

Julian Dörr / Verena Diersch

Zur Rechtfertigung von Whistleblowing: Eine ordnungsethische und legitimitätstheoretische Perspektive der Whistleblower-Fälle Carl von Ossietzky und Edward Snowden

1. Das Phänomen des Whistleblowings und sein Dilemma

Anfang Dezember 2014 wurde Edward Snowden (geb. 1983) von der Internationalen Liga der Menschenrechte mit der Carl-von-Ossietzky-Medaille für seine Aufklärung »staatlichen Machtmissbrauchs« und für seine »außergewöhnliche Zivilcourage um Demokratie und Menschenrechte im elektronischen Zeitalter« ausgezeichnet.¹ In der Begründung heißt es, dass Snowden mit seinen »historisch einmaligen Enthüllungen die umfangreichste verdachtsunabhängige Überwachung aller Zeiten« aufgedeckt habe, obwohl er mit »dieser folgenschweren Gewissens- und Lebensentscheidung (...) seine persönliche Freiheit aufs Spiel« gesetzt habe.² Snowden, der aufgrund seiner Strafverfolgung nicht persönlich zur Preisverleihung erscheinen konnte und stattdessen per Video zugeschaltet war, sagte in seiner Dankesrede, es sei eine »menschliche Verpflichtung« gegen Einschränkungen der Freiheit aufzustehen.³ Über die diplomatisch-politischen Dissonanzen hinausgehend löste die Tat eine breite Diskussion über das Whistleblowing aus.⁴ Beim Whistleblowing meldet eine Person Missstände und offenbart auf diese Weise Informationen, die zwar betrieblichen Geheimhaltungs- und Loyalitätspflichten unterliegen, aber Praktiken enthüllen, von denen der Whistleblower ausgeht, sie seien illegal oder amoralisch. Dabei werden solche Regelverstöße entweder innerhalb der Organisation an höhere Stellen gemeldet (internes Whistleblowing) oder aber unmittelbar nach außerhalb an die Öffentlichkeit getragen (externes Whistleblowing).⁵ Beim externen Whistleblowing verlässt der Informant die inter-

1 Rolf Gössner (Hg.), *Mutige Aufklärer im digitalen Zeitalter*, Berlin 2015, S. 40. Dies ist nicht seine einzige Ehrung. Er wurde darüber hinaus vom Guardian zur Person des Jahres 2013 ernannt und erhielt den Whistleblower-Preis 2013 sowie den Sam Adams Award 2013.

2 Gössner (Hg.), *Mutige Aufklärer im digitalen Zeitalter*, FN 1, S. 6 u. 40.

3 Vgl. Gössner (Hg.), *Mutige Aufklärer im digitalen Zeitalter*, FN 1, S. 38.

4 Der englische Ausdruck hat sich auch im Deutschen durchgesetzt. Die wörtlichen Übersetzungen des »Verpeifens« oder »Verpetzens« sind eher kindlich und negativ konnotiert. Am treffendsten ist sicherlich die Wendung des »Alarmschlagens«.

5 »Internal whistle-blowing involves informing relevant members of the firm (e.g., management, internal audit) about potential wrongdoing. External whistle-blowing, on the other hand, involves either an internal allegation becoming public or the whistle-blower directly disclosing an allegation outside the organization. Miceli, Marcia/Near, Janet (1992), *Blowing the Whistle. The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees*, New York, S. 15. Auch Marcia Miceli / Janet Near, »Characteristic of organizational climate and perceived

ne Kommunikationsstruktur der Organisation, da innerbetriebliche Praktiken öffentlich werden, die Außenstehenden ansonsten verborgen bleiben würden. In der Regel erhält der Whistleblower die Informationen dadurch, dass er selbst in die internen Prozesse eingebunden ist. Whistleblowing im weitesten Sinne setzt jedoch nicht zwingend ein Angestelltenverhältnis voraus, sondern kennzeichnet sich durch den exklusiven Zugang zu, der Öffentlichkeit unbekannten, Informationen. Die betroffenen Organisationen versuchen hingegen einen solchen Informationsabfluss zu verhindern, da es sich aus ihrer Sicht um Staats- bzw. Betriebsgeheimnisse handelt.⁶ Der Arbeitnehmer unterliegt der betrieblichen Geheimhaltungs-, Treue- und Loyalitätspflicht und darf somit nichts unternehmen, was dem Arbeitgeber schadet.⁷ Whistleblowing findet auf verschiedenen Ebenen und in verschiedenen Bereichen statt: Neben dem Hinweisgeber innerhalb staatlicher Strukturen (wie etwa bei Snowden), finden sich insbesondere in der Wirtschaft zahlreiche Fälle (wie die Aufdeckung der Bilanzfälschungen bei WorldCom und Enron).⁸ Im Skandal um die Abgasmanipulationen bei VW wird vermutet, dass ein Mitarbeiter die amerikanischen Behörden über die Softwaremodifikationen informierte.⁹ Auch bei den Luxemburg-Leaks und den Panama-Papers waren Whistleblower involviert: Der PwC-Mitarbeiter Antoine Deltour machte 2014 Steuerabkommen zur deutlichen Minderung der Steuerlast publik, die der Staat Luxemburg mit Hilfe von PwC mit Unternehmen aushandelte. Bei der Affäre der Panama-Papers wurde dem Rechercheverbund International Consortium of Investigative Journalists ICIJ (u.a. ist dort die Süddeutsche Zeitung beteiligt) von einem Informanten aus der Kanzlei Mossach Fonseca Datensätze überlassen, die belegen wie Bürger aus verschiedenen Ländern (u.a. bekannte Sportler und Politiker) ihr Einkommen und Vermögen mittels Briefkastenfirmen vor den heimischen Steuerbehörden verbargen. Die Motivation des Hinweisgebers, eine solche Handlung trotz der persönlichen Risiken wie der außerordentlichen Kündigung und strafrechtlichen Konsequenzen¹⁰ zu begehen, ist meist intrinsisch begründet.¹¹ Er macht es aus der Überzeugung, dass Missstände wie Korruption, Menschrechtsverletzungen oder Rechtsbrüche vorliegen, dessen Aufdeckung im Interesse der Öffentlichkeit liegen. Der Whistleblower sieht sich bei der Ge-

wrongdoing associated with Whistle-Blowing decisions« in: *Personnel Psychology*, Vol. 38, 1985, S. 525-544.

6 Vgl. Simona Kreis, *Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung*, Tübingen 2017.

7 Dazu Michael Müller, »Whistleblowing. Ein Kündigungsgrund?« in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 8 (2002), S. 424-437.

8 Einen quantitativen Überblick über US-amerikanische Whistle-Blowing-Fälle gibt Robert Bowen/Andrew Call/Shiva Rajgopal, »Whistle-Blowing: Target Firm Characteristics and Economic Consequences« in: *American Accounting Association* Vol. 85 No. 4, (2010), S. 1239-1271, hier: S. 1249.

9 Vgl. Stefan Wimmelbäcker, »VW-Whistleblower soll enttarnt sein« in: *Automobilwoche*, 21.4.2017.

10 In Deutschland wird der Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen mit einem Strafmaß von Freiheitsstrafen bis zu drei Jahren oder Geldstrafen nach § 17 (1) UWG geahndet; vgl. Anne Baranowski / Ramon Glaßl, »Anforderungen an den Geheimnisschutz nach der neuen EU-Richtlinie« in: *Betriebs-Berater*, 71. Jg., 43 (2016), S. 2563-2569.

11 In selteneren Fällen liegen sicherlich ebenfalls finanzielle Erwägungen zugrunde.

wissensentscheidung einem Dilemma gegenüber: Entweder gibt er Hinweise auf den Missstand und muss bereit sein persönliche Risiken in Kauf zu nehmen oder er meldet den Missstand nicht, muss mit der moralischen Belastung leben und macht sich womöglich zudem strafbar.

Obwohl im Fall Snowden das Medienecho besonders hoch war, so ist die grundsätzliche Diskussion über Fehlverhalten in Organisationen, das von Organisationsmitgliedern aufgedeckt wird, nicht ganz neu. Die Liste des Whistleblowings in der Menschheitsgeschichte reicht weit zurück und Whistleblower sorgten auch im 20. Jahrhundert oftmals für mediale und politische Aufmerksamkeit, wie z.B. im Fall der Pentagon-Papiere.¹² Aus einer demokratietheoretischen Perspektive avanciert der Whistleblower in staatlichen Organisationen regelrecht zum legitimen Entdecker politischer Lügen und somit zum Unterstützer der Presse beim Schutz politischer Freiheiten. Hannah Arendt (1906-1975) nahm die Enthüllungen durch die Pentagon-Papiere zum Anlass sich grundlegende Gedanken über die Rolle von Wahrheit in der Politik zu machen. Sie kritisierte die Vertuschungs- und Täuschungsversuche der US-Regierung und sah die Gefahr, dass das »Gewebe faktischer Realitäten (...) von einzelnen Lügen durchlöchert oder durch das organisierte Lügen von Gruppen, Nationen oder Klassen in Fetzen gerissen oder verzerrt (...) werde, oftmals sorgfältig verdeckt durch Berge von Unwahrheiten, dann wieder einfach der Vergessenheit anheimgegeben.«¹³ Dennoch sieht sie solche Unwahrheiten grundsätzlich als notwendigen Bestandteil des Politischen, da Wahrheit das Recht auf andere Meinungen bestreite und somit demokratische Meinungsdiskussionen und Kompromissfindung verhindere:¹⁴ »[...]eder Anspruch auf absolute Wahrheit, die von den Meinungen der Menschen unabhängig zu sein vorgibt, [legt] die Axt an die Wurzeln aller Politik und der Legitimität aller Staatsformen«.¹⁵ Dies deutet bereits eine Dimension des Whistleblowings an, die über die Auswirkungen auf einzelne Organisationen hinausgeht und vielmehr die gesamte Gesellschaft betrifft. Die Komplexität des Whistleblowings zeigt sich dabei insbesondere an einer doppelten Ambivalenz. Erstens fällt die moralische Bewertung des Alarmschlagens höchst unterschiedlich aus und weicht zudem häufig von der juristischen Bewertung

12 Die so genannten Pentagon-Papiere sind ursprünglich geheime Dokumente des US-Verteidigungsministeriums, die, durch die Weitergabe des Mitarbeiters Daniel Ellsberg an die New York Times, veröffentlicht wurden und eine gezielte Desinformation der Bevölkerung hinsichtlich des Vietnam-Krieges durch die US-Administration aufdeckten. Das US-amerikanische Verfassungsgericht urteilte anlässlich der Verhandlungen über die Rechtmäßigkeit der Publikation, dass das Geheimhaltungsinteresse des Staates im Zweifelsfall hinter dem der Öffentlichkeit und der Pressefreiheit zurückstehen müsse; vgl. Neil Sheehan, *Die Pentagon-Papiere. Die geheime Geschichte des Vietnamkrieges*, München/Zürich 1971.

13 Hannah Arendt, »Die Lüge in der Politik« in: ders. (Hg.), Wahrheit und Lüge in der Politik. Zwei Essays, München 1972, S. 7-43, S. 9.

14 Für eine Verknüpfung mit der gegenwärtigen Diskussion über das »Postfaktische« und »Fake News«: Stefan Marschall, »Lügen und Politik im ›postfaktischen Zeitalter‹« in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 67. Jg., 13 (2017), S. 17-22.

15 Hannah Arendt, »Wahrheit und Politik« in: ders. (Hg.), Zwischen Vergangenheit und Zukunft, München 1994, S. 327-370, hier: S. 333. Für neuere Überlegungen hierzu: Julian Nida-Rümelin, *Demokratie und Wahrheit*, München 2006.

ab. Die Tat Snowdens zeigt, dass das Aufdecken missbräuchlichen Verhaltens nicht einhellig wohlwollend aufgenommen wird. Zwar sieht ihn ein Teil der Bevölkerung tendenziell im positiven Licht und die Verarbeitung in einigen populärwissenschaftlichen Büchern stellt ihn als »wichtigsten Whistleblower der Welt«¹⁶ dar, da er seinen inneren moralischen Konflikt zugunsten des Gemeinwohls gelöst hätte. Und unbestritten: Generell weist Whistleblowing wünschenswerte Effekte wie Korruptionsbekämpfung und Transparenzerhöhung auf.¹⁷ Jedoch sind ebenso kritische Stimmen zu vernehmen, die den Whistleblower pauschal mit den Wörtern »Nestbeschmutzer« und »Verräter« stigmatisieren und die Snowden vorwerfen schlicht nach öffentlicher Anerkennung zu streben¹⁸ und durch die von ihm veröffentlichten Hinweise potentiell das Leben von US-amerikanischen Soldaten aufs Spiel zu setzen. Informanten werden häufig auf die einfache Formel »Held oder Verräter« reduziert. Deshalb gilt es der Frage nachzugehen, wann aus einem »useful whistle-blower« – also gewissermaßen einem legitimen Verräter – ein »destructive traitor« wird?¹⁹ Zweitens – mit der subjektiven Bewertung im Zusammenhang stehend – muss differenziert werden, wo und wie Whistleblowing stattfindet. So ist das interne Aufdecken von Missständen weit weniger problembehaftet als externes Whistleblowing und als Whistleblowing in staatlichen Organisationen. Die Akzeptanz von »betrieblichem« Whistleblowing im Rahmen eines sozialverantwortlichen Managements (Corporate Social Responsibility, CSR), das einen Beitrag zur Regeleinhaltung leistet und damit Unternehmen hilft ihrer rechtlichen Verantwortung gerecht zu werden,²⁰ ist weithin verbreitet. Anders das Whistleblowing in staatlichen Bürokratien: Sowohl aus rechtlicher Sicht als auch in der öffentlichen Meinung sind Hinweisgeber, die staatliches Unrecht aufdecken, häufiger schlechter gestellt als solche, die Missstände in Unternehmen aufdecken. Denn hier wird auch immer die Diskussion berührt, wie viel Transparenz in der Politik herrschen darf und wann zu viel Wahrheit gesellschaftlich schädlich sein kann:²¹ Müssen bestimmte diplomatische und militärische Informationen nicht geheim bleiben, um Sol-

16 Marc Halupczok, *111 Gründe Edward Snowden zu unterstützen. Eine Hommage an den wichtigsten Whistleblower der Welt*, Berlin 2013. Auch Mark Hertsgaard, *Die Aufrechten. Whistleblowing in der Ära Snowden*, München 2016.

17 Vgl. Miceli / Near, *Blowing the Whistle. The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees*, FN 5; Georg Schulz, »Whistleblowing – Plädoyer für ein Hinweisgeberschutzgesetz« in: *Arbeitsrecht Aktuell*, 1 (2017), S. 10-12.

18 Nach eigenen Aussagen hielte es Snowden für wichtig sich als Whistleblower zu erkennen zu geben, obwohl er gleichzeitig befürchtete, dass die Medien mehr über ihn als über die Inhalte berichten würden; dazu Glenn Greenwald, *Die globale Überwachung. Der Fall Snowden, die amerikanischen Geheimdienste und die Folgen*, München 2014.

19 Dazu Avishai Margalit, *On Betrayal*, Cambridge/London 2017, S. 11.

20 Vgl. die CSR-Pyramide von Archie Carroll, »The Pyramid of Corporate Social Responsibility« in: *Business Horizons*, 34 (1991), S. 39-48.

21 Z.B. für eine Diskussion von Transparenz in den Internationalen Beziehungen: »Transparency has long been a rare commodity in international affairs. But today, the forces of technology are ushering in a new age of openness that would have been unthinkable just a few decades ago.« Sean Larkin, *The Age of Transparency. International Relations without Secrets in: Foreign Affairs*, Mai/Juni 2016, S. 136-146, hier: S. 136.

daten und Agenten nicht zu gefährden, auch zum Preis von Rechtsbeugung und Rechtsverletzung?²²

Im vorliegenden Beitrag soll es darum gehen diese zweifache Problemlage zu diskutieren und die verschiedenen Facetten der Erscheinung des Whistleblowing zu beleuchten. Dies scheint notwendig zu sein, da Whistleblowing zwar »a well-known phenomenon« ist, allerdings gilt, dass »whistleblowing is not yet fully understood and there is not yet an international consensus on what whistleblowing exactly is and how it should be treated.«²³ Zunächst wird Whistleblowing im unternehmerischen Kontext analysiert. Hierzu wird das Alarmschlagen als Gegenstand einer wirtschaftsethischen Fragestellung thematisiert und aus einer ordnungsethischen Perspektive kritisch diskutiert. Neben der Darstellung des Zusammenhangs von Kultur und Regeln, werden auch Elemente eines Whistleblower-Systems skizziert. Im Anschluss soll es ergänzend um eine grundlegende Betrachtung des Whistleblowings auf staatlicher Ebene gehen. Insbesondere wird der Aspekt der moralischen Rechtmäßigkeit anhand zweier Fälle exemplifiziert. Hinsichtlich der Legitimität von Whistleblowing bietet sich ein Vergleich des Falls Edward Snowden mit der Causa Carl von Ossietzky an, der für die öffentliche Aufdeckung der geheimen Reichswehraufrüstung verantwortlich war. Es soll geklärt werden, inwiefern Ossietzky als Whistleblower gesehen werden kann, welche Motive zu Grunde lagen und welche Parallelen zwischen beiden Fällen existieren. Denn anders als Edward Snowden gilt Ossietzky uneingeschränkt als mutiger Aufklärer staatlichen Unrechts. Durch diesen komparativen Zugang kann die Legitimitätsdiskussion geschärft und ein neuer Blick auf das Phänomen Whistleblowing geworfen werden. Ein Ausblick schließt den Beitrag.

2. Whistleblowing in Unternehmen: Die ordnungsethische Funktion

Die gängige Literatur zum Whistleblowing entstammt hauptsächlich den Fachgebieten der Organisations- sowie Rechtslehre und insbesondere der praktisch-ausgerichteten Unternehmensethik, die (internes) Whistleblowing vor allem im Zusammenhang mit den Schlagworten Corporate Governance und Compliance diskutiert.²⁴ Während das Thema in Deutschland erst in den letzten Jahren verstärkt Aufmerksamkeit – vorwie-

- 22 Der Ansatz der vollkommenen Transparenz hat historische Vorfäure. So kämpften die Bolschewiki ab 1921 gegen die ihnen verhasste Geheimdiplomatie, u.a. indem sie alle staatlichen Dokumente wie z.B. die Verträge zwischen Russland und den Ententemächten veröffentlichten; vgl. Karl Schlögel, *Berlin Ostbahnhof Europas. Russen und Deutsche in ihrem Jahrhundert*, Berlin 1998, S. 181 f.
- 23 Gregor Thüsing / Gerrit Forst, »Whistleblowing Around the World: A Comparative Analysis of Whistleblowing in 23 Countries« in: Gregor Thüsing / Gerrit Forst (Hg.), *Whistleblowing – A Comparative Study*, Berlin 2016, S. 3-30, hier: S. 5 bzw. S. 6.
- 24 Z.B.: Esther Pittroff, *Whistle-Blowing Systeme in deutschen Unternehmen. Eine Untersuchung zur Wahrnehmung und Implementierung*, Wiesbaden 2011; Kai Bussmann / Oliver Krieg / Claudia Nestler / Steffen Salvenmoser / Andreas Schroth / Alex Theile / Daniela Trunk, *Wirtschaftskriminalität 2009. Sicherheitslage in deutschen Großunternehmen*, 2009; Klaus Leisinger, *Whistleblowing und Corporate Reputation Management*, München/Mering

gend aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive – erhielt, ist die Auseinandersetzung in den USA schon weiter.²⁵ Allerdings dominieren hierbei oftmals quantitative Ansätze,²⁶ interdisziplinäre Herangehensweisen sind insgesamt selten.²⁷ Deshalb soll im Folgenden das Phänomen des Whistleblowings mit der Perspektive der Ordnungsethik differenzierter beleuchtet werden.

Die Ordnungsethik beschäftigt sich damit, wie moralischen Normen in einer modernen Marktgemeinschaft Geltung verschafft werden kann. Zentrale Ansatzpunkte sind die Regeln einer Gesellschaft, da sich Menschen durch die gemeinsame Bindung an solche Normen besserstellen können (wie dies etwa spieltheoretisch durch das Gefangenendilemma gezeigt werden kann). Durch diese Regelbindung entkommen sie sozialen Dilemmata, bei denen individuell-rationales Handeln zu gesamtgesellschaftlich schädlichem Verhalten führt.²⁸ Die Einsicht, dass die Regelebene der entscheidende Hebel für moralisches Verhalten des Einzelnen ist, grenzt die Ordnungsethik von der Individualethik ab – beides Ansätze, die für die neuzeitliche Ethikdebatte grundlegend sind.²⁹ Die Individualethik zielt auf die Moral jedes Beteiligten ab und knüpft an das Individuum als normativen Bezugspunkt an, die Ordnungsethik hingegen will durch die richtigen Institutionen moralische Maßstäbe setzen. Der systematische Ort der Moral in einer Marktgemeinschaft ist die Gesamtheit der Ordnungsregeln.³⁰ Während auf dem Markt die Effizienz durch die Spielzüge Einzelner ohne jegliche moralische Forderungen entsteht, findet sich die Moral hauptsächlich in den Spielregeln wieder. Aus diesem Blickwinkel ist die Einhaltung der Spielregeln konstitutiv für das Funktionieren des Systems. Die Betrachtungsebene der Ordnungsethik ist die der Institutionen, die generell als Regeln oder ein Regelsystem verstanden werden können, durch

2003; Mike Schulz, »Compliance – Internes Whistleblowing« in: *Betriebs-Berater*, 10/2011, S. 629–634; Klaus Schmolke, »Whistleblowing-Systeme als Corporate Governance-Instrument transnationaler Unternehmen« in: *Internationales Wirtschaftsrecht*, 4/2012, S. 224–232.

25 Vgl. Leisinger, Whistleblowing und Corporate Reputation Management, FN 24.

26 Z.B. Bowen / Call / Rajgopal, »Whistle-Blowing: Target Firm Characteristics and Economic Consequences«, FN 8, S. 1239–1271; Alexander Dyck / Adair Morse / Luigi Zingales, *Who blows the whistle on corporate fraud?* Working paper, Toronto 2008; Miceli / Near, Characteristic of organizational climate and perceived wrongdoing associated with Whistle-Blowing decisions, FN 5, S. 525–544; Joyce Rothschild / Terance Miethe, »Whistle-Blower Disclosure and Management Retaliation« in: *Work and Occupations*, Vol. 26 No. 1 (1999), S. 107–128.

27 Ausnahmen sind z.B. Janet Near / Marcia Miceli, »Whistle-Blowing: Myth and Reality« in: *Journal of Management*, Vol. 22 No. 3 (1996), S. 507–526 oder in Deutschland Adrian von Kaenel (Hg.), *Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte*, Bern 2012.

28 Grundsätzlich dazu: Karl Homann / Ingo Pies, »Wirtschaftsethik und Gefangenendilemma« in: Ingo Pies (Hg.), *Moral als Heuristik. Ordonomische Schriften zur Wirtschaftsethik*, Berlin 2009, S. 34–47.

29 Dazu Bernd Noll, *Grundriss der Wirtschaftsethik. Von der Stammmoral zur Ethik der Globalisierung*, Stuttgart 2010.

30 Vgl. Karl Homann, »Wettbewerb und Moral« in: *Jahrbuch für Christliche Sozialwissenschaften* 31 (1990), S. 34–56; Karl Homann / Franz Blome-Drees, *Wirtschafts- und Unternehmensethik*, Göttingen 1992.

die das Verhalten von Individuen kanalisiert wird.³¹ Sie werden zu verschiedenen Zwecken und abhängig von der jeweiligen Situation errichtet. Solche spezifischen sozialen Situationen können Konflikte verschiedener Art aufweisen. So kann es sich um einfache Entscheidungssituationen handeln, bei denen erst einmal gefundene Lösungen dauerhaft stabil sind. Solche Institutionen sind selbst durchsetzend, da keiner einen Anreiz hat einseitig abzuweichen (spieltheoretisch gesprochen handelt es sich um reine Koordinierungsprobleme mit und ohne Verteilungskonflikt).³² Es können allerdings auch echte Interessenskonflikte vorliegen, bei denen Lösungen durch Vereinbarungen gefunden und abgesichert werden müssen. Folgendes Beispiel aus der Organisationstheorie verdeutlicht dies: Jedes Organisationsmitglied profitiert, wenn alle ehrlich sind und niemand Bestechungsgeld annimmt. Da jedoch aus individuell-rationalen Gründen jedes Individuum zu solch einem gruppenschädigenden Verhalten neigt, müssen entsprechende Regelsetzungen diese Verhaltensweisen sanktionieren. Generell gilt damit: Weil jedes System Ergebnisse, die im individuellen Verhalten begründet liegen, produzieren kann, die der Intention zuwiderlaufen und unerwünscht sind, müssen entsprechend institutionelle Vorkehrungen getroffen werden.

Angesichts des Stellenwertes von Regeln offenbart sich bei der Betrachtung des Phänomens Whistleblowing zunächst ein Paradoxon. Denn der Hinwegeber verstößt fast immer gegen Regeln moralischer und rechtlicher Art. Indem Organisationsmitglieder Unregelmäßigkeiten aufdecken, verletzen sie zugleich mit ihrem informellen Verhalten formelle Institutionen (wie das Hierarchieprinzip oder das Verbot Betriebsinterna nach außen zu tragen).³³ Ebenso werden interne Abläufe gestört, wenn im Zuge des Whistleblowings Informationen nach außen gelangen – Loyalität ist ein wichtiger Garant für Prozessabläufe. Außerdem kann das Ermutigen zum Whistleblowing ein Klima des Misstrauens und der Feindseligkeit nähren und negative Auswirkungen auf die organisationale Effizienz haben.³⁴ Auch können Whistleblower die Situation falsch einschätzen, also aus ihrer Sicht einen Missbrauch melden, der keiner ist. Die Folgen können bei externem Whistleblowing öffentliche Diskreditierung und Rufschäden sein. Die Hinweisgebung kann ein bewusster Akt machpolitischen Verhaltens sein, um Personen unter Druck zu setzen.³⁵ Weiterhin ist eine gewisse Abweichung von (Organisations-)Regeln – die ein Whistleblower allerdings als Normverletzung melden

31 Vgl. Mathias Erlei / Martin Leschke / Dirk Sauerland, *Institutionenökonomik*, Stuttgart 2016.

32 Zur grundsätzlichen Unterscheidung von Self-Enforcement und external Enforcement: Geoffrey Hodgson, »What Are Institutions?« in: *Journal of Economic Issues*, Vol. 40 No. 1 (2006), S. 1-25.

33 Vgl. Douglass North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge 1990; Douglass North, *Structure and Change in Economic History*, New York/London 1981; Hodgson, What are Institutions?, FN 32, S. 1-25.

34 Dazu Terry Dworkin / Janet Near, »A better statutory approach to whistle-blowing« in: *Business Ethics Quarterly* 7 (1997), S. 7-16, hier: S. 10.

35 Aktuell sorgt folgender Fall für Aufsehen: Eine Professorin für Mikrostruktursimulation in der Werkstofftechnik sah sich durch einen anonymen Whistleblower Vorwürfen wissenschaftlichen Fehlverhaltens ausgesetzt, die sich im Nachhinein als falsch erwiesen, den Rufschaden jedoch nicht verhinderten; vgl. o.V., »Geschichte einer Rufschädigung« in: *Süd-*

könnte – unter bestimmten Bedingungen gerechtfertigt. Weil gesetzte Regeln nie a priori sämtliche Situationen antizipieren können, ist Flexibilität (insbesondere bei zu eng formulierten Normen) notwendig. Ein solches Verhalten, das zwar formale Erwartungen verletzt, jedoch im Interesse der Organisation liegt, könnte im Sinne von Niklas Luhmann (1927–1998) als eine »brauchbare Illegalität« aufgefasst werden.³⁶ Oder anders formuliert: Es kann Situationen geben, in denen eine Nichtbefolgung von Regeln sinnvoll sein kann, denn »jedes System muss ein gewisses Maß von Normabweichung praktizieren«, um sich ständig verändernden Umweltbedingungen anzupassen.³⁷ Bei »institutionellen Misfits« brechen Personen die in Organisationen aufgestellten Regeln, da sie sie als ineffizient empfinden. Diese Regelverletzung erfolgt somit in der Absicht die Organisationsziele besser zu erreichen, auch wenn es bedeutet, sich dadurch die »Hände schmutzig [zu] machen«.³⁸ Normüberschreitungen in diesem Sinne sind nicht nur nicht meldepflichtig, sondern können sogar ein wichtiger Treiber institutionellen Wandels sein. Offenkundig muss Whistleblowing also gut begründet und abhängig vom Umfang und Grund der Regelverletzung sein.

Wie kann Whistleblowing angesichts dieser Schwierigkeiten selbst für eine Regelgelung förderlich sein? Zwei wesentliche Gründe sind anzuführen: Zunächst ist es ein effizientes Mittel zur Korruptionsbekämpfung. Da potentiellen Ermittlungen gegen Korruption oftmals der notwendige Anfangsverdacht fehlt, können gezielte Meldungen durch Whistleblower gerechtfertigte Verfahren gegen Verstöße überhaupt erst in Gang setzen.³⁹ Ein anonymes Hinweissystem kann Anreize setzen Mitwisser und Duldender von Fehlverhalten zu mobilisieren und auf diese Weise eine präventive Abschreckungswirkung zu erzielen. Neben personenbezogenen können auch organisationale Faktoren wie Komplexität, ungenügende Kontrollmechanismen und die Organisationskultur begünstigend für Korruption sein. Ein System der Hinweisgebung kann hier helfen, indem es den Bedarf an aufwändigen Überwachungs- und Sanktionsfunktionen reduziert. Die Institutionenökonomik charakterisiert die Interdependenzen in Organisationen als Beziehung zwischen Auftraggebern (Prinzipalen) und ausführenden Stellen (Agenten). Der Prinzipal muss durch institutionelle Regelungen sicherstellen, dass

deutsche Zeitung 1.08.2017. Auch Miceli / Near, Blowing the Whistle. The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees, FN 5; James Gobert / Maurice Punch, »Whistleblowers, the Public Interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998« in: *The Modern Law Review*, Vol 63, S. 25-54, hier: S. 30 ff.

- 36 Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 2. Aufl., Berlin 1964/1972, S. 304 ff. Jedoch kann in seiner Argumentation auch Whistleblowing einer brauchbaren Illegalität zugeordnet werden, da er auch von »formal illegale[n] Handeln« spricht, »welches auf einer zweiten Linie zu verteidigen ist«. Generell erhalten nach Luhmann Regeln die Legitimation durch ihre Zweckmäßigkeit, die sich am Standpunkt des Benutzers ausrichten muss.
- 37 Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, FN 36, S. 304 ff.
- 38 So in Anlehnung an ein Stück Jean-Paul Sartres; vgl. Albrecht Söllner, *Die Schmutzigen Hände. Individuelles Verhalten in Fällen von institutionellen Misfits*, Tübingen 2000.
- 39 Vgl. Ingo Pies (Hg.), *Wie bekämpft man Korruption?*, Berlin 2008; Ingo Pies / Markus Beckmann, »Whistle-Blowing heißt nicht: »verpfeifen« in: Matthias Fifka / Andreas Falke (Hg.), *Korruption als internationales Phänomen*, Berlin 2012, S. 67-94.

der Agent den vereinbarten Auftrag im Interesse des Prinzipals möglichst gut erfüllt.⁴⁰ Je selbstständiger der Agent jedoch vom Prinzipal agiert, desto größer ist auch die Korruptionsgefahr. Da dieses Agenturproblem im Wesentlichen auf Informationsasymmetrien beruht, kann es gemildert werden, indem der Prinzipal durch die Möglichkeit des Whistleblowings und somit durch die Kenntnis von Regelverletzungen sein Wissen steigert. Der Agent unterliegt dann latent der Überwachung und läuft Gefahr bei abweichendem Verhalten durch den Prinzipal sanktioniert zu werden. Für den Agenten verringern sich die Möglichkeiten zur Täuschung des Prinzipals und zur opportunistischen Ausnutzung der Situation.

Zweitens leistet Whistleblowing als ein Mittel zur Aufdeckung von Regelverstößen einen wichtigen Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, da Mitarbeiter bei der Prävention und Verfolgung von Straftaten zu »private law enforcers« werden.⁴¹ Damit Verstöße geahndet werden können, müssen sie vorher auch bekannt sein und genau dies leistet der Informant beim Whistleblowing.⁴² Der Hinweis auf Regelverstöße kann damit als Anwendung der »voice option« gesehen werden, als eine Reaktion gegen (illegale) institutionelle Ineffizienzen ohne – zumindest zunächst – die Institution verlassen zu müssen (»exit option«).⁴³ Jedoch stoßen Informanten oft auf massiven Widerstand, der darin begründet liegt, dass den betroffenen Personen das Unrechtsbewusstsein fehlt und sie sich vielmehr als Opfer von Verrat fühlen. Die sich illegal verhaltenden Angestellten haben meistens keine kriminellen Intentionen, sondern geraten eher sukzessive in Verstöße hinein. Moralische Grenzüberschreitungen erfolgen in kleinen Schritten, die entweder jeweils subjektiv als noch vertretbar bewertet werden (»slippery slope«) oder die die Angestellten sogar als im Sinne des Unternehmens rechtfertigbar sehen.⁴⁴ Auch spielt das »moral licencing« eine Rolle, bei dem sich jemand gewissermaßen in einem Bereich eine moralische Lizenz erwirbt (z.B. besonders moralisch vorbildhaftes Verhalten), um dann an anderer Stelle Verfehlungen aufzurechnen.⁴⁵

Aus ordnungsethischer Sicht kann das Whistleblowing insgesamt ein sinnvolles Instrument darstellen. Da Verfehlungen einzelner Organisationsmitglieder dem ganzen Unternehmen Nachteile zufügen,⁴⁶ können durch ihre rechtzeitige Aufdeckung schnell Gegenmaßnahmen eingeleitet werden und der Schaden begrenzt werden. Zumindest ein internes Whistleblowing liegt also als Mittel der Compliance im Interesse

40 Vgl. Stephen Ross, »The Economic Theory of Agency: the Principal's Problem« in: *American Economic Review*, Vol. 63 Issue 2 (1973), S. 134-139.

41 Dazu eine arbeitsrechtliche Betrachtung: Kreis, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, FN 6.

42 Hierzu auch Tobias Gößling, »Whistleblowing« in: Michael Aßländer (Hg.), *Handbuch Wirtschaftsethik*, Stuttgart/Weimar 2011, 237-244, der Whistleblowing als Instrument einer Wirtschafts- und Unternehmensexethik beschreibt.

43 Vgl. Albert Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty*, Harvard 1970.

44 Rainer Hank, »Der Verrat« in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 28.1.2017.

45 Whistleblower stoßen nicht nur extern auf Widerstände, sondern es stehen auch innere Motive entgegen: Es wiegt schwer gegen Loyalitäten und Kollegialität zu verstößen, sodass der Bruch der Solidarität regelrechte innere Qualen verursachen kann.

46 Vgl. Tim Wybitul, »Whistleblowing – datenschutzkonformer Einsatz von Hinweisgerätsystemen?« in: *Zeitschrift für Datenschutz*, 3 (2011), S. 118-122.

des Unternehmens.⁴⁷ Ein internes Meldesystem verlässt sich nicht auf Appelle an den Einzelnen, sich an die Gesetze und Regeln zu halten, sondern es schafft Strukturen, die Anreize zur Regelkonformität und zur Meldung von Missbrauch setzen. So geht es darum systemische Hindernisse für Whistleblowing zu identifizieren und zu beseitigen, weniger um die persönlichen Motive des Informanten. Notwendiger als eine Einzelfallprüfung der Beweggründe und der moralischen Einschätzung des Whistleblowers ist die Stichhaltigkeit der Verfehlung, die der Informant aufdecken will.⁴⁸ Whistleblowing kann somit, verstanden im Sinne eines Aktes des »organisationellen Ungehorsams«⁴⁹, nicht allein als individualethisches Problem betrachtet werden,⁵⁰ sondern auch aus einer institutionellen Perspektive. Wie genau kluge Regeln für ein sinnvolles Whistleblowing dann auszusehen haben, muss im Einzelnen geklärt werden.⁵¹

3. Die Bedingungslage für Whistleblower-Systeme

Um Whistleblowing institutionell zu verankern, bedarf es einer entsprechenden rechtlichen Implementation, die international sehr unterschiedlich ist. Die USA weisen eine längere Tradition gesetzlicher Regelungen im Hinblick auf das Whistleblowing auf (z.B. schützt der Equal-Opportunity-Act seit 1964 Arbeitnehmer, die diskriminierende Praktiken wie sexuelle Belästigungen aufdecken) und verfügen mit dem Whistleblower-Protection-Act seit 1989 erstmals über eine umfassende Schutzgesetzgebung.⁵² Der Sarbanes-Oxley Act, der 2002 als Reaktion auf den Enron-Skandal entstanden ist, sieht vor, dass börsennotierte Unternehmen (auch ausländische) ein Whistleblowing-System vorweisen müssen. Dieses System muss Sorge tragen Hinweisgeber arbeitsrechtlich zu schützen und staatliche Stellen bei Untersuchungs- und Ermittlungsverfahren unterstützen.⁵³ In Großbritannien existiert seit 1998 der Public-Interest-Disclosure-Act, der ähnliche Schutzbestimmungen umfasst. Das deutsche Arbeitsrecht ist

- 47 Systeme, die jedoch scheinbar nicht immer ausreichend gut funktionieren. So hatte VW ein internes System aus Ombudsmännern und externen Rechtsanwälten als Reaktion auf die Korruptionsaffäre im Jahr 2005 installiert.
- 48 Anders argumentiert hingegen Ulrich Nöhle, »Der whistleblower – Gutmensch, Verräter oder neuer Kollege der amtlichen Überwachung?« in: *ZLR Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, Nr. 2 (2017), S. 256-267. Er unterscheidet beim Whistleblower vier Typen: Die des Weltverbesserers aus Gewissensgründen, des neutralen Beobachters, des Gierigen und des »Rächers der Enterbten«.
- 49 Gößling, Whistleblowing, FN 42, S. 237.
- 50 Für eine solche Perspektive: Leisinger, Whistleblowing und Corporate Reputation Management, FN 24.
- 51 Beispielsweise diskutieren Dworkin / Near alternative Regelrahmen; vgl. Dworkin / Near, A better statutory approach to whistle-blowing, FN 34, S. 7-16.
- 52 Darüber hinaus existieren weitere bereichsspezifische Regelungen, z.B. der Occupational Safety and Health Act und der Civil Service Reform Act von 1978; vgl. Barbara Willenbacher, »Whistleblowing – empirische Untersuchung« in: Adrian von Kaenel (Hg.), *Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte*, Bern 2012, S. 27-54.
- 53 Dazu Matthias Schmidt, »Whistle Blowing Regulation and Accounting Standards Enforcement in Germany and Europe – An Economic Perspective« in: *International Review of Law and Economics* 25 (2005), S. 143-168.

hier wesentlich schwerfälliger, es liegen nur wenige spezifische Regelungen (mit sehr eingeschränktem Anwendungsbereich) vor.⁵⁴ Dies bedeutet jedoch nicht, dass Hinweisgeber beim Whistleblowing gänzlich schutzlos gestellt sind, da durch die Fallprüfung bei verhaltensbedingten Kündigungen eine gewisse Protektion im Rahmen der richterlichen Rechtsprechung erfolgen kann. Ursächlich für das Fehlen einer systematischen Schutzregelung könnte die Dominanz des Loyalitätsgebotes im deutschen Rechtssystem sein.⁵⁵ Der Unterschied bei der Bewertung von Whistleblowing liegt auch in der Differenz der US-amerikanischen und kontinentalen Wirtschaftskultur begründet. Während in den USA das Phänomen des Whistleblowings gesellschaftlich weitgehend anerkannt ist, hängt ihm in Europa die Aura des Denunziantentums an. Das Verhalten anderer Menschen an Behörden zu melden evoziert in vielen Fällen sicherlich Erinnerungen an die Zeit totalitärer Regime.⁵⁶ Aufgrund der Rechtstradition ist in den USA auch das Konzept des »private law enforcer« akzeptierter als in anderen Ländern.⁵⁷ Daraus folgt, dass bei der Implementation von Whistleblower-Regeln auch immer die jeweilige Rechts- und Wirtschaftskultur Berücksichtigung finden muss und nicht jede Transplantation von formellen Regeln funktionieren wird.

Aus den bisher diskutierten Merkmalen und Eigenschaften des Whistleblowings lassen sich weitere Anforderungen für die konkrete Gestaltung eines Meldesystems ableiten. Zwar stärkt die systematische Etablierung einer Widerspruchsoption die Organisation und schafft jenseits einer formellen Rechtssicherheit ebenso eine informelle Atmosphäre des Regelbewusstseins, allerdings müssen auch Vorkehrungen gegen den Missbrauch von Whistleblowing verankert werden. Denkbar wäre ein mehrstufiges Meldeverfahren, bei dem zunächst interne Stellen über den Missstand informiert werden und der Konflikt bereits innerhalb der Organisation gelöst werden kann.⁵⁸ Erst

⁵⁴ Vgl. Kreis, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, FN 6, S. 26f; Schmidt, Whistle Blowing Regulation and Accounting Standards Enforcement in Germany and Europe – An Economic Perspective, FN 53, S. 143–168. Zur Diskussion eines Gesetzesentwurfs: Konstantin von Busekist / Stephan Fahrig, »Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern« in: *Betriebs-Berater*, 3/2013, S. 119–124.

⁵⁵ Vgl. Rüdiger Krause, »Duty to Loyalty, Fundamental Rights, and Public Policy: German Whistleblowing Law Between Conflicting Values« in: Gregor Thüsing / Gerrit Forst (Hg.), *Whistleblowing – A Comparative Study*, Berlin 2016, S. 155–179.

⁵⁶ Dies äußert sich darin, dass z.B. Hinweisgebersysteme in Europa regelmäßig mit der NS-Zeit, der Stasi oder Vichy-Methoden assoziiert werden; vgl. Schmolke, Whistleblowing-Systeme als Corporate Governance-Instrument transnationaler Unternehmen, FN 24, S. 224–232, hier S. 229; Annemarie Berthold, *Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, Frankfurt a. M. 2010; Willenbacher, Whistleblowing – empirische Untersuchung, FN 52, S. 27–54.

⁵⁷ Dazu Gregor Thüsing / Gerrit Forst (Hg.), *Whistleblowing – A Comparative Study*, Berlin 2016.

⁵⁸ Voraussetzung ist allerdings, dass andere Organisationsmitglieder die empfundenen Regelverstöße ebenfalls als diese wahrnehmen. Im Fall von Edward Snowden wurde bspw. darauf verwiesen, dass es nicht seine Aufgabe sei, sich über die Praktiken der NSA – und auch der CIA – Gedanken zu machen, da er lediglich als Infrastrukturtechniker eingestellt worden sei; vgl. Greenwald, *Die globale Überwachung. Der Fall Snowden, die amerikanischen Geheim-*

falls dies nichts bewirkt, sollte die »Flucht an die Öffentlichkeit«⁵⁹ angetreten und unabhängige externe Stellen eingeschaltet werden. Einerseits sind die meisten Meldefälle sicherlich kleineren Ausmaßes (z.B. Machtmissbrauch des Vorgesetzten, Diskriminierung, Mobbing oder ungerechtfertigte Bevorzugungen bei Beförderungen), die effizient innerbetrieblich geregelt werden können und der Gang an die Öffentlichkeit stellt tatsächlich meist erst den letzten Schritt des Hinweisgebers in einem langen Prozess dar, wie die kriminalpsychologische Forschung zeigt.⁶⁰ Andererseits zeigen empirische Analysen aber auch, dass internes Whistleblowing deutlich weniger erfolgreich ist als externes Alarmschlagen.⁶¹ Die internen Stellen müssen nicht zwangsläufig in der Hierarchie verortet werden, sondern für die Entgegennahme von Hinweisen sind verschiedenen Möglichkeiten denkbar (Einsatz von Ombudsleuten, IT-Systeme wie Whistleblower-Hotlines oder besondere interne Ansprechpartner).⁶² Es gilt zu klären »(1) wer (2) unter welchen Umständen (3) mit welcher Information Zugang zum Whistleblowing-System« erhält.⁶³ Neben solchen Schutzrechten, insbesondere für externes Whistleblowing, werden auch direkte Belohnungen (monetärer Art) diskutiert.⁶⁴ Impulse für ein solches Meldesystem könnten aus dem deutschen Beamtenrecht kommen. Die durch Art. 33 GG verankerten »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten-

dienste und die Folgen, FN 18. Diese informellen Erlebnisse scheinen ihn darin gehemmt zu haben, formale Whistleblower-Hinweissysteme in Anspruch zu nehmen.

⁵⁹ Vgl. Hans-Joachim Bauschke, »Whistleblowing – ein Zwischenbericht« in: *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht*, 12 (2012), S. 271-274.

⁶⁰ Zu diesem Ergebnis kommt Herold, der anhand explorativer Einzelinterviews den Meldeprozess und die jeweiligen Motivlagen von Whistleblowern analysiert; vgl. Nico Herold, *Whistleblower. Entscheidungsfindung, Meldeverhalten und kriminologische Bewertung*, Baden-Baden 2016.

⁶¹ Dazu Rothschild / Miethe, Whistle-Blower Disclosure and Management Retaliation, FN 26, S. 107-128; Terry Dworkin / Melissa Baucus, Internal vs. External Whistleblowers: A Comparison of Whistleblowing Processes in: *Journal of Business Ethics*, Vol. 17 No. 12, S. 1281-1298.

⁶² Diverse zivilgesellschaftliche Organisationen bieten bereits die technologische Basis hierfür an, wie beispielsweise das Tor-Projekt, welches Whistleblowern die Möglichkeit bietet anonym Daten zu übermitteln. Oder auch die Website »The Intercept«, betrieben von Glenn Greenwald und Laura Poitras.

⁶³ Schmolke, Whistleblowing-Systeme als Corporate Governance-Instrument transnationaler Unternehmen, FN 24, S. 224-232, hier: S. 228. Weitere konkrete Vorschläge: Martin Auer, »Step-by-step: Einführung eines Whistleblowing-Systems« in: *Compliance-Berater*, 1/2013, S. 1-4; Torsten Briegel, *Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme*, Wiesbaden 2009. Eine empirische Untersuchung der DAX-Unternehmen: Esther Pittroff, *Whistle-Blowing Systeme in deutschen Unternehmen. Eine Untersuchung zur Wahrnehmung und Implementierung*, FN 24, S. 145 ff.

⁶⁴ Eine »qui tam«-Regel, die dem englischen Common Law entstammt, ist eine gerichtliche Anordnung, wonach einer, eine Strafverfolgung unterstützenden, Privatperson das fällige Bußgeld oder zumindest ein Teil davon zusteht. So legten die US-Börsenaufsicht SEC 2011 und die US-Steuerbehörde IRS Belohnungsprogramme auf, um etwa Hinweise auf Insiderhandel bzw. Steuerhinterziehung zu erhalten. Z.B. erhielt Bradley Birkenfeld, der als Angestellter der UBS-Bank Informationen an die US-Steuerbehörden weiterleitete – nach Verbüßen seiner Gefängnisstrafe – 104 Millionen USD. Eine solche Regel weckt Befürchtungen, dass es zu einem regelrechten Whistleblower-Geschäftsmodells kommen könnte.

tums« sehen den Beamten in einem besonderen Pflicht- und Treueverhältnis gegenüber seinem Dienstherrn. Um dennoch Widerspruch zu ermöglichen, kennt das Beamtenrecht den Mechanismus der Remonstration, um das Spannungsverhältnis zwischen Gehorsam und Solidarität sowie Gewissen aufzulösen. Dabei kann und muss der Staatsangestellte Einwände gegen Weisungen erheben von dessen Rechtmäßigkeit er nicht überzeugt ist. Erst falls die hierarchisch vorgesetzten Stellen keine Bedenken sehen, muss der Beamte die Anordnung ausführen.

Whistleblowing erfüllt nicht alleine im unternehmerischen Zusammenhang wichtige Funktionen, sondern kann auch als Transparenzinstrument für die Kontrolle des Staates und seiner Verwaltung dienen.⁶⁵ Diese Anwendung ist allerdings vielschichtiger als sie es auf Unternehmensebene ist und bedarf deshalb einer breiteren Perspektive. So ist selbst (oder gerade) in den USA mit ihrer positiven, kulturellen Wahrnehmung von Whistleblowing eine gewisse Unausgewogenheit zu beobachten: Während die Regelnkonformität bei Unternehmen (Compliance) eine hohe Bedeutung hat, werden für staatliche Tätigkeiten andere Maßstäbe angelegt.⁶⁶

4. »Windiges aus der deutschen Luftfahrt«: Der Fall Carl von Ossietzky

Carl von Ossietzky (1889-1938) wuchs in ärmlichen Verhältnissen in Hamburg auf und wurde so früh für soziale Themen sensibilisiert. Nach der Kriegsteilnahme wirkte er im Hamburger Arbeiter- und Soldatenrat mit und unterstützte pazifistische Bewegungen. Trotz Anstellung im Justizdienst konzentrierte er sich zunehmend auf seine journalistische Tätigkeit. Er verstand den Journalismus als im Dienst der Öffentlichkeit stehend und fasste ihn als Form des Widerstandes gegen antidemokratische Bewegungen in der Weimarer Republik auf.⁶⁷ Sein friedenspolitisches Anliegen, das er mit seinem Freund Kurt Tucholsky (1890-1935) teilte, war außerordentlich ausgeprägt: »Es ist vielmehr unsere höchste Pflicht, uns mit aller Kraft für die Durchdringung Deutschlands mit pazifistischem und demokratischem Geist einzusetzen.«⁶⁸ Und an anderer Stelle machte er 1924 klar: »Kein vernünftiger Mensch zweifelt daran, dass Deutschlands Anschluss an die demokratische Welt kann nur erfolgen im Zeichen des

- 65 »Agency employees are in a unique position to help the bureaucracy accountable. Many employees can see for themselves whether their own agency is meeting its responsibilities as it should, or whether it is failing to do so because of incompetence, lack of will, dishonesty, lack of resources, a combination of these, or some other factor.« Bernard Rosen, *Holding Government Bureaucracies Accountable*, Westport 1998, S. 153.
- 66 Dies spiegelt sich auch in Anzahl wissenschaftlicher Publikationen mit diesem Thema wieder. Einige der wenigen Ausnahmen mit Fokus auf Regierungsorganisationen sind z.B.: Carmen Apaza / Yongjin Chang (Hg.), *Whistleblowing in the World. Government Policy, Mass Media and the Law*, 2017; Roberta Johnson / Michael Kraft, »Bureaucratic Whistleblowing and Policy Change« in: *Political Research Quarterly*, Vol. 43, Issue 3 (1990), S. 849-874.
- 67 Dazu Hermann Vinke, Carl von Ossietzky. 1889-1989, Bonn 1989.
- 68 Carl von Ossietzky, »Ausverkauf« in: Mathias Bertram / Ute Maack / Christoph Schottes (Hg.), *Sämtliche Schriften*, Bd. 1: 1911 – 1921, Frankfurt 1994, S. 143-146, hier: S. 145.

Pazifismus.⁶⁹ 1927 wurde er Redakteur und ab 1927 Herausgeber der »Weltbühne« der wohl einflussreichsten Zeitschrift der linken Intelligenz der Weimarer Republik.⁷⁰ In all seinen Aktivitäten blieb Ossietzky »ein dezidierter, parteipolitisch aber unbundener Verteidiger der Republik und Demokratie.⁷¹ Die Bereitschaft für seine Überzeugungen auch Risiken einzugehen, zeigte sich in Konfrontationen mit der Ob rigkeit. So wurde er etwa 1924 wegen seiner Kritik an einem Erfurter Militärgerichts urteil zu einer Geldstrafe verurteilt.

Noch in der Zeit vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten wurde er im »Weltbühnen-Prozess« angeklagt. Dabei ging es um die Berichterstattung »Windiges aus der deutschen Luftfahrt« über die illegale, gegen die Rüstungsbestimmungen des Versailler Vertrages verstößende, geheime Aufrüstung der Reichswehr durch den Weltbühnen-Autor Walter Kreiser (1898–1958) aus dem Jahr 1929. Der Verfasser war ein ehemaliger Feldflieger im Ersten Weltkrieg, anschließend Student für Flugzeugtechnik und wurde schließlich Journalist mit dem Schwerpunkt Luftfahrt.⁷² Kreiser, der zum Teil durch Informanten von den Plänen erfuhr, klagte die als Erprobungsabteilung getarnte heimliche Aufrüstung der Luftfahrt an und er deckte auf, dass dafür Gelder der zivilen Luftfahrt zweckentfremdet wurden.⁷³ Hintergrund waren die steten Bemühungen der Reichswehr die diversen Bestimmungen des Vertrages zur Begrenzung des Militärs zu unterlaufen (wie die Höchststärke auf 100 000 Mann durch Bildung von paramilitärischen Freikorps zu umgehen). Vom Reichswehrministerium und der bereits nationalsozialistisch durchsetzten Justiz wurden Kreiser als Autor und Ossietzky als verantwortlicher Chefredakteur diese Berichterstattung zur Last gelegt, bei der es sich um Landesverrat handeln sollte.⁷⁴ Die Reichswehr führte an, dass es um die Tarnung militärischer Einrichtungen ging und diese Geheimhaltung im Interesse des Reichen gelegen habe. Die Verteidigung der Weltbühnen-Mitarbeiter argumentierte hingegen, dass die geheimen Aufrüstungspläne nicht mehr geheim waren, sondern vor allem Fachleuten bereits bekannt⁷⁵ und dass der Prozess lediglich ein Vorwand zur Entledigung von Kritikern sei.

Das Reichsgericht folgte im Wesentlichen der Argumentation der Reichswehr. In der Urteilsbegründung werteten die Richter: »Eine Kritik am Heeresetat ist der Presse keineswegs verwehrt, auch nicht gegenüber unserer kleinen Reichswehr, die Grenzen zwischen sachlicher Kritik einerseits und Hetze und Verrat andererseits muss auch die Presse innehalten. Die Straftat der Angeklagten, die ihre Treuepflicht als Staatsbürger

69 Carl von Ossietzky, »Die Pazifisten« in: Bärbel Boldt / Dirk Grathoff / Michael Sartorius (Hg.), *Sämtliche Schriften*, Bd. 2: 1922 – 1924, Frankfurt 1994, S. 371–375, hier: S. 375.

70 Vgl. Dirk Grathoff, »Ossietzky« in: Historischen Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaften (Hg.), *Neue Deutsche Biographie*, Bd. 19, Berlin 1999, S. 610–611.

71 Grathoff, Ossietzky, FN 70, S. 610.

72 Vgl. Bernd Wessling, *Carl von Ossietzky. Märtyrer für den Frieden*, München 1989, S. 176 ff.

73 Dazu Elke Suhr, *Carl von Ossietzky. Eine Biographie*, Köln 1988.

74 Vgl. Wessling, *Carl von Ossietzky. Märtyrer für den Frieden*, FN 72; Werner Boldt, *Carl von Ossietzky. Vorkämpfer der Demokratie*, Hannover 2013.

75 Bruno Frei, *Carl von Ossietzky. Eine politische Biographie*, Berlin 1978; Wessling, *Carl von Ossietzky. Märtyrer für den Frieden*, FN 72.

verletzt haben, ist als eine staatsschädliche anzusprechen: Unbekümmert um die Interessen ihres Vaterlandes in schwerer Zeit und unter deren bewusster Nichtachtung haben sie aus Sensationsbedürfnis das Maß einer sachlichen Kritik weit überschritten.«⁷⁶ Der Tatsache, dass der Artikel völkerrechtswidriges Verhalten thematisierte, maß das Reichsgericht keine Bedeutung bei. Beim Strafmaß wurde ihnen jedoch strafmildernd zugebilligt, dass sie nicht aus selbstsüchtigen Motiven gehandelt haben.⁷⁷ Laut Urteil sind die mildernden Umstände »darin gefunden worden, dass sowohl Kreiser, als von Ossietzky bei der Veröffentlichung des zur Anklage gestellten Artikels die Absicht einer Schädigung der Landesverteidigung und der deutschen Reichssicherheit (animus hostilis) nach Ansicht des Gerichts nicht gehabt haben; ferner darin, dass es nicht ehrlose Beweggründe gewesen sind, die sie zu der Veröffentlichung veranlasst haben, sondern dass sie von ihrer subjektiven Auffassung der Sachlage ausgegangen sind.«⁷⁸ Die Verurteilung 1931 »wegen Verbrechens gegen § 1 Abs. 2 des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juni 1914« zu einem Jahr und sechs Monaten Gefängnis wurde in Teilen der konservativen Öffentlichkeit als ein weiteres »Glied in dem landesverräterischen Treiben führender Pazifisten« gesehen.⁷⁹ Kreiser entzog sich seiner Strafe durch Flucht nach Frankreich. Ossietzky hingegen, dem Gleiche möglich gewesen wäre, trat seine Haftstrafe am 10. Mai 1932 im Gefängnis Tegel an und im am gleichen Tag in der Weltbühne veröffentlichten Artikel »Rechenschaft« schildert er seine Einschätzung des Prozesses. Dort rechtfertigt er auch seine Entscheidung in Deutschland zu bleiben damit, dass er nicht »aus Gründen der Loyalität ins Gefängnis [gehe], sondern weil ich als Eingesperrter am unbequemsten bin. Ich beuge mich nicht der in roten Sammet gehüllten Majestät des Reichsgerichts, sondern bleibe als Insasse einer preußischen Strafanstalt eine lebendige Demonstration gegen ein höchstinstanzliches Urteil, das in der Sache politisch tendenziös erscheint und als juristische Arbeit reichlich windschief.«⁸⁰ Ossietzky war fest davon überzeugt unschuldig zu sein und das Richtige getan zu haben zu sein. Anstatt ins Ausland zu gehen, wollte er eine juristische Rehabilitation durch Wiederaufnahme des Prozesses – auch deshalb lehnte er Kreisers Flucht ab.

Zwar wurde Ossietzky nach acht Monaten amnestiert, jedoch in der Nacht des Reichstagsbrandes am 28.3.1933 erneut verhaftet. Bis 1936 war er im Zuchthaus Sonnenburg sowie im Konzentrationslager Papenburg-Esterwegen im Emsland inhaftiert. Dort verschlechterte sich seine Gesundheit deutlich. Eine Gruppe von emigrierten

76 Urteilsschrift zu finden in: Bärbel Boldt / Gerhard Kraiker / Christoph Schottes / Elke Suhr (Hg.), *Carl von Ossietzky. Sämtliche Schriften, Bd. VII Briefe und Lebensdokumente*, Frankfurt 1994, D 269 S. 357.

77 Dazu Frei, *Carl von Ossietzky. Eine politische Biographie*, FN 75, S. 165.

78 Urteilsschrift zu finden in: Boldt / Kraiker / Schottes / Suhr (Hg.), *Carl von Ossietzky. Sämtliche Schriften, Bd. VII Briefe und Lebensdokumente*, FN 76, D 269 S. 356.

79 Deutsche Allgemeine Zeitung vom 23.11.1931, zitiert nach: Bärbel Boldt / Gerhard Kraiker / Christoph Schottes / Elke Suhr (Hg.), *Carl von Ossietzky. Sämtliche Schriften, Bd. VII Briefe und Lebensdokumente*, Frankfurt 1994, D 270 S. 358 f.

80 Carl von Ossietzky, »Rechenschaft«, in: ders (Hg.), *Publizistik aus den Jahren 1913-1933*, Frankfurt 1932/1984, S. 185-207, hier: S. 187.

Freunden Ossietzky und internationaler Aktivisten gelang es, die Weltöffentlichkeit über seinen Zustand zu informieren und Unterstützer zu sammeln, um Ossietzky für den Friedensnobelpreis zu nominieren.⁸¹ 1936 wurde ihm der Preis rückwirkend für das Jahr 1935 in seiner Abwesenheit verliehen. Infolge dieser Anerkennung wurde er zur »Symbolfigur für das >andere Deutschland«⁸² und zum Symbol der Opfer der Naziherrschaft. Im gleichen Jahr der Preisverleihung überführten ihn die Nationalsozialisten in ein Berliner Privatsanatorium, in dem er weiterhin unter Bewachung stand. Ossietzky starb dort am 4. Mai 1938 im Alter von 49 Jahren an den Folgen der Misshandlungen, die ihm im KZ zugefügt wurden.

5. Parallelen und Unterschiede zum Whistleblowing Edward Snowdens

Edward Joseph Snowden arbeitete als technische Fachkraft für die US-amerikanischen Geheimdienste Central Intelligence Agency (CIA), Defense Intelligence Agency (DIA) sowie National Security Agency (NSA). Dort hatte er Zugriff auf Informationen der höchsten Geheimhaltungsstufe, wie beispielweise Details über die weltweite Überwachung der Internetkommunikation durch spezielle Software (XKeyscore, PRISM oder Tempora). Snowden deckte diese Praxis auf, indem er Informationen an den Guardian-Journalist Gleen Greenwald und die Filmemacherin Laura Poitras weitergab.⁸³ Dadurch erhielt die Öffentlichkeit im Juni 2013 Kenntnis von den Praktiken.

Als auslösendes Ereignis, welches Edward Snowden schließlich zum Geheimnisverrat motiviert hat, gibt er die öffentliche Anhörung des US-amerikanischen Nationalen Geheimdienstdirektors James Clapper vom 12.3.2013 an, der dort behauptete die NSA betreibe keine Vorratsdatenspeicherung amerikanischer Bürger.⁸⁴ Nicht nur, dass dies offenbar nicht der Wahrheit entsprach, auch konnte Snowden nachweisen, dass es sich um eine globale Überwachungsstruktur der NSA handelte. Es ging also aus seiner Sicht nicht um einen einzelnen, sondern um systemische Missstände bei der NSA mit globalem Ausmaß. Die publizierten Geheimdokumente bringen das immense Ausmaß der Massenüberwachung ans Licht. Zudem belegte er auch die Kooperation der NSA mit anderen Geheimdiensten, etwa dem britischen Government Communication Headquarter (GCHQ), sowie dem deutschen Bundesnachrichtendienst (BND).⁸⁵ Seine Aufdeckungen haben dazu geführt, dass zumindest der Teil der NSA-Überwachung, der

81 Vgl. Onken, *Carl von Ossietzky und Silvio Gesell. Eine Begegnung zweier Gedankenwelten*, Kiel 2006, S. 6.

82 Onken, *Carl von Ossietzky und Silvio Gesell. Eine Begegnung zweier Gedankenwelten*, FN 81, S. 6.

83 Während Poitras dazu eine prämierte Dokumentation drehte (Citizenfour), verarbeitete Greenwald dies u.a. in einem Buch: Greenwald, *Die globale Überwachung. Der Fall Snowden, die amerikanischen Geheimdienste und die Folgen*, FN 18.

84 Vgl. Greenwald, *Die globale Überwachung. Der Fall Snowden, die amerikanischen Geheimdienste und die Folgen*, FN 18.

85 Für eine Fallgeschichte aus unterschiedlichen Perspektiven: Markus Beckedahl / Andre Meister (Hg.), *Überwachtes Netz. Edward Snowden und der größte Überwachungsskandal der Geschichte*, Berlin 2013.

US-Amerikaner umfasste, 2015 durch den Freedom Act eingeschränkt wurde.⁸⁶ Durch seine Enthüllungen warf Edward Snowden die Frage »nach den Rechtsgrundlagen und den politischen Verantwortlichkeiten für diese offenbar flächendeckenden Totalüberwachungen« auf.⁸⁷ Snowden gab am 9. Juni 2013 seine Identität gegenüber der Öffentlichkeit bekannt und kurz darauf erwirkte das Federal Bureau of Investigation (FBI) einen Haftbefehl aufgrund der Strafanzeige u.a. wegen Spionage.⁸⁸ Um einer Verhaftung zu entgehen, ersuchte Snowden, nach seiner Flucht über Hongkong und Moskau in Russland Asyl. Im Januar 2017 wurde sein Aufenthaltsrecht dort um weitere drei Jahre verlängert.

Die moralische Bewertung dieser Enthüllungen fällt in der Bevölkerung unterschiedlich aus. Von einem Teil wird das Whistleblowing scharf verurteilt und entsprechend gering fiel die Mobilisierung der von der Überwachung betroffenen Gesellschaften aus. Andere sehen im Whistleblowing Snowdens ein Instrument zur »effektiven Kontrolle der Nachrichtendienste und anderer Institutionen in ihrer staatlichen Machtausübung«.⁸⁹ Einer solchen Einschätzung schloss sich Ende 2015 das Europäische Parlament an und empfahl in einer Resolution alle Vorwürfe gegen Snowden fallen zu lassen und ihm Schutz zu gewähren.⁹⁰ Durch Snowden wurde die Fragilität der Privatsphäre in Zeiten der Digitalisierung sichtbar: »Doch haben die Enthüllungen des NSA-Mitarbeiters Edward Snowden dazu beigetragen, Risiken für eine Gesellschaft, die vom Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen ausgeht, offen zu legen.«⁹¹ Insofern habe Snowden das Internet als Utopie entzaubert und der Optimismus des Anfangs sei einer neuen Nachdenklichkeit gewichen.⁹² Deutschland und Brasilien, die sich – wie die Snowden-Dokumente offenlegen – besonders im Fokus der gezielten Spionage

86 Da die Auslandsüberwachung völkerrechtlich kaum geregelt wird, ist davon auszugehen, dass sie weiterhin überall betrieben wird; vgl. Christian Schaller, »*Kommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst. Rechtlicher Rahmen und Regelungsbedarf*«, SWP-Studie, Berlin 2016.

87 Jury der Verleihung des Whistleblower-Preises 2013, »Begründung der Jury« in: Dieter Deiseroth / Annegret Falter (Hg.), *Whistleblower in der Sicherheitspolitik*, Berlin 2014, S. 55–62, hier: S. 59.

88 Vgl. Peter Finn / Sari Horwitz, »U.S. charges Snowden with espionage« in: *The Washington Post*, 22. Juni 2013.

89 Jury der Verleihung des Whistleblower-Preises 2013, »Begründung der Jury« in: Deiseroth / Falter (Hg.), *Whistleblower in der Sicherheitspolitik*, FN 87, S. 55–62, hier: S. 61.

90 Vgl. EU Parlament, P8_TA(2015)0388. *European Parliament resolution of 29 October 2015 on the follow-up to the European Parliament resolution of 12 March 2014 on the electronic mass surveillance of EU citizens*, 2015/2635(RSP); EU Parlament, *Mass surveillance: EU citizens' rights still in danger*, says Parliament, 29. Oktober 2015; www.europarl.europa.eu/news-room/content/20151022IPR98818/html/Mass-surveillance-EU-citizens'-rights-still-in-danger-says-Parliament.

91 Udo Di Fabio, *Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen. Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz*, München 2016, S. 11.

92 Ähnlichkeit mit Snowden weist der Fall von Chelsea Manning (geb. 1987) auf. Sie arbeitete – damals noch als Bradley Manning – als Nachrichtenanalytikerin bei der US-Armee und gab im Jahr 2010 rund 800 000 Dokumente an die 2006 gegründete Enthüllungsplattform WikiLeaks weiter. Die Veröffentlichung der Daten umfasste im wesentlichen Videomaterial, das die Tötung von mehr als einem Dutzend Zivilisten in Bagdad von einem amerikanischen

durch die NSA befanden, haben im November 2013 eine Resolution der Vereinten Nationen bewirkt, die alle Staaten auffordert auch im Internet gewisse Rechte und insbesondere Datenschutzbelange zu respektieren.⁹³

Aus der Analyse beider Fälle können zwei Schlüsse gezogen werden. Erstens sind das Whistleblowing Snowdens und Ossietzkys in vielerlei Hinsicht nicht vergleichbar, da sie in sehr unterschiedlichen Kontexten eingebettet sind. Materiell-inhaltlich sind die Aufdeckungen Snowden deutlich umfangreicher, systematischer und tiefgehender als die von Ossietzky. Obwohl die Redaktion der Weltbühne »in ihren Beiträgen die Fehler des Weimarer Staates geradezu sezierten«,⁹⁴ steht nicht die Gesamtheit der Berichterstattung im Vordergrund, sondern vielmehr der investigative Journalismus zu einem speziellen Thema. Während Snowden relativ schnell als ein Hinweisgeber eingestuft werden kann, der durch den direkten Gang an die Öffentlichkeit externes Whistleblowing betrieben hat, ist die Einschätzung bei Ossietzky weniger deutlich. Beim investigativen Journalismus verarbeitet der Reporter die Informationen publizistisch,⁹⁵ gelangt in der Regel aber nicht selbst, sondern lediglich durch die Weitergabe an die Interna. Deshalb handelt es sich bei Journalisten nicht um Whistleblower, auch weil sie keine arbeitsrechtliche Zuordnung zur betroffenen Organisation aufweisen und somit ein geringes Risiko tragen. Sobald sie jedoch beim Alarmschlagen persönliche Risiken in Kauf nehmen, wie dies in Autokratien und oder in fragilen Demokratien

Kampfhubschrauber zeigt (»Collateral Murder«), mehr als 250 000 Depeschen von US-Berichten weltweit und Berichte über die Inhaftierungen in Guantanamo. Sie wollte damit eine Diskussion über die Unmoral des Krieges auslösen. Verurteilt wurde sie u.a. wegen Kollaboration mit dem Feind zu 35 Jahren Gefängnis. Nach sieben Jahren Haft in einem Militärgefängnis – der längsten Haftstrafe, die je ein Whistleblower in den USA verbüßen musste – begnadigte sie Barack Obama und sie kam im Mai 2017 frei; Dazu Thorsten Denkler, »Die Helden ist frei« in: *Süddeutsche Zeitung*, 17.5.2017.

- 93 Das Völkerrecht umfasst unterschiedliche Regelungen zu den Grenzen und Möglichkeiten geheimdienstlichen Handelns; vlg. Katja Weigelt, »James Bond im Zwielicht: Geheimdienstaktionen im völkerrechtlichen Kontext« in: Melanie Morisse-Schilbach / Anke Peine (Hg.), *Demokratische Außenpolitik und Geheimdienste. Aspekte eines Widerspruchs in Deutschland, Großbritannien, Israel, USA und Frankreich im Vergleich*, Berlin 2008, S. 63 ff. Die Schwierigkeit der Bewertung der digitalen Aufklärung ergibt sich daraus, dass sich die Dienste, wie im Falle der Satellitenaufklärung, darauf berufen, dass die Technologie, die überwacht wird, nicht territorial, sondern extraterritorial ist; vgl. Schaller, »Kommunikationsüberwachung durch den Bundesnachrichtendienst. Rechtlicher Rahmen und Regelungsbedarf«, FN 86, S. 35f.
- 94 Joachim Käppner, »Wider die halbe Wahrheit« in: *Süddeutsche Zeitung*, 11.5.2010. Teilweise wird allerdings auch der Vorwurf erhoben, dass Ossietzky mit seiner negativen Berichterstattung Anteil am Weg in die Autokratie hatte und es verfehlte die Weimarer Republik zu stützen.
- 95 In diese Kategorie können auch sozialkritische Autoren zu allen Zeiten eingeordnet werden. Zum Beispiel beschäftigten sich zahlreiche Schriftsteller in den USA der 1930er Jahre mit sozialen Missständen (beispielsweise beschrieb Upton Sinclair in seinem Roman »The Jungle« eindrucksvoll die schlechten Arbeitsbedingungen im New Yorker Schlachthof). Für diese Enthüllungsauteure bürgerte sich in den USA der – nicht negativ gemeinte – Begriff der Muckraker (»Schmutzaufwühler«) ein; vgl. Charles Peters / Taylor Branch, *Blowing the Whistle. Dissent in the Public Interest*, New York/Washington/London 1972, S. 3 ff.

en der Fall ist, können sie durchaus als Whistleblower im weitesten Sinn gesehen werden. In diesem Zusammenhang ist zu vermuten, dass bei Ossietzky und Kreiser vorrangig eine politische Justiz zu beobachten war und es weniger um den Schaden durch eine konkrete Enthüllung ging. Bei Snowden hingegen standen auch die realen Auswirkungen der Aufdeckungen im Vordergrund. Gemeinsam ist beiden Fällen allerdings, dass an beiden Akteuren wohl Exempel statuiert werden sollten, um Nachahmer abzuschrecken. Denn verstärkt seit Snowden kann sich eine Regierung nicht mehr darauf verlassen, dass Geheimnisse auch tatsächlich geheim bleiben.⁹⁶ Dies gilt umso mehr, als in beiden Fällen die öffentliche Resonanz, insbesondere auch im Ausland sehr groß war.⁹⁷

Zweitens zeigt der Vergleich unterschiedliche Bewertungen der Legitimität. Obwohl Ossietzky als Person durchaus unterschiedlich gesehen wird – einige sehen in ihm einen Vorkämpfer eines demokratischen Deutschlands,⁹⁸ andere argumentieren hingegen, dass Ossietzky gerade mit seiner massiven Kritik und seiner »Staatsfeindschaft« zur Diskreditierung der »tief angeschlagene[n]« Weimarer Republik beigetragen habe⁹⁹ – ist die Bewertung seiner Aufdeckung einheitlich positiv. Zumindest in demokratischen Kreisen lag bereits während des Weltbühnenprozesses eine eindeutige Wahrnehmung vor: Der enthüllte Missstand war so gravierend, dass Ossietzky moralisch das Recht und die Pflicht zum Whistleblowing zugebilligt wurde. Ossietzky steht als Symbol für das Auflehnen gegen einen Unrechtsstaat. Snowden hingegen polarisiert hingegen deutlich, wie bereits gezeigt wurde.

6. Eine Frage der Anerkennungswürdigkeit des Grundes?

Wird Whistleblowing als Verrat einer als legitim bewerteten Verhaltensweise des Staates (wie Bewahrung von gewissen Geheimnissen) gesehen, die erheblichen Schaden verursacht, ist der Akt der Aufdeckung falsch und nicht zu rechtfertigen. In gewisser Weise handelt es sich somit bei den Einschätzungsversuchen des Whistleblowings um eine Anwendung von deontologischer und teleologischer Sichtweise. Während die deontologische Perspektive – oder in den Kategorien des ethischen Systems von Max Weber (1864-1920) die »Gesinnungsethik« – jeder Handlung einen eigenen moralischen Wert zuordnet, bestimmt sich die Richtigkeit einer Handlung für den »Verantwortungsethiker« aus ihren Folgen.¹⁰⁰ In der Logik der Gesinnungsethik muss sich ein

96 Vgl. Hertsgaard, *Die Aufrechten. Whistleblowing in der Ära Snowden*, FN 16.

97 Dazu Boldt, *Carl von Ossietzky. Vorkämpfer der Demokratie*, FN 74, S. 708 ff. So verteidigten prominente Persönlichkeiten wie Albert Einstein und Thomas Mann Ossietzky vgl. Frei, *Carl von Ossietzky. Eine politische Biographie*, FN 75, S. 174.

98 Boldt, *Carl von Ossietzky. Vorkämpfer der Demokratie*, FN 74.

99 Hans-Ulrich Wehler, »Leopold Schwarzschild contra Carl von Ossietzky. Politische Vernunft für die Verteidigung der Republik gegen ultralinke Systemkritik und Volksfront-Illusionen« in: ders. (Hg.), *Preußen ist wieder chic ... Politik und Polemik*, Frankfurt 1983, S. 78.

100 Vgl. Max Weber, *Politik als Beruf*, Stuttgart 1926/2002, S. 70 ff.

Staat immer an geltendes (Völker-)Recht halten und darf nicht lügen. Demnach wäre ein Whistleblower ein Vollstrecker der Wahrheit. Am klarsten hat dies wohl Immanuel Kant (1724-1804) formuliert, der keinerlei Recht auf Lüge anerkennen wollte, auch wenn diese großen Schaden abwenden könne.¹⁰¹ Die Verantwortungsethik, die den Nutzen einer Tat gegen den Schaden abwägt, sieht ein solches striktes Prinzip eher problematisch. Aus der »Wahrheitspflicht«, die für die Gesinnungsethik absolut ist, leitet Weber für den Staat folgende Konsequenz ab: »Publikation aller, vor allem der das eigne Land belastende Dokumente und auf Grund dieser einseitigen Publikation: Schuldbekenntnis, einseitig, bedingungslos, ohne Rücksicht auf die Folgen.«¹⁰² Diese Maxime sieht Weber problematisch: Denn dadurch können große Nachteile entstehen, sodass in bestimmten Situationen Lüge und Geheimhaltung geboten sei. Hier lässt sich mühelos an die beiden Fallbeispiele anknüpfen: Die Gesinnungsethik würde sowohl die Handlung von Ossietzky als auch von Snowden begrüßen, da sie Täuschungen des Staates aufdeckten. Die teleologische Sichtweise hingegen würde die Enthüllungen einer genauen Prüfung unterziehen, inwiefern der dadurch verhinderte Schaden größer ist als der dadurch angerichtete. Im Falle von Ossietzky würde das Urteil wohl eindeutig zu Gunsten des Whistleblowers ausfallen, da der Nutzen der Aufrüstung für das Deutsche Reich und der durch den Zeitungsartikel verursachte Schaden gering war, das Unrecht durch die Verletzung des Friedensvertrages aber offenkundig – damit würde die Begründung das Mittel des Geheimnisverrates rechtfertigen. Bei Snowden ist es sicherlich weniger eindeutig, weil die geheimdienstliche Aufklärung und Überwachung völkerrechtlich nicht per se illegal ist. Ferner ist die Qualität der Informationen sehr unterschiedlich. Die Enttarnung von beispielsweise geheimdienstlichen und militärischen Infrastrukturen hat andere Konsequenzen als die Veröffentlichung einer diplomatischen Depesche, in der sich Lageeinschätzungen zu Politikern des fremden Landes finden.¹⁰³ Die Beurteilung hängt letztendlich davon ab, wie die Frage nach der (moralischen) Rechtmäßigkeit der globalen Überwachung durch die USA beantwortet wird – die in ihrer Intensivität letztlich auf den „Kampf gegen den Terror“ zurückgeht.

Ein wesentlicher Kritikpunkt am Vorgehen von Whistleblowern ist deren rechtswidriges Verhalten. Nicht nur das durch den Whistleblower aufgedeckte Verhalten ist illegal, sondern auch der Akt des Whistleblowings ist nach geltendem Landesrecht oftmals nicht rechtens. Regelwidriges kann erst durch ebenso illegales Verhalten entlarvt werden. Legitimität ist somit nicht gleichbedeutend mit Legalität: Nicht alles, was rechtens ist, ist aus moralischer Sicht wünschenswert und nicht alles, was aus ethischer Perspektive wünschenswert ist, ist auch legal. Gegen die Hervorhebung der Illegalität

101 Dazu Immanuel Kant, »Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu Lügen« in: Wilhelm Weischedel (Hg.), *Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Band VIII, Frankfurt 1797/2014, S. 637-643.

102 Vgl. Weber, *Politik als Beruf*, FN 100, S. 70.

103 Da Edward Snowden das von ihm entwendete Material ausdrücklich zur Weiterverarbeitung in journalistische Hände gab, oblag den Journalisten auch die Aufgabe, gegebenenfalls Persönlichkeitsrechte zu schützen. So wurden explizit viele Namen vor der Veröffentlichung geschwärzt. Eine Enttarnung von Agenten fand nicht statt.

lässt sich allerdings einwenden, dass bestimmte universelle Prinzipien nationale Gesetzgebungen brechen können. Hier lässt sich an die Naturrechtsdebatte anknüpfen, die von den Möglichkeit ungerechter Gesetze ausgeht und einer positivistischen Rechtssetzung Naturrechte, wie die unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechte, gegenüberstellt:¹⁰⁴ »Es kann Gesetze mit einem solchen Maße von Ungerechtigkeit und Gemeinschädlichkeit geben, dass ihnen die Geltung, ja der Rechtscharakter abgesprochen werden muss. Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so dass ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist.«¹⁰⁵

Überdies kann gefragt werden, wieso der Rechtsrahmen nicht dahingehend geändert wird, dass Whistleblower straffrei bleiben, da ein öffentliches Informationsinteresse an Hinweisen über Rechtsverstöße besteht. Als eine Anwendung wird gerne die Kronzeugenregelung des Kartellrechtes angeführt.¹⁰⁶ Mitglieder eines Kartells, die die illegalen Absprachen bei den Behörden melden, gehen selbst straffrei aus oder es ist für sie zumindest strafmildernd. Dieses Instrument ist sehr effektiv, da es destabilisierend auf ohnehin schon fragile Kooperationen wirkt.¹⁰⁷ Allerdings handelt es sich hierbei um kein Whistleblowing im engeren Sinne (sondern eher um eine Selbstanzeige), da die Kronzeugen selbst verstrickt sind und oftmals zu den ursprünglichen Initiatoren zählen. Beim Whistleblowing geht es somit also auch immer um die normative Frage, unter welchen Umständen das Aufdecken von (subjektiv empfundenem) Unrecht legal sein kann und wie die Güterabwägung zwischen Enthüllungen und dem Schutz von Betriebs- oder Staatsgeheimnissen ausfallen soll. Ein solcher Blick geht über den rein rechtlichen Blickwinkel hinaus.¹⁰⁸ Und auch die betriebswirtschaftliche Literatur nimmt eine spezifische Perspektive ein. Sie knüpft die Bewertungsfrage fast ausschließlich an die Effektivität, also »the extent to which the questionable or wrongful practice (or omission) is terminated at least partly because of whistle-blowing and

104 Dazu etwa: Johann Braun, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Tübingen 2011.

105 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., Stuttgart 1963, S. 335.

106 Im EU-Kartellrecht gibt es seit 1996 eine solche Regelung, in Deutschland mit der »Bonusregelung« seit 2000, in den USA seit 1993. Obwohl empirische Studien zeigen, dass infolge solcher Regelungen die Aufklärungsquote massiv ansteigt, wird auch mit der disziplinierenden Wirkung dagegen argumentiert. Demnach müsste es im Interesse aller Kartellanten sein sich an die Vereinbarungen zu halten, weil das Risiko, (aus Vergeltung) verraten und bestraft zu werden, ungleich höher ist als im Vergleich zu einem Zustand, bei dem ein Ausstieg lediglich Aktionsparameterveränderungen der anderen Marktakteure mit sich ziehen kann; vgl. Nathan Miller, »Strategic Leniency and Cartel Enforcement« in: *American Economic Review*, Vol. 99, No. 3 (2009), S. 750-768; Jeroen Hinloopen / Sander Onderstal, »Going once, going twice, reported! Cartel activity and the effectiveness of antitrust policies in experimental auctions« in: *European Economic Review*, Elsevier, Vol. 70 (C) (2014), S. 317-336.

107 Der Verrat, also der Anreiz als erster einseitig von der Vereinbarung abzuweichen, ist spielftheoretisch betrachtet eine dominante Strategie. Kritisiert wird hingegen die mangelnde Rechtsstaatlichkeit der Bußgeldfestsetzung, weil eine Strafsumme von bis zu 10% des Umsatzes im Kontext des Ordnungswidrigkeitsrechts nicht verhältnismäßig sei.

108 Für einen Überblick zur Rechtslage von Whistleblowing weltweit: Transparency International, *Whistleblowing in Europe. Legal Protections for Whistleblowers in the EU*, Berlin 2013; Thüsing / Forst (Hg.), *Whistleblowing – A Comparative Study*, FN 57.

within a reasonable time frame«.¹⁰⁹ Whistleblowing ist demnach gerechtfertigt, wenn es dabei Erfolg hat entweder die Organisation selbst oder externe Akteure zu veranlassen den Missstand abzustellen.¹¹⁰ Solche Analysen greifen jedoch zu kurz: Vielmehr sollte es darum gehen das Whistleblowing auf seine Legitimität hin zu untersuchen, um dann Regeländerungsbedarf ableiten zu können. Die Präferenzen der Bürger und das Regelsystem stehen im engen Zusammenhang. Denn die gesellschaftliche Diskussion hat Einfluss auf die Gestaltung des Rechtssystems und dies wiederum auf die Wahrnehmung der Legitimität.

Anhand des Vergleichs zweier prominenter Fälle von Whistleblowing konnte gezeigt werden, dass die öffentliche Bewertung, inwiefern das Whistleblowing als »gut« oder »schlecht« betrachtet wird, mit der Art des Missstandes zusammenhängt. Das Prüfkriterium, ob es sich um ein gerechtfertigtes Aufdecken illegalen Verhaltens oder aber um Geheimnisverrat handelt, ist somit die Qualität der Normverletzung. Somit macht es einen Unterschied, ob der Informant gegen Gesetzesverstöße von Organisationsmitgliedern, gegen den Verstoß interner (aber nicht zwingend illegaler) Betriebsregeln, wie beispielsweise Verhaltencodizes, gegen die Verletzung moralischer Grundsätze sowie sozialer Normen oder sogar gegen die Missachtung überpositiven Rechts vorgeht. Eine solche Haltung stößt jedoch auf eine wesentliche Schwierigkeit: Die Bewertung, wann Whistleblowing in Verrat übergeht, weil keine legitimen Gründe für das Aufdecken vorlagen, sind oftmals subjektiv. Die Prüfung des Legitimitätsaspektes wird folglich von kulturellen Bedingungen und politischen Interessen beeinflusst. Bei einer Situation in der es um Menschenleben und deren körperliche Unversehrtheit geht, ist die Frage schnell zu beantworten – unabhängig davon, dass sie auch gegen geltendes Recht verstößt. In jüngster Vergangenheit wurden hierzu einige Fälle bekannt, wie der der Berliner Altenpflegerin, die massive Pflegemängel und Betrug an den Krankenkassen in einem Pflegeheim aufdeckte oder der des LKW-Fahrers, der 2007 einen bundesweiten Gammelfleischskandal ans Licht der Öffentlichkeit brachte und somit dafür sorgte, dass verseuchte Fleischlieferungen nicht an den Endverbraucher gelangten.¹¹¹ Der Aufkauf von Steuersünder-CDs mit Datensätzen von Bankkunden zur Strafverfolgung von Steuerhinterziehern und das, dem vorgelagerte, Whistleblowing durch einen Informanten wird hingegen kontrovers diskutiert.¹¹² Erschwendend kommt hinzu, dass Enthüllungen über abstrakten Machtmissbrauch (z.B. geheimdienstliche Metadatenaufklärungen und das Anzapfen von Glasfaserkabeln) in seiner wenig greifbaren Unbestimmtheit oft das Individuum in seiner Wahrnehmung

109 Janet Near / Marcia Miceli, »Effective Whistle-Blowing« in: *The Academy of Management Review*, Vol. 20 No. 3 (1995), S. 679-708, hier: S. 681.

110 Vgl. Dworkin / Baucus, Internal vs. External Whistleblowers: A Comparison of Whistleblowing Processes, FN 61, S. 1281-1298.

111 Für eine Zusammenstellung solcher Fälle in Deutschland: David Ghahreman, »Melden oder nicht melden – das ist hier die Frage« in: *Compliance-Berater*, 5/2014, S. 156-158.

112 Vgl. Sebastian Sonn, *Strafbarkeit des privaten Entwendens und staatlichen Aufkaufs inkriminierender Kundendaten: Am Beispiel der Steuer-CD-Affäre*, Hamburg 2014.

zu wenig berührt, um von ihm als Verstoß gegen sein Wertesystem aufgefasst zu werden.¹¹³

7. Schluss

Nicht erst die Enthüllungen Snowdens und die öffentliche Kontroverse darüber zeigen, dass eine Auseinandersetzung über den gesellschaftlichen Umgang mit dem Whistleblowing überfällig ist. Für diese Diskussion sollte Klarheit über zwei mögliche Einsatzbereiche des Whistleblowings herrschen. Der Nutzen von Hinweisgebern im unternehmerischen Bereich ist grundsätzlich anerkannt und weniger problembehaftet.¹¹⁴ Das liegt – anders als im Fall der Aufdeckung von Missständen in staatlichen Strukturen – auch daran, dass es meistens um Rechtsverstöße geht, die mehr oder weniger klar zu fassen sind. Während in den USA und anderen Ländern zum Whistleblower-Schutz auch entsprechende legale Regelungen getroffen wurden, bedarf es in Deutschland noch einer Gesetzgebung.

Anders verhält es sich, wenn Akteure gegen staatlichen Machtmissbrauch vorgehen, wie in beiden Fallbeispiele herausgearbeitet wurde, denn dann wird oft mit einer notwendigen Wahrung von Dienst- und Staatsgeheimnissen argumentiert, die als höherwertig als betriebliche Interessen bewertet werden. So könnten durch Aufdeckung von Informationen über außen- und sicherheitspolitische Zusammenhänge Menschenleben in Gefahr sein. Insbesondere auf staatlicher Ebene gibt es neben klaren Normverletzungen (wie Verstößen gegen Menschenrechte) einen regelrechten Graubereich, der etwa Lügen und andere Aktivitäten ohne explizite Rechtsgrundlage umfasst. Tätigkeiten in diesem Bereich sind strafrechtlich nicht relevant, aber gegebenenfalls illegitim, so wie die verdachtsunabhängige Auslandsüberwachung. Daher gewinnt die Frage nach der Legitimität gegenüber der Bewertung nach Legalität an Gewicht. Eine pauschale Bewertung dieses Graubereichs fällt schwer, da er im Staatsinteresse unter bestimmten Umständen – nämlich dann, wenn er großen Schaden abwendet – vertretbar sein könnte. Werden solche staatlichen Aktivitäten grundsätzlich anerkannt, dann verletzt ein Whistleblower mit seinem „staatsschädlichen“ Verhalten, wie das Reichsgericht im Fall Ossietzky befand, die Treuepflicht des Staatsbürgers.

Spätestens seit den Enthüllungen durch Snowden ist eine Erneuerung dieser Debatte um die Transparenz staatlichen Machtmissbrauchs zu beobachten. Die Digitalisierung

113 So könnte der globale Krieg gegen den Terror als Beispiel der »slippery slope« begriffen werden, da Entscheidungsträger der U.S.-amerikanischen Exekutive im Zuge der Terrorbekämpfung sukzessive Maßnahmen (wie z.B. Foltermaßnahmen) einleiteten, die sie und möglicherweise auch eine Mehrheit in der Bevölkerung angesichts der Bedrohung als legitim erachteten. So sagte Keith Alexander (geb. 1951), General der US-Army, vor dem amerikanischen Geheimdienstausschuss aus: „Es ist mir viel lieber, hier heute über diesen Punkt zu debattieren, als eines Tages erklären zu müssen, warum es uns nicht gelungen ist, einen weiteren 11. September zu verhindern“; zitiert bei Greenwald, *Die globale Überwachung. Der Fall Snowden, die amerikanischen Geheimdienste und die Folgen*, FN 18.

114 Vgl. Marcia Miceli / Janet Near, »Whistleblowing: Reaping the Benefits« in: *The Academy of Management Executive*, Vol. 8 No. 3 (1994), S. 65-72.

bewirkt, dass Staaten das Ausspähen leichter praktizieren können und Bürger zugleich immer mehr auf die Technologie angewiesen sind. Deshalb fordern verschiedene soziale Bewegungen aus der techno-libertären Strömung den Cyberspace als einen herrschaftsfreien Raum ohne Überwachung durch Staaten und ihren Nachrichtendiensten zu gestalten.¹¹⁵ Wenn sich Staaten daran dennoch versuchen, hätten Menschen das Recht diese Spionage und Zensur aufzudecken – notfalls eben durch Transparenzinstrumente wie das Whistleblowing. Angesichts der Digitalisierungsprozesse könnte somit das Whistleblowing eine neue Rechtfertigung als Kontrollinstrument für Regierungshandeln erhalten.

Trotz aller institutioneller Schutzvorkehrungen ist der Hinweisgeber mit seiner Entscheidung letztlich auf sich alleine gestellt und zahlreichen Risiken ausgesetzt. So hat die Einsicht von Kurt Tucholsky, einem Weggefährten von Ossietzky, weiterhin Gültigkeit, der in einem Brief an den bekannten deutschen Theaterkritiker Herber Ihering (1888-1977) in Zusammenhang mit der falschen Berichterstattung über ein Buch Tucholskys am 1922 schreibt: »Im übrigen gilt ja hier derjenige, der auf den Schmutz hinweist, für viel gefährlicher als der, der den Schmutz macht.«¹¹⁶

Zusammenfassung

Obwohl das Phänomen des Whistleblowing häufig beobachtet werden kann und eine hohe gesellschaftliche Relevanz aufweist, wird ihm zumindest in der deutschsprachigen Literatur wenig Aufmerksamkeit geschenkt. Und auch die Gesetzgebung in Deutschland vernachlässigt spezifische Regelungen zum Schutz von Whistleblowern, trotz der positiven Effekte, die ein adäquat gestaltetes Hinweisgebersystem entfalten könnte. Vorliegender Beitrag will Whistleblowing umfassend beleuchten und insbesondere seine Rechtfertigung thematisieren. Hierbei wird grundlegend zwischen Whistleblowing in privaten Unternehmen und in staatlichen Bürokratien unterschieden. Das Whistleblowing im staatlichen Kontext ist nicht problemlos und wird deshalb anhand zweier bekannter Fälle, dem von Edward Snowden und dem von Carl von Ossietzky, veranschaulicht.

Summary

Although the phenomenon of whistleblowing can often be observed and has a high social relevance, little attention is paid to it, at least in German-language literature. And the legislation in Germany also neglects specific regulations for the protection of whistleblowers, despite the positive effects that an adequately designed whistleblower system could have. This article aims to shed light on whistleblowing in depth and, in

115 Vgl. John Perry Barlow, *Die Unabhängigkeitserklärung des Cyberspace*, 1996, <https://www.heise.de/tp/features/Unabhangigkeitserklaerung-des-Cyberspace-3410887.html>.

116 Abgedruckt in: Tucholsky, am 10.8.1922, in: Elfride Links / Roland Links (Hg.), *Kurt Tucholsky (1922/2006). Gesamtausgabe. Briefe 1919-1924*, S. 203.

particular, to address its justification. A fundamental distinction is made between whistleblowing in private companies and state bureaucracies. Whistleblowing in the state context is not without its problems and is therefore illustrated by two well-known cases, Edward Snowden and Carl von Ossietzky.

Julian Dörr / Verena Diersch, The Legitimacy of Whistleblowing: An Economic-ethical Perspective on the Cases of Carl von Ossietzky and Edward Snowden

Wie viel Populismus verträgt die Demokratie?



Die gefährdete Demokratie

Illiberale Demokratie – Populismus – Europaskepsis

Von Prof. Dr. Siegfried F. Franke

2017, 244 S., brosch., 44,- €

ISBN 978-3-8487-4419-0

eISBN 978-3-8452-8636-5

nomos-shop.de/30429

Die EU bekennt sich zur freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie. Einige der jüngeren Beitrittsländer präferieren jedoch die „illiberale“ Demokratie, eine Demokratieform, die auf Jean-Jacques Rousseau zurückgeht und rechtsstaatliche Kontrollen ausdünnen will. Wird diese Tendenz, zusammen mit dem Populismus zur Gefahr für die EU?



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar unter: www.nomos-elibrary.de

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter (+49) 7221/2104-274.
Portofreie Buch-Bestellungen unter www.nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



Nomos