

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 Brühöber, 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
Walzseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Walzseestraße 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 Kono-patsch für die Ausfertigung des Zweitgutachtens und Prof. Dr. Anna Coninx, die dem Kolloquium vorsaß. 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
1. Teil: Zum Phänomen «Whistleblowing»	35
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
2. Teil: Strafrechtliche Würdigung von Whistleblowing <i>de lege lata</i>	133
I. Die wichtigsten Straftatbestände	133
A. Vorbemerkungen zum Geheimnisbegriff	133

Inhaltsübersicht

B. Kernstrafrecht	136
C. Nebenstrafrecht	160
D. Zur Strafbarkeit von <i>Pseudo-Whistleblowing</i>	171
E. Fazit	173
II. Legitimation	175
A. Einverständnis/Einwilligung/Bewilligung	175
B. Rechtfertigender Notstand	178
C. Spezialgesetzliche (Rechtfertigungs-) Normen	178
D. Außergesetzliche Rechtfertigung	182
E. Konklusion	191
3. Teil: Problemlösung	193
I. Lösungsentwicklung	193
A. Lösungsvarianten	193
B. Fazit	218
II. Lösungsvorschläge	221
A. Zur Maximallösung	221
B. Zur Minimallösung	224
Zusammenfassung	229
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
1. Teil: Zum Phänomen «Whistleblowing»	35
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

Inhaltsverzeichnis

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) [von DEISEROTH (2004)]	89
c. Whistleblowing nach IMBACH (2011)	90
d. Definition der Wettbewerbskommission (WEKO) (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»-Merkmale	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
2. Teil: Strafrechtliche Würdigung von Whistleblowing <i>de lege lata</i>	133
I. Die wichtigsten Straftatbestände	133
A. Vorbemerkungen zum Geheimnisbegriff	133
1. Formeller Geheimnisbegriff	134
2. Materieller Geheimnisbegriff	134

Inhaltsverzeichnis

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 DSG	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
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

Inhaltsverzeichnis

3. Teil: Problemlösung	193
I. Lösungsentwicklung	193
A. Lösungsvarianten	193
1. Änderung des (materiellen) Geheimnisbegriffs als tatbestandsausschließende Lösung	193
2. Änderung der Anforderungen in Bezug auf die <i>Wahrnehmung berechtigter Interessen</i>	198
3. Schaffung eines Rechtfertigungsgrundes	200
a. Zu den namhaften legislatorischen Bemühungen in der 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 <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	Bundesstrafgericht (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
<i>Co.</i>	<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 & 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 Derivatenhandel (<i>Finanzmarktinfrastrukturgesetz</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 Geldwäsche 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 Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (unter: www.hrr-strafrecht.de)
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 Telegrafenbetriebe (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)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Frankfurt a. M.)
SBG	Schweizerische Bankgesellschaft (heute: UBS AG)
SHK	Stämpfli 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: www.whistleblowingreport.ch)
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)

