

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/3198

Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag • Postfach 7121 • 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
der Piratenfraktion
Herrn Torge Schmidt, MdL

-im Hause-

Ihr Zeichen:
Ihre Nachricht vom: 17.02.2014

Mein Zeichen: L 203 – 121/18
Meine Nachricht vom:

Bearbeiterin: Farina Busch

Telefon (0431) 988-1133
Telefax (0431) 988-1250
Farina.Busch@landtag.ltsh.de

22. Juli 2014

Spielräume für Whistleblowerschutz auf Landesebene

Sehr geehrter Herr Schmidt,

gerne kommen wir Ihrer an den Wissenschaftlichen Dienst gerichteten Bitte, die nachfolgend aufgeführten Fragen im Hinblick auf Spielräume für den Whistleblowerschutz¹ auf Landesebene zu beantworten, nach.

1.

a) Inwieweit hindert die Pflicht zur Verschwiegenheit Beamte des Landes daran Straftaten anzuzeigen (z.B. Bestechung, Betrug, Untreue)?

b) Kann das Land oder der Dienstherr über § 37 BeamStG hinaus diesen Rahmen öffnen, d. h. kann der Landesgesetzgeber Landes- und Kommunalbeamten über § 37 BeamStG hinaus erlauben, trotz ihrer Pflicht zur Amtsverschwiegenheit Straftaten anzuzeigen (z.B. Bestechung, Betrug, Untreue)?

¹ Sinngemäß bedeutet „to blow the whistle“, „in die Pfeife blasen“, „pfeifen“, „Signal“ geben und bezeichnete ursprünglich den Pfiff eines Schiedsrichters oder Polizisten als Reaktion auf wahrgenommene Regelverstöße (Herold, „Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des Whistleblowing“, ZBR, 2013, S. 8). Unter Whistleblowern (Hinweisgebern) sind Personen zu verstehen, die über illegales Handeln, Gefahren und sonstige Missstände innerhalb ihres Unternehmens, ihrer Dienststelle oder ihrer sonstigen Organisation die zuständigen Behörden oder die Öffentlichkeit informieren und so zu deren Bekämpfung beitragen (Király, „Der Beamte als Whistleblower“, DÖV, 2010, S. 894).

2. Soweit dies nicht möglich ist, inwieweit kann der Landesgesetzgeber dem Dienstherrn wenigstens untersagen, negative Konsequenzen an eine Strafanzeige zu knüpfen?

3. Wie sind die Fragen 1 und 2 für Angestellte des Landes oder der Kommunen zu beantworten?

Hierzu nehmen wir wie folgt Stellung:

1.

a) Inwieweit hindert die Pflicht zur Verschwiegenheit Beamte des Landes daran Straftaten anzuzeigen (z.B. Bestechung, Betrug, Untreue)?

Die Verschwiegenheitspflicht gehört zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG)² und hat Verfassungsrang³. Eine Ausgestaltung hat die Verschwiegenheitspflicht im einfachen Recht durch das Beamtenstatusgesetz⁴ erfahren. Nach § 37 Abs. 1 S. 1 BeamStG haben Beamtinnen und Beamte über die ihnen bei oder bei Gelegenheit ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen dienstlichen Angelegenheiten Verschwiegenheit zu bewahren.⁵ § 37 Abs. 1 S. 2 BeamStG stellt klar, dass die Verschwiegenheitsverpflichtung auch über den Bereich eines Dienstherrn hinaus sowie nach Beendigung des Beamtenverhältnisses gilt. § 37 Abs. 3 S. 1 BeamStG formuliert die Beamten obliegende Verschwiegenheitsverpflichtung negativ dahingehend, dass Beamtinnen und Beamte ohne Genehmigung über Angelegenheiten, für die Absatz 1 gilt, weder vor Gericht noch außergerichtlich aussagen oder Erklärungen abgeben dürfen.

Nach § 37 Abs. 2 S. 2 BeamStG bleiben die gesetzlich begründeten Pflichten, geplante strafbare Handlungen anzuzeigen⁶ und für die Erhaltung der freiheitlich demo-

² BVerwG, Urteil v. 24.06.1982 – 2 C 91/81, Rn. 33 – zitiert nach juris.

³ BVerwG, Urteil v. 25.02.1971 – 2 C 11/70 –, BVerwGE 37, 265, 268 f.; Metzler-Müller in: Metzler-Müller/Rieger/Seeck/Zentgraf, BeamStG, 3. Aufl., 2014, § 37, Ziff. 1.

⁴ Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern (Beamtenstatusgesetz – BeamStG) v. 17.06.2008 (BGBl. I S. 1010) zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 16 Dienstrechtsneuordnungsgesetz v. 05.02.2009 (BGBl. I S. 160).

⁵ Diese einfachgesetzliche Ausgestaltung stellt ein allgemeines Gesetz dar, das der Meinungsfreiheit des Beamten gem. Art. 5 Abs. 2 GG Schranken setzt (BVerwG, Urteil v. 25.11.1982 – 2 C 19/80, Rn. 16 – zitiert nach juris).

⁶ Gem. § 138 StGB (Strafgesetzbuch i. d. F. d. B. v. 13.11.1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Art. 1 des 48. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 23.04.2014 (BGBl. I S. 410)) ist die Nichtanzeige bestimmter geplanter Straftaten wie etwa Landesverrat, Mord, Totschlag, Straftaten gegen die persönliche Freiheit, Raub oder räuberische

kratischen Grundordnung einzutreten von der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit aus § 37 Abs. 1 BeamStG unberührt. Hier reicht die Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht allerdings nur soweit, wie dies zur Erfüllung der Anzeigeverpflichtung erforderlich ist.⁷ Ob Beamte vor der Anzeigenerstattung dazu verpflichtet sind, auf innerdienstliche Abhilfemöglichkeiten zurückzugreifen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁸

Weitere Ausnahmen⁹ von der Verschwiegenheitsverpflichtung sind in § 37 Abs. 2 S. 1 BeamStG normiert. Die Verschwiegenheitsverpflichtung gilt nach § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 BeamStG nicht, soweit Mitteilungen im dienstlichen Verkehr geboten sind oder Tatsachen mitgeteilt werden, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

Für die vorliegende Fragestellung ist relevant, dass gem. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG die Verschwiegenheitspflicht nicht gilt, soweit gegenüber der zuständigen obersten Dienstbehörde, einer Strafverfolgungsbehörde oder einer durch Landesrecht bestimmten weiteren Behörde oder außerdienstlichen Stelle ein durch Tatsachen begründeter Verdacht einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331 bis 337 des Strafgesetzbuches angezeigt wird.¹⁰ Mit dieser Ausnahme wird Art. 9 des Zivilrechtsübereinkommens über Korruption des Europarats vom 4.11.1995¹¹ umgesetzt. Im Hinblick auf die durch Landesrecht zu bestimmende weitere Behörde oder außerdienstliche Stelle steht dem Landesgesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Beispielhaft sind hier etwa interne oder externe Antikorruptionsbeauftragte oder aber Ombudsleute zu nennen.¹² Der Schleswig-Holsteinische Landesgesetzgeber hat in § 46 Abs. 1 LBG¹³

Erpressung und bestimmter gemeingefährlicher Straftaten mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe zu bestrafen.

⁷ BR-Drs. 780/06, S. 66; Metzler-Müller in: Metzler-Müller/Rieger/Seeck/Zentgraf, BeamStG, 3. Aufl., 2014, § 37, Ziff. 3.

⁸ BVerfG, NJW 1970, S. 1498; vgl. hierzu auch die sog. Stufentheorie (S. 3 f.).

⁹ Zu der Begrifflichkeit ist anzumerken, dass v. Roetteken die Tatbestände des § 37 Abs. 2 BeamStG nicht als echte Ausnahmen vom Gebot der Amtsverschwiegenheit bezeichnet, sondern, da insbesondere die Regelung zum Korruptionsverdacht im „wirklichen Interesse des Dienstherrn“ läge, als Klarstellung erachtet (v. Roetteken, BeamStG, Bd. 2, Stand: Oktober 2009, § 37 BeamStG, Rn. 95); a. A. Reich, BeamStG, 2. Aufl., 2012, § 37, Rn. 5, 9.

¹⁰ Jedoch darf der Informant seine Tatsachenbehauptung nicht leichtfertig oder wider besseres Wissen gemacht haben. Sollte dies der Fall sein, darf der Dienstherr dem Interesse des Informanten an der Geheimhaltung seiner Identität nicht den Vorrang vor dem Interesse des Betroffenen geben, den Sachverhalt vollständig zu klären und aufzudecken, dass die Vorwürfe gegen ihn haltlos sind. Der Dienstherr muss dem betroffenen Beamten sogar den Denunzianten nennen, auch wenn diesem Vertraulichkeit zugesichert worden war (BVerwG, Urteil v. 27.02.2003 – 2 C 10/02, Rn. 21 – zitiert nach juris).

¹¹ BT-Drs. 16/4027, S. 32.

¹² Metzler-Müller in: Metzler-Müller/Rieger/Seeck/Zentgraf, BeamStG, 3. Aufl., 2014, § 37, Ziff. 3.

die Kontaktstelle zur Bekämpfung der Korruption in Schleswig-Holstein als zusätzliche Stelle iSd § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG bestimmt.

Im Hinblick auf die Regelung des § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG bestehen allerdings Unsicherheiten bezüglich Reichweite und Regelungsgehalt der Vorschrift. Es wird kritisiert, dass anstelle einer positiv-gesetzlichen Zulässigkeitsregelung für Beamte lediglich die Verschwiegenheitsverpflichtung aufgehoben wurde, soweit Korruptionsstraftaten angezeigt werden. Da die Verschwiegenheitspflicht nicht die einzige relevante Beamtenpflicht sei, sondern auch eine Verletzung des Gebots des achtungs- und vertrauenswürdigen Verhaltens (§ 34 S. 3 BeamStG), der Beratungs- und Unterstützungspflicht gegenüber Vorgesetzten (§ 35 S. 1 BeamStG) und die Einhaltung des Dienstweges (§ 101 Abs. 1 LBG SH) bei der Anzeige von Korruptionsstraftaten betroffen sein können, verblieben auf Grund von Rechtsunsicherheiten Auslegungsprobleme für Beamte, die sich mit dem Gedanken des Aufdeckens von Missständen tragen.¹⁴

Zudem herrscht im Schrifttum keine Einigkeit über die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Whistleblowings. Ein Teil der Literatur nimmt die Ausnahmeregelung des § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG als Maßstab. Aus der Tatsache, dass diese Regelung Korruptionsstraftaten nach den §§ 331 bis 337 StGB explizit von der Verschwiegenheitspflicht ausnimmt, wird der Umkehrschluss gezogen, dass die Anzeige anderer Straftaten Beamten gegenüber der zuständigen Dienstbehörde oder einer Strafverfolgungsbehörde untersagt ist¹⁵. Anknüpfend an eben diese Beschränkung der Ausnahmeregelung des § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG auf die Straftatbestände der §§ 331 bis 337 StGB prüft ein anderer Teil der Literatur hingegen eine sog. allgemeine beamtenrechtliche Zulässigkeit des Whistleblowing¹⁶. Da mit Ausnahme von § 17 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz¹⁷ keine Offenlegungspflichten oder Offenlegungsrechte für Beamte bestehen, geht der letztgenannte Teil der Literatur davon aus, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen sich nach den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschrif-

¹³ Landesbeamtengesetz (LBG) v. 26.03.2009 (GVOBl. S. 93) zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes v. 05.03.2014 (GVOBl. S. 52).

¹⁴ Király, „Der Beamte als Whistleblower“, DÖV, 2010, S. 894.

¹⁵ Reich, BeamStG, 2. Aufl., 2012, § 37, Rn. 9.

¹⁶ Herold, „Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des Whistleblowing“, ZBR, 2013, S. 8 ff.; Király, „Der Beamte als Whistleblower“, DÖV, 2010, S. 894 ff.

¹⁷ Gesetz über die Durchführung des Arbeitsschutzes und zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Beschäftigten bei der Arbeit v. 07.08.1996 (BGBl. I S. 1246), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes v. 19.10.2013 (BGBl. I S. 3836).

ten und deren Konkretisierung durch die Rechtsprechung bemessen. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gem. Art. 33 Abs. 5 GG, insbesondere die Pflichten zu Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn sowie zur Achtung der berechtigten Belange der Verwaltung, würden demnach die Ausübung der Grundrechte aus Art. 2 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 20 Abs. 3 GG, 5 Abs. 1 S. 1 GG (Funktionsvorbehalt) hemmen bzw. verzögern. Abhängig vom Einzelfall sei das Spannungsverhältnis im Rahmen der praktischen Konkordanz zu lösen. Hier wird sodann die v.a. in der Rechtsprechung entwickelte Stufentheorie (vgl. auch die Ausführungen zu 3.) herangezogen. Eine Strafanzeige fungiere nur als ultima ratio in einer Ausnahmesituation, vorher habe sich der Beamte wegen des Gebots achtungs- und vertrauensgerechten Verhaltens aus § 34 Abs. 3 BeamtStG unter umfassender Ausschöpfung aller zumutbaren internen Abhilfemöglichkeiten um eine verwaltungsinterne Klärung zu kümmern. Da einer Strafanzeige bereits ultima-ratio-Charakter zukomme, erfordere eine unmittelbare Einschaltung der Medien rechtfertigende Sonderregelungen oder besonders schwere Missstände in der Verwaltung in Form evidenter, besonders schwerer Verfassungsverstöße. Anderenfalls bedeute die Offenbarung dienstlicher Angelegenheiten, um damit lenkenden Einfluss auf dienstinterne Entscheidungsvorgänge zu nehmen eine pflichtwidrige „Flucht in die Öffentlichkeit“.¹⁸ In der Rechtsprechung sind diese Fragestellungen weitestgehend ungeklärt.¹⁹

b) Kann das Land oder der Dienstherr über § 37 BeamtStG hinaus diesen Rahmen öffnen, d. h. kann der Landesgesetzgeber Landes- und Kommunalbeamten über § 37 BeamtStG hinaus erlauben, trotz ihrer Pflicht zur Amtsverschwiegenheit Straftaten anzuzeigen (z.B. Bestechung, Betrug, Untreue)?

Der Landesgesetzgeber müsste Inhaber der diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenz sein, um weitergehende Ausnahmen oder Klarstellungen von der in § 37 BeamtStG geregelten Verschwiegenheitspflicht zuzulassen. Nach Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Bund und Ländern bemisst sich nach den Vorschriften des Grundgesetzes über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung. Die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öf-

¹⁸ Herold, „Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des Whistleblowing“, ZBR, 2013, S. 8, 9 f.

¹⁹ Hinzuweisen ist allerdings auf ein wegweisendes Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, das Angestellte des öffentlichen Dienstes zum Gegenstand hatte, vgl. hierzu die Ausführungen zu 3.

fentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern mit Ausnahme der Laufbahnen, Besoldung und Versorgung sind nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG Teil der konkurrierenden Gesetzgebung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Fraglich ist zunächst die materielle Reichweite der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz der „Statusrechte und –pflichten“ der Beamten.

Anhaltspunkte für deren Bestimmung bietet die Ausgestaltung des Beamtentums im Bundesverfassungsrecht. Mit dem Beamtenvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG kennzeichnet und garantiert das Grundgesetz das Beamtenverhältnis als ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis. Die dem Beamtenverhältnis so vorgegebene einseitige Regelungsstruktur erfährt in Art. 33 Abs. 5 GG eine Konkretisierung zum Regelungsauftrag. Dieser Regelungsauftrag erhält seine inhaltliche Ausformung durch die institutionelle Garantie des Berufsbeamtentums und die bei seiner Regelung zu berücksichtigenden und fortzuentwickelnden Grundsätze.²⁰ Der Kernbestand der Strukturprinzipien schützt das Berufsbeamtentum als Institution, die gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll. Lediglich vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung schützt das aus Art. 33 Abs. 5 GG abgeleitete grundrechtsgleiche Recht auch die durch Leistung erdienten Statusrechte des Beamten.²¹ So dient das Beamtenstatusrecht in seinem verfassungsfesten Kern nicht der Festlegung gegenseitiger Rechte und Pflichten zwischen den Beamten und ihren Dienstherrn. Das Statusrecht verfolgt vielmehr den Zweck der Wahrung der beschriebenen Funktionsbedingungen des Berufsbeamtentums. Die Statuskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG ist daher darauf gerichtet, diese Funktionsbedingungen durch bundeseinheitliche Regelungen zu garantieren. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes gehören aus der Perspektive des systematischen Zusammenhangs mit dem Beamtenverfassungsrecht aus Art. 33 GG deshalb alle Regelungen, durch die die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Statusrecht der Beamten entfaltet und ausgestaltet werden.²² Der durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG bundeseinheitlich abzusichernde Beamtenstatus ist

²⁰ Battis in: Sachs, GG, 6. Aufl., 2011, Art. 33, Rn. 65.

²¹ Battis/Grigoleit, Die Statusgesetzgebung des Bundes, ZBR 2008, S. 1 ff., 3.

²² Battis/Grigoleit, Die Statusgesetzgebung des Bundes, ZBR 2008, S. 1 ff., 3 f.

somit unter Rückgriff auf die in Art. 33 Abs. 5 GG garantierten Strukturprinzipien des Berufsbeamtentums zu bestimmen.²³ „Statusrechte und –pflichten“ betreffen hiernach insbesondere das Wesen des Dienstverhältnisses, seine Arten und seine Dauer, die statusprägenden Pflichten sowie die Folgen ihrer Nichterfüllung und die wesentlichen ihm zugehörigen Rechte.²⁴ Da die Verschwiegenheitspflicht bereits zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums aus Art. 33 Abs. 5 GG gehört²⁵ und weiter eine wesentliche dem Dienstverhältnis zugehörige Pflicht darstellt²⁶, ist diese vom Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG erfasst.

Mit Erlass des BeamtStG hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG Gebrauch gemacht.²⁷ Eine Abweichungskompetenz der Länder für die Statusrechte und –pflichten der Beamten nach Art. 72 Abs. 3 GG besteht nicht. Dies bedeutet, dass die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers für die Statusrechte und –pflichten der Beamten gesperrt ist, „solange und soweit“ der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.²⁸ Daher ist der Umfang der vom Bundesgesetzgeber getroffenen Regelungen festzustellen. Die ausführliche materielle Regelung der Verschwiegenheitspflicht einschließlich Zeugenaussagen und Bekundungen als Verfahrensbeteiligter sowie der Herausgabepflicht erscheint abschließend, so dass insoweit für Landesrecht kein Raum bleibt, unbeschadet der den Ländern ausdrücklich vorbehaltenen Abweichungen sowie der in § 37 BeamtStG ausgesparten Zuständigkeitsregelungen.²⁹ So enthält § 37 BeamtStG drei landesrechtliche Öffnungsklauseln, die allesamt Zuständigkeitsregelungen darstellen.³⁰ Öffnungsklauseln für materielle Regelungen des Landesgesetzgebers bestehen hingegen nicht.

²³ Seiler in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: März 2014, Art. 74, Rn. 98; Degenhart in: Sachs, GG, 6. Aufl., 2011, Art. 74, Rn. 116.

²⁴ BT-Drs. 16/813, S. 14; Seiler in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: März 2014, Art. 74, Rn. 98; Battis/Grigoleit, Die Statusgesetzgebung des Bundes, ZBR 2008, S. 1 ff., 4.

²⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen auf S. 1.

²⁶ BR-Drs. 780/06, S. 66.

²⁷ Seiler in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: März 2014, Art. 74, Rn. 98.

²⁸ In der Literatur wird sogar vertreten, dass den Bundesgesetzgeber eine Verpflichtung zur Regelung der Statusrechte und –pflichten der Beamten trifft: „Mit der ihm übertragenen Verantwortung für das Statusrecht hat der Bund vielmehr auch die aus Art. 33 Abs. 5 GG sich insoweit ergebende Gesetzgebungspflicht übernommen. Er hat deshalb in Ausübung seiner Kompetenz und seiner gesamtstaatlichen Verantwortung für die Länder verbindlich die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entfalten und in einer bundeseinheitlichen Regelung des Statusrechts die Verfassungsbindung des Gesetzgebers zu konkretisieren.“ (Battis/Grigoleit, „Die Statusgesetzgebung des Bundes“, ZBR 2008, S. 1 ff., 9).

²⁹ Plog/Wiedow, BBG mit BeamtStG, BeamtVG, BBesG, Stand: Februar 2013, BeamtStG, § 37, Rn. 9.

³⁰ § 46 LBG trifft zwei landesrechtliche Zuständigkeitsregelungen: Die Kontaktstelle zur Bekämpfung der Korruption in Schleswig-Holstein ist außerdienstliche Stelle nach § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamtStG, die Aussagegenehmigung nach § 37 Abs. 3 BeamtStG erteilt gem. § 46 Abs. 2 LBG die oder der Dienstvorgesetzte oder, wenn das Beam-

Die Verschwiegenheitspflicht ist somit vom Bundesgesetzgeber abschließend in § 37 BeamtStG geregelt worden³¹, so dass dem Landesgesetzgeber diesbezüglich keine Gesetzgebungskompetenz verbleibt.³² Der Landesgesetzgeber kann daher für Landes- und Kommunalbeamten keine über die bereits durch den Bundesgesetzgeber in § 37 BeamtStG geschaffenen Ausnahmen hinausgehenden Regelungen treffen.

Auf Bundesebene gab es in jüngerer Vergangenheit Bestrebungen, einen weitergehenden Schutz für Whistleblower zu schaffen. Zumeist betrafen diese den Schutz von Arbeitnehmern. Ein Gesetzentwurf³³ sah allerdings auch die Änderung des Bundesbeamtengesetzes und des Beamtenstatusgesetzes dahingehend vor, dass ein Anzeigerecht für Beamte bei rechtswidrigen Diensthandlungen eingeführt wird. Der Entwurf des Whistleblower-Schutzgesetzes wurde vom Deutschen Bundestag jedoch in zweiter Lesung abgelehnt.³⁴

2. Soweit dies nicht möglich ist, inwieweit kann der Landesgesetzgeber dem Dienstherrn wenigstens untersagen, negative Konsequenzen an eine Strafanzeige zu knüpfen?

Erstattet ein Beamter eine Strafanzeige, deren Gegenstand nicht von den Ausnahmen aus § 37 BeamtStG gedeckt ist, so ist hinsichtlich der Rechtsfolgen zwischen der strafrechtlichen Verfolgung, der disziplinarrechtlichen Verfolgung und der vermögensrechtlichen Haftung zu differenzieren.³⁵

tenverhältnis beendet ist, die oder der letzte Dienstvorgesetzte (vgl. §§ 3 Abs. 2, 4 LBG). Von der in § 37 Abs. 4 S. 2 BeamtStG eröffneten Möglichkeit, durch Landesrecht zu bestimmen, dass die Verweigerung der Genehmigung zur Aussage vor Untersuchungsausschüssen des Deutschen Bundestages oder der Volksvertretung eines Landes einer Nachprüfung unterzogen werden kann, hat der Schleswig-Holsteinische Landesgesetzgeber hingegen keinen Gebrauch gemacht.

³¹ Scheel in: Praxis der Kommunalverwaltung, LBG SH, § 46, Ziff. 1.1.

³² Plog/Wiedow, BBG mit BeamtStG, BeamtVG, BBesG, Stand: Juli 2013, Landesrecht Schleswig-Holstein, LBG, § 46, Rn. 1.

³³ BT-Drs. 17/9782, Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern (Whistleblower-Schutzgesetz) v. 23.05.2012.

³⁴ BT-Pl.Pr. 17/246 v. 13.06.2013, S. 31506 B; die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat hingegen am 29.04. 2010 eine Entschließung (1729 (2010)) und eine Empfehlung (1916 (2010)) zum Schutz von Informanten verabschiedet. Die Versammlung rief die Mitgliedstaaten dazu auf, ihre Gesetzgebung im Hinblick auf den Schutz von Informanten zu überprüfen.

³⁵ Da die Fragestellung erkennbar auf die disziplinarrechtliche Verfolgung bzw. das Absehen davon abzielt, sollen hier lediglich kurze Hinweise auf die strafrechtliche Verfolgung und die vermögensrechtliche Haftung gegeben werden. Verletzungen der Verschwiegenheitspflicht können zu einer strafrechtlichen Verfolgung nach den §§ 94 bis 97, 201 Abs. 3, 203, 204, 353 b, 353 d, 354 Abs. 4 und 355 StGB führen. Zivilrechtlich haftet gegenüber Dritten bei der Ausübung hoheitlicher Aufgaben zwar immer der Dienstherr (vgl. Art. 34 S. 1 GG), allerdings kann der Beamte bei Nachweis von grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz in Regress genommen werden (Art. 34 S. 2 GG). So

Ebenso wie bei der unter 1. b) erörterten Frage eines umfassenderen Schutzes für Whistleblower durch den Landesgesetzgeber stellt sich auch bei der Frage der disziplinarrechtlichen Verfolgung der Anzeigenerstattung die Frage nach der diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers. Wie oben ausgeführt, hat der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG mit Erlass des Beamtenstatusgesetzes Gebrauch gemacht. Dieses umfasst nicht nur die einfachgesetzliche Regelung der Rechte und Pflichten der Beamten, sondern auch die Folgen der Nichterfüllung der statusprägenden Pflichten. So begeht gem. § 47 Abs. 1 BeamtStG ein Beamter ein Dienstvergehen, wenn er schuldhaft ihm obliegende Dienstplichten verletzt. Wie unter 1. festgestellt, handelt es sich bei der Verschwiegenheitspflicht um eine der Hauptpflichten des Beamten. Somit liegt bei einem Verstoß gegen sie ein Dienstvergehen vor, das disziplinar zu würdigen ist.³⁶ Dies gilt im Übrigen nach § 47 Abs. 2 S. 2 BeamtStG auch für Ruhestandsbeamte. Der Bundesgesetzgeber hat im Beamtenstatusgesetz mithin materielle Regelungen des Disziplinarrechts getroffen. Diese grundsätzlichen Begriffsbestimmungen und Regelungen des materiellen Disziplinarrechts sind abschließend, abgesehen von der in § 47 Abs. 2 S. 3 BeamtStG den Ländern ausdrücklich eingeräumten Möglichkeit, in Bezug auf Ruhestandsbeamte und frühere Beamte weitere Handlungen festzulegen, die als Dienstvergehen gelten.³⁷

Nach § 47 Abs. 3 BeamtStG regeln allerdings die Disziplinalgesetze das Nähere über die Verfolgung von Dienstvergehen. Die Länder haben somit eine Regelungskompetenz bezüglich des behördlichen und gerichtlichen Verfahrens in Disziplinarsachen inne.³⁸ Mit Erlass des Landesdisziplinalgesetzes (LDG)³⁹ hat der Schleswig-Holsteinische Landesgesetzgeber hiervon auch Gebrauch gemacht. Nach § 17 Abs. 1 S. 1 LDG hat die oder der Dienstvorgesetzte ein Disziplinarverfahren einzuleiten, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines

haben gem. § 48 Abs. 1 S. 1 BeamtStG Beamte, die vorsätzlich oder grob fahrlässig die ihnen obliegenden Pflichten verletzen, dem Dienstherrn, dessen Aufgaben sie wahrgenommen haben, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

³⁶ Rieger in: Praxis der Kommunalverwaltung, BeamtStG, § 47, Ziff. 2.1. 2; Herold, „Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des Whistleblowing“, ZBR, 2013, S. 8, 12.

³⁷ Plog/Wiedow, BBG mit BeamtStG, BeamtVG, BBesG, Stand: Juni 2013, BeamtStG, § 47, Rn. 6; Kohde in: v. Roetteken/Rothländer, BeamtStG, Stand: Oktober 2009, § 47, Rn. 5; vgl. auch Gesetzesbegründung der Hessischen Landesregierung zum Gesetz zur Anpassung des Beamtenrechts in Hessen an das Beamtenstatusgesetz, LT-Drs. (HE) 18/26, S. 27. Der Schleswig-Holsteinische Landesgesetzgeber hat von dieser Ermächtigung in § 50 LBG Gebrauch gemacht.

³⁸ Plog/Wiedow, BBG mit BeamtStG, BeamtVG, BBesG, Stand: Juni 2013, BeamtStG, § 47, Rn. 7.

³⁹ Landesdisziplinalgesetz (LDG) v. 18.03.2003 (GVOBl. S. 154) zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 05.03.2014 (GVOBl. S. 52).

Dienstvergehens rechtfertigen. Hiermit hat der Landesgesetzgeber – ebenso wie der Bundesgesetzgeber in § 17 des Bundesdisziplinargesetzes⁴⁰ – das Legalitätsprinzip zum Grundsatz erhoben. Daher ist das Absehen von der Einleitung eines Disziplinarverfahrens, etwa aus Zweckmäßigkeitserwägungen, grundsätzlich unzulässig.⁴¹ Die den Ländern eingeräumte Kompetenz zur Ausgestaltung des Verfahrens in Disziplinarsachen haben einige Länder jedoch genutzt und Einschränkungen des Legalitätsprinzips zugunsten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorgenommen. So kann ein Absehen von der Einleitung eines Disziplinarverfahrens nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgen, wenn ein Disziplinarverfahren unter Berücksichtigung aller Umstände nicht verhältnismäßig wäre.⁴² Dem Schleswig-Holsteinischen Landesgesetzgeber steht es offen, in seinem Disziplinargesetz ebenfalls entsprechende Ausnahmen vom Legalitätsprinzip zuzulassen.

3. Wie sind die Fragen 1 und 2 für Angestellte des Landes oder der Kommunen zu beantworten?

Der Anwendungsbereich des Beamtenstatusgesetzes beschränkt sich auf das Statusrecht der Beamten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (§ 1 BeamtStG). Angestellte des Landes oder der Kommunen werden gem. § 1 Abs. 1 Verpflichtungsgesetz⁴³ auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten verpflichtet. Durch diese besondere Verpflichtung sind die §§ 201 (Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes), 203 (Verletzung von Privatgeheimnissen), 204 (Verwertung fremder Geheimnisse) und 353 b (Verletzung des Dienstgeheimnisses und einer besonderen Geheimhaltungspflicht) des Strafgesetzbuches auf Angestellte des Landes oder der Kommunen anwendbar. Auch Angestellte des Landes oder der Kommunen sind somit zur Verschwiegenheit über ihnen dienstlich bekannt gewordene Vorgänge verpflichtet. Im Übrigen gelten die Vorschriften des allgemeinen Arbeitsrechts.

⁴⁰ Bundesdisziplinargesetz v. 09.07. 2001 (BGBl. I S. 1510), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes v. 28.08.2013 (BGBl. I S. 3386).

⁴¹ Wittkowski in: Urban/ders., Bundesdisziplinargesetz, 2011, § 17, Rn. 2.

⁴² Vgl. § 19 Abs. 2 S. 2 Disziplinargesetz des Landes Mecklenburg-Vorpommern v. 04.07.2005 (GVBl. S. 274), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 11.11.2013 (GVBl. S. 609, 612); § 20 Abs. 3 S. 1 des Hessischen Disziplinargesetzes v. 21.07.2006 (GVBl. I S. 394), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes v. 27.05.2013 (GVBl. I S. 218); § 22 Abs. 2 S. 3 des Thüringischen Disziplinargesetzes v. 21.06.2002 (GVBl. S. 257), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 22.09.2011 (GVBl. S. 233, 234).

⁴³ Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (Verpflichtungsgesetz) v. 02.03.1974 (BGBl. I S. 469, 547), zuletzt geändert durch § 1 Nr. 4 des Gesetzes v. 15.08.1974 (BGBl. I S. 1942).

Zur Kündigung als Konsequenz einer Strafanzeige des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ein wegweisendes Urteil⁴⁴ gefällt. Zwischen den Parteien war unstrittig, dass es sich bei der Strafanzeige um Whistleblowing handelt. Der Sachverhalt stellte sich hierbei wie folgt dar: Die Beschwerdeführerin des Verfahrens war als Altenpflegerin bei einer GmbH angestellt, deren Mehrheitseigentümer das Land Berlin ist. Der Leitung des Pflegeheims zeigte sie über einen Zeitraum von knapp zweieinhalb Jahren mehrfach an, dass Personalmangel in der Pflege bestehe und eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht mehr zu gewährleisten sei. Schließlich schaltete sie einen Rechtsanwalt ein, der zunächst ein Schreiben an die Geschäftsführung der GmbH verfasste und schließlich im Namen der Beschwerdeführerin eine Strafanzeige gegen die GmbH wegen Betrugs in besonders schweren Fällen erstattete. Das Ermittlungsverfahren wurde mangels hinreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 Strafprozessordnung⁴⁵ eingestellt. Zwei Wochen später kündigte die GmbH das Arbeitsverhältnis der Beschwerdeführerin wegen wiederholter Erkrankungen. Die Beschwerdeführerin erhob daraufhin Klage beim Arbeitsgericht und wandte sich an die Gewerkschaft ver.di. Diese verfasste ein Flugblatt, in dem es u.a. hieß, die Kündigung der Beschwerdeführerin sei eine „politische Disziplinierung, um den berechtigten Widerstand ... mundtot zu machen“. Die Beschwerdeführerin übermittelte das Flugblatt, das auch auf die Strafanzeige Bezug nahm, an das Pflegeheim, wo dieses verteilt wurde. Die GmbH kündigte daraufhin der Beschwerdeführerin fristlos.

Der EGMR hat entschieden, dass die von den deutschen Gerichten bestätigte Kündigung⁴⁶ die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf freie Meinungsäußerung aus Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁴⁷ verletzt. Zur Anwendbarkeit des Rechts auf freie Meinungsäußerung am Arbeitsplatz führte der EGMR aus, dass Informationen eines Angestellten des Öffentlichen Dienstes über rechtswidriges Verhalten oder Straftaten am Arbeitsplatz unter bestimmten Voraussetzungen ge-

⁴⁴ EGMR, NJW 2011, S. 3501 ff.

⁴⁵ Strafprozessordnung (StPO) i. d. F. d. B. v. 07.04.1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319), zuletzt geändert durch Art. 3 des 48. Strafrechtsänderungsgesetzes v. 23.04.2014 (BGBl. I S. 410).

⁴⁶ Das Arbeitsgericht Berlin stellte fest, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die außerordentliche Kündigung beendet worden sei. Das Landesarbeitsgericht Berlin erkannte hingegen, dass die Strafanzeige ein wichtiger Grund iSd § 626 des Bürgerlichen Gesetzbuches sei. Das Bundesarbeitsgericht wies die Nichtzulassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin zurück, das Bundesverfassungsgericht entschied, die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin nicht zur Entscheidung anzunehmen.

⁴⁷ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten i. d. F. d. B. v. 22.10.2010 (BGBl. II S. 1198), Neubekanntmachung der EMRK v. 04.11.1950 (BGBl. 1952 II S. 685, ber. S. 953) nach Art. 2 des Gesetzes v. 21.02.2006 (BGBl. II S. 138) in einer sprachlich überarbeiteten deutschen Übersetzung in der ab 01.06.2010 geltenden Fassung.

schützt werden. Dies könne insbesondere erforderlich sein, wenn der Angestellte oder Beamte der einzige ist, oder einer kleinen Personengruppe angehört, die bemerkt, was am Arbeitsplatz geschieht, und deswegen am besten den Arbeitgeber oder die Allgemeinheit im öffentlichen Interesse unterrichten kann.⁴⁸ Der EGMR wies aber auch darauf hin, dass Arbeitnehmer gegenüber ihren Arbeitgebern zu Loyalität, Zurückhaltung und Vertraulichkeit verpflichtet sind. Diese Loyalitätspflicht könne bei Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes größer sein, als bei Angestellten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen.⁴⁹ Aufbauend auf diesen Erwägungen bekräftigte der EGMR die sog. Stufentheorie. Auf Grund der Pflicht zur Loyalität und Vertraulichkeit müssten Informationen zunächst dem Vorgesetzten oder einer anderen betrieblichen Stelle oder Einrichtung gegeben werden. Nur wenn das eindeutig unmöglich sei, könne der Arbeitnehmer, als letztes Mittel, damit an die Öffentlichkeit gehen.⁵⁰ Bei der Prüfung, ob der Eingriff in die Freiheit der Meinungsäußerung verhältnismäßig sei, müsse daher berücksichtigt werden, ob dem Arbeitnehmer andere wirksame Mittel zur Verfügung standen, die Missstände abzustellen, die er offenbaren wollte. Zudem müsse das öffentliche Interesse an der Information, deren Fundiertheit, der Schaden, den der Arbeitgeber möglicherweise durch die Offenlegung erleidet, die Motivation des Arbeitnehmers für die Weitergabe der Information sowie die dem Arbeitnehmer auferlegten Sanktionen und ihre Folgen Eingang in die Abwägung finden.⁵¹ Der EGMR hielt schließlich fest, dass die Kündigung auf andere Arbeitnehmer in der Pflegebranche eine abschreckende Wirkung und somit gesamtgesellschaftlich einen negativen Effekt gehabt habe.⁵² Mit dieser Aussage unterstreicht der Gerichtshof den Stellenwert der Meinungsfreiheit und des Informationsinteresses der Öffentlichkeit.

⁴⁸ EGMR, NJW 2011, S. 3501, 3503.

⁴⁹ EGMR, NJW 2011, S. 3501, 3503.

⁵⁰ Von einem Arbeitnehmer ist der Versuch einer vorherigen innerbetrieblichen Klärung etwa dann nicht zu erwarten, wenn er Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafanzeige aussetzen würde (vgl. hierzu auch die Regelung des § 37 Abs. 2 S. 2 BeamtStG). Des Weiteren sei eine vorherige innerbetriebliche Klärung nicht erforderlich, wenn Abhilfe berechtigterweise nicht erwartet werden könne. Wenn der Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf eine gesetzeswidrige Praxis hingewiesen habe, dieser jedoch nicht für Abhilfe Sorge, bestehe nicht länger eine Loyalitätsverpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber (BAG, NJW 2004, S. 1547 ff.).

⁵¹ EGMR, NJW 2011, S. 3501, 3503; das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat in einem Urteil offen gelassen, ob es sich bei der Mitteilung von Missständen an einen Richter am Amtsgericht durch einen Angestellten im öffentlichen Dienst um einen Fall des Whistleblowing nach der Rechtsprechung des EGMR handele. Das Gericht entschied allerdings, dass diese Mitteilung keinen Grund für eine außerordentliche Kündigung darstelle. Obwohl der informierte Richter am Amtsgericht die Staatsanwaltschaft eingeschaltet hat und diese strafrechtliche Ermittlungen gegen die Vorgesetzte des betreffenden Angestellten einleitete, sei die fristlose Kündigung ohne vorherige Abmahnung nicht zu rechtfertigen (LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 07.11.2013, 10 Sa 1230/13, Rn. 41, 42 – zitiert nach juris).

⁵² EGMR, NJW 2011, S. 3501, 3505.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage, die die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Whistleblowings normiert, eine Rechtsunsicherheit – auch für Angestellte des Landes oder der Kommunen – verbleibt. Der Landesgesetzgeber ist nicht Inhaber der diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenz (Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches bzw. des Strafgesetzbuches wären anzudenken), daher wäre gegebenenfalls auf eine Bundesratsinitiative hinzuwirken.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Farina Busch