der *strikten Subsidiarität*.<sup>772</sup> Das Prob-  
 lem ist dabei ein zweifaches:

768 Vgl. 443.

769 Vgl. hierzu PAYER, WbI, 189 m. w. H. in Fn. 34.

770 Vgl. zum Ganzen PAYER, WbI, 189 m. w. H. in Fn. 32.

771 Vgl. hierzu exemplarisch die Begründung im Falle der bereits eingangs dieser Arbeit  
 angesprochenen Sozialarbeiterinnen des Kantons Zürich; BGE 6B\_305/2011 E. 4.

772 So moniert auch RIKLIN die strenge Praxis des Bundesgerichts mit Blick auf die  
 Erforderlichkeit, wenigstens dann, wenn sich unterschiedlich geeignete Mittel ge-

451 Zum einen bietet die Frage nach dem *geeigneten, milderem Mittel* den Gerichten regelmäßig die Möglichkeit, bei der Findung alternativer Handlungswege der eigenen Fantasie nahezu freien Lauf zu lassen. Dies ergibt sich in Zusammenhang mit der bei vielen Whistleblowing-Konstellationen fehlenden oder schwer fassbaren *Unmittelbarkeit der Gefahr*. Dabei handelt es sich um eine Voraussetzung des Notstandes. Der Grad der Unmittelbarkeit fließt dort indirekt auch in die Beurteilung des milderen Mittels ein: Je länger der:die gefährdete Rechtsgutsträger:in Zeit hat, nach milderen Lösungsansätzen zu suchen, desto mehr mildere Mittel wird er:sie finden können und desto mehr ist er:sie gehalten, daraus das allermildeste zu wählen oder sich frühzeitig von der entstehenden Gefahrenquelle zu entfernen und so eine sich abzeichnende Notstandssituation gar nicht erst entstehen zu lassen.<sup>773</sup> Zwar lässt sich, wie gezeigt,<sup>774</sup> die Voraussetzung der Unmittelbarkeit der bundesgerichtlichen Definition für die Wahrnehmung berechtigter Interessen nicht entnehmen – scheinbar hat sie aber dennoch Einfluss auf die Erwägungen. Im oben erwähnten Fall erwog das Bundesgericht, dass die Whistleblowerinnen verschiedenste interne und gegebenenfalls auch externe Stellen hätten kontaktieren können, bevor sie den Medien *Interna* zuspielten. Diesen expliziten Erwägungen lagen vermutlich die impliziten Überlegungen zugrunde, dass die Whistleblowerinnen nicht *unmittelbar* zur Gefahrenabwehr veranlasst waren.<sup>775</sup> Als mögliche interne Stellen wurden der Rechtsdienst, die Ombudsstelle und die Geschäftsprüfungskommission ins Feld geführt. All dies mit dem minimalen (und rein formalistischen) Zugeständnis, dass den Whistleblowerinnen «*wohl [...]*

---

genüberstehen. Nach ihm wird diesbezüglich übersehen, dass es um die *geeignetesten* aller zur Verfügung stehenden Möglichkeiten geht. Vgl. RIKLIN, 545 und 548.

773 Wer von einem wilden Bären verfolgt wird, dem wird vonseiten des Gerichts kaum abverlangt, zu überlegen, auf welchem Wege er am *schonendsten* in die schützende Waldhütte eindringen könnte. Zieht sich jedoch auf der Wanderung im hochalpinen Gebirge langsam ein Sturm zusammen, wird der Gefährdete an einer umfassenderen Prüfung seiner Handlungsalternativen gemessen werden. Er wird erst im äußersten Notfall und unmittelbar vor Eintritt der Gefahr in die rettende SAC-Hütte einbrechen dürfen. Vgl. hierzu auch STRATENWERTH, AT I, § 10 N 45. Noch wichtiger ist die Erwägung, was sogenannte *Dauergefahren* betrifft. Vgl. hierzu statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 43.

774 Vgl. 441 ff.

775 Auch ESER erkennt darin einer der Schwachpunkte des Verständnisses der Wahrnehmung berechtigter Interessen als notstandsähnlicher Rechtfertigungsgrund. Vgl. ESER, 29 f. m. w. H.

nicht abverlangt werden [konnte], dass sie **alle** Ämter und Behörden kontaktierten, die als Ansprechpartner irgendwie in Betracht kommen könnten». <sup>776</sup>

Diese Ausführungen exemplifizieren ferner den zweiten Aspekt des Problems: Es wird Whistleblowerinnen und Whistleblowern faktisch nicht nur abverlangt, dass sie sich intensiv mit der Frage auseinandersetzen, an welche internen oder externen Stellen sie gelangen könnten, sondern vielmehr, dass sie im Vorhinein richtig prophezeien, welche Stellen in einer späteren gerichtlichen Beurteilung als *geeignete Alternativen* gegen sie ins Feld geführt werden könnten. Dass diese – meist laienhaften<sup>777</sup> – Prognosen regelmäßig verdammt sind fehlzulaufen, ist offensichtlich. Wird es den Gerichten doch (fast) immer gelingen, aus der Fülle an theoretisch geeigneten Ämtern und Behörden eine weitere, geeignete Anlaufstelle hervorzubringen.<sup>778</sup> Es sei denn, man gehe als Whistleblower:in tatsächlich *alle* Ämter und Behörden an. Ein Vorgehen, das einem vonseiten des Gerichts alsdann notgedrungen als noch eklatantere Verletzung des Amtsgeheimnisses angelastet werden müsste.

Ob Whistleblower:innen die vermeintlich fehlende Unmittelbarkeit der Gefährdung vorgeworfen werden sollte, ist vor dem Hintergrund der nachfolgenden Überlegung mindestens in Zweifel zu ziehen. Zwar wirkt das Bestreben des Bundesgerichts, mit einer enorm restriktiven Anwendung des außergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen vorzubeugen, dass der Rechtsgüterschutz ausgehöhlt und unterlaufen werde, *prima vista* einleuchtend und begrüßenswert. Der Notstand (StGB 17) setzt aber eine *strikte Subsidiarität* aus der Überlegung voraus, dass beim Notstand zur Gefahrenabwehr regelmäßig in Rechtsgüter *unbeteiligter Dritter* eingegriffen werden muss, um das bedrohte Rechtsgut

776 Vgl. zum Ganzen BGE 6B\_305/2011, E. 4.2. (Hervorhebung durch den Autor). Vgl. auch die Ausführungen KONOPATSCHS zum Problem der strikten Subsidiarität, wobei sie den hier besprochenen Erwägungen des Bundesgerichts – im Vergleich zum ersten Entscheid aus dem Jahre 1968 betreffend den damaligen Detektivwachtmeister Meier – wenigstens ein teilweises Zugeständnis an Whistleblower:innen entnehmen will, insofern als sie die Ausführungen so interpretiert, dass das Bundesgericht die Berichterstattung an *eine* externe Stelle hätte genügen lassen. Vgl. KONOPATSCHE, Whistleblowing Schweiz, S. 220 m. w. H.

777 Die meisten Whistleblower:innen sind keine Rechtsexpertinnen und -experten und/oder Prophetinnen und Propheten.

778 Was das Bundesgericht in seinem oben zitierten Statement implizit sogar eingestand.

zu schützen.<sup>779</sup> In vielerlei Whistleblowing-Konstellationen ist hingegen zumindest zweifelhaft, inwiefern ein illegal (oder zumindest illegitim) handelndes Amt oder Unternehmen – gerade, wenn es durch spätere Whistleblower:innen bereits auf die ein oder andere Weise auf den Missstand aufmerksam gemacht wurde – als gleichermaßen «unbeteiligt» verstanden werden kann.<sup>780</sup>

- 454 Schließlich ist auch der letzte Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht unproblematisch – die Frage nach der *Proportionalität* der Verletzung. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob durch die Geheimnisverletzung *klar höherwertige Interessen gewahrt* wurden. Diese Bewertung ist nicht zuletzt von rechtspolitischen Überlegungen beeinflusst. In der frei-marktwirtschaftlich organisierten Schweiz, in der finanzielle Interessen bekanntermaßen eine wichtige Rolle spielen, dürfte der Schutz von Geheimnisinteressen juristischer Personen (insbesondere namhafter Steuersubjekte) regelmäßig hoch gewichtet werden. Auch dem staatlichen Geheimnisschutz – gerade, wo er der Sicherheit und Integrität der Eidgenossenschaft und/oder einem seiner Kantone dient – kommt eine große Bedeutung zu. Diese Gewichtung wird zusätzlich dadurch verstärkt, dass Whistleblower:innen in der Schweiz (zu Unrecht<sup>781</sup>) noch immer als Plage denn als Segen verstanden werden. Vor diesem Hintergrund wird es regelmäßig nur in den eindeutigsten aller Fälle gelingen, aufzuzeigen, dass durch den Geheimnisverrat in der Tat wichtigere als wirtschaftliche oder (Staatssicherheits-) Interessen gewahrt wurden.

---

779 Vgl. statt vieler STRATENWERTH, AT I, § 10 N 43. Um auf das Beispiel in Fn. 773 zurückzukommen: Um sich vor dem wilden Bären in Sicherheit zu bringen, muss man in die fremde Waldhütte einbrechen (Hausfriedensbruch und gegebenenfalls Sachbeschädigung). Ähnliches konstatiert auch KONOPATSCH, wenn sie zur Erkenntnis gelangt, dass den öffentlichen Interesse Aufdeckung von Missständen ein berechtigtes Interesse der Arbeitgeber:innen an der Wahrung von Loyalitäts- und Treuepflichten sowie an der Aufrechterhaltung des guten Rufs sowie sonstiger Geheimhaltungsinteressen entgegenstünde und daher eine an keinerlei Voraussetzung gebundene Informationsweitergabe «weder rechtsstaatlich vertretbar noch gesellschaftspolitisch wünschenswert» sei. Vgl. zum Ganzen KONOPATSCH, Whistleblowing Schweiz, 222 f.

780 Im Gegenteil könnte das fehlbare Unternehmen oder die fehlbare Behörde als Angreifer:innen der berechtigten Interessen betrachtet werden. Vgl. hierzu auch die nachfolgenden Ausführungen zu den Erwägungen der EU unter 503 f.

781 Vgl. 22 ff., insbesondere 110 f.

## E. Konklusion

Im Hinblick auf die aktuellen Rechtfertigungsmöglichkeiten von Whistleblowing in der Schweiz lassen sich folgende Schlüsse ziehen: 455

Aus den obigen Ausführungen zu *Einverständnis, Einwilligung und Bewilligung*<sup>782</sup> geht hervor, dass die Legitimation kraft einer *Einwilligung* beispielsweise bezüglich StGB 267 oder 293 von vornherein nicht infrage kommen kann – schützen diese doch keine Individualinteressen.<sup>783</sup> Wie erläutert, fällt eine Exemption infolge Bewilligung ferner in Ermangelung der hierfür notwendigen gesetzlichen Grundlage dahin. 456

Betreffend Whistleblowing ist weiter anzumerken, dass ein solches wenigstens im Regelfall gerade dann vorliegt, wenn der:die Geheimnishaft:in sich weigert, in die Verletzung einzuwilligen.<sup>784</sup> Aufgrund der genannten Voraussetzungen einer Einwilligung<sup>785</sup> kann der:die Geheimnishaft:in zudem – sollte er:sie denn mit dem Whistleblowing wider Erwarten einverstanden sein – nachträglich keine rechtsgültige Einwilligung in die Verletzung mehr vornehmen. 457

Die Ein- und Bewilligung bietet Whistleblowerinnen und Whistleblowern somit keinen strafrechtlichen Schutz. 458

Ähnliches lässt sich angesichts obiger Ausführungen zum außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der *Wahrnehmung berechtigter Interessen*<sup>786</sup> sagen. Zwar böte dieser – theoretisch – den weitreichendsten Schutz für Whistleblower:innen.<sup>787</sup> Wie die bundesgerichtliche Praxis indes zeigt, macht die strenge Auslegung der Voraussetzungen – insbesondere die geforderte *strikte Subsidiarität* und *Proportionalität* – das rechtfertigende Potenzial zunichte. 459

---

782 Vgl. 419 ff.

783 Vgl. 326 und 334.

784 Beispielsweise weil er oder sie den gesetzlichen Geheimnisschutz derart zweckentfremdet, als dass dieser nur dazu dient, illegale oder illegitime Machenschaften geheim zu halten.

785 Vgl. 420.

786 Vgl. 439 ff.

787 Ergänzend hierzu macht KONOPATSCHE geltend, dass der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen «dem Erfordernis einer stark einzelfallbezogenen Betrachtungsweise» besser gerecht werde als eine auf bestimmte Fallkonstellationen zugeschnittene (und mithin an konkrete Voraussetzungen geknüpfte) Strafbestimmung zu Whistleblowing. KONOPATSCHE, Whistleblowing Schweiz, 223.

## II. Legitimation

- 460 Den besten Schutz bieten die *spezialgesetzlichen Normen*<sup>788</sup> in BPG 22a sowie GwG 11. Beide ermöglichen eine Rechtfertigung von Geheimnisverratsverletzungen im Zuge von Whistleblowing via StGB 14. Problematisch ist einzig, dass die Normen nicht allen Whistleblowerinnen und Whistleblowern zur Rechtfertigung dienen können; vorausgesetzt ist vielmehr eine Unterstellung der Täter:innen unter eines der genannten Spezialgesetze.
- 461 Eine umfassende oder wenigstens weitreichende Legitimation ist *de lege lata* somit unerreicht und auch nicht ohne Weiteres zu erreichen.
- 462 Im nachfolgenden Teil der Arbeit sind daher Lösungsansätze zu entwickeln, die einen befriedigenden, strafrechtlichen Whistleblowing-Schutz gewährleisten.

---

788 Vgl. 428 ff.



### 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 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> 467

Die Gegenpositionen wären indes überwiegend in der Überzeugung zu 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-Nutzen-Kalküls zulassen würden, während individuell-konkrete Einzelfallabwägungen auf Rechtswidrigkeitsebene zu erfolgen hätten.<sup>807</sup> 468

Die Befürworter:innen scheinen insoweit gehört worden zu sein, als § 5 2. 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, insbesondere zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen* 469

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 Tatbestandsebene 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 KONOPATSCHEHMANN, 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. KONOPATSCHEHMANN, 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> beschrieben.

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 Auskunft 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 Treupflicht 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 laufen-  
 den 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 Ausarbei-  
 tung eines konkreten Entwurfes zuzuwarten, nur um das Geschäft – nach  
 vorangegangener Abschreibung der geplanten Änderung des Obligationen-  
 rechts 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 Zwi-  
 schenzeit aus dem Parlament ausgeschieden ist und sich keiner der verblei-  
 benden 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 Kom-  
 mission 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-parla-  
 ment/parlamentsw%C3%6rterbuch/parlamentsw%C3%B6rterbuch-detail?WordId  
 =166](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 III.

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, berechnete 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 Rechtfertigungsgrund

---

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 KONOPATSCHEK, 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 11 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. 11 Abs. 1).

Für beide Meldekanäle gilt weiter, dass sie den Eingang einer Meldung 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. 11 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). 510

Weiter enthält die Richtlinie *Vorschriften* zum Umgang mit und zur Aufbewahrung 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-* 511

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 auszugswise 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 wesentlich 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> KONOPATSCH<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 KONOPATSCH, Whistleblowing Österreich, 155 m. w. H.; ähnlich MEYER, 323 m. w. H.

866 Vgl. zum Ganzen KONOPATSCH, 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 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.

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

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 übertragen 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> anbelangt, 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 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. 524

Nachfolgend sind die erstrebenswertesten Lösungsvarianten des Gesetzesentwurfs sowie der Neuorientierung weiterzuentwickeln. 525

---

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 vernünftig engen Anwendungsbereichs ist jene *Schutzwürdigkeit* zu definieren. Eine solche ist aus genannten Gründen hinsichtlich *illegaler Tatsachen* abzusprechen. 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 *irrten*. 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.





## Literaturverzeichnis

- BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Bern 2015 (zit. BEARBEITER/-IN, SHK DSG)
- BARANOWSKI ANNE/GLASSL RAMÓN, Whistleblowing in Recht und Praxis – und ein bisschen Datenschutz, in: CB 2018, 271 ff.
- BROWN A. J. (Hrsg.), Whistleblowing in the Australian Public Sector, Enhancing the theory and practice of internal witness management in public sector organisations, Canberra 2008
- BROWN A. J./LEWIS DAVID/MOBERLY RICHARD/VANDEKERCKHOVE WIM (Hrsg.), International Handbook on Whistleblowing Research, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2014 (zit. BEARBEITER/-IN, Int. Handbook)
- CARRANZA CARLOS JAÏCO/MICOTTI SÉBASTIEN, Whistleblowing, Perspectives en droit suisse, Genf/Zürich/Basel 2014
- DE GEORGE RICHARD T., Whistle-blowing, in: Enderle Georges *et al.* (Hrsg.), Lexikon der Wirtschaftsethik, Freiburg/Basel/Wien 1993, 1275 ff.
- DEISEROTH DIETER, Zivilcourage am Arbeitsplatz – «Whistleblowing», in: Meyer/Dovermann/Frech/Gugel (Hrsg.), Zivilcourage lernen: Analysen – Modelle – Arbeitshilfen, Bonn 2004, 124 ff.
- DOBLER PHILIPP, Recht auf demokratischen Ungehorsam: Widerstand in der demokratischen Gesellschaft – basierend auf den Grundprinzipien des Kritischen Rationalismus, Diss. Freiburg i. Ü. 1995
- DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), StGB Kommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch mit V-StGB-MStG und JStG, 20. Auflage, Zürich 2018 (zit. BEARBEITER, OFK StGB)
- DONOTO JESSICA, Whistleblowing, Handlungsempfehlungen für eine nutzenstiftende Umsetzung in deutschen börsennotierten Unternehmen, Diss. Dortmund, Frankfurt a. M. 2009
- EDWARDS SHALENE, Die Rechtmäßigkeit von Whistleblowing in der Öffentlichkeit nach der EMRK und nach deutschem Recht, Die Gesetzeslage und Gesetzgebungsvorschläge, Diss. Münster 2016, Frankfurt am Main 2017
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. BEARBEITER/-IN, SG Komm BV ... N...)
- EICKER ANDREAS, Zur prozeduralen Rechtfertigung von Whistleblowing in der Privatwirtschaft nach Schweizer (Straf-) Recht *de lege ferenda*, in: NK 2/2012, 68 ff. (zit. EICKER, Whistleblowing)
- EICKER ANDREAS, Zur Strafbarkeit des Kopierens und Verkaufens sowie des Ankaufens von Bankkundendaten als schweizerisch-deutsches Taggeschehen, in: Jusletter vom 30. August 2010 (zit. EICKER, Bankkundendaten)

- EICKER ANDREAS/HUBER ROLAND/BARIS NURTEN, Grundriss des Strafprozessrechts, Mit besonderer Berücksichtigung des Kantons Luzern, 2. Auflage, Bern 2020
- ELLISTON FREDERICK *et al.*, Whistleblowing Research, Methodical and Moral Issues, New York 1985
- ESER ALBIN, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich 1969
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTINA (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, Basel 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK ZGB ... N ...)
- GMÜNDER ELIANE/GOROVTSOVA ANNA, Kapitel VIII: Straf- und Haftungsausschluss, in: Derungs/Dobrauz (Hrsg.), Tafeln zum Finanzmarktrecht – Geldwäschereigesetz (GwG), Zürich/St. Gallen 2021, 78
- GRAF DAMIAN K. (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020 (zit. BEARBEITER/-IN, AnnKomm StGB)
- GRÄFE JENNY, Sinn und System des Absehens von Strafe, Diss. Potsdam, Hamburg 2012
- GRONEBERG RUT, Whistleblowing: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB, Diss. Passau 2010, Berlin 2011
- HABERMAS JÜRGEN, Legitimationsprobleme im modernen Staat, in: Kielmansegg (Hrsg.), Legitimationsprobleme politischer Systeme, PVS 7/1976, 39 ff.
- HAFFTER NICOLAS, Rechtfertigende Einwilligung bei mehrpersonenbetreffenden Persönlichkeitsverletzungen, in: *recht* 2021, 1 ff.
- HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), UWG Kommentar, Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2018 (zit. Bearbeiter/-in, Komm UWG)
- HEROLD NICO, Whistleblower: Entscheidungsfindung, Meldeverhalten und kriminologische Bewertung, Diss. Bielefeld 2015, Baden-Baden 2016 (zit. HEROLD, Diss.)
- HEROLD NICO, Kapitel 4: Whistleblowing als Organisationsphänomen: Aufkommen und Folgen von internem Whistleblowing, in: Kölbel (Hrsg.), Whistleblowing, Band 1: Stand und Perspektiven der empirischen Forschung, Heidelberg 2022, 107 ff. (zit. HEROLD, Kapitel 4)
- HILTI MARTIN, Schutz von Whistleblowing in Europa?, in: *digma* 2016, 6 ff.
- HILTI RETO M./ARPAGAU RETO, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG), 1. Auflage, Basel 2013 (zit. Bearbeiter/-in, BSK UWG)
- HUG DARIO, Whistleblowing et secrets pénalement protégés: quels risques pour le lanceur d'alerte en Suisse?, in: ZStrR 131/2013, 1 ff.
- HUNZIKER SILVIA, Whistleblowing, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone, Zürich/Basel/Genf 2007, 163 ff.
- IMBACH HAUMÜLLER DIANA, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011
- JEANNET ERIC-SERGE, Verpfeift uns!, in: Schweizer Monat 1045, 30 ff.

- JOSITSCH DANIEL, Möglichkeiten und Grenzen der strafrechtlichen Korruptionsbekämpfung in der Schweiz, in: ZStrR 123/2005, 241 ff. (zit. JOSITSCH, Korruption)
- JOSITSCH DANIEL, Whistleblowing und Strafverfahren, in: Individuum und Verband: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, 261 ff. (zit. JOSITSCH, Whistleblowing)
- JOSITSCH DANIEL/BRUNNER CLAUDIA V., Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund, in: AJP 2012, 482 ff.
- JOSITSCH DANIEL/CONTE MARTINA, Bankgeheimnisverletzung durch Whistleblowing, in: SJZ 113/2017, 357 ff.
- JOSITSCH DANIEL/DRZALIC JANA, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, in: AJP 2016, 349 ff.
- KANT IMMANUEL, Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797
- KAUFMANN MATTHIAS, Legalität/Legitimität, in: Sandkühler (Hrsg.), Enzyklopädie Philosophie, Band 2 – I-P, Hamburg 2010, 1388 ff.
- KÖLBEL RALF, Kapitel 9: Whistleblowing: Sichtweisen und Stand der empirischen Forschung, in: Kölbel (Hrsg.), Whistleblowing, Band 1: Stand und Perspektiven der empirischen Forschung, Heidelberg 2022, 296 ff. (zit. Kapitel 9)
- KÖLBEL RALF/HEROLD NICO, Kapitel 6: Whistleblowing als Phänomen der sozialen Kontrolle: Aufkommen, Bedingungen und Folgen von externem Whistleblowing, in: Kölbel (Hrsg.), Whistleblowing, Band 1: Stand und Perspektiven der empirischen Forschung, Heidelberg 2022, 190 ff. (zit. Kapitel 6)
- KONOPATSCH CATHRINE, Whistleblowing in der Schweiz – Mitteilung an die Presse als ultima ratio, in: NZWiSt 6/2012, 217 ff. (zit. Whistleblowing Schweiz)
- KONOPATSCH CATHRINE, Whistleblowing – Jüngste Entwicklungen in Österreich, in: Lehmkuhl/Meyer (Hrsg.), Das Unternehmen im Brennpunkt nationaler und internationaler Strafverfahren, Baden-Baden 2020, 154 ff. (zit. Whistleblowing Österreich)
- KRAMER STEFAN, Rechtsprobleme des Interbanken-Zahlungsverkehrs, Unter besonderer Berücksichtigung des Swiss Interbank Clearing (SIC oder euroSIC), Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2005
- KUNZ PETER V./JUTZI THOMAS/SCHÄREN SIMON, Geldwäschereigesetz (GwG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2017 (zit. Bearbeiter/-in, SHK GwG ... N ...)
- LEDERGERBER ZORA, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Diss. Bern 2004, Bern 2005
- LEISINGER KLAUS M., Whistleblowing und Corporate Reputation Management, in: Beschorner/König/Schumann (Hrsg.), Schriftenreihe für Wirtschafts- und Unternehmensethik, Band 6, München und Mering 2003
- LEITE ALAOR, Whistleblowing und das System der Rechtfertigungsgründe, Das erlaubte Whistleblowing nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz als «fördernder Rechtfertigungsgrund», in: Wolter/Küper/Hettinger/Eschelbach (Hrsg.), Goldammer's Archiv für Strafrecht, 03/2021, 129 ff.

- LENCKNER THEODOR, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, Ein «übergesetzlicher» Rechtfertigungsgrund?, in: Hauser/Rehberg/Stratenwerth (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Peter Noll*, Zürich 1984, 243 ff.
- LICCI SARA, Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis mit besonderem Blick auf das Whistleblowing, in: *AJP* 2015, 1168 ff.
- LOCHER LEA, Whistleblowing durch Staatsangestellte, in: *digma* 2016, 26 ff.
- LÜBBIG THOMAS/LE BELLE MIRIAM/PITSCHAS CHRISTIAN, Europareport, *SZW* 3/2017, 353 ff.
- LUTTERBACH CAROLIN, Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings, Diss. Bremen 2010, Bremen 2011
- MATT HOLGER/RENZIKOWSKI JOACHIM (Hrsg.), *Strafgesetzbuch: StGB, Kommentar*, 2. Auflage, München 2020 (zit. BEARBEITER/-IN, MüKomm StGB-D, § ... N ...)
- MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P. (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz*, 3. Auflage, Basel 2014 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK DSG)
- MEISTER LISA, Einwilligung bei juristischen Personen im Untreuekontext, in: *BLJ*, 2/2012, 37 ff.
- MEYER FRANK, Whistleblowing – Zwischen Selbstregulierung und effektiver Rechtsdurchsetzung, in: *HRRS* 8/2018, 322 ff.
- MICELI MARCIA P./NEAR JANET P., *Blowing the Whistle, The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees*, New York 1992 (zit. *Implications*)
- MICELI MARCIA P./NEAR JANET P., Organizational Dissidence: The Case of Whistleblowing, in: *Journal of Business Ethics*, Band 4, Nr. 1 (1985), 1 ff. (zit. *Journal*)
- MODESITT NANCY M./SCHULMAN JANIE F./WESTMAN DANIEL P., *Whistleblowing, The Law of Retaliatory Discharge*, 3. Auflage, Arlington 2015
- MÜLLER MICHAEL, Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, *NZA* 8/2002, 424 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, Band 2, Art. 196–457 StPO, Art. 1–54 JStPO, 2. Auflage, Basel 2014 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK StPO)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafrecht*, Band 1, Art. 1–49 JStG und 1–110 StGB, 4. Auflage, Basel 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK StGB I)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Strafrecht*, Band 2, Art. 111–392 StGB, 4. Auflage, Basel 2018 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK StGB II)
- NOLL PETER, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: *ZStW* 1/1965, 1 ff.
- PAYER ANDRÉS, Klimawandel und strafrechtlicher Notstand, in: *ex ante* 02/2020, 21 ff. (zit. PAYER, Klima)
- PAYER ANDRÉS, Zur Wahrnehmung berechtigter Interessen im Strafrecht, in: *recht* 03/2020, 186 ff. (zit. PAYER, WbI)
- PFEIFLE THERESA, Finanzielle Anreize für Whistleblower im Kapitalmarktrecht, Diss., Baden-Baden 2016

- QUERENET-HAHN BÉNÉDICTE/KETTENBERGER KAROLINE, Der Schutz von Whistleblowern in Frankreich, in: RIW 9/2017, 557 ff.
- PORTMANN DOMINIQUE/WOHLMANN HERBERT, Whistleblowing, in: SJZ 103/2007, 179 ff.
- PORTMANN WOLFGANG, Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz – Überflüssig, nützlich oder notwendig?, in: AJP 2010, 987 ff.
- RADBRUCH GUSTAV, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch – Gesamtausgabe, Rechtsphilosophie III, Heidelberg 1990, 83 ff.
- REBSAMEN THOMAS, Einwilligung in die Schädigung der Aktiengesellschaft, in: SJZ 111/2015, 441 ff.
- RICKLIN FRANZ, Zum Rechtfertigungsgrund der Wahrung (Wahrnehmung) berechtigter Interessen, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, 537 ff.
- RIHM THOMAS, Verstärkter Schutz des Whistleblowing in der Schweiz, in: ArbR 2012, 47 ff.
- ROXIN CLAUDIUS, Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Albrecht (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum, Köln 1993, 441 ff.
- RUDIN BEAT, Unbefriedigender Whistleblowing-Schutz, in: digma 2016, 4 ff.
- SCHENKEL JULIA-BIANKA, Whistleblowing und die Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats, Diss. Köln 2018, Hamburg 2019
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2021
- SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, Komm StGB-D, § ... N ...)
- SPÄTH FLORIAN JOCHEN, Rechtfertigungsgründe im Wirtschaftsstrafrecht, Diss. Hamburg 2014, Berlin 2016
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 1. Auflage, Bern 1982 (zit. STRATENWERTH, (a)AT I, § ... N ...)
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Auflage, Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, AT I, § ... N ...)
- STRATENWERTH GÜNTER/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 7. Auflage, Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/BOMMER, BT II, § ... N ...)
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage, Bern 2010 (zit. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, BT I, § ... N ...)
- THELESKLAFF DANIEL/WYSS RALPH/VAN THIEL MARK/ORDOLLI STILIANO (Hrsg.), GwG Kommentar/AMLA Commentary, Schweizerisches Geldwäschereigesetz mit weiteren Erlassen/Swiss Anti-Money Laundering Act with other Laws, 3. Auflage, Zürich 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, OFK GwG ... N ...)
- THOMMEN MARC/MATTMANN JASCHA, Whistleblowing für das Weltklima, in: sui generis 2021, 13 ff.

- TILCH HORST/ARLOTH FRANK (Hrsg.), Deutsches Rechts-Lexikon, Band 2, 3. Auflage, München 2001 (zit. Rechts-Lexikon, [Seitenzahl], «[Schlagwort]»)
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 4. Auflage, Zürich 1994 (zit. (a)AT I)
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1989 (zit. KK aStGB ... N ...)
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxis-kommentar, 4. Auflage, Zürich/St. Gallen 2021 (zit. Bearbeiter/-in, PK StGB ... N ...)
- VASELLA DAVID, Whistleblowing-Systeme im Konzern, in: *digma* 2016, 76 ff.
- VAUGHN ROBERT G., *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA) 2012
- VOGEL ALEXANDER/HEIZ CHRISTOPH/LUTHIGER RETO, FIDLEG/FINIG Kommentar, Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen und Bundesgesetz über die Finanzinstitute und weiteren Erlassen, Zürich 2020 (zit. OFK FINIG)
- VON HEINTSCHEL-HEINEGG BERND (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrecht, 55. Auflage, München 2022 (zit. BEARBEITER/-IN, BeckOK StGB-D, § ... N ...)
- VON KAENEL ADRIAN, Whistleblowing, in: *SJZ* 103/2007, 309 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BESLER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (BEARBEITER/-IN, BSK BV)
- WATTER ROLF/BAHAR RASHID (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz und Finanzmarktinfrastrukturgesetz*, 3. Auflage, Basel 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK FINMAG/FinfraG)
- WATTER ROLF/BERTSCHINGER URS (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Revisionsrecht*, Basel 2011 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK RAG)
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/BAUER THOMAS/WINZELER CHRISTOPH (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, 2. Auflage, Basel 2013 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK BankG)
- WESTMAN DANIEL P., *Whistleblowing: The Law of Retaliatory Discharge*, Washington, Washington D.C. 1991
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 7. Auflage, Basel 2019 (zit. BEARBEITER/-IN, BSK OR)
- WINCKELMANN JOHANNES, Die verfassungsrechtliche Unterscheidung von Legitimität und Legalität, in: *ZgS*, 1/1956, 165 ff.
- WYLER ESTHER, *Whistleblowing: Bedingungen und internationale Rechtssituation*, Zürich 2012
- ZERBES INGEBORG/PIETH MARK, Whistleblowing – Drei Fälle, drei Strafrechtsordnungen, drei Traditionen des Geheimnisschutzes, in: *Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance – Status quo und Status futurus*, Baden-Baden 2021, 465 ff.
- ZIMMERMANN ANITA/PÄRLI KURT, Whistleblowing und Datenschutz, in: *digma* 2016, 18 ff.

ZOBL DIETER/SCHWOB RENATE/GEIGER HANS/WINZELER CHRISTOPH/KAUFMANN  
CHRISTINE/WEBER ROLF H./KRAMER STEFAN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesge-  
setz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, Grundwerk inklusive  
Lieferung 1–23, Zürich/Basel/Genf 2015 (zit. BEARBEITER/-IN, Komm BankG)





# Sachregister

## A

Adressat:in 73, 75, 78, 81–87, 114  
Allgemeindelikt s. Gemeindelikt  
Analogieschluss 157  
Anonymitätsvorbehalt 39, 42, 43, 58, 60, 64, 229  
Antragsdelikt 136, 154, 156, 166, 200, 201, 203  
Asset s. Frühwarnsystem  
Auffangtatbestand 165, 169

## B

Bewilligung 175, 177, 179, 182, 191, 230

## C

Contra-Argumente 33, 35, 36, 39, 46, 49, 63, 64, 197, 229

## D

*de lege lata* 34, 67, 133, 175, 192  
Dienstweg 65, 75, 79, 83–85, 90, 116–119, 127, 130  
Doppeltäterschaftscharakter s. Korruptionsdelikte

## E

Einstellung 28, 62  
Einverständnis 175, 176, 179, 182, 191  
Einwilligung 115, 175–177, 179, 182, 191, 226  
EU-Richtlinie 2019/1937 231

## F

Fahrlässigkeit 161, 227  
Frühwarnsystem 40, 56, 229

## G

Gefährdungsdelikt  
– abstrakt 141, 145, 156, 158, 163, 173  
Geheimhaltung  
– Interesse 134, 135, 144, 166, 195, 226  
– Pflicht 67, 134, 138, 159, 202, 213  
Geheimnis  
– Amts- 30, 95, 146, 180, 206

– Bankkunden- 161  
– Begriff  
– Definition 133, 224, 225  
– formeller 134, 144, 145, 149, 224  
– illegaler 139, 194–196  
– materieller 134, 137, 141, 144, 148–150, 158, 161, 166, 168, 173, 176, 177, 193, 224, 226, 227, 230, 231  
– Berufs- 146, 180  
– Fabrikations- und Geschäfts- 137, 138, 170  
– Geschäfts- 180  
– Hehlerei 163  
– Schutz 137, 140, 143, 148, 149, 161, 166, 190, 193, 217, 226  
– Staats- 140–142  
– Verrat 29, 34, 52, 66, 100, 136–142, 151, 153, 160, 162, 163, 182, 190, 194, 205, 227  
Gehilfenschaft 143, 152  
Gemeindelikt 144, 150, 169  
Gemeinnützigkeit 99  
Glaubhaftigkeit 37, 61, 62, 74  
guter Glaube 98, 154, 179, 222  
Gutgläubigkeit s. guter Glaube

## H

Hierarchie 41, 117  
Hinweisgeber:innen s. Whistleblower:innen

## I

Illoyalität 36, 37, 39, 49, 64  
Image 41, 56, 89  
Informant:in 45, 70, 71  
Insider:innen  
– Informationen 95, 147  
– insider trading 25, 103  
– Merkmal 41, 94–96  
– Stellung 85, 86, 89–91, 93, 94, 96, 100  
– Wissen 71, 84, 91, 94, 96  
Interessen  
– Allgemein- 178, 187, 194  
– berechnete 117, 135, 184, 187, 195, 196, 225  
– finanzielle 190  
– höherwertige 178, 190  
– Individual- 176, 184, 187, 191, 194, 196  
– öffentliche 78, 82, 89, 102, 127, 128, 147, 161, 196, 203, 204, 208, 215

Irrtum 227

## K

Kartell 26, 91

Kaskade 201, 210, 223

Korruptionsdelikte 43–46, 65, 71, 81, 82, 90, 100, 179, 200

Kronzeug(-inn)-en 83, 84, 87, 97, 100

Kündigung

– missbräuchlich 94, 95, 202

– Schutz 128, 179, 200, 201, 223

## L

Legalität 52, 104–108

Legalitätsprinzip 135, 138, 185

Legitimation 33, 34, 175, 192, 230

Legitimität 75, 81, 101, 104–109, 112, 226

Lösung

– Ansätze 32–34, 192, 200, 231

– Maximal- 221, 231

– Minimal- 221, 224, 230, 231

Loyalität 52, 53, 64, 229

## M

Meinungsfreiheit 145

Meldung

– Pflicht 74, 87, 118

– Stellen 39, 48, 53, 66, 114, 118, 208, 210, 211, 215, 222, 223, 227

– Hotline 50, 52, 114

– Ombudsstelle 46

– Websites 24, 64, 114, 129, 146

Mindeststandards 55, 208

Missbrauchsargument 39, 53, 54, 58, 64, 229, 230

Moral 106, 107

Moralargument 39, 40, 49, 52, 55, 63, 229

Motive

– besondere 83, 85, 86, 92, 98–101, 130, 131, 221

– gemeinnützige 79, 99, 127

– illegale 36

– uneigennützige 99

## N

Naturrecht 106, 109, 112

Nestbeschmutzer:innen s. Verräter:innen

Neudefinieren 197, 221, 223

Neudenken 197, 218

Neuorientierung 219

Notstand

– rechtfertigender 175, 178, 182–184, 189, 198, 230

## O

Offenbarung 97, 123, 138, 139, 142, 146, 151, 152, 164, 168, 169

*öffentliches Interesse* s. Interessen  
*ordre public* 225

## P

Prävention 46, 81

*Pro*-Argumente 33, 39–41

Proportionalität 184, 190, 191, 227

*Pseudo*-Whistleblowing 37, 53, 54, 59, 60, 64, 155, 171, 172, 209, 214, 221, 229, 230

## Q

*Quasi-Whistleblowing* s. *Pseudo-Whistleblowing*

## R

Rechtfertigung

– außergesetzliche 31, 32, 175, 182, 183, 187, 189, 198, 199, 205, 218, 227, 230, 231

– außerstrafrechtliche 206, 207

– entwickelte 128, 223, 227

– gesetzliche 182, 192, 200, 204, 205

– Möglichkeiten 32, 66, 96, 101, 119, 125, 128, 133, 199, 218

– spezialgesetzlich 175

Rechtsgut 136, 166, 176, 178, 189

– Verletzung 115

Rechtsgut: Individual- 99, 176, 178

Repressalien 63, 106, 129, 208–210, 212–214, 222, 223

## S

Schutz

– Bedürfnis 35, 65, 67, 68, 173, 229

– Normen 67, 149, 155, 172, 182, 221, 223, 231

– Würdigkeit 33–35, 39, 65, 68, 95, 166, 184, 193, 218, 224–226, 229

Sonderdelikt 94, 138, 150, 162, 163

Strafanzeige 26, 195

Strafverfolgungsbehörde 46, 55, 62, 70, 71, 77, 97, 114, 115

Studien

– *ECI Sonderreport* 48, 49

– *Global Business Ethics Survey* 47, 60, 63

- *HTW Sonderreport* 51, 52, 58, 63
- *HTW Working Paper* 48
- *National Business Ethics Survey* 47, 54
- *Whistleblowingreport* 47–49, 53–57, 59, 61, 65
- *Whistling-While-They-Work-Project* 47, 48, 51, 53, 54
- Subsidiarität 178, 199
  - strikte 178, 184, 187, 189, 191, 198, 199, 227
- T**
- Treuepflicht 67, 117–119, 201, 202
- U**
- Unionsrecht 31, 208
- V**
- Verhältnismäßigkeit 62, 184, 186, 187, 190, 206, 207
- Vermögensbegriff
  - juristisch-ökonomischer 194
  - ökonomischer 195
- Verräter:innen 29, 36, 38, 39, 49, 64, 69, 80, 83
- Vorstöße
  - Motion Gysin 31, 32, 179, 200
  - Motion Marty 31, 179, 200
  - Parlamentarische Initiative Leutenegger 31, 203, 204
- W**
- Wahrnehmung berechtigter Interessen*
  - Allgemeines 175, 178, 182, 183, 186, 187, 189, 191, 230
  - Änderung 198, 227, 231
  - Definition 183, 185, 186, 188
  - Medienschaffende 186
  - Positivierung 31, 204, 205
- Weitergabe 160, 170, 214
- Weiterverbreiten 163
- Wettbewerbsfähigkeit 37, 39, 55, 56, 64, 195
- Wettbewerbskommission 91, 94, 96, 102, 111, 129
- Whistleblower:innen
  - Adam Quadroni 26–28, 30
  - aktive 78, 121, 123, 124, 126, 151
  - *Bounties* 50
  - Charakter 36, 38, 181
  - Chelsea Elizabeth Manning 24
  - Christoph Meili 27, 28, 152
  - Edward Snowden 23, 78
  - Esther Wyler 24, 31, 152, 203, 206
  - Frances Haugen 23
  - Hermann Lei 25
  - Julian Paul Assange 24
  - Kurt Meier 30
  - Margrit Zopfi 24, 31, 152, 203, 206
  - passive 78, 120, 121, 123, 124, 151
  - *potenzielle* 67, 76, 95
  - Preis 30
  - Reto T. 25
  - Rudolf Elmer 26, 29
- Whistleblowing
  - Affäre Hildebrand 25, 95, 103
  - aktiv 90, 113, 119, 123, 124, 126, 127
  - *anonym* 37–39, 42, 43, 45, 46, 50, 52, 58–64, 74, 82, 83, 86, 128–130, 154, 202, 210, 229
  - Definition
    - allgemeine 32, 33, 68, 72, 92, 100, 101, 104, 108, 109, 113, 128, 130, 229
    - DEISEROTH 89, 99
    - erarbeitete 131, 136, 139, 142, 153, 171, 180, 184, 221, 229
    - HEROLD 83, 84, 116
    - Heterogenität 92, 230
    - HUNZIKER 90
    - IMBACH 90
    - KONOPATSCH 215
    - LEDERGERBER 88
    - LEISINGER 79
    - LUTTERBACH 83, 127
    - MICELI/NEAR 73, 74, 84, 88, 93, 116
    - SCHENKEL 86
    - WEKO 91, 96, 102, 111, 129
    - WESTMAN *et al.* 77, 125
  - echt 83, 113, 116, 119, 127
  - embryonisch 78, 93, 113, 123–127
  - Engadiner Baukartell 26
  - extern 39, 41, 46, 49–51, 53, 55–58, 67, 71, 75–79, 82, 83, 86–89, 91, 98, 113, 114, 116, 117, 120, 121, 124, 125, 127, 128, 130, 154, 188, 198, 201, 209–211, 215, 222, 227
  - Facebook 23
  - intern 39, 46, 50–53, 55–58, 64, 67, 71, 75–79, 82, 83, 87–89, 91, 113–120, 124–127, 130, 139, 154, 188, 198, 201, 209–211, 215, 222, 227
  - *Johnston v. Del Mar* 124–126
  - *Lybien-Affäre* 142, 146
  - missbräuchlich s. *Pseudo-Whistleblowing*
  - passiv 90, 113, 120, 123, 124, 126, 127
  - *Roger Boisjoly* 121, 122
  - Schutz 35, 36, 38, 43, 46, 57, 63, 64, 94, 124, 126, 179, 192, 197, 204, 208, 216, 221
  - unbewusst 126, 127, 130

## Sachregister

- unecht 83, 113, 119, 127
  - vertraulich 37, 43, 146, 154
  - *Watergate* 74
  - *WikiLeaks* 24, 114, 146
- Wirtschaftsargument 39, 40, 42, 55–57, 64

## Z

- Zeug(-inn)-en 90, 93, 97, 122  
Zirkelschluss 95, 127  
Zwangsmaßnahmen 61, 62