

ROBERT BROCKHAUS

# Geheimnisschutz und Transparenz

*Studien und Beiträge  
zum Strafrecht*

38

---

**Mohr Siebeck**

Studien und Beiträge  
zum Strafrecht

Band 38





Robert Brockhaus

# Geheimnisschutz und Transparenz

Whistleblowing im Widerstreit  
strafrechtlicher Schweigepflichten und  
demokratischer Publizität

Mohr Siebeck

*Robert Brockhaus*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Potsdam und der Freien Universität Berlin; Rechtsreferendariat am Kammergericht; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, insbesondere Internationales Strafrecht und Strafrechtsvergleichung, Rechtsphilosophie der Europa-Universität Viadrina; wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung der Humboldt-Universität zu Berlin; 2022 Promotion; Rechtsanwalt.  
orcid.org/0000-0001-9408-4054

Diese Veröffentlichung wurde aus Mitteln des Publikationsfonds für Open-Access-Monografien des Landes Brandenburg und der Deutsch-Britischen Juristenvereinigung gefördert.

ISBN 978-3-16-162048-5 / eISBN 978-3-16-162163-5

DOI 10.1628/978-3-16-162163-5

ISSN 2364-267X / eISSN 2568-7468 (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Diese Arbeit wurde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Europa-Universität Viadrina im November 2021 als Dissertation vorgelegt. Sie ist während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Jan C. Joerden entstanden. Er hat mich auf das Thema aufmerksam gemacht und stand mir während des gesamten Arbeitsprozesses als kritischer und fördernder Gesprächspartner, Leser und Ratgeber stets zur Seite. Dafür gilt ihm mein herzlicher und größter Dank.

Seinem Nachfolger, Herrn Prof. Dr. Christian Becker, danke ich sehr für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie für aufschlussreiche Kritikpunkte, die bei der Überarbeitung der Dissertation eingeflossen sind. An seinem Lehrstuhl konnte ich meine Arbeit in der gewohnt freien Weise fortsetzen, auch hierfür möchte ich ihm besonders danken.

Weiterhin danke ich Herrn Prof. Dr. David Lewis und Frau Assoc. Prof. Dr. Maureen Spencer von der Whistleblowing Research Unit für ihren herzlichen Empfang an der Middlesex University London sowie dem Deutschen Akademischen Austauschdienst und dem Viadrina International Program für die finanzielle Unterstützung meines Forschungsaufenthaltes.

Herrn Prof. Dr. Boris Burghardt danke ich herzlich für die lehrreiche und freundschaftliche Zeit an der Humboldt-Universität zu Berlin, während der ich die Arbeit abgeschlossen habe, sowie für seine Anmerkungen zu einem Abschnitt des Manuskriptes.

Für weitere wertvolle Anmerkungen, anregende Diskussionen und sorgfältige Korrekturen danke ich Günther Brockhaus, Michael Frey, Dara Chassin du Guerny, Lena Gunnior, Lilo Hochgeschurz, Samuel Krug, Katharina Ostendorf, Paula Sauerwein, Louisa Schloussen, Stefan Seiterle, Tim-Joschka Selinger, Ruth Signer, Yoann Thiemann und Christian Thönnies sowie Frau Silja Meister von Mohr Siebeck. Dem Verlag und Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing gilt außerdem mein Dank für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Herrn Matthias Spitzner danke ich für die Unterstützung beim Satz.

Die Vernetzungs- und Kompetenzstelle Open Access Brandenburg und die Deutsch-Britische Juristenvereinigung haben die Veröffentlichung dieses Bandes finanziert. Beiden Institutionen danke ich ausgesprochen für ihre großzügige Unterstützung.

Das Hinweisgeberschutzgesetz wird der Bundestag voraussichtlich im Dezember 2022 beschließen. Die Arbeit bezieht sich daher auf den Regierungsentwurf des Gesetzes, der im Juli 2022 vorgelegt und später als BR-Drs. 372/22 bzw. BT-Drs. 20/3442 veröffentlicht wurde.

Berlin, im November 2022

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX
<i>Einleitung</i> .....	1
I. Das Phänomen Whistleblowing.....	1
II. Rechtspolitische Entwicklungen .....	6
III. Kritische Perspektiven .....	8
IV. Ausgeklammerte Aspekte .....	13
V. Gang der Untersuchung.....	17
1. Teil:Geheimnisschutz.....	21
§ 1 <i>Allgemeine Geheimnismerkmale</i> .....	23
I. Geheimer Gegenstand .....	23
II. Geheimhaltungsinteresse.....	24
III. Geheimhaltungswille und -maßnahmen .....	25
§ 2 <i>Loyalität oder Treue</i> .....	29
I. Bedeutung und Widersprüche .....	30
1. Beistandspflicht im Falschen .....	31
2. Partikularität der Loyalität, Universalität von Moral, Recht, Gerechtigkeit .....	32
3. Rechtfertigungsbedarf und Grenzen der Loyalität im Falschen .....	35
II. Whistleblowing als Loyalitätsbruch? .....	35
1. Whistleblowing als Konflikt verschiedener Loyalitäten .....	36
2. Dekonstruktion der Arbeitnehmerloyalität .....	37
3. Limitierte Loyalität.....	39
III. Keine Rechtspflicht zum Beistand im Unrecht .....	41



§ 3 <i>Historische Skizze des strafrechtlichen Geheimnisschutzes</i> .....	45
I. Vormoderne Entwicklungen.....	46
II. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts .....	48
1. Staatsgeheimnisse.....	48
2. Amtsgeheimnisse.....	50
3. Privatgeheimnisse.....	50
III. Entwicklungen ab dem 19. Jahrhundert.....	51
1. Staatsgeheimnisse.....	52
2. Amtsgeheimnisse.....	54
3. Privatgeheimnisse.....	54
IV. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum „publizistischen Landesverrat“.....	55
1. Ermittlungsverfahren und Verurteilungen .....	55
2. Etatkritik und Veröffentlichungen von Völkerrechtsverstößen.....	56
3. Weltbühne-Prozess: Wiederaufrüstung der Luftwaffe.....	57
V. Reformentwürfe in der Weimarer Republik .....	60
1. Staatsgeheimnisse.....	61
2. Amtsgeheimnisse.....	62
3. Privatgeheimnisse.....	63
VI. Der Verrat im Nationalsozialismus .....	64
1. Staatsgeheimnisse.....	65
2. Amtsgeheimnisse.....	66
3. Privatgeheimnisse.....	66
VII. Bundesrepublikanische Entwicklungen .....	67
1. Staatsgeheimnisse.....	67
2. Amtsgeheimnisse.....	70
3. Privatgeheimnisse.....	71
§ 4 <i>Staatsgeheimnisse</i> .....	73
I. Der Staatsgeheimnisbegriff.....	74
1. Geheimhaltungsobjekt .....	74
2. Geheimhaltungswirklichkeit .....	75
3. Geheimhaltungsbedürftigkeit.....	76
4. Gesamtbetrachtung: Abwägung mit Vorteilen einer Offenlegung .....	78
a) Wechselwirkungslehre in der Spiegel-Entscheidung.....	80
b) Anrecht der Öffentlichkeit auf Information und Diskussion in der Spiegel-Entscheidung .....	81
c) Normative Gründe: Demokratie, Volkssouveränität, Repräsentationsprinzip .....	83
5. Informationsinteressen der Öffentlichkeit de lege ferenda .....	85
a) Alternativ- und SPD-Entwurf.....	85
b) Roadmap Strees und Stratenwerths.....	87

c) Stellungnahme.....	88
II. Die Tatbestandsausnahme „illegaler“ Staatsgeheimnisse .....	89
1. Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen .....	90
2. Die Snowden-Enthüllungen (hypothetische Bewertung) .....	91
a) Nationaler und globaler Überwachungsexzess der Five Eyes.....	92
b) Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung .....	98
aa) Verletzungen von Menschenrechten.....	99
bb) Verstoß gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung .....	101
cc) Beeinträchtigung des Demokratieprinzips .....	101
c) Zwischenergebnis.....	102
3. Die Pätisch-Enthüllungen (retrospektive Bewertung).....	103
a) Rechtswidrigkeit der Überwachungsmaßnahmen .....	104
b) Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung .....	107
III. Verfassungsrechtliche Bedenken.....	108
1. Bestimmtheitsgebot .....	108
2. Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Gerichte.....	115
IV. Alternative zeithistorische Konzeptionen .....	117
1. „Illegale“ Staatsgeheimnisse in der Weimarer Republik .....	117
a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	118
b) Kritik und Ablehnung der Rechtsprechung .....	122
c) Reformvorschläge des Schrifttums .....	125
2. „Illegale“ Staatsgeheimnisse in der Bundesrepublik .....	129
a) Abgeordnetenprivileg, § 100 Abs. 3 StGB a. F.....	129
b) Schrifttum: Kein Schutz „illegaler“ Geheimnisse .....	131
c) Alternative Legaldefinitionen „illegaler“ Staatsgeheimnisse.....	133
V. Loyalität im Staatsbürgerverhältnis .....	134
VI. Die Straftatbestände der §§ 94–100a StGB .....	138
1. Landesverrat gemäß § 94 StGB .....	138
2. Offenbaren von Staatsgeheimnissen gemäß § 95 StGB .....	140
3. Strafbare Vorbereitungshandlungen gemäß § 96 StGB .....	141
4. Fahrlässigkeitsdelikte gemäß § 97 StGB.....	141
5. Verrat „illegaler“ Staatsgeheimnisse gemäß § 97a StGB .....	141
6. Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses gemäß 97b StGB.....	142
a) Regelungsgehalt und Abweichungen von den §§ 16, 17 StGB.....	142
b) Wertungswiderspruch und fehlendes rechtspolitisches Bedürfnis.....	144

c) Ungleiche Behandlung von Irrtümern.....	145
d) Widersprüche zum Schuldprinzip .....	146
e) Einwände spezifisch gegen § 97b Abs. 2 StGB .....	147
f) De lege ferenda: Streichung der Vorschrift.....	148
7. Die übrigen Straftatbestände (§§ 98–100a).....	149
VII.Reformskizze der Landesverratsvorschriften.....	149
§ 5 <i>Amtsgeheimnisse</i> .....	159
I. Der Geheimnisbegriff .....	160
II. Akzessorietät der straf- von der beamtenrechtlichen Schweigepflicht ..	160
1. Informationsansprüche der Informationsfreiheitsgesetze .....	163
2. Grundrechtlicher Informationsanspruch.....	165
3. Loyalität und beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht .....	167
III. Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen.....	173
1. Mangelnde Bestimmtheit .....	174
2. Kasuistik.....	177
3. „Lehre der mittelbaren Gefährdung“.....	178
a) Der Fall des Sächsischen Datenschutzbeauftragten.....	178
b) Ablehnung der „Lehre der mittelbaren Gefährdung“ .....	180
IV. „Illegale“ Amtsgeheimnisse .....	183
1. Strafanzeigen.....	184
2. Anzeigen sonstiger Rechtsverstöße.....	186
3. Analoge Anwendung des § 93 Abs. 2 StGB.....	188
4. Veröffentlichung anderer „illegaler“ Dienstgeheimnisse.....	189
V. Reformvorschläge .....	190
§ 6 <i>Geschäftsgeheimnisse</i> .....	195
I. Delikte und Geheimnisbegriff des GeschGehG .....	197
II. „Illegale“ Geschäftsgeheimnisse .....	199
1. Fehlendes berechtigtes Geheimhaltungsinteresse, Selbstwiderspruch der Rechtsordnung .....	200
2. Kein hinreichender Grund für ausnahmsweisen Schutz.....	202
3. Systematischer Vergleich: Kein Schutz in anderen Rechtsgebieten und durch Grundrechte.....	205
a) Arbeitsrecht.....	205
aa) Keine Pflicht zur Geheimhaltung von Rechtsverstößen .....	205
bb) Keine arbeitsrechtliche Loyalitätspflicht zum Beistand im Unrecht .....	207
b) Informationsfreiheitsrecht .....	211
c) Grundrechte.....	212
4. Zum behaupteten systematischen Widerspruch innerhalb des GeschGehG .....	213

5. Unionsrechtliche Vereinbarkeit des Merkmals „berechtigtes Interesse“ .....	214
6. Rechtswidrige Vermögenswerte im Kontext anderer Straftatbestände .....	216
7. Angebliche Strafbarkeitslücken .....	218
8. Widerspruch zur positiven Generalprävention .....	218
III. Geltung des Geschäftsgeheimnisbegriffs für andere Straftatbestände .....	219
IV. Die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG .....	220
1. Meinungs- und Informationsfreiheit .....	221
2. Rechtswidrige Handlungen und Fehlverhalten .....	222
3. Geltung der Ausnahmetatbestände für andere Strafvorschriften .....	225
§ 7 <i>Steuergeheimnisse</i> .....	227
I. Der Tatbestand des § 355 StGB .....	227
II. „Illegale“ Steuergeheimnisse .....	228
III. Offenbarungsbefugnisse .....	230
1. Zwingende öffentliche Interessen, § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO .....	231
a) Regelbeispiele: der Fall Borcharding .....	232
b) Unbenannte Fälle .....	233
c) Informationsinteressen der Öffentlichkeit: Flick-Parteispenden-Affäre .....	234
2. Adressatenkreis .....	236
3. Whistleblowing-Richtlinie: Offenbarungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU .....	236
§ 8 <i>Privatgeheimnisse</i> .....	237
I. Der Tatbestand des § 203 StGB .....	237
II. „Illegale“ Privatgeheimnisse .....	240
1. Menschenwürdeschutz .....	241
2. Zwangslage bezüglich der Inanspruchnahme von Beraterberufen .....	241
3. Allgemeininteresse an der Verschwiegenheit .....	243
4. Kein hinreichendes Schutzbedürfnis bezüglich juristischer Personen .....	243
5. Reformvorschläge .....	244
§ 9 <i>Straftaten zur Vorbereitung des Whistleblowings</i> .....	247
I. Strafrechtlich relevante Vorbereitungshandlungen .....	247
II. Ansätze für einen Strafbarkeitsausschluss .....	248
1. Ausnahmetatbestände im Geschäftsgeheimnisgesetz .....	249

2. Die Meinungsfreiheit als Strafbarkeitsausschluss (Lux-Leaks) .....	249
3. Wahrnehmung berechtigter Interessen bei unerlaubten, verdeckten Aufzeichnungen.....	251
4. Jesuitenpater Busembaum: Der Zweck heiligt die Mittel .....	252
5. Eine Grenze: Gewalt gegen Menschen.....	253
III. Zusammenfassende Stellungnahme .....	254
 <i>§ 10 Vorrangregeln bei Normenkollisionen .....</i>	 257
I. Innerstrafrechtliche Normenkollisionen .....	258
1. Offenbarungsbefugnisse .....	258
2. Pflichtenkollisionen .....	259
a) Strafrechtliche Offenbarungspflichten .....	259
b) Vorrangrelationen.....	261
c) Anwendung auf das Geheimnisschutzstrafrecht.....	263
II. Kollisionen mit außerstrafrechtlichen Rechtsnormen .....	264
1. Vorrangregel aufgrund des Ultima-ratio-Prinzips .....	264
2. Auslegungsregel aufgrund des Ultima-ratio-Prinzips .....	268
III. Kollision mit überpositiven Erlaubnis- bzw. Gebotssätzen.....	269
IV. Kollisionen außerstrafrechtlicher Geheimhaltungspflichten mit strafrechtlichen Erlaubnis- oder Gebotsnormen.....	273
V. Exkurs: Wahrnehmung von Offenbarungspflichten anderer Personen ..	276
2. Teil: Transparenz .....	279
 <i>§ 1 Das Publizitätsprinzip.....</i>	 281
I. Von der Idee zum Verfassungsgrundsatz .....	282
II. Benthams „Publicity“ .....	286
1. Gründe für Publizität .....	288
2. Entgegnungen auf Einwände gegen Publizität .....	290
3. Kritik einer umfassenden Transparenzforderung.....	292
a) Das Panopticon als Idee totaler Überwachung .....	292
b) Inverser Panoptismus: Die Überwachung der Überwachenden ..	295
c) Prinzipielle Transparenz von Machtakkumulationen .....	296
d) Grundsätzliche Intransparenz der individuellen Sphären .....	299
e) Zur Möglichkeit begrenzter Transparenz .....	300
III. Kants „Princip der Publicität“ .....	301
1. Das Publizitätsprinzip in der Schrift zum ewigen Frieden.....	302
2. Die dem Prinzip eingeschriebene Forderung nach faktischer Transparenz .....	305
a) Das Gedankenexperiment verlangt keine faktische Transparenz.....	305

b) Das Prinzip ist aber auf faktische Transparenz ausgerichtet .....	307
c) Zusatz: Repräsentativsystem und staatliche Transparenz .....	311
d) Zwischenergebnis .....	313
3. Anwendung der transzendentalen Formeln des öffentlichen Rechts auf Geheimhaltung .....	314
a) Negativformel (erste Stufe) .....	315
b) Positivformel (zweite Stufe) .....	318
4. Zusammenfassung .....	320
 § 2 <i>Typologie der Offenbarungsinteressen</i> .....	321
I. Abhilfe .....	322
II. Rechtswahrung .....	323
III. Öffentlicher Diskurs und diskursive Kontrolle .....	325
1. Intersubjektive Dimension der Kommunikationsfreiheiten .....	326
2. Publizitätsprinzip, Grundrechte und Informationsinteressen der Öffentlichkeit .....	326
3. Informationsinteressen der Öffentlichkeit gegenüber Privaten in der Rechtsprechung .....	331
a) Berichterstattung über Straftaten und Straftäter .....	331
b) Boulevardeskes über Caroline von Monaco und andere „Promis“ .....	331
c) Wallraff und die „Bild“: Investigativjournalismus zu Unternehmenspraktiken .....	333
4. Koordinaten einer kontrollierenden „vierten Gewalt“ .....	335
5. Kontrolle als verfassungsrechtliche Funktion jenseits der abgeleiteten Staatsgewalten .....	338
6. Zwischenergebnis .....	343
 § 3 <i>Offenbarungspflichten, -rechte und -interessen</i> .....	345
I. Straftatprävention, Strafverfolgung, Rechtswahrung .....	346
1. Anzeige- und Offenbarungspflichten .....	346
2. Allgemeine Strafanzeigenrechte .....	348
3. Korruptions- und Steuerstraftaten .....	350
4. Allgemeines Rechtswahrungsinteresse .....	351
II. Individuelle und allgemeine Rechtsgüter .....	353
1. Gesundheitsschutz .....	353
2. Schutz von Leib, Leben und Freiheit .....	357
3. Schutz vor benachteiligenden und ungerechten Behandlungen .....	358
4. Datenschutz und allgemeines Persönlichkeitsrecht .....	359
5. Kommunikationsgrundrechte .....	359
6. Informationsansprüche .....	360

7. Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Verbraucherschutz, Produktsicherheit.....	360
8. Verkehrs- und Flugsicherheit.....	361
9. Umwelt-, Tier- und Immissionsschutz .....	362
10. Privatvermögen.....	363
III. Machtmissbrauch und Fehlverhalten im Staatswesen .....	364
1. Nachrichtendienstlicher und militärischer Komplex .....	364
2. Missstände in anderen staatlichen Einrichtungen .....	371
IV. Schutz des Staates, Funktionsfähigkeit seiner Einrichtungen, Fiskalinteressen.....	373
V. Finanzdienstleistungen, Finanzmarktstabilität, Geldwesen.....	375
3. Teil: Strafbarkeitsausschlussgründe .....	377
§ 1 Meinungsfreiheit .....	379
I. Anwendbarkeit.....	380
1. Informationsweitergabe als Meinungsäußerung .....	380
2. Meinungsfreiheit am Arbeitsplatz.....	382
3. Schutz anonymer Meldungen.....	382
II. Erforderlichkeit.....	387
1. Stufenmodell des BGH (Pätsch) .....	387
a) Vorrang innerstaatlicher Meldung .....	388
b) Geeignetheit und relativ mildestes Mittel .....	389
c) Kein Vorrang interner Anzeigen gegenüber Parlamentspetitionen .....	390
2. Alternative Meldewege in der EGMR-Rechtsprechung.....	392
a) Kasuistik: Guja, Heinisch, Soares, Bucur .....	393
b) Kritik: Beweislastverteilung, Uneindeutigkeit .....	395
III. Veröffentlichungen .....	399
1. Recht zu öffentlicher Rüge des BGH (Pätsch) .....	399
a) Grund und Reichweite.....	399
b) Anwendbarkeit des Rügerechts de lege lata.....	400
c) Rezeption und Stellungnahme .....	401
2. Abwägungsmodell des EGMR (Guja bis Halet).....	403
a) Öffentliches Interesse an den Informationen.....	404
b) Authentizität der Informationen.....	405
aa) Strafanzeigen .....	405
bb) Verschlussachen .....	408
c) Schäden.....	409
d) Kritik gerichtlicher Grundrechtsabwägungen und legislativer Auftrag.....	411

IV. Motivation .....	416
V. Kritik subjektiv-rechtlicher Konzeptionen .....	418
1. „Fehlrahmung“ des Whistleblowing-Konfliktes.....	419
2. Öffentliche Interessen in der Rechtsprechung .....	420
3. Paradox individuell-öffentlicher Rechte.....	421
4. Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch Einzelne .....	422
5. Transparenzgrundrecht .....	423
VI. Für eine Berücksichtigung auf Tatbestandsebene .....	425
VII. Zusammenfassung.....	428
§ 2 <i>Rechtfertigender Notstand</i> .....	431
I. Whistleblowing im öffentlichen Dienst .....	431
1. Deutsche Gerichtsentscheidungen (Pätsch, Sächsischer Datenschutzbeauftragter) .....	432
2. Persönlicher Anwendungsbereich des § 34 StGB.....	433
3. Britische Rechtspraxis (Shayler, Gun) .....	434
II. Notstandslage.....	437
1. Gefahr.....	437
2. Rechtsgüter.....	440
a) Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern .....	440
b) Beispiele aus Rechtsprechung und Literatur .....	444
c) Rechtswahrungs- und Strafverfolgungsinteresse.....	445
d) Individualrechtsgüter und Überschneidungen mit öffentlichen Interessen .....	447
e) Nicht-notstandsfähige Interessen .....	448
III. Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr.....	449
1. Geeignetheit: Kann eine Offenbarung eine Gefahr abwenden? .....	449
2. Relativ mildere Mittel: Vorrang interner Meldungen? .....	451
3. Einschränkungen bei Allgemeinrechtsgütern .....	455
a) Zum Vorwurf des Vigilantismus.....	456
b) Rückgriffssperre wegen des Dienstwegprinzips? .....	457
c) Allgemeines Verfahren zum Whistleblowing: WBRL bzw. HinSchG.....	458
IV. Interessenabwägung .....	459
1. Abwägungsformel des Defensivnotstands.....	460
2. Abwägungsfaktoren .....	462
V. Angemessenheitsklausel .....	464
VI. Subjektives Rechtfertigungselement: Bewusstsein der Notstandslage ..	465
VII. Zwischenergebnis .....	467
§ 3 <i>Wahrnehmung berechtigter Interessen</i> .....	469
I. Zur Anwendbarkeit auf geheimnisschützende Straftatbestände .....	470



1. Streitstand in Literatur und Rechtsprechung .....	470
2. Strukturdivergenz und Insuffizienz des Notstands.....	474
3. Strukturanalogie zum Whistleblowing .....	477
4. Notwendigkeit rechtsevolutiver Rechtssätze .....	479
5. Übertragbarkeit auf geheimnisschützende Straftatbestände.....	480
II. Historische Ansätze zur Einführung eines Rechtfertigungsgrundes .....	483
1. Verletzung von Privatgeheimnissen .....	483
2. Verletzung von Amtsgeheimnissen .....	486
3. Verletzung von Staatsgeheimnissen .....	487
III. Rechtsvergleichende Betrachtungen.....	488
1. Österreich und Schweiz: Wahrnehmung berechtigter Interessen.....	488
2. Public interest defence und analoge Konzeptionen .....	491
a) Kanada: Security of Information Act 2001 .....	491
b) Großbritannien: Reform des Official Secrets Act .....	492
c) International: Tshwane Principles.....	496
aa) Erfasste Fehlverhalten.....	496
bb) Rechtsgedanke der Erforderlichkeit .....	497
cc) Interessenabwägung .....	497
dd) Vorrangrelationen .....	498
d) USA: public accountability defense.....	499
 § 4 Ziviler Ungehorsam .....	505
I. Whistleblowing als ziviler Ungehorsam.....	506
1. Gewaltlos, gewissenbestimmt, politisch .....	507
2. Öffentlichkeit, Identifikation, Ablehnung des Märtyrerischen Schemas.....	508
II. Legitimität .....	511
III. Legalität.....	514
1. Gründe für eine rechtliche Privilegierung .....	516
a) Gewissensentscheidung und Allgemeinwohlbezug .....	516
b) Konstitutioneller Protest gegen Unrecht und Ungerechtigkeit .....	519
c) Demokratieförderlich statt -feindlich.....	520
2. Opportunitäts- und Rechtsfolgenlösung .....	524
3. Schuldlösung .....	525
4. Rechtfertigungs- oder Tatbestandslösung.....	527
a) Tatbestandsansatz des BVerfG (Sitzblockade I) .....	528
b) Rechtfertigungslösung (Ralf Dreier).....	530
c) Zu den Einwänden gegen eine Rechtfertigung .....	533
aa) Paradoxie der Legalisierung? .....	533
bb) Abgeschnittene Gegenrechte .....	537
cc) Verstoß gegen das Mehrheitsprinzip .....	538

5. Resümee und Folgerungen.....	541
§ 5 Zusammenfassung der Reformvorschläge .....	543
 Ausblick .....	 551
 Literaturverzeichnis.....	 553
Personenregister .....	589
Sachregister.....	593



## Abkürzungsverzeichnis

2d Cir.	United States Court of Appeals for the Second Circuit
a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
AA	Kant's gesammelte Schriften, herausgegeben von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften (sog. Akademieausgabe)
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abschn.	Abschnitt
AC	Appeal Cases
ACLU	American Civil Liberties Union
AE-StGB	Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
ähnl.	ähnlich
AK	Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb
AktG	Aktiengesetz
All ER	All England Reporters
allg.	allgemein
ALV	Allgemeine Lotsenverordnung
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts)
ArbG	Arbeitsgericht
ASA	Archiv für Schweizer Abgabenrecht
AuR	Arbeit und Recht
BaFin	Bundesanstalt für Finanzaufsicht
BayDStH	Bayerischer Dienststrafhof
BayVbl	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründerin/Begründer
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
Blätter	Blätter für deutsche und internationale Politik
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BMJV	Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz
BND	Bundesnachrichtendienst
BNotO	Bundesnotarordnung
BORA	Berufsordnung für Rechtsanwälte
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
bspw.	beispielsweise
BT	Besonderer Teil
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.R.-C.L. L. Rev. cat.	Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review category
CB	Compliance-Berater
Ch.	Chapter
CIA	Central Intelligence Agency
Cm	Command Papers (Serie seit 1986) = Dokumente, die dem britischen Parlament „By Her Majesty’s Command“ von der Regierung präsentiert werden
Crim Law and Philos	Criminal Law and Philosophy. An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment
D.C. Cir.	United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
D.D.C.	United States District Court for the District of Columbia
DÄBl.	Deutsches Ärzteblatt
DANA	Datenschutznachrichten
DDB	Der Deutsche Beamte
DJ	Die Justiz
DÖD	Der Öffentliche Dienst
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entwurf
Ed.	Edition
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EL	Ergänzungslieferung
EP	Europäisches Parlament
ErfK	Erfurter Kommentar

ErwG	Erwägungsgrund
ET	Employment Tribunal
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
Ev.	Erstveröffentlichung
EWIV-AusführungsG	Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWCA	England Wales Court of Appeal
EWHC	England and Wales High Court
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FBI	Federal Bureau of Investigation
FG	Finanzgericht
FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzaufsicht
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GBA	Generalbundesanwalt
GCHQ	Government Communications Headquarters
GS	Gedächtnisschrift
Geb.	Geburstag
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GeschGehG	Geschäftsgeheimnisgesetz
GG	Grundgesetz
Ggs.	Gegensatz
ggü.	gegenüber
GJW-WSS	Graf/Jäger/Wittig (Hg.), Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
GK	Großkommentar
GKÖD	Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GwG	Geldwäschegesetz
h. M.	herrschende Meinung
Harv. L. & Pol'y Rev.	Harvard Law & Policy Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hdb	Handbuch
HdbStaatsR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HdbStrafR	Handbuch des Strafrechts
HeiKo	Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht
Hervorh. d. R. B.	Hervorhebung durch Robert Brockhaus

HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
Hg.	Herausgeber
hg.	herausgegeben
HGB	Handelsgesetzbuch
HinSchG	Hinweisgeberschutzgesetz
HI-Virus	Humane Immundefizienz-Virus
i. E.	im Ergebnis
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
J. Bus. Ethics	Journal of Business Ethics
JM	Juris Die Monatszeitschrift
Int. Comp. Law Q.	International and Comparative Law Quarterly
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz
KKG	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz
Kom	Europäische Kommission
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
Law Com	Law Commission
Lfg.	Lieferung
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch
Ls.	Leitsatz
LTO	Legal Tribune Online
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MdB	Mitglied des Bundestags
MdL	Mitglied des Landtags
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MdS	Metaphysik der Sitten
mgl.	möglich
MK	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MMR	Multimedia und Recht
Mü Hdb ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar Strafgesetzbuch

NK-WSS	Nomos Kommentar Wirtschafts- und Strafrecht
NS	Nationalsozialismus
NSA	National Security Agency
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NYT	The New York Times
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Obergericht
OSA	Official Secrets Act
Ö-StGB	Österreichisches Strafgesetzbuch
PAO	Patentanwaltsordnung
PCLOB	Privacy and Civil Liberties Oversight Board
PersV	Die Personalvertretung
Philos. Soc. Crit.	Philosophy and Social Criticism
PIDA	Public Interest Disclosure Act 1998 (Großbritannien)
PKGrG	Gesetz über die parlamentarische Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit des Bundes
PM	Pressemitteilung
PublG	Gesetz über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen (Publizitätsgesetz)
PWC	Price Waterhouse Coopers
RdA	Recht der Arbeit
RGa	Gustav Radbruch Gesamtausgabe
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RphZ	Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Rechts
Rspr.	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik
RW	Rechtswissenschaft
s.	siehe
S.	Satz/Seite/Siehe
s. o.	siehe oben
S.D.N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
Sch/Sch	Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar
Schw-StGB	Schweizer Strafgesetzbuch
Sect.	Section
SEV	Sammlung Europäischer Verträge
SG	Soldatengesetz
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
Soc. Theory Prac.	Social Theory and Practice
sog.	sogenannt



SOIA	Security of Information Act 2001 (SOIA)
SprAuG	Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten
StA	Staatsanwaltschaft
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StUG	Gesetz über die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik
StV	Strafverteidiger
StRR	StrafRechtsReport
SÜG	Gesetz über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes und den Schutz von Verschlusssachen (Sicherheitsüberprüfungsgesetz)
SZ	Süddeutsche Zeitung
taz	Die Tageszeitung
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
U.S.C.	United States Code
UA	Untersuchungsausschuss
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKIPTrib	United Kingdom Investigatory Powers Tribunal
Urt.	Urteil
VDB	Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil.
v.	von, vom
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungs-Archiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
Vgl.	Vergleich
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VSA	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum materiellen Geheimnisschutz (Verschlusssachenanweisung)
VuR	Verbraucher und Recht. Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht
WBRL	Whistleblowing-Richtlinie, RL (EU) 2019/1937
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WP	Wahlperiode
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WStG	Wehrstrafgesetz

z. T.	zum Teil
ZeF	Zum ewigen Frieden
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRFC	Zeitschrift für Risk, Fraud & Compliance
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	zustimmend
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen.



# Einleitung

Geheimnisschutz, Transparenz und ihr Verhältnis im demokratischen Rechtsstaat bilden den Gegenstand dieser Arbeit, der anhand des strafrechtlich relevanten Whistleblowings erschlossen wird. In ihren drei Teilen werden der tradierte strafrechtliche Geheimnisschutz kritisch untersucht, widerstreitende rechtliche Offenbarungsinteressen systematisiert und die relevanten allgemeinen Strafbarkeitsausschlussgründe diskutiert. Im Wechselspiel mit einschlägigen Fällen wird hierbei die Legitimität des Whistleblowings herausgearbeitet und den bestehenden Strafbarkeitsrisiken gegenübergestellt. Auf dieser Grundlage werden gesetzliche Änderungen der strafrechtlichen Schweigepflichten vorgeschlagen, um Hinweisgeber besser und rechtssicherer zu schützen.

## I. Das Phänomen Whistleblowing

Wissen ist Macht und Macht ist Wissen.<sup>1</sup> Was rechtlichen Geheimnisschutz und was Transparenz verdient, sind Machtfragen. Es sind Fragen der Moderne, die seit der Aufklärung an den absolutistischen Geheimstaat gerichtet und seitdem immer wieder gestellt werden,<sup>2</sup> heute in einer Gesellschaft, die Transparenz als grundlegenden Wert anerkennt. Transparenz, die politische Partizipation erst ermöglicht und damit ein emanzipatorisches Projekt ist. Publizität, die schon darauf abzielt, Machtmissbrauch zu verhindern oder zumindest aufzudecken. Die Rechtsordnung wird in diese Richtung umgebaut, was sich in den letzten beiden Jahrzehnten paradigmatisch an der Informationsfreiheitsgesetzgebung zeigt. Zugleich herrscht auf einer anderen rechtlichen Baustelle weitgehender Stillstand: Der rechtliche Geheimnisschutz wurde dem Strukturwandel, hin zu einem transparenteren Staat, bislang nur punktuell angepasst. Wie

---

<sup>1</sup> So der Titel eines Vortrags von Wilhelm Liebknecht aus dem Jahr 1872. Nach Brockhaus' *Kleinem Konversations-Lexikon*, S. 981, handelt es sich bei „Knowledge is power“ um ein „sprichwörtlich gewordenes Zitat aus [Francis] Bacons ‚Religious meditations‘.“ Siehe auch *Foucault*, *Überwachen und Strafen*, S. 39: Es sei „anzunehmen, [...] daß Macht und Wissen einander unmittelbar einschließen; daß es keine Machtbeziehung gibt, ohne daß sich ein entsprechendes Wissensfeld konstituiert, und kein Wissen, das nicht gleichzeitig Machtbeziehungen voraussetzt und konstituiert.“

<sup>2</sup> Grundlegend: *Wegener*, *Der geheime Staat*.

die Genese der strafbewehrten und anderer rechtlicher Schweigepflichten zeigt, konnten sich absolutistische Arkantradition, obrigkeitsstaatliches Denken und zum Teil auch NS-Recht bis heute im Recht der Geheimnisse konservieren. Konkret sichtbar, rechtlich fassbar und hinterfragt wird diese Rückständigkeit, wenn Individuen Rechtsverstöße oder Missstände im Staatswesen oder in der Wirtschaft aufdecken und wegen der Verletzung einer Schweigepflicht bestraft oder auf andere Weise rechtlich sanktioniert werden. In aufklärerischer Tradition werfen sie damit erneut die Fragen auf, was in einer Gesellschaft mit Hinblick auf die staatlichen und wirtschaftlichen Machtverhältnisse konkret als geheim geschützt und was transparent sein sollte.<sup>3</sup>

Was den nachrichtendienstlichen Komplex angeht, fragt sich etwa, ob Werner Pätch, der in den 1960er Jahren für das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) arbeitete, zu Recht wegen Geheimnisverletzungen verurteilt wurde, weil er Informationen über ein verfassungswidriges Abhörprogramm und die NS-Vergangenheit leitender Beamter des Amtes an die Presse lanciert hatte.<sup>4</sup> In ähnlicher Weise stellt sich diese Frage heute vor dem Hintergrund der Strafverfolgung Edward Snowdens und Thomas Drakes, die Art und Ausmaß der globalen und zu weiten Teilen anlasslosen Massenüberwachung der US-amerikanischen National Security Agency (NSA) und anderen Geheimdiensten der

---

<sup>3</sup> Vgl. etwa Christian Ströbele, der den Whistleblower Edward Snowden „zu den großen Aufklärern der Geschichte“ zählt und in ihm einen „Philosophen“ erkennt, *Sporer/von Pechmann*, Widerspruch 2014, 69 (76). Die Philosophische Fakultät der Universität Rostock beschloss, Snowden eine Ehrendoktorwürde zu verleihen, was die Universitätsleitung und der zuständige Minister aber ablehnten. Die ablehnende Entscheidung der Hochschulleitung wurde vom VG Schwerin bestätigt, Urt. v. 15.6.2016 – 1 A 2088/15 SN; dazu, *Horstkotte*, LTO v. 15.6.2016. – Vgl. auch folgenden Titel: *Sixt*, Whistleblowing im Spannungsfeld von Macht, Geheimnis und Information.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 8.11.1965 – 8 StE 1/65 = BGHSt 20, 342. Der BGH hielt die Aktivitäten für rechtmäßig, was noch unter § 4 II. 3. vertieft wird.

„Five Eyes“<sup>5</sup> aufgedeckt haben. Praktiken, die britische<sup>6</sup> und US-amerikanische Gerichte<sup>7</sup> sowie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als rechts- bzw. menschenrechtswidrig bewerten.<sup>8</sup>

Zweifel an der Strafwürdigkeit bestehen auch bezüglich Enthüllungen, die den militärischen Komplex betreffen. Hierzu nimmt die Untersuchung Strafverfahren gegen Personen in den Blick, die in der Weimarer Republik Verstöße gegen den Versailler Vertrag aufdeckten und als „publizistische Landesverräter“ verfolgt wurden. Fragwürdig erscheint auch die 2013 erfolgte Bestrafung der US-Soldatin Chelsea Manning. Sie hatte militärische Datensätze an die Enthüllungsplattform WikiLeaks weitergegeben, die der Öffentlichkeit erstmals ein ungeschöntes Bild des Afghanistankrieges, einschließlich schwerster Rechtsverletzungen, vermittelten. Dem militärischen Bereich entstammt außerdem die wohl weltweit erste spezifische Vorschrift zum Whistleblowerschutz. Sie ist den Marineoffizieren Samuel Shaw und Richard Marven zu verdanken, die im Amerikanischen Unabhängigkeitskrieg der Kontinentalmarine dienten.<sup>9</sup> Mit acht anderen Marinesoldaten übermittelten sie dem Kongress eine Petition, in der sie Folterungen britischer Kriegsgefangener durch ihren Kommodore, Esek Hopkins, anzeigten.<sup>10</sup>

Wendet man den Blick dem wirtschaftlichen Bereich zu, bietet etwa die Strafverfolgung der Whistleblower in der Lux-Leaks-Affäre aus dem Jahr 2014 Anlass zur Diskussion. Mitarbeiter von Price Waterhouse Coopers (PWC)

---

<sup>5</sup> Ursprünglich „UKUSA-Vereinbarung“ aus dem Jahr 1946 zwischen den US-amerikanischen und britischen Geheimdiensten, der sich später Australien, Kanada und Neuseeland anschlossen.

<sup>6</sup> *Liberty & Others v GCHQ* [2015] UKIPTrib 13\_77-H; *Privacy International v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Others* [2016] UKIPTrib 15\_110-CH; *Liberty v Secretary of State for the Home Department & Another* [2018] EWHC 975.

<sup>7</sup> *ACLU v. Clapper*, 785 F.3d 787 (2d Cir. 2015); s. zudem bereits, *Klayman v. Obama*, 957 F.Supp.2d 1 (D.D.C. 2013), auch wenn die dort getroffene einstweilige Verfügung im Berufungsverfahren aufgehoben wurde, da die Antragsteller ihrer erhöhten Beweislast im vorläufigen Rechtsschutz nicht nachgekommen seien, *Klayman v. Obama*, 805 F.3d 1148 (D.C. Cir. 2015).

<sup>8</sup> EGMR, *Big Brother Watch (u. a.) ./. Großbritannien*, Urt. v. 13.9.2018 – 58170/13 (u. a.); sowie die anschließende Entscheidung der Großen Kammer des Gerichtshofes EGMR, *Big Brother Watch (u. a.) ./. Großbritannien*, Urt. v. 25.5.2021 – 58170/13 (u. a.).

<sup>9</sup> *Kohn*, NYT v. 13.6.2011, S. A23.

<sup>10</sup> Mit der Unterstützung des Kongresses gewannen die inhaftierten Shaw und Marven einen gegen sie vom Kommodore betriebenen Verleumdungsprozess. Ein Jahr später beschloss der Kongress die Resolution v. 30.6.1778. Darin heißt es: „That it is the duty of all persons in the service of the United States, as well as all other inhabitants thereof, to give the earliest information to Congress or any other proper authority of any misconduct, frauds or misdemeanors committed by any officers or persons in the service of these states, which may come to their knowledge.“ Zit. nach *Kohn*, NYT v. 13.6.2011, S. A23. Der US-Senat ehrte Shaw posthum anlässlich des zweiten National Whistleblower Appreciation Day am 30. Juni 2015.

deckten umfassende Steuervermeidungspraktiken des mit Globalen Playern kollaborierenden Großherzogtums Luxemburg auf und wurden dafür angeklagt. In diesem Zusammenhang ist auch die obsessive Strafverfolgung durch eidgenössische Staatsanwaltschaften von Beschäftigten Schweizer Banken zu nennen, die Informationen über exorbitante Steuerhinterziehungen aufgedeckt haben. Zu nennen sind hier vor allem die aufgedeckten Cum-Ex-Geschäfte, durch die allein dem deutschen Fiskus schätzungsweise 30 Milliarden Euro Steuereinnahmen entgangen sind. Auch weite Teile des deutschen Schrifttums haben sich für eine Strafbarkeit von Bankmitarbeitern ausgesprochen, die Informationen über massive Steuerhinterziehungen an Finanzbehörden verkaufen. Das wurde in den letzten Jahren anhand der sogenannten „Steuer-CDs“ diskutiert, die deutsche Finanzbeamte aus dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweiz ankaufen.<sup>11</sup>

Mit den hier untersuchten Fällen wird die Frage diskutiert, weshalb das Strafrecht dazu zwingen soll, Verfassungs- und Rechtsverstöße, die staatlichen Stellen und Unternehmen zuzurechnen sind, sowie andere gravierende, wenn auch nicht formal rechtswidrige Missstände, geheim zu halten. Ihnen muss doch eigentlich schon von Rechts wegen Einhalt geboten werden oder sie sind jedenfalls aus demokratieprinzipiellen Gründen dem öffentlichen Diskurs zuzuführen. Gerade wenn und weil sie gesellschaftliche Anliegen von eminenter Bedeutung adressieren, erscheint Strafe als Reaktion auf deren Offenlegung paradox. Während sich der politische und wissenschaftliche Diskurs maßgeblich darauf konzentriert, unter welchen Voraussetzungen Whistleblower zu schützen sind, werfen diese bereits die vorgelagerte, fundamentale und hier behandelte Frage nach Grund und Reichweite rechtlicher Schweigepflichten auf.

Anhand der skizzierten Fälle lässt sich schon ablesen, was unter einem „Whistleblower“ oder dem sich hierzulande als Rechtsbegriff etablierenden „Hinweisgeber“<sup>12</sup> zu verstehen ist: Eine Person, die Rechtsverstöße und andere

---

<sup>11</sup> Diese Diskussion hat sich im Wesentlichen durch folgende Ausnahmetatbestände zu Gunsten des Whistleblowings und der Finanzbeamten erledigt: § 5 Nr. 2 GeschGehG und § 20d Abs. 3 StGB.

<sup>12</sup> Diesen Begriff verwendete schon der nun knapp zehn Jahre alte „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern – Whistleblowern (Hinweisgeberschutzgesetz [...]“ der SPD-Bundestagsfraktion, genauso wie die RL (EU) 2019/1937 v. 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (i. F.: Whistleblowing-Richtlinie oder WBRL) und dementsprechend der vom BMJV ausgearbeitete „Entwurf eines Gesetzes für einen besseren Schutz hinweisgebender Personen sowie zur Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“, kurz: „Hinweisgeberschutzgesetz“ aus dem November 2020 sowie die folgenden Entwürfe (dazu noch sogleich unter II.). In Frankreich wird der Begriff *lanceur d'alerte* verwendet (s. etwa Art. 122-9 Code pénal, der im Dezember 2016 in Kraft getreten ist). Wörtlich übersetzt bedeutet das in etwa, „der Alarmierende“ oder „der, den Alarm Anstoßende“. In den Niederlanden hat sich der Begriff *klokkenluiders*, also „jemand, der Glocken läutet“, etabliert.

Misstände aufdeckt, die Unternehmen, staatlichen Stellen oder anderen Organisationen zuzurechnen sind.<sup>13</sup> In der Regel ist die hinweisgebende Person in einem Arbeits- oder Beamtenverhältnis tätig und unterliegt besonderen rechtlichen Verschwiegenheitspflichten, die sie *prima facie* verletzt, wenn sie Fehlverhalten offenbart. Das gilt jedenfalls für *externes Whistleblowing*, womit die Anzeige bzw. Meldung gegenüber Stellen gemeint ist, die von der betroffenen Organisation unabhängig sind. Einen Sonderfall des externen Whistleblowings stellt die Veröffentlichung von Misständen dar, die auch *Offenlegung* genannt wird.<sup>14</sup> Wer hingegen Meldung bzw. Anzeige gegenüber Vorgesetzten oder hierfür speziell eingerichteten Stellen erstattet, *internes Whistleblowing* genannt, verletzt schon keine rechtliche Schweigepflicht.

Die Voraussetzungen, damit Whistleblowing als gesellschaftliches und rechtliches Phänomen in der hier untersuchten Gestalt in Erscheinung tritt, werden in der Moderne geschaffen.<sup>15</sup> Gemeint sind grundlegende Veränderungen von Staat, Gesellschaft und Wirtschaft. Erst mit dem Auftreten von privaten und staatlichen Organisationen, die strukturell einen gewissen Komplexitätsgrad erreichen, etwa mit Hinblick auf die Zahl der beschäftigten Personen, die Art ihrer Aufgaben, die aufgebauten Hierarchien usw., verdichtet sich Whistleblowing durch eine gewisse Häufigkeit zu einem relevanten sozialen Phänomen. Die mit der Enthüllung von Misständen oftmals intendierte Wirkung, einen öffentlichen Diskurs anzustoßen und durch öffentlichen Druck für Abhilfe zu sorgen, lässt sich erst erzielen, seit sich eine politische, (macht-)kritische Öffentlichkeit herausgebildet hat.<sup>16</sup> Die Möglichkeit, sie zu adressieren,

---

<sup>13</sup> International wird die Definition von *Near/Miceli*, J. Bus. Ethics 4 (1985), 1 (4) wohl am Häufigsten rezipiert: „We, therefore, define whistle-blowing to be the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employees, to persons or organizations that may be able to effect action.“

<sup>14</sup> Nach dieser begrifflichen Einordnung werden Offenbarung und Aufdeckung als Oberbegriffe verwendet, einerseits für die Anzeige oder Meldung, die an interne oder externe Stellen und damit an einen konkreten Adressaten gerichtet ist, andererseits für die Offenlegung oder Veröffentlichung, die sich an die Öffentlichkeit richtet. Die Begriffe interne und externe Meldung sowie Offenlegung finden sich in den Art. 7, 10, 15 WBRL.

<sup>15</sup> Auch wenn sich einige Fälle und ähnliche Verhaltensmuster schon deutlich früher zeigen, *Herold*, Whistleblower, S. 32 f. m. w. N. So wird auf hebräische Propheten des achten Jh. v. Chr. verwiesen, die die Herrschenden kritisierten und sich damit in Lebensgefahr brachten, *Bjorkelo/Madsen*, Psychology & Society 5 (2013), S. 28 (29) m. w. N. Zudem wird Whistleblowing mit dem aus der Antike stammenden Begriff der *παρρησία* (Parrhesia oder Parrhesie) in Verbindung gebracht, ebd. sowie bereits *Mansbach*, in: Whistleblowing and Democratic Values, S. 12 ff. Den Begriff der Parrhesia hat Foucault wieder aufgenommen. Er versteht darunter: „a verbal activity in which the subject expresses his personal relation to truth and risks his life because he recognizes that telling the truth is his own duty, so as to improve or to help other people. In parrēsia, the speaker uses his freedom and chooses truth instead of lies, death instead of life and security, criticism instead of flattery, and duty instead of interest and selfishness.“ *Foucault*, Discourse and Truth, S. 46.

<sup>16</sup> *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, §§ 8 ff.



entwickelt sich maßgeblich mit den kommunikationstechnischen Fortschritten, die die Vervielfältigung von Informationen und deren Verbreitung ermöglichen und Publizistik und Presselandschaft florieren lassen. Als *rechtliches* Phänomen wird Whistleblowing erst bedeutsam, nachdem spezifische rechtliche Schweigepflichten in den einschlägigen Rechtsgebieten des Arbeits-, Beamten- und Strafrechts gesetzlich geregelt oder dogmatisch anerkannt sind. Für das Strafrecht ist das schon im 18. Jh., maßgeblich aber erst im 19. Jh. zu beobachten.<sup>17</sup> In ausgereifter Form treffen die so umrissenen Rahmenbedingungen im 20. Jh. in einer Weise aufeinander, die erklärt, weshalb der allgemeine, wissenschaftliche und rechtspolitische Diskurs das Phänomen erst seitdem zunehmend thematisiert.

## II. Rechtspolitische Entwicklungen

In den letzten Jahren hat die deutsche Gesetzgebung aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben schon vereinzelt Offenbarungsbefugnisse geschaffen, die Whistleblower vor rechtlichen Sanktionen schützen, insbesondere im Finanzdienstleistungsbereich.<sup>18</sup> Zudem sieht das Geschäftsgeheimnisgesetz einen Ausnahmetatbestand vor, der Meldungen von Rechtsverstößen und sonstigen Fehlverhalten straflos stellt.<sup>19</sup> Das Gesetz ist im Jahr 2020 in Kraft getreten und setzt die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie um.<sup>20</sup> Die bislang geschaffenen Vorschriften schützen Whistleblowing allerdings nur punktuell. Vielerorts fehlt es an gesetzlichen Regelungen, die Beschäftigte in privaten und öffentlichen Beschäftigungsverhältnissen vor Sanktionen schützen. Derzeit bleibt ihnen oft nur zu hoffen, dass Gerichte mittels schwer kalkulierbarer Grundrechtsabwägungen<sup>21</sup> und eventuell erst nach zehrenden jahrelangen Verfahren in letzter Instanz zu ihren Gunsten entscheiden.

Einen allgemeineren Ansatz verfolgt die Whistleblowing-Richtlinie der EU (i. F. auch WBRL),<sup>22</sup> die bis zum 17. Dezember 2021 in den Mitgliedstaaten umzusetzen war. Der dazu vorgesehene Entwurf eines „Hinweisgeberschutzgesetzes“ des SPD-geführten BMJV<sup>23</sup> scheiterte mangels Unterstützung des Regierungspartners der „Großen Koalition“, der CDU/CSU, zum Ende der 19.

---

<sup>17</sup> Siehe hierzu I. Teil § 3 II.-III.

<sup>18</sup> § 4d Abs. 6 FinDAG; § 3b Abs. 5 BörsG; § 53 Abs. 5 GwG.

<sup>19</sup> § 5 GeschGehG.

<sup>20</sup> RL (EU) 2016/943.

<sup>21</sup> Siehe z. B. *Fasterling/D. Lewis*, *International Labour Review* 153 (2014), 71 (78).

<sup>22</sup> Zu positiven und negativen Aspekten im internationalen Rechtsvergleich, *D. Lewis*, *Labour Studies* 9 (2020), 1.; allgemein: *Siemens*, *Die Whistleblowing-Richtlinie der EU*.

<sup>23</sup> Siehe bereits Fn. 12. Zu diesem Entwurf: *Gerdemann*, *ZRP* 2021, 37 ff.; *Kimberly/Veljovic*, *KriPoZ* 2021, 165 ff.; *Makowicz/Schloussen*, *comply* 2021, 62 ff.

Legislaturperiode.<sup>24</sup> Die Unionsfraktionen verwiesen darauf, dass die Wirtschaft durch die Corona-Pandemie bereits stark beansprucht sei und nicht noch zusätzlich, insbesondere durch die Pflicht zur Einrichtung interner Meldesysteme, belastet werden solle.<sup>25</sup> Im April 2022 wurde ein neuer Entwurf des nun FDP-geführten BMJ publik, dessen überarbeitete Fassung das Ministerium im Juli 2022 als Regierungsentwurf auf seiner Homepage bereitstellte und der später als BR-Drs. 372/22 und BT-Drs. 20/3442 veröffentlicht wurde.<sup>26</sup>

Doch auch der Anwendungsbereich der WBRL ist begrenzt, denn sie beschränkt sich auf die Meldung bestimmter Unionsrechtsverstöße. Die Meldung von Verstößen gegen nationales Recht, das nicht unionsrechtlich bedingt ist, ist aus kompetenziellen Gründen ebenso wenig geregelt, wie Whistleblowing im Bereich der nationalen Sicherheit und von Verschlussachen.

Zwar geht das geplante Hinweisgeberschutzgesetz ein wenig über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus: Nach § 2 Abs. 1 HinSchG-RegE sollen sämtliche Verstöße meldefähig sein, die straf- oder bußgeldbewehrt sind sowie Verstöße gegen unionales oder nationales Recht aus bestimmten Bereichen, z. B. „Vorgaben zum Umweltschutz“, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. h) HinSchG-RegE.<sup>27</sup> Allerdings soll das Gesetz keinen Schutz gewähren, wenn Informationen gemeldet oder offengelegt werden, „die die nationale Sicherheit oder wesentliche Sicherheitsinteressen des Staates“ betreffen, § 5 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-RegE.<sup>28</sup> Auch bei einer Meldung von Verschlussachen an externe staatliche Stellen sowie bei Veröffentlichungen von Verschlussachen soll das Gesetz pauschal keine Anwendung finden, s. § 5 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-RegE. Damit bleibt der gesetzliche Schutz des Whistleblowings lückenhaft<sup>29</sup> und die Gesetzgebung

---

<sup>24</sup> N. N., SZ v. 28.4.2021.

<sup>25</sup> Siehe etwa ebd.

<sup>26</sup> [https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Hinweisgeberschutz.pdf;jsessionid=D7198FDABC1A25E99266743D267E64E7.2\\_cid324?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Hinweisgeberschutz.pdf;jsessionid=D7198FDABC1A25E99266743D267E64E7.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>27</sup> Diese Erweiterungen sind verfassungsrechtlich geboten. Eine ursprünglich angedachte „1:1-Umsetzung“ der Richtlinie wäre mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar gewesen. Denn das Gesetz hätte allein Meldungen von Verstößen gegen Unionsrecht und unionsrechtlich bedingtes nationales Recht geschützt, nicht aber Meldungen von Verletzungen rein nationalen Rechts aus denselben Regelungsbereichen, im Einzelnen: *Brockhaus/Gerdemann/Thönes*, Verfassungsblog v. 29.10.2020 sowie *dies.*, NVwZ 2021, 204 ff.

<sup>28</sup> Krit. *Brockhaus/Gerdemann/Thönes*, Verfassungsblog v. 8.8.2022; s. zudem bereits *Brockhaus/Kafteranis*, Verfassungsblog v. 10.7.2022

<sup>29</sup> Krit. bzgl. des bislang fragmentarischen gesetzlichen Schutzes z. B. für das Arbeitsrecht *Abraham*, ZRP 2012, 11 ff.; *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248 (249); *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4 (5) und 48 (56); *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (18); *Schmidt*, RdA 2017, 365; für das Beamtenrecht u. a. *Bäcker*, Die Verwaltung 2015, 499 (521); *Gerdemann*, ZBR 2020, 12 (13 ff.); *Günther*, NVwZ 2018, 1109 (1112 a. E.); aus strafrechtlicher Perspektive etwa *Herold*, Whistleblower, S. 53.

versäumt eine Chance, das Verhältnis staatlicher Geheimhaltung und Transparenz legislativ genauer auszutarieren.

Während die Europäische Union im rechtspolitischen Diskurs taktgebend voranschreitet, agiert die deutsche Gesetzgebung bislang ausgesprochen phlegmatisch. Sie setzt die unionsrechtlichen Vorgaben zwar um, eigene Ansätze sind jedoch kaum erkennbar oder finden mit Hinblick auf oppositionelle Entwürfe jedenfalls keine Mehrheit.<sup>30</sup> Das gilt insbesondere für das Strafrecht, für das aus Gründen der Kompetenz grundsätzlich keine Vorgaben aus Brüssel erfolgen, was die deutsche Gesetzgebung anscheinend zu legislativer Untätigkeit einlädt. Die Strafrechtswissenschaft hat sich des Sujets zwar durchaus angenommen,<sup>31</sup> träumt aber gerade hinsichtlich Grundfragen des strafrechtlichen Schutzes der staatlichen Geheimnissphäre einen Dornröschenschlaf,<sup>32</sup> der angesichts der Enthüllungen Snowdens und Mannings und auch vor dem Hintergrund früherer, höchst lebhafter Diskussionen in der Weimarer Republik und der Bundesrepublik der 1960er Jahre verwundert.<sup>33</sup> Nach den letzten über 50 Jahre zurückliegenden Reformen ist ein Diskurs über Grund und Grenzen des strafrechtlichen Geheimnis- und Hinweisgeberschutzes längst überfällig, gerade weil das demokratische System politisch und rechtlich heute viel stärker auf Transparenz ausgerichtet ist als im 20. Jh.

### III. Kritische Perspektiven

Die zögerliche deutsche Haltung lässt sich dadurch erklären, dass Whistleblowing hierzulande lange Zeit skeptisch beäugt wurde, wohl auch, weil der Begriff ein englischer und die Idee des spezifischen rechtlichen Schutzes eine transatlantische ist.<sup>34</sup> Im 19. Jh. bezeichnete der Begriff die Praxis britischer Bobbys, mittels einer Trillerpfeife Verstärkung an den Tatort zu rufen, wenn

---

<sup>30</sup> Siehe etwa die Entwürfe der Bundestagsfraktionen der SPD (BT-Drs. 17/8567) und von Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 18/3039; 19/4558). Dem SPD-Entwurf war im Jahr 2009 ein „Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch“ vorausgegangen, Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, As-Drs. 16(10)849.

<sup>31</sup> Siehe allein die einschlägigen strafrechtlichen Monographien: *Herold*, Whistleblower; *Lutterbach*, Whistleblowing; *Reuling*, Whistleblowing im Krankenhaus; *Schenkel*, Whistleblowing; *Soppa*, Die Strafbarkeit des Whistleblowers.

<sup>32</sup> Von wenigen Ausnahmen abgesehen: *Dietrich*, RW 2016, 566 ff.; *Engelhart/Arslan*, Schutz von Staatsgeheimnissen im Strafverfahren; *Herold*, KJ 2019, 336 ff.; *Joerden*, JRE 19 (2011), 227 ff.; *Köbel/Herold*, GA 2022, 377 ff.

<sup>33</sup> Siehe auch für den anglophonen Diskurs *Spencer/Spencer*, in: *International Handbook on Whistleblowing Research*, S. 405 (428): „The question of criminal sanctions in whistleblower legislation is underresearched and under-theorized; there are therefore many fertile areas for empirical, theoretical and interdisciplinary research.“

<sup>34</sup> *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing.

ein Delinquent auf frischer Tat ertappt wurde.<sup>35</sup> Andere meinen hingegen, der Begriff sei auf die Verwendung der Trillerpfeife eines Schiedsrichters zurückzuführen, der in die Pfeife pustet, um ein Foul anzuzeigen.<sup>36</sup> Wieder andere verweisen auf die Redewendung „to blow the whistle (on someone/something)“.<sup>37</sup> Im späten 19. Jh. stand dies dafür, eine Tätigkeit (wie die Fabrikarbeit) mit dem Erklingen einer Sirene zu beenden.<sup>38</sup> Schon in den 1930er Jahren soll das Idiom verwendet worden sein, um allgemein das Aufdecken von Korruption oder Fehlverhalten zu beschreiben.<sup>39</sup> In der heutigen Bedeutung (s. die o. g. Definition) wird der Begriff Whistleblower seit den 1960er Jahren in den USA verwendet und etwa 30 Jahre später ins Deutsche entlehnt.<sup>40</sup> Das Phänomen tritt aber, wie etwa die bereits erwähnte Strafverfolgung wegen „publizistischen Landesverrats“ in der Weimarer Republik zeigt, auch hierzulande schon deutlich früher in Erscheinung. So werden auch beamtenrechtliche Fälle spätestens seit den 1960er Jahren unter der Bezeichnung „Flucht in die Öffentlichkeit“ diskutiert.<sup>41</sup> Gleich wie man es nennt, handelt es sich beim Whistleblowing um ein allgemeines Phänomen, das sich nicht auf den anglophonen Raum beschränkt. Dafür sprechen die bereits erwähnten Fälle aus verschiedenen Ländern sowie die allgemeinen Überlegungen zum Auftreten des Phänomens.

Die Skepsis gegenüber dem Whistleblowing speist sich hierzulande weiterhin aus einem allgemeinen Ressentiment, das sich darin äußert, Whistleblower als Denunzianten, Verräter, Spitzel oder Nestbeschmutzer zu verunglimpfen.<sup>42</sup>

---

<sup>35</sup> *Peters/Branch*, *Blowing the Whistle*, S. 17 f.; *Winters v. Houston Chronicle Pub. Co.*, 795 S.W.2d 723 (Tex. 1990). Etymologisch ist der Begriff des Whistleblowing allerdings nicht eindeutig geklärt, *Düsel*, *gespaltene Loyalität*, S. 26; *Gerdemann*, *Transatlantic Whistleblowing*, S. 4 ff.

<sup>36</sup> *Ayto*, *Oxford Dictionary of English Idioms*, S. 380.

<sup>37</sup> Siehe z. B. *Stefanowitsch*, *Sprachlog* v. 15.1.2011.

<sup>38</sup> *Ammer*, *The American Heritage Dictionary of Idioms*, S. 68: „The term originally alluded to ending an activity (such as factory work) with the blast of a whistle [late 1800s]“.

<sup>39</sup> Ebd.: „to expose corruption or other wrongdoing, as in the president’s speech blew the whistle on the opposition’s leaking information. [Colloquial; 1930s]“.

<sup>40</sup> Nachgewiesen seit dem Jahr 1997, *Stefanowitsch*, a. a. O.

<sup>41</sup> Siehe etwa BDHE 1, 32 (33); BVerfGE 28, 191 (194) (*Pätsch*); BGH, DVBl. 1977, 183 (185); *Dammann/Kutscha*, *PersV* 1977, 47 (52); *Weiß*, *ZBR* 1984, 129 (130); *Beer*, *DDB* 1985, 99 ff.; *Thiele*, *DÖD* 1985, 145 ff.; *Günther*, *NVwZ* 2018, 1109 (1109); *Lemhöfer*, in: *Plog/Wiedow*, *BBG I*, *BBG* 2009 § 125 Rn. 4.

<sup>42</sup> Was, zumindest wenn es um staatliche Geheimnisse geht, auch in den USA zu beobachten ist. Die Anklage bezeichnete Bradley Manning etwa als böswilligen Verräter, *Pilkington*, *The Guardian* v. 25.7.2013. Was von solchen zu halten ist, besagt ein wohl aus dem 19. Jh. stammender Aphorismus, der Hoffmann von Fallersleben zugeschrieben wird: „Der größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant.“ Siehe etwa *M. Müller*, *NZA* 2002, 424 (425).

Anschaulich zeichnet Ibsen in seinem letzten Drama „Ein Volksfeind“<sup>43</sup> den hier ansetzenden Reflex der Mächtigen nach, Parrhesiasten,<sup>44</sup> die unbequeme Wahrheiten aussprechen, öffentlichkeitswirksam zu ächten: Badearzt Dr. Stockmann will offenlegen, dass das Wasser eines norwegischen Kurorts verseucht ist, um die Gesundheit der Kurgäste zu schützen. Demgegenüber forcieren einflussreiche Persönlichkeiten des Ortes wegen zu erwartender Kosten des Umbaus einer Wasserleitung die Geheimhaltung der Missstände und initiieren eine Abstimmung, in der Dr. Stockmann zum „Volksfeind“ erklärt wird.

Einhergehend mit dem Vorwurf der Denunziation wird außerdem „eine sich ausprägende Kontrollgesellschaft befürchtet, in der jedermann Kontrolleur und Kontrollierter ist.“<sup>45</sup> Vorbehalte dieser Art seien vor dem Hintergrund der „schmerzlichen Erfahrungen mit dem Denunziantentum der Nazizeit und dem Stasisystem der DDR“ berechtigt.<sup>46</sup> Whistleblowing bedeutet aber nicht, rassistisch, politisch und anders verfolgte Menschen in einer Diktatur auszuliefern bzw. individuelle Verstöße gegen Gesetze eines totalitären Staates anzuzeigen. Vielmehr decken Whistleblower regelmäßig strukturelle Missstände in Unternehmen und staatlichen Stellen auf und wenden sich damit gegen Machtmissbrauch der Organisation, zu der sie sich in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis befinden. Sie riskieren bestraft zu werden, den Arbeitsplatz zu verlieren und weitere negative persönliche Konsequenzen zu erleiden. Dementsprechend bezeichnen einige Autorinnen und Autoren Whistleblowing nicht

---

<sup>43</sup> Uraufgeführt in Oslo, im Jahr 1883. Auf das Drama weisen im Kontext des Whistleblowings bereits *Bjørkelo/Madsen* hin, in: *Psychology & Society* 5 (2013), S. 28 (29).

<sup>44</sup> Siehe zum Begriff bereits Fn. 15.

<sup>45</sup> *Ahrendt*, *Recht und Politik* 2/2012, 79. Dieser Befürchtung wird auch noch im Kontext des Publizitätsprinzips nachgegangen, 2. Teil § 1 II. 3.

<sup>46</sup> *Berthold*, Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, S. 3 m. w. N.; *Mahnhold*, *NZA* 2008, 737; *Reufels/Deviard*, *CCZ* 2009, 201 (204 m. w. N.), bzgl. anonymen Whistleblowings über unternehmensinterne Hotlines; vgl. auch *Hefendehl*, *FS Amelung*, 617 (631 f.). CSU-Landesgruppenchef Hans-Peter Friedrich meinte zu Veröffentlichungen auf WikiLeaks: „das ist sozusagen eine Art Stasi, die ich ablehne“ (kgp/dpa/dapd, *Spiegel Online* v. 30.11.2010). Dabei gehen auf WikiLeaks enthüllte staatliche Überwachungsmaßnahmen weit über die technischen Möglichkeiten der Staatssicherheit hinaus. So ist es der CIA, wie im März 2017 auf der Plattform enthüllt wurde, mittels der Spähsoftware „Weeping Angel“ möglich, Nutzer audiovisuell über Smart-TVs aufzuzeichnen und ihnen gleichzeitig zu suggerieren, dass das Gerät ausgeschaltet sei, *Sontheimer*, *Spiegel-Online* v. 8.3.2017, um nur ein Beispiel zu nennen. – Wer Whistleblowing mit der NS-Zeit in Verbindung bringt, wird einräumen, um ein dem Phänomen angemessenes Beispiel zu wählen, dass es wünschenswert gewesen wäre, wenn eingeweihte Personen geplante oder gerade ausgeführte NS-Verbrechen frühzeitig aufgedeckt hätten.

als Denunziation, sondern treffender, als subversiven oder transgressiven Dissens<sup>47</sup> oder als ethische Dissidenz.<sup>48</sup> Whistleblower als Denunzianten zu desavouieren und rhetorisch mit der Staatssicherheit in Verbindung zu bringen, erscheint insbesondere im Hinblick auf die von Snowden und Drake aufgedeckten exzessiven nachrichtendienstlichen Überwachungspraktiken eigentümlich verdreht. Nicht dem Whistleblowing, sondern dem obsessiven staatlichen Überwachungseifer und der Datensammelwut privater Player und auch der unternehmerischen Bespitzelung von Beschäftigten<sup>49</sup> ist vorzuhalten, die Einzelnen in totalitärer Manier durchleuchten zu wollen.<sup>50</sup>

Inzwischen hat sich der Trend aber gewandelt. Whistleblowing wird zunehmend positiv bewertet, was sich auch in den abgesenkten Voraussetzungen widerspiegelt, unter denen meldende Personen rechtlich geschützt werden sollen. Nach hier geteilter Ansicht wird etwa nicht weniger rechtlich geschützt, wer anonym meldet.<sup>51</sup> Entgegen einer noch verbreiteten Auffassung spielt auch die Motivation der Whistleblower für die rechtliche Bewertung prinzipiell keine Rolle.<sup>52</sup> Weiterhin plädiert die Untersuchung zu einer dritten klassischen Frage des Whistleblowings im Einklang mit den jüngeren rechtspolitischen Entwicklungen<sup>53</sup> dafür, dass Missstände nicht zunächst intern, sondern unmittelbar extern an zuständige Stellen gemeldet werden dürfen und unter bestimmten Voraussetzungen auch unmittelbar an die Öffentlichkeit gegangen werden darf.<sup>54</sup>

Der affirmative Trend zeigt sich auch darin, dass heute mehr Unternehmen Hinweise auf Rechtsverstöße aus der Belegschaft langfristig als wirtschaftlich

---

<sup>47</sup> Delmas, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (83); s. zudem bereits, Bok, Secrets, S. 214.

<sup>48</sup> Deiseroth, Zivilcourage am Arbeitsplatz, S. 125.

<sup>49</sup> Bspw. wurde im Jahr 2008 bekannt, dass der Lebensmittelkonzern Lidl Privatdetektive in zahlreichen Fällen damit beauftragt hatte, Arbeitnehmer zu bespitzeln. Im selben Jahr kam die sog. Überwachungsaffäre der Deutschen Telekom ins Rollen. Das Unternehmen hatte Telefonverbindungen von Aufsichtsräten und Journalisten systematisch aufzeichnen lassen, Neuhaus, in: Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, S. 350.

<sup>50</sup> Der NSA-Whistleblower Thomas Drake äußerte etwa in einem Interview: „Meine Vorgesetzte Maureen Baginski hat damals gesagt: ‚9/11 war ein Geschenk für die NSA.‘ Die Überwachung begann mit Telefondaten, dann E-Mails, dann das Internet, dann Kreditkarteninformationen. Das ist eine Obsession der NSA. Es ist ihre Art, zu kompensieren, dass sie die Informationen zu 9/11 verpasst hat. Die NSA war besessen davon, alles wissen zu wollen. Wie die Stasi in Ostdeutschland.“ Hahn, taz v. 18.7.2013.

<sup>51</sup> Das ergibt sich etwa aus den jüngeren gesetzlichen Regelungen: § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG, § 53 Abs. 5 GwG und ist auch der in der WBRL verfolgte Ansatz. Zu Anonymität und Meinungsfreiheit s. noch 3. Teil § 1 I. 3.

<sup>52</sup> Vgl. die eben genannten Vorschriften, genauer dazu 3. Teil § 2 VI.

<sup>53</sup> Vgl. § 5 Nr. 2 GeschGehG und Art. 15 WBRL.

<sup>54</sup> Das gilt insbesondere für die Informationen, die rechtlich nicht als Geheimnisse geschützt werden bzw. nicht geschützt werden sollten, s. die Zusammenfassung der rechtspolitischen Vorschläge am Ende der Arbeit, 3. Teil § 5.

vorteilhaft betrachten. Whistleblowing wird sogar selbst zu einem Wirtschaftszweig. Durch eine neue Dienstleistungssparte im Compliance-Bereich, die wegen der in der Whistleblowing-Richtlinie vorgesehenen Pflicht zur Einrichtung interner Meldekanäle mit Wachstum rechnen kann, wird das ursprünglich als Gewissenskonflikt konzipierte Phänomen kommerzialisiert.<sup>55</sup> Die Prognose, dass „die Compliance-Industrie auf ein internes Whistleblowing drängen [wird], um das Heft des Handelns in ihren Händen zu behalten“, hat sich insoweit bestätigt.<sup>56</sup>

Im Kontext dieser Kommerzialisierung des Phänomens ist die Kritik im Blick zu behalten, nach der Whistleblowing „lediglich die neoliberale Wirtschaftsordnung und das politische System als solches“ stabilisiere.<sup>57</sup> Es besteht jedenfalls die Gefahr, dass das Phänomen von der neoliberalen Ideologie assimiliert wird, indem strukturelle Veränderungen und Transformierungen maskiert und fälschlich als individuelle Probleme von Arbeitnehmern ausgegeben werden.<sup>58</sup> Diese Gefahr zeichnet sich etwa in der Rechtspraxis ab, wenn Gerichte Whistleblowing als rein oder primär subjektiv-rechtliches Problem konzipieren.<sup>59</sup> Andererseits erscheint Whistleblowing, wenn es darauf ausgerichtet ist, dem Allgemeinwohl zu dienen, gerade als eine der Gewinnmaximierung und dem Neoliberalismus entgegengesetzte und politisch-widerständische Praxis.<sup>60</sup>

Anknüpfend an die skizzierte Ambivalenz, passt es, zwischen *systemstabilisierendem* und *systemdestabilisierendem* Whistleblowing zu differenzieren.<sup>61</sup> Für Letzteres sind Veröffentlichungshandlungen charakteristisch, denn sie stellen – wie in den Fällen von Pätsch, Ellsberg, Snowden oder Manning – regelmäßig Fragen zur Diskussion, die die Gesellschaft grundlegend betreffen.<sup>62</sup> Folgt man dieser Einteilung, untersucht die vorliegende Arbeit maßgeblich das *systemdestabilisierende* Whistleblowing, denn Fälle wie die eben genannten und damit das öffentliche Whistleblowing bilden ihren zentralen Untersuchungsgegenstand.

---

<sup>55</sup> Gem. Art. 8 WBRL müssen juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors Kanäle und Verfahren für interne Meldungen und Folgemaßnahmen einrichten; Erstere grds. ab einer Beschäftigtenzahl von 50.

<sup>56</sup> *Hefendehl*, Neue Kriminalpolitik 2015, 359 (362).

<sup>57</sup> Ebd. S. 359; sowie bereits *ders.*, FS Amelung, 617 ff. und *Allen*, *Psychology & Society* 5 (2013), 41 (42 f.).

<sup>58</sup> *Björkelo/Madsen*, *Psychology & Society* 5 (2013), S. 28 (36).

<sup>59</sup> Siehe dazu 3. Teil § 1 V.

<sup>60</sup> Ebd. S. 28; vgl. auch *Allen*, a. a. O.: „neoliberalism is not necessarily a determining force in the act of whistleblowing but more likely it is a determining force in how whistleblowing is both portrayed, understood and institutionalised.“

<sup>61</sup> *Hefendehl*, Neue Kriminalpolitik 2015, 359 (362 ff.).

<sup>62</sup> Ebd.

## IV. Ausgeklammerte Aspekte

Das Thema der internen Meldesysteme untersucht die Arbeit nicht näher,<sup>63</sup> denn Missstände organisationsintern anzuzeigen, ist in aller Regel nicht strafbar. Wer etwa ein in der Behörde oder dem Unternehmen eingerichtetes internes Hinweisgebersystem nutzt,<sup>64</sup> eine für Beschwerden zuständige Ombudsperson kontaktiert oder den Missstand unmittelbar gegenüber Vorgesetzten rügt, verletzt keine arbeitsrechtliche oder beamtenrechtliche und deshalb erst recht keine strafrechtliche Verschwiegenheitspflicht.<sup>65</sup> Die Geheimniseigenschaft, das tatsächliche Geheim-Sein, hebt nicht auf, wer die jeweiligen Informationen auf institutionell vorgesehenen Wegen bzw. gegenüber bestimmten zuständigen Personen offenbart.<sup>66</sup> Die Weitergabe der Informationen erfolgt auf diese Art jedenfalls nicht „unbefugt“ bzw. nicht an eine unbefugte Person, was die geheimnisschützenden Straftatbestände voraussetzen.<sup>67</sup> Dogmatisch

---

<sup>63</sup> Siehe hierzu *Ruhmannseder/Behr/Krakow*, Hinweisgebersysteme; *Schloussen*, Interne und externe Verstoßmeldeverfahren.

<sup>64</sup> Solche sind in Deutschland bislang insb. im Bereich der Finanzdienstleistungen gesetzlich vorgeschrieben, s. etwa § 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG, § 23 Abs. 6 VAG, § 5 Abs. 8 BörsG, § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KAGB, § 55b Abs. 2 Nr. 7 WPO, § 6 Abs. 5 GwG, §§ 58 Abs. 6, 59 Abs. 5, 60 Abs. 5 WpHG.

<sup>65</sup> Zu diesem Zusammenhang s. noch 1. Teil § 10. Entsprechend wird im Arbeitsrecht als selbstverständlich vorausgesetzt, dass internes Whistleblowing die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht nicht verletzt, vgl. etwa *Kreis*, Whistleblowing, S. 124. Und so ging es etwa in BAG, Urt. v. 27.9.2012 – 2 AZR 646/11, bzgl. einer Kündigung wegen einer internen Mitteilung vermeintlicher Missstände nicht um die Verletzung der arbeitsrechtlichen Schweigepflicht, sondern um das „berechtigte[ ] Interesse des Arbeitgebers an der Wahrung des Betriebsfriedens.“ Ebd. juris Rn. 38.

<sup>66</sup> Hiervon sind Fälle zu unterscheiden, in denen ein Geheimnis, von dem nur wenige Betriebsangehörige Kenntnis besitzen, zwar „intern“, aber etwa gegenüber der gesamten Belegschaft offenbart wird. In solchen und vergleichbaren Konstellationen ist eine Strafbarkeit jedenfalls nicht mangels einer Schweigepflicht oder wegen eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses ausgeschlossen.

<sup>67</sup> §§ 203, 353b, 355 StGB sowie §§ 94 Abs. 1 Nr. 2, 95 Abs. 1, 97 Abs. 1 StGB: an einen Unbefugten gelangen lassen. Strit. ist, ob mit dem Merkmal „unbefugt“ lediglich auf Rechtfertigungsgründe verwiesen wird (s. etwa *Kargl*, in: NK § 203 Rn. 50; *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 353b Rn. 21a) oder ihm auch eine tatbestandsausschließende Wirkung und damit eine Doppelfunktion zukommt (s. etwa *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 29; *Kuhlen*, in: NK § 353b Rn. 20 f.; *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 39). Für die zweite Ansicht spricht einerseits, dass das Merkmal nur in bestimmten, etwa den geheimnisschützenden Straftatbeständen verwendet wird, weshalb es sich wohl nicht in einem Verweis auf Rechtfertigungsgründe erschöpft; und andererseits der ausdrückliche gesetzgeberische Wille, BT-Drs. 7/550, S. 286, bezüglich § 353b StGB (aber offenlassend bzgl. § 203 StGB, ebd., S. 236). Des Weiteren kommt dem Merkmal „unbefugt“ auch bei anderen Straftatbeständen, etwa den §§ 132, 132a, 263a StGB, eine tatbestandliche Funktion zu.



lässt sich dies auch über ein tatbestandsausschließendes Einverständnis erklären.<sup>68</sup> Teilweise wird dafür plädiert, erst die Rechtswidrigkeit durch eine Einwilligung entfallen zu lassen.<sup>69</sup> Weshalb die Apell- und Warnfunktion des Strafrechts zur Abschreckung von Beschäftigten auch für Weitergaben im Rahmen eines betrieblichen Hinweisgebersystems aufrechterhalten werden müsse,<sup>70</sup> leuchtet allerdings nicht ein. Im Ergebnis ist unstreitig, diese Feststellung soll hier ausreichen, dass eine Strafbarkeit bei internem Whistleblowing in aller Regel ausgeschlossen ist.

Nicht vertieft wird auch das Thema der Förderung des Whistleblowings durch finanzielle Anreize, denn in dieser Arbeit stehen die gegenwärtigen Strafbarkeitsrisiken für Hinweisgeber im Fokus.<sup>71</sup> Zur allgemeinen Einordnung: Bereits das römische Recht kannte mit den *delatores* ein solches Anreizsystem.<sup>72</sup> Sie zeigten Steuerdelikte gegenüber der Obrigkeit an und erhielten dafür einen Anteil des den Delinquenten auferlegten Strafgeldes.<sup>73</sup> Eine Rechtsfigur, die sich auch im mittelalterlichen britischen Common Law in Gestalt des *Qui-tam-Klägers* (*writ of qui tam*) findet und das spätere US-amerikanische Whistleblowing-Recht prägen wird.<sup>74</sup>

Als Whistleblower könnten auch Personen verstanden werden, die als „Kronzeugen“ im Sinne des § 46b StGB in einem Strafprozess aussagen, um schwere Straftaten aufzuklären oder zu verhindern.<sup>75</sup> Nach dieser Vorschrift kann das Gericht die Strafe wegen einer Straftat, an der der Kronzeuge beteiligt

---

<sup>68</sup> Siehe etwa *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 30; *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas, UWG § 17 Rn. 25.

<sup>69</sup> Siehe etwa *Brammsen*, in: MK-Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., UWG § 17 Rn. 57 m. w. N.; *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 67, 91 f.; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 127. Das erscheint widersprüchlich, wenn neben der Verschwiegenheitspflicht eine Pflicht angenommen wird, Missstände zunächst intern zu rügen.

<sup>70</sup> So aber *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 78.

<sup>71</sup> Hierzu z. B. *Pfeifle*, Finanzielle Anreize für Whistleblower im Kapitalmarktrecht.

<sup>72</sup> *Herold*, Whistleblower, S. 32; *Koch*, Denunciatio, S. 73 ff.

<sup>73</sup> *Herold*, Whistleblower, S. 32; *Koch*, Denunciatio, S. 73 ff.

<sup>74</sup> *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, S. 28 ff. *Qui tam* steht für den lateinischen Satz, *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*, was sich wie folgt übersetzen lässt: „jener, der sowohl im Namen des Königs wie auch für sich selbst klagt“, ebd. S. 30. Der Grundstein des entsprechenden US-Rechts wurde mitten im Sezessionskrieg mit dem False Claims Act 1863 gelegt, dazu ebd., S. 28 ff. Danach erhält eine *qui tam*-Provision, wer eine Schadensersatzsumme für den Staat von einer natürlichen oder juristischen Person wegen eines Betrugs oder eines anderen Deliktes einklagt, ebd. S. 121 ff.

<sup>75</sup> Siehe bereits *Wessely*, in: Whistleblowing, S. 85 (93). – Siehe auch das „Kronzeugenprogramm“ das seit 19.1.2021 in den §§ 81h ff. GWB gesetzlich geregelt ist (was zuvor in ähnlicher Weise als „Bonusregelung“ durch den Erlass des Bundeskartellamtes vom 7.3.2006 vorgesehen war) und finanzielle Anreize vorsieht, s. etwa § 81h Abs. 1 StGB („Geldbuße erlassen oder reduzieren“). Zum Vorwurf der Denunziation gegenüber Kronzeugen s. *Joerden*, in: Europa-Studien, 329 (338).

war, mildern oder von ihr absehen. Allerdings geht es in der vorliegenden Arbeit nicht um einen Strafbarkeitsausschluss bezüglich von Straftaten, an denen ein Whistleblower vor der Offenbarung beteiligt war, sondern in aller erster Linie um eine eventuelle Strafbarkeit wegen geheimnisschützender Delikte. Nach den hier entwickelten Lösungsansätzen scheidet deren Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit bei legitimem Whistleblowing aus. Danach erscheint die Regelung des § 46b StGB nicht bezüglich einer Geheimnisverletzung, sondern nur bezüglich anderer, vorgelagerter Straftaten relevant. Hinzu kommt, dass Whistleblower Missstände von sich aus und nicht aufgrund einer ihnen drohenden Strafverfolgung aufdecken, weshalb sie sich nur bedingt mit Kronzeugen vergleichen lassen.

Da der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung auf dem strafrechtlichen Geheimnisschutz liegt, wird an dieser Stelle nur darauf hingewiesen, dass Whistleblowern auch wegen datenschutzrechtlicher Vorschriften Strafverfolgung drohen kann. So kommt eine Strafbarkeit wegen Datenhehlerei (§ 202d StGB) in Betracht, wenn ein Whistleblower Daten weitergibt oder verbreitet, die eine andere Person aus einer rechtswidrigen Tat erlangt hat.<sup>76</sup> Regelmäßig wird es aber wohl der Whistleblower selbst sein, der sich die Daten verschafft. Ist sein Verhalten als Straftat zu bewerten, droht insbesondere solchen Personen eine Strafverfolgung wegen Datenhehlerei, die anschließend mit diesen Daten umgehen, sie etwa veröffentlichen.<sup>77</sup> Gerade für sie ist bedeutsam, ob sich der Whistleblower durch das Verschaffen der Daten (s. dazu 1. Teil § 9) oder durch die Weitergabe wegen einer Geheimnisverletzung strafbar gemacht hat (s. dazu 1. Teil §§ 4–8).

Da sich die Arbeit auf die materiell-rechtliche Bewertung des Whistleblowings konzentriert, geht sie nur am Rande auf prozessrechtliche Fragen ein, die sich im Zusammenhang mit dem Geheimnisschutz stellen können, etwa in welchen Fällen die Öffentlichkeit im Strafprozess aus Geheimnisschutzgründen ausgeschlossen werden kann, welche geheimhaltungspflichtigen Personen strafprozessual zur Aussage verpflichtet sind usw.

---

<sup>76</sup> Fischer, StGB § 202d Rn. 7. Dem Wortlaut nach erfassen die Tatbestandsausschlussgründe des § 202d Abs. 3 StGB das Phänomen des Whistleblowing nicht. Dies ergibt sich auch nicht aus den Gesetzgebungsmaterialien. Des Problems war man sich anscheinend nicht bewusst, was sich damit erklären lässt, dass dem Thema in den Jahren des Gesetzgebungsprozesses, bis zum Inkrafttreten der Strafvorschrift im Jahr 2015, noch nicht die rechtspolitische Bedeutung beigemessen wurde, die es verdient.

<sup>77</sup> Der allgemeine Tatbestandsausschluss des § 202d Abs. 3 S. 1 StGB nimmt nur „Handlungen, die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen“ von einer Strafbarkeit aus. Auch wenn sich der Ausnahmetatbestand gem. § 202d Abs. 3 S. 1 StGB i. V. m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO ausdrücklich auf berufsmäßige journalistische Handlungen erstreckt, wird die Vorschrift zu Recht als zu eng kritisiert, weil andere durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Handlungen, etwa im Bereich des „Bürgerjournalismus“ (d. h. gelegentlich reportierende Personen) nicht von einer Strafbarkeit ausgenommen sind, s. im Einzelnen Burghardt, NK-MedienstrafR, § 202d Rn. 31.

Einige Überschneidungen weist das Thema Whistleblowing mit den verwandten Praktiken des „Durchstechens“ oder des „leaking“<sup>78</sup> sowie dem Verhalten des „Informanten“ auf, wobei es bei diesen nicht zwingend um das Aufdecken von Missständen geht. Eine besondere Nähe besteht außerdem zu investigativen journalistischen Praktiken, wenn bezweckt wird, Skandale an das Licht der Öffentlichkeit zu bringen<sup>79</sup> – wie etwa Günter Wallraffs Recherchen in der Redaktion der Tageszeitung „Bild“ zeigen.

In den USA rechnen manche Whistleblowing der Tradition des Investigativjournalismus zu und bezeichnen es als „subtradition within muckraking“<sup>80</sup> und als „second period of major muckraking“.<sup>81</sup> Der Begriff *muckrake*, setzt sich aus den englischen Worten *muck* (Dreck) und *rake* (Harke, Rechen) zusammen. Er bezeichnet damit buchstäblich ein Werkzeug, um auszumisten (Mistgabel).<sup>82</sup> *Muckraker* sind also Personen, die Dreck rechen oder ausmisten.<sup>83</sup> Seit der Zeit der entstehenden Massenmedien, der sogenannten Progressive Era (ca. 1890er bis 1920er Jahre), wird der Begriff in den USA verwendet, um reformorientierte Journalisten zu bezeichnen, die Missstände in der Politik, insbesondere Korruption, in Institutionen oder anderen gesellschaftlichen Bereichen recherchierten und veröffentlichten.<sup>84</sup> Die metaphorische Bedeutung begründete der US-amerikanische Präsident Theodore Roosevelt, indem er sich 1906 in einer Rede auf die Figur des „Man with the muckrake“ in John Bunyans Klassiker „Pilgrim’s Progress“ bezog:

„There is filth on the floor, and it must be scraped up with the muck rake; and there are times and places where this service is the most needed of all the services that can be performed [...] The men with the muck rakes are often indispensable to the well-being of society“.<sup>85</sup>

---

<sup>78</sup> *Pozen*, Harv. L. Rev. 127 (2013), 512 (514 f., 527).

<sup>79</sup> Der Unterschied besteht darin, dass es die Profession des Investigativjournalismus ist, Skandale aufzuspüren, zu ermitteln und schließlich aufzudecken, während Whistleblower in der Regel zufällig im Rahmen ihrer jeweiligen Beschäftigung von Missständen erfahren und sich nur dann zu einer Weitergabe von Informationen entschließen.

<sup>80</sup> *Peters/Branch*, *Blowing the Whistle*, S. 16.

<sup>81</sup> Ebd. S. 4.

<sup>82</sup> „muckrake“, in: *The American Heritage Dictionary of the English Language*.

<sup>83</sup> „muck-raker“, in: *The Oxford English Dictionary*: „A Person who uses a muck-rake.“

<sup>84</sup> Etwa in populären Magazinen wie dem *McClures’s* (1893–1923), mit dem die Tradition des *muckraking journalism* oder *investigative, watchdog* oder *reform journalism* eingeleitet wurde.

<sup>85</sup> *Theodore Roosevelt*, *The Man with the Muck-rake*, Rede v. 14.4.1906. Vom *muckraker* unterscheidet sich der *whistleblower* wesentlich darin, dass die Missstände nicht von einer externen Person recherchiert, sondern die jeweiligen Informationen von einer innerhalb der privaten oder staatlichen Organisation tätigen Person gesammelt und weitergeben werden: „This is the whistle-blower, the muckraker from within, who exposes what he considers the unconscionable practices of his own organization.“ *Peters/Branch*, *Blowing the Whistle*, S. 4. Auf dieser Seite auch als „internal muckrakers“ bezeichnet.

## V. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit besteht aus drei Teilen: Geheimnisschutz, Transparenz und Strafbarkeitsausschlussgründe. Im *ersten Teil* werden zunächst die allgemeinen Merkmale eines rechtlichen Geheimnisbegriffs skizziert. Anschließend wird der Begriff der Loyalität untersucht und vertreten, dass er sich kaum eignet, rechtliche Verschwiegenheitspflichten zu begründen, insbesondere keine Pflicht zur Loyalität im Unrecht. Den Kern des ersten Teils bilden alsdann die geheimnisschützenden Straftatbestände. Ihre Rechtsgeschichte wird von vor-modernen Ansätzen ausgehend, über Kodifikationen des 18. und 19. Jh., Reformentwürfen aus der Weimarer Republik, Verschärfungen im Nationalsozialismus bis hin zu den letzten bundesrepublikanischen Gesetzesänderungen nachgezeichnet. Dieser Abschnitt vertieft auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum sogenannten „publizistischen Landesverrat“. Hier zeigt sich, dass Whistleblowing von Staatsgeheimnissen bereits vor hundert Jahren ein intensiv diskutiertes strafrechtliches Problem in Deutschland war, das damals vor ähnlichen Fragen stand. Insbesondere die Frage nach dem Schutz sogenannter „illegaler“ Geheimnisse bildet noch heute eines der zentral diskutierten Probleme im Strafrecht und in anderen Rechtsgebieten. Die folgende Untersuchung beantwortet sie differenzierend, jeweils für die Straftatbestände zum Schutz von Staatsgeheimnissen, Amtsgeheimnissen, Geschäftsgeheimnissen, Steuergeheimnissen und Privatgeheimnissen.

Nicht selten kommt beim Whistleblowing auch eine Strafbarkeit wegen vorbereitender Delikte in Betracht, wie ein Hausfriedensbruch oder ein Eindringen in rechtlich geschützte Informationssphären. Auch für solche Straftaten wird ein Lösungsansatz entwickelt. Den Abschluss des ersten Teils und die Überleitung zum zweiten Teil bilden die Vorrangrelationen bei Normenkollisionen. Wesentlich geht es hierbei um die Frage, wie Kollisionen von Schweigepflichten mit widerstreitenden Offenbarungsbefugnissen und -pflichten unterschiedlicher Rechtsgebiete aufzulösen sind.

Transparenz ist das Thema des *zweiten Teils*. Dort wird zunächst das Publizitätsprinzip eingeführt, das ideengeschichtlich aus der Philosophie der Aufklärung hervorgegangen ist, heute verfassungsrechtlich aus dem Demokratieprinzip hergeleitet wird und im Primärrecht der Europäischen Union ausdrücklich verankert ist.

Im zweiten Abschnitt werden mit *Jeremy Bentham* und *Immanuel Kant* zwei Autoren einbezogen, die entgegen den ausgeferten absolutistischen Geheimhaltungspraktiken umfassende Publizität staatlichen Handelns forderten. Dabei wird zuerst *Benthams* Idee der *publicity* beleuchtet und mit seinem Konzept des Panopticons in Zusammenhang gesetzt, das sich auch invers denken lässt, und zwar als Technik zur Beobachtung von Machtausübenden. Hierbei zeigt sich aber auch *Benthams* Vorstellung einer ubiquitären Publizität, die die Ge-

sellschaft umfassend durchdringt, bis in die persönlichen Sphären. Die Untersuchung kritisiert dieses Transparenzverständnis und distanziert sich von ihm. Anschließend wird Kants „Princip der Publicität“ untersucht und dahingehend gedeutet, dass es eine Forderung nach faktischer, nicht nur vorgestellter Publizität einschließt. Um herauszufinden, ob und, wenn ja, inwieweit staatlich geheimes Handeln und Geheimhaltung Recht sein können, wird sodann versucht, die das Prinzip konstituierenden transzendentalen Formeln des öffentlichen Rechts anzuwenden.

Es folgt eine Typisierung der drei allgemeinen rechtlichen Interessen, die eine Offenbarung eines Geheimnisses im Whistleblowing-Kontext rechtfertigen können: Das Interesse an der Abhilfe von Missständen, das rechtsstaatlich fundierte Interesse an der Wahrung des Rechts sowie das demokratisch begründete Interesse an öffentlichen Diskursen bzw. diskursiver Machtkontrolle. Letzteres tritt zwar in der Rechtspraxis deutlich zutage, wenn Gerichte auf Informationsinteressen der Öffentlichkeit abstellen, insbesondere im Rahmen der Kommunikationsfreiheiten. Bislang ist es jedoch theoretisch unterbelichtet geblieben und wird deshalb, anknüpfend an die Überlegungen zum Publizitätsprinzip, eingehender entwickelt.

Der zweite Teil wird durch eine Übersicht spezifischer, rechtlich anerkannter Offenbarungsinteressen abgeschlossen (etwa Korruptionsprävention, Umweltschutz, etc.), die insbesondere in bereits geregelten Offenbarungspflichten und -rechten, aber auch in Gerichtsentscheidungen zum Ausdruck kommen.

Diese Interessen gilt es bei allgemeinen Vorschriften zu berücksichtigen, die als Ausnahmetatbestände oder Rechtfertigungsgründe eine Strafbarkeit wegen einer Geheimnisverletzung ausschließen können und im *dritten Teil* der Arbeit untersucht werden. Er beginnt mit der Meinungsfreiheit, die von der Whistleblowing-Rechtsprechung des BGH im Fall *Pätsch* und mehreren Entscheidungen des EGMR ausgehend erschlossen und problematisiert wird. Kritisch betrachtet wird hierbei unter anderem die mittels Grundrechten errichtete subjektiv-rechtliche Konstruktion des Whistleblowing-Konfliktes. Es zeigt sich, dass die Gerichte zwar durchaus begrüßenswerte Entscheidungen getroffen haben, inzwischen aber die Gesetzgebung am Zug ist, das grundrechtswesentliche Problem Hinweisgeberschutz umfassend anzugehen und bestehende Rechtsunsicherheiten zu reduzieren.

Im zweiten Abschnitt folgen Überlegungen zum rechtfertigenden Notstand, auf den gerade in der einschlägigen Literatur zum Whistleblowing häufig verwiesen wird. Dieser Rechtfertigungsgrund erweist sich zur Lösung des Problems nur als bedingt geeignet, denn durch die Notstandshandlung muss eine gegenwärtige Gefahr eigentlich unmittelbar abgewendet werden, was in vielen Whistleblowing-Situationen nicht gegeben ist. Dies spiegelt sich nicht nur in der deutschen, sondern etwa auch in der britischen und luxemburgischen Rechtsprechung wider, die in verschiedenen Entscheidungen eine *defence of necessity* bzw. einen *état de nécessité* verneint haben.

Es überrascht deshalb nicht, dass die deutsche Rechtsprechung bei geheimnisschützenden Straftatbeständen auf einen anderen Rechtfertigungsgrund rekurriert, der im dritten Abschnitt untersucht wird: Die Wahrnehmung berechtigter Interessen. Sie zeichnet sich durch ihre Nähe zur Meinungsfreiheit und ihren rechtsevolutiven Charakter aus, denn im Gegensatz zu Notwehr und Notstand ist sie nicht auf die Erhaltung des *status quo* gerichtet. Die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist in Österreich in verschiedenen geheimnisschützenden Straftatbeständen als Strafbarkeitsausschlussgrund geregelt, was auch in mehreren Entwürfen eines StGB, insbesondere in der Weimarer Republik, vorgesehen war. In der Schweiz wird sie als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund auf Geheimschutzdelikte angewendet. Ein ähnlicher Strafbarkeitsausschlussgrund setzt sich im anglophonen Rechtsraum im Bereich des Geheimnisschutzes immer stärker durch: die *public interest defence*.

Zuletzt wird Whistleblowing als ziviler Ungehorsam qualifiziert, der sich wie die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch einen gestalterischen oder evolutiven Wesenszug auszeichnet und sich mit Gewährleistungen der Meinungsfreiheit überschneidet. Der strafrechtliche Diskurs ist sich weitgehend einig, dass auf der Grundlage des im Einzelnen umstrittenen Konzeptes eine Strafbarkeit ausgeschlossen sein kann. Auch wenn dies nur als Notlösung in Betracht kommt, bietet der zivile Ungehorsam jedenfalls normative Orientierung dahingehend, dass an sich geheimnisverletzendes Whistleblowing legitim sein kann und unterstreicht einmal mehr das Bedürfnis, legislativ tätig zu werden. Rechtspolitisch sprechen die im letzten Teil gewonnenen Einsichten für die gesetzlichen Änderungsvorschläge, die im ersten Teil ausgearbeitet wurden und am Ende der Arbeit in einer Synopse zusammengeführt werden.



# 1. Teil: Geheimnisschutz

Rechtliche Geheimnisbegriffe zeichnen sich durch allgemeine Merkmale aus, die für die weitere Untersuchung kurz skizziert werden (§ 1). Die mit ihnen verbundene Pflicht, zu schweigen, wird in unterschiedlichen Rechtsbereichen maßgeblich mit Loyalität oder Treue begründet, einem eingehender untersuchten Konzept (§ 2), das gerade dann problematisch erscheint, wenn Beistand im Unrecht verlangt wird. Der anschließende Abschnitt zeichnet zunächst die Genese der strafrechtlichen Verschwiegenheitspflichten nach (§ 3), auf die in der weiteren Arbeit zurückgegriffen wird, bevor sich die Untersuchung den aktuellen Straftatbeständen zuwendet. Begonnen wird dabei mit den Staatsgeheimnissen (§ 4), es folgen die Amts- bzw. Dienstgeheimnisse (§ 5) sowie Geschäfts- (§ 6), Steuer- (§ 7) und Privatgeheimnisse (§ 8).<sup>1</sup> Hierbei werden Probleme im Zusammenhang mit dem Whistleblowing aufgezeigt, zu relevanten Auslegungsfragen Stellung bezogen und Gesetzesänderungen vorgeschlagen. Anschließend geht die Untersuchung noch auf vorbereitende Delikte ein (§ 9), denn nicht selten werden die später aufgedeckten Informationen bereits in strafrechtlich relevanter Weise beschafft.<sup>2</sup> Abgeschlossen wird der 1. Teil durch die Untersuchung der Vorrangrelationen bei Normenkollisionen zwischen Verschwiegenheitspflichten und sie durchbrechenden Offenbarungsbefugnissen und -pflichten (§ 10).

---

<sup>1</sup> Neben den kernstrafrechtlichen §§ 93 ff., 203, 353b, 355 StGB wird aus dem Nebenstrafrecht § 23 GeschGehG vertieft. Allenfalls am Rande wird auf die § 404 AktG, § 43 BDSG, § 120 BetrVG, § 151 GenG, § 85 GmbHG, § 19 PubliG, § 69 SchwbG, § 315 UmwG, § 138 VAG etc. eingegangen.

<sup>2</sup> Die vorbereitenden Handlungen werden zwar chronologisch früher begangen, die Untersuchung nimmt bei ihrer rechtlichen Bewertung aber Bezug auf die strafrechtliche Einordnung des zeitlich später vorgenommenen Whistleblowings.





## § 1 Allgemeine Geheimnismerkmale

Rechtliche Geheimnisbegriffe setzen voraus, dass ein spezifischer Gegenstand faktisch geheim gehalten wird und ein normativer Grund vorliegt, der den rechtlichen Schutz legitimiert. Darüber hinaus werden teilweise ein tatsächlicher Geheimhaltungswille bzw. entsprechende Geheimhaltungsmaßnahmen verlangt.

### I. Geheimer Gegenstand

Als faktisch geheimer Gegenstand kommen prinzipiell alle Tatsachen und Erkenntnisse in Betracht.<sup>1</sup> Der Geheimnisgegenstand oder das Geheimnisobjekt muss entweder absolut oder zumindest relativ, also zumindest einer Personenmehrheit, unbekannt und damit geheim sein.<sup>2</sup> Ein *absolutes Geheimnis* zeichnet sich demnach durch folgende kognitiv-negative Beziehung aus: Die Unkenntnis aller von dem Geheimnisgegenstand. So gibt es etwa vergrabene Schätze, die allen unbekannt sind. Praktisch bedeutsamer ist das *relative Geheimnis*, das sich durch zwei kognitive Beziehungen auszeichnet. Zum einen die Unkenntnis einer Personenmehrheit von dem Geheimnisgegenstand und zum anderen die Kenntnis desselben durch eine oder mehrere Personen. Diese Personen werden im Folgenden auch mit dem Begriff *Geheimnisträger* bezeichnet. Wird der wissende Personenkreis zu groß, lässt sich der Gegenstand ab einem bestimmten Punkt nicht mehr als geheim bezeichnen. Er gilt dann als allgemein zugänglich oder sogar offenkundig.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Dieses Merkmal wird auch „Geheimhaltungsfähigkeit“ genannt, A. Arndt, Landesverrat, S. 27. Z. T. wird der rechtliche Schutz bereits hier begrenzt. So sollen theologische oder metaphysische Einsichten, sofern man diese für möglich hält, keine tauglichen Objekte eines Staatsgeheimnisses sein, Klug, FS Engisch, 570 (579); allerdings können solche durch § 203 Abs. 1 StGB geschützt sein.

<sup>2</sup> Brockhaus, JRE 26 (2018), 429 (430).

<sup>3</sup> Die Begriffe „allgemein zugänglich“ und „offenkundig“ werden oft synonym verwendet werden, s. etwa BVerfGE 10, 177 (183) zu § 291 ZPO und BGHSt 6, 292 (293) zu § 244 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 StPO, auf diese Definition hat die Gesetzgebung zur Auslegung von § 203 Abs. 2 S. 2 StGB verwiesen, BT-Drs. 7/550, S. 243; auch nach BT-Drs. 14/5793, S. 64 (zum BDSG) bestehen zwischen den Merkmalen „offenkundig“ und „aus allgemein zugänglichen Quellen“ keine „Bewertungsunterschiede“.

## II. Geheimhaltungsinteresse

Menschen haben individuelle Gründe oder Interessen, bestimmte Informationen geheim zu halten. Damit etwas rechtlich als Geheimnis geschützt wird, muss allerdings ein allgemein anerkannter normativer Grund bestehen.<sup>4</sup> Gerade der rechtliche Schutz staatlicher Geheimnisse bedarf wegen des demokratischen Publizitätsprinzips bzw. des Transparenzgrundsatzes einer besonderen Begründung.<sup>5</sup> Demgegenüber ist die Intransparenz der persönlichen Sphäre wegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen geboten, weshalb der Schutz persönlicher Geheimnisse prinzipiell keiner Rechtfertigung bedarf.<sup>6</sup>

Einige Vorschriften spezifizieren Geheimhaltungsinteressen oder Geheimhaltungsbedürfnisse durch ein eigenes Tatbestandsmerkmal, andere nicht. Beispielsweise muss die Geheimhaltung nach § 93 Abs. 1 StGB nötig sein, um die *Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit* der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden. Eine Verletzung von Dienstgeheimnissen setzt nach § 353b Abs. 1 StGB voraus, dass durch die Offenbarung *wichtige öffentliche Interessen* gefährdet werden. Ein Geschäftsgeheimnis wird nach § 2 Nr. 1 lit. c) GeschGehG nur geschützt, wenn ein *berechtigtes Interesse* an der Geheimhaltung besteht.

In anderen Geheimhaltungsvorschriften, die diesbezüglich kein spezifisches Tatbestandsmerkmal vorsehen, wird das Geheimhaltungsinteresse allgemein vermutet. Dazu zählen etwa die Straftatbestände, die Privat- und Steuergeheimnisse schützen, §§ 203, 355 StGB, die beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten aus § 67 BBG bzw. § 37 BeamtStG sowie die aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht. Doch auch dort scheidet ein rechtlicher Geheimnisschutz aus, wenn überhaupt kein „sachlich begründetes Interesse“ an der Geheimhaltung besteht.<sup>7</sup> Beispielsweise unterliegen Tatsachen, die ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen, nicht der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht, § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 2

---

<sup>4</sup> „Geheimhaltungsinteresse“, *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 12; „Geheimhaltungsbedürftigkeit“, *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 7; *Becker*, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 9; *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 vor Rn. 12; *Paeffgen*, in: NK § 93 Rn. 21; „Geheimhaltungs-Erforderlichkeit“, *A. Arndt*, Landesverrat, S. 27, 34 ff.

<sup>5</sup> Siehe etwa *Jestaedt*, AöR 2001, 204 (220); eingehend dazu noch 2. Teil § 1 I. Eine „Typologie staatsrechtlich relevanter Gründe für Nicht-Öffentlichkeit“ entwickelt *Jestaedt*, ebd. S. 221 ff.

<sup>6</sup> Siehe hierzu noch 2. Teil § 1 II. 3. d).

<sup>7</sup> *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 5; *Cierniak/Niehaus*, in: MK § 203 Rn. 22 m. w. N., leiten dies aus dem „Ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts“ ab; *Heger*, in: Lackner/Kühl § 203 Rn. 14, setzt ein verständliches Interesse des Geheimnisträgers voraus, zust. etwa OLG Köln, NJW 2000, 3656.

BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BeamtStG. Die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht erstreckt sich wohl nur auf solche Gegenstände, an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht.<sup>8</sup>

Die Untersuchung der geheimnisschützenden Straftatbestände (§§ 4–9) konzentriert sich auf das Merkmal des Geheimhaltungsinteresses, denn schon dort stellt sich die Frage, ob Informationen bezüglich Rechtsverstößen und anderen Missständen überhaupt durch strafrechtliche, beamtenrechtliche, arbeitsrechtliche und sonstige Verschwiegenheitspflichten als Geheimnisse geschützt werden sollten. Komplementär dazu wird zunächst gezeigt, unter § 3, dass es prinzipiell keine rechtliche Pflicht zur Loyalität im Unrecht geben kann.

### III. Geheimhaltungswille und -maßnahmen

Von einem *formellen Geheimnisbegriff* wird gesprochen, wenn der rechtliche Schutz eines Geheimnisses allein vom Willen des Geheimnisträgers bzw. entsprechenden Geheimhaltungsmaßnahmen abhängt. Ein derartiger Geheimnisbegriff ist der Rechtsordnung prinzipiell fremd, denn – wie gezeigt – werden Geheimnisse nur dann rechtlich geschützt, wenn zumindest ein sachlich begründetes Interesse hieran besteht. Wird zusätzlich ein Geheimhaltungswille oder eine entsprechende Geheimhaltungsmaßnahme (s. § 2 Nr. 1 lit. b) GeschGehG) bzw. eine Einstufung als Verschlussache (s. § 4 Abs. 2 SÜG)<sup>9</sup> vorausgesetzt, handelt es sich um einen *formell-materiellen Geheimnisbegriff*.<sup>10</sup> Wird ein Geheimnis unabhängig davon, also nur deshalb geschützt, weil die jeweiligen Tatsachen aufgrund gesetzlicher Wertung geheimhaltungsbedürftig sind, wie etwa in den §§ 93, 203, 353b, 355 StGB, spricht man von einem *materiellen Geheimnisbegriff*.

---

<sup>8</sup> Kania, in: Küttner Personalbuch, Verschwiegenheitspflicht Rn. 5, denn die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht sei im Lichte des § 2 Nr. 1 lit. c) GeschGehG auszulegen; s. aber § 1 Abs. 3 Nr. 4 GeschGehG.

<sup>9</sup> „Verschlussachen sind im öffentlichen Interesse, insbesondere zum Schutz des Wohles des Bundes oder eines Landes, geheimhaltungsbedürftige Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, unabhängig von ihrer Darstellungsform.“ § 4 Abs. 1 SÜG. Die jeweiligen Informationen müssen also auch materiell geheimhaltungsbedürftig sein. Die Anforderungen hängen von den Geheimhaltungsgraden ab, die in § 4 Abs. 2 SÜG geregelt sind. Die Geheimhaltungsbedürftigkeit ist gerichtlich überprüfbar, s. etwa BVerwG, NVwZ 2010, 326, zu § 3 Nr. 4 IFG.

<sup>10</sup> Einen eher formellen Geheimnisbegriff schlug die Reichsregierung im Jahr 1913 für das Spionagegesetz vor: „Im Sinne der §§ 3 und 5 gilt als militärisches Geheimnis ohne weiteres der Gegenstand oder die Nachricht, deren Geheimhaltung die oberste Militärbehörde im Interesse der Landesverteidigung angeordnet hat.“ Der Entwurf wurde jedoch von „namenhaften Juristen“ aller Parteien abgelehnt, Löwenthal, DJ III (1927/1928), 120 (137).

Ein Vorteil eines Geheimnisbegriffs mit formellem Element kann darin gesehen werden, dass der rechtlich geschützte Geheimnisbereich durch die Sicherungsmaßnahmen deutlicher erkennbar und damit eine mögliche Strafbarkeit besser vorhersehbar ist. Dieser Vorteil kann allerdings auch als Nachteil gewertet werden, denn Geheimnisträger können dazu übergehen alles Mögliche, auch Triviales, zu sekretieren und dadurch den (straf-)rechtlich geschützten Geheimnisbereich zu überdehnen.<sup>11</sup> Zumindest *prima facie* liegt dann ein rechtlich geschütztes Geheimnis vor, auch wenn ein Geheimhaltungsinteresse letztlich verneint wird. Dies zeigt sich etwa in der Praxis, Verwaltungsinformationen großzügig als Verschlussachen einzustufen, um sie auf diese Weise Informationsanfragen nach dem IFG zu entziehen.<sup>12</sup>

Ein weiterer Nachteil besteht darin, dass der rechtliche Schutz stets von einem Geheimhaltungswillen oder entsprechenden Geheimhaltungsmaßnahmen abhängen würde. Dies ist problematisch, wenn es um höchst geheimhaltungsbedürftige Informationen geht, die nachlässig nicht sekretiert werden oder die noch gar nicht Gegenstand von Geheimhaltungsmaßnahmen sein konnten, weil der Geheimnisträger die jeweiligen Tatsachen noch nicht zur Kenntnis genommen hat.<sup>13</sup>

Schließlich kann der rechtliche Schutz bei einem formellen Geheimnisbegriff durch den Geheimnisträger jederzeit aufgehoben werden, was bei Informationen, die zum Schutz öffentlicher Interessen geheim gehalten werden, problematisch sein kann. Insbesondere könnte Staatsgeheimnissen durch eine Entscheidung einer Behörde oder der Regierung der Schutz entzogen werden. Dagegen spricht, dass das geschützte Rechtsgut, die äußere Sicherheit der BRD, auch nicht zur Disposition der Regierung steht.<sup>14</sup> Wenn das Geheimhaltungsbedürfnis nicht durch eine Entscheidung des Geheimnisträgers entsteht, sondern vom geheim gehaltenen Gegenstand abhängt, kann dieses Bedürfnis auch nicht durch eine „Freigabeverfügung“ der Regierung aufgehoben werden.<sup>15</sup> Andernfalls könnte der Geheimnisträger den vorher nicht spezifizierten

---

<sup>11</sup> *Stree*, ZStW 78 (1966), 663 (675 f.).

<sup>12</sup> *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, Verfassungsblog v. 7.1.2021, m. w. N. Die Auskunftsansprüche nach den Informationsfreiheitsgesetzen erstrecken sich prinzipiell nicht auf Verschlussachen, s. etwa § 3 Nr. 4 IFG.

<sup>13</sup> *Stree*, ZStW 78 (1966), 663 (676 f.).

<sup>14</sup> *A. Arndt*, Landesverrat, S. 36, 53; zust. *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 34.

<sup>15</sup> *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 33; a. A. *H. Arndt*, ZStW 66 (1954), 41 (51 f.), das Recht dazu ergebe sich aus der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers bzw. der Ressortkompetenz der Bundesminister gem. Art. 65 GG; s. auch *Jagus*, NJW 1963, 177 (180). Dagegen: *A. Arndt*, NJW 1963, 465 (466), die Richtlinien seien nur innerdienstlich verbindlich, ihre Aufgabe bestehe darin, „die Amtstätigkeit der Bundesminister zu koordinieren und die politische Wirkungseinheit der vollziehenden Gewalt in ihrer Spitze zu sichern.“ Die Kompetenz beinhalte nicht die Befugnis, darüber zu disponieren, welche

Unrechtstatbestand „ad hoc und ex post“ nach seinem Willen setzen.<sup>16</sup> Aus diesen Gründen ist ein formeller Geheimnisbegriff eher abzulehnen, jedenfalls für den Bereich der Staatsgeheimnisse.<sup>17</sup>

---

Tatsachen Staatsgeheimnisse darstellen und welche nicht: „Richtlinienkompetenz und Geheimhaltungserfordernis haben nicht das Mindeste miteinander zu tun.“

<sup>16</sup> *Lenz*, NJW 1963, 1345.

<sup>17</sup> So etwa auch *A. Arndt*, Landesverrat, S. 35.



## § 2 Loyalität oder Treue

Der Begriff der Loyalität oder der Treue dient im Arbeits- und Beamtenverhältnis sowie im Verhältnis von Privatpersonen zu bestimmten Berater- und Heilberufen als Grundlage rechtlicher Schweigepflichten.<sup>1</sup> Im deutschen Arbeitsrecht wird eine einseitig bestehende Loyalitäts- bzw. Treupflicht der Arbeitnehmer gegenüber den Arbeitgebern<sup>2</sup> angenommen, die jene verpflichten soll, Missstände geheim zu halten und grundsätzlich nur intern zu rügen. Das Beamtenverhältnis ist in Art. 33 Abs. 4 GG und § 4 BBG bzw. § 3 Abs. 1 BeamtStG als „Treueverhältnis“ bezeichnet. Im Fall des Whistleblowers Werner Pätch, der verfassungswidrige Überwachungspraktiken des Bundesamtes für Verfassungsschutz aufdeckte,<sup>3</sup> hob das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1970 dessen „Pflicht zur Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn“ hervor. Der EGMR vertritt in seiner ständigen Rechtsprechung zum Whistleblowing, dass Beschäftigte und insbesondere Beamtinnen und Beamte wegen der Eigenart des öffentlichen Dienstes zu Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion verpflichtet seien.<sup>4</sup> Auch das Staatsbürgerverhältnis soll, so wird es im US-amerikanischen Diskurs zum *state secrecy whistleblowing* am Beispiel Edward Snowdens vertreten, zu Loyalität und Verschwiegenheit verpflichten.<sup>5</sup>

Die rechtlichen Loyalitätserwartungen in diesen Verhältnissen sind, wie noch im Einzelnen gezeigt wird, unterschiedlich stark ausgeprägt. Es lassen sich dabei *vier Stufen* unterscheiden. Wird für das *Staatsbürgerverhältnis* eine Loyalitätserwartung angenommen, entfaltet diese nur eine schwache normative

---

<sup>1</sup> Loyalität und Treue als Synonyme ausweisend etwa *Vandekerckhove/Commers*, J. Bus. Ethics 53 (2004), 225 (227 f.); differenzierend: *Ladd*, „Loyalty“, in: The Encyclopedia of Philosophy, Bd. 5, S. 98, Treue („fidelity“) meine, die durch Loyalität begründeten Pflichten zu erfüllen; Loyalität schließe Treue ein, gehe aber als (innere) Haltung über sie hinaus.

<sup>2</sup> Die Begriffe Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden hier wie im Arbeitsrecht üblich verwendet, auch wenn eigentlich die umgekehrte Bedeutung angezeigt wäre, sind es doch die Arbeitenden, die Arbeit geben und die Unternehmen, die deren Arbeit in Anspruch nehmen, vgl. *Engels*, in: Marx/Engels Werke XXIII, Das Kapital I, Vorwort, S. 33 (34).

<sup>3</sup> Eingehend zu diesem Fall noch § 4 II. 3.

<sup>4</sup> Grundlegend: EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 70, dort für öffentliche Dienstverhältnisse; für das private Arbeitsrecht, EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 64. Die EGMR-Rspr. wird noch i. R. d. Ausführungen zur Meinungsfreiheit vertieft, 3. Teil § 1 II. und III.

<sup>5</sup> Eingehend und mit Nachweisen s. noch unter § 4 V.



Kraft, die keine strafbewehrte Schweigepflicht begründet. Dies zeigt sich darin, dass die Landesverratsvorschriften Allgemeindelikte vorsehen und sich daher auch Personen wegen Landesverrats strafbar machen können, die die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzen. In *Arbeitsverhältnissen* sollen Loyalitäts- oder Treuepflichten bestehen, wobei sie sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und, wie noch gezeigt wird, aufgrund ihrer historischen Entwicklung und Unbestimmtheit problematisch sind. Das *Beamtenverhältnis* wird grundgesetzlich und in den Beamtengesetzen als Treueverhältnis bezeichnet, wobei die aus dem Treueverhältnis abgeleiteten Pflichten zu Gefolgschaft und Verschwiegenheit mit der höchsten Treuepflicht, das Amt im Einklang mit der Verfassung, dem Allgemeinwohl und den Gesetzen zu führen, konkurrieren. Die stärkste normative Kraft besteht im *Verhältnis der Privatpersonen zu den in § 203 Abs. 1 StGB genannten Beraterberufen*. Denn einerseits sind diese Geheimnisse wegen ihres Menschenwürdebezugs besonders zu schützen und andererseits bestehen faktische und rechtliche Zwangslagen, derartige Beraterberufe in Anspruch nehmen zu müssen.

Bevor diese Loyalitäts- oder Treuepflichten spezifisch im Kontext der jeweiligen Straftatbestände untersucht werden,<sup>6</sup> wird im folgenden Abschnitt der Begriff der Loyalität zunächst in einem allgemeinen rechtsethischen Sinne analysiert. Dabei zeigt sich, dass die Eigenart der Loyalität, Beistand auch im Falschen zu erwarten, mit klassischen Moraltheorien und der Idee unparteilicher Gerechtigkeit konfligiert. Loyalität im Falschen kann daher nicht ohne Weiteres eingefordert werden, sondern bedarf zur Rechtfertigung guter Gründe. Dieser Begründungslast entsprechend kann Loyalität im Unrecht prinzipiell nicht zum Gegenstand einer Rechtspflicht erhoben werden.

## I. Bedeutung und Widersprüche

Loyalität kann als bedingungslose Hingabe einer Person zu einem bestimmten Zweck oder einem bestimmten Objekt beschrieben werden.<sup>7</sup> Das Subjekt dieser Beziehung ist dem Objekt gegenüber zu Loyalität, d. h. minimal dazu verpflichtet, ihm treu zu bleiben und Verlockungen durch konkurrierende Objekte zu widerstehen.<sup>8</sup> Eine Loyalitätsbeziehung verletzt, wer das jeweilige Objekt

---

<sup>6</sup> Siehe insb. zur Loyalität im Staatsbürgerverhältnis und i. R. d. Landesverratsvorschriften, § 4 V.; im Beamtenverhältnis und i. R. d. der Verletzung von Dienstgeheimnissen, § 5 II. 3.; im Arbeitsverhältnis und i. R. d. der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen, § 6 II. 3. a) bb).

<sup>7</sup> Vgl. Ladd, „Loyalty“, in: *The Encyclopedia of Philosophy*, Bd. 5, S. 97: „wholehearted devotion to an object of some kind.“; Royce, *The philosophy of Loyalty*, S. 16 f.: „The willing and practical and thoroughgoing devotion of a person to a cause“.

<sup>8</sup> Fletcher, *Loyalty*, S. 8 f., 60 a. E.

verrät oder betrügt und sich damit illoyal verhält.<sup>9</sup> Das Konzept der Loyalität erscheint meist in Verbindung mit Familie, Freundschaft, Liebe, Religion und Gruppen im weitesten Sinne.<sup>10</sup> Mit Gruppen sind hier nicht nur hierarchisch strukturierte Organisationen, sondern auch noch abstraktere Entitäten wie Länder oder Staaten gemeint. Eine Loyalitätsbeziehung begründet, wer Treue verspricht, was durch ausdrückliches oder konkludentes Verhalten, aber auch nur innerlich erfolgen kann. Für die Rechtsverhältnisse ist insbesondere das geäußerte Versprechen, also die Begründung von Loyalität durch einen performativen Akt des Erklärens, Gelobens, Eid-Ablegens, Schwörens usw. relevant. Um diese Art der Begründung einer Loyalitätsbeziehung geht es, wenn gefragt wird, ob und inwieweit in einem Unternehmen beschäftigte Personen durch einen Vertrag und Staatsbedienstete durch Verfassungs- und Amtseide zu Loyalität verpflichtet sind. Weiterhin entstehen Loyalitätsbeziehungen nicht nur durch Willenserklärungen, sondern auch durch Verflechtungen des historischen Subjekts mit seiner Umwelt, d. h. insbesondere mit seiner Familie, aber auch mit Institutionen, dem Staat oder einer bestimmten Region, in der es aufgewachsen ist und lebt.<sup>11</sup>

### 1. Beistandspflicht im Falschen

Die eigentümliche Seite der Loyalität zeigt sich anhand der Widersprüche, in die sie führen kann. Denn obwohl sie als Tugend anerkannt ist,<sup>12</sup> kann sie zu einem unmoralischen und (bzw. oder) rechtswidrigen Verhalten anhalten. Die Beziehung zum Loyalitätsobjekt begründet die Bereitschaft, ihm auch dann treu und unterstützend zur Seite zu stehen, wenn es sich selbst falsch verhalten bzw. auf die Seite des Unrechts begeben hat. Wir erwarten etwa von Liebenden, Verwandten und Freunden, dass sie unsere Fehltritte nicht verraten, uns gegebenenfalls auch durch eine Lüge oder ein gewichtigeres Fehlverhalten schützen. So kann etwa in einer Freundschaft die Erwartung bestehen, gegenüber anderen Personen zu lügen, um ein Fehlverhalten zu verheimlichen. Familiäre Bande können dazu anhalten, Verwandte zu bevorzugen, auch wenn bei unparteiischer Wertung, eine andere Person, etwa bei einer Ausschreibung, den Zuschlag erhalten müsste. Selbst wenn es von einem allgemeinen Standpunkt aus betrachtet richtig wäre, das eine zu tun, d. h. die Wahrheit zu sagen oder der verwandten Person eine Absage zu erteilen, halten wir es wegen des

---

<sup>9</sup> Ebd. S. 3, 10.

<sup>10</sup> *Fletcher*, Loyalty, S. 25 ff.

<sup>11</sup> Ebd. S. 3: „Loyalty is the obligation implied in the personal sense of historical connection to a defining set of familial, institutional and national relationships.“

<sup>12</sup> Siehe jedoch *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, S. 562: „the rigid loyalty to particular persons and families, on which some people set so high a value, are virtues that hold less of reason, than of bigotry and superstition.“

besonderen persönlichen Werts der Beziehung zu der anderen Person nicht selten für geboten, das andere zu tun und uns damit entgegen den Verhaltenserwartungen der Ethik, der Moral oder des Rechts zu verhalten.<sup>13</sup> Es scheint deshalb nicht nur Situationen zu geben, in denen man loyal und moralisch richtig handelt, sondern auch solche, in denen man sich zwar loyal, aber amoralisch verhält, und andere, in denen jemand zwar moralisch richtig handeln mag, sich aber dem Vorwurf der Illoyalität aussetzt.<sup>14</sup> Vor diesem Hintergrund sind die durch Loyalität begründeten Verhaltenserwartungen in manchen Fällen mit der für das Recht und die Moral genuinen kategorischen Unterscheidung zwischen rechtmäßig und rechtswidrig bzw. richtig und falsch inkompatibel.<sup>15</sup>

## 2. Partikularität der Loyalität, Universalität von Moral, Recht, Gerechtigkeit

Loyalität beschreibt eine partikulare normative Ordnung, weil sie durch die voreingenommene und parteiische Haltung zum Loyalitätsobjekt geprägt ist. Demgegenüber ist das Recht eine normative Ordnung mit universellem Anspruch – was auch die Moral bzw. ein Moralsystem für sich beansprucht –, da für es der unparteiische, vom Partikularen abstrahierende Standpunkt maßgeblich ist. Insofern partikulare und universelle Ordnungen widerstreitende Verhaltenserwartungen begründen, stehen sie einander inkommensurabel gegenüber.<sup>16</sup>

Diese Divergenz zeigt sich exemplarisch einerseits im Verhältnis zwischen Loyalität und liberalen Moraltheorien und andererseits im Verhältnis zu utilitaristischen Moraltheorien.<sup>17</sup> Soll mit dem kategorischen Imperativ ermittelt

<sup>13</sup> Royce, *The philosophy of Loyalty*, S. 18 f.

<sup>14</sup> Pfeiffer, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 535 (541 f.).

<sup>15</sup> Fletcher, *Loyalty*, S. 36: „Loyalties generally lead people to suspend judgment about right and wrong.“ Exemplarisch wird etwa auf Abraham verwiesen, der in der biblischen Geschichte gewillt ist, dem vermeintlichen Willen Gottes aus religiöser Loyalität gehorchend, seinen Sohn Isaac zu töten und damit die rationalen Verbote der Ethik und des Rechts zu suspendieren sowie die Loyalitätspflichten gegenüber seinem Sohn zu verletzen, ebd. S. 151, 154.

<sup>16</sup> Ebd. S. 172: „The ethics of loyalty doom us to a mixed system of independent but compelling systems of thought. Impartial morality and loyalty remain independently binding; neither reduces to the other. Loyalty cannot be seen as a version of impartial morality any more than impartial morality can be understood as deriving from loyalty. [...] [loyalty] is grounded in our relationships with others; [morality] [...] is universal in its appeal. The ethic of loyalty brings to bear an historical self; impartial morality derives from the universality of reason or of human psychology. The former is pitched to humans as they are; the latter to the spiritual aspirations of humans as they might be. Systems that are so radically different cannot be brought together within any single common denominator.“

<sup>17</sup> Ebd. S. 11, 164 f.: “Moral theory, as we understand it, is ill suited to resolving the pangs of conscience triggered by allegedly excessive loyalty. The impartial moral theories of the Enlightenment speak to the universal human condition. They are designed to transcend

werden, was zu tun richtig ist, wird über den Test der Universalisierbarkeit der Maxime der unparteiische Standpunkt bezogen, der die partikularen, die Identität des Subjekts prägenden Beziehungen transzendiert. Jedem Menschen wird als Zweck an sich selbst derselbe Wert zugemessen, ganz gleich, ob es sich um einen Freund oder einen Feind handelt.<sup>18</sup> Zwar lässt sich Loyalität im kantischen System über ein Versprechen zu Treue begründen,<sup>19</sup> allerdings kann es in seinem System kein Versprechen geben, etwas Amoralisches zu tun, etwa zu lügen.<sup>20</sup> Die oben ausgemachte Eigentümlichkeit der Loyalität, Treue auch im Falschen zu erwarten, würde damit unmöglich gemacht und der Begriff der Treue umgedeutet. Auch was aus utilitaristischer Perspektive zu tun richtig wäre, überschneidet sich allenfalls zufällig mit dem, was aufgrund von Loyalität erwartet wird, denn was zum größten Glück (bzw. Nutzen) der größten Zahl zu tun ist, kann in einigen Fällen als illoyale Handlung erscheinen.<sup>21</sup>

Unparteilichkeit wird zudem von der Rechtsidee der Gerechtigkeit<sup>22</sup> vorausgesetzt. Die parteiische Loyalität, bzw. die aus ihr begründeten Verhaltenserwartungen, konfligiert demnach potentiell mit den aus Recht und Gerechtigkeit begründeten Pflichten.<sup>23</sup> Was aber nicht bedeutet, dass loyales Verhalten der

---

our emotional links to individuals and countries and to generate objective, universally shared reasons for our actions. [...] Because the ethic of loyalty is so clearly at odds with universalist moral theory, it becomes difficult to think of the latter as a corrective to the excesses of the former. It is almost as though one wished to apply the Copernican vision of the universe as a corrective for the weaknesses of the Ptolemaic system.“

<sup>18</sup> *Fletcher, Loyalty*, S. 16.

<sup>19</sup> Siehe etwa *Kant*, Grundlegung zur MdS, AA IV, 435: „Treue im Versprechen“ sei Ausdruck von Moralität, habe „einen innern Werth“, der nicht in den „Wirkungen“ besteht, „die daraus entspringen, im Vortheil und Nutzen, den sie schaffen, sondern in den Gesinnungen, d. i. den Maximen des Willens, die sich auf diese Art in Handlungen offenbaren“.

<sup>20</sup> *Kant*, Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen, AA VIII, 427, meint, es sei absolut verboten zu lügen. Selbst wenn mich eine Person, die meinen Freund töten will, fragt, ob dieser zu Hause sei, müsste ich wahrheitsgemäß antworten. Dazu *Fletcher, Loyalty*, S. 167: „There could be no clearer collision with the ethic of loyalty. Who would want to live in a world in which it was wrong to lie to the Gestapo? That would be a world in which friendship was impossible, for surely the minimal condition of friendship is that one would do just about anything, which certainly includes lying to a murderer, in order to save the life of one's friend. There is something so obviously awry in Kant's thinking about lying that we hear the clock strike thirteen.“

<sup>21</sup> Vgl. *Fletcher, Loyalty*, S. 13. Wird die nach § 34 S. 1 StGB vorzunehmende Interessenabwägung utilitaristisch interpretiert, dafür etwa *Joerden*, in: *HdBStrafR II* § 39 Rn. 12 ff., erscheint Loyalität schon aus diesem Grund als Abwägungsmerkmal ungeeignet.

<sup>22</sup> Siehe etwa *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

<sup>23</sup> *Fletcher, Loyalty*, S. 161; vgl. bereits *Elliston*, *J. Bus. Ethics* 1 (1982), 23 (26); *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125 (128).

Gerechtigkeit stets widerspricht, vielmehr wird es häufig auch gerecht erscheinen.<sup>24</sup> Kollidieren die Verhaltenserwartungen hingegen, kann Loyalität schwerlich der Vorzug gegenüber der Gerechtigkeit eingeräumt werden, ist doch das gesamte Recht auf sie ausgerichtet,<sup>25</sup> vgl. nur Art. 1 Abs. 2 GG.

Das Recht gibt allerdings vereinzelt Spielräume, sich loyal verhalten zu dürfen, obwohl dies auf den ersten Blick ungerecht erscheinen mag. So macht sich z. B. nach § 258 Abs. 6 StGB nicht strafbar, wer eine Strafvareitelung zu Gunsten eines Angehörigen begeht. Zudem können Angehörige, die von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO Gebrauch machen, die rechtlich vorgesehene Bestrafung eines Täters verhindern. Der übergeordnete Grund, sich so verhalten zu dürfen, liegt hier aber nicht in dem Begriff der Loyalität, sondern in der herausgehobenen Stellung, die das Recht einem bestimmten Institut zuerkennt, in diesem Fall der durch Art. 6 Abs. 1 GG besonders geschützten Ehe und Familie. Zudem berechtigen die genannten Vorschriften nur, sie verpflichten aber niemanden dazu, sich gegenüber Angehörigen loyal zu verhalten.

Der Gerechtigkeit zuwider sollte Loyalität erst recht nicht Beschäftigte des öffentlichen Dienstes verpflichten können, denn gerade staatliche Institutionen müssen allgemeine Gerechtigkeitsprinzipien in besonderem Maße reflektieren, damit sich diese Prinzipien in der Gesellschaft verwirklichen können.<sup>26</sup> In einem etwas schwächerem Sinne gilt dies auch für den „privaten“ Arbeitsplatz, denn auch er bildet eine tragende gesellschaftliche Institution und zusammen

---

<sup>24</sup> So verhält sich z. B. ein Vater nicht nur loyal, sondern auch recht und gerecht, wenn er sein zu ertrinken drohendes Kind rettet, aber einen ihm unbekanntem Menschen ertrinken lässt, den er anstatt des Kindes hätte retten können, denn die aus §§ 212 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB folgende Rettungspflicht geht derjenigen aus § 323c StGB vor.

<sup>25</sup> *Fletcher*, *Loyalty*, S. 163. Wobei er zu bedenken gibt: „But at the level of practice, it is far more difficult, in many of our institutions, to defend the virtue of impartial detachment.“ Siehe auch S. 172: „The ethics of loyalty is caught, therefore, between two extremes [...] The dialectic is unresolved. Absolute loyalty deprives us of our critical judgment; impartial ethics, of our human sensibilities.“

<sup>26</sup> *Fletcher*, *Loyalty*, S. 162; *Lindblom*, *J. Bus. Ethics* 76 (2007), 413 (414, 418), mit Verweis auf *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 3. Nach dem ersten Rawlsschen Gerechtigkeitsprinzip steht jeder Person ein unentziehbarer Anspruch auf ein System gleicher Grundfreiheiten zu (*Rawls*, *Justice as Fairness*, S. 42), einschließlich der Wissens- und Meinungsfreiheit (ebd. S. 44). Die gerechte Gestaltung der Institution des Arbeitsplatzes vollziehe sich maßgeblich auch über die Garantie dieser beiden Grundfreiheiten, *Lindblom*, a. a. O., (419). Loyalität, die sich in einigen Situationen wegen des unparteilichen Standpunktes der Gerechtigkeit mit dieser nicht in Einklang bringen lasse, dürfe der politischen Redefreiheit daher nicht vorgezogen werden. Loyalität könne die Meinungsfreiheit daher eigentlich nur in persönlichen Beziehungen (Liebe, Familie, Freundschaft) übertrumpfen, für die sie als Wert von konstitutiver Bedeutung sei, nicht aber in gesellschaftlichen Institutionen wie dem Arbeitsplatz, ebd. S. 420. Demgegenüber wird auch vertreten, Loyalität trage zur Effektivität von Organisationen und damit zum Allgemeinwohl bei, *Vandekerckhove/Commers*, *J. Bus. Ethics* 53 (2004), 225 (228 m. w. N.).

mit den Unternehmen einen Regelungsgegenstand der Politik.<sup>27</sup> Auch er ist also Recht und Gerechtigkeit unterworfen.

### 3. Rechtfertigungsbedarf und Grenzen der Loyalität im Falschen

Wenn Loyalität in einer Konfliktsituation der Vorrang gegenüber einer universellen normativen Ordnung eingeräumt werden soll, indem eine Pflicht zur Loyalität im Falschen statuiert wird, bedarf diese Abweichung vom Rechten einer besonderen Rechtfertigung. Deshalb tragen diejenigen, die eine solche Pflicht behaupten, die Begründungslast.<sup>28</sup> Sie müssten begründen, dass die jeweilige Beziehung zumindest in manchen Fällen notwendig auf eine derartige Loyalität angewiesen ist. Alsdann müsste mit spezifisch auf die jeweilige Art der Loyalitätsbeziehung zugeschnittenen Argumenten begründet werden, dass der Wert dieser Beziehung, etwa die Freundschaft, die erwartete Loyalität im Falschen rechtfertigt.<sup>29</sup> Dies kann jedoch – wie schon angeklungen und im Folgenden noch eingehend dargelegt – nicht dazu führen, Beschäftigte in Unternehmen oder im öffentlichen Dienst zu einer Art „Ganoven-treue“ oder „Kadavergehorsam“ zu verpflichten.<sup>30</sup> Eine *rechtliche* Pflicht zu Gehorsam und Treue im Falschen bzw. in der Illegalität kann nicht verlangt werden.<sup>31</sup> Beschäftigte zu verpflichten, schwerste Verfehlungen geheim zu halten, würde bedeuten, sie mit einer *Omertà*, d. h. einem mafiösen Gesetz des Schweigens zu belegen.

## II. Whistleblowing als Loyalitätsbruch?

Gerade im ethischen Diskurs wird darüber gestritten, ob Whistleblower als Beschäftigte zu Loyalität verpflichtet sind und, wenn ja, inwieweit.

---

<sup>27</sup> Lindblom, J. Bus. Ethics 76 (2007), 413 (418).

<sup>28</sup> Hajdin, J. Bus. Ethics 59 (2009), 259 (261, 262), analog zu den Straftheorien, die begründen müssten, weshalb das Einsperren eines Menschen gerechtfertigt und geboten sein sollte, müsse erklärt werden, weshalb eine Pflicht zur Loyalität im Falschen bestehen soll.

<sup>29</sup> Hajdin, J. Bus. Ethics 59 (2009), 259 (261, 262).

<sup>30</sup> Vgl. etwa die Ausführungen des Sitzungsvertreters des Generalbundesanwalts, in: BGHSt 20, 342 (362) (*Pätsch*): „Blinder Kadavergehorsam oder frommer Autoritätsglaube wären mit den Grundrechten nicht vereinbar.“; *Rützel*, GRUR 1995, 557 (561): „Ganoven-treue“; vgl. auch *Deiseroth*, ZRP 2007, 25 (27): „[E]in kommentarloses Hinnehmen und Wegsehen von Beschäftigten [stelle] keine ‚Loyalität‘ zum Unternehmen oder Arbeitgeber“ dar, sondern vielmehr „Gleichgültigkeit oder gar Komplizenhaftes Verhalten“. Z. B. eines Händlers, der Waffen an nichtberechtigte Personen verkauft: „Käme hier jemand ernsthaft auf die Idee, den Bruch der Ganoven-treue eines Mitarbeiters, der sich – und sei es nur gegen Bezahlung – bereiterklärt, die zuständigen Behörden mit entsprechenden Informationen zu versorgen, unter § 17 UWG [a. F.] zu subsumieren?“, *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1111).

<sup>31</sup> Dazu noch eingehend unter III.

### 1. Whistleblowing als Konflikt verschiedener Loyalitäten

Nach der klassischen Auffassung befinden sich Whistleblower, bedingt durch Loyalität und Rechenschaftspflichten gegenüber der Öffentlichkeit, in einem ethischen Dilemma, das rechtlichen Ansätzen ähnelnd,<sup>32</sup> durch eine Abwägung der verschiedenen Pflichten bzw. Werte aufgelöst werden soll.<sup>33</sup> Die Verletzung der Schweigepflicht, die aus der Loyalitätsbeziehung zum Unternehmen abgeleitet wird, könne auf diese Weise durch eine höherrangige oder im Einzelfall schwerer wiegende Pflicht zum Schutz des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein, die der Loyalität des Whistleblowers gegenüber der Öffentlichkeit entspringen soll.<sup>34</sup> Problematisch ist hieran, dass ohne nähere Begründung eine Pflicht zur Offenlegung statuiert wird. Zudem wird Whistleblowing durch die Annahme eines moralischen Dilemmas vorschnell als eines von zwei Übeln eingestuft, denn der Whistleblower scheint gezwungen zu sein, zwischen zwei Verratshandlungen wählen zu müssen.<sup>35</sup> Dies resultiert daraus, dass Loyalität zunächst, auf einer ersten Normebene, als prinzipiell unbeschränkt gedacht wird. Die Beschäftigten müssen sich nach diesem Loyalitätsverständnis stets im Einklang mit den Interessen des Arbeitgebers verhalten.<sup>36</sup> Stattdessen tritt nach den im Folgenden dargestellten Ansätzen ein moralisches Dilemma nicht ein, weil der Begriff der Arbeitnehmerloyalität entweder zurückgewiesen oder zumindest auf der ersten Normebene limitiert wird.

---

<sup>32</sup> Vergleichbar ist etwa der Ansatz des EGMR, i. R. d. Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Loyalitätspflicht der Beschäftigten einzuführen, s. etwa EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 70. Im Arbeitsrecht wird in ähnlicher Weise vertreten, aus den Rücksichtnahmepflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) ließen sich keine absoluten, sondern nur relative Loyalitätspflichten ableiten, die (etwa beim Whistleblowing) mit den Arbeitgeberinteressen abzuwägen seien, *Reichold*, in: Mü Hdb ArbR § 54 Rn. 1.

<sup>33</sup> So etwa *Bok*, in: *Ethical Theory and Business*, S. 261 (263); *dies.*, *Secrets*, S. 214; *Elliston*, *J. Bus. Ethics* 1 (1982), 23 (25); vgl. auch *Varelius*, *J. Bus. Ethics* 85 (2009), 263. Diese Ansicht wird als „standard view“ bezeichnet, *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125.

<sup>34</sup> Siehe etwa *Bok*, in: *Ethical Theory and Business*, S. 261: „a would-be whistleblower must weigh his responsibility to serve the public interest against the responsibility he owes to his colleagues and the institution in which he works“, sowie S. 263: „Loyalty to colleagues and to clients comes to be pitted against loyalty to the public interests, to those who may be injured unless the revelation is made.“ Siehe auch *dies.*, *Secrets*, S. 214; *Elliston*, *J. Bus. Ethics* 1 (1982), 23 (25), spricht von konfligierenden Loyalitäten und hebt hervor, dass Individuen nach den Nürnberger Prinzipien nicht stets zum Gesetzesgehorsam verpflichtet seien, sondern ihnen „a higher loyalty to the principles of morality“ obliege, dazu näher *Cohen*, *Civil Disobedience*, Ch. VIII.; *Fletcher*, *Loyalty*, S. 40, meint, schwierige Lebensentscheidungen zeichneten sich häufig gerade durch konfligierende Erwartungen verschiedener Loyalitätsbeziehungen aus. Angesichts der mannigfaltigen Lebenssituationen sei es jedoch unmöglich, ein allgemeingültiges System aufsteigender Loyalitäten zu entwickeln, aus dem sich die für den Einzelfall geltenden Vorrangrelationen ergäben, S. 154.

<sup>35</sup> Siehe etwa *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125 (126).

<sup>36</sup> Ebd.

## 2. Dekonstruktion der Arbeitnehmerloyalität

Nach der Gegenauffassung sind in einem Unternehmen beschäftigte Personen überhaupt nicht zu Loyalität verpflichtet und allenfalls in einem schwachen, nicht bindenden Sinne, zu loyalem Verhalten angehalten. Wie auch im arbeitsrechtlichen Diskurs<sup>37</sup> wird dies damit begründet, dass es keine Loyalitätspflicht gäbe, die die Meinungsfreiheit beschränken könne.<sup>38</sup> Vertreten wird auch, Loyalitätspflichten könnten nur durch Verträge begründet werden, bei denen sich die Parteien als Gleiche begegneten (etwa bei einem alle zu Gesetzesgehorsam verpflichtenden Gesellschaftsvertrag), was bei einem Arbeitsvertrag nicht der Fall sei.<sup>39</sup> Pflichten aus Arbeitnehmerloyalität werden weiterhin abgelehnt, weil Unternehmen keine tauglichen Loyalitätsobjekte seien.<sup>40</sup> Die Frage, ob auch Ideen oder kollektive Entitäten oder nur natürliche Personen Loyalitätsobjekte sein können, sei jedenfalls für Unternehmen zu verneinen, da ihnen andernfalls ein moralischer Status zuerkannt werde, der ihnen nicht zustehe.<sup>41</sup> Andernfalls würden Unternehmen als eigene Zwecke behandelt, wodurch der Status der Beschäftigten, die nunmehr als Mittel zu diesem Zweck fungieren, herabgesetzt werde.<sup>42</sup>

Eine Loyalitätsbeziehung zeichne sich weiterhin gerade durch die reziproke Bereitschaft zur Selbstaufopferung aus, die ohne Erwartung einer Belohnung bestehe und deshalb zu einem gewissen Grad mit der Durchsetzung von Eigeninteressen inkompatibel sei.<sup>43</sup> Diese Bereitschaft könne etwa in der Liebe, der

---

<sup>37</sup> Siehe noch § 6 II. 3. a) bb).

<sup>38</sup> Siehe etwa *De George*, in: *Business Ethics*, S. 320 (325 f.), relativierend lesen sich dann allerdings die S. 326 f.

<sup>39</sup> *Elliston*, *J. Bus. Ethics* 1 (1982), 23 (25): „the demands of [employee] loyalty readily serve to dehumanize and degrade others in the name of profit, or some other corporate interest.“ Ebd. S. 26.

<sup>40</sup> *Duska*, in: *Ethical Theory and Business*, S. 299 (300); offenlassend: *Lindblom*, *J. Bus. Ethics* 76 (2007), 413 (415); a. A. etwa folgende Beiträge aus dem *J. Bus. Ethics*: *Corvino*, 41 (2002), 179 (180 ff.); *Hajdin*, 59 (2005), 259 (262 ff.); *Larmer*, 11 (1992), 125 ff.; *Vandekerckhove/Commers*, 53 (2004), 225 (226 f.).

<sup>40</sup> *Duska*, a. a. O., S. 300.

<sup>41</sup> *Duska*, in: *Ethical Theory and Business*, S. 299 (300); vgl. auch *Michalos*, in: *Ethical Theory and Business*, S. 338 (342). Hiergegen wird eingewendet, dass zumindest gegenüber den natürlichen Personen des Unternehmens, etwa gegenüber anderen Beschäftigten, Vorgesetzten, Inhabern und Aktionären Loyalitätspflichten bestehen könnten, *Corvino*, *J. Bus. Ethics* 41 (2002), 179 (180); *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125 (126); *Vandekerckhove/Commers*, *J. Bus. Ethics* 53 (2004), 225 (227).

<sup>42</sup> *Duska*, a. a. O., S. 300, 302. Auf der Grundlage dieser Ansicht kann nur Loyalitätsobjekt sein, wer Würde besitzt, also Menschen und evtl. bestimmte Tiere; a. A. *Hajdin*, *J. Bus. Ethics* 59 (2009), 259 (268): Die Parteien des Arbeitsverhältnisses könnten sich nicht nur als Mittel, sondern auch als Zwecke ansehen.

<sup>43</sup> *Duska*, a. a. O., S. 302; *ders.*, in: *Contemporary Issues in Business Ethics*, S. 295 (297): „Loyalty is incompatible with self-interest, because it is something that necessarily requires



Freundschaft und in familiären Kontexten bestehen, jedoch nicht in Arbeitsverhältnissen erwartet werden. Die Beteiligten seien im Unternehmen aus Gründen der Arbeitsteilung miteinander verbunden und verfolgten in erster Linie eigennützige, monetäre Interessen.<sup>44</sup> Die auf Profitmaximierung ausgerichteten Unternehmen würden Beschäftigte je nach Auftragslage und Profitabilität einstellen und auch wieder entlassen:<sup>45</sup> „A company feels no obligation of loyalty. The saying ‚You can’t buy loyalty‘ is true. [...] Attempts of some companies to create ‚one big happy family‘ ought to be looked on with suspicion.“<sup>46</sup> Mangels Reziprozität der erwarteten Aufopferung wird Arbeitnehmerloyalität – übereinstimmend mit der Kritik der einseitigen Treuepflicht der Arbeitnehmer in der tradierten deutschen Arbeitsrechtsdogmatik – als fehlgeleitet und pathetisch zurückgewiesen.<sup>47</sup>

Hiergegen wird zwar eingewendet, Loyalität setze Reziprozität nicht zwingend voraus.<sup>48</sup> Allerdings muss im Fall fehlender Reziprozität, gerade im Recht, besonders erklärt werden, weshalb in dem jeweiligen Verhältnis nur eine Seite zu Loyalität verpflichtet sein soll. Aus der Feststellung, dass es einseitige Loyalitätsbeziehungen geben kann, lässt sich jedenfalls nicht schließen,

---

we go beyond self-interest. It is because of this reciprocal requirement which demands surrendering self-interest that a corporation is not a proper object of loyalty.“ Nach a. A. sei von Beschäftigten durchaus ein gewisser Grad an Selbstaufopferung zu erwarten, *Corvino*, *J. Bus. Ethics* 41 (2002), 179 (181 f.); *Hajdin*, *J. Bus. Ethics* 59 (2009), 259 (263).

<sup>44</sup> *Duska*, a. a. O., S. 299 (302): „Money is what ties the group together.“ Profit sei jedenfalls das dominierende Motiv von in der Wirtschaft tätigen Individuen, *ders.*, *J. Bus. Ethics* 16 (1997), 1401 ff.

<sup>45</sup> *Duska*, a. a. O., S. 299 (302); vgl. auch *Michalos*, in: *Ethical Theory and Business*, S. 338 (342). *Hajdin*, *J. Bus. Ethics* 59 (2009), 259 (268 ff.), kritisiert, die These beruhe auf der beliebigen Austauschbarkeit der Beschäftigten, einer Prämisse, die auf viele Arbeitsverhältnisse nicht zutreffe (z. B. Mitglied eines Orchesters).

<sup>46</sup> *Duska*, a. a. O., S. 299 (302); *ders.*, in: *Ethical Issues in Business Inquiries, Cases, and Readings*, S. 79 (81): „Throughout history companies in a pinch feel no obligation of loyalty“.

<sup>47</sup> *Duska*, a. a. O., S. 299 (302). Die fehlende Reziprozität widerspiegelt sich z. B. auch in der Rspr. der ArbG zu Strafanzeigen. Während Arbeitgebern grds. nicht verwehrt sei, Strafanzeige gegen Arbeitnehmer zu erstatten (ArbG Hamburg, BB 1966, 1453), werden Strafanzeigen von Arbeitnehmern gegen Arbeitgeber viel strenger bewertet und können eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, s. etwa BAG, NZA 2004, 427; NZA 2017, 703. *Vandekerckhove/Commers*, *J. Bus. Ethics* 53 (2004), 225 (228), meinen hingegen, es lasse sich in Unternehmen ein Wandel eines „alten“ eher bedingungslosen und einseitigen Loyalitätsverständnisses zu einem „neuen“ eher reziproken Loyalitätsverständnis empirisch nachvollziehen.

<sup>48</sup> Siehe etwa *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125 (126), bzgl. einer einseitig erwarteten Loyalität von Eltern gegenüber renitenten Teenagern; *Hajdin*, *J. Bus. Ethics* 59 (2009), 259 (264), für Patriotismus, verstanden als einseitige Loyalität gegenüber einer Nation.

dass das Arbeitsverhältnis als solche zu charakterisieren ist.<sup>49</sup> Vielmehr zeigen sich einseitige Loyalitätsbeziehungen eher in Verhältnissen gravierender Subordination, etwa im Verhältnis von Sklavinnen, Sklaven, Knechten oder Vasallen gegenüber ihren Herrinnen und Herren oder in der Loyalität von Gläubigen gegenüber ihren Gottheiten.

### 3. Limitierte Loyalität

Nach einer dritten Strömung sollen Beschäftigte zwar zu Loyalität gegenüber Unternehmen, allerdings nicht zum Beistand im Falschen verpflichtet sein.<sup>50</sup> Whistleblowing sei nicht zwingend als illoyales Verhalten zu bewerten, sondern könne sogar besondere Treue ausweisen. Einer der Grundgedanken besteht darin, dass Loyalität nicht mit blindem oder bedingungslosem Gehorsam gleichzusetzen sei.<sup>51</sup> Loyalität solle nur so weit reichen, wie das Objekt der Loyalität gut sei.<sup>52</sup> In ähnlicher Weise wird vertreten, Loyalität könne Beschäftigte jedenfalls nicht zu einem amoralischen Verhalten verpflichten.<sup>53</sup> Andere Autoren meinen, loyal zu sein bedeute, im (objektiv) besten Interesse des Loyalitätsobjekts zu handeln, eventuell also auch entgegen dessen erklärten (subjektiven) Interessen.<sup>54</sup> Amoralische Handlungen seien unmöglich im besten Interesse des Loyalitätsobjekts, weshalb Beschäftigte nicht davon abgehalten seien, derartige Handlungen zu melden.<sup>55</sup> Einschränkend wird teilweise vertre-

---

<sup>49</sup> Das Arbeitsverhältnis wird von *Fletcher*, *Loyalty*, S. 33, als reziproke Loyalitätsbeziehung eingeordnet; *Vandekerckhove/Commers*, *J. Bus. Ethics* 53 (2004), 225 (229), meinen, Loyalität könne im Arbeitsverhältnis nur erwartet werden, wenn sie reziprok verpflichtend sei.

<sup>50</sup> *Corvino*, *J. Bus. Ethics* 41 (2002), 179 (184); *De George*, in: *Business Ethics*, S. 320 (325, 332); *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125 (127 f.); *Michalos*, *National Forum* 61 (1981), 51 ff.; *Vandekerckhove/Commers*, *J. Bus. Ethics* 53 (2004), 225 (229 f.).

<sup>51</sup> Siehe etwa *Ladd*, „Loyalty“, in: *The Encyclopedia of Philosophy*, Bd. 5, S. 97: „mere blind obedience to every wish of the person who is the object of loyalty is not loyalty; it is a perversion of loyalty“; *Pfeiffer*, *J. Bus. Ethics* 1992 (11), 535 f.

<sup>52</sup> *Corvino*, *J. Bus. Ethics* 41 (2002), 179 (184): „loyalty is a virtue only to the extent that the object of loyalty is good.“ Dieses Konzept wird von *Vandekerckhove/Commers*, *J. Bus. Ethics* 53 (2004), 225 (227), als zu vage kritisiert.

<sup>53</sup> *De George*, in: *Business Ethics*, S. 320 (325).

<sup>54</sup> *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125 (127): „acting in accordance with what one has good reason to believe to be in that person’s best interests.“ Siehe auch *Stieb*, *J. Bus. Ethics* 63 (2006), 75 (76): „I am loyal to X iff I seek the best (and not merely most immediate) interest of X.“

<sup>55</sup> Vielmehr könnten Beschäftigte, die auf amoralische Verhalten hinweisen, den Arbeitgeber von einem destruktivem Verhalten abhalten, *Larmer*, *J. Bus. Ethics* 11 (1992), 125 (127). *Varelius*, *J. Bus. Ethics* 85 (2009), 263 (264 f.), kritisiert, auf diese Weise werde der eingangs hervorgehobene Wesenszug der Loyalität im Falschen ohne genauere Begründung nivelliert: „Although it can be morally repugnant, the idea of a loyal Nazi, a gangster who is

ten, Loyalität halte grundsätzlich dazu an, Fehlverhalten unmittelbar gegenüber dem Loyalitätsobjekt, also innerhalb des Unternehmens zu rügen.<sup>56</sup> Dies solle jedoch nicht gelten, wenn es nötig sei, im besten Interesse des Loyalitätsobjektes gegen dessen Willen zu handeln und Missstände extern zu melden.<sup>57</sup> Es könne zudem nicht erwartet werden, Missstände intern anzuzeigen, wenn sie infolgedessen wahrscheinlich vertuscht werden oder wenn sich die meldende Person durch die Anzeige selbst gefährde.<sup>58</sup>

Weiterhin wird vertreten, Loyalität beziehe sich heutzutage nicht auf die physischen Teile eines Unternehmens wie Gebäude, Führungskräfte, Hierarchien, Kollegen, sondern auf einen Korpus immaterieller Aspekte, zu denen sich das Unternehmen offiziell bekennt. Diese ergeben sich etwa aus dem Leitbild des Unternehmens, seinen Zielen und Verpflichtungen, bestimmte Werte einzuhalten, sowie aus Verhaltenskodizes.<sup>59</sup> Der Inhalt der Loyalitätsbeziehung ist nach dieser Konzeption also nicht allgemein vorgezeichnet, sondern ergibt sich erst aus den genannten Referenzen.<sup>60</sup> Wer für deren Einhaltung eintritt, indem er oder sie Missstände aufgedeckt, widerspreche seiner Loyalitätspflicht nicht.<sup>61</sup> Vielmehr halte „rationale Loyalität“ in diesen Fällen sogar zur

---

loyal to the mafia etc. is quite coherent“ (267). „The relationship between loyalty and enhancement of the moral good of its object is thus merely accidental. Therefore, promotion of the moral good of its object should not be considered a central feature of our original notion of loyalty.“ (271). Das übergreifende Konzept der Loyalität könne nicht durch ein einzelnes Phänomen, das Whistleblowing, umgedeutet werden, um mit diesem „ad hoc move“ die Annahme eines moralischen Konflikts zu umgehen (266, 268); zust. *Santoro/Kumar*, A theory of whistleblowing, S. 38; s. zudem bereits *Pfeiffer*, J. Bus. Ethics 1992 (11), 535 (542): „It is one’s understanding of what is in the best interest of one’s employer which determines in one’s own mind the demands of loyalty.“ Das Beste könne aus subjektiver Perspektive auch ein amoralisches Verhalten sein.

<sup>56</sup> *Larmer*, J. Bus. Ethics 11 (1992), 125 (127); s. auch *Bok*, Secrets, S. 221.

<sup>57</sup> *Larmer*, a. a. O., (127): „Such cases will be especially apt to rise when the person to whom one is loyal is either immoral or ignoring the moral consequences of his action.“

<sup>58</sup> Ebd. S. 128.

<sup>59</sup> *Vandekerckhove/Commers*, J. Bus. Ethics 53 (2004), 225 (229, 231). Wenn ein Unternehmen etwa bestimmte Ziele und Werte auf der firmeneigenen Homepage bekanntgibt, beziehe es öffentlich Stellung, für was es stehe. Regelmäßig werde etwa das Bestreben ausgedrückt, die Gesetze einzuhalten, aber auch gute Beziehungen zur „community“, den Beschäftigten, Kunden und Zulieferern zu pflegen, ebd. S. 229. Problematisch ist an solchen „mission statements [...] [that] they are written in such vague terms that almost anything can be argued to be consistent with them“, *Hajdin*, J. Bus. Ethics 59 (2009), 259 (275).

<sup>60</sup> *Vandekerckhove/Commers*, J. Bus. Ethics 53 (2004), 225 (231). In ähnlicher Weise meint *Hajdin*, J. Bus. Ethics 59 (2009), 259 (276), von Beschäftigten könne nur eine „limitierte Loyalität“ erwartet werden, die nur so lange Bestand habe, wie die relevanten Ziele, Politiken und Praktiken des Unternehmens im Wesentlichen dieselben blieben. Gerade Aktiengesellschaften würden regelmäßig drastischen Änderungen unterzogen, wodurch die Grundlage der Loyalitätsbeziehung unterminiert werde, (277).

<sup>61</sup> *Vandekerckhove/Commers*, J. Bus. Ethics 53 (2004), 225 (230).

Offenlegung der Missstände an.<sup>62</sup> Doch auch wenn diese Auffassung organisationssoziologisch einleuchten mag, kann ein derartiges Loyalitätsverständnis schwerlich zum Merkmal einer rechtlichen Entscheidung erhoben werden, weil die Legalität des Whistleblowings damit von der Außendarstellung des Unternehmens, seinen öffentlich kommunizierten Werten, Zielvorstellungen, Kodizes usw., abhängen würde. Zudem hätte dies die zweifelhafte Konsequenz, dass Whistleblower in Unternehmen, die etwa nicht mit der Einhaltung bestimmter Werte werben, deutlich schlechter gestellt wären als in anderen Unternehmen. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Offenlegung von Missständen sollte deshalb nicht, nach diesem wirtschaftsliberalen Muster verfahren, privatisiert werden.

Fraglich ist schließlich, inwieweit auch rechtlich gelten soll, was aus ethischer Perspektive für richtig gehalten wird. Insbesondere beantwortet der dargestellte Diskurs nicht eindeutig, ob die Verletzung einer ethisch konzipierten Loyalitätspflicht eine negative rechtliche Sanktion nach sich ziehen sollte. Zudem bleiben die Ausführungen zu den Grenzen der Loyalität im Vagen, wenn davon die Rede ist, dass eine Pflicht zur Loyalität im Guten bestehe oder eine Pflicht, im besten Interesse des Loyalitätsobjekts zu handeln.

### III. Keine Rechtspflicht zum Beistand im Unrecht

Es lässt sich schon bezweifeln, dass der Begriff der Loyalität oder Treue überhaupt Rechtspflichten zu begründen vermag, beschreibt er doch eigentlich eine Haltung zu einem Loyalitätsobjekt, die aufgrund ihrer Innerlichkeit rechtlich nicht erzwungen werden kann.<sup>63</sup> Auch wenn sich jemand am Arbeitsplatz stets pflichtgemäß verhält, lässt sich daraus nicht ableiten, dass diese Person auch tatsächlich aufrichtig loyal gegenüber der Organisation eingestellt ist.<sup>64</sup> Der Begriff der Loyalität ist dem Bereich der Selbstgesetzgebung zuzuordnen<sup>65</sup> und

---

<sup>62</sup> Ebd. Dabei wird auch auf empirische Befunde verwiesen, nach denen Whistleblower in aller Regel Personen sind, die sich in besonderer Weise mit der jeweiligen Organisation verbunden fühlen, sich selbst als besonders loyale Beschäftigte einschätzen und in den allermeisten Fällen zunächst versuchen, eine Abstellung der Missstände mittels interner Meldungen zu erreichen, s. bereits *Larmer*, J. Bus. Ethics 11 (1992), 125 (127); *Near/Miceli*, J. Bus. Ethics 4 (1985), 1 (10).

<sup>63</sup> Siehe etwa *Pfeiffer*, J. Bus. Ethics 1992 (11), 535 (536): „the law does not in any clear sense demand employees to possess any particular spirit, enthusiasm or sense of loyalty to the job or employer.“; s. auch *Stieb*, J. Bus. Ethics 63 (2006), 75; *Hajdin*, J. Bus. Ethics 59 (2009), 259 (274).

<sup>64</sup> *Hajdin*, J. Bus. Ethics 59 (2009), 259 (274).

<sup>65</sup> Vgl. *Kant*, MdS, AA VI, 394: „Alle Pflichten enthalten einen Begriff der Nöthigung durch das Gesetz; die ethische eine solche, wozu nur eine innere, die Rechtspflichten dagegen eine solche Nöthigung, wozu auch eine äußere Gesetzgebung möglich ist“; vgl. auch

aus diesem Grund wird er in erster Linie im ethischen Diskurs beleuchtet, ohne den Anspruch zu erheben, rechtliche Pflichten aus ihm abzuleiten.<sup>66</sup> Weil sich Loyalität als innere Haltung rechtlich nicht erzwingen lässt, kann sich die Enttäuschung einer Loyalitätserwartung eigentlich nicht auf eine rechtliche Entscheidung auswirken.<sup>67</sup> Dies gilt insbesondere für Entscheidungen, für die nicht das Motiv, sondern die äußeren Konsequenzen einer Handlung maßgeblich sind, etwa bei einer im Rahmen des § 34 StGB vorzunehmenden Abwägung der Folgen einer Offenlegung eines Staatsgeheimnisses.<sup>68</sup>

Wird Loyalität oder Treue hingegen in einem schwächeren Sinne verstanden, d. h. allein als Erwartung eines äußeren Verhaltens,<sup>69</sup> so kann sie rechtlich jedenfalls nicht verlangen, Beistand im Unrecht zu leisten, denn eine solche Pflicht würde der Rechtsordnung widersprechen.<sup>70</sup> Es besteht mit anderen Worten „kein berechtigtes Loyalitätsverlangen“ zum Beistand im Unrecht.<sup>71</sup> Wird eine rechtliche Loyalitätspflicht anerkannt, kann sie deshalb grundsätzlich nicht dazu verpflichten, rechtswidriges Verhalten anderer Personen geheim zu halten.<sup>72</sup> Dafür spricht auch die Etymologie des Begriffes Loyalität,

---

*Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 213: „die moralische Seite und moralischen Gebote, als welche den Willen nach seiner eigensten Subjektivität und Besonderheit betreffen, können nicht Gegenstand der positiven Gesetzgebung sein.“ Sowie im Zusatz zu diesem Paragraphen: „Ebenso finden sich in älteren Gesetzgebungen viel Vorschriften über Treue und Redlichkeit, die der Natur des Gesetzes unangemessen sind, weil sie ganz in das Innerliche fallen.“

<sup>66</sup> Siehe etwa *Hajdin*, J. Bus. Ethics 59 (2009), 259.

<sup>67</sup> Ein analoger Gedanke findet sich in der französischen Rspr. des Cour de Cassation, nach welcher das subjektive Moment des Vertrauensverlustes eines Arbeitgebers in einen Arbeitnehmer keine Kündigung zu rechtfertigen vermag, *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 125.

<sup>68</sup> Vgl. *Delmas*, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (87). Gerade, wenn die Interessenabwägung beim Notstand konsequentialistisch interpretiert wird, s. etwa *Joerden*, HdbStrafR II § 39 Rn. 12 ff. Das Motiv kann allenfalls im Rahmen des subjektiven Rechtfertigungselements relevant sein.

<sup>69</sup> So für den Begriff der Treue („fidelity“) in Abgrenzung zur Loyalität, *Ladd*, „Loyalty“, in: The Encyclopedia of Philosophy, Bd. 5, S. 98.

<sup>70</sup> Der nur durch besonders wichtige Gründe gerechtfertigt sein kann. Nach § 97a StGB ist es etwa verboten, „illegale“ Staatsgeheimnisse an fremde Mächte weiterzugeben, um eine Gefährdung der äußeren Sicherheit der BRD zu vermeiden.

<sup>71</sup> *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 126, „Die scheinbare Unvereinbarkeit zwischen einer Pflicht zur Loyalität und einer Pflicht zur Offenbarung betrieblicher Missstände verläuft sich daher in Wirklichkeit in einer tatsächlichen Unvereinbarkeit zwischen einer [vertraglich] [...] geschuldeten Loyalität und einer illusorischen und rechtlich inakzeptablen Loyalität gegenüber der Person des Vertragspartners, der die Verantwortlichkeit für ein illegales bzw. illegitimes Verhalten zur Last gelegt wird.“

<sup>72</sup> Siehe bereits *Michalos*, „Loyalty Does Not Require Illegality, Immorality, or Stupidity“, National Forum 61 (1981), 51 ff.; *ders.*, in: Ethical Theory and Business, S. 338 (343 f., 345), für das Recht der Stellvertretung argumentiert er, es könne keine Pflicht zu

der über das altfranzösische *loial* und *leial* auf das lateinische *legalis* und *legalem* zurückgeht, die ihrerseits auf die das Gesetz bzw. das Rechte bezeichnenden Silben *leg-* und *lex-* zurückzuführen sind.<sup>73</sup>

Von einer rechtlich verstandenen Loyalität sind Verhaltenserwartungen zu unterscheiden, die sich aus den sozialen Beziehungen innerhalb einer Organisation konstituieren und die Erwartung begründen können, Illegalität zu verschweigen bzw. Missstände nur intern zu rügen. Aufgrund dieser Unterscheidung kann ein „illoyales“ Verhalten gegenüber einem Loyalitätsobjekt, das sich selbst rechtswidrig verhält oder dem ein Unrecht zuzurechnen ist, folglich einen *sozialen Unwert* begründen, jedoch grundsätzlich keinen zu negativen rechtlichen Sanktionen ermächtigenden *rechtlichen Unwert*.

Außerdem können die öffentlichen Interessen, die in den paradigmatischen Fällen des Whistleblowings einschlägig sind, nicht aufgrund der Interessen verdrängt werden, die durch das zweiseitige Loyalitätsverhältnis geschützt werden sollen. Dies gilt insbesondere für das von Privatrechtssubjekten vertraglich eingegangene Arbeitsverhältnis, das den Schutz öffentlicher Interessen nicht suspendiert. Andernfalls hätte es die Arbeitgeberseite in der Hand, aufgrund des Versprechens der beschäftigten Person, die Einhaltung und Durchsetzung des Rechts zu umgehen.<sup>74</sup> Wenn die Organisation vom Allgemeinen abfällt, weil ihr ein Rechtsverstoß oder eine sonstige Verletzung öffentlicher Interessen zuzurechnen ist, dann kann sie sich nicht ihrerseits auf den Schutz durch das Allgemeine berufen, indem sie eine negative rechtliche Sanktion der hinweisgebenden Person verlangt. Andernfalls würde das Recht mittelbar zur Förderung des Unrechts instrumentalisiert.

---

amoralischem oder illegalem Verhalten geben. Dazu verweist er etwa auf das American Restatement of the Law of Agency: „In no event would it be implied that an agent has a duty to perform acts which [...] are illegal or unethical.“; s. auch *Lindblom*, J. Bus. Ethics 76 (2007), 413 (420): „there is no basic liberty that implies a right of employers to expect loyalty, when performing harmful activities, from employees. It is, hence, difficult to see how one could develop the moral dilemma of whistleblowing from these basic liberties.“

<sup>73</sup> *Fletcher*, Loyalty, S. 62; *Ladd*, „Loyalty“, in: The Encyclopedia of Philosophy, Bd. 5, S. 98; *Vandekerckhove/Commers*, J. Bus. Ethics 53 (2004), 225 (227).

<sup>74</sup> Siehe bereits *Bok*, Secrets, S. 221 f.: „There is no doubt that one sworn to silence is under a stronger obligation because of the oath he has taken [...] In taking an oath, one assumes specific obligations beyond those assumed in accepting employment. But even such an oath can be overridden when the public interest at issue is sufficiently strong. The fact that one has promised silence is no excuse for complicity in covering up a crime or violating the public trust.“



### § 3 Historische Skizze des strafrechtlichen Geheimnisschutzes

In seiner heutigen Gestalt ist der strafrechtliche Geheimnisschutz noch relativ jung. Zwar lassen sich die Landesverratsvorschriften auf vormoderne Delikte zum Schutz des Souveräns zurückführen, insbesondere die römische *perduellio*, für die der Moment des Verrats entscheidend war. Umfassend arkanisiert wird die staatliche Informationssphäre jedoch erst im Absolutismus. Kodifikationen des 18. Jh. legen den Grundstein des modernen strafrechtlichen Geheimnisschutzes. Erstmals werden Staats-, Amts- und Privatgeheimnisse dezidiert strafgesetzlich geschützt. Diese Entwicklung wird im 19. Jh. mit dem Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 und dem Strafgesetzbuch des Deutschen Reichs aus dem Jahr 1871 fortgesetzt, wobei letzteres keinen Straftatbestand zum Schutz von Amtsgeheimnissen vorsieht. Seit dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches werden im Kaiserreich und in der Weimarer Republik grundlegende Strafrechtsreformen diskutiert und auch Änderungen des strafrechtlichen Geheimnisschutzes vorgeschlagen, die auch für die Auflösung des Whistleblowing-Konfliktes von Interesse sind. In Gestalt der Strafverfolgung „publizistischer Landesverräter“ tritt das Phänomen, das heute gerade anhand der Snowden- und Manning-Enthüllungen im nachrichtendienstlichen und militärischen Komplex diskutiert wird, schon in der Weimarer Republik zutage. Einen zentralen Streitpunkt bilden schon damals die sogenannten „illegalen“ Staatsgeheimnisse.<sup>1</sup> Von den Reformentwürfen aus der Weimarer Zeit wird allerdings kein einziger umgesetzt. Stattdessen „reformiert“ erst der NS-Gesetzgeber das Strafrecht grundlegend und führt mit § 353b StGB eine Strafvorschrift zum Schutz von Amtsgeheimnissen ein, die im Wesentlichen unverändert noch heute gilt. Später, in der Bundesrepublik, wird über die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift gestritten, auch im Fall von Werner Pätch, der als Mitarbeiter des BfV ein verfassungswidriges Überwachungsprogramm aufdeckt. Anlässlich seines Falles und der Spiegel-Affäre diskutiert der Bundestag eine Reform der Landesverratsvorschriften, die er im Jahr 1968 beschließt.

---

<sup>1</sup> Der Begriff „illegales“ Geheimnis ist etwas irreführend, denn ein Geheimnis kann als kognitives und faktisches Verhältnis, das durch Wissen/Nichtwissen geprägt ist, nicht selbst rechtswidrig sein. Gemeint ist vielmehr, dass die zugrundeliegenden Informationen eine Rechtsverletzung belegen, vgl. *Paeffgen*, Verrat, S. 3 f. Fn. 11; *ders.*, in: NK § 93 Rn. 32.



## I. Vormoderne Entwicklungen

Gerade in der älteren Literatur werden die Landesverratsbestimmungen auf eine Bestrafung des Treubruchs in der germanischen Frühzeit (4. bis 8. Jh. n. Chr.) zurückgeführt.<sup>2</sup> Allerdings ist ungewiss, inwiefern gegen das Gemeinwesen gerichtete Handlungen zu dieser Zeit überhaupt strafbar waren.<sup>3</sup> Verräter und Überläufer sollen nach Tacitus' Germania zwar auf unterschiedliche Art mit dem Tod bestraft worden sein, jedoch dürfte es sich dabei um eine Art Kriegerrecht gehandelt haben.<sup>4</sup>

Im Gegensatz zum germanischen Recht ist die Entwicklung der fränkischen und römischen Verrats- oder Treubruchdelikte als Vorläufer des modernen Staatsschutzrechts besser belegt. Das Recht des fränkischen Reichs (5. bis 9. Jh. n. Chr.) sah etwa den Tatbestand der „Königsinfidelität“ vor.<sup>5</sup> Im römischen Recht entwickelten sich die Tatbestände der *perduellio*, die als Hoch- und Landesverrat beschrieben werden können,<sup>6</sup> und des *crimen laesae maiestatis*, d. h. die Verletzung der Majestät des Kaisers.<sup>7</sup> Schon damals wurde problematisiert, dass die weitgehend unbestimmten Delikte unter despotischen Kaisern exzessiv verfolgt wurden, gleich einer „öffentlichen Raserei, schlimmer als jeder Bürgerkrieg“.<sup>8</sup> Die Zeit des 10. bis 13. Jh. n. Chr. war durch den vergleichbaren Tatbestand der *Felonie* geprägt, d. h. der Verletzung der Treuepflicht des Lehnsmannes gegenüber dem Lehnsherren.<sup>9</sup> In der Bambergischen Peinlichen Halsgerichtsordnung (i. F. Bambergensis) von 1507 war die „Straff der verretterey“ (Art. CXLIX) vorgesehen, die mit Vierteilung geahndet wurde.<sup>10</sup> In

<sup>2</sup> Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, S. 78.

<sup>3</sup> Ritter, Verrat und Untreue an Volk, Reich und Staat, § 1 S. 3.

<sup>4</sup> Ebd., § 1 S. 5. Nur im Kriegsfall sei das Volk „als eine nach außen geschlossene Einheit“ aufgetreten. Inwieweit die Beschreibung „der Germanen“ durch Tacitus historisch verlässlich ist, wird hier offengelassen.

<sup>5</sup> Ritter, a. a. O., § 2 f. S. 7 f.

<sup>6</sup> von Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, Kapitel II, § 5 S. 12.

<sup>7</sup> Siehe Wesel, Geschichte des Rechts, Rn. 259 S. 399. Das damalige Verhältnis zwischen beiden Delikten ist heute umstritten, s. etwa Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, § 4 S. 13 f.

<sup>8</sup> Seneca, De beneficiis, III, 26, zit. nach Schroeder, a. a. O., § 4 S. 17.

<sup>9</sup> Ritter, a. a. O., § 19, S. 121.

<sup>10</sup> In Fällen großen Schadens oder Ärgernisses, wenn etwa eine Stadt, ein Land oder der Herr des Täters betroffen war, „sölt die straff durch schlayffen oder zangen reyssen beschwert“ werden. Ähnliche Straftatbestände gab es schon früher, etwa im Sachsenspiegel, Ritter, a. a. O., § 27 S. 162 f.; Schroeder, a. a. O., § 3 S. 12. Diese peinlichen Strafen erscheinen besonders drakonisch, doch noch heute ist für „Verrat“ in einigen Ländern die Todesstrafe vorgesehen, s. etwa Art. 108, 113 StGB China; Art. 2 Nr. 97 ff. StGB Israel; 18 U.S.C. § 2381 („treason“); Art. 275 StGB Russland. Drastisch auch Kant, MdS, AA VI, S. 320: Es könne kein Recht zum Widerstand, Aufstand, Aufruhr oder Tyrannenmord geben, „[d]er geringste Versuch hiezu ist Hochverrath (*proditio eminens*), und der Verräther dieser

Art. 124 der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 (i. F. Carolina), wurde die „Straff der verreterey“ fast wortgleich aus der *Bambergensis* übernommen.<sup>11</sup>

Die Ahndung des *crimen laesae maiestatis* uferte im 16. und 17. Jh. bedingt durch die Unbestimmtheit des Tatbestands, durch die vom Fürsten verkörperte neue Autorität des Staates sowie das Inquisitionsverfahren, das mit der Carolina Reichsrecht geworden war, völlig aus.<sup>12</sup> Im Absolutismus etablierte sich eine Praxis umfassender staatlicher Geheimhaltung,<sup>13</sup> die ihre geistige Grundlage und Legitimation in der Lehre von den *arcana imperii* fand.<sup>14</sup> Diese Lehre von den Geheimnissen der Herrschenden bzw. den Staatsgeheimnissen, die sich als Geheimdisziplin des Prinzips der Staatsräson beschreiben lässt,<sup>15</sup> betonte die Nützlichkeit und Notwendigkeit staatlicher Geheimhaltung und ideologisierte und verherrlichte das politische Geheimnis. Zu den empfohlenen Mitteln der Lehre zählte z. B. der Einsatz von Spitzeln und Spionen. Heuchelei, List und Trug wurden gerechtfertigt. Zudem wurde angeraten, seine wahren

---

Art kann als einer, der sein Vaterland umzubringen versucht (*parricida*), nicht minder als mit dem Tode bestraft werden.“

<sup>11</sup> Der Tatbestand definiert jedoch nicht genauer, was unter Verrat zu verstehen ist, er lautet: „Item welcher mit bößhafftiger verreterey mißhandelt“.

<sup>12</sup> *Wesel*, Geschichte des Rechts, Rn. 259, S. 399. Die Carolina wird als Meilenstein des Staatsschutzstrafrechts bezeichnet; sie galt noch im 18. Jh., *Ritter*, a. a. O., § 24 S. 155, § 26 S. 160.

<sup>13</sup> Eingehend dazu, *Wegener*, Der geheime Staat, S. 31 ff.

<sup>14</sup> Siehe dazu *Stolleis*, *Arcana imperii* und *Ratio status*. Der Begriff findet sich schon bei Tacitus und wird später von Machiavelli aufgegriffen, ebd., S. 6 f.; zur Rezeption des Begriffs in Deutschland, ebd. S. 29; s. auch *Jestaedt*, AöR 2001, 205 (212 ff.); *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 117; *Lotter*, Widerspruch 2014, S. 13 ff.; *Schmitt*, Parlamentarismus, S. 47; *Wegener*, a. a. O., S. 42 ff., 118 f.

<sup>15</sup> *Wegener*, a. a. O., S. 42. „Staatsräson“ geht auf den italienischen Begriff des *ragione di stato* zurück, den etwa auch Machiavelli verwendet; zu den genaueren Ursprüngen s. *Stolleis*, in: *Ausgewählte Aufsätze und Beiträge*, S. 15 ff. (27, 33). Mit dem Prinzip der Staatsräson werden die Interessen des Staates bzw. des Souveräns über alle anderen Interessen gestellt, womit der Staat bzw. der Souverän, im Gegensatz zur Konzeption der Rechtsräson, ermächtigt wird, alle Mittel zu seinem Machterhalt einzusetzen, *Schneider/Toyka-Seid*, „Staatsraison“, in: *Das junge Politiklexikon*. Zum Begriff im Kontext der Landesvertratsvorschriften, s. *W. Wagner*, ZStW 75 (1963), 393 ff.

Maximen zu verschleiern.<sup>16</sup> Wissen und Absichten geheim zu halten, avancierte allgemein zu einer Regel politischer Klugheit.<sup>17</sup> Zugleich verlieh die Geheimhaltung dem absolutistischen Herrscher eine geheimnisvolle, gottähnliche Aura.<sup>18</sup>

Verschiedene institutionelle Veränderungen setzen diese neue Geheimpolitik um.<sup>19</sup> Der Monarch führte die Regierungsgeschäfte zusammen mit den Geheimräten nun vor allem im Kabinett. Verschwiegenheitspflichten für Beamte und der geheime Inquisitionsprozess wurden eingeführt. Zeitgenössische Autoren meinten gar, ohne Geheimhaltung könne es keine Stabilität und sogar keinen Staat geben.<sup>20</sup> Aufgrund dieser Entwicklungen wird das Staatsgeheimnis heute als „absolutistisches Konzept“ bezeichnet.<sup>21</sup>

## II. Kodifikationen des 18. Jahrhunderts

In den Kodifikationen des 18. Jh. werden erstmals der Verrat von Staatsgeheimnissen ausdrücklich unter Strafe gestellt, die ersten Sonderdelikte zum Schutz von Amtsgeheimnissen geschaffen, bestimmte Berufsgruppen strafrechtlich zur Verschwiegenheit bezüglich individueller Geheimnisse verpflichtet und auch Unternehmensgeheimnisse dezidiert strafrechtlich geschützt.

### 1. Staatsgeheimnisse

Das Verständnis der Delikte, die sich gegen die Staatsgewalt richten, verändert sich im 18. Jh. wesentlich. Sie werden nunmehr als Verstöße gegen den Ge-

---

<sup>16</sup> Wegener, a. a. O., S. 62.

<sup>17</sup> Ebd. S. 45, 46. Dass sich seitdem „gezielte Irreführungen und blanke Lügen als legitime Mittel zur Erreichung politischer Zwecke“ etabliert haben, sei „im Laufe unseres philosophischen und politischen Denkens“ wenig Aufmerksamkeit geschenkt worden, wundert sich Arendt, in: In der Gegenwart, S. 322 (323), im Kontext der *Pentagon Papers*. Mit diesen Dokumenten wurden gravierende Täuschungen des US-Kongresses und der Öffentlichkeit hinsichtlich des Vietnamkrieges aufgedeckt.

<sup>18</sup> Wegener, a. a. O., S. 56.

<sup>19</sup> Ebd. S. 77 ff.

<sup>20</sup> Wegener, Der geheime Staat, S. 62. In diesem Zusammenhang wurden sogar Teile des öffentlichen Rechts zum „Geheimrecht“ erklärt und der universitären Lehre entzogen, S. 64 f.

<sup>21</sup> Ebd. S. 118. Siehe bereits Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 102: In den öffentlich-rechtlichen Geheimhaltungsvorschriften lebe die monarchische Arkantradition bis heute fort.

sellschaftsvertrag konzipiert, die sich damit gegen die Staatsverfassung richten.<sup>22</sup> Der „Staat“ wird gesetzlich ausdrücklich zum Schutzobjekt des politischen Strafrechts erklärt<sup>23</sup> und verdrängt die Schutzobjekte „Kaiser“ und „Reich“ mit der Zeit fast gänzlich aus dem Strafrecht.<sup>24</sup>

Das „Staatsgeheimnis“ wird gesetzlich wohl erstmals im Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751 verwendet. Der erste Paragraph des „Achten Capituls“ des Codex ist mit „Laster der beleidigten Majestät oder Perduellion“ überschrieben und sieht unter anderem vor, denjenigen vierzuteilen oder mit Pferden zu zerreißen sowie sein Hab und Gut dem Fiskus zuzuschlagen, der „mit Entdeckung der Staats-Geheimnissen, oder in anderweeg Landsschädliche Verräthereyen begehete“.<sup>25</sup>

Während in dieser Strafnorm neben dem Landes- auch der Hochverrat geregelt war, werden diese Delikte im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (i. F. PrALR) erstmals separat in zwei Abschnitten normiert. Damit ist der Weg in das moderne Staatsschutzstrafrecht geebnet.<sup>26</sup> Hochverrat richtete sich nach der Legaldefinition in § 92 PrALR gegen das Leben oder die Freiheit des Staatsoberhauptes oder zielte auf eine gewaltsame Umwälzung der Verfassung des Staates. Die „Landesverrätherey“ setzte nach der Legaldefini-

<sup>22</sup> Vgl. Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, § 7 S. 48, 50. Die Lehre von den Staatsverbrechen wird ein Gegenstand der Rechtswissenschaft, Nachweise ebd. § 7 S. 36 f., s. z. B. von Feuerbach, Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths, aus dem Jahr 1798.

<sup>23</sup> Schroeder, a. a. O., § 5 S. 32. Z. B. werden nach Art. 55 § 2 und Art. 61 („von dem Laster der beleidigt-weltlichen Majestät, und Landesverrätherey“) § 1 der Constitutio Criminalis Theresiana, die im Jahr 1768 in Österreich und Böhmen in Kraft trat, nicht mehr allein die „Landsfürsten“, sondern auch der „gesammte Staat“ geschützt. Der Begriff Landesverrat wird wohl erstmals in letztgenannter Vorschrift verwendet, Ritter, Verrat und Untreue an Volk, Reich und Staat, § 47, S. 271 f.

<sup>24</sup> Schroeder, a. a. O., § 5 S. 33. Auf das *crimen laesae maiestatis* folgt § 196 PrALR „Verbrechen der beleidigten Majestät“, vgl. zudem noch heute, § 90 StGB „Verunglimpfung des Bundespräsidenten“.

<sup>25</sup> Ganz ähnlich: § 45 Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen und derselben Bestrafung von 1787 (Josephina): „Wer undankbar gegen das Vaterland und den Staat, dessen Bürger er ist, aber worin ihm auch nur Aufenthalt und Schutz gewähret wird, feindselig etwas unternimmt, das mittelbar oder unmittelbar zum allgemeinen Nachtheile gereichte [...] durch Zusammenschwörung, Verrätherey, Entdeckung der Staatsgeheimnisse [...] macht sich des Landesverrathes schuldig“.

<sup>26</sup> Schroeder, a. a. O., § 7 S. 39, § 49 S. 282; Barthe/Schmidt, in: LK vor § 93 Rn. 1. Heute umfasst das Staatsschutzstrafrecht die Rechtsgüter des Bestands der BRD (s. § 92 Abs. 1, 3 Nr. 1 StGB), die äußere und innere Sicherheit der BRD (s. § 92 Abs. 3 Nr. 2 StGB) und ihre Verfassungsgrundsätze (s. § 92 Abs. 2 StGB), Steinsiek, in: LK v. § 80 Rn. 20.

tion in § 100 PrALR voraus, dass der Staat gegenüber fremden Mächten in äußere Gefahren und Unsicherheit gesetzt wurde.<sup>27</sup> Das vorsätzliche Offenbaren von Staatsgeheimnissen gegenüber fremden Mächten bedrohte § 141 PrALR mit Strafe, der dem heutigen § 94 Abs. 1 StGB gleicht. Zudem machte sich nach § 142 PrALR auch strafbar, wer ein solches Geheimnis fahrlässig offenbarte, was heute in § 97 StGB geregelt ist.

## 2. Amtsgeheimnisse

Mit der „Verrathung der Raths und Amtsgeheimnißen“ wird mit Art. 66 Constitutio Criminalis Theresiana (1768) wohl erstmals ein Straftatbestand geschaffen, der Amtsgeheimnisse ausdrücklich schützt. Danach machten sich unter anderem Räte und Beamte strafbar, „wenn sie sich unterfangen würden, wider ihren gethanen Eid die Raths- oder Amtsgeheimnißen zu offenbaren.“ Genauere beamtenrechtliche Regelungen zum Verhältnis des Berufsbeamten-tums und den darin geltenden Rechten und Pflichten sowie ein erstes ausgeformtes Beamtenstrafrecht wurden mit dem PrALR geschaffen.<sup>28</sup> Darin waren im achten Abschnitt unter dem zwanzigsten Titel die „Verbrechen der Diener des Staats“ geregelt. Der gebrochenen Amtsverschwiegenheit machte sich gemäß § 357 PrALR strafbar: „Wer außer dem Falle einer Staatsverrätherey (§. 111. 141. 142. 148.) die ihm anvertraueten Amtsgeheimnisse Andern, die sie zu wissen nicht berechtigt sind, gefährlicher Weise eröffnet“. In § 358 PrALR wurde die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht.

## 3. Privatgeheimnisse

Das PrALR sah auch die wohl ersten Straftatbestände zum dezidierten Schutz von Privatgeheimnissen vor.<sup>29</sup> Zwar existierten gesetzlich geregelte Schweige-

---

<sup>27</sup> Diese Ordnung hat sich bis heute erhalten. Der nach § 81 Abs. 1 StGB strafbare Hochverrat richtet sich gegen den Bestand der BRD oder deren verfassungsmäßige Ordnung (innere Sicherheit). Ein Landesverrat gem. § 94 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der BRD herbeigeführt wird. Zur genaueren Differenzierung s. *Schroeder*, a. a. O., § 7 S. 40 ff.

<sup>28</sup> *Ritter*, Verrat und Untreue an Volk, Reich und Staat, § 49 S. 295 f.

<sup>29</sup> *Austermühle*, Entstehung und Entwicklung persönlichen Geheimnisschutzes, S. 65.

pfllichten schon früher, insbesondere für Rechtsanwälte, etwa in der Reichskammergerichtsordnung von 1495,<sup>30</sup> und von Ärzten, ab dem 17. Jh.,<sup>31</sup> jedoch gab es noch keine korrespondierenden Strafvorschriften. Die Preisgabe von Intimitatsachen wurde bis dahin strafrechtlich allenfalls als Fälschung, Beleidigung oder Betrug aufgefasst.<sup>32</sup> Das PrALR bedrohte Angehörige bestimmter Berufs- oder Personengruppen mit Strafe, die Geheimnisse preisgaben, welche ihnen im Rahmen ihrer Tätigkeit anvertraut worden waren.<sup>33</sup> Geistliche machten sich gemäß § 500 PrALR strafbar, wenn sie Geheimnisse offenbarten, die „ihnen unter dem Siegel der geistlichen Amtsverschwiegenheit anvertraut worden“. Zudem wurden mit § 505 PrALR ausgewählte Berufsheimnisträger („Aerzte, Wundärzte und Hebammen“) mit Geldstrafe bedroht, wenn sie die „ihnen bekannt gewordenen Gebrechen und Familiengeheimnisse, in so fern es nicht Verbrechen sind“ offenbarten. Gerade der letzte Zusatz ist bemerkenswert. Er zeigt, dass die Problematik der sogenannten „illegalen“ Geheimnisse bereits zu dieser Zeit reflektiert wurde. Weiterhin stellte § 184 PrALR den Verrat von Fabrik- und Handelsheimnissen zu Gunsten anderer Staaten unter Strafe.

### III. Entwicklungen ab dem 19. Jahrhundert

Der strafrechtliche Geheimnisschutz wird im 19. Jh. insbesondere durch die Strafgesetzbücher Preußens (1851) und des Deutschen Reichs (1871) weiterentwickelt. Letzteres begleiten seit seinem Inkrafttreten umfassende Reformdiskussionen, in denen auch noch heute relevante Fragen des strafrechtlichen Geheimnisschutzes verhandelt werden.

---

<sup>30</sup> *Sauter*, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 14 f. Durch den dort in § 6 und § 7 geregelten Amtseid der „Prokuratoren“ und „Advokaten“, verpflichteten diese sich, keine geheimen Informationen weiterzugeben, die sie von ihren Mandanten erhalten hatten (die Advokaten fertigten die Schriftsätze an, die Prokuratoren unterzeichneten sie und verhandelten sie vor Gericht).

<sup>31</sup> *Sauter*, a. a. O., S. 14, 20. Die Schweigepflichten der Rechtsanwälte, Verteidiger und Notare entwickelten sich im römischen Recht, ebd., S. 3. Als „Urbild“ des Berufsheimnisses galt lange das Beichtgeheimnis, auf dessen Wahrung das kanonische Recht strengsten Wert legte, ebd., S. 9.

<sup>32</sup> *Austermühle*, a. a. O., S. 67; *Finger*, VDB Bd. VIII, S. 301 ff., zit. nach *Schünemann*, in: LK § 203 Entstehungsgeschichte; *Rogall*, NStZ 1983, 1. So heißt es etwa zum Straftatbestand der Verfälschung in § 2 Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751, die „Verfälschung [...] kann zwar gar unterschiedlicher Weis verübt werden. Am meisten aber pflegen folgende Gattungen vorzukommen. Z. E. da man [...] anvertraute Geheimnuß verrathet, zweyen Partheyen in einerley Sach dienet, oder sonst gegen Pflicht und Gewissen auf beeden Achseln trägt [...]“.

<sup>33</sup> Siehe dazu *Sauter*, a. a. O., S. 21 f. Dieses Grundprinzip ist erhalten geblieben, s. § 203 StGB.

### 1. Staatsgeheimnisse

Die mit dem PrALR entwickelte Struktur zum Schutz der äußeren Sicherheit und der Staatsgeheimnisse wird im 19. Jh. nicht wesentlich verändert.<sup>34</sup> Neu eingeführt wird der strafrechtliche Schutz diplomatischer Geheimnisse in Art. 146 Nr. 1 des Württembergischen Strafgesetzbuches von 1839.<sup>35</sup> Zudem wird mit § 71 des Preußischen Strafgesetzbuches von 1851 (i. F. PrStGB) wohl erstmals das öffentliche Bekanntmachen von Staatsgeheimnissen unter Strafe gestellt.<sup>36</sup> Der mit „Verrat von Staatsgeheimnissen“ überschriebene § 71 PrStGB wird in abgewandelter Form mit § 92 des Strafgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1871 (i. F. RStGB) übernommen.<sup>37</sup> Nach Nr. 1 dieser Vorschrift machte sich strafbar:

„Wer vorsätzlich Staatsgeheimnisse oder Festungspläne, oder solche Urkunden, Aktenstücke oder Nachrichten, von denen er weiß, daß ihre Geheimhaltung einer anderen Regierung gegenüber für das Wohl des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats erforderlich ist, dieser Regierung mittheilt oder öffentlich bekannt macht“.

Schon damals wurden die Landesverrattatbestände als zu unbestimmt kritisiert, etwa weil sie keine Legaldefinition der Staatsgeheimnisse vorsahen.<sup>38</sup> So äußerte Friedrich Carl von Savigny als Minister für Gesetzesrevision in einem Rundschreiben an die Mitglieder der preußischen Gesetzgebungskommission im Jahr 1846:

„Ich muß jedoch hinzufügen, daß mir gerade bei diesem Versuch einer Fassung eine solche Strafbestimmung als sehr bedenklich erschienen ist. Der Tatbestand dieses Verbrechens hat keine bestimmt erkennbare Grenze, denn woher soll der Täter und nachher der Richter sicher erfahren, welche Tatsachen die Geheimhaltung erfordern? Auch kann ich ein wahres Bedürfnis nicht anerkennen, eine solche Handlung mit schwerer Strafe zu bedrohen, wofür in keiner anderen Strafgesetzgebung ein Beispiel vorkommen dürfte.“<sup>39</sup>

---

<sup>34</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK vor § 93 Rn. 1.

<sup>35</sup> Ebd.

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> Eingehend zum Tatbestand des § 92 RStGB, *Gusy*, GA 1992, 195 (197 ff.).

<sup>38</sup> Z. B. bzgl. des Straftatbestands der landesverräterischen Begünstigung, § 89 RStGB, s. *Schroeder*, a. a. O., § 9 S. 97.

<sup>39</sup> *Savigny*, Rundschreiben v. 29.10.1846, abgedruckt in: *Class*, Der Einfluß des Ministeriums von Savigny auf das Preußische Strafgesetzbuch von 1851, S. 60; sowie in: *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 65. Savigny kritisierte § 89a RStGB-E, der lauten sollte: „Wer mit Verletzung seiner Untertanenpflichten Tatsachen, deren Geheimhaltung für das Wohl des Preußischen Staates erforderlich ist, öffentlich bekanntmacht oder deren öffentliche Bekanntmachung veranlaßt, soll mit Gefängnis nicht unter 6 Monaten oder mit Strafarbeit von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft werden.“ Dieser Straftatbestand wurde im Wesentlichen in § 92 Nr. 1 RStGB übernommen.

Schon kurz nach Inkrafttreten des RStGB diskutierte man im Kaiserreich über eine grundlegende Reform des Strafrechts.<sup>40</sup> Von den in den Jahren 1909, 1911 und 1913 vorgelegten Entwürfen eines neuen RStGB wurde allerdings keiner umgesetzt. Eine kleine, aus Praktikern bestehende Kommission verfasste den „Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“, der im Jahr 1909 veröffentlicht wurde (i. F.: E1909). Im Abschnitt zum Landesverrat waren in den §§ 108 ff. Straftatbestände zum Geheimnisverrat vorgesehen, in denen zwar der Begriff des Staatsgeheimnisses nicht verwendet wurde, das wesentliche Tatbestandsmerkmal der Geheimhaltungsbedürftigkeit jedoch nahezu identisch gestaltet war.<sup>41</sup>

Zwei Jahre später folgte der „Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs“, den die Professoren *Wilhelm Kahl*, *Karl von Lilienthal*, *Franz von Liszt* und *James Goldschmidt* verfasst hatten und der auch als „Entwurf Liszt“ bekannt wurde (i. F. E1911). Der Gegenentwurf hielt abgesehen von kleineren Änderungen im Allgemeinen an den Straftatbeständen fest, die bereits in den §§ 108 ff. des Vorentwurfs vorgesehen waren.<sup>42</sup>

Das Reichsjustizamt (später: Reichsjustizministerium) initiierte Reformarbeiten durch eine Strafrechtskommission, die überwiegend aus Praktikern bestand.<sup>43</sup> Sie legte im Jahr 1913 einen weiteren Entwurf vor (i. F. E1913).<sup>44</sup> In dessen zweitem Abschnitt zum Landesverrat sollte mit § 139 der „Verrat von Staatsgeheimnissen“ mit Strafe bedroht werden. Erfasst wurden „nur“ Informationen, „deren Geheimhaltung vor einer anderen Regierung für das Wohl des Reichs oder eines Bundesstaats erforderlich ist [...]“.

Im ausgehenden 19. Jh. stellte man mit den Straftatbeständen des „Spionagegesetz 93“ den Verrat militärischer Geheimnisse sowie das Beschaffen der jeweiligen Gegenstände gesondert unter Strafe.<sup>45</sup> Kurz bevor der Erste Weltkrieg ausbrach, ersetzte man dieses Gesetz durch das verschärfte „Spionagegesetz 1914“<sup>46</sup>. Darin führte die Gesetzgebung unter anderem ein eigens für die Presse vorgesehenes Delikt ein, indem das Tatbestandsmerkmal „Nachrichten“ in § 1 Abs. 2 SpG aufgenommen wurde.<sup>47</sup> Grund dieser Verschärfungen waren

<sup>40</sup> *Roxin/Greco*, AT I § 4 Rn. 3.

<sup>41</sup> Siehe § 108 Abs. 1 E1909: „deren Geheimhaltung für das Wohl des Reichs oder eines Bundesstaats, insbesondere im Interesse der Landesverteidigung, erforderlich ist“.

<sup>42</sup> Siehe die Begründung zu dem Entwurf (J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, Berlin 1911), S. 165 f.

<sup>43</sup> *Goltsche*, Der Entwurf Radbruch, S. 22; *Roxin/Greco*, AT I § 4 Rn. 6.

<sup>44</sup> Entwürfe I., Entwurf der Strafrechtskommission (1913), S. 82.

<sup>45</sup> *Steinsiek*, in: LK, v. § 80 Rn. 3. Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3.7.1893, RGBl. I 1893, Nr. 27, S. 205 ff.

<sup>46</sup> Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3.6.1914, RGBl. I 1914, Nr. 32, S. 195 ff. Im Gegensatz zu diesem Gesetz gilt das US-amerikanische Pendant, der Espionage Act of 1917, noch heute.

<sup>47</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 67.



die großen Fortschritte in der Rüstungstechnik, die vor der auch zu Friedenszeiten betriebenen systematischen Spionage feindlicher Mächte geschützt werden sollten.<sup>48</sup>

## 2. Amtsgeheimnisse

Der Verrat von Amtsgeheimnissen wurde, dem PrALR folgend, in allen Partikularstrafgesetzen, etwa Art. 441 StGB Bayern (1813) oder Art. 470 StGB Oldenburg (1814), mit Strafe bedroht.<sup>49</sup> Demgegenüber war ein solcher Straftatbestand weder im PrStGB noch im RStGB vorgesehen. Allerdings enthielten verschiedene andere Gesetze geheimnisschützende Strafbestimmungen für Amtsträger, die zu einer unübersichtlichen Rechtslage führten.<sup>50</sup> Die Entwürfe von 1909 und 1911 sahen ebenfalls keinen Straftatbestand zum Schutz von Amtsgeheimnissen vor. Allerdings sollte nach § 205 E1909 und § 172 E1913 der spezielle Straftatbestand für den „Geheimnisbruch usw. durch Beamte des Auswärtigen Amtes“ geschaffen werden.

## 3. Privatgeheimnisse

Die meisten strafrechtlichen Kodifikationen aus der ersten Hälfte des 19. Jh. sahen Straftatbestände zum Schutz von Privatgeheimnissen vor, die sich an denen des PrALR orientierten.<sup>51</sup> Die Straftatbestände des PrStGB (1851) prägte außerdem der Code pénal von 1813.<sup>52</sup> Der Täterkreis wurde in § 155 PrStGB erweitert, sodass nicht mehr nur „Medicinalpersonen und deren Gehülfen“, sondern fortan „alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind“ erfasst wurden.<sup>53</sup> Eine ganz ähnliche Vorschrift wurde mit § 300 StGB des Norddeutschen Bundes geschaffen, der Täterkreis wurde darin wieder etwas begrenzt („Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Vertheidiger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen“). Diese Vorschrift fand fast unverändert als § 300 Eingang in das RStGB.<sup>54</sup> Für den Straftatbestand der Verletzung von Privatgeheimnissen sahen § 291 Abs. 4 E1911 und § 354 Abs. 2 E1913 einen Strafbarkeitsausschluss bei Wahrnehmung berechtigter Interessen vor, der im heutigen § 203 StGB

---

<sup>48</sup> *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, § 9 S. 96.

<sup>49</sup> *Austermühle*, Entstehung und Entwicklung persönlichen Geheimnisschutzes, S. 160.

<sup>50</sup> Vgl. Quellen I.1. E1925, Begründung, S. 73.

<sup>51</sup> *Austermühle*, a. a. O., S. 160; *Sauter*, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 22.

<sup>52</sup> *Austermühle*, a. a. O., S. 162; *Rogall*, NStZ 1983, 1 (2); *Sauter*, a. a. O., S. 22; jeweils mit Verweis auf Art. 378 Code pénal.

<sup>53</sup> Zu dieser Vorschrift s. *Rogall*, NStZ 1983, 1 (2).

<sup>54</sup> Dazu *Austermühle*, a. a. O., S. 186.

zwar nicht vorgesehen ist, sich jedoch für das Whistleblowing als geeignet erweisen könnte.<sup>55</sup> Zudem sollte mit § 352 E1913 die „öffentliche Erörterung fremder Angelegenheiten“, unter anderem „Angelegenheiten des häuslichen oder Familienlebens eines anderen, die das öffentliche Interesse nicht berühren“, als Allgemeindelikt unter Strafe gestellt werden.

Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen entwickelt sich maßgeblich mit dem ausgehenden 19. Jh.<sup>56</sup> Während im RStGB keine Strafvorschriften zum Schutz von Unternehmensgeheimnissen vorgesehen waren,<sup>57</sup> stellte § 9 des im Jahre 1896 eingeführten UWG die unbefugte Mitteilung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses durch Angestellte, Arbeiter oder Lehrlinge unter Strafe.<sup>58</sup> Der zuletzt geltende Straftatbestand des § 17 Abs. 1 UWG a. F. beruhte auf dem novellierten UWG von 1909,<sup>59</sup> wurde jedoch durch den hundert Jahre später eingeführten § 23 GeschGehG ersetzt.

#### IV. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum „publizistischen Landesverrat“

In der Weimarer Republik verfolgte der Staat viele Publizisten und Whistleblower wegen Landesverrats gemäß § 92 Nr. 1 RStGB und wegen Spionage nach § 1 f. SpG, einige verurteilte das Reichsgericht.

##### *1. Ermittlungsverfahren und Verurteilungen*

Von den 2.346 Strafverfahren wegen Landesverrats richteten sich etwa 15 % gegen „publizistische Landesverräter“, d. h. Journalisten oder Herausgeber, die als Staatsgeheimnisse bewertete Sachverhalte aufdeckten.<sup>60</sup> Die Verurteilungsquote schwankte, relativ geringfügig, zwischen 2,8 % im Jahr 1932 und 11 % im Jahr 1929.<sup>61</sup> Dies lag in erster Linie an der exzessiven Strafanzeigenpolitik

---

<sup>55</sup> Siehe dazu noch 3. Teil § 3.

<sup>56</sup> Eingehend zu deren Rechtsgeschichte, *Arians*, in: Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses, S. 347 ff.; *Wawrzinek*, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, S. 45 ff.

<sup>57</sup> Wobei die Lehre wohl auch Unternehmensgeheimnisse unter § 300 RStGB subsumierte, *Rogall*, NSTZ 1983, 1 (3). Ausdrücklich wurden diese Geheimnisse jedoch erst im Jahr 1975 in die Nachfolgevorschrift (§ 203 StGB) aufgenommen, ebd.

<sup>58</sup> RGBl. I S. 145.

<sup>59</sup> *Janssen/Maluga*, in: MK, 2. Aufl., UWG § 17 Rn. 5. RGBl. I S. 499.

<sup>60</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 58.

<sup>61</sup> Ebd. S. 58.

des Reichswehrministeriums,<sup>62</sup> die wohl bezweckte, „militärkritische Veröffentlichungen zu unterdrücken“.<sup>63</sup> Schon damals monierte man, dass die Verfahren nach ihrer Einleitung jahrelang schwebten und später ohne Prozess eingestellt wurden.<sup>64</sup> Die Verfahren dienten wohl eher der Einschüchterung als einer praktisch seltenen Bestrafung.<sup>65</sup>

Allerdings verurteilte das RG in mehreren Fällen wegen Landesverrats gemäß § 92 RStGB oder Spionage nach § 1 f. SpG,<sup>66</sup> obwohl die Angeklagten „illegale“ Staatsgeheimnisse offengelegt hatten. Insbesondere ging es um geheime Aktivitäten, die gegen die Bestimmungen des Versailler Vertrages verstießen.<sup>67</sup> Die Publikationen bezogen sich teilweise auf den öffentlich zugänglichen Haushaltsplan, mit dem Ausgaben zur Wiederaufrüstung verschleiert wurden – sogenannte Etatkritik.<sup>68</sup> Im militärischen Bereich wurden geheime Maßnahmen und Programme aufgedeckt, etwa die Unterstützung der „Schwarzen Reichswehr“ durch die offizielle Reichswehr, die Unterstützung des aktiven Widerstandes im Ruhrkampf durch staatliche Stellen, die Einstellung von Zeitfreiwilligen, der Wiederaufbau einer Luftwaffe und die Herstellung schwerer Kriegswaffen.

## 2. Etatkritik und Veröffentlichungen von Völkerrechtsverstößen

Der Journalist Walter Oehme deckte auf, dass das Reichswehrministerium verdeckte Etatmittel an rechtsradikale paramilitärische Organisationen weitergab.

<sup>62</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 249.

<sup>63</sup> Ebd. S. 250; unkritisch hingegen *Windisch*, Die Strafverfolgung von Kritikern der illegalen Rüstung in der Weimarer Republik, S. 119 f.

<sup>64</sup> *Gusy*, GA 1992, 195 (212 m. w. N.).

<sup>65</sup> Ebd. – Heute lässt sich eine ähnliche Praxis beobachten, die als *punishment by process* kritisiert wird, etwa bzgl. des Strafverfahrens gegen den NSA-Whistleblower Thomas Drake. Beschuldigte werden langjährigen, kräftezehrenden und kostspieligen Strafverfahren ausgesetzt, die sie letztlich zwingen, sich im Prozess auf eine Verständigung einzulassen, *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (310); *Herold*, KJ 2019, 336 (343).

<sup>66</sup> Für die Dogmatik dieser Rspr. waren, so *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 78, insb. folgende Entscheidungen maßgeblich: (1) RG, Urt. v. 28.8.1923 – 7J69/23 (*Oehme*); (2) Urt. v. 27.3.1924 – 6J30/23 (*Steinicke*); (3) Urt. v. 15.3.1927 – 7J137/26 (*Riegel*); (4) Urt. v. 14.3.1928 – 7J63/25 (*Küster/Jacob Salomon*) = RGSt 62, 65; (5) Urt. v. 19./20.6.1928 – 13J107/26 (*Gabel*); (6) Urt. v. 10.1.1930 – 14aJ128/29 (*Bredel*); (7) Urt. v. 1.4.1930 – 7J80/29 (*Schwotzer*); (8) Urt. v. 2.5.1930 – 14aJ381/29 (*Hinkelmann*); (9) Urt. v. 11./12.7.1930 – 7J10/29 (*Schröer*); (10) Urt. v. 23./24.7.1930 – 14aJ336/29 (*Stibi*); (11) Urt. v. 23.11.1931 – 7J35/29 (*Kreiser/von Ossietzky*). Das RG war gem. § 136 Abs. 1 Nr. 1 GVG (1877) „für die Untersuchung und Entscheidung in erster und letzter Instanz“ zuständig, „insofern diese Verbrechen gegen den Kaiser oder das Reich gerichtet sind“. Beim Vorwurf der Spionage (§ 1 SpG) war es gem. § 18 SpG für die Untersuchung und Entscheidung zuständig.

<sup>67</sup> Siehe dazu auch *Windisch*, a. a. O., S. 4 ff.

<sup>68</sup> So teilweise auch im Fall *Kreiser/von Ossietzky*, s. *Hanten*, a. a. O., S. 171.

Das Reichsgericht verurteilte ihn deshalb wegen versuchten<sup>69</sup> Landesverrats zu einem Jahr und fünf Monaten Freiheitsstrafe.<sup>70</sup> Otto Steinicke, ebenfalls Journalist, wurde wegen einer Veröffentlichung aus demselben Jahr in der „Roten Fahne“ (Publikationsorgan der KPD) zu 15 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt. In seinem Text ging es darum, dass sich staatliche Stellen am aktiven Widerstand im Ruhrkampf<sup>71</sup> beteiligten, was eine Verletzung des Versailler Vertrages nahelegte.

Intensiv wurde die Verurteilung der Journalisten Fritz Küster und Berthold Jacob Salomon aus dem Jahr 1928 diskutiert und kritisiert.<sup>72</sup> Letzterer hatte zwei Artikel zur Einstellung von Zeitfreiwilligen in die Reichswehr verfasst. Das waren Personen, die entgegen Art. 174 des Versailler Vertrags zu einer Art Reserveübung eingestellt wurden, die erheblich kürzer war als der zwölfjährige Wehrdienst.<sup>73</sup> Die pazifistische Wochenzeitschrift „Das andere Deutschland“ veröffentlicht. Salomon und Küster als verantwortlicher Redakteur wurden wegen versuchten Landesverrats zu neun Monaten Festungshaft verurteilt.

Es stellte eine gängige Praxis des RG dar, „nur“ wegen Versuchs zu bestrafen, um die Frage unbeantwortet zu lassen, ob die veröffentlichten Informationen wahr seien.<sup>74</sup> Nach außen sollte der Eindruck erweckt werden, dass es sich bei den Publikationen nur um Behauptungen handelte, die nicht zuträfen.<sup>75</sup> Beweisanträge der Verteidigung, die zwar zu einer Vollendungsstrafbarkeit hätten führen können, aber wohl politisch gewollt waren, wurden vom RG mehrere Male, etwa im Fall *Steinicke* und im Fall *Küster/Jacob Salomon*, abgelehnt.<sup>76</sup>

### 3. Weltbühne-Prozess: Wiederaufrüstung der Luftwaffe

Im Weltbühne-Prozess aus dem Jahr 1931, dem letzten und bedeutendsten Landesverratsverfahren der Weimarer Republik,<sup>77</sup> wurden der Herausgeber Carl

---

<sup>69</sup> Zur Verurteilung „nur“ wegen Versuchs s. noch sogleich im Haupttext.

<sup>70</sup> Siehe dazu *Hanten*, *Publizistischer Landesverrat*, S. 79 ff.

<sup>71</sup> In den Jahren 1923 bis 1925 besetzten französische und belgische Truppen bis dahin unbesetzte Teile des Ruhrgebiets. Die Regierung um Wilhelm Cuno rief offiziell dazu auf, passiven Widerstand gegen die Besatzer zu leisten.

<sup>72</sup> Z. B. *Radbruch*, *Vorwärts* v. 21.3.1928 = RGA XII, 217 f.; *Schücking*, DJ III (1927/1928), 509 (514): „Das Urteil geht auf eine Reihe wissenschaftlicher Fragen ein, wimmelt aber von Widersprüchen“.

<sup>73</sup> *Hanten*, *Publizistischer Landesverrat*, S. 115.

<sup>74</sup> Dafür liegen etwa auch Anhaltspunkte im Fall *Steinicke* vor, RG, Urt. v. 27.3.1924 – 6J30/23, s. *Hanten*, a. a. O., S. 104.

<sup>75</sup> Siehe etwa RGSt 62, 65 (70) (*Küster/Jacob Salomon*).

<sup>76</sup> RG, Urt. v. 27.3.1924 – 6J30/23 (*Steinicke*); RGSt 62, 65 (*Küster/Jacob Salomon*), s. dazu *Hanten*, *Publizistischer Landesverrat*, S. 122 f. und *Gusy*, GA 1992, 195 (205 ff.). Eingehend zur Behandlung von Beweisanträgen durch das RG, *Hanten*, a. a. O., S. 242 ff.

<sup>77</sup> *Hanten*, a. a. O., S. 158.

von Ossietzky und der Whistleblower Walter Kreiser verurteilt.<sup>78</sup> Der Flugzeugkonstrukteur Walter Kreiser hatte in der *Weltbühne* vom 12. März 1929 unter dem Pseudonym „Heinz Jäger“ den Artikel „Windiges aus der deutschen Luftfahrt“ veröffentlicht. Darin beschrieb er, wie die Reichswehr die Luftwaffe heimlich wiederaufrüstete. In Zusammenarbeit mit der Lufthansa betrieb sie auf dem zivilen Berliner Flugplatz Johannistal-Adlershof eine geheime Abteilung „M“ (Militär). Kreiser hatte dort eine Zeitlang gearbeitet und war etwa an der Konstruktion des Tragschraubers (Gyrokopter) beteiligt. Der Wiederaufbau der Luftwaffe verstieß gegen den Versailler Vertrag und war damit völkerrechtswidrig.<sup>79</sup> Kreiser und von Ossietzky wurden wegen der Publikation zu je 18 Monaten Freiheitsstrafe wegen vollendeter Spionage gem. § 1 Abs. 2 SpG verurteilt. Der ebenfalls vollendete Landesverrat gem. § 92 Abs. 1 RStGB wurde im Wege der Spezialität verdrängt.<sup>80</sup> Kreiser floh zunächst nach Frankreich und später nach Brasilien. Von Ossietzky hielt es aus ideellen Gründen für seine Pflicht, die Strafe abzusetzen. Nachdem sein Gnadengesuch abgelehnt worden war, schrieb er:

„Ich gehe nicht aus Gründen der Loyalität ins Gefängnis, 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.“<sup>81</sup>

Die Verteidigung hatte im „Weltbühne-Prozess“ dargelegt, dass die aufgedeckten Tatsachen auch im Ausland (Großbritannien, Frankreich, Spanien, Portugal) weit verbreitet und damit kein Geheimnis gewesen seien.<sup>82</sup> Deutsche Militärs bestätigten im Prozess, dass ausländische Nachrichtendienste bereits in diese Richtung ermittelt hatten, weshalb es fast undenkbar war, dass den aus-

---

<sup>78</sup> Siehe dazu etwa *A. Arndt*, NJW 1966, 25; *Dörr/Diersch*, ZfP 2017, 468 (480 ff.); *Hanten*, a. a. O., S. 158 ff.; *Gusy*, GA 1992, 195 (208 ff.); *Klug*, FS Baumgärtel, S. 249 ff.; *ders.*, FS Spendel, S. 680 ff.; *Joerden*, JZ 1994, 582; *ders.*, JRE 19 (2011), 227 (237); *Windisch*, Die Strafverfolgung von Kritikern der illegalen Rüstung in der Weimarer Republik, S. 82 ff.

<sup>79</sup> Siehe Art. 198 Abs. 1 Versailler Vertrag: „Deutschland darf Luftstreitkräfte weder zu Lande noch zu Wasser als Teil seines Heerwesens unterhalten.“

<sup>80</sup> RG, Urt. v. 23.11.1931 – 7J35/29 (*Kreiser/von Ossietzky*). Die Entscheidung wurde geheim gehalten. Selbst dem BGH waren die Entscheidungsgründe im Fall *Pätsch* von 1965 wohl nicht bekannt, BGHSt 20, 342 (356) (*Pätsch*) = juris Rn. 203. Inzwischen ist das Reichsgerichtsurteil vollständig online einsehbar ([https://de.wikisource.org/wiki/Reichsgericht\\_Urteil\\_Weltb%C3%BChne-Prozess](https://de.wikisource.org/wiki/Reichsgericht_Urteil_Weltb%C3%BChne-Prozess)).

<sup>81</sup> *von Ossietzky*, Die Weltbühne v. 10.5.1932, 690; hingegen meinte *von Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (201), es handele sich um eine „irrigte Vorstellung [...], daß das Reichsgericht in politischen Prozessen nicht frei von Tendenz urteile.“ Vielmehr erblickte er im RG einen „Hort der Gerechtigkeit in den Wogen politischer Leidenschaften“.

<sup>82</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 167.

ländischen Regierungen die geheimen deutschen Aktivitäten verborgen geblieben wären.<sup>83</sup> Es hätte deshalb schon *in dubio pro reo* unterstellt werden müssen, dass die ausländischen Regierungen Kenntnis von den aufgedeckten Aktivitäten hatten und damit auch nach dem relativen Geheimnisbegriff kein strafrechtlich geschütztes Geheimnis vorlag.<sup>84</sup> Nach diesem damals vertretenen Geheimnisbegriff konnten selbst im Inland verbreitete Informationen noch als geheim im Rechtssinne bewertet werden.<sup>85</sup> Maßgeblich war allein, ob die Informationen der fremden Regierung noch nicht bekannt waren,<sup>86</sup> wovon im Weltbühne-Prozess gerade nicht auszugehen war.

Weiterhin wurde den Verteidigern im Weltbühne-Prozess nur eine Ausfertigung des Urteils zur Lektüre im Gerichtssaal ausgehändigt und das Urteil anschließend wieder zu den Akten genommen.<sup>87</sup> Das Verfahren fand, wie es für die Landesverratsverfahren die Regel war, unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt,<sup>88</sup> sodass eine Kontrolle durch dieselbe nicht möglich war. Die Verfahrensbeteiligten wurden gem. § 174 Abs. 3 GVG zur Verschwiegenheit über den Prozessverlauf und sein Ergebnis verpflichtet. Nur einzelne Urteile des Reichsgerichts wurden veröffentlicht. Mangelnde prozessuale Transparenz wird auch heute in den USA bei Anklagen aufgrund des Espionage Act 1917 moniert, weil die Arbeit der Verteidigung durch Geheimhaltungsmaßnahmen erheblich eingeschränkt und eine begleitende kritische Überprüfung der Verfahren erschwert wird.<sup>89</sup>

Anfang der 1990er Jahre beantragte die Tochter Carl von Ossietzkys eine Wiederaufnahme des Verfahrens, zunächst beim Kammergericht Berlin und dann beim Bundesgerichtshof. Beide Rechtsbehelfe verwarfen die Gerichte auf

---

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> Ebd.

<sup>85</sup> St. Rspr. seit RGSt 10, 420; s. etwa auch RG, Urt. v. 27.3.1924 – 6J30/23 (*Steinicke*); RG, Urt. v. 23.11.1931 – 7J35/29 (*Kreiser/von Ossietzky*); zust. *von Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (192). Zur Rezeption und teilweisen Kritik durch die Literatur s. Hanten, a. a. O., S. 192 ff. Nicht mehr als geheim galten Informationen, wenn sie bereits im gewöhnlichen Buchhandel erhältlich waren, RG, Urt. v. 13.7.1921 – C74/20 (*Jongerius*). Zwar wird auch heute ein relativer Geheimnisbegriff verwendet, entscheidend ist aber, ob der Zugang zum Geheimnis in einer Weise überwacht, kontrolliert und damit begrenzt wird, die geeignet ist, „ein *allgemeines Bekanntwerden* des geheim zu haltenden Inhalts zu verhindern.“ *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 Rn. 7 m. w. N. (Hervorh. d. R. B.).

<sup>86</sup> Danach konnte die Geheimniseigenschaft selbst dann noch bejaht werden, wenn die Informationen im Inland schon einem größeren Personenkreis bekannt waren, RGSt 10, 420 (421); 25, 45 (48).

<sup>87</sup> *Gusy*, GA 1992, 195 (212).

<sup>88</sup> Ebd. Heute würde wohl nicht anders verfahren werden, vgl. § 172 Nr. 1 GVG.

<sup>89</sup> Siehe dazu *Radack*, *The Wall Street Journal* v. 21.1.2014.

Antrag der Staats- bzw. der Generalbundesanwaltschaft.<sup>90</sup> Die Literatur bewertet das RG-Urteil dagegen als rechtlich nicht haltbar<sup>91</sup> und geht teilweise von Rechtsbeugung durch die Reichsrichter aus, entgegen der Ansicht des BGH.<sup>92</sup> Schon in den 1960er Jahren hatte Adolf Arndt in der Verurteilung eine „Schande für die Justiz“ und eine „Rechtskatastrophe“ erkannt.<sup>93</sup>

Die einschlägigen Entscheidungen des RG wurden außerdem, sofern sie überhaupt öffentlich zugänglich waren, schon in verschiedenen Beiträgen aus der Weimarer Zeit scharf kritisiert, was noch im Abschnitt zu den „illegalen“ Staatsgeheimnissen (§ 4 IV. 1.) vertieft wird. Die Rechtsprechung nahm von dieser Literatur kaum Notiz.<sup>94</sup>

## V. Reformentwürfe in der Weimarer Republik

Nach den bereits erwähnten E1909, E1911 und E1913 wurden in den Folgejahren noch weitere Entwürfe eines Strafgesetzbuches erarbeitet. Zunächst entwarf eine vom Reichsjustizministerium eingesetzte vierköpfige Kommission einen Gesetzestext, der 1919 veröffentlicht wurde (i. F. E1919<sup>95</sup>) und dem der Kommissionsentwurf von 1913 als Grundlage diente.<sup>96</sup> Der Entwurf von 1919 sollte eine öffentliche Diskussion der Reformen anstoßen, wurde aber nicht als Regierungsentwurf eingebracht.<sup>97</sup> Unter Gustav Radbruchs Federführung, seines Zeichens Reichsjustizministers, entstand ein weiterer Entwurf, der im Jahr 1922 fertiggestellt wurde. Das Kabinett verabschiedete ihn zwei Jahre später

---

<sup>90</sup> BGH, Beschl. v. 3.12.1992 – StB 6/92 = JZ 1994, 580; für eine Wiederaufnahme hingegen, *Joerden*, ebd. S. 583 f.; a. A. *Gössel*, NSTZ 1993, 565; krit. zu den Beschl. des KG und des BGH auch *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 182 ff., 188 ff.

<sup>91</sup> So etwa *Klug*, FS Spindel, S. 680 (680 f.); *Joerden*, JRE 19 (2011), 227 (237); a. A. z. B. *Windisch*, Die Strafverfolgung von Kritikern der illegalen Rüstung in der Weimarer Republik, S. 105, der allerdings, naiv, von der Unvoreingenommenheit der Reichsrichter ausgeht und keine politische Tendenz zu erkennen vermag.

<sup>92</sup> *Hanten*, a. a. O., S. 252; *Klug*, FS Baumgärtel, S. 252; a. A. *Windisch*, a. a. O., S. 126; *Joerden*, JZ 1994, 582, hält die Ansicht des BGH, dass nicht genügend Anhaltspunkte für einen konkreten Verdacht einer strafbaren Verletzung der Amtspflichten durch die Richter des RG bestand, zumindest für vertretbar.

<sup>93</sup> *A. Arndt*, NJW 1966, 25; *Unger*, FS Rösser, 943 (946), meint, die Urteile des RG hätten entscheidend zum Zusammenbruch der Demokratie beigetragen und die Justiz sei „als an der Hitlerkatastrophe mitverantwortlich anzusehen.“

<sup>94</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 191.

<sup>95</sup> Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, Berlin 1920. Wieder abgedruckt, in: Quellen zur Reform I.1., S. 5 ff.

<sup>96</sup> *Goltsche*, Der Entwurf Radbruch, S. 22 f.

<sup>97</sup> Ebd.

in einer überwiegend nur redaktionell überarbeiteten Fassung (i. F. E1922/1924<sup>98</sup> oder Entwurf Radbruch).<sup>99</sup>

Den Entwurf Radbruch veränderte man noch leicht, leitete ihn dem Reichsrat zu und veröffentlichte ihn schließlich im Jahr 1925 als Reichsratsvorlage (i. F. E1925).<sup>100</sup> Allerdings wurden im weiteren Prozess wesentliche Reformanliegen revidiert. Den schließlich im Jahr 1927 in den Reichstag eingebrachten, stark veränderten Entwurf (i. F. E1927)<sup>101</sup> nannte Radbruch eine „namenslose Enttäuschung“,<sup>102</sup> da er sich von dem ursprünglichen Reformkonzept eines rationalen und humanen Strafrechts wieder weit entfernt habe.<sup>103</sup> In der fünften Wahlperiode wurde auf Betreiben von Wilhelm Kahl im Jahr 1930 wieder ein etwas progressiverer Entwurf eingebracht (i. F. E1930).<sup>104</sup> Der Entwurf scheiterte aber in der Weimarer Republik, die im Begriff der Auflösung stand, insbesondere am Widerstand der Nationalsozialisten.<sup>105</sup>

### 1. Staatsgeheimnisse

Bezüglich des Staatsgeheimnisbegriffs sahen die Entwürfe keine Neuerungen vor. Mit leicht variierenden Formulierungen hielt man mit der Vorschrift über den „Verrat von Staatsgeheimnissen“ daran fest, dass die „Geheimhaltung vor einer anderen Regierung für das Wohl des Reichs oder eines Landes erforderlich“ sein und durch die Weitergabe „das Wohl des Reichs oder des Landes gefährdet“ werden müsse.<sup>106</sup> Da das Reichsgericht aber nicht einheitlich definierte, was unter dem Wohl des Reiches zu verstehen war, sondern den Begriff mittels einer inkonsistenten Kasuistik nur fragmentarisch umriss,<sup>107</sup> wurde die Formulierung als zu vage kritisiert, etwa von Landgerichtsrat Dr. Hans Löwenthal:

„Besonders schwierig ist die prozessuale Feststellung, ob ein Staatsgeheimnis vorliegt, ob dessen Geheimhaltung zum Wohle des Staates erforderlich ist [...]. Ironisch bemerkte der Zentrumsabgeordnete Gröber bei den Reichstagsverhandlungen zum Spionagegesetz am

---

<sup>98</sup> Wieder abgedruckt, in: Quellen zur Reform I.1., S. 145 ff., und auch in: *Dehler/Schmidt*, Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922). Zur „zwanzigjährigen Vorarbeit“ des Entwurfs, ebd., S. 47 ff.

<sup>99</sup> *Radbruch*, ZStW 45 (1925), 417 = RGA IX, 211 ff.

<sup>100</sup> Quellen I.1. E1925.

<sup>101</sup> RT-Drs. III/3390. Wieder abgedruckt, in: Quellen zur Reform I.1., S. 437 ff.; *Schubert*, in: ebd., S. XX. Die Ausschussberatungen zu diesem Entwurf wurden bis zum Ende der IV. WP nicht beendet.

<sup>102</sup> *Radbruch*, Abbau des Strafrechts, RGA IX, 246 m. Anm. 1.

<sup>103</sup> *Neumann*, KJ 2004, 431.

<sup>104</sup> RT-Drs. V/395; *Roxin/Greco*, AT I § 4 Rn. 10.

<sup>105</sup> Ebd.

<sup>106</sup> So § 145 E1919, § 92 E1922/1924, § 92 E1925, § 93 E1927.

<sup>107</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 198.



26.11.1913, daß keiner der drei Regierungsvertreter – es waren dies Staatssekretäre der Justiz, des Heeres und der Marine – den Abgeordneten das Geheimnis habe entrollen können, was ein militärisches Geheimnis sei. Nicht geringer sind die Schwierigkeiten der Ergründung, ob ein Staatsgeheimnis und ein Bedürfnis zur Geheimhaltung im Sinne des § 92 StGB vorliegt.“<sup>108</sup>

Löwenthal schlug vor, folgenden Absatz in § 92 RStGB aufzunehmen:

„Ob ein Staatsgeheimnis vorliegt, ist auf Verlangen des Beschuldigten oder seines Verteidigers, das in jeder Lage des Verfahrens zulässig ist, durch ein Gutachten des Auswärtigen Amtes festzustellen, von dem das Gericht zuungunsten des Beschuldigten nicht abweichen darf [...]“.<sup>109</sup>

Die bereits im Zusammenhang der Strafverfahren wegen „publizistischen Landesverrats“ und der einschlägigen Reichsgerichtsurteile erwähnte Diskussion zu der Frage, ob „illegale“ Staatsgeheimnisse überhaupt strafrechtlich geschützt sein sollten (dazu noch § 4 IV. 1.) spiegelte sich in den Entwürfen nicht wider.

## 2. Amtsgeheimnisse

Während frühere Kodifikationen, das RStGB von 1871 sowie die Entwürfe von 1911, 1913 und 1919 kein allgemeines Delikt zum Schutz von Dienstgeheimnissen vorsahen,<sup>110</sup> sollte mit § 133 E1922/1924 der Straftatbestand der „Verletzung des Amtsgeheimnisses“ geschaffen werden. Die Vorschrift sollte die bislang in verschiedenen Gesetzen verstreuten Strafbestimmungen in einer für Amtsträger einheitlichen Regelung zusammenführen. Es sei nicht zu rechtfertigen, dass ein Verstoß gegen eine Pflicht, die für alle Amtsträger in gleicher Weise bestehe, „bei einigen Gruppen von Amtsträgern strafrechtlich, bei anderen nur im Wege der Dienstzucht“ und bei wieder „anderen überhaupt nicht geahndet“ werde.<sup>111</sup>

Nach § 133 Abs. 1 E1922/1924 sollte sich ein Amtsträger strafbar machen, „der ohne besondere Befugnis ein ihm kraft seines Amtes anvertrautes oder zugängliches Geheimnis offenbart und dadurch ein berechtigtes öffentliches oder privates Interesse gefährdet“.<sup>112</sup> Der zweite Absatz der Vorschrift sah einen Strafbarkeitsausschluss für denjenigen vor, der „ein Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und

<sup>108</sup> Löwenthal, DJ III (1927/1928), 120 (136).

<sup>109</sup> Ebd. S. 139, was bereits vorgekommen war. In vergleichbarer begutachtender Funktion werden aktuell verschiedene externe Stellen ins Spiel gebracht, s. dazu noch unter § 4 III. 2.

<sup>110</sup> Abgesehen vom Geheimnisbruch usw. durch Beamte des Auswärtigen Amtes in § 172 E1913 und § 179 E1919 sowie der Verletzung von Privatgeheimnissen durch Beamte gem. § 355 E1919.

<sup>111</sup> Quellen I.1. E1925, Begründung, S. 73.

<sup>112</sup> Quellen I.1. E1922, S. 17; E1925, S. 16 f.

dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig abgewogen hat“.<sup>113</sup> Diese Ausnahmeregelung erscheint – gerade im Zusammenhang mit dem Whistleblowing – nach wie vor diskussionswürdig, denn ein derartiger Strafbarkeitsausschluss fehlt im heute geltenden § 353b StGB. Deshalb wird diese Regelung im Rahmen des Abschnitts zum Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen noch genauer untersucht.<sup>114</sup>

Ein restriktiverer Straftatbestand wurde mit § 140 E1927 vorgeschlagen. Er sah zwar keine Klausel zur Wahrnehmung berechtigter Interessen vor, machte die Strafbarkeit aber davon abhängig, dass der Täter ein Geheimnis „gegen Entgelt oder in der Absicht offenbart, sich oder einem anderen unrechtmäßig einen Vorteil zu verschaffen“. In der Begründung wurde der Straftatbestand des § 133 E1922/1924 als zu weitgehend kritisiert, denn er habe „auch Fälle mit Strafe bedroht, die nach allgemeinem Rechtsempfinden nicht strafwürdig sind und höchstens Ahndung im Dienstaufsichtsweg erfordern.“<sup>115</sup>

### 3. Privatgeheimnisse

Was die Privatgeheimnisse anbelangte, war der Entwurf von 1919 mit dem von 1913 nahezu identisch. Insbesondere war auch in § 355 Abs. 3 E1919 ein Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgesehen. Einen äquivalenten auf die „Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses“ abstellender Strafbarkeitsausschluss enthielt auch der gleichbenannte „Verrat von Privatgeheimnissen“ in § 285 Abs. 3 E1922/1924 bzw. § 293 Abs. 3 E1925. In dem darauffolgenden Entwurf erweiterte man die Klausel um ein Erforderlichkeitsmerkmal und eine Interessenabwägungsklausel, § 325 Abs. 3 E1927.<sup>116</sup>

Die Verletzung des Steuergeheimnisses war seit 1919 zunächst in den §§ 10, 376 der Reichsabgabenordnung geregelt.<sup>117</sup> Mit § 143 E1927 sollte das Delikt in das RStGB überführt werden. Eingang in das Kernstrafrecht fand der Straftatbestand dann erst im Jahr 1962 mit § 473 StGB.<sup>118</sup> Leicht verändert und neu geregelt wurde die Vorschrift in § 355 StGB, der 1975 in Kraft trat.<sup>119</sup>

Die Entwürfe von 1919, 1922/1924, 1925 sowie von 1927 scheiterten sämtlich im Gesetzgebungsverfahren. Dies ist auch auf politische Widerstände zu-

<sup>113</sup> Quellen I.1. E1922, S. 17; E1925, S. 16 f.

<sup>114</sup> Siehe 3. Teil § 3 II. 2.

<sup>115</sup> Quellen I.1. E1927, Begründung, S. 79 (zu § 140).

<sup>116</sup> Siehe im Einzelnen zu den genannten Vorschriften noch 3. Teil § 3 II. 2.

<sup>117</sup> RGBl. I, S. 1993. Später in §§ 22, 412 RAO, *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 8.

<sup>118</sup> BT-Drs. IV/650, S. 90, 666 ff. Aufgrund der Überlegung, „daß es sich hierbei um eine besonders wichtige Sonderregelung zu der allgemeinen Vorschrift über den Bruch des Dienstgeheimnisses handelt, die mit dieser sachlich eng zusammenhängt und daher auch gesetzlich zusammen geregelt werden sollte.“ Ebd., S. 666.

<sup>119</sup> BGBl. I 1974, S. 499; BT-Drs. VII/550, S. 287 f.; Art. 326 Abs. 1 EGGStGB.

rückzuführen, aufgrund derer Reformvorhaben, etwa die von Radbruch angestrebten, immer wieder verschleppt wurden.<sup>120</sup> Das RStGB wurde erst mit dem „Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung“ vom 24. November 1933<sup>121</sup> umfassend, aber in eine ganz andere Richtung verändert.

## VI. Der Verrat im Nationalsozialismus

Geheimhaltung wird im NS-Staat, wie schon im Absolutismus, zur Obsession.<sup>122</sup> Dies lässt sich etwa daran ablesen, dass sich „die staats- und strafrechtliche Literatur zum Geheimnisverrat“ ab 1933 häuft.<sup>123</sup> An historisch vage „germanische“ Rechtsquellen anknüpfend (s. I.), wird vertreten, es komme beim Landesverrat nicht primär auf den Begriff des Staates an, „sondern auf das persönliche Treueverhältnis gegenüber den Volksgenossen und den von diesen mit der Wahrnehmung der politischen Geschäfte Beauftragten“.<sup>124</sup> Dementsprechend sieht die *Kieler Schule* im Treuebruch den maßgeblichen Strafgrund der „Staatsverbrechen“.<sup>125</sup> Den „Verrat“ werten die NS-Autoren als „das schimpflichste Verbrechen.“<sup>126</sup> Georg Dahm, einer der Kieler Strafrechtsprofessoren, meinte sogar, der Verrat gehe qualitativ noch über das Unrecht eines Verbrechens hinaus.<sup>127</sup> Im Gegensatz zum Verbrecher sei der Verräter nicht mehr im Recht. Der Verbrecher bleibe Rechtsgenosse, der Verrat hingegen entehre den Täter und verstoße ihn aus der Gemeinschaft. Es fällt auf, dass der Begriff des Verrats, hier verstanden als die Offenlegung von Informationen aus der staatlichen Sphäre, historisch gerade mit totalitären Regierungsweisen und Systemen, etwa des römischen Tyrannen, des absolutistischen Monarchen oder des nationalsozialistischen Führers, verbunden ist. In ähnlicher Weise wird der Vorwurf des Verrats derzeit gerade an jene adressiert, die ten-

---

<sup>120</sup> Zum „Entwurf Radbruch“ s. *Schubert*, in: Quellen zur Reform I.1, S. XIX; *Goltsche*, Der Entwurf Radbruch, S. 107 f.

<sup>121</sup> RGBl. I, S. 955.

<sup>122</sup> *Wegener*, Der geheime Staat, S. 361.

<sup>123</sup> Ebd. S. 367 m. w. N.; *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, § 11 S. 148.

<sup>124</sup> *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, § 11 S. 148. Mit dem Verständnis des Strafrechts als Rechtsgüterschutz scheint diese völkisch eingefärbte Begründung nicht vereinbar. Statt einer Verletzung von Treue kommt es maßgeblich auf eine Gefährdung des Staates an, s. dazu noch § 4 V.

<sup>125</sup> Ebd. § 27 S. 332.

<sup>126</sup> Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des preußischen Justizministers, S. 21.

<sup>127</sup> *Dahm*, ZStaatsW 95 (1935), 283 (284); ähnl. *Conrad*, Verrat von Staatsgeheimnissen, S. 50.

denziell oder faktisch totalitäre staatliche Praktiken, wie nachrichtendienstliche Massenüberwachungsprogramme, Folterungen, Kriegsverbrechen und andere Missstände außerhalb oder am Rande des Rechts, aufdecken.

### I. Staatsgeheimnisse

Der NS-Gesetzgeber übersteigerte und pervertierte das Staatsschutzstrafrecht regelrecht durch erweiterte Strafen und härtere Strafandrohungen.<sup>128</sup> So pönalisierte er etwa auch regimefeindliche Auslandspropaganda und missliebige Gerichtsberichterstattung.<sup>129</sup> Mit der sogenannten „Verratsnovelle“ vom 24. April 1934<sup>130</sup> zog er die bisherigen Straftatbestände des StGB, des Spionagegesetzes 1914 und der „Reichstagsbrandverordnung“<sup>131</sup> im StGB zusammen, womit die bisherige Unterscheidung zwischen militärischen und diplomatischen Geheimnissen entfiel.<sup>132</sup>

Der Verrat von Staatsgeheimnissen wurde nun mit der Todesstrafe bedroht, §§ 88 Abs. 2, 89 Abs. 1 RStGB.<sup>133</sup> Die in § 88 Abs. 1 RStGB vorgesehene Legaldefinition unterschied sich allerdings nur unwesentlich von den Weimarer Entwürfen: „Staatsgeheimnisse [...] sind Schriften, Zeichnungen, andere Gegenstände, Tatsachen oder Nachrichten darüber, deren Geheimhaltung vor einer ausländischen Regierung für das Wohl des Reichs, insbesondere im Interesse der Landesverteidigung, erforderlich sind.“<sup>134</sup>

Damit wurde ein materieller Geheimnisbegriff beibehalten, für den ein objektives Geheimhaltungsinteresse und nicht die formelle Einstufung als geheim maßgeblich ist.<sup>135</sup> Hiervon sind auch die späteren bundesrepublikanischen Änderungen der Jahre 1951 und 1968 im Wesentlichen nicht abgewichen.

---

<sup>128</sup> *Steinsiek*, in: LK vor § 80 Rn. 5.

<sup>129</sup> Ebd.

<sup>130</sup> RGBL. I, S. 341.

<sup>131</sup> Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat v. 28.2.1933, RGBL. I 1933, Nr. 17, S. 83. Die Zweckbestimmung der Verordnung lautete: „Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte“, *Steinsiek*, in: LK vor § 80 Rn. 4.

<sup>132</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Entstehungsgeschichte.

<sup>133</sup> Für „Ausländer“ war „nur“ lebenslange Zuchthausstrafe vorgesehen, § 89 Abs. 2 RStGB. Das Merkmal der „Gefährdung des Reichs“ in § 88 Abs. 2 RStGB wurde aus § 1 SpG übernommen.

<sup>134</sup> Aus § 92 Nr. 1 RStGB (1871) wurde „das Wohl des Reichs“ übernommen und durch das aus § 1 SpG entnommene „Interesse der Landesverteidigung“ konkretisiert. Vgl. auch *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, § 11 S. 160.

<sup>135</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 7a. Siehe zur Unterscheidung von materiellem und formellem Geheimnisbegriff bereits o. unter § 1 III.

## 2. Amtsgeheimnisse

Mit der „Strafrechtsnovelle“ von 1936 trat das Amtsdelikt zum Schutz von Amtsgeheimnissen, § 353b RStGB, in Kraft.<sup>136</sup> Danach machte sich ein Amtsträger strafbar, der „unbefugt ein ihm bei Ausübung seines Amtes anvertrautes oder zugänglich gewordenes Geheimnis offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet“. Der Kern dieses Amtsdeliktes, insbesondere dessen weiter Geheimnisbegriff, gilt noch heute.<sup>137</sup> In der Gesetzesbegründung heißt es, die Erfahrung habe gezeigt, dass dieses Delikt „im Interesse der unbedingten Wahrung der Geheimhaltungspflicht“ unentbehrlich sei.<sup>138</sup> Dazu wird sybillinisch und ohne Nachweis auf „[g]ewisse Vorkommnisse aus jüngster Zeit“ verwiesen, die „die Notwendigkeit“ aufgezeigt hätten, Strafbarkeitslücken zu schließen.<sup>139</sup> Zugleich trat mit § 353c Abs. 1 RStGB ein Allgmeindelikt zum Schutz von Amtsgeheimnissen in Kraft.<sup>140</sup> Damit stellte der NS-Gesetzgeber auch die Mitteilung oder das öffentliche Bekanntmachen von Geheimnissen unterhalb der Schwelle eines Staatsgeheimnisses durch jedermann unter Strafe. Zur Begründung verwies er wieder lapidar auf ein „dringendes Bedürfnis“, das sich herausgestellt habe, „die unbefugte Weitergabe des Inhalts geheimer Schriftstücke oder vertraulicher Mitteilungen – auch durch Nichtbeamte – [zu] verhindern“.<sup>141</sup>

## 3. Privatgeheimnisse

Den Straftatbestand zum Schutz von Privatgeheimnissen aus § 300 RStGB (1871) veränderten die Nationalsozialisten nicht.<sup>142</sup> Im Jahr 1935 regelte der NS-Gesetzgeber in verschiedenen Verordnungen spezialgesetzliche Vorschriften für Medizinalpersonal, die das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1975 in das StGB überführte.<sup>143</sup>

---

<sup>136</sup> RGBl. I, S. 532. Zu den Gesetzgebungsmaterialien s. *Möhrenschlager*, JZ 1980, 161 (162 Fn. 5).

<sup>137</sup> Vgl. § 353b StGB. Von sprachlichen Veränderungen einmal abgesehen. Dazu und zu weiteren Änderungen, *Vormbaum*, in: LK § 353b Entstehungsgeschichte.

<sup>138</sup> Amtliche Erlasse und Verordnungen, Nr. 229 (Amtliche Begründung zum Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 2.7.1936), DJ 1936, 997.

<sup>139</sup> Ebd.

<sup>140</sup> Des Weiteren war in § 353c Abs. 2 RStGB eine Strafbarkeit für solche Personen vorgesehen, die aufgrund eines Beschlusses eines Gesetzgebungsorgans oder einer amtlichen Stelle zur Verschwiegenheit verpflichtet wurden; s. heute: § 353b Abs. 2 StGB.

<sup>141</sup> Amtliche Erlasse und Verordnungen, Nr. 229 (Amtliche Begründung zum Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 2.7.1936), DJ 1936, S. 997.

<sup>142</sup> Die Norm findet sich abgedruckt etwa in: *Grosch/Petters* RStGB § 300.

<sup>143</sup> *Schünemann*, in: LK § 203 Entstehungsgeschichte.

## VII. Bundesrepublikanische Entwicklungen

In der Bundesrepublik wird an dem strafrechtlichen Schutzkonzept, das zuletzt die Nationalsozialisten prägten, festgehalten. Die Diskussion um die Schutzwürdigkeit „illegaler“ Geheimnisse setzt sich vor dem Hintergrund des neu eingeführten Abgeordnetenprivilegs in § 100 Abs. 3 StGB (1951) fort. Angeheizt wird die Debatte durch die Durchsuchung der Redaktionsräume des Magazins *Der Spiegel*, die mit einem Landesverratsverdacht begründet wird. Außerdem befeuert die Verurteilung des Geheimdienstmitarbeiters Werner Pätsch die Debatte. Pätsch hatte Informationen über ein verfassungswidriges Überwachungsprogramm des BfV an die Presse lanciert. Wesentliche Änderungen nimmt der Gesetzgeber sodann mit dem Achten Strafrechtsänderungsgesetz von 1968 vor. Im Nachgang der Cicero-Affäre, in deren Rahmen die Strafverfolgungsbehörden im Jahr 2012 die Redaktionsräume des Magazins durchsuchen, schafft der Gesetzgeber mit § 353b Abs. 3a StGB ein Presseprivileg für Beihilfehandlungen.

### 1. Staatsgeheimnisse

Die Legaldefinition des Staatsgeheimnisses aus § 88 Abs. 1 RStGB (1934) wurde zunächst, durch das Erste Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. August 1951, nahezu identisch übernommen.<sup>144</sup> Der neue § 99 Abs. 1 StGB definierte Staatsgeheimnisse als „Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, insbesondere Schriften, Zeichnungen, Modelle oder Formeln, oder Nachrichten darüber, deren Geheimhaltung vor einer fremden Regierung für das Wohl der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder erforderlich ist.“

Einen Landesverrat beging nach § 99 Abs. 2 StGB, „wer vorsätzlich ein Staatsgeheimnis an einen Unbefugten gelangen läßt oder es öffentlich bekanntmacht und dadurch das Wohl der Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Länder gefährdet.“ Kritiker monierten diese „Gummiformulierung“<sup>145</sup> und wiesen auf das „Kautschukartige dieser Landesverratstatbestände“<sup>146</sup> hin. An dem bisherigen weiten gerichtlichen Auslegungsspielraum hatte sich nichts geändert. Dementsprechend ernüchtert konstatierte Helmut Ridder, Ordinarius für Öffentliches Recht in Gießen, dass der straffreie Raum im Bereich des Geheimnisschutzes in der Bundesrepublik von 1951 wesentlich beschränkter sei

---

<sup>144</sup> BGBl. I, S. 739. Zu dessen Vorgeschichte, A. Arndt, Landesverrat, S. 13 ff. Zudem trat 1957 das NATO-Truppen-Schutzgesetz (NTSG) als Teil des Vierten Strafrechtsänderungsgesetzes in Kraft, BGBl. I, S. 597 ff. (Art. 7, S. 601), das den Schutz der Landesverratsvorschriften auch auf die „nichtdeutschen Vertragsstaaten des Nordatlantikpaktes und ihrer in der Bundesrepublik Deutschland stationierten Truppen“ erstreckte, § 1 Abs. 1 NTSG.

<sup>145</sup> Theo Sommer, in: Ruge (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit, S. 26.

<sup>146</sup> Dieter Posser, in: ebd., S. 54.

als im Preußen von 1851: „Die Tendenz zur Sekretierung verstärkt sich zwangsläufig Hand in Hand mit der zunehmenden Bürokratisierung, die wiederum durch das Anwachsen der Staatsaufgaben bedingt ist.“<sup>147</sup>

Bezüglich der neu eingeführten Vorschrift, § 100 Abs. 3 StGB, die einen speziellen Rechtfertigungsgrund für Mitglieder des Bundestages und der Länderparlamente enthielt, wurde allerdings die Ansicht entwickelt, dass sogenannte „illegale“ Staatsgeheimnisse nach neuer Rechtslage straftatbestandlich nicht mehr geschützt seien.<sup>148</sup> Der Wortlaut dieser Vorschrift war bezüglich dieser Frage zumindest uneindeutig.

Die Spiegel-Affäre löste eine erneute Diskussion um die Landesverratsvorschriften aus. Damit sind die Ereignisse gemeint, die im Jahr 1962 auf die Veröffentlichung des Spiegel-Artikels „Bedingt abwehrbereit“ folgten.<sup>149</sup> Darin wurde über die Stabsrahmenübung FALLEX 62 (fall exercise 62) der NATO berichtet. Der Übung lag das Szenario zu Grunde, Russland würde mit atomaren Raketenangriffen auf Militäreinrichtungen der Bundesrepublik und anderer NATO-Staaten einen dritten Weltkrieg beginnen. Dabei ergab sich, dass die Bundeswehr für die geplante Verteidigung durch eine konventionelle Vorwärtsbewegung gegen die Truppen des *Warschauer Paktes* nicht ausreichend ausgestattet war. Die militärischen Informationen zu FALLEX 62 hatte Alfred Martin, ein Oberst der Bundeswehr, an die Journalisten des Spiegels lanciert.<sup>150</sup> Etwa zwei Wochen nachdem der Artikel erschienen war, durchsuchten die Strafverfolgungsbehörden die Redaktionsräume des *Spiegel* und verhafteten mehrere Redakteure wegen Landesverratsverdachts. Der damalige Verleger, Rudolf Karl Augstein, wurde erst nach 103 Tagen aus der Untersuchungshaft entlassen. Auf die Anklage der Generalbundesanwaltschaft lehnte der BGH die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die Angeschuldigten Augstein und Ahlers ab. Gegen Oberst Martin wurde die Entscheidung über die Eröffnung eines

---

<sup>147</sup> *Ridder*, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 30.

<sup>148</sup> Siehe im Einzelnen noch § 4 IV. 2. a).

<sup>149</sup> *Ahlers/Schmelz*, *Der Spiegel* v. 9.10.1962, S. 32 ff.

<sup>150</sup> Ein Motiv wird darin vermutet, dass Teile der Militärführung eine Aufrüstung im Bereich der konventionellen Schlagkraft der Bundeswehr anstrebten. Demgegenüber setzten sich Bundeskanzler Konrad Adenauer und der damalige Verteidigungsminister Franz Joseph Strauß für eigene deutsche Atomwaffen ein, *Zank*, *Die Zeit* v. 26.7.1996; *Bienert*, *Tagespiegel* v. 16.12.2007. Als Verteidigungsminister hatte Strauß bereits 1957 Pläne für die atomare Bewaffnung Deutschlands vorgelegt. Stattdessen wurde 1958 die Nukleare Teilhabe vom Bundestag beschlossen. Sie sieht vor, dass die Bundeswehr US-amerikanische Atomwaffen lagert und mit eigenem militärischem Gerät, z. B. Tornado Jagdbombern, einsetzen kann. Durch das sog. Zweischlüssel-Abkommen („two party key control treaty“) liegt die Befehlsgewalt über die Waffen bei den USA, während die Trägersysteme und Bedienmannschaften vom verbündeten Staat kommandiert werden, [https://de.wikipedia.org/wiki/Nukleare\\_Teilhabe](https://de.wikipedia.org/wiki/Nukleare_Teilhabe) (11.7.2022).

Hauptverfahren vorbehalten.<sup>151</sup> Heinrich Jagusch, Präsident eines anderen Strafsenates am BGH, verglich die Spiegel-Affäre mit dem Strafverfahren gegen Carl von Ossietzky und bezeichnete den damaligen Landesverratsparagrafen als einen „Kehrbesen fürs Schönschreiben“.<sup>152</sup> Die Verfassungsbeschwerde gegen die Durchsuchung der Redaktionsräume wurde zurückgewiesen, da das BVerfG eine Verletzung der Pressefreiheit wegen Stimmgleichheit nicht feststellte.<sup>153</sup>

Für weiteren Diskussionsstoff sorgte die Abhöraffaire, die Werner Pättsch in der noch jungen Bundesrepublik aufdeckte. Der „Snowden der Sechziger“<sup>154</sup> war als Sachbearbeiter in der Spionageabwehr des BfV tätig und gab Informationen über ein verfassungswidriges Überwachungsprogramm an die Redaktion der Wochenzeitung *Die Zeit* weiter.<sup>155</sup> Neben den geheimdienstlichen Maßnahmen ging es um die nationalsozialistischen Verstrickungen leitender Beamte des Dienstes.<sup>156</sup> Die Story wurde gedruckt und Pättsch vom damaligen Präsidenten des BfV, Hubert Schrübbers, fristlos entlassen. Dieser war von den Vorwürfen selbst betroffen, denn er war der Sturmabteilung (SA) beigetreten, hatte als Staatsanwalt in diversen Verfahren rassistisch und politisch Verfolgte angeklagt und später auch in der Schutzstaffel (SS) gedient. Auch Pättschs direkter Vorgesetzter, Erich Wenger, war passionierter Nationalsozialist und als NSDAP- und SA-Mitglied sowie SS-Hauptsturmführer und Gestapo-Mitarbeiter tätig gewesen. Angeklagt wurde Pättsch von Walter Wagner, der im besetzten Posen als Oberstaatsanwalt tätig gewesen war und sich in dem „Verein zur Wiedereinführung der Todesstrafe“ engagierte. Der BGH verurteilte Pättsch wegen fahrlässigen Landesverrats und der Verletzung von Dienstgeheimnissen.<sup>157</sup> Zu den Vorwürfen erklärte Pättsch: „Ich wollte kein Komplize beim Brechen der Verfassung sein“,<sup>158</sup> was Innenminister Hermann Höcherl (CSU) süffisant kommentierte, seine Beamten könnten „nicht den ganzen Tag mit dem Grundgesetz unter dem Arm herumlaufen“.<sup>159</sup> Höcherl war selbst Mitglied der

---

<sup>151</sup> BGH, Beschl. v. 13.5.1965 – 6 StE 4/64, abgedruckt in: *Der Spiegel*, v. 26.5.1965, „Die Kosten trägt die Bundeskasse“, S. 83 ff.

<sup>152</sup> *Jagusch*, *Der Spiegel*, v. 4.11.1964.

<sup>153</sup> BVerfG, Urt. v. 5.8.1966 – 1 BvR 586/62 (u. a.) = BVerfGE 20, 162. Ein Verstoß gegen das GG oder sonstiges Bundesrecht kann bei einem derartigen Abstimmungsergebnis nicht festgestellt werden, § 15 Abs. 4 S. 3 BVerfGG.

<sup>154</sup> *Johst*, *Die Zeit* v. 7.11.2013. Die Fälle Pättsch und Snowden weisen einige Parallelen auf: beide waren als Mitarbeiter eines Geheimdienstes im Bereich der Telekommunikationsüberwachung tätig und beide deckten umfangreiche Überwachungsaktivitäten auf, für die keine hinreichende gesetzliche Grundlage vorlag.

<sup>155</sup> Eingehender, insbesondere zu den rechtlichen Details, s. noch § 4 II. 3.

<sup>156</sup> *Brockhaus/Gerdemann/Thönnnes*, Verfassungsblog v. 7.1.2021; eingehend dazu, *Goschler/Wala*, „Keine neue Gestapo“ Das BfV und die NS-Vergangenheit, S. 54 ff.

<sup>157</sup> BGH, Urt. v. 8.11.1965 – 8StE 1/65 = BGHSt 20, 342.

<sup>158</sup> *Unger*, FS Rössner, 943 (948).

<sup>159</sup> Ebd. S. 943.



NSDAP gewesen, hatte in der Vergangenheit die Rolle von Mitarbeitern des BfV mit NS-Vergangenheit heruntergespielt und versichert, dass Grundrechte aus Artikel 10 GG in vollem Umfang gewahrt würden, eine nun offensichtliche Lüge.<sup>160</sup>

Anlässlich der Entscheidungen des BGH und des BVerfG zur Spiegel-Affäre und zur Abhöraffaire, wurde wieder über Reformen des Staatsschutzstrafrechts, insbesondere der Landesverratsvorschriften diskutiert. Gegenstand der Reformdiskussionen waren auch die bereits thematisierten Fälle des „publizistischen Landesverrats“ aus der Weimarer Republik und hiermit verbunden die Frage nach dem strafrechtlichen Schutz der „illegalen“ Staatsgeheimnisse.<sup>161</sup> Einen wichtigen Anstoß gab hierbei der Gesetzentwurf der oppositionellen SPD-Bundestagsfraktion aus dem Jahr 1965.<sup>162</sup> Mitte 1966 legte die Regierung einen eigenen Entwurf vor.<sup>163</sup> Hinzukam der akademische „Alternativ-Entwurf“ (i. F. „AE-StGB“), der im Jahr 1968 veröffentlicht wurde.<sup>164</sup> Der Sonderausschuss des Bundestages für die Strafrechtsreform beriet die verschiedenen Vorschläge und im Jahr 1968 beschloss das Parlament das Achte Strafrechtsänderungsgesetz, auf dem die heutigen Landesverratsvorschriften beruhen.<sup>165</sup> Neuerungen brachte insbesondere der neue Staatsgeheimnisbegriff, der in § 93 Abs. 1 StGB legaldefiniert ist, sowie die Vorschrift zu den „illegalen“ Staatsgeheimnissen in § 93 Abs. 2 StGB.<sup>166</sup> Die Legaldefinition des Staatsgeheimnisses in § 93 StGB wurde seitdem nicht mehr und die Straftatbestände in den §§ 94 ff. StGB nur noch unwesentlich verändert.<sup>167</sup>

## 2. Amtsgeheimnisse

Das als „Maulkorbparagraph“<sup>168</sup> kritisierte Allgemeindelikt zum Schutz von Amtsgeheimnissen, § 353c Abs. 1 StGB, strich die Gesetzgebung im Jahr 1979 ersatzlos.<sup>169</sup> Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages

---

<sup>160</sup> Stähle, Die Zeit v. 6.9.1963, S. 3.

<sup>161</sup> Hegmann/Stuppi, in: MK § 93 Rn. 2.

<sup>162</sup> BT-Drs. V/102.

<sup>163</sup> BT-Drs. V/898.

<sup>164</sup> Eine synoptische Betrachtung der alten Rechtslage und der Entwürfe ist in: AE-StGB BT polit. StrafR, S. 81 ff. abgedruckt. „Selten hat es in einer Frage eine solche Fülle von divergierenden Gesetzesvorschlägen gegeben.“ Jescheck, FS Engisch, 584 (590).

<sup>165</sup> BGBl. I, S. 741.

<sup>166</sup> Die Absätze werden noch unter § 4 I. und II. eingehend untersucht.

<sup>167</sup> Mit dem 2. Gesetz zur Reform des Strafrechts, das am 1.1.1975 in Kraft trat, wurde mit § 94 Abs. 2 StGB ein besonders schwerer Fall des Landesverrats eingeführt, BGBl. I, S. 1. BVerfGE 45, 363 (372) erachtete diese Vorschrift für hinreichend bestimmt i. S. d. Art. 103 Abs. 2 GG.

<sup>168</sup> Heinrich, Medienstrafrecht, in: Medienrecht Praxishandbuch, Bd. IV, S. 334.

<sup>169</sup> BGBl. I, S. 2324. – § 353c Abs. 2 StGB wurde in den noch heute geltenden § 353b Abs. 2 StGB überführt.

begründete die Streichung u. a. damit, dass durch „unberechtigte Strafverfolgungen [...] die Informationsfreiheit der Bevölkerung erheblich beeinträchtigt werden“ könne.<sup>170</sup> Die Kritik hatte sich aber nicht nur gegen das Allgemein-, sondern auch gegen das Amtsdelikt gerichtet, an dessen Verfassungsmäßigkeit auch heute noch gezweifelt wird.<sup>171</sup>

Drei Dekaden später, im Jahr 2012, beschloss der Bundestag das „Gesetz zur Stärkung der Pressefreiheit im Straf- und Strafprozessrecht“. Mit § 353b Abs. 3a StGB führte er einen besonderen Rechtfertigungsgrund für Beihilfehandlungen von Journalisten<sup>172</sup> zur Verletzung von Dienstgeheimnissen ein. Dem war die Durchsuchung der Büroräume des Magazins *Cicero* vorausgegangen. Das Magazin hatte einen Artikel über einen Al-Qaida-Terroristen veröffentlicht und dabei ausdrücklich aus einer klassifizierten Akte des Bundeskriminalamtes zitiert. Nachdem die Redaktion erfolglos verschiedene Rechtsbehelfe gegen die Ermittlungsmaßnahmen eingelegt hatte, gab das BVerfG der schließlich erhobenen Verfassungsbeschwerde statt.<sup>173</sup>

### 3. Privatgeheimnisse

Der Straftatbestand der Verletzung von Privatgeheimnissen wurde mit dem Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts, das 1975 in Kraft trat, in § 203 StGB neu geregelt. Um in verschiedenen Gesetzen verstreute Delikte in einem Straftatbestand zusammenzufassen, erweiterte die Gesetzgebung den Täterkreis.<sup>174</sup> Insbesondere wurde in § 203 Abs. 2 StGB die Verletzung von Privatgeheimnissen durch Amtsträger und besonders Verpflichtete aufgenommen. Dadurch sei es möglich geworden, „die überaus zahlreichen Vorschriften des Nebenstrafrechts über das Offenbaren und Verwerten von Privatgeheimnissen durch Amtsträger und amtsnahe Personen ersatzlos aufzuheben.“<sup>175</sup> Zudem nahm man die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse in den neu geschaffenen Straftatbestand des § 203 StGB auf.<sup>176</sup> Seitdem wurde der Straftatbestand kaum noch verändert.<sup>177</sup>

---

<sup>170</sup> BT-Drs. VIII/3313, S. 1.

<sup>171</sup> Siehe dazu noch i. R. d. Untersuchung des § 353b StGB unter § 5 III. 1.

<sup>172</sup> Genauer: „Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Druckwerken, Rundfunksendungen, Filmberichten oder der Unterrichtung oder Meinungsbildung dienenden Informations- und Kommunikationsdiensten berufsmäßig mitwirken oder mitgewirkt haben.“ (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO).

<sup>173</sup> BVerfG, Urt. v. 27.2.2007 – 1 BvR 538/06 (u. a.) = BVerfGE 117, 244.

<sup>174</sup> *Schünemann*, in: LK § 203 Entstehungsgeschichte.

<sup>175</sup> BT-Drs. VII/550, S. 235.

<sup>176</sup> Siehe EGStGB v. 2.3.1974 (BGBl. I, S. 469); *Rogall*, NStZ 1983, 1 (3).

<sup>177</sup> *Schünemann*, in: LK § 203 Entstehungsgeschichte.



## § 4 Staatsgeheimnisse

Staatsgeheimnisse werden durch die Landesverratsvorschriften geschützt, §§ 93 ff. StGB.<sup>1</sup> Sie stellen neben anderen Tathandlungen das öffentliche Bekanntmachen von Staatsgeheimnissen unter Strafe.<sup>2</sup> Wer Missstände aus den staatlichen Sicherheitseinrichtungen publik macht, riskiert wegen Landesverrats bestraft zu werden. Das zeigt die bereits thematisierte und noch eingehender besprochene Verurteilung von Werner Pätch, einem Angestellten des BfV, der die Abhörraffäre aufdeckte.<sup>3</sup> Dass Whistleblower aus dem nachrichtendienstlichen und militärischen Komplex mit energischer Strafverfolgung und mitunter drakonischen Strafen rechnen müssen, demonstrieren einige internationale Fälle der letzten Jahre. Dazu zählen die noch genauer zu besprechenden Enthüllungen des US-Geheimdienstmitarbeiters Edward Snowden und der US-Soldatin Chelsea Manning sowie der weniger prominente Fall des rumänischen Geheimdienstmitarbeiters Constantin Bucur.<sup>4</sup> Strafbarkeitsrisiken sind auch Personen ausgesetzt, die durch Whistleblower weitergegebene Informationen

---

<sup>1</sup> Die Geheimhaltung wird nicht nur materiell-rechtlich abgesichert. So soll bspw. die StA „[g]eheimzuhaltende Tatsachen und Erkenntnisse, insbesondere Staatsgeheimnisse“ nur insoweit schriftlich in den Sachakten festhalten, „als dies für das Verfahren unerlässlich ist“, RiStBV Nr. 213. Im Strafprozess kann die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, „wenn [...] eine Gefährdung der *Staatsicherheit*, der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit zu besorgen ist“, § 172 Nr. 1 GVG; zu weiteren prozessrechtlichen Besonderheiten, *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* § 93 Rn. 13.

<sup>2</sup> Mitteilen (§§ 94 Abs. 1, 97a, 99 Abs. 2 StGB), öffentlich bekannt machen (§§ 94 Abs. 1, 95 Abs. 1, 97 Abs. 1 StGB), an einen Unbefugten gelangen lassen (§§ 94 Abs. 1, 95 Abs. 1, 97 Abs. 1, 2 StGB), zudem ist die Mitteilung oder Lieferung geheim gehaltener Gegenstände oder Erkenntnisse in § 99 Abs. 2 StGB als besonders schwerer Fall der geheimdienstlichen Agententätigkeit mit Strafe bedroht. Siehe zu den einzelnen Straftatbeständen auch noch VI.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 8.11.1965 – 8 StE 1/65 = BGHSt 20, 342.

<sup>4</sup> Für die USA wird noch i. R. d. zivilen Ungehorsams auf Daniel Ellsberg und die von ihm im Jahr 1971 an die NYT weitergegebenen *Pentagon Papers* eingegangen. Aus den vergangenen Jahren sind außerdem John Kiriakou (CIA) zu nennen, der die Praxis des Waterboardings öffentlich machte, sowie Thomas Drake (NSA), der wie Snowden Informationen zu den umfassenden Überwachungsprogrammen US-amerikanischer Nachrichtendienste an die Presse weitergab. Außerdem wird im letzten Teil der Arbeit auch auf die Whistleblower Annie Machon (MI5), David Shayler (MI5) und Katerhine Gun (GCHQ) eingegangen, die für britische Geheimdienste tätig waren.

veröffentlichen, denn die Landesverratstatbestände sind Allgemeindelikte. Historisch eindrucklich zeigt dies die bereits thematisierte exzessive Strafverfolgung „publizistischer Landesverräter“ in der Weimarer Republik.<sup>5</sup> In den letzten Jahren sorgten die Ermittlungen des Generalbundesanwaltes wegen Landesverrats gegen Journalisten des Online-Mediums *netzpolitik.org* für Aufsehen, die über die Einrichtung einer Abteilung zur Überwachung sozialer Medien beim BfV berichtet hatten.

Den Kern der nunmehr folgenden materiell-rechtlichen Untersuchung bildet die Frage, welche Gegenstände als Staatsgeheimnis und insbesondere inwieweit „illegale“ Staatsgeheimnisse, für die seit dem Jahr 1968 eine Legaldefinition in § 93 Abs. 2 StGB vorgesehen ist, durch das Strafrecht geschützt sein sollten. Dabei werden Argumente unterschiedlicher zeitlicher Provenienz aufgegriffen, bewertet und schließlich in rechtspolitischen Vorschlägen für künftige Regelungen zusammengeführt.

## I. Der Staatsgeheimnisbegriff

Nach der aktuellen in § 93 Abs. 1 StGB vorgesehene Legaldefinition, die mit dem Achten Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1968 eingeführt wurde, sind Staatsgeheimnisse:<sup>6</sup> „Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden.“

### 1. Geheimhaltungsobjekt

Taugliche Geheimhaltungsobjekte sind nach der Legaldefinition nicht nur Tatsachen, sondern auch „Gegenstände oder Erkenntnisse“.<sup>7</sup> Nicht erfasst werden unter anderem unwahre Tatsachenbehauptungen und gefälschte Gegenstände.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Siehe § 3 IV.

<sup>6</sup> BGBl. I, S. 741.

<sup>7</sup> A. Arndt, Landesverrat, S. 32, und Klug, FS Engisch, 570 (579), meinen, auch Gegenstände und Erkenntnisse seien Tatsachen, weshalb der Gesetzgeber auf die anderen beiden Zusätze hätte verzichten können; a. A. Barthe/Schmidt, in: LK § 93 Rn. 2a; Becker, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 5, künftige Sachverhalte seien keine Tatsachen, könnten aber als Erkenntnisse geschützt sein. Vgl. dazu den Meinungsstreit beim Betrug, ob künftige Vorgänge Tatsachen sein können, s. etwa, Kindhäuser, in: NK § 263 Rn. 79.

<sup>8</sup> Barthe/Schmidt, in: LK § 93 Rn. 2; Becker, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 4; Hegmann/Stuppi, in: MK § 93 Rn. 3; Paeffgen, in: NK § 93 Rn. 8. Dies folgt im Umkehrschluss aus § 100a StGB, der das Verbreiten „landesverräterischer Fälschungen“ mit Strafe bedroht, wenn der Täter mit der Absicht handelt, einer fremden Macht vorzutäuschen, es handele sich um „echte Gegenstände oder um Tatsachen“.

Wenn etwa ein Land einen Angriffskrieg gegen ein anderes führt und den Angriff auf falsche Beweise stützt, dann wären diese „Beweise“ keine tauglichen Geheimhaltungsobjekte, d. h. man könnte sie veröffentlichen, ohne gegen die §§ 93 ff. StGB zu verstoßen. Wer irrig davon ausgeht, es handele sich bei den weitergegebenen oder veröffentlichten Informationen um Fälschungen, dem fehlt der Tatbestandsvorsatz, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB.

Das schließt aber nicht aus, die Tatsache als geheimhaltungsfähig anzusehen, dass bestimmte Informationen, etwa solche Beweismittel, nicht vorliegen. Dies veranschaulicht das Beispiel eines Majors des dänischen Auslands-Nachrichtendienstes, Frank Søholm Grevil, der im Jahr 2008 von einem dänischen Strafgericht zu einer Freiheitsstrafe von vier Monaten verurteilt wurde. Grevil hatte vier Jahre zuvor Dokumente an die Presse weitergegeben, die belegten, dass es keine hinreichenden Beweise dafür gab, dass der irakische Staat über Massenvernichtungswaffen verfügte.<sup>9</sup> Zu den Veröffentlichungen entschloss er sich, da die Regierung sich gegenüber den Hinweisen durch die dänischen Geheimdienste desinteressiert zeigte und gemeinsam mit den Streitkräften der USA und des Vereinigten Königreiches den Irakkrieg begann. Der damalige dänische Premier Anders Fogh Rasmussen hatte gegenüber dem *Folketing*, dem dänischen Parlament, behauptet, ihm lägen entsprechende Beweise vor.

## 2. Geheimhaltungswirklichkeit

Das Geheimnisobjekt muss auch tatsächlich geheim sein. Das ist gemäß § 93 Abs. 1 StGB der Fall, wenn es „nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich“ ist. Der Personenkreis muss sich „nach allgemeinen Gesichtspunkten“ noch als begrenzt beschreiben lassen können.<sup>10</sup> Teilweise wird verlangt, die Zahl der Mitwisser müsse durch Sicherungsmaßnahmen begrenzt werden.<sup>11</sup> Ausreichend begrenzt soll der Personenkreis sogar dann sein, wenn Dokumente über einen großen Verteiler eines Bundestagsausschusses versendet werden, als „Verschlusssache nur für den Dienstgebrauch“ klassifiziert sind und nur bei dienstlichem Interesse in Bibliotheken der Ministerien und des Bundestages eingesehen werden können.<sup>12</sup>

Wegen des Zugänglichkeitsmerkmals, das die Gesetzgebung erst im Jahr 1968 einfügte, sind sogenannte „Mosaikgeheimnisse“ heute prinzipiell nicht

---

<sup>9</sup> Dafür wurde ihm im Jahr 2008 der Sam Adams Award verliehen. Seine Geschichte wird in der dänischen Dokumentation „Beeing Frank“ erzählt. Siehe zu diesem Fall, Law Com No 230, S. 172 Rn. 7.54; *Nasu*, Int. Comp. Law Q. 64 (2015), 365 (395).

<sup>10</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK vor § 93 Rn. 3a m. w. N.

<sup>11</sup> *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 Rn. 7; *Paeffgen*, in: NK § 93 Rn. 13 m. w. N.

<sup>12</sup> *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 Rn. 7.

mehr geschützt.<sup>13</sup> Nach der „Mosaik-Theorie“ sollten auch Erkenntnisse als Staatsgeheimnisse geschützt sein, die sich aus einer collage-artigen Zusammenstellung einzelner öffentlich zugänglicher Tatsachen rekonstruieren lassen.<sup>14</sup> Schon zuvor stellte sich die Frage, ob derartige Geheimnisse nicht bereits fremden Mächten bekannt waren oder dies zumindest wegen des Zweifelssatzes unterstellt werden musste.<sup>15</sup> Die Beschaffenheit der deutschen Küste zwischen Emden und Kiel könnte heute schon wegen der allgemeinen Zugänglichkeit topographischer Daten nicht mehr als Staatsgeheimnis bewertet werden.<sup>16</sup>

### 3. Geheimhaltungsbedürftigkeit

Geheimhaltungsbedürftig sind Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die „vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden.“ Mit dieser Formulierung fasste die Gesetzgebung das Geheimhaltungsbedürfnis im Verhältnis zu der schwammigeren Formulierung des

---

<sup>13</sup> BT-Drs. V/2860, S. 15; *Barthe/Schmidt*, in: LK vor § 93 Rn. 5, etwas anderes soll allerdings gelten, wenn die öffentlich zugänglichen Einzeltatsachen aufgrund „nicht jedermann zur Verfügung stehender technischer Mittel oder persönlicher Fähigkeit und Erfahrung zu einer neuen Erkenntnis“ rekonstruiert werden; s. auch *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* § 93 Rn. 8; *Ellbogen*, in: *BeckOK* § 93 Rn. 11; krit. ggü. solchen Ausnahmen, *Paeffgen*, in: *NK* § 93 Rn. 16.

<sup>14</sup> Siehe etwa *RGSt* 25, 48 (50); *BGHSt* 7, 234 f.; 15, 17 (18); *MDR* 1960, 938 f.. Dadurch hätten Gerichte jedoch von einem „Geheimseinsollen auf das Geheimsein“ geschlossen, *Klug*, *FS* Engisch, 570 (574). Die Mosaiktheorie wurde auch bei dem Durchsuchungsbefehl der Redaktionsräume des Magazins *Der Spiegel* zugrunde gelegt. Das abweichende Votum in der Entscheidung des BVerfG vertrat bereits die Ansicht, dass die Mosaiktheorie mit dem Grundrecht auf Pressefreiheit unvereinbar sei. Denn es sei die typische Aufgabe der Presse, „Nachrichten zu sammeln und zu einem Gesamtbild eines bestimmten Vorganges oder Komplexes zusammenzutragen, einzelne Informationen zu analysieren, in Beziehung zueinander zu setzen, Schlußfolgerungen daraus zu ziehen und Zusammenhänge aufzudecken.“ *BVerfGE* 20, 162 (180) = *juris* Rn. 49.

<sup>15</sup> *Stree*, *ZStW* 78 (1966), 663 (685), meint allgemein, d. h. nicht nur bzgl. von Mosaikgeheimnissen, man wisse regelmäßig nicht genau, ob die jeweiligen Informationen der fremden Macht verborgen oder bereits bekannt waren. Die Annahme eines Staatsgeheimnisses müsse jedenfalls bei Mosaikgeheimnissen regelmäßig, *in dubio pro reo*, abgelehnt werden, *Maihofer*, *Blätter* 1963, 107 (111); a. A. *Jescheck*, *Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis*, S. 21; s. auch *BGH NJW* 1965, 1187 (1190) (*Spiegel-Affäre*), der meint, dass „fremde Nachrichtendienste im einzelnen trotz der im vorliegenden Fall zahlreichen Vorveröffentlichungen noch kein zuverlässiges Wissen besäßen, so daß ihre Erkenntnis durch Bestätigung noch wesentlich gesichert werden konnten.“

<sup>16</sup> So aber noch *RGSt* 25, 48 (50).

„Wohls der Bundesrepublik“<sup>17</sup> etwas konkreter.<sup>18</sup> Zugleich hob sie die Geheimhaltungsbedürftigkeit mit dem zusätzlich vorausgesetzten „schweren Nachteil“ etwas an und erhöhte damit die Schwelle zur Annahme eines Staatsgeheimnisses.<sup>19</sup>

Nur Nachteile von „wirklich gewichtiger Bedeutung“ für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik sollen berücksichtigt werden.<sup>20</sup> Damit scheidet etwa nur leichte außenpolitische Verstimmungen, regelmäßig auch Gegenstände von geringem Nachrichtengehalt und Tatsachen aus dem persönlichen Lebensbereich von Politikern und Beamten aus.<sup>21</sup> Die Gefahr eines schweren Nachteils kann im Bereich der militärischen Organisation und Planung bestehen, gerade dann, wenn mit entsprechenden Reaktionen wie Repressalien und Isolierungsversuchen durch andere Staaten zu rechnen ist, oder dann, wenn von außenpolitischen Machtverschiebungen auszugehen ist.<sup>22</sup> Entscheidend ist dabei, dass der Nachteil von außen droht, d. h. „durch eventuelle Maßnahmen fremder Mächte“.<sup>23</sup> Ausreichend ist eine abstrakte Gefährdung.<sup>24</sup>

Das Merkmal der „äußeren Sicherheit“ umfasst nach der Rechtsprechung des BGH „unter anderem alle Angelegenheiten der Landesverteidigung im weitesten Sinne“.<sup>25</sup> Zudem würden nicht nur militärische Sicherheitsbelange berücksichtigt, sondern etwa auch die der äußeren Sicherheit dienende nachrichtendienstliche Abwehr.<sup>26</sup> Grundsätzlich nicht erfasst seien diplomatische Geheimnisse; sie würden nur ausnahmsweise geschützt, wenn sie zugleich im Interesse der äußeren Sicherheit geheim gehalten werden müssten.<sup>27</sup> In der Li-

---

<sup>17</sup> Siehe § 99 Abs. 1 StGB (1951).

<sup>18</sup> Der unbestimmte Rechtsbegriff des „Wohls“ wird allerdings nach wie vor in anderen Vorschriften verwendet, s. etwa § 96 StPO, § 4 Abs. 1 SÜG, vgl. auch § 68 Abs. 1 Hs. 2 BBG und § 37 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 BeamtStG. Zudem bildet das Wohl des Bundes oder eines Landes, das als Staatswohl zusammengefasst wird, nach BVerfGE 124, 161 (189) = juris Rn. 123 (*BND-UA*); 137, 185 (240 Rn. 149) = juris Rn. 150 (*Rüstungsexport, Fragerecht*), eine Schranke der parlamentarischen Kontrollrechte aus Art. 38, 44 GG. Weitere Grenzen ergeben sich nach der Rspr. aus dem sog. „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ und der „Funktionsfähigkeit“ staatlicher Stellen.

<sup>19</sup> *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 Rn. 2.

<sup>20</sup> BGHSt 24, 72 (75) = juris Rn. 40, mit Verweis auf *Krauth/Kurfess/Wulf*, JZ 1968, 609 (610).

<sup>21</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 15; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 93 Rn. 20.

<sup>22</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 15.

<sup>23</sup> *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 93 Rn. 20.

<sup>24</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 15; *Becker*, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 10. Allerdings setzen die Straftatbeständen eine konkrete Gefährdung voraus, s. §§ 94, 95, 97, 97a, 99 Abs. 2 Nr. 2, 100 Abs. 2 S. 2 und 100a StGB, z. B. § 94 StGB, „die Gefahr eines schweren Nachteils [...] herbeiführt“.

<sup>25</sup> BGHSt 24, 72 (74) = juris Rn. 39; *Becker*, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 10.

<sup>26</sup> BGHSt 24, 72 (74 f.); *Becker*, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 10.

<sup>27</sup> BT-Drs. V/2860, S. 16 (Sonderausschuss zum Achten Strafrechtsänderungsgesetz).



teratur wird die äußere Sicherheit als die Fähigkeit der Bundesrepublik definiert, sich gegen Eingriffe von außen zu wehren.<sup>28</sup> Andere meinen, der Begriff der äußeren Sicherheit umfasse „alle Umstände, die die äußere Machtstellung Deutschlands nachteilig berühren können.“<sup>29</sup> Wegen der Weite und Politizität des Begriffs sowie der spärlichen Zahl an Entscheidungen lässt sich das Merkmal kaum genauer bestimmen. Das erklärt auch die wenig ergiebigen Begriffsannäherungen.

#### 4. Gesamtbetrachtung: Abwägung mit Vorteilen einer Offenlegung

Die Geheimhaltungsbedürftigkeit kann nach dem Willen der Gesetzgebung und weit überwiegend vertretener Ansicht entfallen, wenn die mit der Offenlegung zu erwartenden außenpolitischen Nachteile durch Vorteile aufgewogen werden.<sup>30</sup> Die Geheimhaltungsinteressen werden also bereits auf der Tatbestandsebene mit Offenlegungsinteressen im Rahmen einer abwägenden „Gesamtbetrachtung“ konfrontiert. So meinte schon das RG, dass beim Tatbestandsmerkmal des Wohls des Reiches (§ 92 Nr. 1 RStGB) zu prüfen sei, „welches Interesse im Einzelfalle das schutzbedürftigere und schutzwürdigere ist.“<sup>31</sup> Bei dieser Gesamtbetrachtung sollen nach h. M. allerdings nur *außenpolitische Vorteile* bzw. Interessen Berücksichtigung finden. Eine Offenlegung könne etwa die Sicherheitsposition der Bundesrepublik gegenüber einem dritten Staat stärken und dadurch etwaige Nachteile für die äußere Sicherheit kompensieren.<sup>32</sup> Innenpolitische Interessen könnten das Interesse an der äußeren Sicherheit der Republik tatbestandlich nicht aufwiegen,<sup>33</sup> sondern erst im Rahmen der Rechtswidrigkeit berücksichtigt werden.<sup>34</sup>

Demgegenüber haben sich verschiedene Stimmen dafür ausgesprochen, auch andere Interessen in die tatbestandliche Abwägung einzubeziehen.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> Becker, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 10; Fischer, StGB § 93 Rn. 7; Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch § 93 Rn. 17.

<sup>29</sup> Hegmann/Stuppi, in: MK § 93 Rn. 17.

<sup>30</sup> BT-Drs. V/2860, S. 18; Barthe/Schmidt, in: LK § 93 Rn. 17; Hegmann/Stuppi, in: MK § 93 Rn. 34; Kühl, in: Lackner/Kühl § 93 Rn. 5; Paeffgen, in: NK § 93 Rn. 20 m. w. N.; Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch § 93 Rn. 18. Barthe/Schmidt a. a. O. meinen, diese Gesamtschau sei nicht schon bei der abstrakten Gefahr i. S. d. § 93 Abs. 1 StGB, sondern erst beim Merkmal der konkreten Gefahr, das etwa im Straftatbestand des § 94 Abs. 1 StGB vorausgesetzt wird, vorzunehmen, so schon zu § 99 StGB a. F., Krey, ZStW 79 (1967), 103 (110 f.). Diese Frage kann hier offenbleiben, entscheidend ist, dass auch nach dieser Ansicht eine Gesamtschau auf Tatbestandsebene vorzunehmen ist.

<sup>31</sup> Siehe etwa RGSt 62, 65 (67); dazu im Einzelnen noch unter § 4 IV. 1. a).

<sup>32</sup> Paeffgen, in: NK § 93 Rn. 20.

<sup>33</sup> Siehe z. B. Paeffgen, in: NK § 93 Rn. 27; Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch § 93 Rn. 18.

<sup>34</sup> Siehe etwa Jescheck, Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis, S. 15; zust. Noll, ZStW 77 (1965), 1 (12); Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch § 93 Rn. 18.

<sup>35</sup> Siehe etwa A. Arndt, Landesverrat, S. 42 f., 78; ders., NJW 1963, 467; Heinitz, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 11; Stratenwerth, Publizistischer Landesverrat,

Diese Auffassung wurde insbesondere bezüglich der Legaldefinition des Staatsgeheimnisses in § 99 Abs. 1 StGB (1951) vertreten, die noch das Merkmal des Wohls der Bundesrepublik enthielt.<sup>36</sup> Nach dieser Ansicht sind insbesondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit, die aufgrund demokratischer Werte und Grundrechte verfassungsrechtlich zu gewährleisten sind, als „Vorteile“ schon bei der Auslegung des Tatbestandes zu berücksichtigen. Auch das BVerfG meinte in seiner Entscheidung in der Spiegel-Affäre, was sogleich noch vertieft wird, dass die Landesverratsstrafatbestände mittels Wechselwirkungslehre<sup>37</sup> grundrechtskonform auszulegen seien.<sup>38</sup> Das abweichende Votum der Vier-zu-vier-Entscheidung anerkannte sogar ein aus dem Demokratieprinzip abgeleitetes Recht der Öffentlichkeit auf Information.<sup>39</sup>

Aufgrund des heutigen Wortlauts des § 93 Abs. 1 StGB erscheint es zunächst naheliegend, nur solche Interessen bei der Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, die außenpolitischer Natur sind. Denn die aktuelle Legaldefinition enthält nicht mehr das weitgefasste Merkmal des „Wohls“, sondern das spezifischere Merkmal eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik.<sup>40</sup> Dieses Wortlautargument kann aber nicht dazu führen, verfassungsrechtliche Wertungen zu ignorieren. Dementsprechend hob der Entwurf des Achten Strafrechtsänderungsgesetz hervor, dass der „Gesetzestext eine Interessenabwägung im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung der Landesverratsstrafatbestände nicht“ ausschließt.<sup>41</sup> Man könnte meinen, es komme nicht so sehr darauf an, auf welcher Ebene des Deliktbaus berechnete Informationsinteressen der Öffentlichkeit einbezogen, sondern vor allem, dass sie überhaupt angemessen berücksichtigt werden. Ein entscheidender Unterschied besteht aber, denn auf der Rechtswidrigkeitsebene stellt sich die

---

S. 44 ff., 74 ff.; *Stree*, JZ 1963, 527 (530 f.); *ders.*, ZStW 78 (1966), 663 (668 ff., 688 ff.); AE-StGB BT polit. StraFR, Zu § A 14, S. 63, 65.

<sup>36</sup> *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 Rn. 34, meinen zur aktuellen Rechtslage, die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe der Tatbestandsmerkmale ermöglichten „eine Auslegung und Anpassung an veränderte Bedingungen bei den geschützten Rechtsgütern und bei der Bewertung des Informationsinteresses der Öffentlichkeit.“ Andererseits lehnen sie eine Befugnis zur Unterrichtung der Öffentlichkeit, die wegen der Pressefreiheit und einem Informationsinteresses der Öffentlichkeit bestehen könnte, ab.

<sup>37</sup> Erstmals BVerfGE 7, 198 (208 ff.) (*Lüth*).

<sup>38</sup> BVerfGE 20, 162 (206 unten); BGHSt 20, 342 (362) (*Pätsch*), im Anschluss an die oben zit. Lüth-Entscheidung: Das aus der Meinungsfreiheit hergeleitete Recht, Missstände im öffentlichen Leben zu rügen, werde zwar durch die allgemeinen Gesetze i. S. d. Art. 5 Abs. 2 GG beschränkt, zu denen auch die Landesverratsvorschriften zählen, diese seien jedoch nach der Wechselwirkungslehre „ihrerseits im Lichte des Grundgesetzes auszulegen“.

<sup>39</sup> BVerfGE 20, 162 (177 f., 178 ff. = abweichendes Votum) (*Spiegel-Affäre*).

<sup>40</sup> Vgl. etwa die im AE-StGB geäußerte Kritik am vorhergehenden Regierungsentwurf, AE-StGB BT polit. StraFR, Zu § A 14, S. 63. Auf der Grundlage dieses Entwurfs könnten tatbestandlich nur noch außenpolitische Belange berücksichtigt werden.

<sup>41</sup> BT-Drs. V/2860, S. 18.

Frage, ob die Offenlegung auch erforderlich war, auf Tatbestandsebene hingegen nicht.<sup>42</sup>

a) *Wechselwirkungslehre in der Spiegel-Entscheidung*

Nach dem tragenden Votum des BVerfG in der Entscheidung zur Durchscheidung der Spiegelredaktion, ist der Tatbestand des Landesverrates im Lichte der Pressefreiheit auszulegen.<sup>43</sup> Also können nicht nur außenpolitische Vorteile dazu führen, die Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen, sondern auch die in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechte. Die Landesverratsvorschriften, an deren Verfassungsmäßigkeit keine begründeten Zweifel bestünden,<sup>44</sup> seien nach der Wechselwirkungslehre als einschränkende Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG ihrerseits „stets im Blick auf die Meinungsfreiheit auszulegen und daher in ihrer diese beschränkende Wirkung gegebenenfalls selbst wieder einzuschränken“.<sup>45</sup> Die Kollision zwischen der Pressefreiheit und dem Geheimhaltungsinteresse könne „nicht von vornherein und allgemein mit der Begründung gegen die Pressefreiheit entschieden werden“.<sup>46</sup> Die Landesverratsvorschriften bezweckten den „Schutz des Bestands der Bundesrepublik Deutschland nach außen“.<sup>47</sup> Zu diesem Bestand zähle nicht nur das organisatorische Gefüge der Bundesrepublik, sondern auch ihre freiheitliche demokratische Grundordnung.

„Dieser ist es eigen, daß die Staatsgeschäfte, einschließlich der militärischen, zwar von den hierfür zuständigen staatlichen Organen geführt werden, aber der ständigen Kritik oder Billigung des Volkes unterstehen.“

Der Konflikt zwischen den „Staatsnotwendigkeiten“ der Geheimhaltung im Interesse der Staatssicherheit und der Pressefreiheit müsse mit dem Blick auf das Ziel des Bestandes der Bundesrepublik gelöst werden.

„Dabei ist im Einzelfall die *Bedeutung* der mitgeteilten Tatsachen usw. sowohl für den potentiellen Gegner wie *für die politische Urteilsbildung des Volkes* zu berücksichtigen; die Gefahren, die der Sicherheit des Landes aus der Veröffentlichung erwachsen können, sind

<sup>42</sup> AE-StGB BT polit. StrafR, Zu § A 14, S. 63, 65.

<sup>43</sup> BVerfGE 20, 162 (176 ff.).

<sup>44</sup> Ebd. S. 177.

<sup>45</sup> Ebd. S. 176 f. In einer späteren Entscheidung, in der es um die Verfassungsmäßigkeit des fahrlässigen Landesverrats ging, wurden die Grundsätze aus der Spiegel-Entscheidung bestätigt, BVerfGE 21, 239 (242 f.). Angewendet wird die Wechselwirkungslehre, so etwa *Grabenwarter*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 139, indem das jeweilige Tatbestandsmerkmal, hier also das Geheimhaltungsbedürfnis, im Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt wird. *Ridder*, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 36, hält die Wechselwirkungslehre anscheinend für zirkelschlüssig: „irgendwie fühle ich mich doch entfernt an das Bild von der Schlange erinnert, die sich in den Schwanz beißt.“

<sup>46</sup> BVerfGE 20, 162 (177 f.).

<sup>47</sup> Ebd. S. 177.

gegen das Bedürfnis, über wichtige Vorgänge auch auf dem Gebiete der Verteidigungspolitik unterrichtet zu werden, abzuwägen. In diesem Sinne übt Art. 5 Abs. 1 GG bei der Auslegung der genannten Strafvorschriften einen grundsätzlich einschränkenden Einfluß aus.“<sup>48</sup>

Diese Grundsätze sollen, das wird mit dem letzten Satz unterstrichen, nicht nur für die Pressefreiheit, sondern für alle im ersten Absatz des fünften Artikels genannten Grundrechte gelten.

### *b) Anrecht der Öffentlichkeit auf Information und Diskussion in der Spiegel-Entscheidung*

Das abweichende Votum von vier Mitgliedern des Senats ging über den eben dargestellten grundrechtlichen und damit subjektiv-rechtlichen Ansatz hinaus. Sie formulierten ein demokratieprinzipiell begründetes Anrecht der Öffentlichkeit auf Information, das bereits bei der Legaldefinition des Staatsgeheimnisses zu berücksichtigen sei. Die Geheimhaltungsbedürftigkeit dürfe nicht „allein nach dem Interesse der militärischen Führung an der Geheimhaltung beurteilt werden“, vielmehr sei:

„diesem gewiß sehr wesentlichen Interesse gegenüberzustellen das sich aus dem demokratischen Prinzip ergebende *Anrecht der Öffentlichkeit an der Information und Diskussion der betreffenden Fakten*; hierbei sind auch die möglichen heilsamen Folgen einer Veröffentlichung in Rechnung zu stellen.“<sup>49</sup>

Konkret, in Bezug auf den Spiegel-Artikel, wird weiter ausgeführt:

„So kann etwa die Aufdeckung wesentlicher Schwächen der Verteidigungsbereitschaft trotz der zunächst damit verbundenen militärischen Nachteile für das Wohl der Bundesrepublik auf lange Sicht wichtiger sein als die Geheimhaltung; die Reaktion der Öffentlichkeit wird die zuständigen Staatsorgane normalerweise veranlassen, rechtzeitig für Abhilfe zu sorgen.“<sup>50</sup>

Das proklamierte Anrecht der Öffentlichkeit auf Information weist hellsichtig über eine verkürzte subjektiv-rechtliche Darstellung des Problems<sup>51</sup> hinaus, denn es bringt zum Ausdruck, dass sich die mit der Geheimhaltung konfligierenden Interessen nicht auf die individuellen Freiheitssphären der verantwortlichen Redakteure reduzieren lassen, sondern ein weiterreichendes transsubjektives und öffentliches Interesse, ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, bestehen und entscheidend sein kann.<sup>52</sup> Noch dazu wird dieses nicht auf den Bereich der rechtlich geschützten Interessen begrenzt, der neben den

---

<sup>48</sup> Ebd. S. 178 (Hervorh. d. R. B.).

<sup>49</sup> Ebd. S. 181 (Hervorh. d. R. B.).

<sup>50</sup> BVerfGE 20, 162 (181).

<sup>51</sup> Siehe z. B. *Dietrich*, RW 2016, 566 (586 a. E.).

<sup>52</sup> Derartige öffentliche Informationsinteressen werden theoretisch und verfassungsrechtlich noch im 2. Teil i. R. d. §§ 1–2 rekonstruiert.

Normarten der Regeln und Prinzipien eine schillernde Sonderstellung einnimmt, sondern das Sondervotum formuliert es, innovativ, sogar als *Recht*.

Hiermit antizipiert es manche Aspekte, die die gegenwärtige Kritik des subjektiven Rechts formuliert.<sup>53</sup> So zeigt Andreas Fischer-Lescano anhand des Whistleblowings, dass das Recht des Einzelnen oft unzureichend erscheint, um wesentliche gesellschaftliche Fragen und Konflikte angemessen zu adressieren.<sup>54</sup> Denn bei diesem Phänomen stehen dem Geheimhaltungsinteresse in aller Regel nicht nur individuelle Interessen der hinweisgebenden Person gegenüber, sondern es besteht regelmäßig ein überindividuelles, ein öffentliches Interesse von Rechtsverstößen oder sonstigen strukturellen Missständen zu erfahren. Diese „transsubjektive Dimension“ tue sich paradigmatisch auf, wenn mittels Whistleblowing die „basalen Formen demokratischer Partizipation und Kontrolle“ verteidigt werden, unter anderem – wie im Fall *Snowden* – „gegen Übergriffe eines transnationalen Sicherheitsdispositivs, das auf rechtswidrige Praktiken zurückgreift und dabei die Verantwortlichkeiten invisibilisiert.“<sup>55</sup> Komplementär zum subjektiven Recht wird deshalb über neue Formen des Rechts nachgedacht oder vorgeschlagen, bereits bestehende, alternative Formen des Rechts zu stärken. So regt Fischer-Lescano an, in bestimmten Kontexten „transsubjektive Freiheitsrechte“ oder kollektive Rechte zu schaffen, die nicht nur das Individuum, sondern eine Vielzahl von Individuen berechtigen.<sup>56</sup> Gerade das im abweichenden Votum formulierte Anrecht der Öffentlichkeit auf Information erscheint als ein solches transsubjektives Recht.

---

<sup>53</sup> Siehe insb. *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 ff.; *Menke*, Kritik der Rechte; sowie der Sammelband, *Fischer-Lescano/Franzki/Horst* (Hg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*. Eingehend zu diesem Thema s. noch 3. Teil § 1 V.

<sup>54</sup> „Ein Recht, das Gesellschaft als aus ‚Subjekten‘ bestehend beschreibt, operiert nicht komplexitätsadäquat. Es ist wirklichkeitsfremd, hat keinen Begriff von Sozialität und verfälscht gesellschaftliche Konflikte bis zur Unkenntlichkeit. Es hat – weil es vom vernünftigen Subjekt aus denkt – keinen Raum für ökologische und soziale Fragen, keine Sprache für institutionelle Konflikte und keinen Begriff von menschlicher Freiheit.“ *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (447); und weiter (448 f.): „Indem sich das traditionelle Grundrechtsdenken auf den Schutz personaler Autonomieräume konzentriert, reduziert es das Panorama komplexer gesellschaftlicher Verhältnisse, in denen Menschen im Kontext ausdifferenzierter gesellschaftlicher Sphären agieren, auf einen Minimalausschnitt und erhebt ihn zur einzigen Welt. Gesellschaft erschöpft sich aber nicht in der Interaktion vernunftbegabter Subjekte und darum erschöpfen sich die Grundrechtsfragen auch nicht darin, Regeln für intersubjektive Freiheiten zu treffen. Vielmehr geht es darum, deutlich zwischen der Gefährdung für die Integrität von Menschen, Rechtssubjekten und inpersonalen Institutionen zu unterscheiden.“

<sup>55</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (447).

<sup>56</sup> Siehe dazu ebd. S. 435 (447, 449); *ders.*, *Blätter* 10/2013, 63 (69); *ders.*, in: *Gegenrechte*, S. 377 ff.; *Teubner*, in: *Gegenrechte*, S. 357 ff.

Wer eine solche Rechtskonzeption ablehnt und auf das Primat des subjektiven Rechts pocht, kommt nicht umhin, Informationsinteressen der Öffentlichkeit in der Entscheidungssituation einzuflechten. Auf diese Weise geht etwa das tragende Votum der Spiegel-Entscheidung vor, indem es die Pressefreiheit aufgrund der „politischen Urteilsbildung des Volkes“ stärker gewichtet. Verallgemeinert wiegen Grundrechte danach in der Entscheidungssituation schwerer, wenn sie mit Allgemeinwohlgehalten, wie Informationsinteressen der Öffentlichkeit, aufgeladen sind. Dieser Zusammenhang ist auch bei der grundrechtskonformen Interpretation der geheimnisschützenden Straftatbestände zu berücksichtigen.

*c) Normative Gründe: Demokratie, Volkssouveränität, Repräsentationsprinzip*

Der Ansatz, Informationsinteressen der Öffentlichkeit aus demokratieprinzipiellen Gründen bereits auf Tatbestandsebene zu berücksichtigen, vertraten schon vor der Spiegel-Entscheidung Teile der strafrechtlichen Literatur.<sup>57</sup> Die sogleich dargestellten Argumente, die spezifisch zu den Landesverratsvorschriften in den 1960er Jahren eingebracht wurden und im zweiten Teil der Arbeit noch eingehender theoretisch und verfassungsrechtlich rekonstruiert werden, haben bis heute weder an Überzeugungskraft noch an Relevanz eingebüßt und sich auch nicht durch die letzte Reform im Jahr 1968 erledigt. Sie sprechen neben der eben beleuchteten Grundrechtsrechtsprechung dafür, nicht nur außenpolitische Vorteile, sondern auch (innenpolitische) öffentliche Interessen bereits jetzt tatbestandlich zu berücksichtigen und dies bei künftigen Reformen der Landesverratsvorschriften ausdrücklich im Wortlaut klarzustellen.

Walter Stree hält diesen Ansatz für begriffsanalytisch notwendig, weil nur „[d]ie äußeren Staatsbelange [...] keinen isolierten Schutzwert“ besäßen:

„Sie dienen dem Gesamtwohl eines Volkes und sind ihm daher auch unterzuordnen. Dem Staatsgeheimnis kann demnach keine vom Ganzen losgelöste Eigenständigkeit zukommen.“<sup>58</sup>

Adolf Arndt betonte, das Staatsgeheimnis sei „ein normatives Tatbestandsmerkmal“ und deshalb müsse:

---

<sup>57</sup> Siehe insb. *Ridder*, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 38; *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 44 ff.; *Stree*, JZ 1963, 527 (530 f.). Daher begrüßt etwa *Stree*, ZStW 78 (1966), 663 (669 f.), die Spiegel-Entscheidung des BVerfG. Aus jüngerer Zeit: *Dietrich*, RW 2016, 566 (586).

<sup>58</sup> *Stree*, ZStW 78 (1966), 663 (688).

„die Bewertung, welches der verschiedenen Interessen das stärkere, das überragende ist und ob im gegebenen Falle das Interesse am Verbergen oder das Interesse am Offenbaren überwiegt, eine Frage der Tatbestandsmäßigkeit, nicht erst eines ausnahmsweisen Ausschlusses der Rechtswidrigkeit [sein].“<sup>59</sup>

Stree argumentierte weiter, der Grundsatz der Volkssouveränität fordere politisch aktive Staatsbürger, denen es offenstehen müsse, politische Entscheidungen stetig zu überprüfen, Stellung zu nehmen und Kritik zu üben.<sup>60</sup> Dazu müssten sie die „wesentlichen politischen – auch außen- und militärpolitischen – Konzeptionen und deren Grundlagen“ kennen, auch, um eine „sachgemäße Wahlentscheidung“ treffen zu können.<sup>61</sup>

„Was das Volk wissen muß, um im Interesse des Gesamtwohls seinen politischen Aufgaben gewachsen zu sein, kann ihm gegenüber schwerlich zu einem geheimhaltungsbedürftigen Staatsgeheimnis erklärt werden, es sei denn, die aus der Offenlegung entspringenden Gefahren von außen übersteigen die Nachteile, die dem politischen Wirken aus der unterlassenen Unterrichtung drohen.“<sup>62</sup>

In ganz ähnlicher Weise meinte Günter Stratenwerth, in einem demokratisch-rechtsstaatlichen Gemeinwesen bestehe kein legitimes Geheimhaltungsinteresse an Tatsachen, die erforderlich sind, um eine begründete Stellungnahme zu politischen Entscheidungen zu bilden. Deren Verbindlichkeit entstehe erst aus der Möglichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung.<sup>63</sup>

„Soweit die maßgebende politische Entscheidung, um verbindlich zu sein, der öffentlichen Kritik ausgesetzt werden muß, kann sie selbst und können die Tatsachen, deren Kenntnis es zu begründeter Stellungnahme bedarf, kein Staatsgeheimnis bilden. Erst recht scheiden offensichtlich ‚illegale‘ Staatsgeheimnisse aus, es sei denn, daß ihre Preisgabe höherrangige legitime Gemeininteressen verletzt.“<sup>64</sup>

Grundrechtsorientiert, aber ähnlich, äußerte Helmut Ridder, die Landesverratsbestimmungen würden:

„am Grundrecht der Pressefreiheit zerschellen, soweit die erbeuteten Geheimnisse z. B. auf militärischem Gebiet ‚große‘ Fragen betreffen, die eine politische Entscheidung, Rückwirkung, Chancenbeeinflussung usw. enthalten, über die die Öffentlichkeit orientiert sein muß.“<sup>65</sup>

Ein legitimes Geheimhaltungsinteresse könne, so noch einmal Stratenwerth, nur an „Detailfragen“ bestehen, „die an sich in die ausschließliche Kompetenz

<sup>59</sup> A. Arndt, Landesverrat, S. 43.

<sup>60</sup> Stree, JZ 1963, 527 (530).

<sup>61</sup> Ebd.

<sup>62</sup> Stree, ZStW 78 (1966), 663 (688 f.).

<sup>63</sup> Stratenwerth, Publizistischer Landesverrat, S. 44. Der Gedanke der Geltung durch Öffentlichkeit findet sich insb. schon im Publizitätsprinzip Kants, das noch im 2. Teil unter § 1 III. untersucht wird.

<sup>64</sup> Stratenwerth, Publizistischer Landesverrat, S. 47 f.

<sup>65</sup> Ridder, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 38.

bestimmter Staatsorgane fallen, also prinzipiell unter Ausschluss der Öffentlichkeit erledigt werden.“<sup>66</sup> Das Geheimhaltungsinteresse hinsichtlich dieser „technischen Einzelheiten“ müsse dann mit dem Interesse an öffentlicher Kritik abgewogen werden.<sup>67</sup> Die Offenbarung könne zulässig sein, wenn sie der „Wahrung legitimer Interessen“ diene, „wie etwa bei einer auf die Beseitigung von Mißständen gerichteten Kritik an der militärischen Ausrüstung oder Ausbildung usw.“<sup>68</sup>

### 5. Informationsinteressen der Öffentlichkeit *de lege ferenda*

In der Reformdiskussion der 1960er Jahre wurden nicht nur überzeugende Argumente, sondern auch spezifische Vorschläge zur Neugestaltung der Landesverratsvorschriften eingebracht, um öffentliche Informationsinteressen bereits tatbestandlich zu berücksichtigen. Zu nennen sind der Entwurf der SPD<sup>69</sup> und der akademische Alternativ-Entwurf eines StGB. Beide wurden eingebracht, bevor der Bundestag das Achte Strafrechtsänderungsgesetz und damit die aktuell geltenden Landesverratsbestimmungen beschloss. Am Alternativ-Entwurf waren auch Stree und Stratenwerth beteiligt, die ihrerseits schon in den Jahren zuvor konkrete Gesetzesvorschläge eingebracht hatten.

#### a) Alternativ- und SPD-Entwurf

Die Verfasser des Alternativ-Entwurfs kritisierten, dass nach dem Regierungsentwurf<sup>70</sup>, der den aktuellen Landesverratsbestimmungen am nächsten kommt,<sup>71</sup> „die Berücksichtigung innenpolitischer Belange im Tatbestand gänzlich ausgeschlossen und erst bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit zulässig“ sei.<sup>72</sup> Sie meinten, mit der Legaldefinition im Regierungsentwurf werde eine „Verabsolutierung“ der Stellung der Bundesrepublik bewirkt, mit der Folge, dass:

---

<sup>66</sup> Stratenwerth, Publizistischer Landesverrat, S. 44

<sup>67</sup> Ebd.

<sup>68</sup> Ebd. S. 54. Er verweist auf den Fall von Lord Northcliff, der als Herausgeber der *Daily Mail* auf einen Engpass in der englischen Munitionsversorgung während des Ersten Weltkrieges aufmerksam machte, was zur Abhilfe beitrug und dazu führte, dass ein Ministry of Munitions eingerichtet wurde.

<sup>69</sup> BT-Drs. V/102.

<sup>70</sup> BT-Drs. V/898.

<sup>71</sup> Die Legaldefinition des Regierungsentwurfs setzte „die Gefahr eines Nachteils für die Stellung der Bundesrepublik Deutschland gegenüber einer fremden Macht“ voraus, s. § 100d Reg-E StGB, BT-Drs. V/898, S. 9, was der heutigen Formulierung „Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit“ in § 93 Abs. 1 StGB ähnelt.

<sup>72</sup> AE-StGB BT polit. StrafR, Zu § A 14, S. 63.



„nicht mehr die widerstreitenden Interessen: Meinungsfreiheit und ‚äußere Machtstellung‘ gegeneinander abgewogen [würden], sondern wie bei allen Rechtfertigungsgründen nur geprüft werden könnte, ob der Gebrauch der Meinungsfreiheit in der Form öffentlicher Bekanntgabe auch erforderlich war. Muß aber der Journalist sich zuerst fragen, ob nicht ein anderer Weg, etwa die vertrauliche Informierung zuständiger Stellen, Abhilfe schaffen kann, dann führt eine solche Erforderlichkeitsprüfung zu einer erheblichen Behinderung freier journalistischer Tätigkeit, insbesondere einer freien Militärpublizistik.“<sup>73</sup>

Deshalb vermied der Alternativ-Entwurf eine „Rechtswidrigkeits-Lösung“. Die Interessenabwägung sollte bereits bei der Tathandlung vorgenommen werden.<sup>74</sup> Dementsprechend waren für die verschiedenen Tatbestände des Geheimnisverrats (§§ A 15–17 und A 19 AE-StGB) der Zusatz vorgesehen: „[...] und dadurch einen Nachteil für das Gesamtwohl der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt [...]“.<sup>75</sup> Die Straftatbestände seien erst dann erfüllt, „wenn feststeht, daß bei Abwägung aller innen- und außenpolitischen einschließlich der militärischen Interessen per Saldo mehr Schaden als Nutzen gestiftet wurde.“<sup>76</sup>

Zwar würde durch eine derartige Regelung mit entsprechender gesetzlicher Begründung sichergestellt, dass auch innenpolitische Interessen bereits beim Staatsgeheimnisbegriff in Rechnung zu stellen sind, allerdings konserviert der Vorschlag das diffuse Merkmal des Wohls der Bundesrepublik. Die im Jahr 1968 vorgenommene Beschränkung auf eine Gefährdung der äußeren Sicherheit ist als Konkretisierung gegenüber dem Wohl-Merkmal prinzipiell zu begrüßen, weshalb ein Rückgriff auf den Alternativ-Entwurf in dieser Hinsicht einen Rückschritt bedeuten würde.

Ähnliches trifft auch auf den damaligen SPD-Entwurf zu. Dessen § 99 Abs. 4 legaldefinierte Staatsgeheimnisse als:

„Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die für die Landesverteidigung oder die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland zu einer fremden Macht von Bedeutung sind und deren Kenntnis auf einen bestimmten Kreis von Kenntnisbefugten beschränkbar und durch Sicherungsmaßnahmen beschränkt ist und die vor dem Mitwissen einer fremden Macht zu schützen im öffentlichen Allgemeininteresse unerlässlich ist.“<sup>77</sup>

Das Merkmal eines öffentlichen Allgemeininteresses erscheint zwar sprachlich zeitgemäßer, abgesehen davon ist es jedoch gegenüber dem angestaubten Wohl-Merkmal keineswegs spezifischer.

<sup>73</sup> AE-StGB BT polit. StrafR, Zu § A 14, S. 63, 65.

<sup>74</sup> Ebd. S. 65.

<sup>75</sup> Bzw. bei § A 19: „[...] und dabei leichtfertig verkennt, daß er damit einen Nachteil für das Gesamtwohl der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt [...]“.

<sup>76</sup> AE-StGB BT polit. StrafR, Zu § A 14, S. 65.

<sup>77</sup> BT-Drs. V/102.

*b) Roadmap Strees und Stratenwerths*

Die verfassungsrechtlich fundierten Ansätze von Stree und Stratenwerth vermochten sich in der noch im alten Denken verhafteten rechtspolitischen Diskussion der 1960er Jahre nicht durchzusetzen. In der aktuellen Reformdiskussion sind ihre Ansätze stärker einzubeziehen, weil sich das tradierte dogmatische Strafrechtsverständnis seitdem gewandelt hat und der Verfassung weniger ignorant gegenübersteht als früher.<sup>78</sup>

Stree hielt eine „umfassende gesetzliche Ausnahmeregel zugunsten des *Informationsanspruchs der Öffentlichkeit*“ für „unumgänglich, will man die Landesverratsvorschriften den Erfordernissen eines demokratischen Staatswesens anpassen.“<sup>79</sup> Von der Geheimhaltung sollen „öffentlich bekanntgemachte Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, soweit deren Offenlegung einem berechtigten Allgemeininteresse dient und kein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung entgegensteht“ ausgenommen werden.<sup>80</sup> Zwar sei eine derartige Regelung nicht unproblematisch, weil sie nicht bestimme, „was im einzelnen gewichtiger ist und woran überhaupt ein öffentliches Informationsinteresse besteht.“<sup>81</sup> Jedoch würde sie die Rechtsprechung dazu anhalten, „die äußeren und inneren Staatsnotwendigkeiten gegeneinander abzuwägen.“ Außerdem würde sie „den Keim“ legen „für eine Auslegung und Fortentwicklung im Geiste eines freiheitlichen demokratischen Staatswesens“.<sup>82</sup>

Stratenwerth monierte, es fehlten präzise Regelungen, welche Interessen an der Geheimhaltung und an der Veröffentlichung als legitim anzuerkennen seien und welches Gewicht den Interessen im Kollisionsfall in der Abwägung zukomme:

„Eine dritte Quelle der Unsicherheit bilden schließlich die Fälle der Interessenkollision: Ob das Interesse, das mit der Bekanntmachung eines an sich geheimhaltungsbedürftigen Sachverhalts verfolgt wird, als legitim anzuerkennen ist; unter welchen Voraussetzungen nicht mehr auf die meist platonischen Versuche verwiesen werden sollte, etwa über das Petitionsrecht (Art. 17 GG) Abhilfe zu schaffen, sondern sich an die Öffentlichkeit wenden darf; welches Interesse, wenn die Kollision als solche anerkannt wird, von größerem Gewicht ist; das alles sind Fragen, für deren Beantwortung es keine auch nur einigermaßen präzisen Regeln gibt, die der Entscheidung also außerordentlich weiten Spielraum lassen. Ob ein solches Maß an Unsicherheit mit dem verfassungsrechtlichen Erfordernis hinreichender Bestimmtheit des gesetzlichen Straftatbestandes im Einklang steht, bleibe hier dahingestellt.“<sup>83</sup>

---

<sup>78</sup> Vgl. etwa *Appel*, Verfassung und Strafe; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte.

<sup>79</sup> *Stree*, ZStW 78 (1966), 663 (688) (Hervorh. d. R. B.).

<sup>80</sup> Ebd. S. 689.

<sup>81</sup> Ebd. S. 689 f. Die einzelnen in Betracht kommenden öffentlichen Informationsinteressen werden noch im 2. Teil herausgearbeitet.

<sup>82</sup> Ebd. S. 690.

<sup>83</sup> *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 64 f.

Zur Reform der Landesverratsvorschriften schlug Stratenwerth eine Lösung auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes vor,<sup>84</sup> da sich das Staatsgeheimnis objektiv nicht sinnvoll einschränken lasse.<sup>85</sup> Er formulierte folgenden „Ausschlusstatbestand“<sup>86</sup>: „Wer ein Staatsgeheimnis öffentlich bekannt macht, um einem berechtigten öffentlichen Interesse zu dienen, bleibt straflos, es sei denn, daß ein solches Interesse nicht besteht oder das Geheimhaltungsinteresse offensichtlich überwiegt.“<sup>87</sup>

Allerdings solle der Ausschlusstatbestand nur angewendet werden, „wenn ein Informationsanspruch der Öffentlichkeit oder ein überwiegendes Interesse an der Publikation in Wahrheit nicht besteht“,<sup>88</sup> denn andernfalls würde bereits (objektiv) die Geheimhaltungsbedürftigkeit fehlen.

### c) Stellungnahme

Den Ansätzen Strees und Stratenwerths ähnelnd wird auch hier für einen Ausnahmetatbestand plädiert, der öffentliche Interessen an einer Aufdeckung schon dem Wortlaut nach angemessen berücksichtigt. Die Offenlegung eines Geheimnisses kann einen legitimen und wichtigen Dienst an der Öffentlichkeit darstellen, mit dem Whistleblower berechnete öffentliche Interessen wahrnehmen.<sup>89</sup> Nach der verfassungskonformen Auslegung, die das BVerfG praktiziert, müssten derartige Interessen bereits *de lege lata* auf Tatbestandsebene berücksichtigt werden, wogegen sich die h. M. unter Verweis auf den bei genauer Betrachtung wenig geeigneten § 34 StGB sträubt.<sup>90</sup> Es bedarf deshalb Regelungen, die den relevanten Interessen Geltung verschaffen und eine Strafbarkeit rechtssicher ausschließen. Wie diese konkret gestaltet sein könnten, wird bezüglich der Landesverratsvorschriften am Ende dieses Abschnitts unter VII. erläutert.

Beide Autoren geben zwar auch zu bedenken, dass nicht immer klar sei, ob und worin ein öffentliches Informationsinteresse besteht, diesen Fragen widmet sich jedoch noch der 2. Teil dieser Arbeit. Dort werden entsprechende im Recht enthaltene Interessen herausgearbeitet. Auch der Forderung, dass verlässliche Regeln zur Auflösung der Interessenkollisionen entwickelt werden müssten, wird noch nachgekommen. An dieser Stelle reicht es, in Aussicht zu stellen, dass an der Geheimhaltung eines Rechtsverstößes prinzipiell kein

---

<sup>84</sup> So bereits, *Radbruch*, DJ III (1927/1928), 103 (110) = RGA IX, 262 (269). Dazu noch unter IV. 1. c).

<sup>85</sup> *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 69.

<sup>86</sup> Ebd. S. 76.

<sup>87</sup> Ebd. S. 75 Fn. 25.

<sup>88</sup> Ebd. S. 79.

<sup>89</sup> Letztgenannter Aspekt wird anhand des Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen im 3. Teil der Arbeit unter § 3 vertieft

<sup>90</sup> Zum rechtfertigenden Notstand s. noch 3. Teil § 2.

(straf-)rechtliches Interesse besteht. Zudem ist bei der Enthüllung von Missständen, dem Defensivnotstandsgedanken entsprechend, die Urheberchaft bzw. Zurechnung derselben zu berücksichtigen ist.<sup>91</sup>

## II. Die Tatbestandsausnahme „illegaler“ Staatsgeheimnisse

Mit dem Achten Strafrechtsänderungsgesetz wurde § 93 Abs. 2 StGB eingeführt. Danach sind „Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartnern der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstoßen [...] keine Staatsgeheimnisse.“<sup>92</sup> Liegt ein solches „illegales“ Staatsgeheimnis vor, ist bereits die Tatbestandsmäßigkeit und nicht erst die Rechtswidrigkeit der Landesverratsdelikte zu verneinen.<sup>93</sup> Nur der „Verrat illegaler Geheimnisse“ (§ 97a StGB) bildet hiervon eine Ausnahme. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer „illegale“ Geheimnisse einer fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner mitteilt. Wer irrtümlich davon ausging, es habe nur ein „illegales“ Staatsgeheimnis vorgelegen, dem droht entgegen den allgemeinen Irrtumsregeln (§§ 16, 17 StGB) eine Strafbarkeit nach § 97b StGB.<sup>94</sup>

Der Begriff „illegales Staatsgeheimnis“ ist etwas irreführend, denn es ist nicht das Geheimnis selbst, sondern der verdeckte Rechtsverstoß illegal.<sup>95</sup> Allerdings verwendet auch das Gesetz den allgemein gebräuchlichen Begriff, s. §§ 97a, 97b StGB. Deshalb wird er auch hier zugrunde gelegt. Weiterhin gilt es zu beachten, dass sonstige „illegale“ Staatsgeheimnisse durch § 93 StGB tatbestandlich geschützt sein können. Damit sind Informationen gemeint, die zwar Gesetzesverstöße betreffen, aber die Schwelle der in § 93 Abs. 2 StGB festgelegten qualifizierten Illegalität nicht erreichen. Das ergibt ein Umkehrschluss aus § 93 Abs. 2 StGB: Wenn nur die dort genannten Tatsachen vom Geheimnisschutz (weitestgehend) ausgenommen sind, dann schützen die §§ 93

<sup>91</sup> Zur Defensivnotstandssituation s. noch 3. Teil § 2 IV. 1.

<sup>92</sup> Nach *Jescheck*, FS Engisch, 584, ist die Legaldefinition der „illegalen“ Staatsgeheimnisse eine „ausgesprochene Besonderheit des deutschen Strafrechts“, die man in anderen Rechtsordnungen vergebens suche.

<sup>93</sup> So die h. M., s. etwa *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 Rn. 29 m. w. N.; nach a. A. soll § 93 Abs. 2 StGB ein Rechtfertigungsgrund sein, *Jescheck*, FS Engisch, 584 (596); *Paeffgen*, Verrat, S. 52 ff., 213 ff. Vor dem Inkrafttreten des § 93 Abs. 2 StGB hatte der BGH diese Frage im Fall *Pätsch* noch ausdrücklich offengelassen, BGHSt 20, 342 (343) = juris Ls. 3.3.

<sup>94</sup> An der Verfassungsmäßigkeit von § 97b StGB wird gezweifelt, insbesondere soll der Straftatbestand nicht mit dem Schulprinzip vereinbar sein, s. dazu noch VI. 6.

<sup>95</sup> *Paeffgen*, in: NK § 93 Rn. 32; sowie bereits § 3 Fn. 1.

ff. StGB sonstige „illegale“ Geheimnisse anscheinend prinzipiell.<sup>96</sup> Etwas anderes gilt allerdings, wenn den Informationen aufgrund der oben herausgearbeiteten Gesamtbetrachtung (oben unter I. 4.) der Schutz als Staatsgeheimnis zu verwehren ist.<sup>97</sup>

Die zweite Alternative des § 93 Abs. 2 StGB, Verstöße gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen, geht insbesondere auf zwei prominente Entscheidungen zum publizistischen Landesverrat in der Weimarer Republik zurück.<sup>98</sup> Im *Weltbühne*-Prozess, d. h. den Strafverfahren gegen Walter Kreiser und Carl von Ossietzky ging es um den Wiederaufbau der deutschen Luftwaffe, im Fall *Küster/Salomon* um die Einstellung sog. Zeitfreiwilliger durch die Reichswehr. Obwohl beide Maßnahmen gegen die Rüstungsbeschränkungen des Versailler Vertrages verstießen, wurden die Angeklagten verurteilt. Nach § 93 Abs. 2 Alt. 2 StGB hätten sie für die Offenlegung der Vertragsverletzungen nicht wegen Landesverrats bestraft werden können.<sup>99</sup>

### *1. Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung verstoßen*

Während sich Verstöße gegen zwischenstaatliche Rüstungsbeschränkungen<sup>100</sup> regelmäßig relativ einfach subsumieren lassen dürften – wie etwa die unstreitigen Verletzungen des Versailler Vertrages in der Weimarer Republik zeigen – ist dies beim Merkmal eines Verstoßes gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ungleich schwerer. In vielen Fällen wird man kaum hinreichend zuverlässig einschätzen können, ob die Strafgerichte einen derartigen Verstoß bejahen werden.<sup>101</sup>

---

<sup>96</sup> So etwa *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 20, 26; *Becker*, in: Matt/Renzikowski § 93 Rn. 11; *Fischer*, StGB § 93 Rn. 16; *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 93 Rn. 34; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 93 Rn. 27; *Wolter*, in: SK § 93 Rn. 38.

<sup>97</sup> Nach a. A. sollen in einem demokratischen Rechtsstaat eventuell bestehende legitime Informationsinteressen an sonstigen „illegalen“ Geheimnissen erst auf Rechtswidrigkeitsebene (insb. i. R. d. § 34 StGB) berücksichtigt werden, *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 93 Rn. 27; *Wolter*, in: SK § 93 Rn. 38, ggf. auch erst auf Schuldebene, *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 26.

<sup>98</sup> *Jescheck*, FS Engisch, 584 (585 ff.). Die Vorschrift wird deshalb auch als „*Ossietzky*-Paragraph“ bezeichnet, *Joerden*, JRE 19 (2011), 227 (235).

<sup>99</sup> Da, unter Anwendung des heutigen Rechts, ein illegales Staatsgeheimnis vorlag, wäre nur eine Bestrafung gem. § 97a StGB in Betracht gekommen. Dieser Tatbestand wäre aber nicht erfüllt gewesen, denn er setzt die direkte Mitteilung an eine fremde Macht voraus. Daran fehlt es bei einer Publikation im Inland, wie der Veröffentlichung im Magazin *Weltbühne* im Fall von Ossietzky und Kreiser. Siehe auch *Klug*, FS Baumgärtel, 249 (253 f.).

<sup>100</sup> Z. B. Verstöße gegen den Atomwaffensperrvertrag; weitere Bsp. bei *Paeffgen*, in: NK § 86 Rn. 38.

<sup>101</sup> Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgrundsatz bestehen deshalb auch gegenüber § 93 Abs. 2 StGB, nicht nur gegenüber § 93 Abs. 1 StGB, s. dazu noch III. 1.

Der im Strafgesetzbuch verwendete Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung<sup>102</sup> soll dem verfassungsrechtlichen Begriff entsprechen, der in den Art. 10 Abs. 2, 11 Abs. 2, 18, 21 Abs. 2 und 91 Abs. 1 GG verwendet wird.<sup>103</sup> Das BVerfG hat den Begriff aus Art. 21 Abs. 2 GG im Verbotsverfahren gegen die Sozialistische Reichspartei (SRP) definiert, als:

„eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit und der Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind mindestens zu rechnen: die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition.“<sup>104</sup>

Karlsruhe hat sich dabei an den strafrechtlich geschützten „Verfassungsgrundsätzen“ orientiert, die in § 88 Abs. 2 StGB a. F. geregelt waren und heute in § 92 Abs. 2 StGB normiert sind.<sup>105</sup> Diese Verfassungsgrundsätze und die Merkmale der Definition des BVerfG stimmen im Wesentlichen überein.<sup>106</sup> Die Gesetzgebung hat sich später, bei der Regelung der Verfassungsgrundsätze in § 4 Abs. 2 BVerfSchG, an der Definition der Verfassungsrechtsprechung orientiert.<sup>107</sup>

## 2. Die Snowden-Enthüllungen (hypothetische Bewertung)

Die von Edward Snowden und anderen aufgedeckte anlasslose Massenüberwachung von Bürgerinnen und Bürgern durch Geheimdienste verstößt nach hier geteilter Ansicht gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Siehe neben § 93 Abs. 2 StGB auch § 86 Abs. 2 StGB.

<sup>103</sup> Jescheck, FS Engisch, 584 (593).

<sup>104</sup> BVerfG, Urt. v. 23.10.1952 – 1 BvB 1/51 = BVerfGE 2, 1 (12 f.) = juris Rn. 38 (SRP-Verbot).

<sup>105</sup> Z. B. wurde der Begriff „Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft“ übernommen, vgl. § 88 Abs. 2 Nr. 6 StGB a. F., Paeffgen, in: NK § 86 Rn. 11.

<sup>106</sup> Es wurden aber nicht alle „Verfassungsgrundsätze“ übernommen; andererseits geht die Definition des BVerfG teilweise über sie hinaus, Paeffgen, a. a. O. Z. B. erfasst die Definition des BVerfG auch „die Achtung vor den im Grundgesetz konkretisierten Menschenrechten [...]“.

<sup>107</sup> Im Ggs. zu § 92 Abs. 2 StGB erfasst § 4 Abs. 2 lit. g) BVerfSchG auch die im GG konkretisierten Menschenrechte als Verfassungsgrundsatz. Die betreffende Bestrebung müsse nicht „auf die Abschaffung oder Außerkraftsetzung sämtlicher im Grundgesetz verbürgter Menschenrechte abzielen.“ Es genüge, wenn „sie sich gegen einzelne dieser Menschenrechte richtet“, Roth, in: Sicherheitsrecht des Bundes, BVerfSchG § 4 Rn. 51.

<sup>108</sup> So bereits Huber/de With, NJW 2014, 2698 (2700); Treiber, DÖV 2015, 90 (96).

Snowden hätte sich deshalb, würden seine Handlungen am Maßstab des deutschen Strafrechts gemessen, nicht nach den Landesverratsvorschriften strafbar gemacht. Es ist aber ungewiss, ob sich deutsche Gerichte dieser Ansicht anschließen würden, weil das relativ unbestimmte und politische Tatbestandsmerkmal der freiheitlichen demokratischen Grundordnung flexibel interpretierbar ist. Tatsächlich wären deutsche Gerichte mit dieser Frage konfrontiert, wenn Snowden in die Bundesrepublik einreisen sollte und die USA einen Auslieferungsantrag stellen würden. Genau das stand im Raum, als der NSA-Untersuchungsausschuss Snowden als Zeugen vernehmen wollte.

*a) Nationaler und globaler Überwachungsexzess der Five Eyes*

Die Snowden-Enthüllungen lösten Anfang Juni 2013 den NSA-Skandal aus. Zeitungen aus verschiedenen Ländern berichteten über das System und die Programme der exzessiven nationalen und globalen Überwachung durch die US-amerikanische National Security Agency (NSA) sowie durch Nachrichtendienste von drei Partnerstaaten der sogenannten *Five Eyes*, Australien, Großbritannien und Kanada.<sup>109</sup> Die Berichterstattung beruhte auf Datensätzen der Geheimdienste und Verteidigungsministerien der genannten Staaten, die Snowden an die Presse weitergegeben hatte. Von den Daten selbst veröffentlichten die Medien nur einen sehr kleinen Teil.<sup>110</sup> Snowden war als technische Fachkraft für verschiedene US-amerikanische Geheimdienste tätig, zuletzt im Auftrag der NSA als Systemadministrator des Beratungsunternehmens Booz Allen Hamilton. Die Datensätze hatte er aus internen Netzwerken der NSA kopiert, eine Auswahl auf externen Festplatten gespeichert und schließlich in einem Hotel in Hongkong an zwei Journalisten übergeben. Ein Auslieferungsersuchen der USA wurde von Hongkonger Behörden abgelehnt.<sup>111</sup> Snowden wollte dann über Russland nach Ecuador ausreisen, „strandete“ allerdings im Transitbereich des Moskauer Flughafens Scheremetjewo, da die US-Behörden seinen Reisepass annulliert hatten. Im August 2013 wurde ihm von den russischen Behörden politisches Asyl gewährt. Die Enthüllungen führten in den USA zu einer Reihe von Gesetzesänderungen, etwa Einschränkungen der Überwachungspraktiken durch den Freedom Act.<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup> Die Bezeichnung beruht auf dem „UKUSA Agreement“, einem Geheimdienstabkommen zwischen Australien, Großbritannien, Kanada, Neuseeland und den USA im Bereich der „Signals Intelligence“ (geheimdienstliche Gewinnung von Informationen).

<sup>110</sup> *Greenwald*, *The Guardian* v. 11.6.2013. Im November 2013 wohl erst 1 %, *Corera*, *BBC News* v. 3.12.2013.

<sup>111</sup> Hong Kong Special Administrative Region, PM v. 23.6.2013, „statement on Edward Snowden“ (<http://www.info.gov.hk/gia/general/201306/23/P201306230476.htm>).

<sup>112</sup> *Benkler*, *Harv. L. & Pol’y Rev.* 2014, 281 (302); *Dörr/Diersch*, *ZfP* 2017, 468 (483 f.).

Die von Snowden lancierten Datensätze zeigen, dass James Clapper, der Nationale Geheimdienstdirektor der USA log, als er in einer öffentlichen Anhörung des US-Kongresses am 12. März 2013 behauptete, die NSA würde nicht massenhaft Daten von US-Bürgern sammeln. Tatsächlich betrieb die NSA seit 2007 ein Massenüberwachungsprogramm namens *PRISM*<sup>113</sup> und bezog von mindestens neun US-amerikanischen Digitalkonzernen (u. a. Microsoft, Google, Facebook, Yahoo, Apple, AOL und Paltalk) Kommunikationsdaten von Nutzern wie E-Mails, Chatprotokolle, Ton- und Videoaufnahmen, versendete Dateien, Details aus sozialen Netzwerken etc. Die Daten filtert(e) die NSA mittels Selektoren, d. h. festgelegten Suchmerkmalen.<sup>114</sup> Zudem wird nicht nur auf gespeicherte, sondern auch auf Live-Inhalte zugegriffen.<sup>115</sup> Im Jahr 2013 sollen über 100.000 Personen in Echtzeit überwacht worden sein.<sup>116</sup> Für ihre Kollaborationen mit den Geheimdiensten erhielten die Unternehmen Millionenbeträge von der NSA.<sup>117</sup>

Nach einem geheimen Gerichtsbeschluss des United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC)<sup>118</sup> wurde Verizon, der größte US-Telekommunikationsdienstleister, verpflichtet, sämtliche dem Konzern verfügbaren Metadaten<sup>119</sup> über die Anrufe seiner Kunden der NSA täglich zu übermitteln.<sup>120</sup> Der Beschluss beruhte auf dem Patriot Act, einem Gesetzespaket, das nach den Anschlägen am 11. September 2001 auf die Twin Towers des World Trade Centers verabschiedet wurde. Die Gesetzesänderungen schränkten den Richtervorbehalt bei Überwachungen stark ein und ermöglichten, Kommunikationsdienstleister zu verpflichten, ihre Daten an US-Behörden zu übermitteln.

Das Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB), eine unabhängige Stelle der US-amerikanischen Regierung, legte in einem umfassenden Gutachten dar, dass das massenhafte Sammeln von Telefonmetadaten nicht durch § 215 Patriot Act (50 U.S. Code § 1861) gedeckt sei und damit ohne

---

<sup>113</sup> Das ist neben „Mainway“, „Marina“ und „Nucleon“ eines der vier Teilprogramme des Überwachungsprogramms „Stellarwind“, *Gellman*, The Washington Post v. 15.6.2013.

<sup>114</sup> PCLOB, Report on the Surveillance Program, S. 7. Der NSA-Untersuchungsausschuss stritt erfolglos um die Vorlage der NSA-Selektorenliste, BVerfG, Beschl. v. 13.10.2016 – 2 BvE 2/15.

<sup>115</sup> *Greenwald/Mac Askill*, The Guardian v. 7.6.2013

<sup>116</sup> *Sottek*, The Verge v. 29.6.2013.

<sup>117</sup> *Fischer-Lescano*, in: Transnationales Recht, S. 435 (437); *Mac Askill*, The Guardian v. 23.8.2013.

<sup>118</sup> Das Bundesgericht wurde im Jahr 1978 mit dem Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) eingerichtet und soll die Überwachungsaktivitäten der Auslandsgeheimdienste kontrollieren.

<sup>119</sup> Metadaten „sind strukturierte Daten, die Informationen über Merkmale anderer Daten enthalten.“ (<https://de.wikipedia.org/wiki/Metadaten>). Bei Telefonanrufen sind das z. B. die Anschlussnummern von anrufender und angerufener Person, die Dauer des Telefonats und der Standort der Personen.

<sup>120</sup> *Greenwald*, The Guardian v. 6.6.2013.



gesetzliche Grundlage erfolgte.<sup>121</sup> Verletzungen der Grundrechte des Fourth Amendment seien naheliegend.<sup>122</sup> Das Programm sei zudem auch hinsichtlich des First Amendment verfassungsrechtlich bedenklich. Dementsprechend entschied das New Yorker Berufungsgericht im Mai 2015, dass das Programm mangels gesetzlicher Grundlage rechtswidrig sei.<sup>123</sup> In einem Eilverfahren ging auch das Bezirksgericht Columbia von einer Überschreitung der Befugnisse des § 215 Patriot Act aus und hielt es für wahrscheinlich, dass Grundrechte des Fourth Amendment verletzt worden seien.<sup>124</sup> Das Gericht meinte, die Überwachungspraktiken erinnerten eher an autoritäre und totalitäre Regime als an eine konstitutionelle Demokratie. Die Beschreibung der Überwachungsmaßnahmen als Orwellsche Verhältnisse übersteigend bezeichnete das Gericht als zutreffend.

Zudem wurde bekannt, dass die USA die Spionagesoftware *XKeyscore* entwickelt und mit anderen Nachrichtendiensten, wie dem Bundesnachrichtendienst (BND) und dem BfV, geteilt hat. Mithilfe dieser Software können Geheimdienstanalysten sämtliche Daten eines bestimmten Nutzers, die über das Internet versendet und empfangen werden, abfischen.<sup>125</sup> Die NSA meinte dazu, nur bestimmte Mitarbeiter hätten Zugang zu der Software, die sie im Rahmen ihrer Aufgaben benötigten.<sup>126</sup>

Dokumente zu *Boundless Informant* machten das Ausmaß der globalen Überwachung deutlich. Es handelt sich dabei um ein Computersystem der NSA, das der Analyse und Informationsvisualisierung, etwa der grafischen Darstellung der geheimdienstlich erlangten Daten dient.<sup>127</sup> Außerdem wurde

<sup>121</sup> PCLOB, Report on the Telephone Records Program, S. 57 ff., zusammenfassend S. 168.

<sup>122</sup> Vierter Zusatzartikel der US-amerikanischen Verfassung: „The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated [...]“.

<sup>123</sup> *ACLU v. Clapper*, 785 F.3d 787 (2d Cir. 2015), die entgegenstehende erstinstanzliche Entscheidung, *ACLU v. Clapper*, 959 F.Supp.2d 724 (S.D.N.Y. 2013), wurde aufgehoben. Die zit. Vorschrift war schon Jahre zuvor als zu weitgehend und unbestimmt kritisiert worden. Zudem befürchtete man, sie werde besonders weit ausgelegt werden, um eine exzessive Inlandsüberwachung zu rechtfertigen, *Greenwald*, *The Guardian* v. 6.6.2013.

<sup>124</sup> *Klayman v. Obama*, 957 F.Supp.2d 1 (D.D.C. 2013), die einstweilige Verfügung hob das Berufungsgericht auf, weil die Antragsteller die erhöhten Anforderungen an die Beweislast in einem einstweiligen Verfügungsverfahren nicht erfüllt hätten, *Klayman v. Obama*, 805 F.3d 1148 (D.C. Cir. 2015).

<sup>125</sup> *Greenwald*, *The Guardian* v. 31.7.2013.

<sup>126</sup> NSA, PM v. 30.7.2013, „in response to allegations about NSA operations“.

<sup>127</sup> In einem veröffentlichten Screenshot des Tools werden z. B. für einen Zeitraum von 30 Tagen die überwachten Daten aus Europa in einem Balkendiagramm dargestellt; für Deutschland werden 552 Millionen Telefon- und Internetdaten ausgewiesen, NSA Documentation of Spying in Germany, Spiegel Online Photo Gallery v. 29.7.2013. Dabei ist unklar, ob damit „nur“ der Datenstrom durch das NSA-System gemeint ist oder ob sich die Zahl auf bereits gefilterte Daten bezieht.

das Überwachungsprogramm *Tempora* des britischen Geheimdienstes Government Communications Headquarters (GCHQ) aufgedeckt, das aus zwei Programmen besteht: der Internetüberwachung und der Telefonüberwachung. Die interne Bezeichnung der Komponenten als *Mastering the Internet* und *Global Telecom Exploitation* lässt das Ausmaß der Überwachung erahnen.<sup>128</sup> Der GCHQ plante, 1.500 der insgesamt 1.600 Datenkabel, die Großbritannien mit dem Festland verbinden, anzuzapfen, um den gesamten Datentransfer eines Viertels der Kabel gleichzeitig absaugen zu können.<sup>129</sup> Bereits im Jahr 2012 soll der Dienst sein Ziel zur Hälfte erreicht haben, indem er die ausgetauschten Daten von gleichzeitig 200 transatlantischen Glasfaserkabeln erfassen konnte. Damit könnten täglich bis zu 21,6 Petabyte Daten erfasst werden, was dem 192-fachen des Inhalts der British Library entspräche.<sup>130</sup>

Das britische Investigatory Powers Tribunal (IPT), das mit der Aufsicht über die Befugnisse von GCHQ, MI5 und MI6 betraut ist, stellte in mehreren Entscheidungen Rechtsverstöße und Verletzungen der EMRK fest.<sup>131</sup> Die Institution erachtete etwa die Entgegennahme von Kommunikationsdaten für rechtswidrig, die von der NSA im Rahmen der Programme UPSTREAM und PRISM erhoben und an den GCHQ übermittelt worden waren.<sup>132</sup> In der massenhaften Erfassung und Auswertung von Kommunikationsmetadaten und anderen persönlichen Daten erkannte das IPT später Verletzungen des Rechts auf Achtung des Privatlebens, Art. 8 EMRK.<sup>133</sup> Verletzungen dieses Menschenrechts durch die Überwachungsmaßnahmen der britischen Nachrichtendienste stellte auch der EGMR in seinen beiden über 200-Seiten umfassenden Entscheidungen aus den Jahren 2018 und 2021 fest.<sup>134</sup>

Im Oktober 2013 wurde weiterhin publik, dass die NSA auch Regierungen und Staatsoberhäupter von 122 Ländern ausspähte.<sup>135</sup> In Deutschland hatte man

---

<sup>128</sup> *Mac Askill/Borger/Hopkins/Davie/Ball*, GCHQ taps fibre-optic cables for secret access to world's communications, *The Guardian* v. 21.6.2013.

<sup>129</sup> *Mac Askill/Borger/Hopkins/Davies/Ball*, How does GCHQ's internet surveillance work?, *The Guardian* v. 21.6.2013.

<sup>130</sup> *Mac Askill/Borger/Hopkins/Davie/Ball*, GCHQ taps fibre-optic cables for secret access to world's communications, *The Guardian* v. 21.6.2013.

<sup>131</sup> Zu den auf die Enthüllung folgenden Diskursen, Gerichtsverfahren und Rechtsentwicklungen in Großbritannien, s. *Guardian News and Media Response to Law Commission Consultation Paper no 230 on protection of Official Data*; BT-Drs. 18/12850, S. 249 ff.

<sup>132</sup> *Liberty & Others v GCHQ* [2015] UKIPTrib 13\_77-H.

<sup>133</sup> *Privacy International v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs & Others* [2016] UKIPTrib 15\_110-CH; s. dazu BT-Drs. 18/12850, S. 262 f.

<sup>134</sup> EGMR, *Big Brother Watch (u. a.) ./. Großbritannien*, Urt. v. 13.9.2018 – 58170/13 (u. a.); sowie die anschließende Entscheidung der Großen Kammer des Gerichtshofes, EGMR, *Big Brother Watch (u. a.) ./. Großbritannien*, Urt. v. 25.5.2021 – 58170/13 (u. a.).

<sup>135</sup> *Poitras/Rosenbach/Stark*, *Spiegel Online* v. 29.10.2014.

in der US-amerikanischen Botschaft am Pariser Platz in Berlin eine Spionageanlage mit Hochleistungsantennen ohne Genehmigung errichtet.<sup>136</sup> Es hieß, Beschäftigte der CIA und der NSA würden mit der Anlage die Kommunikation im Regierungsviertel überwachen. Öffentlich wurde auch, dass der Mobilfunkanschluss der damaligen Bundeskanzlerin, Angela Merkel, seit 2002 auf einer Abhörliste der NSA stand. Es ist davon auszugehen, dass die Bundeskanzlerin seitdem überwacht wurde.<sup>137</sup> Snowden warf der NSA überdies vor, ihre Überwachung nicht nur zur Wahrung von Sicherheitsinteressen, sondern auch zur Industriespionage einzusetzen.<sup>138</sup> Die von ihm weitergegebenen Daten belegen, dass bestimmte Angestellte deutscher Firmen gezielt überwacht und Firmenetzwerke infiltriert wurden.<sup>139</sup>

Insbesondere vor dem Hintergrund der Ausspähung der Bundeskanzlerin und von weiteren deutschen Offiziellen wurde im März 2014 der NSA-Untersuchungsausschuss eingesetzt, um die Art und Weise sowie den Umfang der Überwachungen durch ausländische Geheimdienste zu untersuchen.<sup>140</sup> Die Ausschussminderheit, d. h. Mitglieder der Bundestagsfraktionen Die Linke und Bündnis 90/Die Grünen, beantragten, Snowden als Zeugen im Ausschuss zu vernehmen, was einstimmig beschlossen wurde.<sup>141</sup> Allerdings wollte die Ausschussmehrheit Snowden zunächst informell durch Obleute des Ausschusses befragen oder audiovisuell gem. § 247a StPO vernehmen.<sup>142</sup> Dagegen forderte wiederum die Ausschussminderheit, ihn unmittelbar in Berlin anzuhören und versuchte dies, erfolglos, in einem Organstreitverfahren gegen die Bundesregierung durchzusetzen.<sup>143</sup>

---

<sup>136</sup> Bei der Anlage in der Berliner Botschaft handelte es sich um eine von insgesamt 80 Anlagen an Standorten in der ganzen Welt. Von diesen Anlagen befanden sich 19 in europäischen Hauptstädten, N. N., Spiegel Online v. 26.10.2013.

<sup>137</sup> Ebd. Susan Rice, die damalige Sicherheitsberaterin des US-Präsidenten Barak Obama, räumte in einem Gespräch mit Merkels Sicherheitsberater ein, eine Überwachung der Kanzlerin könne nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit ausgeschlossen werden.

<sup>138</sup> *Kirschbaum*, Reuters World News v. 26.1.2014.

<sup>139</sup> *Poitras/Rosenbach/Stark*, Spiegel Online v. 29.10.2014.

<sup>140</sup> Zum Auftrag des Ausschusses und den einzelnen zu untersuchenden Fragen, BT-Drs. 18/843; s. zudem den 1800-seitigen Abschlussbericht, BT-Drs. 18/12850, zum Umfang der Überwachung, S. 197 ff., insb. S. 206–226.

<sup>141</sup> Beweisbeschl. Z-1 zum Untersuchungsauftrag v. 8.5.2014.

<sup>142</sup> Der Rechtsanwalt Snowdens, riet seinem Mandanten, sich nicht zu einer audiovisuellen Vernehmung bereit zu erklären, da entsprechende Aussagen seinen Aufenthaltsstatus in Russland gefährden könnten. Russland hatte Snowden unter der Bedingung Asyl gewährt, dass er keine weiteren Geheimnisse der USA veröffentliche, *kgp/fab/AP/Reuters/dpa*, Spiegel Online v. 1.7.2013.

<sup>143</sup> BVerfGE 138, 45 (47, 59 Rn. 25 ff.). Ein Antrag auf Beweiserhebung nach § 17 Abs. 4 PUAG hatte zunächst Erfolg, BGH, Beschl. v. 11.11.2016 – 1 BGs 125/16 = NVwZ 2017, 173. Der Beschluss der Ermittlungsrichterin wurde jedoch, auf die gem. § 36 Abs. 3 PUAG erhobene Beschwerde der Ausschussmehrheit hin, aufgehoben, BGHSt 62, 60.

Die Bundesregierung sprach sich gegen eine Vernehmung in Deutschland aus, weil sonst mit erheblichen negativen Auswirkungen auf die deutsch-amerikanischen Beziehungen und die Kooperation mit US-Sicherheitsbehörden zu rechnen sei.<sup>144</sup> Zudem müsse Snowden eventuell an US-Behörden ausgeliefert werden, wenn er nach Deutschland einreisen würde und die USA ein Auslieferungersuchen an die Bundesrepublik richten würden.

Demgegenüber vertraten einige Juristen die Auffassung, Deutschland sei keineswegs verpflichtet, Snowden auszuliefern.<sup>145</sup> Weil die ihm vorgeworfenen Straftaten politischer Art seien, würde ein Auslieferungshindernis nach Art. 4 Abs. 1 des Auslieferungsvertrags zwischen Deutschland und den USA (AusIV D-USA) bestehen.<sup>146</sup> Zudem könnte eine Auslieferung gemäß Art. 12 S. 1 AusIV D-USA abgelehnt werden, weil eine Todesstrafe nicht ausgeschlossen sei.<sup>147</sup> Das Europaparlament rief die EU-Mitgliedstaaten dazu auf: „etwage Strafanzeigen gegen Edward Snowden fallenzulassen, ihm in Anerkennung seines Status als Informant und international tätiger Menschenrechtsverfechter Schutz zu gewähren und folglich seine Ausweisung und Auslieferung durch Dritte zu verhindern [...]“<sup>148</sup>

Neben den angeschnittenen Fragen eines Auslieferungshindernisses hätte eine Auslieferung auch erfordert, dass Snowdens Handlungen nicht nur nach US-amerikanischem, sondern auch nach deutschem Strafrecht strafbar gewesen wären, denn gemäß Art. 2 Abs. 1 AusIV D-USA gilt der Grundsatz der

---

<sup>144</sup> Bundesregierung, Stellungnahme v. 2.5.2014, A.-Drs. 104; Schreiben v. 2.6.2014, A.-Drs. 131 (1. UA., 18. WP), wiedergegeben, in: BVerfGE 138, 45 (48 f. Rn. 5 ff.) (*NSA-UA*) und BGH, NVwZ 2017, S. 173 ff.

<sup>145</sup> So etwa Wolfgang Nešković in einem Interview, *Schulte von Drach*, SZ v. 8.5.2014; ähnlich Kai Peters in einem Interview, *Kornmeier*, LTO v. 27.6.2013; *Gazeas*, Zeit Online v. 8.5.2014; s. auch BT-Drs. 18/55. Für eine Pflicht, Snowden aufzunehmen, *Weichert*, DANA 2/2014, S. 67 ff.; *ders.*, JRE 23 (2015), 113 (123).

<sup>146</sup> *Huber/de With*, NJW 2014, 2698 (2700 f.); *Friehe/Lipp*, DÖV 2014, 601 (603); *Treiber*, DÖV 2015, S. 90 (93). Nach dieser Vorschrift darf nicht ausgeliefert werden, wenn die in Rede stehende Straftat „vom ersuchten Staat als eine politische Straftat, als eine Straftat mit politischem Charakter oder als eine mit einer solchen zusammenhängende Straftat angesehen wird.“

<sup>147</sup> Delikte des Espionage Act, die auch Snowden vorgeworfen werden könnten, sind mit der Todesstrafe bedroht. Dazu zählt 18 U.S.C. § 794 Gathering or delivering defense information to aid foreign government. Zudem wird gem. 18 U.S. Code § 2381 Treason mit der Todesstrafe bedroht. – Kein Ermessen besteht, wenn der ersuchende Staat gem. Art. 12 S. 2 AusIV D-USA eine „als ausreichend erachtete Zusicherung gibt, daß die Todesstrafe nicht verhängt oder, falls sie verhängt wird, nicht vollstreckt werden wird.“ Dies versicherte der damalige US-Justizminister Eric Holder seinem russischen Amtskollegen Alexander Wladimirowitsch Konowalow bzgl. einer eventuellen Auslieferung Snowdens, *Gabatt*, The Guardian v. 26.7.2013.

<sup>148</sup> P8\_TA(2015)0388, Entschließung des EP v. 29.10.2015 zur Weiterbehandlung der Entschließung des EP v. 12.3.2014 zur elektronischen Massenüberwachung der Unionsbürger (2015/2635(RSP), S. 3.

beiderseitigen Strafbarkeit.<sup>149</sup> Es ist wahrscheinlich, dass er – wie bereits Chelsea Manning – aufgrund der Straftatbestände des Espionage Act angeklagt und verurteilt werden würde.<sup>150</sup> Was eine Strafbarkeit nach deutschem Strafrecht angeht, hielt die Bundesregierung „nach kursorischer Prüfung [...] jedenfalls die Straftatbestände der §§ 94, 95, 97a, 202a, 353b Abs. 1 Nr. 2 StGB“ für „naheliegend“.<sup>151</sup> Aus ihrer Sicht sei die Voraussetzung der beiderseitigen Strafbarkeit erfüllt. In der Literatur wird hingegen vertreten, Snowden hätte sich nach deutschem Strafrecht nicht strafbar gemacht.<sup>152</sup>

#### b) Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung

Die dargestellte anlasslose Massenüberwachung verstößt nach hier befürworteter Ansicht gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB, weshalb eine hypothetische Strafbarkeit Snowdens wegen der Landesverratsbestimmungen ausscheidet.<sup>153</sup>

Freiheit und Demokratie sind im Begriff der freiheitlichen demokratischen Grundordnung vereinigt. Mit Freiheitlichkeit wird ein Kerngedanke des liberalen Rechtsstaats formuliert, die Grundrechtsbindung aller Staatsgewalt.<sup>154</sup> Mit dem Begriff der Demokratie werden die Leitbilder und Garantien des grundgesetzlichen Demokratieprinzips erfasst, insbesondere die Volkssouveränität, aber auch das Publizitätsprinzip oder Transparenzgebot.<sup>155</sup>

Die freiheitliche demokratische Grundordnung grenzt sich grundlegend vom totalitären Staat ab.<sup>156</sup> Zwischen ihnen ist anhand der positiven Gesetze sowie

---

<sup>149</sup> Der Grundsatz besagt, dass eine Tat nur dann auslieferungsfähig ist, wenn sie nach dem Recht des ersuchenden und des ersuchten Staates mit Strafe bedroht ist. Vgl. § 3 IRG.

<sup>150</sup> In einer geleakten Strafanzeige des FBI an den U. S. District Court for the Eastern District of Virginia wird Snowden verdächtigt, folgende Delikte begangen zu haben: 18 U.S.C. 641 Theft of Government Property; 18 U.S.C. 793(d) Unauthorized Communication of National Defense Information und 18 U.S.C. 798(a)(3) Willful Communication of Classified Communications Intelligence Information to an Unauthorized Person. – Der Espionage Act wird als unbestimmt, staatliche Willkür begünstigend und insgesamt verfassungswidrig eingeschätzt, *Scheuerman*, Philos. Soc. Crit. 40 (2014), 609 (619 ff.); *ders.*, Civil Disobedience, S. 126, sowie die eingehende Analyse von *Edgar/Schmidt*, Columbia Law Review 73 (1973), 929. Zu diesem Gesetz im Whistleblowing-Kontext s. weitestgehend *Vladeck*, American University Law Review 58 (2008), 1531. Wegen des Espionage Act wurde das National Civil Liberties Bureau gegründet, Vorläufer der American Civil Liberties Union (ACLU), *Scheuerman*, a. a. O., Endnote 56.

<sup>151</sup> Bundesregierung, Stellungnahme v. 2.5.2014, A.-Drs. 104 (1. UA, 18. WP), S. 11.

<sup>152</sup> *Huber/de With*, NJW 2014, 2698 (2700 f.); *Treiber*, DÖV 2015, 90 (96); offenlassend: *Friehe/Lipp*, DÖV 2014, 601 (602 f.).

<sup>153</sup> So bereits *Huber/de With*, NJW 2014, 2698 (2700); *Treiber*, DÖV 2015, 90 (96).

<sup>154</sup> *Bäcker*, Die Verwaltung 48 (2015), 499 (510).

<sup>155</sup> Zu diesem s. noch 3. Teil § 1.

<sup>156</sup> Vgl. *Engelstätter*, in: LK § 92 Rn. 7.

dem „gesamten rechtsethischen Kontext“ eines Staates zu unterscheiden.<sup>157</sup> Ein den totalitären Staat kennzeichnendes Merkmal ist eine umfassende staatliche Überwachung der Bevölkerung, das zeigen im Deutschland des 20. Jh. die Überwachungsmaßnahmen im Nationalsozialismus und das Überwachungssystem in der DDR. Deshalb besteht in umfassenden nachrichtendienstlichen Überwachungsprogrammen ein starker Widerspruch zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung. Die von Snowden aufgedeckte anlasslose Massenüberwachung der eigenen Bürgerinnen und Bürger hat systemischen Charakter. Es handelt sich nicht nur um vereinzelte, kontingente Aberrationen des staatlichen Sicherheitsapparats, sondern um ein umfassendes Programm, das von der Regierungsebene getragen und von verschiedenen Institutionen der Sicherheitsbehörden und Geheimdienste ausgeführt wird. Eine totalitäre Tendenz der Überwachungsprogramme lässt sich nicht leugnen und dementsprechend hat ein US-Gericht die Maßnahmen als orwellianisch charakterisiert.<sup>158</sup> Für einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung spricht konkret, dass mindestens vier Merkmale der vom BVerfG aufgestellten Legaldefinition betroffen sind: Die massenhaften, anlasslosen und ungesetzlichen Überwachungsmaßnahmen verletzen grundgesetzlich konkretisierte Menschenrechte und verstoßen gegen das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Mit der Geheimhaltung der Praktiken wird auch das Prinzip der Volkssouveränität tangiert und die Verantwortlichkeit der Regierung invisibilisiert.<sup>159</sup>

#### aa) Verletzungen von Menschenrechten

Das anlasslose Sammeln von Telekommunikationsdaten im Inland überschritt die nachrichtendienstlichen Befugnisse und erfolgte damit ohne hinreichende gesetzliche Grundlage.<sup>160</sup> US-Gerichte, britische Gerichte und der EGMR erkannten hierin Verletzungen der menschenrechtlich geschützten Privatsphäre.<sup>161</sup> In Deutschland wäre, je nach Art der ungesetzlichen Überwachungsmaßnahmen, das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Fernmeldegeheimnis und (bzw. oder) das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (sog. Computer-Grundrecht) verletzt.<sup>162</sup> Dies gilt nicht nur für Maßnahmen der Inlandsüberwachung,

<sup>157</sup> Joerden, JRE 19 (2011), 227 (237).

<sup>158</sup> *Klayman v. Obama*, 957 F.Supp.2d 1 (D.D.C. 2013).

<sup>159</sup> *Fischer-Lescano*, Transnationales Recht, S. 435 (447).

<sup>160</sup> Siehe bereits oben unter a).

<sup>161</sup> Nachweise oben unter a).

<sup>162</sup> Letztgenanntes Grundrecht wird aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, hergeleitet. Zur Abgrenzung dieser Grundrechte, s. etwa *Gersdorf*, in: BeckOK-Informations- und Medienrecht, GG Art. 10 Rn. 19. In bestimmten Konstellationen können beide Grundrechte nebeneinander betroffen sein. Bei der Erhebung von Verkehrsdaten (§ 3 Nr. 30 TKG) wird etwa auch in Art. 10 Abs. 1 GG eingegriffen, s. BVerfGE 120, 274 (307) = juris Rn. 184 (*Online-Durchsuchung*). In beide Grundrechte darf

sondern auch für Überwachungen von Personen im Ausland, die die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzen. Denn nach der Rechtsprechung des BVerfG sind die Auslandsnachrichtendienste gemäß Art. 1 Abs. 3 GG auch ihnen gegenüber an die Grundrechte gebunden.<sup>163</sup>

Nicht jede Grundrechtsverletzung impliziert einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung.<sup>164</sup> Eine Verletzung der *Grundordnung* wird in der Regel nicht schon bei einem Einzelfall,<sup>165</sup> sondern erst dann anzunehmen sein, wenn Grundrechte systematisch verletzt werden oder die Eingriffe aus einem anderen Grund besonders schwer wiegen, etwa wegen einer hohen Eingriffsintensität.<sup>166</sup> Die Überwachungsmaßnahmen erfolgen systematisch, da sie auf über Jahre institutionalisierten Programmen beruhen. Außerdem wiegen die Eingriffe auch wegen ihrer „Streubreite“, der Rechtsprechung des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung entsprechend, besonders schwer.<sup>167</sup> Denn von den Maßnahmen sind Millionen Menschen, potentiell alle Bürgerinnen und Bürger betroffen, „ohne Anknüpfung an ein zurechenbar vorwerfbares Verhalten, eine – auch nur abstrakte – Gefährlichkeit oder sonst eine qualifizierte Situation.“<sup>168</sup> Hinzu kommt, dass den Grundrechten des Art. 10 Abs. 1 GG aufgrund der Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen Totalitarismus

---

nur aufgrund eines verfassungsmäßigen Gesetzes eingegriffen werden, s. Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG; für Eingriffe in das Computer-Grundrecht, BVerfGE 124, 274 (315) = juris Rn. 207.

<sup>163</sup> BVerfG, Urt. v. 19.5.2020 – 1 BvR 2835/17 = BVerfGE 154, 152 (*BND-Ausland-Ausland-Fermeldeaufklärung*). Das Gericht erklärte die Fassung des BND-Gesetzes, mit dem diese Art der Überwachung pauschal legalisiert werden sollte, für verfassungswidrig.

<sup>164</sup> Vgl. *Friehe/Lipp*, DÖV 2014, 601 (603).

<sup>165</sup> *Vormbaum*, in: LK § 353 Rn. 35, wenn „also nicht die Tätigkeit der Behörde insgesamt oder ein wesentlicher Teil dieser Tätigkeit als grundsätzlich rechtsstaatswidrig in Frage gestellt ist und die beanstandete Einzelmaßnahme nicht elementare Verfassungsgrundsätze verletzt“, mit Verweis auf BVerfGE 28, 191 (203) (*Pätsch*). Krit., unter Verweis auf schwerwiegende Einzelfälle, etwa *Folter(-androhung)* i. S. d. § 136a StPO, *R. Schmid*, JZ 1970, 683 (687).

<sup>166</sup> Vgl. bereits BGHSt 20, 342 (366) = juris Rn. 239 (*Pätsch*), der Verstoß müsse „von einer gewissen Bedeutung, also von einer gewissen Schwere sein.“ Zudem verlange die „Rücksicht auf die staatlichen Lebensnotwendigkeiten [...], dass nicht etwa unbedeutende Verstöße gegen die verfassungsmäßige Ordnung zur Preisgabe von vielleicht höchsten Geheimnissen führen können.“

<sup>167</sup> BVerfG, Urt. v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08 = BVerfGE 125, 260 (318) = juris Rn. 210 (*Vorratsdatenspeicherung*). *Huber/de With*, NJW 2014, 2698 (2700), bejahen einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, gerade weil eine „vorbehaltlose Ausspähung der Telekommunikation [...] eine grobe menschenrechtswidrige Missachtung grundlegender universaler Menschenrechte“ darstelle; *Bäcker*, Die Verwaltung 48 (2015), 499 (508), erkennt im „Post- und Fermeldegeheimnis ein Strukturprinzip unserer Verfassungsordnung“.

<sup>168</sup> BVerfGE 125, 260 (318) = juris Rn. 210.

eine herausgehobene Bedeutung zugemessen wird,<sup>169</sup> die durch extralegale Überwachungsmaßnahmen grundlegend negiert wird.

*bb) Verstoß gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*

Die dargestellten Überwachungsprogramme hätten auch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Gestalt des Vorbehalts des Gesetzes verletzt, Art. 20 Abs. 3 GG. Danach bedarf staatliches Handeln in grundlegenden Bereichen, insbesondere wenn es um grundrechtsrelevante Maßnahmen geht, einer gesetzlichen Regelung.<sup>170</sup> Fehlt eine solche, sind die Maßnahmen prinzipiell rechtswidrig.<sup>171</sup> Für das Programm, mit dem Kommunikationsmetadaten von Bürgerinnen und Bürgern massenhaft erfasst und ausgewertet wurden, fehlte eine gesetzliche Grundlage (s. o.). Derartige Maßnahmen sind auch von gesamtgesellschaftlicher und damit grundlegender Bedeutung, denn prinzipiell ist jede Person, die Kommunikationsdienste nutzt, von den Datenerhebungen betroffen. Weiterhin sind sie grundrechtsrelevant, da sie das Fernmeldegeheimnis bzw. das „Computer-Grundrecht“ der Betroffenen verletzen (s. o.).<sup>172</sup> Deshalb wäre auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG verletzt.<sup>173</sup> Gerade dieser rechtsstaatliche Aspekt wird im Kontext des § 93 Abs. 2 StGB hervorgehoben, soll dessen Zweck doch darin bestehen, dem „rechtsstaatlichen Interesse an der Aufdeckung illegaler Vorgänge im staatlichen Bereich“ den Vorrang zu gewähren.<sup>174</sup>

*cc) Beeinträchtigung des Demokratieprinzips*

Die Geheimhaltung umfassender nachrichtendienstlicher Überwachungsprogramme verletzt außerdem das aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) abgeleitete Transparenzgebot und widerspricht dem Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG).<sup>175</sup> Die Exekutive entzieht sich durch die

---

<sup>169</sup> BVerfGE 85, 386 (396): „Seine besondere Bedeutung gewinnt es aus der Erfahrung, daß der Staat unter Berufung auf seine eigene Sicherheit sowie die Sicherheit seiner Bürger häufig zum Mittel der Überwachung privater Kommunikation gegriffen hat.“

<sup>170</sup> Siehe etwa BVerfGE 98, 218 (251) (*Rechtschreibreform*); Jarass, in: Jarass/Pieroth Art. 20 Rn. 44, 48.

<sup>171</sup> BVerfGE 41, 251 (266); 51, 268 (287), es sei denn, es kann aus zwingenden Gründen übergangsweise auf eine gesetzliche Regelung verzichtet werden, ebd. S. 288.

<sup>172</sup> Das gilt auch für Personen, die keine deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, BVerfGE 154, 152 (222 Rn. 102) = juris Rn. 102 (*BND-Ausland-Ausland-Fernmeldeaufklärung*).

<sup>173</sup> Relativierend lässt sich einwenden, dass mit der besagten Vorschrift des Patriot Act zumindest eine gesetzliche Regelung vorlag, die anscheinend von den Sicherheitsbehörden so ausgelegt wurde, dass sie die genannten Überwachungsmaßnahmen erfasst. Insofern könnte vertreten werden, es sei jedenfalls nicht bewusst gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstoßen worden.

<sup>174</sup> Treiber, DÖV 2015, 90 (96).

<sup>175</sup> Zu diesen verfassungsrechtlichen Erwägungen s. noch 2. Teil § 1. I., § 2 III.



Geheimhaltung grundlegender Fragen nachrichtendienstlichen Operierens der zu ihrer Legitimation notwendigen, diskursiv zu erringenden öffentlichen Zustimmung und damit der Verantwortung gegenüber dem Souverän, dem Volk. Nur das Volk, von dem alle Staatsgewalt ausgeht, kann *es* beherrschende Institutionen und Praktiken legitimieren.<sup>176</sup> „Legitimation aber setzt Wissen über die zu legitimierende Herrschaft, über ihren Gebrauch und ihren möglichen Mißbrauch voraus.“<sup>177</sup> Diesen Gedanken formulierte ein Richter des House of Lords, Lord Bingham of Cornhill, besonders treffend. In einem Strafprozess gegen einen britischen Geheimdienstmitarbeiter, der Überwachungen von Labour-Abgeordneten durch den britischen Inlandsgeheimdienst MI5 aufgedeckt hatte und wegen Geheimnisverletzungen angeklagt worden war, meinte der Richter:

„Modern democratic government means government of the people by the people for the people. But there can be no government by the people if they are ignorant of the issues to be resolved, the arguments for and against different solutions and the facts underlying those arguments.“<sup>178</sup>

Über Art und Ausmaß geplanter Überwachungsmaßnahmen muss öffentlich diskutiert und entschieden werden.<sup>179</sup> Verheimlicht der Staat hingegen grundlegende Aspekte der praktizierten Überwachung, können die Maßnahmen verfassungsrechtlich nicht hinreichend legitimiert sein.

### c) Zwischenergebnis

Die von Snowden aufgedeckten Überwachungsprogramme verstoßen nach der hier vorgenommenen kursorischen Prüfung gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung. Als „illegale“ Staatsgeheimnisse im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB wären sie nach hier vertretener Auffassung nicht vor einer Veröffentlichung geschützt.<sup>180</sup> Snowden hätte sich deshalb nicht wegen Landesverrats gemäß § 94 StGB strafbar gemacht. Ebenso wenig wäre er wegen des Verrats „illegaler“ Staatsgeheimnisse gemäß § 97a StGB zu bestrafen, da er die Infor-

---

<sup>176</sup> Wegener, Der geheime Staat, S. 431.

<sup>177</sup> Ebd.

<sup>178</sup> *R v. Shayler* [2002] UKHL 11, Abs. 21. Dieser Fall wird noch i. R. d. Erwägungen zum rechtfertigenden Notstand besprochen, 3. Teil § 2.

<sup>179</sup> Werden auf diesem Weg gesetzliche Grundlagen für Überwachungsmaßnahmen beschlossen, ist damit nur ein Aspekt der formellen Verfassungsmäßigkeit erfüllt und noch nichts über deren materielle Verfassungsmäßigkeit gesagt. Ist ein solches Gesetz verfassungsgemäß, muss die Geheimhaltung konkreter, etwa technischer Details der Überwachungsmaßnahmen zulässig sein, damit der Zweck derselben nicht verunmöglicht wird.

<sup>180</sup> Sofern sie die Voraussetzungen des § 93 Abs. 1 StGB überhaupt erfüllen. Falls nicht, würde sich die Frage erübrigen, ob sie ausnahmsweise wegen § 93 Abs. 2 StGB nicht vor einer Veröffentlichung geschützt sind.

mationen Journalisten und nicht einer fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner mitteilte.<sup>181</sup> Für dieses Ergebnis spricht auch das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, das bereits strafatbestandlich zu berücksichtigen ist.<sup>182</sup> Gerade „in einer rechtsstaatlichen Demokratie“ muss es „als eine noch geschützte Ausübung der Meinungsfreiheit straflos gestellt“ sein, aufzudecken, „dass sich Organe und Amtsträger des Staates selbst illegal verhalten haben, wie eben hier die NSA, durch ihre verfassungs- und völkerrechtswidrigen Abhöraktionen,“ denn „das Interesse einer Demokratie an der Aufdeckung von Missständen und illegalen Verhaltensweisen der Exekutive“ wiege schwerer „als deren Geheimschutzinteressen.“<sup>183</sup>

Viel gewonnen ist mit diesem Ergebnis allerdings nicht, denn das normative Tatbestandsmerkmal der freiheitlichen demokratischen Grundordnung hängt stark von den Wertungen ab, die in es hineingelegt werden. Seine Interpretation ist zu einem nicht unerheblichen Grad ein Politikum. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, dass diese Interpretationsflexibilität bei der Rechtsanwendung genutzt wird, um entgegen der hier vertretenen Argumentation obrigkeitstaatlich zu entscheiden. So meinte der BGH, in der von Werner Pätisch aufgedeckten und sogleich zu besprechenden Abhöraffaire – die einige Parallelen zur NSA-Affäre aufweist –, dass die ungesetzlichen Überwachungsaktivitäten des BfV rechtmäßig gewesen seien. Wird ein Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung bezüglich der Snowden-Enthüllungen verneint, stellt sich allerdings immer noch die Frage, ob die aufgedeckten Überwachungsexzesse tatbestandlich als Geheimnisse geschützt werden *sollten*.

### 3. Die Pätisch-Enthüllungen (retrospektive Bewertung)

Werner Pätisch gab Informationen über verfassungswidrige Überwachungsaktivitäten des BfV im Jahr 1963 an einen Redakteur der Wochenzeitung *Die Zeit* weiter.<sup>184</sup> Der machte daraufhin durch einen Artikel öffentlich, dass tausende Telefonanschlüsse ohne gesetzliche Grundlage abgehört wurden. Veranlasst wurden diese offenbar verfassungswidrigen Überwachungen von Telefonanschlüssen und Postsendungen durch das Amt, welches die Verfassung eigentlich schützen sollte. Alliierte Stellen führten die Maßnahmen dann durch und übermittelten dem BfV das Material zur Auswertung.<sup>185</sup> Allem Anschein nach

---

<sup>181</sup> Snowden hat die Dokumente nach eigener Aussage nur an die Journalisten weitergegeben, die er in Hongkong traf. Die Dokumente hat er auf Festplatten kopiert, weitere Kopien habe er nicht angefertigt. Die Wahrscheinlichkeit, dass chinesische oder russische Geheimdienste im Besitz der Dokumente seien, liege daher bei null Prozent, *Risen*, NYT v. 18.10.2013, S. A1.

<sup>182</sup> Eingehend zur Meinungsfreiheit s. noch 3. Teil § 1.

<sup>183</sup> *Treiber*, DÖV 2015, 90 (96).

<sup>184</sup> Siehe dazu bereits o. § 3 VII. 1.

<sup>185</sup> BGH, Urt. v. 8.11.1965 – 8 StE 1/65 = BGHSt 20, 342 = juris, Rn. 62 (diese Passage ist in der amtlichen Sammlung nicht enthalten).

verletzten die Maßnahmen das durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Post- und Fernmeldegeheimnis,<sup>186</sup> denn eine nach Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG erforderliche gesetzliche Eingriffsgrundlage trat erst mit dem Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Artikel-10-Gesetz) im November 1968 in Kraft. Der von der SPD-Fraktion beantragte Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages vermochte „wegen der Unvollständigkeit der Aktenführung und wegen inzwischen erfolgter Vernichtung von Abhörmaterial“, keine Missstände festzustellen.<sup>187</sup> Pätsch wurde angeklagt, Staatsgeheimnisse vorsätzlich an unbefugte Personen weitergegeben und unbefugt Amtsgeheimnisse offenbart zu haben.<sup>188</sup>

#### a) Rechtswidrigkeit der Überwachungsmaßnahmen

Auch hier ging es also um die Frage, ob Informationen bezüglich rechts- oder verfassungswidriger Maßnahmen strafrechtlich als Staatsgeheimnisse geschützt werden. Der BGH schloss sich einer schon in der Literatur entwickelten Ansicht an,<sup>189</sup> nach der Informationen bezüglich von Gesetzes- und Verfassungsverstößen prinzipiell als Staatsgeheimnisse geschützt sein können. Verstöße gegen die „verfassungsmäßige Ordnung“ bzw. gegen die „Grundordnung, freiheitliche demokratische“<sup>190</sup> würden hingegen „zur unmittelbaren öffentlichen Rüge“ berechtigen.<sup>191</sup> Nach dieser Ansicht können also „einfache“

---

<sup>186</sup> Vgl. bereits Pätschs Rechtsanwalt, *Josef Augstein*, BGHSt 20, 342 (343 f.) = juris Rn. 131; *von Weber*, JZ 1966, 249 (250 f.), wenn auch merkwürdig relativierend: „Die verfassungswidrige Verletzung durch deutsche TO-Maßnahmen [TO = Technische Operation] ist also mehr formaler Natur; der normale Staatsbürger ist durch sie nicht ernsthaft beunruhigt.“ An der Verfassungsmäßigkeit zweifeln heute auch *Bäcker*, Die Verwaltung 48 (2015), 499 (507 Fn. 27); *Edwards*, Whistleblowing, S. 9, 105, „illegale Abhörpraktiken“.

<sup>187</sup> BT-Drs. IV/2170, S. 3.

<sup>188</sup> § 100c Abs. 1 StGB a. F., s. heute § 95 Abs. 1 StGB sowie § 353b Abs. 1 StGB. Krit. zum Urteil etwa, *A. Arndt*, Landesverrat, S. 7: „Mit welcher beklagenswerten Hilflosigkeit trotz allen guten Willens ein höchstes Gericht, das es im allgemeinen nur mit der Auslegung und Fortentwicklung ‚technisierter‘ Rechts zu tun hat, verfassungsrechtlichen Fragen gegenübersteht, dafür ist das Pätsch-Urteil [...] neuerlich ein Symptom.“

<sup>189</sup> BGHSt 20, 342 (359) = juris Rn. 212, mit Verweis auf *Jescheck*, Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis, S. 26 ff. Dieser war von der „Grundthese“ ausgegangen, „daß ‚die Aufdeckung von Verstößen gegen elementarste Rechtsgrundsätze im staatlichen Bereich‘ nicht als Landesverrat strafbar sein kann“, ebd., S. 28.

<sup>190</sup> BGHSt 20, 342 (365 f.) = juris Rn. 236 (*Pätsch*): „Der in BGHSt 7, 227 und 9, 285 entwickelte Begriff der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘ wird vom Bundesgerichtshof im Wesentlichen gleichgesetzt mit dem Begriff der ‚freiheitlichen demokratischen Grundordnung‘, wie ihn das Bundesverfassungsgericht in der [...] Entscheidung BVerfGE 2, 1, 12 (durch die die ‚Sozialistische Reichspartei‘ aufgelöst wurde) zu Art. 21 GG entwickelt hat.“

<sup>191</sup> Ebd. S. 366 = juris Rn. 239. Dabei ließ er offen, ob es sich bei dieser Erlaubnis um eine Tatbestandsbegrenzung oder eine Rechtfertigung handele, ebd., Leitsatz 3.3.

Verfassungsverstöße, die diese hohe Schwelle nicht erreichen, als Staatsgeheimnisse geschützt sein.<sup>192</sup> Das BVerfG ließ offen, ob diese Differenzierung zwischen einfachen Verfassungsverstößen und schweren Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung allgemein zu billigen sei, meinte aber, in der Anwendung auf den Fall *Pätsch* begegne sie „keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.“<sup>193</sup> Die Gesetzgebung hat diesen Aspekt der BGH-Entscheidung mit dem drei Jahre später in Kraft getretenen § 93 Abs. 2 StGB für die Landesvertragsvorschriften positiviert.<sup>194</sup>

Der BGH nahm allerdings an, die Maßnahmen des BfV seien nicht einmal rechtswidrig gewesen. Zum einen seien die Alliierten gemäß Art. 5 Abs. 2 des sog. Deutschlandvertrages ermächtigt gewesen, die Überwachungsmaßnahmen durchzuführen.<sup>195</sup> Nach Satz 1 dieser Vorschrift war den Besatzungsmächten die weitere Ausübung der von ihnen „bisher innegehabten oder ausgeübten Rechte in Bezug auf den Schutz der Sicherheit von in der Bundesrepublik stationierten Streitkräften“ eingeräumt.<sup>196</sup> Dies schließe, so der BGH, auch die Post- und Fernsprechüberwachung ein. Zum anderen sei der Verfassungsschutz zur Zusammenarbeit mit den alliierten Diensten gemäß Art. 4 des sogenannten Truppenvertrags verpflichtet gewesen.<sup>197</sup> In dessen ersten Absatz heißt es:

„Die deutschen Behörden und die Behörden der Streitkräfte arbeiten in vollem Umfang zusammen und unterstützen sich gegenseitig bei der Förderung und Wahrung der Sicherheit der Bundesrepublik und der beteiligten Mächte sowie der Sicherheit der im Bundesgebiet stationierten Streitkräfte [...]“.

Nach dem zweiten Absatz erstreckt sich diese Zusammenarbeit auch „auf die Sammlung und den Austausch sowie auf den Schutz der Sicherheit aller einschlägigen Nachrichten.“

Die Auffassung des BGH erscheint schon nach den weiteren Ausführungen des Senats kaum tragbar, räumt er doch selbst ein, dass mit dem Deutschlandvertrag eine Regelung zur Eingriffsgrundlage genommen wurde, „die zwar

---

<sup>192</sup> *Baumann*, JZ 1966, 329 (334), bedauerte, dass der BGH den Schutz verfassungswidriger Geheimnisse, wegen eines vermeintlichen kriminalpolitischen Bedürfnisses, zumindest im Grundsatz anerkannt habe.

<sup>193</sup> BVerfG, Beschl. v. 28.4.1970 – 1 BvR 690/65 = BVerfGE 28, 191 (204) = juris Rn. 33.

<sup>194</sup> Andere Aspekte, insbesondere das am Grundrecht der Meinungsfreiheit entwickelte sogenannte „Stufen-Modell“, gelten bis heute fort. Das wird noch später im Abschnitt zur Meinungsfreiheit thematisiert, 3. Teil § 1.

<sup>195</sup> BGHSt 20, 342 (352) = juris Rn. 188.

<sup>196</sup> BGBl. I 1955, S. 308.

<sup>197</sup> BGHSt 20, 342 (353) = juris Rn. 190.

noch nicht restlos dem Grundgesetz entsprach, ihm aber näherstand als die vorangegangene besatzungsrechtliche Regelung.“<sup>198</sup> Die Eingriffe in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis durch eine für verfassungswidrig gehaltene völkerrechtliche Regelung zu rechtfertigen, lässt sich wohl nur durch politische Zwänge erklären.

Die weitläufigen Vertragsklauseln genügen dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 10 GG offensichtlich nicht. Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses sind nach Art. 10 Abs. 1 GG „unverletzlich“ und damit von besonders hoher Bedeutung. Beschränkungen dieser Rechte dürfen nach Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Aus den zitierten Passagen geht nicht einmal hervor, dass sie als Grundlage für Eingriffe der genannten Grundrechte dienen sollen, weshalb unter anderem das Zitiergebot aus Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG verletzt ist. Zudem werden Zweck und Anlass von Überwachungen nicht konkretisiert und keine spezifischen Maßnahmen genannt, weshalb die Regelungen völlig unbestimmt sind.<sup>199</sup>

Bezüglich der Weitergabe der Informationen, die die Überwachung von Deutschen betrafen, nahm der BGH allerdings einen unvermeidbaren Verbotsirrtum an und sprach Pättsch vom Vorwurf der Verletzung von Staats- und Amtsgeheimnissen frei.<sup>200</sup> Pättsch hatte sich von Josef Augstein, dem Bruder des Spiegel-Herausgebers Rudolf Augstein, anwaltlich beraten lassen. Dieser war in seinem Gutachten zu dem Ergebnis gelangt, es könne keine gesetzeswidrigen Staatsgeheimnisse geben, sodass sich Pättsch durch die Weitergabe der Informationen (über die zutreffend als verfassungswidrig eingeschätzten Überwachungsmaßnahmen) an Journalisten nicht strafbar machen würde.<sup>201</sup>

Bezüglich der weitergebenen Informationen, die eine Überwachung von Ausländern betrafen, verneinte der BGH zwar ein Staatsgeheimnis, weil es sich bei Pättschs allgemein gehaltener Erzählung um „dem gegnerischen Nachrichtendienst in den Grundzügen bekannten Stoff“ gehandelt habe, jedoch verurteilte der Senat ihn wegen § 353b Abs. 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von vier

---

<sup>198</sup> BGHSt 20, 342 (352) = juris Rn. 189. Siehe dazu bereits *Bäcker*, Die Verwaltung 48 (2015), 499 (507 Fn. 27): „Auch eine weniger verfassungswidrige Regelung ist jedoch verfassungswidrig.“

<sup>199</sup> Zum strengen rechtsstaatlichen Gebot, Gesetze, die in Art. 10 GG eingreifen, klar und bestimmt zu fassen, s. die st. Rspr. seit BVerfGE 100, 313 (359 f., 372) (*Telekommunikationsüberwachung*); im Einzelnen zu den Anforderungen an Bestimmtheit und Normenklarheit, *Durner*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 10 Rn. 174 ff. Darüber hinaus ist fraglich, ob ein völkerrechtlicher Vertrag, der nach Art. 59 Abs. 2 GG als Bundesgesetz beschlossen wird, überhaupt als Grundrechtsschranke im Sinne des Art. 10 Abs. 2 S. 1 GG in Betracht kommt.

<sup>200</sup> BGHSt 20, 342 (372 f.) = juris Rn. 255 ff. (*Pättsch*), „TO-Maßnahmen gegen Deutsche“.

<sup>201</sup> Ebd. S. 371 f. = juris Rn. 255. Bis dahin gab es in der Rspr. der BRD kein Grundsatzurteil zum Problem der „illegalen“ Staatsgeheimnisse.

Monaten. Bezüglich dieser Informationen unterstellte der BGH eine Verletzung von Art. 10 GG.<sup>202</sup> Dieser stelle allerdings keinen schweren Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung dar, der eine öffentliche Rüge erlaubt hätte, insbesondere, weil es nur um einen einzelnen Fall ging.<sup>203</sup> Pätch sei diesbezüglich nicht durch einen Verbotsirrtum entschuldigt, weil sich das anwaltliche Gutachten nur auf Offenlegungen von „Technischen Operationen“ gegen Deutsche, nicht aber gegen Ausländer erstreckte.<sup>204</sup> Diese Argumentation ist wenig überzeugend, denn Augstein hatte seinem Mandanten erklärt, dass gesetzwidrige bzw. verfassungswidrige Maßnahmen strafrechtlich nicht vor einer Offenlegung geschützt werden. Ob die Maßnahmen Deutsche oder Ausländer betrafen, ist unerheblich, denn Art. 10 GG schützt beide Personengruppen.<sup>205</sup> Demnach hätte der BGH auch bezüglich der „TO-Maßnahmen gegen Ausländer“ zu einem Freispruch gelangen müssen. Mutmaßen lässt sich, dass hier ein Exempel statuiert werden sollte, um andere Mitarbeiter von vergleichbaren Offenlegungen abzuhalten.

#### *b) Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung*

Die von Pätch aufgedeckten Überwachungsmaßnahmen verstießen der schon zum Fall *Snowden* entwickelten Ansicht (s. o. 2. b.) entsprechend gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung. Danach war Pätch weder strafrechtlich noch beamtenrechtlich verpflichtet, die Missstände vor einer Veröffentlichung intern oder extern zu melden.<sup>206</sup> Die vom BGH einbezogene besatzungsrechtliche Dimension des Falles kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass keine hinreichende gesetzliche Grundlage vorlag, um in Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis der betroffenen Personen einzugreifen. Daher verletzte das BfV nicht allein das rechtsstaatliche Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, sondern insbesondere die Grundrechte tausender Betroffener in systematischer und damit besonders schwerer Weise. Außerdem wurden der deutschen Öffentlichkeit grundsätzliche und umfangreiche Geheimdienstaktivitäten vorenthalten, an denen herausgehobene Informationsinteressen der Öffent-

---

<sup>202</sup> BGHSt 20, 342 (382) = juris Rn. 286.

<sup>203</sup> Ebd. S. 380, 382 = juris Rn. 282, 286.

<sup>204</sup> Ebd. S. 381 = juris Rn. 285.

<sup>205</sup> Es sei denn, Augstein selbst hätte zwischen beiden Personengruppen differenziert, vgl. ebd. S. 286 = juris Rn. 286 a. E.

<sup>206</sup> So für das Beamtenrecht, *Bäcker*, Die Verwaltung 48 (2015), 499 (507 Fn. 27), wegen § 67 Abs. 2 S. 2 BBG, wonach die Pflicht, für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten (§ 60 Abs. 1 S. 3 BBG bzw. § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG) ihrer Schweigepflicht vorgeht, § 67 Abs. 2 S. 2 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 2 BeamtStG.

lichkeit bestanden, die normativ auf das demokratieprinzipielle Transparenzgebot zurückzuführen sind,<sup>207</sup> und die deshalb der öffentlichen Diskussion und Zustimmung bedürft hätten.<sup>208</sup>

### III. Verfassungsrechtliche Bedenken

Der Staatsgeheimnisbegriff erscheint aufgrund seiner weitläufigen Tatbestandsmerkmale und ihrer Politizität im Verhältnis zu anderen denkbaren Regelungen relativ unbestimmt.<sup>209</sup> Deshalb ist fraglich, ob er mit dem Bestimmtheitsgebot des Gesetzlichkeitsprinzips aus Art. 103 Abs. 2 GG bzw. § 1 StGB vereinbar ist. Nach der bisherigen Verfassungsrechtsprechung ist zwar nicht zu erwarten, dass das BVerfG die Vorschrift des § 93 StGB für zu unbestimmt erklären wird. Dennoch sollte der Staatsgeheimnisbegriff bestimmter gefasst werden, um den verfassungsrechtlichen Bedenken zu begegnen. Der folgende Abschnitt problematisiert außerdem den Gewaltenteilungsgrundsatz und die richterliche Unabhängigkeit, wenn sich Gerichte bei der Beurteilung außenpolitischer Nachteile von externen Gutachten leiten lassen, die aus der Sphäre des betroffenen Geheimnisträgers stammen.

#### 1. Bestimmtheitsgebot

Die Zweifel an der Bestimmtheit entzündeten sich am Merkmal der Geheimhaltungsbedürftigkeit und dem materiellen Geheimnisbegriff. Nach § 93 Abs. 1 StGB werden Tatsachen geschützt, die geheim gehalten werden müssen, um

---

<sup>207</sup> Siehe hierzu noch 2. Teil § 2 III.

<sup>208</sup> Aus ähnlichen Erwägungen hat der EGMR die Verurteilung des rumänischen Geheimdienstmitarbeiters Constantin Bucur wegen der Verletzung von Staatsgeheimnissen als unverhältnismäßigen und damit menschenrechtswidrigen Eingriff in dessen Meinungsfreiheit gewertet, EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02, s. zu diesem Fall noch die Ausführungen zur Meinungsfreiheit, 3. Teil § 1 II. 2. a).

<sup>209</sup> Siehe aus der älteren Literatur bereits: A. Arndt, Landesverrat, S. 59; Fuss, NJW 1962, 2225 (2226); Ossip Flechtheim, in: Ruge (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit, S. 124 f.; Ridder, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 24 ff.; zur heutigen Rechtslage: Paeffgen, in: NK § 93 Rn. 20; vgl. auch Fischer-Lescano, AuR 2016, 4 (6), zum Vorwurf einer Strafbarkeit wegen § 94 StGB im Fall *netzpolitik.org*; a. A. etwa Lampe/Hegmann, in: MK, 3. Aufl., § 93 Rn. 22: das Merkmal der Gefahr eines schweren Nachteils biete eine handhabbare Begrenzungsmöglichkeit. Die Unschärfe bzgl. der Grenze zwischen „geheimhaltungsbedürftig“ und nicht „geheimhaltungsbedürftig“ könne hingenommen werden, da sie nicht „über den im Strafrecht üblichen und auch gebotenen, durch Auslegung zu schließenden Bewertungsrahmen“ hinausgehe, Barthe/Schmidt, in: LK § 93 Rn. 9. Diese Begründungen gehen allerdings kaum über die bloße Behauptung hinaus, dass die Vorschrift hinreichend bestimmt sei.

einen schweren Nachteil für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik abzuwenden. Was die äußere Sicherheit gegenüber einer anderen Macht stärke oder schwäche, sei eine politische Frage.<sup>210</sup> Eine Strafnorm, die von einem politischen Werturteil abhängt, verstoße gegen das Rechtsstaatsprinzip und das Bestimmtheitsgebot.<sup>211</sup> Das politische Werturteil sei keine Rechtsprechung, da es „weder dem Beweise zugänglich noch nach rechtlichen Maßstäben prüfbar“ sei und „ausschließlich Wahrheit und Recht“ Gegenstand der Justiz sein könnten.<sup>212</sup>

Die Gesetzgebung würde den Gerichten mit dem materiellen Staatsgeheimnisbegriff „riesige, kahlgeschlagene Räume“ für ihre Entscheidungen überlassen, die „in ihrem tiefsten Kern politischer Natur“ seien, geradezu „Musterfälle politischer Wert- und Nützlichkeitsentscheidungen“.<sup>213</sup> Erst im Gerichtssaal und damit nachträglich, entscheide sich, ob ein Staatsgeheimnis vorgelegen habe.<sup>214</sup> Die Strafbarkeit müsse aber schon die Volksvertretung gesetzlich bestimmen und demokratisch legitimieren.<sup>215</sup> Sie dürfe nicht erst von den Gerichten unter Konsultation der Exekutive festgelegt werden.

Die Schwierigkeit, im konkreten Fall zu bestimmen, ob ein Staatsgeheimnis vorliegt, also die originär politische Dimension der Landesverratsvorschriften, zeigte sich beispielsweise im Fall *netzpolitik.org*.<sup>216</sup> Im April 2015 veröffentlichte die Nachrichten-Webseite ein als „VS-vertraulich“ eingestuftes Konzept des BfV, das die Errichtung einer Einheit „Erweiterte Fachunterstützung Internet“ vorsah.<sup>217</sup> Damit sollte die Telekommunikationsüberwachung von internetgestützter Individualkommunikation auf der Grundlage des Artikel 10-Gesetzes ausgebaut werden. Zudem hatte *netzpolitik.org* bereits im Februar 2015

---

<sup>210</sup> A. Arndt, Landesverrat, S. 59.

<sup>211</sup> A. Arndt, Landesverrat, S. 59.

<sup>212</sup> Ebd. Vgl. auch W. Wagner, ZStW 75 (1963), 393 (413): „Wo sich Überbleibsel der Staatsraison finden, sollte sich die Justiz ihrer – und sei es mit Hilfe des Bundesverfassungsgerichts – zu entledigen suchen, weil die Staatsraison politische Einflüsse und Interessen, also justizfremde Elemente in die Rechtspflege hineinträgt, die Rechtspflege sich aber nur nach der Idee der Gerechtigkeit, nicht aber nach den für das politische Leben empfehlenswerten Maximen ausrichten kann.“ Vgl. bereits Kantorowicz, DJ II (1926/1927), 92 (97), der die „politische Justiz“ zu den Landesverratsdelikten kritisiert, „die das Gesetz für ihre Zwecke mißbraucht“, auch wenn er meint, dass es „nicht das Gesetz selber ist [...], wogegen wir uns zu wenden haben. Das bedeutet nicht etwa eine Erleichterung unseres Kampfes, sondern eine Erschwerung. Ein schlechtes Gesetz läßt sich durch eine einmalige Willensanstrengung beseitigen; die politische Justiz aber wurzelt in den Tiefen der Weltanschauung, die ihr eigenes Gesetz den Menschen mit selbstherrlicher Macht auferlegt.“

<sup>213</sup> Ridder, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 25.

<sup>214</sup> Paeffgen, in: NK § 93 Rn. 20.

<sup>215</sup> Ridder, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 24, S. 26; s. auch ders., in: Ruge (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit, S. 31.

<sup>216</sup> Eingehend dazu Dietrich, RW 2016, 566 ff.

<sup>217</sup> Meister, netzpolitik.org v. 15.4.2015.



einen Haushaltsplan des BfV zur „Massendatenauswertung von Internetinhalten“ veröffentlicht.<sup>218</sup> Beamte des BfV gingen aufgrund eines internen Gutachtens davon aus, die publizierten Verschlussachen seien als Staatsgeheimnisse im Sinne des § 93 StGB zu qualifizieren.<sup>219</sup> Deshalb erstattete das Amt Strafanzeige gegen den Chefredakteur Markus Beckedahl sowie gegen den Journalisten Andre Meister.<sup>220</sup> Im Mai 2015 leitete Harald Range, der Generalbundesanwalt (GBA), ein Ermittlungsverfahren gegen Meister und Beckedahl wegen Landesverrats, sowie gegen Unbekannt ein.<sup>221</sup>

Die Subsumtion, ob ein Staatsgeheimnis vorlag, fiel den höchsten Staatsanwälten offenbar schwer, denn der GBA gab zu dieser Frage ein externes Gutachten bei Prof. Dr. Jan-Hendrik Dietrich in Auftrag.<sup>222</sup> Dietrich ging im Einklang mit der Auffassung der Bundesanwaltschaft davon aus, dass ein Staatsgeheimnis vorlag.<sup>223</sup> Das BMJV war anderer Ansicht und forcierte wohl in Telefonaten die Einstellung des Verfahrens oder zumindest, Dietrich den Gutachterauftrag zu entziehen. Range wertete dies in einer öffentlichen Stellungnahme als „unerträgliche[n] Eingriff in die Unabhängigkeit der Justiz“.<sup>224</sup> Aufgrund der öffentlichen Auseinandersetzung wurde Range von Bundesjustizminister Heiko Maas vorzeitig in den Ruhestand versetzt, da sein Vertrauen in

---

<sup>218</sup> *Meister*, netzpolitik.org v. 25.2.2015.

<sup>219</sup> Die Begründung hat die Bundesregierung folgendermaßen wiedergegeben: „Tragend sind dort die publizierten Angaben zu Personalstärken im konkret umrissenen Aufgabenfeld und die Angabe bestimmter Methodiken und Ansatzpunkte nachrichtendienstlicher Maßnahmen, die ausländischen Nachrichtendiensten – auch in Zusammenschau mit weiteren Informationen – eine Risikoabschätzung und -vermeidung bei deren gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Aufklärung ermöglichen und dadurch aus Sicht der Fachbehörde die äußere Abwehrfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland auf einem besonders wichtigen Gebiet gewichtig schädigen könnten.“ BT-Drs. 18/5859, S. 4.

<sup>220</sup> BT-Drs. 18/5859, S. 2. Was auch der zuständige Abteilungsleiter beim Bundesministerium des Innern befürwortet hatte, ebd. S. 3.

<sup>221</sup> BT-Drs. 18/5859, S. 1.

<sup>222</sup> Ebd. S. 7; GBA, PM v. 4.8.2015 (30/2015).

<sup>223</sup> GBA, PM v. 4.8.2015 (30/2015); vgl. diff. *Dietrich*, RW 2016, 566 (570 ff., 594).

<sup>224</sup> Ebd. *Nešković*, in: *Telepolis* v. 6.8.2015, wies darauf hin, dass nur Richter gem. Art. 97 Abs. 1 GG unabhängig, Staatsanwälte aber nach § 146 GVG weisungsgebunden sind. Entgegen der Angaben Ranges, behauptet die Bundesregierung, der Bundesjustizminister, Heiko Maas, habe zu keinem Zeitpunkt von seinem Weisungsrecht gegenüber dem GBA Gebrauch gemacht, BT-Drs. 18/5859, S. 6. Vgl. dazu auch die Äußerungen von Maas und Range im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll der 63. Sitzung v. 19.8.2015, zit. nach *Beckedahl*, netzpolitik.org v. 24.8.2016.

<sup>224</sup> BMJV, PM v. 4.8.2015.

dessen Amtsführung „nachhaltig gestört“ sei.<sup>225</sup> Das Ermittlungsverfahren gegen Beckedahl und Meister wurde nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.<sup>226</sup> Einem internen Gutachten des BMJV zufolge habe es sich bei den veröffentlichten Informationen nicht um ein Staatsgeheimnis gehandelt.<sup>227</sup> Wesentliche Teile der von *netzpolitik.org* publizierten Informationen seien bereits öffentlich bekannt gewesen. Die veröffentlichten Informationen hätten nicht das Gewicht, um im Fall ihres Bekanntwerdens die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland zu begründen. Die Einstufung der Dokumente lediglich als „VS-vertraulich“ spreche indiziell gegen die Annahme eines Staatsgeheimnisses nach § 93 StGB.<sup>228</sup>

Plastisch zeigt sich in diesem Beispiel die Schwierigkeit, verlässlich zu bestimmen, ob Informationen ein Staatsgeheimnis konstituieren. Dementsprechend hat die Rechtsprechung bereits einen Straftatbestand, der unter anderem den Schutz außenpolitischer Interessen bezweckte, wegen mangelnder Bestimmtheit verworfen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erklärte die Vorschrift im Jahr 1953 für zu unbestimmt. Danach wurde mit Strafe bedroht, „wer gegen die Interessen der alliierten Streitkräfte oder eines ihrer Mitglieder handelt“. Es sei für den Staatsbürger im Einzelfall keineswegs erkennbar, was diese Interessen verletze. „Die Interessen der alliierten Streitkräfte“ seien „kein fest umrissener Begriff“. „Sie erstrecken sich auf die verschiedensten Lebensgebiete, bestimmen sich vielfach nach den jeweiligen außenpolitischen und innenpolitischen Verhältnissen und sind weitgehend einem Wandel unterworfen.“<sup>229</sup> Ähnliches müsste eigentlich für die außenpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB gelten und dennoch ist eher nicht damit zu rechnen, dass das BVerfG den Staatsgeheimnisbegriff für zu unbestimmt erachten würde.

Nach stetiger Rechtsprechung des BVerfG ist der Gesetzgeber verpflichtet:

„die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen.“<sup>230</sup>

---

<sup>225</sup> Ebd.

<sup>226</sup> GBA, PM v. 10.8.2015 (31/2015). Auch das Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt wurde schließlich im März 2016 nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, *Meister*, *netzpolitik.org* v. 6.7.2016.

<sup>227</sup> „Einschätzung zur Frage, ob die Veröffentlichungen von ‚netzpolitik.org‘ Staatsgeheimnisse im Sinne von § 93 StGB zum Gegenstand hatten.“, zit. nach *Beckedahl*, *netzpolitik.org* v. 5.10.2016.

<sup>228</sup> *Beckedahl*, *netzpolitik.org* v. 5.10.2016.

<sup>229</sup> BayVerfGH, BayGVBl. Nr. 12/1953, S. 76.

<sup>230</sup> BVerfGE 105, 135 (153) (*Vermögensstrafe*) = juris Rn. 67; 73, 206 (234) (*Sitzblockade I*); 71, 108 (114); 47, 109 (120).

„Jedermann soll vorhersehen können, welches Handeln mit welcher Strafe bedroht ist, um sein Verhalten dementsprechend einrichten zu können.“<sup>231</sup>

In vielen Fällen dürfte es für Whistleblower schwierig sein, einzuschätzen, ob die Weitergabe bzw. Offenlegung einen schweren außenpolitischen Nachteil im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB nach sich zieht und sich die abstrakte Gefahr eines solchen Nachteils (etwa § 94 Abs. 1 StGB entsprechend) konkretisiert. Die Einschätzung, ob ein Staatsgeheimnis vorliegt, hängt außerdem regelmäßig:

„weitgehend von bestimmten politischen und militärischen Details ab, die häufig gleichfalls geheim gehalten werden und daher dem Einzelnen nur selten zugänglich sind. Der Staatsbürger kann also wenig Aufschluß über die eventuelle Strafbarkeit seines Tuns erlangen, indem er wertet und sein Gewissen anspannt. Er benötigt vielmehr Tatsachen.“<sup>232</sup>

Zum Bestimmtheitsgebot vertritt das BVerfG allerdings die Ansicht, es gäbe einen „allgemeinen Grundsatz“, nach dem „es in Grenzfällen genügt, wenn das Risiko einer Bestrafung erkennbar ist“.<sup>233</sup> Whistleblower werden in aller Regel erkennen können, dass eine Bestrafung wegen Landesverrats zumindest nicht ausgeschlossen ist. Dieses erkennbare Risiko dürfte nach der Auffassung des BVerfG ausreichen, um den materiellen Geheimnisbegriff für hinreichend bestimmt zu halten.<sup>234</sup> Inwieweit diese Rechtsprechung das Bestimmtheitsgebot verwässert oder zu lax handhabt, wie dies in der Literatur kritisiert wird,<sup>235</sup>

<sup>231</sup> BVerfGE 57, 250 (262) (*V-Mann*) = juris Rn. 38.

<sup>232</sup> *Fuss*, NJW 1962, 2225 (2226).

<sup>233</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.9.2009 – 2 BvR 338/09 = StraFo 2009, 526 = juris Rn. 21; BVerfG, Beschl. v. 1.9.2008 – 2 BvR 2238/07 = NJW 2008, 3627 = juris Rn. 10. Das klingt im Vergleich zu den o. zit. Passagen widersprüchlich, weshalb *Kuhlen* die „logische Verträglichkeit“ der verschiedenen Einlassungen des BVerfG bezweifelt, in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, S. 45 (57). Das BVerfG hat noch keinen Straftatbestand des StGB, sondern nur die Vermögensstrafe gem. § 43a StGB a. F. für zu unbestimmt erklärt, BVerfGE 105, 135. Selbst den inzwischen aufgehobenen Straftatbestand des „groben Unfugs“ (§ 360 Abs. 1 Nr. 11 Alt. 2 StGB a. F.) hat es für ausreichend bestimmt gehalten, BVerfGE 26, 41, s. dazu *Roxin*, in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, S. 113 (133 f., 136). Auch im Nebenstrafrecht ging das BVerfG nur selten von einer Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes aus, s. dazu die Übersicht bei *Dannecker/Schuhr*, in: LK § 1 Rn. 72 ff. – Der Ansatz des BVerfG weist Parallelen zu der strafrechtlichen Rspr. zum Verbotsirrtum auf, nach der ein solcher nicht bestehen soll, wenn der Täter es für möglich hielt, Unrecht zu tun, s. etwa BGH NStZ 1996, 236 (237) sowie bereits BGHSt 4, 1 (4); a. A. *Roxin/Greco*, AT § 21 Rn. 30 ff., 34d m. w. N.

<sup>234</sup> Nach der EGMR-Rspr. reicht es, wenn der Angeklagte, ggf. nach einer anwaltlichen Beratung, erkennen konnte, dass sein Verhalten möglicherweise strafbar sein würde, EGMR, *Cantoni v. Frankreich*, Urt. v. 11.11.1996 – 17862/91, § 35 sowie bereits EGMR, *The Sunday Times v. Großbritannien*, Urt. v. 6.11.1980 – 6538/74, § 49.

<sup>235</sup> *Hammer-Strnad*, Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 104; *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, S. 6, 29 ff. Es sei „kaum zu glauben, wie häufig der Gesetzgeber dieses Verbot, das an ihn allein adressiert

müsste gesondert und eingehend untersucht werden, die eingangs genannten Zweifel an der Bestimmtheit werden hierdurch jedenfalls nicht ausgeräumt.

Das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG sollte auch als legislativer Auftrag verstanden werden. Es ist an der Gesetzgebung, zu prüfen, ob und wie der Staatsgeheimnisbegriff bestimmter gefasst werden könnte. Hierbei könnte sie zwar wieder auf die Rechtsprechung verweisen, denn das BVerfG meint, relativ abstrakte Straftatbestände, zu denen man die Landesverratsvorschriften zählen muss, unterlägen einem Präzisierungsgebot durch die Rechtsprechung,<sup>236</sup> d. h. sie werden eigentlich erst durch die Rechtspraxis hinreichend bestimmt.<sup>237</sup> Jedoch ist gerade bei Vorschriften, die wie die §§ 93 ff. StGB selten angewendet werden, fraglich, ob diese rechtspraktische Konkretisierung in einem hinreichend engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt.<sup>238</sup> Bei solchen Straftatbeständen ist erst recht darauf zu achten, dass sie bereits legislativ hinreichend bestimmt sind und nicht erst judikativ bestimmt werden.<sup>239</sup>

Eine Möglichkeit, den Staatsgeheimnisbegriff gesetzgeberisch zu konkretisieren, besteht darin, wie in den Straftatbeständen des britischen Official Secrets Act nur solche Tatsachen zu erfassen, die sich bestimmten Kategorien zuordnen lassen: Informationen der Sicherheits- und Geheimdienste, der Streitkräfte, aus den internationalen Beziehungen, der Strafverfolgung und Informationen, die vertraulich an andere Staaten überlassen wurden. Zudem enthält der Official Secrets Act bezüglich der Informationskategorien spezifische *damage tests*, d. h. Klauseln, anhand derer geprüft wird, ob die Weitergabe der Informationen aus einer der bezeichneten Kategorien im konkreten Fall auch schädlich war. Im Bereich der Verteidigung ist die Weitergabe nach dem Official Secrets Act etwa schädlich, wenn sie die Fähigkeit der Streitkräfte, ihre Auf-

---

ist, in letzter Zeit beiseite geschoben und seine Regelungsaufgabe durch inhaltslose Leerformeln auf die Justiz abzuwälzen versucht hat.“ Ebd. S. 6.

<sup>236</sup> *Kuhlen*, in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, S. 45 (62). I. R. d. weiteren gerichtlichen Konkretisierung besteht zudem ein Abweichungsverbot, das die Gerichte bindet und eine spezifische Form des Rückwirkungsverbots darstellt.

<sup>237</sup> Zumindest in den ersten Entscheidungen zu den jeweiligen Straftatbeständen müsste eigentlich entschieden werden, dass sie noch nicht hinreichend bestimmt sind und daher unanwendbar bleiben müssten, bis sie von den Gerichten durch konkretisierende Anwendung hinreichend bestimmt wurden. Dann könnte es aber nie zu Verurteilungen kommen, weil durch die vorangehenden Freisprüche wohl kaum je eine „Konkretisierung“ zu erreichen wäre. Davon abgesehen sollte bei derartigen noch nicht durch die Rechtsprechung konkretisierten Straftatbeständen jedenfalls eher ein unvermeidbarer Verbotsirrtum angenommen werden als bei von vornherein hinreichend konkreten Straftatbeständen.

<sup>238</sup> So bereits *Arnold Köttgen*, in: Ruge (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit, S. 17.

<sup>239</sup> Auch das BVerfG differenziert: Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot würden mit einer höheren Strafandrohung wachsen, s. *Roxin*, in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, S. 113 (134). Ablehnend zu diesem „Ausweg“, der nur zwei unbestimmte Maßstäbe miteinander verkoppeln würde, *Schünemann*, Nulla poena sine lege?, S. 32 f.

gaben wahrzunehmen, beeinträchtigt, zum Verlust von Leben oder zur Verletzung von Angehörigen der Streitkräfte oder zu erheblichen Beschädigungen der Ausrüstung oder der Anlagen der Streitkräfte führt.<sup>240</sup> Bedenken gegenüber einer abschließenden Auflistung der Informationskategorien könnten entkräftet werden, wenn diese eben nicht erschöpfend, sondern exemplarisch in den Tatbestand aufgenommen würden (vgl. den ausformulierten Vorschlag unter VII.).

Eine weitere Möglichkeit, Staatsgeheimnisse bestimmter zu fassen, könnte darin bestehen einen formell-materiellen Geheimnisbegriff einzuführen. Das wurde vor dem Achten Strafrechtsänderungsgesetz mit § 99 Abs. 4 StGB des SPD-Entwurfs<sup>241</sup> und mit § A 14 des AE-StGB vorgeschlagen. Bei einem rein materiellen Geheimnisbegriff könne der Täter eine Strafbarkeit häufig nicht vorhersehen.<sup>242</sup> In den Staatsgeheimnisbegriffen beider Entwürfe werden Geheimhaltungsmaßnahmen durch den Geheimnisträger vorausgesetzt,<sup>243</sup> die den Täter ausreichend warnen würden.<sup>244</sup> Zusätzlich müsse allerdings auch die materielle Geheimhaltungsbedürftigkeit gegeben sein. Nicht mehr erfasst würden mit dem formell-materiellen Geheimnisbegriff etwa Sachverhalte, die dem Staat bisher unbekannt geblieben sind.<sup>245</sup>

Derartige Sicherungsmaßnahmen würden zwar auf eine mögliche Strafbarkeit hinweisen, die Ungewissheiten bezüglich der Bewertung der materiellen Geheimhaltungsbedürftigkeit aber überhaupt nicht verringern. Wenn sich ein Täter etwa fragt, ob Informationen von der jeweiligen staatlichen Stelle formell zu Unrecht als Staatsgeheimnis gesichert werden, muss er nach wie vor die materielle Geheimhaltungsbedürftigkeit einschätzen. Hinzu kommt, dass über das Merkmal der begrenzten Zugänglichkeit in § 93 Abs. 1 StGB inzwischen – d. h. nach der Reform aus dem Jahr 1968 – ohnehin formelle Begrenzungsmaßnahmen vorausgesetzt werden, wenn die Tatsachen einem größeren Personenkreis zugänglich sind.<sup>246</sup> Des Weiteren sind entsprechende Informationen regelmäßig ohnehin als Verschlussachen klassifiziert. Ist dies einmal nicht der

---

<sup>240</sup> Sect. 2 (2)(a) OSA 1989. Allerdings wird gem. Sect. 2 (2)(b) OSA 1989 eine schädliche Weitergabe auch bejaht, wenn durch sie die äußeren Interessen des Vereinigten Königreichs gefährdet werden oder die Förderung oder der Schutz dieser Interessen erheblich behindert wird, was § 93 Abs. 1 StGB ähnelt. Kein *damage test* ist im OSA bislang für den Bereich der Geheimdienste vorgesehen.

<sup>241</sup> BT-Drs. V/102, S. 2.

<sup>242</sup> Ebd. S. 8; AE-StGB BT polit. Strafr, Zu § A 14, S. 61.

<sup>243</sup> § 99 Abs. 4 SPD-E: „[...] und durch Sicherungsmaßnahmen beschränkt ist [...]“; § A 14 AE-StGB: „[...] durch Sicherungsmaßnahmen [...] beschränkt“.

<sup>244</sup> AE-StGB BT polit. Strafr, Zu § A 14, S. 61 ff.

<sup>245</sup> AE-StGB BT polit. Strafr, Zu § A 14, S. 63.

<sup>246</sup> Siehe dazu oben unter I. 2. Des Weiteren setzen zumindest die Straftatbestände §§ 95, 96 Abs. 2, 97 StGB eine faktische Geheimhaltung ausdrücklich voraus („ein Staatsgeheimnis, das von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung geheimgehalten wird“).

Fall, kann an den jeweiligen Informationen trotzdem ein gewichtiges Geheimhaltungsinteresse bestehen und ihr strafrechtlicher Schutz geboten sein.<sup>247</sup>

## 2. Gewaltenteilung, Unabhängigkeit der Gerichte

Ein wiederkehrender Kritikpunkt besteht außerdem darin, dass die Gerichte im Rahmen der §§ 93 ff. StGB nicht unabhängig über die Geheimhaltungsbedürftigkeit entscheiden. Sie seien regelmäßig stark von Einschätzungen Sachverständiger aus dem Kreis des Geheimnisträgers beeinflusst.<sup>248</sup> Da die Gerichte keine besseren Sachkenntnisse besäßen, sei nicht zu erwarten, dass sie die Gutachten tatsächlich frei, gemäß § 261 StPO, würdigen und gegebenenfalls von ihnen abweichen.<sup>249</sup> Diese Praxis verletze die Gewaltenteilung aus Art. 20 Abs. 2 GG und die Unabhängigkeit der Gerichte, Art. 97 Abs. 1 GG.<sup>250</sup>

Andere meinen, die Bewertung der Folgen und Wirkungen des Bekanntwerdens der geheimen Tatsachen seien „kein Monopol des betreffenden Ministeriums und seiner Experten“,<sup>251</sup> Oft reiche zur Bewertung „der gesunde Menschenverstand“ aus.<sup>252</sup> Auch Gutachten von Sachverständigen, etwa aus dem Verteidigungsministerium, könnten ohne Weiteres richterlich gewürdigt werden, zumal die Verteidigung Gegengutachten einführen könne.<sup>253</sup> Rechtlich sind die Gerichte nicht an die Sachverständigengutachten gebunden, was natürlich nicht ausschließt, dass ein Gericht im Einzelfall *nicht* unabhängig entscheidet, etwa weil es keine eigene Beweiswürdigung oder nur eine vermeintlich eigene Beweiswürdigung vornimmt.<sup>254</sup>

Dennoch wird die Expertise, was einen schweren außenpolitischen Nachteil darstellt und die äußere Sicherheit der BRD gefährdet, wohl am ehesten den staatlichen Institutionen zugetraut, die mit außenpolitischen Fragen befasst und

---

<sup>247</sup> Vgl. bereits § 1 III.

<sup>248</sup> So etwa *Heinitz*, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 16; *Ridder*, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 24; aktuell z.B. *Croner*, *The Rule of Law Post v. 29.4.2022*.

<sup>249</sup> *Pitzer*, NJW 1962, 2235 (2236).

<sup>250</sup> So etwa *Maihofer*, *Blätter* 1963, 107 (110); *Pitzer*, NJW 1962, 2235 f.; ähnl. *Fuss*, NJW 1962, 2225 (2226 f.). Dieses Sachverständigenproblem klang auch in der Spiegel-Entscheidung an, s. BVerfGE 20, 162 (182): „Der selbst nicht sachkundige Ermittlungsrichter hat ersichtlich den Tatverdacht auf Grund des Gutachtens des Oberregierungsrats Dr. W. aus dem Bundesverteidigungsministerium bejaht, das eine detaillierte und begründete Würdigung der in dem Artikel mitgeteilten militärischen Fakten enthielt. Sie beruhte ihrerseits auf Auskünften, die der Gutachter, der selbst kein Militärfachmann ist, von selbständig ausgewählten Angehörigen des Bundesverteidigungsministeriums eingeholt und unter juristischen Gesichtspunkten koordiniert hatte.“

<sup>251</sup> *Willms*, NJW 1963, 190 f.

<sup>252</sup> Ebd. S. 191.

<sup>253</sup> *Jescheck*, *Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis*, S. 34.

<sup>254</sup> Dann stehen Rechtsmittel offen, wegen Verletzung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, vgl. etwa *Miebach*, in: MK-StPO § 261 Rn. 308.

von den Enthüllungen betroffen sind.<sup>255</sup> Das darf aber nicht dazu führen, dass die betroffene Institution mehr oder weniger selbst über die Geheimhaltungsbedürftigkeit entscheidet. Daher ist für den Strafprozess zu fordern, dass nur regierungsunabhängige Sachverständige berufen werden, die jedenfalls nicht aktuell für die betroffene Institution tätig sind.<sup>256</sup> Möglicherweise kann ein Sachverständiger aus einer von der Offenlegung betroffenen Behörde sonst wegen §§ 74 Abs. 1 S. 1, 22 Nr. 4 StPO abgelehnt werden. Auch ein Befangenheitsantrag nach § 24 StPO kann in Betracht kommen, wenn etwa eine gewisse (u. a. psychologische) Abhängigkeit zum Dienstherren besteht.<sup>257</sup>

Vorteilhaft wäre eine unabhängige Stelle, etwa eine Ombudsperson für Transparenz, die die Expertise besitzt, die Geheimhaltungsbedürftigkeit einzuschätzen.<sup>258</sup> Sie könnte im Strafprozess mit Gutachten zur Frage der Geheimhaltungsbedürftigkeit beauftragt werden. Zudem könnte sie als externe Meldestelle für Whistleblower dienen, die Missstände im Bereich der Staatsgeheimnisse offenlegen wollen, sich aber nicht sicher sind, ob dies legal wäre. Selbst wenn ein Strafgericht die Offenlegung entgegen dem Rat einer solchen Stelle für strafbar halten würde, wäre der Whistleblower strafrechtlich wegen eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB zumindest exkulpiert.

Alternativ hat die SPD-Bundestagsfraktion für den geheimdienstlichen Bereich jüngst ein In-camera-Verfahren vor dem BVerfG erwogen.<sup>259</sup> In diesem Geheimverfahren sollen Whistleblower das Gericht anrufen können, um die Rechtmäßigkeit einer Offenlegung vorab, vergleichbar einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren, prüfen zu lassen. Das erscheint in Anbetracht der Politizität der Interpretation und Anwendung der Landesverratsdelikte intuitiv nicht fernliegend. Für die Landesverratsdelikte sind allerdings nach § 120

---

<sup>255</sup> Vgl. z. B. *Croner*, The Rule of Law Post v. 29.4.2022.

<sup>256</sup> *Helmuth Ridder*, in: Ruge (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit, S. 31.

<sup>257</sup> *Fuss*, NJW 1962, 2225 (2227).

<sup>258</sup> *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, Verfassungsblog v. 7.1.2021. Vgl. bereits, *Pitzer*, NJW 1962, 2235 (2236), der parlamentarische Ausschüsse, etwa den Verteidigungsausschuss, der nach Art. 45a Abs. 1 GG für auswärtige Angelegenheiten zuständig ist, mit Fragen der Geheimhaltung befassen will. Parlamentarische Ausschüsse und auch das Parlamentarische Kontrollgremium sind freilich durch die aktuellen politischen Machtverhältnisse geprägt, was problematisch sein kann, wenn es um Missstände geht, die den regierenden Kräften zuzurechnen sind, die in dem jeweiligen Ausschuss oder Gremium die Mehrheit bilden. Skeptisch ggü. der Einrichtung permanenter Gremien zur Bewertung der Geheimhaltungsbedürftigkeit bestimmter Tatsachen, *Helmuth Ridder*, in: Ruge (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit, S. 32. Für ein greisenhaftes Gremium bestehend aus dem dienstältesten General der Bundeswehr im Ruhestand, dem jeweiligen letzten Präsidenten des BGH im Ruhestand und dem oder der wahrscheinlich jüngeren Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Bundestages hat sich Paul Wilhelm ausgesprochen, zit. nach. *Gerd Ruge*, in: ebd., S. 102. Allgemein zur Frage einer unabhängigen Gutachterinstanz, ebd., S. 111 ff.

<sup>259</sup> Positionspapier der SPD-Bundestagsfraktion v. 15.12.2020, S. 3.

Abs. 1 Nr. 3 GVG erstinstanzlich die OLG zuständig. Das BVerfG abschließend über die Anwendung der Landesverratsvorschriften entscheiden zu lassen, sei es auch „nur“ in einem Vorabverfahren, würde in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit eingreifen und damit der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung der Gerichtsbarkeiten widersprechen (Art. 95 GG). Näher würde es deshalb liegen, ein solches Vorabverfahren vor den OLG durchzuführen. Prozessual ist mit § 172 Nr. 1 GVG die Möglichkeit vorgesehen, bei einer „Gefährdung der Staatssicherheit“ die Öffentlichkeit auszuschließen. Fraglich ist aber, ob sich Whistleblower, möglicherweise unter Preisgabe ihrer Identität, überhaupt an ein solches Geheimericht wenden würden, das vor einer Offenbarung vermutlich eher staatstragend entscheiden, d. h. eine Geheimhaltung befürworten wird. Zudem wird in den USA wegen negativer Erfahrungen mit In-camera-Verfahren im strafrechtlichen Whistleblowing-Kontext angemahnt, solche Verfahren zu reduzieren.<sup>260</sup> In jedem Fall dürfte man ein solches Verfahren nicht zu einer zwingenden Vor-Voraussetzung des Whistleblowings im Bereich der Landesverratsdelikte erheben, sondern sollte es nur als zusätzliche Möglichkeit einer vorherigen rechtlichen Klärung einrichten.<sup>261</sup>

#### IV. Alternative zeithistorische Konzeptionen

Schon vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bedenken lässt sich die Entwicklung des Staatsgeheimnisbegriffs nicht als reine Fortschrittsgeschichte lesen, in der sich im Ringen zwischen Geheimhaltung und Transparenz mit dem heutigen § 93 StGB eine ausgewogene Regel synthetisiert hätte. In einigen Punkten ausgewogener und mit Hinblick auf die transparenzorientierte Demokratie zeitgemäßer erscheinen Reformvorschläge, die schon in der Weimarer Republik, gerade auch in Opposition zur Reichsgerichtsrechtsprechung, formuliert wurden. Dasselbe trifft auf mehrere bundesrepublikanische Beiträge und Entwürfe aus den 1960er Jahren zu.

##### *I. „Illegale“ Staatsgeheimnisse in der Weimarer Republik*

Das RG vertrat in den Verfahren zum sogenannten publizistischen Landesverrat<sup>262</sup> die sogleich genauer dargelegte Ansicht, dass Informationen über Rechts-

---

<sup>260</sup> Benkler, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (310); krit. Croner, The Rule of Law Post v. 29.4.2022.

<sup>261</sup> Die Ausgestaltung eines fakultativen „Vorabverfahrens“ vor einer Transparenzstelle oder unter Einschaltung einer Ombudsperson oder eines Gerichts ist allerdings weiter zu untersuchen, was an anderer Stelle erfolgen muss.

<sup>262</sup> Siehe dazu bereits oben unter § 3 IV.



verstöße, wie Verletzungen des Versailler Vertrags, strafrechtlich als Staatsgeheimnisse geschützt sein können.<sup>263</sup> Hierfür erntete es in der Literatur Zuspruch,<sup>264</sup> aber auch vehemente Kritik<sup>265</sup> und aus diesem Diskurs flossen wertvolle Überlegungen in die Strafrechtsreformentwürfe der 1920er Jahre ein. Einige der im Folgenden näher untersuchten kritischen Argumente und Gesetzesvorschläge erscheinen gerade in Fragen der staatlichen Transparenz aus heutiger Perspektive erstaunlich progressiv, hellsichtig und aktuell. Deshalb sollten sie bei künftigen Reformen der Landesverratsbestimmungen nicht unberücksichtigt bleiben.

#### a) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts

Wer „illegale“ Staatsgeheimnisse offenlege, so die ständige Rechtsprechung des RG, könne sich wegen Landesverrats und Spionage strafbar machen.<sup>266</sup> In den Fällen *Küster/Salomon* und *Kreiser/Ossietzky* ging es um Informationen zu Verstößen gegen den Versailler Vertrag.<sup>267</sup> Tatbestandlich galt es zu klären, ob die Geheimhaltung der jeweiligen Informationen gegenüber einer anderen Regierung für das „Wohl des Deutschen Reichs“ (§ 92 Nr. 1 RStGB), bzw. deren Geheimhaltung im „Interesse der Landesverteidigung“ (§ 1 SpG) erforderlich sei.<sup>268</sup>

Das RG lehnte die rechtsstaatliche Auffassung, nach der „die Aufdeckung und Bekanntgabe gesetzwidriger Zustände dem Reichswohle niemals abträglich, sondern nur förderlich sein könne, da das Wohl des Staates in seiner Rechtsordnung festgelegt sei und sich in deren Durchführung verwirkliche“

---

<sup>263</sup> Diese Frage bildete bezüglich der Staatsgeheimnisse, „[d]as alles beherrschende Problem“, *Schroeder*, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, § 10 S. 118, s. auch S. 110.

<sup>264</sup> Siehe etwa *Freiesleben*, ZStW 45 (1925), (237) 240; *von Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (195 ff.); weitere Nachweise bei *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 202 f. und *W. Wagner*, ZStW 75 (1963), 393 (401).

<sup>265</sup> Siehe etwa *Kantorowicz*, DJ II (1926/1927), 92 (97); *Löwenthal*, DJ III (1927/1928), 120 (135); *Radbruch*, DJ III (1927/1928), 103 (109) = RGA IX, 262 (268); *Schücking*, DJ III (1927/1928), 509 (515); *Sinzheimer*, DJ III (1927/1928), 196 (200) sowie 374 (376). Zur Diskussion und weiteren Nachweisen sogleich unter 2.

<sup>266</sup> RG, Urt. v. 28.8.1923 – 7J69/23 (*Oehme*); RGSt 62, 65 (*Küster/Jacob Salomon*); RG, Urt. v. 23.11.1931 – 7J35/29 (*Kreiser/von Ossietzky*); zust. auch *von Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (194 ff.); s. auch: Denkschrift der Reichsanwaltschaft, „Der Landesverrat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts“, RT-Drs. Nr. 110 des 21. Ausschusses des Reichstags 1928, S. 29 ff.

<sup>267</sup> Zu den Sachverhalten s. bereits oben unter § 3 IV. 2. und 3.

<sup>268</sup> Zu den Literaturansichten, was unter dem „Wohl des Deutschen Reichs“ i. S. d. § 92 Nr. 1 RStGB zu verstehen sei, s. *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 201 ff.

ausdrücklich ab, „insbesondere mit Hinblick auf die außenpolitischen Verhältnisse“.<sup>269</sup>

„[O]berstes Gesetz und Richtschnur“ sei „das Staatswohl“, weshalb „gewissenhaft und ohne parteipolitische Voreingenommenheit“ zu prüfen sei, „welches Interesse im Einzelfalle das schutzbedürftigere und schutzwürdigere ist.“ Danach begriff das RG die tatbestandliche Prüfung des Wohls des Reichs als eine Gegenüberstellung von Interessen, nach deren Abwägung dem einen oder dem anderen Interesse der Vorzug gegeben wird.<sup>270</sup> Zum Nachteil des rechtsstaatlichen Interesses an der Wahrung des Rechts räumt es den außenpolitischen Regierungsinteressen hierbei prinzipiell den Vorrang ein.<sup>271</sup> Der schon im Tatbestandsmerkmal angelegte Gedanke der Staatsräson klingt hier noch deutlicher an<sup>272</sup> und wird über den der Rechtsräson erhoben.

Hellmuth von Weber meinte, das RG neige zu einem subjektiven Staatsgeheimnisbegriff,<sup>273</sup> nach welchem ein Geheimhaltungsbedürfnis bestehe, wenn die Regierung die jeweiligen Tatsachen geheim halten wolle:<sup>274</sup> „Der Begriff des Staatswohls wird daher maßgebend von der Regierung bestimmt. In ihr enthält der Wille des Volkes Form. Das Gericht ist an diese Tatsache gebunden. Es braucht keine eigene Wertung vorzunehmen.“<sup>275</sup>

Zwar schloss sich das RG dieser Ansicht nicht ausdrücklich an, allerdings schlug die Regierung regelmäßig Beamte wie Stabsoffiziere aus dem Reichs-

---

<sup>269</sup> RG, Urt. v. 28.8.1923 – 7J69/23 (*Oehme*), UA S. 15, zit. nach *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 86; RG, Beschl. v. 1.11.1926 – 7J73/26 (*Fechenbach*); RGSt 62, 65 (67) (*Küster/Jacob Salomon*). Gegen das rechtsstaatliche Argument auch *von Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (197).

<sup>270</sup> So die Interpretation in BGHSt 20, 342 (363) (*Pätsch*): „in das ‚oberste Gesetz des Staatswohls‘ [werde] der Gedanke einer Abwägungsmöglichkeit (zwischen dem Vorteil der Geheimhaltung und dem Vorteil der Offenbarung eines Gesetzesverstößes) hineingetragen [...]“. Bzgl. RGSt 62, 65 (67).

<sup>271</sup> Siehe *Gusy*, GA 1992, 195 (207 f.): „Das RG bewertete die Kollision zwischen Meinungsfreiheit und Staatsgeheimnis somit als Kollision zwischen Innenpolitik und Außenpolitik, zwischen WRV und Naturrecht, zwischen Staatsform und Staat. Dabei kam den außenpolitischen und damit den staatlichen Belangen der Vorrang zu.“; *Hanten*, a. a. O., S. 87, 96, meint, das RG habe die Frage, welches Rechtsgut überwiege, mit dem Hinweis auf die Abhilfemöglichkeit durch Inanspruchnahme innerstaatlicher Organe, offengelassen. Wenigstens anerkannte das RG die Möglichkeit, dass die Aufdeckung und Bekanntgabe gesetzwidriger Zustände dem Reichswohl dienen könne, nur sei dies eben nicht immer der Fall, ebd. S. 86.

<sup>272</sup> *W. Wagner*, ZStW 75 (1963), 393 (400).

<sup>273</sup> *von Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (197).

<sup>274</sup> Ebd. S. 194.

<sup>275</sup> Ebd. S. 196.

wehrministerium als Sachverständige vor, die im Prozess zu der Frage vernommen wurden, ob das Wohl des Reiches gefährdet worden sei.<sup>276</sup> Dabei hatte in vielen Verfahren das Reichswehrministerium selbst Strafanzeige erstattet.<sup>277</sup>

Weiterhin meinte das RG, die „publizistischen Landesverräter“ hätten sich strafbar gemacht, weil sie sich wegen ihrer staatsbürgerlichen Treuepflicht, die der Senat aus dem Naturrecht schöpfte, mit ihren Vorwürfen zunächst an die zuständigen Behörden hätten wenden müssen. In mehreren Fällen führte das RG aus:

„Dem eigenen Land hat jeder Staatsbürger die Treue<sup>278</sup> zu halten, das Wohl des eigenen Staates wahrzunehmen ist für ihn höchstes Gebot [...]; auf Beobachtung und Durchführung bestehender Gesetze hinzuwirken, kann nur durch die Inanspruchnahme der hierzu berufenen innerstaatlichen Organe geschehen, niemals aber durch Denunziation bei ausländischen Regierungen.“<sup>279</sup>

Abgesehen von der fragwürdigen naturrechtlichen Rekonstruktion eines innerstaatlichen Abhilfeversuchs setzte sich das RG nicht mit der Frage auseinander, ob ein derartiger nicht öffentlicher Abhilfeversuch überhaupt Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Es war nicht damit zu rechnen, dass das Reichswehrministerium auf die Rüge eines pazifistischen Publizisten hin völkerrechtswidrige Wiederaufrüstungsbestrebungen eingestellt hätte. Zudem sollen die zuständigen Stellen nicht in der Lage gewesen sein, „auf den Selbstläufer Reichswehr einzuwirken“.<sup>280</sup> Dementsprechend wären Eingaben bei staatlichen Stellen höchstwahrscheinlich folgenlos geblieben.<sup>281</sup>

Im Fall *Küster/Salomon* hatte die Verteidigung ausdrücklich darauf hingewiesen – worauf auch in aktuellen U.S.-amerikanischen Fällen des *state secrecy whistleblowing* aufmerksam gemacht wurde<sup>282</sup> –, dass die Angeklagten

---

<sup>276</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 89. Deshalb fragte *Wegner*, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, S. 11: „Muß man juristisch nicht so konstruieren, daß man sagt: formell haben die Regierungsbehörden im innerstaatlichen Verhältnis die Befugnis, in allen militärischen Angelegenheiten frei zu bestimmen, was Staatsgeheimnis ist? Dessen Begriff wäre damit durchaus abhängig vom Regierungswillen.“

<sup>277</sup> *Hanten*, a. a. O., S. 89.

<sup>278</sup> Dem vorgelagert ist die Frage, ob sich nicht diejenigen gegenüber dem Staat treuwidrig verhielten, die durch völkerrechtswidrige Wiederaufrüstungen den Frieden aufs Spiel setzten; dahingehend: *Friedensburg*, DJ I (1925/1926), 464 (471), der darauf hinwies, dass die Landesverratstatbestände und ihre Auslegung durch die Gerichte „unter Umständen das Gegenteil des Schutzes der Staatsordnung, nämlich ihre Auslieferung an die Gegner des Staatswesens, bewirken.“

<sup>279</sup> RG, Urt. v. 28.8.1923 – 7J69/23 (*Oehme*), UA S. 15, zit. nach *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 86; RGSt 62, 65 (67) (*Küster/Jacob Salomon*), „Denunziation“ wurde dort durch das Wort „Anzeige“ ersetzt.

<sup>280</sup> *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 172.

<sup>281</sup> Ebd. S. 87.

<sup>282</sup> *Walden*, Secret Sources – Whistleblowers, National Security and Free Expression, S. 13.

die Abstellung der gesetzwidrigen Zustände nur durch eine Veröffentlichung hätten erreichen können, weil sie bei den zuständigen Stellen kein Gehör gefunden hätten.<sup>283</sup> Das RG vertrat hingegen die Auffassung, sie hätten sich zunächst an die Reichsregierung wenden müssen. Wenn die Regierung die Beschwerde nicht entgegengenommen hätte, wären sie weiterhin verpflichtet gewesen, sich gemäß Art. 126 WRV (Petitionsrecht) an die Volksvertretung zu wenden oder sich einem Reichstagsabgeordneten anzuvertrauen.<sup>284</sup> Im Weltbühne-Urteil führte es allerdings nicht zu einem Strafbarkeitsausschluss, dass vor den Veröffentlichungen in der Wochenzeitschrift ein Auskunftersuchen eines Reichstagsabgeordneten an die Reichsregierung bezüglich des Zwecks der Abteilung „M“ zurückgewiesen worden war.<sup>285</sup>

Eine aus dem Völkerrecht, der Verfassung oder dem Naturrecht begründete Befugnis zur Offenbarung von Rechtsverstößen lehnte das RG ab.<sup>286</sup> Es gebe keine allgemein anerkannte Regel des Völkerrechts, nach welcher Bürger berechtigt wären, einer fremden Regierung gesetzeswidrige Zustände zu offenbaren, die im Interesse des Wohles seines Heimatlandes geheim zu halten seien.<sup>287</sup> Auch aus der Meinungsfreiheit (Art. 118 WRV) sei ein solches Recht nicht herzuleiten, denn sie gelte nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze, werde also durch § 92 Nr. 1 RStGB beschränkt.<sup>288</sup> Ebenso wenig lasse sich ein derartiges Recht aus dem Naturrecht ableiten – das hatte die Verteidigung geltend gemacht. Vielmehr seien die Staatsbürger naturrechtlich zur Treue gegenüber „Vaterlande und Volke“ verpflichtet.<sup>289</sup>

Darüber hinaus prüfte das RG keine Strafbarkeitsausschlussgründe, obwohl die Sachverhalte Anlass boten, die bereits in anderen Fallkonstellationen angewendeten Rechtfertigungsgründe des übergesetzlichen Notstands und der Staatsnotwehr zu prüfen.<sup>290</sup>

---

<sup>283</sup> RGSt 62, 65 (71).

<sup>284</sup> Ebd.

<sup>285</sup> RG, Urt. v. 23.11.1931 – 7J35/29 (*Kreiser/von Ossietzky*); *Hantén*, Publizistischer Landesverrat, S. 87, 172.

<sup>286</sup> RGSt 62, 65 (66) (*Küster/Jacob Salomon*).

<sup>287</sup> Ebd.; a. A. etwa *Wegner*, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, S. 78.

<sup>288</sup> RGSt 62, 65 (67). So die damals h. M., *Hantén*, Publizistischer Landesverrat, S. 211.

<sup>289</sup> RGSt 62, 65 (67), zust. *von Weber*, in: *Die Reichsgerichtspraxis V*, S. 173 (194 ff.) sowie später *H. Arndt*, ZStW 66 (1954), 41 (59): „Der einzelne Staatsbürger hat dem Staat die Treue zu halten; das ist eine der höchsten staatsbürgerlichen Pflichten“. *Schücking*, DJ III (1927/1928), 509 (515) merkte an: „Also ist der eigentliche Grund, weshalb das Gesetz gewisse Tatbestände, wie den des § 92, für strafbar erklärt, die Verletzung der Treuepflicht.“

<sup>290</sup> Das RG hatte den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand erstmals im Jahr 1927 in RGSt 61, 242 (*Ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung*) angewendet. Auch Notwehr zum Schutz von Allgemeinrechtsgütern kam in Betracht, denn in RGSt 63, 215 (*Fememord*) aus dem Jahr 1929 wurde das sog. Staatsnotwehrrecht angewendet; s. zudem bereits RGSt 56, 259 (268) (*Kapp-Putsch*) aus dem Jahr 1921. *Hantén*, a. a. O., S. 124 f., meint, das RG hätte diese Rechtfertigungsgründe zumindest prüfen müssen. Ablehnend gegenüber einer

### b) Kritik und Ablehnung der Rechtsprechung

Gustav Radbruch und andere vertraten die Auffassung,<sup>291</sup> die Geheimhaltung rechtswidriger Sachverhalte könne grundsätzlich oder sogar niemals dem Wohl des Reichs dienlich sein, weshalb die Veröffentlichung derartiger Sachverhalte auch nicht strafbar sei. Das zentrale Argument besteht darin, dass das Recht staatliches Unrecht nicht schützen darf, denn sonst setze sich der Rechtsstaat in Widerspruch zu seinem Prinzip. Informationen über rechtswidriges staatliches Handeln dürften deshalb nicht oder nur in eng umgrenzten und gut begründeten Ausnahmesituationen rechtlich als Geheimnisse geschützt werden.

Das RG hatte diese rechtsstaatliche Ansicht ausdrücklich abgelehnt und den Schutz „illegaler“ Staatsgeheimnisse bejaht (s. o. unter a.), was Lothar Schücking<sup>292</sup> als „objektiv geradezu fundamental unsittlich“ kritisierte.<sup>293</sup>

„[D]er höchste deutsche Gerichtshof dürfte niemals einen solchen Grundsatz aufstellen, um die Rechtsordnung zu schützen. Rechtsordnung und Staatswohl stehen in allerinnigstem Zusammenhang und es bedeutet eine Verkennung der Aufgabe der Rechtspflege, wenn die Abweichung von der Rechtsordnung aus angeblichen Gründen des Staatswohles geschützt wird. Wer entscheidet hierüber? Der Reichswehrmajor als Sachverständiger, der vielleicht aus dem Wickingbunde oder einer anderen republikfeindlichen Organisation von der Reichswehr übernommen ist.“<sup>294</sup>

Nur „das innerhalb verfassungsmäßiger Vollmachten handelnde Organ des Staates“, meinte auch Löwenthal, habe „Anspruch auf Geheimhaltung seiner Betätigung.“<sup>295</sup> Die öffentliche Kritik sei:

„ein Recht der Notwehr gegenüber Verschwörer-Organisationen, die die allgemeinen Strafgesetze durch Geheimbündelei verletzen (§ 128 StGB.) und gesetzwidrig Waffen führen, mit denen sie ihre Mitbürger in zahlreichen Fällen bedroht, verletzt und getötet haben.“<sup>296</sup>

Das Recht zur Veröffentlichung ergebe sich, so Löwenthal, vor allem aus der durch Art. 118 WRV geschützten Meinungsfreiheit.

Arthur Wegner vertrat die Ansicht, wegen Landesverrats könne nicht bestraft werden:

---

Rechtfertigung, *Windisch*, Die Strafverfolgung von Kritikern der illegalen Rüstung in der Weimarer Republik, S. 74 f., 88.

<sup>291</sup> *Radbruch*, DJ III (1927/1928), 103 (108 f.) = RGA IX, 262 (267 f.); *ders.*, in: Vorwärts v. 21.3.1928 = RGA XII, 217 f.

<sup>292</sup> Lothar Engelbert Schücking (1873–1943), Rechtsanwalt und Notar in Dortmund, Schriftsteller, Politiker (SPD).

<sup>293</sup> *Schücking*, DJ III (1927/1928), 509 (515).

<sup>294</sup> Ebd.

<sup>295</sup> *Löwenthal*, DJ III (1927/1928), 120 (135).

<sup>296</sup> Ebd.

„wer sich bemüht hat, völkerrechtswidriges Tun seiner Regierung aufzudecken und zu hindern. Die eigentlichen Übeltäter sitzen doch hier in den Staatsbehörden, die völkerrechtswidrig handeln [...] Staatsgeheimnisse im rechtlichen Sinne vermag der rechtswidrige Regierungswille nicht zu begründen.“

Und weiter: „Sowie sie selbst rechtswidrig handelt, hört sie auf, Regierung zu sein.“<sup>297</sup> Er verglich die Veröffentlichungen mit einer Strafanzeige:

„wie der Enthüller von Volksschäden, wie Trunksucht, Verwahrlosung, Prostitution und ähnlichem, auf jeden Fall straflos bleibt, kann auch nicht der verfolgt werden, der als Pazifist in dem Treiben kriegerischer Volkskreise einen Volksschaden zu erkennen glaubt, den aufzudecken ihm Pflicht scheint.“<sup>298</sup>

Radbruch forderte, illegale Geheimnisse vom strafrechtlichen Schutz der Landesverratsvorschriften auszunehmen:<sup>299</sup>

„Man sollte meinen, daß in Mitteilungen über gesetzwidrige Vorgänge niemals, auch dann nicht, wenn die deutsche Regierung an ihnen beteiligt wäre, Landesverrat gefunden werden könne, da in einem Rechtsstaat die Annahme ausgeschlossen bleiben sollte, als könne der Fortbestand eines gesetzwidrigen Zustandes dem ‚Wohl des Reiches‘ dienen.“<sup>300</sup>

Etwas anderes scheint er für denkbar zu halten, wenn sich die Person nicht an die Öffentlichkeit, sondern geheim an fremde Mächte wendet (vgl. heute § 97a StGB):

„In der Tat wird man nicht gern ein bezahltes Subjekt mit der Landesverratsstrafe verschont wissen wollen, das einer Auslandsstelle deutsche Geheimtatsachen verrät, auch wenn diese Geheimtatsachen in Gesetzwidrigkeiten bestehen (obgleich gerade diese Regelung der wirksamste Zwang gegen solche Gesetzwidrigkeiten wäre).“<sup>301</sup>

Oder auch an anderer Stelle:

„Was der Gesetzlichkeit oder der Vertragstreue widerspricht, muß in einem Rechtsstaate notwendig auch dem staatlichen Wohl widersprechen, und umgekehrt alles ihm entsprechen, was zur Abstellung solcher Mißstände dient – also vor allem ihre Offenbarung und gerade nicht ihre Geheimhaltung.“<sup>302</sup>

Diese Argumentation wurde von einigen Autoren abgelehnt.<sup>303</sup> Hermann Kantorowicz kritisierte die Rechtsprechung zwar grundsätzlich, meinte aber bezüglich der „illegalen“ Staatsgeheimnisse:

<sup>297</sup> Wegner, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, S. 78.

<sup>298</sup> Ebd. S. 80.

<sup>299</sup> Radbruch, DJ III (1927/1928), 103 (108 f.) = RGA IX, 262 ff. (267 f.); s. auch ders., Vorwärts v. 21.3.1928 = RGA XII, 217 f.

<sup>300</sup> Radbruch, DJ III (1927/1928), 103 (109) = RGA IX, 262 (268).

<sup>301</sup> Ebd.

<sup>302</sup> Radbruch, DJ III (1927/1928), 384 (385) = RGA IX 279 (280).

<sup>303</sup> Siehe etwa *Freiesleben*, ZStW 45 (1925), 237 (240); *Frind*, Der Landesverrat im Deutschen Strafrecht, 48, 101; *Jorns*, DRiZ 1928, 107; *Kantorowicz*, DJ II (1926/1927), 92 (97);

„Man hat eingewendet, daß die Enthüllung gesetzwidriger Tatsachen nicht hiernach strafbar sein kann, weil dieser Paragraph doch die berechtigten Interessen des Staates schützen will und dieser unmöglich ein berechtigtes Interesse daran haben kann, daß strafbare Handlungen straflos bleiben. Diese Beweisführung geht fehl, weil das Gesetz nicht nur die rechtlichen, sondern auch die politischen Interessen des Staates gegen Verrat schützen will, und diese können in einem höheren Sinne berechtigt sein, selbst wenn sie etwa einem aufgezwungenen Gesetze zuwiderlaufen. Das sollte auch ein Pazifist nicht leugnen.“<sup>304</sup>

Auch Hellmuth von Weber wies die rechtsstaatliche Argumentation zurück, denn sie setze voraus, dass „Staat und Recht identisch“ seien.<sup>305</sup> Der Staat werde im Strafrecht aber nicht als ein „Normenkomplex“ geschützt, „sondern als soziale Erscheinung.“ Er sei daher nur auf der „Seinsebene [...] angreifbar und schutzbedürftig.“ Durch den Verrat werde die Macht des sozialen Gebildes Staat getroffen, für sie sei es jedoch „gleichgültig, ob sie irgendwelchen Normen widerspricht oder nicht.“<sup>306</sup>

Danach könnten allerdings selbst Atrozitäten übelster Art als Staatsgeheimnis geschützt werden, wenn ihre Offenlegung die Macht des Staates tangiert. Die geschützten staatlichen Interessen sind zwar der Seinsebene zuzurechnen und das Rechtsgut des Wohls des Reichs bzw. heute der äußeren Sicherheit der Republik konstituiert sich dementsprechend nicht aus einem „Normenkomplex“, dies gilt jedoch nicht für die Landesverratsbestimmungen deren Sollensgehalt als Teil des Normenkomplexes nur im rechtsstaatlichen Rahmen liegen kann. Als Teil des Rechts müssen diese Vorschriften unter anderem auch gerecht sein und können deshalb zumindest kein eklatantes Unrecht, sei es auch „nur“ als Geheimnis, schützen.<sup>307</sup>

Die tiefere Ursache des skizzierten Meinungsstreits, so Hugo Sinzheimer, liege in den Antagonismen von Nationalismus und Pazifismus. Nach der ersten in der alten Staatsmoral begründeten Auffassung, umlauerten sich die Staaten „wie eine Rotte von Raubtieren. Jede Vergewaltigung des einen Staates durch den anderen Staat“ sei erlaubt. „Die höchste Staatsaufgabe“ sei „die Ansammlung von Gewaltmitteln für die Durchsetzung des eigenen staatlichen Willens“. Der Pazifismus widerspreche der staatlichen Auffassung in jedem Punkt. Er sei „sich aber bewußt, daß alle Staaten in einer sozialen Gemengelage sich befinden, daß kein Staat und Volk gedeihen kann, ohne das Gedeihen der anderen Staaten und Völker“. Der Pazifismus setze dem „Staa-

---

van Calker, Festgabe Frank II, 245 (261); von Weber, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (197 f.); sowie später H. Arndt, ZStW 66 (1954), 41 (59) m. w. N.

<sup>304</sup> Kantorowicz, DJ II (1926/1927), 92 (97).

<sup>305</sup> von Weber, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (197).

<sup>306</sup> Ebd.; vgl. später auch H. Arndt, ZStW 66 (1954), 41 (59): „Das natürliche Recht des Staates auf Wahrung und Verteidigung seiner Staatsinteressen ist unverzichtbar; die Preisgabe dieses Rechtes würde die Aufgabe des Staates bedeuten.“

<sup>307</sup> Vgl. dazu Kants Publizitätsprinzip und die Radbruchsche Formel, 2. Teil § 1 III. 3. a).

tenegoismus die Idee der rechtlich gesicherten Staatengemeinschaft entgegen.<sup>308</sup> Zur Frage, ob jemand als Landesverräter bestraft werden könne, der Kriegsvorbereitungen öffentlich anprangere, um einen künftigen Krieg zu verhindern, meint Sinzheimer demzufolge: „Die Frage ist zu bejahen, wenn das Staatswohl nationalistisch gedacht wird. Die Frage ist zu verneinen, wenn das Staatswohl pazifistisch gedacht wird.“<sup>309</sup> Zwar richte sich auch der Pazifismus der Form nach auf das Staatswohl aus, allerdings sei „der materielle Gehalt des Staatswohls in beiden Fällen ein verschiedener“.<sup>310</sup>

Was die Abhilfeversuche angeht, die das RG vor einer Veröffentlichung verlangte,<sup>311</sup> wendete Radbruch unter Hinweis auf die mangelnden Erfolgsaussichten eines derartigen Vorgehens ein:

„Nach dieser Auffassung genügt es offenbar, die Gesetzwidrigkeiten einem Abgeordneten brieflich mitzuteilen, um dadurch den ganzen Apparat des Untersuchungsausschusses, des Ministersturzes und der Ministerklage ins Werk zu setzen. Wozu Presseangriffe? Es sind ja ‚Rechtsbehelfe‘ gegeben! Verkannt wird, daß es des Rückhalts an der öffentlichen Meinung bedarf, um so große Aktionen überhaupt einleiten zu können, und daß dieser Rückhalt an der öffentlichen Meinung durch die Presse vorher geschaffen sein muß. Wer glaubt, juristische Behelfe hätten genügt, um das Reichswehrministerium zur Abstellung von Mißständen zu bewegen, der muß die Vorgänge der letzten Jahre in einem beneidenswerten Zustande der politischen Unschuld erlebt haben.“<sup>312</sup>

### c) Reformvorschläge des Schrifttums

Die Beiträge zur Frage der „illegalen“ Staatsgeheimnisse erschöpften sich nicht in der Kritik der Reichsgerichtsrechtsprechung, sondern schlugen konkrete Änderungen der Landesverratsvorschriften vor, die für die heutige Diskussion etwa vor dem Hintergrund der Snowden-Enthüllungen wieder besonders relevant erscheinen.

Ein Vorschlag bestand darin, bereits auf Tatbestandsebene eine Abwägung mit Interessen gesetzlich vorzusehen, die für eine Offenlegung sprechen. Dazu

---

<sup>308</sup> Sinzheimer, DJ III (1927/1928), 196 (200).

<sup>309</sup> Sinzheimer, DJ III (1927/1928), 196 (200); s. auch *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 158; *Kantorowicz*, DJ II (1926/1927), 92 (94): „Die politische Justiz verfolgt mit besonderer Leidenschaft den Pazifismus. Denn die republikanische, die sozialistische, die kommunistische Politik läßt sich, mindestens äußerlich, mit einer nationalistischen vereinigen; der Pazifismus aber ist der unversöhnliche Gegner des Nationalismus.“

<sup>310</sup> von *Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (195), er kontrastiert Pazifismus mit den „Ziele[n] der staatlichen Politik“, ebd.

<sup>311</sup> Siehe oben unter 1. a).

<sup>312</sup> Radbruch, DJ III (1927/1928), 384 (385) = RGA IX, 279 (280); s. auch *Friedensburg*, DJ I (1925/1926), 464 (472).



wollten verschiedene Autoren eine Abwägungsklausel in § 92 RStGB aufnehmen.<sup>313</sup> Danach sollte die Gerichte die widerstreitenden Pflichten oder Interessen gegeneinander abwägen und gegebenenfalls die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens verneinen. Eine derartige „Gesamtbetrachtung“ ist nach der hier favorisierten Interpretation des aktuellen Staatsgeheimnisbegriffs bereits jetzt vorzunehmen; dies wird jedoch überwiegend abgelehnt (s. o. unter I. 4.).

Ferdinand Friedensburg<sup>314</sup> begründete den Vorschlag folgendermaßen:

„Im Volke, und zwar gerade in denjenigen Teilen, auf deren Schultern die politische Aufbauarbeit nach dem Zusammenbruch geruht hat, wird jedenfalls dem richterlichen Ermessen in Prozessen mit politischem Einschlag vielfach das schwerste Mißtrauen entgegengebracht.“<sup>315</sup>

Die „Gefahr des Mißbrauchs der Landesverratsparagrafen zur Deckung reaktionärer Umtriebe“ liege „recht nahe“ und: „Eine Aenderung des Strafbuchentwurfes wird gerade in dieser Hinsicht erfolgen müssen, um zu verhindern, daß eine einseitige Rechtsprechung in Zeiten politischer Erregung jegliche Berichterstattung unmöglich macht.“<sup>316</sup>

Ähnlich äußerte sich Sinzheimer, der meinte, die Landesverratsstatbestände seien durch die Rechtsprechung des RG zu einem Mittel geworden, das freie Kritik an gesetzwidrigen Zuständen unterbinde. Daher führten die Landesverratsvorschriften „dazu, Frivolität, Korruption und Gesetzwidrigkeit zu schützen“.<sup>317</sup>

Friedensburg schlug daher vor, in den Tatbestand des Landesverrats eine Abwägungsklausel aufzunehmen, wie sie bereits für die Verletzung des Amtsgeheimnisses in § 133 E1922/1924/E1925 vorgesehen war. Nach dessen zweitem Absatz handelt „derjenige straflos, der ein Amtsgeheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig abgewogen hat.“<sup>318</sup>

---

<sup>313</sup> *Friedensburg*, DJ I (1925/1926), 464 (471 f.); *ders.*, Vossische Zeitung v. 28.9.1927, Nr. 458, 1 f.; *von Hentig*, Berliner Tageblatt v. 19.4.1927, Nr. 183, S. 1; *Löwenthal*, DJ III (1927/1928), 120 (134).

<sup>314</sup> Dr. Ferdinand Friedensburg (1886–1972), deutscher Politiker (DDP, später CDU).

<sup>315</sup> *Friedensburg*, Vossische Zeitung v. 28.9.1927, Nr. 458, 1.

<sup>316</sup> *Friedensburg*, DJ I (1925/1926), 464 (471 f.); s. auch *ders.*, Vossische Zeitung v. 28.9.1927, Nr. 458, 1 (2); krit. bzgl. der „politischen Justiz“ auch *Kantorowicz*, DJ II (1926/1927), 92 (94). Ablehnend *von Weber*, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (199), weil im Begriff des Staatswohls in § 92 RStGB „der Ausgleich der verschiedenen staatlichen Interessen schon beschlossen [sei], da es die Gesamtheit der Interessen, die im Staate ihren Beziehungspunkt haben, beinhaltet.“

<sup>317</sup> *Sinzheimer*, DJ III (1927/1928), 374 (376).

<sup>318</sup> *Friedensburg*, DJ I (1925/1926), 464 (471 f.); s. auch *ders.*, Vossische Zeitung v. 28.9.1927, Nr. 458, S. 1 f. (2).

In ähnlicher Weise wollte Löwenthal die in § 325 Abs. 3 E1927 (Verrat von Privatgeheimnissen) enthaltene Abwägung in § 92 RStGB übernehmen, wonach straffrei ist, wer ein „Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Interesse überwiegt.“<sup>319</sup>

Für eine Abwägung von „Schweigepflicht“ und „Sprechpflicht“ im Rahmen einer Pflichtenkollision sprach sich Hans von Hentig<sup>320</sup> aus.<sup>321</sup> Vor dem Hintergrund von Presseveröffentlichungen über geheime Rüstungsaktivitäten und Strafverfolgungen der Publizisten meinte er:

„Wenn dagegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts das Schweigegebot des § 92 Absatz 1 als unbedingtes darstellt, so muß eine klare gesetzliche Aenderung zum Ausdruck bringen, daß auch hier die allgemeinen strafrechtlichen Grundsätze über die Pflichtenkollision den Ausschlag zu geben haben. Gegenüber dem Offenbarungsverbot steht das ‚Sprechgebot‘ der Rechtsordnung in solchen wichtigen Fällen, in denen Offenbaren für die allgemeinen Staatszwecke wichtiger und folgenschwerer ist als Schweigen. In bestimmten Fällen muß der Gesetzgeber die Möglichkeit offen lassen, daß der Richter die ‚Sprechpflicht‘ höher bewertet als die Schweigepflicht. Damit würde der volle strafrechtliche Schutz des § 92 Absatz 1 erhalten bleiben, der erhalten bleiben muß. Mit der Funktion dieser Bestimmung als Tarnkappe dunkler, staatsbedrohender Bestrebungen hätte es ein Ende.“<sup>322</sup>

Dazu schlug von Hentig vor, das Wort „unbefugt“ bei der Legaldefinition des Staatsgeheimnisses in § 92 Abs. 1 RStGB (1871) einzufügen, damit die Gerichte die von ihm beschriebene Pflichtenkollision prüfen.

Das Vertrauen, das man derartigen Abwägungsklauseln entgegenbrachte, erscheint vor dem Hintergrund der Reichsgerichtsrechtsprechung etwas verwunderlich. Denn aus den Verurteilungen ging bereits hervor, dass das außenpolitische Interesse aus der Sicht des Gerichts das widerstreitende Interesse am Aufdecken der Rechtsverstöße überwog. Deshalb hätte das RG eventuell nicht anders entschieden, wenn eine tatbestandliche Abwägungsklausel vorgesehen gewesen wäre. Allerdings hätte das Gericht zumindest die gegenläufigen Interessen genauer identifizieren und gewichten müssen. Mit einer allgemein gehaltenen Abwägungsklausel wäre also etwas, aber nicht viel gewonnen. Deshalb sollten Abwägungsklauseln durch Vorrangrelationen und andere Merkmale konkretisiert werden, worauf noch zurückgekommen wird.<sup>323</sup>

---

<sup>319</sup> Löwenthal, DJ III (1927/1928), 120 (134).

<sup>320</sup> Hans von Hentig (1887–1974), deutscher Kriminologe, der als einer der Väter der Kriminalpsychologie und Viktimologie gilt.

<sup>321</sup> von Hentig, Berliner Tageblatt v. 19.4.1927, Nr. 183, 1.; grds. zust., Löwenthal, DJ III (1927/1928), 120 (134).

<sup>322</sup> von Hentig, Berliner Tageblatt v. 19.04.1927, Nr. 183, 1.

<sup>323</sup> Zu strafrechtlichen Abwägungen beim Whistleblowing s. auch Brockhaus, JRE 26 (2018), 429 (443 ff.).

Ein zweiter von Radbruch eingebrachter Vorschlag bestand darin, eine Strafbarkeit ohne eine Abwägung auszuschließen, wenn der Täter Rechtsverstöße zum Zweck ihrer Abstellung aufdeckt. Radbruch erkannte, dass Staatsschutzstrafatbestände mit möglichst wenig Auslegungspotential einer repressiven Justiz in politisch turbulenten Zeiten etwas Einhalt gebieten konnten; wenn auch nur bis zu einer Gesetzesänderung. Er lehnte die Abwägungsmodelle von Friedensburg und Löwenthal daher ausdrücklich ab.<sup>324</sup> Es müsse:

„durch zuverlässige Bestimmungen verhütet werden, daß der Landesverratsbestimmung verfällt, wer sich an die deutsche Öffentlichkeit wendet, um die Abstellung von Gesetzwidrigkeiten zu erzwingen, die ohne Druck nicht zu erreichen ist – durch zuverlässige, d. h. hanebüchen deutliche Bestimmungen, denn allgemein gefaßte Tatbestandsmerkmale genügen nicht, um eine so fest eingewurzelte Rechtsprechung auszuroden.“<sup>325</sup>

Daher schlug er:

„eine Sonderbestimmung vor, nach der von der Strafe des § 93 freibleibt, wer gesetzwidrige Tatsachen bekannt gibt, um ihre Abstellung durch deutsche Behörden herbeizuführen. Eine solche Bestimmung wäre freilich ein dauerndes trauriges Denkmal einer Periode, in der das Recht dazu dienen mußte, das Unrecht zu schützen. Die hier bekämpfte Landesverratspraxis nimmt im Gebiete der politischen Justiz die gleiche Stellung ein wie im Gebiete der Klassenjustiz die Anwendung des Erpressungsparagraphen auf die Androhung einer Arbeitseinstellung. Das tief Erbitternde in beiden Fällen ist, daß hier – moralisch zum mindesten – einwandfreies Verhalten, mit dem Brandmal eines nach der allgemeinen Vorstellung besonders ehrenrührigen Verbrechenstatbestandes versehen wird. Aber schon beginnt jener Mißbrauch der Landesverratsbestimmungen in umgekehrter Richtung zu wirken. Mehr und mehr wird die Bestrafung wegen Landesverrats als eine normale Betriebsgefahr oppositioneller Schriftsteller aufgefaßt, mehr und mehr verliert sie deshalb den ethischen Ernst, der ihr bisher innewohnte. Gerade wer die ernste Auffassung der Landesverratsstrafen gewahrt wissen will, sollte mit uns darum bemüht sein, ihrer Verwendung als politisches Kampfmittel ein Ende zu setzen.“<sup>326</sup>

Löwenthal wollte die Abwägungsklausel und die Absichtslösung in § 92 Nr. 1 RStGB wie folgt miteinander verbinden:

„Wer ein Staatsgeheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtgemäß abgewogen hat, insbesondere, wer gesetzwidrige Tatsachen wahrheitsgemäß zum Zwecke der Beseitigung durch deutsche Behörden bekannt gibt, ist nicht strafbar.“<sup>327</sup>

<sup>324</sup> Radbruch, DJ III (1927/1928), 103 (109) = RGA IX, 262 (268).

<sup>325</sup> Ebd.

<sup>326</sup> Radbruch, DJ III (1927/1928), 103 (110) = RGA IX, 262 (269). Krit. zu diesem Vorschlag: Kantorowicz, DJ II (1926/1927), 92 (99), allerdings mit dem abschließenden Statement: „Nun gilt für die Rechtsprechung der Satz, daß es besser ist, einen Schuldigen laufen zu lassen, als einen Unschuldigen zu verurteilen. Derselbe Satz muß analog auch für die Rechtspolitik gelten. Unter diesen Umständen entscheide ich mich, nicht leichten Herzens, dahin, die Befürwortung des sozialdemokratischen Antrags zu empfehlen.“

<sup>327</sup> Löwenthal, DJ III (1927/1928), 120 (139).

Auch wenn dem Bestreben, eine möglichst rechtssichere Klausel für einen Strafbarkeitsausschluss zu entwickeln, nur beizupflichten ist, sollte diese kein Absichtsmerkmal enthalten. Nach hier vertretener und noch an späterer Stelle weiter begründeter Ansicht ist beim Whistleblowing keine bestimmte Motivation der Handelnden erforderlich, um eine negative rechtliche Sanktion auszu-schließen.<sup>328</sup> Diese Auffassung entspricht den jüngsten Rechtsentwicklungen, wie einige Vorschriften im deutschen Recht<sup>329</sup> und insbesondere die Whistleblowing-Richtlinie der EU zeigen.<sup>330</sup> Wesentlich ist dem hier als Absichtsmodell eingebrachten Vorschlag allerdings, dass Rechtsverstöße strafrechtlich prinzipiell nicht als Geheimnisse geschützt werden sollten, woraus sich – um der noch erfolgenden Stellungnahme vorzugreifen – bereits eine Vorrangrelation ergibt, die eine Abwägungsklausel konkretisieren sollte.

## 2. „Illegale“ Staatsgeheimnisse in der Bundesrepublik

Keiner der progressiven Vorschläge aus der Weimarer Republik vermochte sich durchzusetzen, und so diskutierten Strafrechtswissenschaft und Politik in der jungen Bundesrepublik weiter, ob und inwieweit „illegale“ Staatsgeheimnisse geschützt werden bzw. geschützt werden sollten.

### a) Abgeordnetenprivileg, § 100 Abs. 3 StGB a. F.

Anhand des im Jahr 1951 mit dem Ersten Strafrechtsänderungsgesetz eingeführten § 100 Abs. 3 StGB wurde darüber gestritten, ob „illegalen“ Staatsgeheimnissen nicht bereits *de lege lata* der tatbestandliche Schutz zu verwehren sei.<sup>331</sup> Der als „lex Ossietzky“<sup>332</sup> bezeichnete Absatz lautete:

„Ein Abgeordneter des Bundestages, der nach gewissenhafter Prüfung der Sach- und Rechtslage und nach sorgfältiger Abwägung der widerstreitenden Interessen sich für verpflichtet hält, einen Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes im Bundestag oder in einem seiner Ausschüsse zu rügen, und dadurch ein Staatsgeheimnis öffentlich bekanntmacht, handelt nicht rechtswidrig, wenn er mit der Rüge beabsichtigt, einen Bruch des Grundgesetzes oder der Verfassung eines Landes abzuwehren.“<sup>333</sup>

<sup>328</sup> Siehe im Einzelnen noch 3. Teil § 2 VI.

<sup>329</sup> § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG, § 53 Abs. 5 GwG, § 5 Nr. 2 GeschGehG.

<sup>330</sup> RL (EU) 2019/1937, ErwG 32 a. E.

<sup>331</sup> A. Arndt, Landesverrat, S. 16; ders., NJW 1966, 25 (25 f.); Löffler, Presserecht (1955), S. 532 f.; Jagusch, in: LK, 8. Aufl., § 100 Anm. I 4. lit. b) Abs. 3; a. A. H. Arndt, ZStW 66 (1954), 41 (58 ff.); Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., S. 551; Schafheutle, JZ 1951, 609 (617), leitet aus der Vorschrift ab, dass die Mitteilung „illegaler“ Staatsgeheimnisse zwar nicht gegenüber einem Mitglied eines Parlaments strafbar ist, gegenüber der Öffentlichkeit jedoch schon.

<sup>332</sup> So etwa A. Arndt, a. a. O.; Jescheck, Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis, S. 9.

<sup>333</sup> Vgl. den gleichlautenden § 99a StGB, in: BT-Drs. V/102, S. 2.

Zum Teil wurde daraus abgeleitet, dass Informationen über Verstöße gegen die verfassungsmäßige Ordnung bereits tatbestandlich nicht als Staatsgeheimnis geschützt seien.<sup>334</sup> Der Rechtfertigungsgrund enthalte eine Irrtumsregelung, für den Fall, in dem ein Mitglied des Bundestages ein legales Staatsgeheimnis in der irrigen Annahme bekanntgibt, es liege ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung vor. Daraus folgerte man, dass tatsächlich „illegale“ Staatsgeheimnisse strafatbestandlich nicht geschützt seien, weshalb „niemand eine Rechtfertigung dafür benötigt, eine rechtswidrige Tatsache zu veröffentlichen“.<sup>335</sup>

Nach anderer Ansicht sollte der Rechtfertigungsgrund hingegen nur bei tatsächlich vorliegenden Verfassungsverstößen anwendbar sein.<sup>336</sup>

Wieder andere meinten, die Frage, ob „illegale“ Staatsgeheimnisse strafatbestandlich geschützt seien oder nicht, lasse sich nicht allein mit Hilfe des Gesetzestextes entscheiden.<sup>337</sup> Die Gesetzgebungsmaterialien zum ersten Strafrechtsänderungsgesetz waren allgemein wenig ergiebig und boten keine eindeutige Antwort auf diese Frage.<sup>338</sup> Adolf Arndt machte allerdings geltend, dass das Gesetz auf der gemeinsamen Überzeugung aller demokratischen Fraktionen zustande gekommen sei, „daß in einem freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat etwas Rechtswidriges niemals schutzwürdig und deshalb nicht geheimhaltungs-erforderlich sein könne.“<sup>339</sup>

In der weiteren Reformdiskussion hielt die Große Strafrechtskommission, die den 1962 eingebrachten Entwurf eines StGB ausarbeitete, § 100 Abs. 3 StGB für überflüssig, denn parlamentarische Äußerungen seien bereits nach Art. 46 Abs. 1 GG straflos.<sup>340</sup> Demgegenüber wurde mit § A 18 Abs. 2 AE-StGB, eine abgewandelte Privilegierung für Abgeordnete vorgeschlagen, um

<sup>334</sup> A. Arndt, a. a. O., S. 16; *ders.*, NJW 1966, 25 (25 f.); Löffler, Presserecht (1955) S. 532; Jagusch, in: LK, 8. Aufl., § 100 Anm. I 4. lit. b) Abs. 3.

<sup>335</sup> A. Arndt, a. a. O., S. 16.

<sup>336</sup> Welzel, JZ 1955, 142 (144).

<sup>337</sup> W. Wagner, ZStW 75 (1963), 393 (402); Stratenwerth, Publizistischer Landesverrat, S. 45 Fn. 59; s. auch von Weber, MDR 1951, 517 (519). Der BGH meinte im Pätsch-Urteil, aus dem Wortlaut und der Historie der Landesverratsvorschriften ergebe sich keine Klarheit, ob „illegale“ Staatsgeheimnisse strafatbestandlich geschützt werden, BGHSt 20, 342 (361) = juris Rn. 221. Er bejahte dies jedoch anhand des Sinn und Zwecks der Landesverratsvorschriften unter Einbeziehung der Grundrechte und der Werteordnung des GG, ebd. S. 361 ff. = juris Rn. 221 ff.

<sup>338</sup> A. Arndt, *Landesverrat*, S. 15, bei den Reformberatungen bzgl. der Landesverratsvorschriften führte die Unterkommission des Rechtsausschusses des Bundestags kein Protokoll.

<sup>339</sup> Ebd., S. 17; *ders.*, NJW 1966, 25 (25 f.), er verweist auf „die eindeutigen Erklärungen in der 160. Sitzung des (1.) Bundestages am 11.7.1951“, S. 26 Fn. 4; so auch, W. Wagner, ZStW 75 (1963), 393 (402).

<sup>340</sup> BT-Drs. IV 650, S. 573. Die Frage, ob aus § 100 Abs. 3 StGB abzuleiten war, dass „illegale“ Staatsgeheimnisse strafatbestandlich nicht geschützt werden, wird dort nicht beantwortet.

eine Teilnahmestrafbarkeit von Informanten und Journalisten auszuschließen.<sup>341</sup> Diese Privilegierung fand im Achten Strafrechtsänderungsgesetz von 1968<sup>342</sup> keine Berücksichtigung. Stattdessen wurde das kurzlebige Abgeordnetenprivileg aus § 100 Abs. 3 StGB (1951) ersatzlos gestrichen.

In den letzten Jahren hat sich die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen in Reaktion auf die Snowden-Enthüllungen dafür ausgesprochen, eine analoge Regelung (wieder-)einzuführen. Deren Entwurf eines Whistleblower-Schutzgesetzes aus dem Jahr 2014 sieht einen § 97d StGB mit folgendem Inhalt vor:

„Ein Abgeordneter des Deutschen Bundestages, der einen durch konkrete Anhaltspunkte begründeten Verdacht gewonnen hat, dass ein Verstoß gegen die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes oder eines Landes vorliegt und er diesen im Bundestag oder in einem seiner Ausschüsse rügt, und dadurch ein Staatsgeheimnis offenbart, handelt nicht rechtswidrig.“<sup>343</sup>

Ein Vorzug der vorgeschlagenen Regelung besteht darin, dass keine Abwägung vorzunehmen und damit eine Strafbarkeit rechtssicher ausgeschlossen wäre. Zudem würde nicht nur der Whistleblower, sondern auch ein Mitglied des Bundestages – gewissermaßen in einer Art Vorabverfahren<sup>344</sup> – die Legitimität der Offenlegung prüfen. Allerdings sollte nach den hier noch unter VII. vorgeschlagenen Rechtsänderungen und auch nach dem jüngeren Entwurf der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen aus dem Jahr 2018<sup>345</sup> in Fällen, in denen o. g. Klausel erfüllt ist, bereits die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen sein.

Zusätzlich sollte klargestellt werden, dass Whistleblower Tatsachen nicht an einen Unbefugten gelangen lassen (s. etwa § 94 Abs. 1 Nr. 2 StGB), wenn sie Informationen bezüglich Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung an ein Mitglied des Bundestages weitergeben.

#### *b) Schrifttum: Kein Schutz „illegaler“ Geheimnisse*

Die Literatur plädierte in den 1950er und 1960er Jahren teilweise dafür, Rechtsverstöße *per se*, zumindest prinzipiell oder jedenfalls Verfassungsverstöße nicht als Staatsgeheimnisse zu schützen. Adolf Arndt meinte, „Tatsachen, die im Widerspruch zum Grundgesetz“ stehen, könnten „ihrem Wesen

---

<sup>341</sup> AE-StGB BT polit. StrafrR, Zu § A 18, S. 71. Art. 46 Abs. 1 GG ist nur ein persönliches Strafverfolgungshindernis. Wenn die Tatbestandsmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit der Tat gegeben sind, liegt also eine teilnahmefähige Haupttat im Sinne der §§ 26, 27 Abs. 1 StGB vor.

<sup>342</sup> BGBl. I, S. 741.

<sup>343</sup> BT-Drs. 18/3039, Art. 5 Nr. 4, S. 7.

<sup>344</sup> Siehe dazu auch schon die Überlegungen unter III. 2.

<sup>345</sup> BT-Drs. 19/4558, Art. 5.

nach niemals geheimhaltungspflichtig sein“.<sup>346</sup> Jürgen Baumann und Günter Stratenwerth wollten die Grenze schon bei einem einfachen Gesetzesverstoß ziehen.<sup>347</sup>

Die Frage, ob ein Staatsgeheimnis vorliege, sei, so Baumann, „eine politische und keine rechtliche Frage“. Sie lasse sich „mit Hilfe der Verfassung und mit Hilfe der Gesetze nicht entscheiden“. Der rechtliche normative Maßstab könne nur negativ eingesetzt werden, indem „politische Entscheidungen dann außer Betracht bleiben, wenn sie gegen Rechtsnormen verstoßen.“<sup>348</sup> Bürger und Richter hätten nur legale politische Entscheidungen zu respektieren.<sup>349</sup> Der Fall *Ossietzky* habe indes gezeigt, dass Einzelne durchaus im Stande seien, die Rechtswidrigkeit eines Staatsaktes zu erkennen.<sup>350</sup> Zudem habe in allen einschlägigen Fällen ein evidenter Rechtsverstoß vorgelegen.<sup>351</sup> Baumann forderte deshalb eine „ausdrückliche Vorschrift im Gesetz“, um Streitigkeiten darüber zu beseitigen, ob die Bestimmung des Staatsgeheimnisses „einer rein machtpolitischen oder einer normativen Beurteilung unterliegt“.<sup>352</sup> Informationen bezüglich Rechtsverstößen sollten nur unter außergewöhnlichen Umständen als Staatsgeheimnis geschützt werden, beispielsweise wenn die Bekanntgabe der Rechtswidrigkeiten einen Atomkrieg gegen die BRD provozieren würde. Deshalb schlug er einen Tatbestand mit einer Rückausnahme vor, nach dem Informationen bezüglich Rechtsverstößen grundsätzlich nicht geschützt werden, „es sei denn, daß die Bekanntgabe höherrangige legitime Gemeininteressen verletzt.“<sup>353</sup>

In ähnlicher Weise vertrat Stratenwerth, dass die Geheimhaltung eines „illegalen“ Staatsgeheimnisses nur ausnahmsweise geboten sein könne.

„Berechtigt ist vielmehr nur die – nach dem Prinzip der Güterabwägung an sich selbstverständliche – Folgerung, daß die Offenbarung des illegalen Geheimnisses kein höherwertiges Interesse verletzen darf.“<sup>354</sup>

Danach soll das Aufdecken „illegaler“ Staatsgeheimnisse prinzipiell zulässig und nur im Ausnahmefall strafbar sein, nämlich „mit Rücksicht auf schwererwiegende [sic!] (legitime!) Gemeininteressen.“<sup>355</sup>

---

<sup>346</sup> So MdB Dr. Adolf Arndt im Rechtsausschuss 1951, Protokoll Nr. 117 v. 25.6.1951, zit. nach A. Arndt, Landesverrat, S. 15; s. auch *ders.*, NJW 1963 465 (467).

<sup>347</sup> Baumann, JZ 1966, 329 (334 f.); Stratenwerth, Publizistischer Landesverrat, S. 46, bei einem „offensichtlich rechtswidrige[n] Hoheitsakt“.

<sup>348</sup> Baumann, JZ 1966, 329 (335).

<sup>349</sup> Ebd.

<sup>350</sup> Baumann, JZ 1966, 329 (335).

<sup>351</sup> Ebd.

<sup>352</sup> Ebd.

<sup>353</sup> Baumann, JZ 1966, 329 (335).

<sup>354</sup> Stratenwerth, Publizistischer Landesverrat, S. 47.

<sup>355</sup> Ebd.

## c) Alternative Legaldefinitionen „illegaler“ Staatsgeheimnisse

Auch der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion und der akademische Alternativ-Entwurf schlugen vor, die „illegalen“ Staatsgeheimnisse in einer Weise legal zu definieren, die über den im Jahr 1968 beschlossenen § 93 Abs. 2 StGB hinausgeht und den Kreis der geschützten Geheimnisse enger gezogen hätte.

Die SPD wollte dies „im Interesse der Rechtsstaatlichkeit und der Rechtssicherheit“<sup>356</sup> mit § 99 Abs. 5 StGB ihres Entwurfs aus dem Jahr 1965 erreichen: „Staatsgeheimnisse sind nicht Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die zur verfassungsmäßigen Ordnung des Bundes oder eines Landes in Widerspruch stehen.“<sup>357</sup>

Der Vorzug dieser Regelung besteht darin, dass ohne eine gerichtliche Abwägung feststeht, was kein Staatsgeheimnis ist. Es stellt sich allerdings die Frage, ob es nicht doch marginale Verletzungen von Verfassungsvorschriften geben könnte, deren Offenlegung weitaus schwerer wiegende Schäden nach sich zieht. Zudem sollten nicht nur Verfassungsverstöße, sondern auch andere schwere Rechtsverstöße prinzipiell nicht als Staatsgeheimnisse geschützt werden.

Nach dem eben Gesagten reicht die folgende Legaldefinition der „illegalen“ Staatsgeheimnisse, die mit § 18 Abs. 1 AE-StGB vorgeschlagen wurde, nicht weit genug.<sup>358</sup> „Die Mitteilung von Maßnahmen oder Vorgängen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung verstoßen (illegales Staatsgeheimnis), erfüllt nicht die Tatbestände der §§ A 15, A 16 und A 17 Nr. 2.“<sup>359</sup>

Im Gegensatz zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung wurde der Gedanke der Völkerverständigung nicht in § 93 Abs. 2 StGB aufgenommen. Er sollte auch „Verstöße gegen die, über Art. 25 GG transformierten, allgemeinen Regeln des Völkerrechts als auch die in Art. 26 GG umschriebenen Friedensstörungen“ vom Geheimnisschutz ausnehmen.<sup>360</sup>

---

<sup>356</sup> BT-Drs. V/102, S. 8.

<sup>357</sup> BT-Drs. V/102, S. 2. „Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehören alle Verfassungsnormen.“ S. 8.

<sup>358</sup> AE-StGB BT polit. StrafR.

<sup>359</sup> Das Mitteilen „illegaler“ Staatsgeheimnisse sollte nicht ganz von der Strafbarkeit ausgenommen sein. Wer ein „legales“ oder „illegales“ Staatsgeheimnis „an eine fremde Macht oder an einen ihrer Mittelsmänner gelangen läßt“ sollte sich gem. § 17 Nr. 1 AE-StGB strafbar machen. Zudem kam auch eine Strafbarkeit wegen Spionage gem. § 20 AE-StGB in Betracht.

<sup>360</sup> AE-StGB BT polit. StrafR, Zu § A 18, S. 69. Eingehend zu dieser Ausnahme bereits, *Wegner*, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht.



## V. Loyalität im Staatsbürgerverhältnis

Bevor auf der Grundlage der bisherigen Überlegungen Reformvorschläge zur aktuellen Rechtslage eingebracht werden, ist zunächst noch die Frage zu beantworten, inwiefern das Staatsbürgerverhältnis zu Loyalität und subsequent zur Geheimhaltung staatlicher Geheimnisse verpflichtet. Das RG hatte den „publizistischen Landesverrätern“ vorgeworfen, ihre staatsbürgerliche, naturrechtlich begründete Treuepflicht gegenüber dem eigenen Land zu verletzen, wenn sie „illegale“ Staatsgeheimnisse offenlegen, anstatt sich an staatliche Stellen zu wenden.<sup>361</sup> Eine solche Pflicht aus dem Naturrecht herleiten zu wollen, erscheint obrigkeitsstaatlichem Denken verhaftet und unzeitgemäß. Genauso wenig ergibt sich eine derartige Pflicht aus dem grundgesetzlichen Staatsbürgerverhältnis (Art. 33 Abs. 1 GG). Vielmehr begründet dieses eine Pflicht, Verstöße gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu unterlassen.<sup>362</sup> Zudem wird der strafrechtliche Schutz von Staatsgeheimnissen heute über den Schutz des Rechtsguts der äußeren Sicherheit konzipiert und nicht wie im Nationalsozialismus (s. o. unter § 3 VI.) über eine Treuepflichtverletzung.

Im Gegensatz dazu wird in den USA unter dem Begriff „patriotische Loyalität“ oder schlicht „Patriotismus“ eine staatsbürgerliche Geheimhaltungspflicht diskutiert.<sup>363</sup> Diese Begriffe schillern allerdings sehr stark. Je nach politischer Überzeugung wird Whistleblowing von Staatsgeheimnissen entweder als Akt patriotischer Illoyalität oder gerade als Ausweis patriotischer Loyalität

---

<sup>361</sup> RG, Urt. v. 28.8.1923 – 7J69/23 (*Oehme*), UA S. 15, zit. nach *Hanten*, Publizistischer Landesverrat, S. 86; RGSt 62, 65 (67) (*Küster/Jacob Salomon*), dazu bereits unter IV. 1. a).

<sup>362</sup> *A. Arndt*, Landesverrat, S. 24: „Die Schwierigkeiten in unserem Recht rühren zum erheblichen Teil daher, daß der Staat nicht real und demokratisch als die rechtlich verfaßte freie Gesellschaft, sondern als eine von der Obrigkeit irrational verkörperte ‚Person‘ gedacht wurde. Nach wie vor wird also von der Strafvorschrift gegen Landesverrat eine Treuepflicht vorausgesetzt, wenn auch eine in ihrem sittlichen Gehalt auf einer gewandelten Staatsräson und Staatsethik beruhende Treue.“ Und S. 26: „Der Begriff des Landesverrats ist nicht denkbar ohne eine ihm vorgegebene Treuepflicht, die heute eine Treue zu den staatsbegründenden Grundwerten ist“.

<sup>363</sup> *Delmas*, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (87). Der Begriff Patriotismus ist in den USA eher positiv konnotiert, wird aber auch dort kritisch betrachtet, z. B. weist *Delmas*, A Duty to Resist, S. 220, darauf hin, dass der 45. US-Präsident, Donald Trump, den Tag seiner Inauguration zum „National Day of Patriotic Devotion“ erklärte. Statt Patriotismus schlägt *Delmas* Kosmopolitismus als bürgerliche Tugend vor. Krit. auch *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (292): „the mystique and cultural importance of patriotism make critique much harder to interpose, and much easier to ignore“. Vgl. auch *Fletcher*, Loyalty, S. 62: „For Americans, the term ‚patriot‘ rings with greater resonance than does ‚loyalist‘.“ Sowie krit. ggü. folgendem Trend: „it has become chic to downplay the loyalties traditionally inherent in citizenship“, S. 41.

bewertet.<sup>364</sup> Dass Whistleblowern die Verletzung einer Loyalitäts- bzw. Treuepflicht zur Last gelegt wird, zeige sich darin, dass sie wegen Verrats (*treason*) angeklagt werden. Denn ein Verrat setze den Bruch einer solchen Pflicht voraus. Diese leite sich aus dem Staatsbürgerverhältnis ab, das nur Bürgerinnen und Bürger zu Loyalität gegenüber dem eigenen Staat verpflichte.<sup>365</sup> Der Inhalt einer solchen Pflicht wird über den Begriff des Patriotismus entwickelt, der sich durch vier Merkmale auszeichne: Eine besondere Verbundenheit und Identifikation mit dem eigenen Land sowie die Sorge um das Wohl des Landes und die damit verbundene Bereitschaft zur Selbstaufopferung.<sup>366</sup> Als unpatriotisch oder illoyal gilt, wer in Konflikten auf die Seite des Feindes wechselt.<sup>367</sup> Patriotismus wird jedoch nicht als Konformismus verstanden, vielmehr könne eine patriotische Handlung auch in einer gegen dominierende Ansichten geäußerten Kritik oder in einem Gesetzesverstoß zum Ausdruck kommen.<sup>368</sup> Edward Snowden betonte etwa, dass er sich durch die Enthüllungen nicht bereichert und auch nicht mit anderen Staaten kooperiert habe, um seine Sicherheit zu gewährleisten. Es sei ihm allein darum gegangen, die Vereinigten Staaten und ihre Verfassung zu schützen.<sup>369</sup> Snowden bezeichnete sich deshalb als Patriot, was US-Präsident Barak Obama zurückwies.<sup>370</sup> *Prima facie* ist diese unterschiedliche Bewertung des *government* oder *state secrecy whistleblowing* auf divergente politische Auffassungen zurückzuführen.<sup>371</sup> Es werden zwei unterschiedliche Begriffe patriotischer Loyalität verwendet, denen verschiedene

---

<sup>364</sup> Delmas, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (78).

<sup>365</sup> Ebd.

<sup>366</sup> Nathanson, Patriotism, Morality, and Peace, S. 134; Fletcher, Loyalty, S. 62: „Patriotism expresses a romantic passion for the people and culture, the flora and fauna, of a particular polity. And significantly, patriots do put their country above established legal authority.“

<sup>367</sup> Fletcher, Loyalty, S. 8; vgl. auch den englischen Wahlspruch: „Right or wrong – my country!“

<sup>368</sup> Delmas, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (87); S. Keller, Ethics 115 (2005), 563 (573 f.). Der Wahlspruch der American Civil Liberties Union lautet etwa: „dissent is patriotic“, Delmas, A Duty to Resist, S. 221.

<sup>369</sup> Snowden, Statement am Flughafen Moskau Scheremetjewo v. 12.7.2013.

<sup>370</sup> Delmas, A duty to resist, S. 221; so auch Daniel Ellsberg (der Whistleblower der *Pentagon Papers*) und Oliver Stone (ein US-amerikanischer Regisseur); vgl. auch Nathanson, NYT v. 13.8.2013, S. A22: „Mr. Snowden has certainly made a significant personal sacrifice, and there is so far no evidence that he was motivated by anything other than concern for his country.“

<sup>371</sup> Vgl. etwa Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 268: „Die politische Gesinnung, der Patriotismus überhaupt, als die in Wahrheit stehende Gewißheit (bloß subjektive Gewißheit gehet nicht aus der Wahrheit hervor und ist nur Meinung)“. Diese Gesinnung bezeichnet er als „Zutrauen“ und definiert es als „Bewußtsein, daß mein substantielles und besonderes Interesse im Interesse und Zwecke eines Andern (hier des Staats) als im Verhältnis zu mir als Einzelnen bewahrt und enthalten ist“. Dieses Zutrauen sei „nur Resultat der im Staate bestehenden Institutionen, als in welchem die Vernünftigkeit wirklich vorhanden

Loyalitätsobjekte zugrunde liegen. Für das eine, staatstragende Verständnis, ist die Treue oder Loyalität gegenüber den staatlichen Institutionen und ihrer Führung maßgeblich, während nach dem anderen Verständnis das Wohl des Landes insgesamt und seine Verfassung den Bezugspunkt bilden.<sup>372</sup> Während das erste Verständnis für das Beamtenverhältnis von Bedeutung ist, da es die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen sichert, ist für das Staatsbürgerverhältnis allein das zweite Verständnis maßgeblich.

In Deutschland wird der Begriff Patriotismus, insbesondere vor dem Hintergrund nationalistischer Beschwörungsformeln wie der „Treue zum Vaterland“, zu Recht mit Skepsis behandelt. Diese Skepsis bestätigt sich in den folgenden Erwägungen, denn auch wenn das Staatsbürgerverhältnis in der bundesrepublikanischen Rechtsordnung vom Gedanken der Loyalität nicht völlig losgelöst ist, lassen sich abgesehen von der Steuerpflicht kaum konkrete Verhaltenserwartungen aus ihr begründen.

Zunächst erscheint Loyalität gegenüber dem eigenen Land als eine innere Haltung, die schon wegen der Unverletzlichkeit des weltanschaulichen Bekenntnisses (Art. 4 Abs. 1 GG) kaum geeignet ist, eine Rechtspflicht zu begründen. Inwieweit sich Menschen zu Loyalität gegenüber dem eigenen Land verpflichtet fühlen, hängt maßgeblich von ihren individuellen Erfahrungen mit staatlichen Institutionen ab. Wer etwa in prekären Verhältnissen aufwächst und aufgrund seiner sozialen, geographischen oder religiösen Herkunft Diskriminierungen durch den Staat erfährt, wird sich weit weniger zu Loyalität verpflichtet fühlen, als eine Person, die in erster Linie positive Erfahrungen gemacht, etwa von staatlichen Leistungen besonders profitiert hat. Dementsprechend werden aus Art. 33 Abs. 1 GG, der das „staatsbürgerliche Rechtsverhältnis“ begründet und nach welchem „jeder Deutsche [...] die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten“ hat, keine allgemeine Treuepflicht, sondern nur spezifische und gesetzlich geregelte Pflichten abgeleitet, etwa die Steuerpflicht und die (inzwischen abgeschaffte) Wehrpflicht.<sup>373</sup>

Außerdem kann das Staatsbürgerverhältnis, wenn es durch die Geburt entsteht, keine hohen Loyalitätserwartungen begründen, weil sich ein Mensch durch sein Geborenwerden nicht zu einem Staat bekennt. Während Arbeits- und Beamtenverhältnis durch freiwillige Erklärungen eingegangen werden und

---

ist, so wie sie durch das ihnen gemäße Handeln ihre Betätigung erhält.“ Patriotismus bzw. Zutrauen kann danach nicht erwartet werden, wenn sich die staatlichen Institutionen selbst unvernünftig bzw. unrechtmäßig verhalten. Vgl. *ders.*, Philosophische Enzyklopädie für die Oberklasse, § 196, gegen einen blinden Gehorsam der Bürger gegenüber Staat und Regierung.

<sup>372</sup> Mit vergleichbarer Unterscheidung, *Delmas*, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (88). Wobei allein das Eintreten für die Verfassung einen hinreichend konkreten normativen Maßstab bietet, um ein Verhalten als patriotisch zu bewerten. Dass der Begriff des Wohls weitaus weniger gut geeignet ist, wurde bereits festgestellt, s. § 4 I. 5. a).

<sup>373</sup> Siehe etwa *Badura*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 33 Rn. 9.

aus diesen performativen Handlungen nach der tradierten Rechtsansicht die Loyalitätsbeziehung oder das Treueverhältnis entsteht, wird das Staatsbürgerverhältnis in der Regel kraft Geburt begründet. Weil es bei der kontingenten Situation der Geburt an einer Entscheidung und nachgehenden Erklärung des Neugeborenen fehlt, können aus dem Staatsbürgerverhältnis nur schwache, symbolische und kaum rechtliche Loyalitäts- oder Treuepflichten erwachsen.<sup>374</sup>

Neben der erwähnten Steuerpflicht besteht wegen des Staatsbürgerverhältnisses die Pflicht, alle gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung gerichteten Bestrebungen zu unterlassen.<sup>375</sup> Diese Pflicht kommt etwa darin zum Ausdruck, dass Grundrechte nach Art. 18 GG verwirkt, wer sie „zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung mißbraucht“.<sup>376</sup> Zudem zeigt sie sich in Vorschriften, die es erlauben, gegen derartige Bestrebungen vorzugehen. Neben dem Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG ist dabei auch § 93 Abs. 2 StGB zu nennen, nach welchem Informationen bezüglich derartiger Aktivitäten grundsätzlich nicht als Staatsgeheimnisse geschützt sind und folglich offengelegt werden dürfen. Weiterhin müssen sich Erwachsene, die die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzen, sie aber erlangen wollen, durch eine „Loyalitätserklärung“<sup>377</sup> gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 StAG „zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes“ bekennen.

Schließlich wird der strafrechtliche Schutz von Staatsgeheimnissen in Deutschland nicht über eine Verletzung staatsbürgerlicher Pflichten, sondern als Rechtsgüterschutz konzipiert.<sup>378</sup> Die für das US-Recht aufgestellte Behauptung, eine Anklage wegen Verrats setze den Bruch einer Treue- oder Loyalitätspflicht voraus, trifft auf das deutsche Strafrecht nicht zu. Denn auch wenn dies der Begriff der Landesverratsvorschriften nahelegt und rechtshistorisch der Treuebruch gegenüber dem eigenen Land zentral gewesen sein mag, ist für die Verratsstraftatbestände des StGB inzwischen allein die Gefährdung des Staates und seiner demokratischen Einrichtungen bzw. der äußeren Sicherheit

---

<sup>374</sup> Vgl. *de Lagasnerie*, Die Kunst der Revolte, S. 129, bzgl. Edward Snowden. In dessen Fall ist aber nicht nur der staatsbürgerliche, sondern auch der beamtenrechtliche und nicht-kontingente, freiwillig eingegangene Status als Angehöriger des öffentlichen Dienstes bzw. Auftragnehmer der Regierung zu berücksichtigen.

<sup>375</sup> Im Kontext der Landesverratsvorschriften bereits *A. Arndt*, Landesverrat, S. 26.

<sup>376</sup> Verwirkt werden kann etwa das staatsbürgerliche Grundrecht des Art. 8 Abs. 1 GG.

<sup>377</sup> So bezeichnet in: Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum StAG v. 1.6.2015, S. 24. Die Erklärung erstreckt sich auch auf die auswärtigen Belange der BRD.

<sup>378</sup> Letztlich auch nicht in der Konzeption des NS-Gesetzgebers. Zwar drohte nach der „Verratsnovelle“ aus dem Jahr 1934 allein Deutschen die Todesstrafe und Ausländern „nur“ lebenslange Zuchthausstrafe (§§ 88 Abs. 2, 89 Abs. 1 RStGB, s. bereits unter § 3 VI. 1.; wäre jedoch allein der Treuebruchgedanke maßgeblich, hätten Ausländer nicht wegen Landesverrats bestraft werden können.

der Bundesrepublik maßgeblich.<sup>379</sup> Dementsprechend sind die in den §§ 93 ff. StGB geregelten Straftatbestände Allgemeindelikte, die auch von Personen begangen werden können, die die deutsche Staatsangehörigkeit nicht besitzen. Eine Strafbarkeit wegen Landesverrats ist deshalb nicht „von der Verletzung staatsbürgerlicher Treuepflichten“ abhängig.<sup>380</sup> Treue gegenüber der Bundesrepublik, die nur von Deutschen erwartet werden kann, entscheidet folglich nicht über die (Straf-)Rechtswidrigkeit der Offenlegung eines Staatsgeheimnisses, sondern kann allenfalls noch bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.<sup>381</sup>

## VI. Die Straftatbestände der §§ 94–100a StGB

In den §§ 94 bis 100a StGB sind die verschiedenen Straftatbestände des Abschnitts „Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit“ geregelt.<sup>382</sup> Wer Staatsgeheimnisse vorsätzlich aufdeckt, kann sich wegen Landesverrats (§ 94 StGB) oder des Offenbarens von Staatsgeheimnissen (§ 95 StGB) strafbar machen. Als Vorbereitungshandlungen werden die landesverräterische Ausspähung (§ 96 Abs. 1 StGB) und das Auskundschaften von Staatsgeheimnissen (§ 96 Abs. 2 StGB) mit Strafe bedroht. Die dritte Kategorie bilden die Fahrlässigkeitstatbestände (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 StGB). Mit § 97a StGB wird außerdem mit Strafe bedroht, wer ein „illegales“ Staatsgeheimnis einer fremden Macht mitteilt. Geht der Täter irrig von einem solchen Geheimnis aus, kommt eine Strafbarkeit aus § 97b StGB in Betracht. Eine Strafbarkeit von Whistleblowern wegen der letzten Straftatbestände des Abschnittes (§§ 98 ff. StGB), wie die Agententätigkeiten für fremde Mächte, kommt hingegen kaum in Betracht.

### 1. Landesverrat gemäß § 94 StGB

Das in § 94 StGB geregelte Verbrechen des Landesverrats umfasst drei Tatvarianten: Das Mitteilen an eine fremde Macht oder einen ihrer Mittelsmänner,<sup>383</sup>

<sup>379</sup> Auf diesen Wandel in der deutschen Rechtsordnung weist bereits *Fletcher*, *Loyalty*, S. 59, hin.

<sup>380</sup> BGH, NJW 1993, 3147 (3149) m. w. N.

<sup>381</sup> Etwa als unbenannter Strafzumessungsgesichtspunkt i. S. d. § 46 Abs. 2 StGB.

<sup>382</sup> Zudem sind in § 101 StGB mögliche „Nebenfolgen“ geregelt. Für Whistleblower ist bedrohlich, dass das Gericht die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, aberkennen kann. Zudem können Gegenstände eingezogen werden, die Staatsgeheimnisse sind, § 101a S. 1 Nr. 2 StGB.

<sup>383</sup> Damit sind in erster Linie Regierungen anderer Länder gemeint. Es kann sich auch um Regierungen verbündeter Staaten der EU oder der NATO handeln. Auch Akteure, die faktisch staatliche Macht ausüben, wie etwa der sog. Islamische Staat in Teilen Syriens und dem Irak in den Jahren 2014 und 2015, *Paeffgen*, in: NK § 93 Rn. 22. Abgelehnt wird die

das sonst an einen Unbefugten Gelangenlassen und das öffentliche Bekanntmachen eines Staatsgeheimnisses. Der subjektive Tatbestand verlangt eine Benachteiligungsabsicht zu Lasten der Bundesrepublik Deutschland, oder die Absicht, eine fremde Macht zu begünstigen.

Whistleblower wenden sich regelmäßig an die Presse und andere Medien wie Enthüllungsplattformen oder Blogs, weshalb in erster Linie die zweite Tatvariante in Betracht kommt. Als „Unbefugter“<sup>384</sup> gilt, wem gegenüber der Täter nicht berechtigt oder verpflichtet ist, das Staatsgeheimnis offenzulegen.<sup>385</sup> Nach dem Willen der Gesetzgebung und Teilen der Literatur sind Bundestagsabgeordnete befugt, Staatsgeheimnisse entgegenzunehmen.<sup>386</sup>

Im Schrifttum wird einschränkend vertreten, Mitglieder des Bundestages seien dazu nicht *per se* befugt,<sup>387</sup> sondern nur wenn ihnen gegenüber Auskunftsrechte oder -pflichten bestehen, etwa wenn die Bundesregierung dem Bundestag gegenüber wegen des parlamentarischen Frage- und Interpellationsrechts oder nach dem Recht der Untersuchungsausschüsse zur Auskunft verpflichtet ist.<sup>388</sup> Mitglieder des Bundestages bzw. die jeweils zuständigen Ausschüsse des Bundestages sind außerdem prinzipiell befugt, Staatsgeheimnisse entgegenzunehmen, wenn eine Person von ihrem Petitionsgrundrecht aus Art. 17 GG Gebrauch macht.<sup>389</sup> Die Ausschüsse werden gemäß § 12 GO-BT im Verhältnis der Stärke der einzelnen Fraktionen besetzt und bilden damit die demokratischen Mehrheitsverhältnisse des Bundestages ab. Die Fraktionen entsenden prinzipiell Personen in die Ausschüsse, die bezüglich der jeweiligen Materie besonders sachkundig sind. Die Ausschüsse tagen grundsätzlich nicht öffentlich, § 69 Abs. 1 S. 1 GO-BT, weshalb sie im Geheimen beraten können, wie mit gemeldeten Missständen umzugehen ist.

---

Erfüllung des Merkmals bei rein kriminellen Organisationen wie der Mafia; bei Terrororganisationen soll es darauf ankommen, ob sie als „politische Kräfte mit regionalem oder überregionalem Gestaltungswillen“ agieren.

<sup>384</sup> Dieses Merkmal enthalten: §§ 94 Abs. 1 Nr. 2, 95 Abs. 1, 97 Abs. 1, Abs. 2 StGB.

<sup>385</sup> *Paeffgen*, in: NK § 94 Rn. 16.

<sup>386</sup> Das Abgeordnetenprivileg in § 100 Abs. 3 StGB a. F. (dazu o. unter IV. 2. a)) wurde zwar durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz gestrichen, jedoch heißt es in der Begründung: „Die Straflosigkeit der Äußerungen eines Abgeordneten in den parlamentarischen Gremien ergibt sich in den nicht von § 93 Abs. 2, § 97b AF erfaßten Fällen aus Art. 46 Abs. 1 GG, § 11 StGB. Die den Abgeordneten in diesen Fällen übermittelten Informationen erfüllen nicht den Tatbestand der Landesverratsvorschriften, da der Abgeordnete nicht als Unbefugter im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist.“ BT-Drs. V/2860, S. 17; *Thiele*, DÖD 1985, 147; krit. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II § 85 Rn. 37.

<sup>387</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK § 94 Rn. 4a.; *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* § 94 Rn. 6; *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 94 Rn. 9; *Paeffgen*, in: NK § 94 Rn. 16; *Wolter*, in: SK § 94 Rn. 14; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 94 Rn. 10.

<sup>388</sup> *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 28 m. w. N.

<sup>389</sup> Ebd. – Zur Petitionsfreiheit s. noch 3. Teil § 1 II. 1. c) – So sollte etwa eine Weitergabe an den Verteidigungsausschuss in militärischen Angelegenheiten stets zulässig sein.

Weiterhin ist das Parlamentarische Kontrollgremium des Bundestages nach § 8 Abs. 1 PKGrG befugt, Meldungen von Beschäftigten der Nachrichtendienste in dienstlichen Angelegenheiten und bei innerdienstlichen Missständen entgegenzunehmen.

Sollte eine externe Transparenzstelle eingerichtet werden, an die Whistleblower bei Missständen im Bereich der nationalen Sicherheit melden dürfen und an die sie sich bei Verschlussachen wenden können,<sup>390</sup> wäre auch diese Stelle zur Entgegennahme von Staatsgeheimnissen befugt.

Die dritte Tatvariante erfüllt, wer Informationen öffentlich bekannt macht, d. h. einer Vielzahl von Personen die Möglichkeit eröffnet, von dem Staatsgeheimnis Kenntnis zu erlangen.<sup>391</sup> Dabei kommen als Täter insbesondere Angehörige der Presse und anderer Medien in Betracht oder Personen, die Informationen auf Blogs oder Enthüllungsplattformen wie WikiLeaks veröffentlichen. Denkbar ist auch, dass hinweisgebende Personen die Tatvariante erfüllen, indem sie die Informationen selbst im Internet oder auf anderem Wege verbreiten.

Durch die Tathandlung muss die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeigeführt werden. Während beim Staatsgeheimnisbegriff des § 93 Abs. 1 StGB eine abstrakte Gefahr ausreicht, muss bei § 94 StGB eine konkrete Gefährdung gegeben sein.<sup>392</sup>

In subjektiver Hinsicht muss der Täter in der Absicht handeln, eine derartige konkrete Gefahr herbeizuführen, woran es beim Whistleblowing in der Regel fehlen dürfte.<sup>393</sup> Einem Whistleblower geht es darum, die Öffentlichkeit zu unterrichten und eine Abhilfe der Missstände zu erreichen und nicht darum, (auch) einen schweren Nachteil für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeizuführen.

## 2. Offenbaren von Staatsgeheimnissen gemäß § 95 StGB

Das Vergehen des Offenbarens von Staatsgeheimnissen setzt gemäß § 95 StGB voraus, dass das Staatsgeheimnis, durch eine amtliche Stelle veranlasst, tatsächlich geheim gehalten wird.<sup>394</sup> Die Strafbarkeit ist bei § 95 StGB also von einem Geheimhaltungswillen und entsprechenden Maßnahmen abhängig.<sup>395</sup>

<sup>390</sup> Siehe dazu bereits unter III. 2. am Ende.

<sup>391</sup> *Paeffgen*, in: NK § 94 Rn. 18.

<sup>392</sup> Siehe etwa *Barthe/Schmidt*, in: LK § 94 Rn. 8; *Becker*, in: *Matt/Renzikowski* § 94 Rn. 9; *Paeffgen*, in: NK § 94 Rn. 10 m. w. N. Vgl. den Wortlaut des § 94 Abs. 1 StGB: „und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt“.

<sup>393</sup> Vgl. auch *Kölbel/Herold*, GA 2022, 377 (386).

<sup>394</sup> Zu den übrigen objektiven Merkmalen vgl. oben unter 1. zu § 94 StGB.

<sup>395</sup> In Betracht kommen etwa eine Einstufung als Verschlussache, eine besondere Verschwiegenheitsverpflichtung, Sperrmaßnahmen, Zugangsverbote etc., *Barthe/Schmidt*, in: LK § 95 Rn. 3.

Zudem wird in § 95 StGB keine Benachteiligungsabsicht verlangt, weshalb eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift beim Whistleblowing, bei dem eine solche Absicht regelmäßig fehlt (s. o. unter 1.), eher in Betracht kommt. Der Straftatbestand privilegiert diejenigen, denen es nicht darum geht, der Bundesrepublik zu schaden. Gedacht wurde dabei in erster Linie an den „publizistischen Landesverräter“, der das öffentliche Informationsbedürfnis stillen will, dabei aber ein Staatsgeheimnis offenbart.<sup>396</sup>

### 3. Strafbare Vorbereitungshandlungen gemäß § 96 StGB

Auch wer die geschützten Informationen noch nicht weitergegeben oder veröffentlicht hat, kann sich schon im Vorbereitungsstadium<sup>397</sup> strafbar machen, indem er oder sie die Informationen sammelt. So wird wegen landesverräterischer Ausspähung gemäß § 96 Abs. 1 StGB bestraft, wer in der Absicht handelt, sich ein Staatsgeheimnis zu verschaffen, um es zu verraten (§ 94 StGB). Allerdings dürfte bei einem Whistleblower wieder die Nachteilszufügungs-Absicht fehlen (s. o. unter 1.). Nicht vorausgesetzt wird diese Absicht beim Auskundschaften von Staatsgeheimnissen nach § 96 Abs. 2 StGB, den erfüllt, wer sich ein Staatsgeheimnis verschafft, um es zu offenbaren (§ 95 StGB).

### 4. Fahrlässigkeitsdelikte gemäß § 97 StGB

Mit der Preisgabe von Staatsgeheimnissen gemäß § 97 StGB werden zwei fahrlässige Begehungsweisen mit Strafe bedroht.<sup>398</sup> Nach § 97 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer im Fall des § 95 StGB fahrlässig handelt. Wer berechtigt Zugang zu dem Staatsgeheimnis hatte, es jedoch leichtfertig an einen Dritten gelangen lässt, erfüllt den Straftatbestand des § 97 Abs. 2 StGB. Beide Fahrlässigkeitstatbestände werden gemäß § 97 Abs. 3 StGB nur mit der Ermächtigung der Bundesregierung verfolgt.<sup>399</sup>

### 5. Verrat „illegaler“ Staatsgeheimnisse gemäß § 97a StGB

Wer ein „illegales“ Staatsgeheimnis im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB veröffentlicht, macht sich nicht strafbar. Allerdings kann sich gemäß § 97a StGB strafbar machen, wer das „illegale“ Staatsgeheimnis nur einer fremden Macht oder

<sup>396</sup> Becker, in: Matt/Renzikowski § 95 Rn. 1; Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch § 95 Rn. 1.

<sup>397</sup> Zum System des Vorfeldschutzes im politischen Strafrecht, Basten, Von der Reform des politischen Strafrechts bis zu den Anti-Terror-Gesetzen, S. 80 f.

<sup>398</sup> Die in BVerfGE 20, 162 (*Spiegel-Affäre*) entwickelten Auslegungsgrundsätze, s. dazu § 4 I. 4. a), übertrug das Gericht auf den fahrlässigen Landesverrat, BVerfGE 21, 239 (242 ff.).

<sup>399</sup> Für die Ermächtigung ist das jeweilige Ministerium zuständig, aus dessen Geschäftsbereich die geheim zu haltenden Tatsachen stammen, Becker, in: Matt/Renzikowski § 97 Rn. 5; Fischer, StGB § 97 Rn. 5; Paeffgen, in: NK § 97 Rn. 21.



einem ihrer Mittelsmänner mitteilt und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt. Das ist aus demokratischer Perspektive prinzipiell nicht zu beanstanden, weil die Informationen nicht öffentlich zugänglich gemacht und daher auch nicht öffentlich diskutiert werden können. Das demokratische Interesse, die Rechtsverstöße öffentlich zu erörtern, wird durch diese Art der Weitergabe nicht bedient, weshalb es in derartigen Fällen nicht gegen das Geheimhaltungsinteresse ins Feld geführt werden kann.<sup>400</sup>

#### 6. Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses gemäß 97b StGB

Mit der Reform der Landesverratsvorschriften führte das Achte Strafrechtsänderungsgesetz im Jahr 1968 den Verrat in irriger Annahme eines „illegalen“ Geheimnisses ein, § 97b StGB. Danach kann sich strafbar machen, wer irrtümlich von einem „illegalen“ Staatsgeheimnis im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB ausgeht und einen der Tatbestände der §§ 94 bis 97 StGB erfüllt. Die Vorschrift wird überwiegend als selbstständiger (Auffang-)Straftatbestand verstanden, der mit einer Irrtumsregelung *sui generis* von den allgemeinen Irrtumsvorschriften, §§ 16, 17 StGB, abweicht.<sup>401</sup> Sie gilt allgemein als missraten<sup>402</sup> und sollte, wie im Folgenden dargelegt wird, ersatzlos gestrichen werden.

##### a) Regelungsgehalt und Abweichungen von den §§ 16, 17 StGB

Wer einen der Tatbestände der §§ 94–97 StGB begeht und dabei einem Tatbestands- oder Verbotsirrtum bezüglich eines „illegalen“ Staatsgeheimnisses im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB unterliegt, macht sich entgegen den Irrtumsregeln

<sup>400</sup> Siehe etwa *Paeffgen*, in: NK § 97a Rn. 2 m. w. N.

<sup>401</sup> Siehe etwa *Barthe/Schmidt*, in: LK § 97b Rn. 1; *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 97b Rn. 2; *Sternberg/Lieben*, in: Sch/Sch § 97b Rn. 1, 3; BT-Drs. V/2860, S. 20; nach a. A. soll § 93 Abs. 2 StGB ein negativ formulierter Rechtfertigungsgrund sein und § 97b StGB eine korrespondierende Irrtumsregelung vorsehen, *Jescheck*, FS Engisch, 584 (596); *Paeffgen*, Verrat, S. 75 ff.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II § 85 Rn. 30. Die dogmatisch kontroverse Einordnung der Vorschrift wird hier nicht weiter vertieft. Die sich darin zeigende Unsicherheit spricht neben der i. F. dargestellten Argumentation für die Streichung der Vorschrift.

<sup>402</sup> Alle zu § 97b: *Paeffgen*, in: NK Rn. 22, „unrechtsdogmatische Monstrosität“ und „systematisch-dogmatisch wie auch kriminalpolitisch hochgradig inkonsistent“; *Wolter*, in: SK Rn. 12, „kriminalpolitisch ebenso verfehlt wie mit dem verfassungsrechtlich verankerten Schuldgrundsatz unvereinbar“; *Kühl*, in: Lackner/Kühl Rn. 6, „Der dogmatische Gehalt des § 97 b ist zweifelhaft.“; *Lüttger*, JR 1969, 121 (129 f.), „legislatorische [ ] Eskapade“; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II § 85 Rn. 27, „Ausdruck überängstlichen [...] in erhebliche dogmatische Schwierigkeiten führenden Kleinmuts“; *Fischer*, StGB Rn. 2, „dogmatische Anomalie“; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch Rn. 1, verunglückter, unklarer und systemwidriger Auffangtatbestand; *Klug*, FS Baumgärtel, 249 (258), „Fortwirken eines Anti-Ösietzky-Syndroms“.

der §§ 16, 17 StGB<sup>403</sup> strafbar, wenn eine der alternativen Voraussetzungen des § 97b Abs. 1 StGB vorliegt.

Der Irrtum ist nach dieser Vorschrift unbeachtlich, wenn er der Person vorzuwerfen ist (§ 97b Abs. 1 Nr. 1 StGB), wenn sie nicht in der Absicht handelte, dem vermeintlichen Verstoß entgegenzuwirken (§ 97b Abs. 1 Nr. 2 StGB) oder wenn die Tat den Umständen nach kein angemessenes Mittel<sup>404</sup> zu diesem Zweck war (§ 97b Abs. 1 Nr. 3 StGB).<sup>405</sup> Nach der Regelvermutung des § 97b Abs. 1 S. 2 StGB ist die Tat kein angemessenes Mittel, wenn es der Täter unterlassen hat, zuvor ein Mitglied des Bundestages um Abhilfe anzurufen. War dem Täter als Amtsträger oder als Soldat der Bundeswehr<sup>406</sup> das Staatsgeheimnis dienstlich anvertraut oder zugänglich, gilt der strengere § 97b Abs. 2 StGB. Dann sind zwingend zunächst Dienst- bzw. Disziplinarvorgesetzte um Abhilfe anzurufen.

Bei einem Tatbestandsirrtum wäre eine Strafbarkeit nach den Vorsatzdelikten der §§ 94 bis 96 StGB wegen § 16 Abs. 1 S. 1 StGB eigentlich ausgeschlossen. Nach § 16 Abs. 1 S. 2 StGB käme nur noch eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit (§ 97 StGB) in Betracht. Stattdessen ermöglicht § 97b StGB, wenn eines der dort geregelten Merkmale erfüllt ist, in Verbindung mit §§ 94 bis 96 StGB wegen vorsätzlicher Begehung zu bestrafen.

Wer rechtsirrtümlich annimmt, es liege ein „illegales“ Staatsgeheimnis vor, unterliegt einem Verbotsirrtum und handelt ohne Unrechtsbewusstsein. Eine Bestrafung ist nach § 17 S. 1 StGB ausgeschlossen, wenn der Irrtum unvermeidbar war. Hiervon weicht § 97b StGB ab, da sich selbst derjenige strafbar macht, dem der Irrtum nicht vorzuwerfen ist, wenn § 97b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 StGB erfüllt ist. Wer etwa nicht vorwerfbar rechtsirrtümlich ein „illegales“ Staatsgeheimnis annimmt und es veröffentlicht, ohne zuvor ein Mitglied des Bundestages konsultiert zu haben, macht sich in der Regel strafbar, s. § 97b Abs. 1 S. 2 StGB.

---

<sup>403</sup> Barthe/Schmidt, in: LK § 97b Rn. 1.

<sup>404</sup> Z. T. wird bezweifelt, dass dieses Merkmal dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt, *Wiedmann*, Inwieweit widerspricht § 97 b StGB allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen?, S. 43 f. m. w. N.

<sup>405</sup> Die einzelnen Merkmale sind also disjunktiv strafbarkeitsbegründend. Anders gewendet, wird der Täter nur dann nicht bestraft, wenn die Merkmale kumulativ nicht erfüllt sind, d. h. dem Täter der Irrtum nicht vorzuwerfen ist, er in der Absicht handelte, dem vermeintlichen Verstoß entgegenzuwirken und die Tat den Umständen nach auch ein angemessenes Mittel für diesen Zweck darstellte.

<sup>406</sup> Sowie gem. § 97b Abs. 2 StGB die „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“ (vgl. §§ 1 f. VerpflG) und die in § 353b Abs. 2 StGB genannten Personen.

b) Wertungswiderspruch und fehlendes rechtspolitisches Bedürfnis

Mit § 97b StGB hat man also die Möglichkeit, wegen eines Tatbestands- oder Verbotsirrtums bezüglich eines „illegalen“ Staatsgeheimnisses straflos zu sein, weitgehend abgeschnitten.

Deshalb werden selbst Personen, die etwa aufgrund einer Rechtsberatung sicher sind, ein „illegales“ Staatsgeheimnis aufzudecken, den in § 97b StGB vorgezeichneten Ausweg wählen, um ein Strafbarkeitsrisiko auszuschließen. Denn die Aussicht, trotz eines unvermeidbaren Verbotsirrtums, unter Umständen sogar zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft zu werden, dürfte geeignet sein, von einer Publikation verdeckter Missstände im Grenzbereich des § 93 Abs. 2 StGB abzusehen.<sup>407</sup>

Die mit § 97b StGB errichtete Drohkulisse hält davon ab, das zu tun, was wegen der Informationsinteressen der Öffentlichkeit bewusst straffrei gestellt wurde: die Veröffentlichung „illegaler“ Staatsgeheimnisse.<sup>408</sup> Somit konterkariert § 97b StGB den mit § 93 Abs. 2 StGB gegangene legislative Schritt, die Strafbarkeit von Tathandlungen bezüglich nicht schutzwürdiger Geheimnisse aufzuheben. Die Irrtumsregelung weist daher einen Wertungswiderspruch auf.<sup>409</sup> Es erscheint inkonsequent und paradox, wenn bei einem unvermeidbaren Irrtum, also einer nicht vorwerfbaren Fehlvorstellung, eine bestimmte Absicht vorausgesetzt und ein bestimmter Beschwerdeweg verlangt wird, während bei zutreffender Vorstellung die Öffentlichkeit unmittelbar und ohne eine spezifische Gesinnung angerufen werden darf.

Begründet hat man § 97b StGB mit vermeintlich bestehenden kriminalpolitischen Bedürfnissen:<sup>410</sup> „Wegen der Gefahren, die mit der Preisgabe eines Staatsgeheimnisses verbunden sind, müssen besonders hohe Anforderungen an die Art und die Sorgfalt der Prüfung gestellt werden.“<sup>411</sup>

<sup>407</sup> *Sonnen*, in: AK § 97b Rn. 11.

<sup>408</sup> *Wiedmann*, Inwieweit widerspricht § 97 b StGB allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen?, S. 131 f.; *Wolter*, in: SK § 97b Rn. 14. Bei tatsächlich vorliegendem „illegalen“ Staatsgeheimnis kommt nur eine Strafbarkeit wegen § 97a StGB in Betracht.

<sup>409</sup> *Basten*, Von der Reform des politischen Strafrechts bis zu den Anti-Terror-Gesetzen, S. 52: „Der Aufbruch in Richtung auf ein modernes politisches Strafrecht endet aber nach der halben Strecke.“; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II § 85 Rn. 27: „So sehr die Ausnahme des illegalen Geheimnisses i. S. des § 93 Abs. 2 aus dem Begriff des Staatsgeheimnisses als eine Tat gesetzgeberischen Mutes anerkannt werden darf, so muß § 97b umgekehrt als Ausdruck überängstlichen und zudem in erhebliche dogmatische Schwierigkeiten führenden Kleinmuts angesehen werden.“; *Wolter*, in: SK § 97b Rn. 13 f.; a. A. *Barthe/Schmidt*, in: LK § 97b Rn. 19 (kein Wertungswiderspruch).

<sup>410</sup> *Sternberg/Lieben*, in: Sch/Sch § 97b Rn. 1.

<sup>411</sup> BT-Drs. V/2860, S. 20.

Auch Teile der Literatur erachteten eine derartige Vorschrift für notwendig, „um das Staatsrisiko abzudecken“<sup>412</sup> und „dem böswilligen Verräter unwiderlegbare Ausflüchte und Schutzbehauptungen, die den Geheimnisschutz ernstlich in Frage stellen“ abzuschneiden.<sup>413</sup> Man könne den Staatsgeheimnisbegriff nicht über normative Merkmale einengen „und damit eventuelle Tatumsstandsirrtümer über normative Merkmale ganz straffrei stellen.“<sup>414</sup> Diese Ansicht ist zurückzuweisen, denn das Gegenteil sollte der Fall sein.

Es geht um die rechtspolitische Frage, inwieweit der Täter das Irrtumsrisiko tragen, d. h. bei einer Fehleinschätzung strafbar oder straflos sein sollte.<sup>415</sup> Dabei muss in Rechnung gestellt werden, dass die Landesverratsvorschriften gerade wegen ihrer normativ-politischen Merkmale besonders irrtumsanfällig sind. Das gilt etwa für die Frage, ob ein schwerer Nachteil für die außenpolitische Sicherheit der BRD droht (§ 93 Abs. 1 StGB) oder ein Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung vorliegt (§ 93 Abs. 2 StGB). Wie diese Merkmale ausgelegt werden, wird oft nur schlecht vorhersehbar sein (s. bereits unter III. 1.). In vielen Fällen wird sich auch durch eine Rechtsberatung nicht zweifelsfrei abklären lassen, ob ein Gericht von einem „legalen“ oder „illegalen“ Staatsgeheimnis ausgehen wird. Wenn das Risiko, einem Irrtum zu unterliegen aufgrund gesetzgeberischer Entscheidungen hoch ist, sollten die Anforderungen wegen eines Irrtums straffrei auszugehen oder zumindest in den Genuss einer Strafmilderung zu gelangen nicht überspannt werden. Deshalb ist dem Täter das Irrtumsrisiko prinzipiell nicht aufzubürden, insbesondere nicht über die Anforderungen an die Vermeidbarkeit in § 17 StGB hinaus, wenn die Fehlvorstellung ein normativ-politisch geprägtes Merkmal betrifft.<sup>416</sup>

### c) Ungleiche Behandlung von Irrtümern

Die Regelung in § 97b StGB behandelt wesentlich gleiche Irrtümer ungleich und gerät deshalb auch mit dem allgemeinen Gleichbehandlungssatz aus Art. 3

---

<sup>412</sup> *Baumann*, JZ 1966, 329 (335).

<sup>413</sup> *von Weber*, JZ 1966, 249 (250).

<sup>414</sup> *Baumann*, JZ 1966, 329 (335). Angespielt wird dabei auf den Fall Werner Pätschs, der zumindest teilweise wegen eines Verbotsirrtums freigesprochen wurde. Zu diesem Teilfreispruch wäre es nicht gekommen, wenn es bereits eine Regelung wie § 97b StGB gegeben hätte, denn Pätsch hatte sich nicht zunächst an ein Mitglied des Bundestages gewandt.

<sup>415</sup> Vgl. *Barthe/Schmidt*, in: LK § 97b Rn. 19.

<sup>416</sup> Zudem sollten auch die Anforderungen an fehlendes Unrechtsbewusstsein und Vermeidbarkeit bei § 17 StGB nicht überspannt werden, weil sonst bezüglich normativ-politischer Tatbestandsmerkmale kein Raum für strafbefreiende Verbotsirrtümer bleibt. Deshalb verdient die Ansicht Zustimmung, nach der auch bei Unrechtszweifeln bzw. bedingtem Unrechtsbewusstsein ein Verbotsirrtum in Betracht kommt, *Roxin/Greco*, AT I § 21 Rn. 29 ff. Dementgegen soll es nach der Rspr. ausreichen, dass der Täter es für möglich hält, Unrecht zu tun, s. etwa BGHSt 4, 1 (4); NStZ 1996, 236 (237).

Abs. 1 GG in Konflikt.<sup>417</sup> Sie erstreckt sich nur auf Irrtümer bezüglich der Eigenschaft als „illegales“ Staatsgeheimnis nach § 93 Abs. 2 StGB, im Übrigen bleibt es bei den allgemeinen Irrtumsregelungen der §§ 16, 17 StGB.<sup>418</sup> Geht der Täter etwa in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht irrig davon aus, dass überhaupt kein Staatsgeheimnis im Sinne des § 93 Abs. 1 StGB vorliegt, weil es ihm mangels eines schweren außenpolitischen Nachteils etwa nicht geheimhaltungsbedürftig erscheint, kann der Vorsatz gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB oder die Schuld gemäß § 17 S. 1 StGB ausgeschlossen sein.<sup>419</sup> Weshalb ein Irrtum, der sich auf § 93 Abs. 2 StGB bezieht, strenger behandelt wird als ein Irrtum, der sich auf § 93 Abs. 1 StGB erstreckt, leuchtet nicht ein, gerade weil beide Absätze die Geheimhaltungsbedürftigkeit der Informationen betreffen. Beide Irrtümer mindern „den Unrechts- und/oder Schuldgehalt in gleicher Weise“.<sup>420</sup>

#### d) Widersprüche zum Schuldprinzip

Die Literatur vertritt überwiegend die Ansicht, dass die Vorschrift entweder gegen das Schuldprinzip<sup>421</sup> verstoße oder jedenfalls kaum mit ihm zu vereinbaren sei.<sup>422</sup> Das Prinzip hat zum Inhalt, dass eine Bestrafung ohne Schuld des Täters ausgeschlossen ist (Strafbegründungsschuld) und bei vorliegender Schuld die Strafe in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und dem

<sup>417</sup> Wolter, in: SK § 97b Rn. 13.

<sup>418</sup> Hegmann/Stuppi, in: MK § 97b Rn. 6; Barthe/Schmidt, in: LK § 97b Rn. 2 a. E.

<sup>419</sup> War der Irrtum vermeidbar, kommt zumindest eine Strafmilderung nach § 17 S. 2 StGB in Betracht.

<sup>420</sup> Wolter, in: SK § 97b Rn. 13 m. w. N. Prinzipiell wäre § 17 StGB selbst dann anwendbar, wenn der Täter glaubt, er dürfe das Staatsgeheimnis weitergeben, veröffentlichen etc., weil es einen sonstigen Rechtsverstoß betreffe, der nicht die Qualität eines Verstoßes i. S. d. § 93 Abs. 2 StGB erreicht. Wobei dieser Irrtum in aller Regel vermeidbar sein dürfte. Zumindest könnte die Strafe aber noch gem. § 17 S. 2 StGB gemildert werden, was § 97b StGB nicht vorsieht.

<sup>421</sup> Der Grundsatz *nulla poena sine culpa* wurde in mehreren Entscheidungen aus der Garantie der Würde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitet und gehört damit zu dem der Ewigkeitsklausel unterliegenden Verfassungsrecht (Art. 79 Abs. 3 GG), BVerfGE 123, 267 (413) (*Lissabon*); 130, 1 (26); 133, 168 (198); Rogall, in: SK vor § 19 Rn. 2 m. w. N.

<sup>422</sup> Wohl h. M.: Klug, FS Baumgärtel, 249 (257 f.): „schwere[ ] Verletzung des Schuldprinzips“; Lüttger, JR 1969, 129 (130); Stree, in: Mißlingt die Strafrechtsreform?, S. 179 f.; Wiedmann, Inwieweit widerspricht § 97 b StGB allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen?, S. 134, weitere Nachweise, ebd., S. 33 ff.; Fischer, StGB § 97b Rn. 8: „mit dem Schuldgrundsatz kaum vereinbar“; Kühl, in: Lackner/Kühl § 97b Rn. 6; krit. auch Beer, DDB 1985, 99 (101); a. A. Krauth/Kurfess/Wulf, JZ 1968, 611 f.; Barthe/Schmidt, in: LK § 97b Rn. 18; Paeffgen, in: NK § 97b Rn. 22.

Verschulden des Täters stehen muss (Strafzumessungsschuld).<sup>423</sup> Wird das Unrechtsbewusstsein als notwendiger Bestandteil der Strafbegründungsschuld aufgefasst,<sup>424</sup> dann verletzt § 97b StGB das Schuldprinzip, denn die Vorschrift ermöglicht eine Strafbarkeit trotz unvermeidbar fehlenden Unrechtsbewusstseins, nämlich wenn § 97b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 StGB erfüllt ist. Dementsprechend wird § 97b StGB teilweise sogar für nichtig gehalten.<sup>425</sup> Überwiegend wird vertreten, die Vorschrift lasse sich verfassungskonform auslegen, indem eine Strafbarkeit jedenfalls bei einem unvermeidbaren Irrtum ausgeschlossen werde.<sup>426</sup> Eine Strafbarkeit nach § 97b StGB soll also nur bei vorwerfbaren Irrtümern in Betracht kommen.<sup>427</sup>

e) *Einwände spezifisch gegen § 97b Abs. 2 StGB*

Gegen die Regelung in § 97b Abs. 2 StGB, die insbesondere Whistleblower in staatlichen Einrichtungen betrifft,<sup>428</sup> spricht außerdem, dass sie stets eine interne Meldung voraussetzt. Im Grunde wird damit nur das für eine Rechtfertigung wesentliche Merkmal der Erforderlichkeit reproduziert, nach dem das mildeste gleich wirksame Mittel zur Abwendung der Gefahr zu wählen ist.<sup>429</sup> Dabei erweist sich die Vorschrift jedoch als zu starr, denn es gibt immer wieder

---

<sup>423</sup> BVerfGE 130 1 (26); 123, 267 (413) (*Lissabon*); *Rogall*, in: SK vor § 19 Rn. 2 f. m. w. N.

<sup>424</sup> Aus den Entscheidungen des BVerfG lässt sich dies, soweit ersichtlich, nicht entnehmen, vgl. auch *Roxin/Greco*, AT I § 19 Rn. 53h.

<sup>425</sup> *Lüttger*, JR 1969, 129 (130), „partiell nichtig“; *Wiedmann*, a. a. O., S. 134; *Sonnen*, in: AK § 97b Rn. 7; *Wolter*, in: SK § 97b Rn. 14. Die Gegenansicht wendet ein, dass es mit §§ 113 Abs. 4, 125 Abs. 2, 136 Abs. 4 StGB noch andere Vorschriften gibt, bei denen ein unvermeidbarer Irrtum nicht zwangsläufig zu Strafflosigkeit führt, *Barthe/Schmidt*, in: LK § 97b Rn. 18; *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 97b Rn. 3. Diese Vorschriften beruhen auf dem Gedanken, dass es dem Bürger grds. zuzumuten sei, „sich gegen einen vermeintlichen Rechtsverstoß nicht auf eigene Faust, sondern mit den ihm vom Gesetz zur Verfügung gestellten Mitteln zur Wehr zu setzen.“ Doch auch § 113 Abs. 4 StGB wird für verfassungswidrig gehalten, *Schünemann*, in: Coimbra-Symposium, S. 169; *ders.*, JA 1972, 703 (706 f.) m. w. N.

<sup>426</sup> *Klug*, FS Baumgärtel, 249 (257); *Rudolphi/Pasedach/Wolter*, in: SK § 97b Rn. 15; *Sonnen*, AK § 97b Rn. 8; vgl. auch *Hegmann/Stuppi*, in: MK § 97b Rn. 3 a. E.; a. A., nur für eine Strafmilderung: *Krauth/Kurfess/Wulf*, JZ 1968, 609; *Fischer*, StGB § 97b Rn. 8; mindestens für die Möglichkeit einer Strafmilderung: *Jescheck*, FS Engisch, 584 (592 f.).

<sup>427</sup> *Rudolphi/Pasedach/Wolter*, in: SK § 97b Rn. 15, wenn die Voraussetzungen des § 97b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 bzw. des § 97b Abs. 2 StGB vorliegen, soll – abweichend von § 17 S. 2 StGB – eine Strafmilderung ausgeschlossen sein.

<sup>428</sup> Weil sie u. a. für Amtsträger gilt, denen das Geheimnis dienstlich anvertraut oder zugänglich ist.

<sup>429</sup> *Paeffgen*, in: NK § 97b Rn. 21.

Situationen, in denen Vorgesetzte, bis hin zur Ministerialebene von den Missständen wissen oder selbst in sie verstrickt sind.<sup>430</sup> Das war etwa bei dem bereits thematisierten breit angelegten Überwachungsprogramm des BfV der Fall.<sup>431</sup> Noch stärker institutionalisiert waren die Überwachungsprogramme, die Edward Snowden aufgedeckt hat und an deren Entwicklung und Ausführung eine Vielzahl von Personen beteiligt war. Eine interne Meldung ist in diesen Fällen von vornherein aussichtslos, weil keine Abhilfe zu erwarten ist. Schon aus diesem Grund ist die absolute interne Meldepflicht aus § 97b Abs. 2 StGB abzulehnen. Anscheinend soll sie verhindern, dass einzelne Beamte „aus den Bahnen einer autoritär-hierarchischen Behördenstruktur, sei es auch aus dem Anliegen demokratischer Verantwortung“ ausbrechen.<sup>432</sup> Hinzu kommt, dass die Regelung dem Schutzkonzept der Whistleblowing-Richtlinie der EU widerspricht, die gerade keine interne Meldung voraussetzt.<sup>433</sup>

*f) De lege ferenda: Streichung der Vorschrift*

Die verfassungsrechtlichen und strafrechtsdogmatischen Bedenken sowie die rechtspolitischen Argumente sprechen dafür, § 97b StGB ersatzlos zu streichen. Dafür plädierte *Ulrich Klug* bereits im Zusammenhang mit dem 50. Todestag Carl von Ossietzkys<sup>434</sup> und in jüngerer Zeit erheben Teile der Politik diese Forderung anlässlich der Snowden-Enthüllungen, die den Fokus wieder auf eine Reform der Landesverratsvorschriften gerichtet haben.<sup>435</sup> Sogenannte „Strafbarkeitslücken“ würden nicht entstehen, weil bereits die Anforderungen der allgemeinen Irrtumsregeln zum Ausschluss des Vorsatzes und des Unrechtsbewusstseins hoch genug sind.<sup>436</sup>

---

<sup>430</sup> Ebd. sowie *ders.*, Verrat, S. 223. Im Einzelnen zur Erforderlichkeit s. insb. noch 3. Teil § 1 II., § 2 III.

<sup>431</sup> *Paeffgen*, Verrat, S. 223 Fn. 26.

<sup>432</sup> *Basten*, Von der Reform des politischen Strafrechts bis zu den Anti-Terror-Gesetzen, S. 52.

<sup>433</sup> Die Richtlinie gilt zwar gem. Art. 3 Abs. 2 WBRL nicht für den Bereich der nationalen Sicherheit, der die Landesverratsvorschriften miteinschließt, dies ist jedoch auf die mangelnde Kompetenz der EU in diesem Bereich zurückzuführen. Rechtspolitisch ist zu erwarten, dass das Schutzkonzept der Richtlinie sich letztlich auch in diesem Bereich etablieren wird, dafür bereits *Brockhaus/Kaferanis*, Verfassungsblog v. 10.7.2020, vgl. auch *ErwG* 5 und Art. 2 Abs. 2 WBRL.

<sup>434</sup> *Klug*, FS Baumgärtel, 249 (258).

<sup>435</sup> Nach den Gesetzentwürfen der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen eines „Whistleblower-Schutzgesetzes“ wird wegen Zweifeln an der Vereinbarkeit mit Schuldprinzip und Gleichbehandlungssatz ebenfalls eine Streichung der Vorschrift vorgeschlagen, BT-Drs. 18/3039, S. 6 f., 20; 19/4558, S. 9 f., 22.

<sup>436</sup> So auch *Klug*, FS Baumgärtel, 249 (258).

### 7. Die übrigen Straftatbestände (§§ 98–100a)

Eine Strafbarkeit von Whistleblowern wegen einer der übrigen Straftatbestände des zweiten Abschnitts des StGB dürfte kaum in Betracht kommen. Die §§ 98 f. StGB setzen eine Agententätigkeit für eine fremde Macht voraus, die bei Whistleblowern fern liegt. Es mag allenfalls vorkommen, dass Whistleblowern eine solche Tätigkeit öffentlich vorgeworfen wird, um sie zu diskreditieren.<sup>437</sup> Sie verfolgen auch nicht die Absicht, einen Krieg oder ein bewaffnetes Unternehmen gegen die Bundesrepublik Deutschland herbeizuführen, weshalb auch der Straftatbestand der „Friedensgefährdenden Beziehungen“ (§ 100 StGB) mit dem Phänomen Whistleblowing nichts zu tun hat. Das Delikt der „Landesverräterischen Fälschung“ (§ 100a StGB) scheidet aus, da sich Whistleblowing nur auf das Aufdecken authentischer Informationen erstreckt, Fälschungen und Lügen scheiden begriffsnotwendig aus. Denkbar ist allenfalls, dass Whistleblower wegen § 100a StGB beschuldigt werden, um der Öffentlichkeit und dem Ausland zu suggerieren, die behaupteten Missstände seien erfunden. Auf diese Art wurde jedenfalls in der Weimarer Republik verfahren. „Publizistische Landesverräter“ wurden nur wegen Versuchs angeklagt, um die Frage unbeantwortet zu lassen, ob die veröffentlichten Missstände tatsächlich der Wahrheit entsprachen.<sup>438</sup>

## VII. Reformskizze der Landesverratsvorschriften

Viele der vorstehenden Überlegungen sprechen dafür, die Landesverratsvorschriften zu reformieren. Neben der Streichung des § 97b StGB, die aus verfassungsrechtlichen, strafrechtsdogmatischen und rechtspolitischen Gründen angezeigt ist (s. o. unter VI. 6.), sollte der Staatsgeheimnisbegriff bestimmter gefasst werden.<sup>439</sup> Aufgrund seiner Tatbestandsmerkmale bestehen nach wie vor weite politische Wertungsspielräume. Deretwegen ist eine Strafbarkeit regelmäßig nur schwer vorherzusehen, wenn Informationen von außenpolitischer Relevanz betroffen sind.<sup>440</sup> Die Strafbarkeitsrisiken, die mit der bisher recht unbestimmten Fassung verbunden sind, schüchtern ein und bedingen sogenannte *chilling effects*. D. h. Whistleblower, journalistische oder anderweitig

---

<sup>437</sup> Derartige Vorwürfe wurden etwa gegen Julian Assange erhoben, s. etwa *Schindler*, Bild.de v. 2.7.2016; *Ferguson/Mc Gregor*, ABC News v. 18.10.2017, zitieren Hillary Clinton: „Assange has become a kind of nihilistic opportunist who does the bidding of a dictator“ sowie: „WikiLeaks is unfortunately now practically a fully owned subsidiary of Russian intelligence.“

<sup>438</sup> Siehe oben unter § 3 IV. 2. Ein derartiges Vorgehen wäre allerdings Rechtsbeugung, § 339 StGB.

<sup>439</sup> Siehe bereits unter § 4 III.

<sup>440</sup> Vgl. auch *Kölbel/Herold*, GA 2022, 377 (389).



publizistisch aktive Personen werden aus Furcht, bestraft zu werden, davon abgehalten, Informationen aufzudecken, die der demokratischen Öffentlichkeit zugänglich sein sollten. Solche Effekte sind im Sinne der obrigkeitsstaatlichen Arkantradition, widersprechen aber den Grundgedanken einer transparenten Demokratie des 21. Jh. und verkürzen den grundrechtlichen Schutz der Meinungsäußerungs- und der Pressefreiheit. Deshalb sind die aktuell bestehenden weitläufigen politischen Interpretationsspielräume legislativ zu restringieren, indem das Rechtsgut der außenpolitischen Sicherheit durch Beispiele in § 93 Abs. 1 StGB konkretisiert wird (rechte Seite):

§ 93 Abs. 1 StGB a. F.:

(1) Staatsgeheimnisse sind Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden.

§ 93 Abs. 1 StGB n. F.:

(1) <sup>1</sup>Staatsgeheimnisse sind Tatsachen, *einschließlich Gegenständen und Erkenntnissen*, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden. <sup>2</sup>*Solche Nachteile kommen namentlich in Betracht, wenn die Bundeswehr, ein öffentliches Sicherheitsorgan, eine Landes- oder die Bundesregierung, Tatsachen im Interesse der Landesverteidigung, insbesondere zum Schutz von Leib und Leben von Bürgerinnen und Bürgern oder von Unternehmen, Anlagen, Dienststellen, Einrichtungen und Gegenständen im Sinne des § 88 Abs. 1 StGB vor Angriffen einer fremden Macht, geheim hält.*

Das eingefügte Wort „einschließlich“ in Satz 1 der vorgeschlagenen Regelung stellt klar, dass auch Gegenstände und Erkenntnisse Tatsachen sind.<sup>441</sup> Mit dem im StGB häufig verwendeten Wort „namentlich“ führt Satz 2 die Anwendungsbeispiele ein, die den Begriff des schweren Nachteils und der außenpolitischen Sicherheit veranschaulichen, spezifizieren und bei der Subsumtion durch Normadressaten eine gewisse Anleitung bieten. Die Aufzählung der Geheimnisträger zeigt, dass gerade bei den genannten Institutionen Staatsgeheimnisse vorliegen können, was im Umkehrschluss bei anderen Institutionen, d. h. insbesondere der übrigen Verwaltung, eher fern liegt. Es wird also nicht in Abrede gestellt, dass staatliche Geheimhaltung zum Schutz der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik, etwa im nachrichtendienstlichen und militärischen Bereich in der aktuellen Welt noch unverzichtbar erscheint. Die letzten beiden Worte des

---

<sup>441</sup> Vgl. bereits oben unter I. 1.

Satz 2 („geheim hält“) legen nahe, dass solche Informationen regelmäßig durch Geheimhaltungsmaßnahmen vor einer Aufdeckung geschützt werden. Fehlen derartige Maßnahmen, besteht jedenfalls keine tatsächliche Barriere, die potentielle Täter vor einer Aufdeckung warnt, was für die Annahme eines strafbefreienden Irrtums relevant sein kann.<sup>442</sup> Die genannten Gefahrobjekte spezifizieren (nicht abschließend), was der Begriff der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland umfasst, unter anderem Interessen der Landesverteidigung. Der Begriff der Landesverteidigung wird zentral in den §§ 109 ff. StGB verwendet.<sup>443</sup> Der Begriff des öffentlichen Sicherheitsorgans ist § 89 StGB entnommen und so zu verstehen, dass er Bundespolizei, Polizeien der Länder, Verfassungsschutzämter und Nachrichtendienste erfasst.<sup>444</sup> Der Begriff der fremden Macht wird bereits in § 93 Abs. 1 StGB sowie in den §§ 94 Abs. 1 Nr. 2, 98 Abs. 1 Nr. 1 StGB verwendet. Dass es sich bei den Angriffen um solche von „außen“ handeln muss, ergibt sich bereits aus § 93 Abs. 1 StGB (in der n. F. S. 1). Handelt es sich um Tatsachen, die keine Überschneidungen mit § 93 Abs. 1 S. 2 StGB n. F. aufweisen, ist die Annahme eines Staatsgeheimnisses eher kontraindiziert. Für den Täter wird es in diesem Fall jedenfalls schwierig sein, zu erkennen, ob ein Staatsgeheimnis vorliegt. Liegt ein Staatsgeheimnis aber tatsächlich vor und irrt der Täter hierüber, wird ihm wohl kaum ein Sorgfaltspflichtverstoß anzulasten sein, der trotz Irrtums zu einer Strafbarkeit führen könnte (bei einem Tatbestandsirrtum kann gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 StGB noch eine Strafbarkeit wegen eines Fahrlässigkeitsvorwurfs, nämlich der Preisgabe von Staatsgeheimnissen nach § 97 StGB, in Betracht kommen; bei einem Verbotsirrtum ist die Strafe nur ausgeschlossen, wenn der Irrtum unvermeidbar war, § 17 S. 2 StGB).

Es sollte weiterhin legislativ klargestellt werden, dass bei der tatbestandlichen Gesamtbetrachtung nicht nur außenpolitische, sondern auch andere öffentliche Interessen an einer Offenlegung dazu führen können, ein Staatsgeheimnis zu verneinen.<sup>445</sup> Damit würde zum einen der Verfassungsrechtsprechung entsprochen, nach der bereits die Tatbestandsmäßigkeit wegen Informationsinteressen der Öffentlichkeit ausgeschlossen sein kann, die über die

---

<sup>442</sup> Ohne dass dadurch der materielle Geheimnisbegriff des § 93 Abs. 1 StGB in einen formellen umgedeutet wird.

<sup>443</sup> Siehe im Einzelnen zu diesem Begriff, *H. Müller*, NSStZ 2002, 633 ff.

<sup>444</sup> Siehe etwa *Ellbogen*, in: BeckOK § 89 Rn. 1 m. w. N.

<sup>445</sup> Da der Begriff des Staatsgeheimnisses durch ein „normatives Tatbestandsmerkmal“ geprägt ist (was auch für das Merkmal des „öffentlichen Interesses“ bei § 353b StGB gilt), sollte die Frage, ob das Interesse an dem Offenbaren oder an der Geheimhaltung überwiege, schon auf Tatbestands- und nicht erst auf Rechtswidrigkeitsebene entschieden werden, s. bereits *A. Arndt*, Landesverrat, S. 43.

Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG einstrahlen.<sup>446</sup> Zum anderen würde dies der demokratieprinzipiellen Transparenzforderung gerecht, die noch im 2. Teil der Arbeit rechtsphilosophisch und verfassungsrechtlich begründet wird. Die Rechtsordnung ist heute stärker als noch zur Zeit der letzten Reform der Landesverratsvorschriften auf institutionelle Transparenz ausgerichtet, um Machtmissbrauch zu verhindern und demokratische Legitimation und Partizipation zu stärken. Der Paradigmenwechsel von der Regelgeheimhaltung durch die Verwaltung hin zur Regeltransparenz, der legislativ maßgeblich von den Bundes- und Landesgesetzen zur Informationsfreiheit getragen wird,<sup>447</sup> muss sich auch im Strafrecht niederschlagen.<sup>448</sup>

Dies sollte durch eine Klausel im Staatsgeheimnisbegriff gewährleistet werden, die nicht nur außenpolitische Vorteile berücksichtigt – so die aktuell h. M. bei der Interpretation des § 93 Abs. 1 StGB –, sondern sich ausdrücklich auch auf andere berechnete Interessen erstreckt.<sup>449</sup> Damit wäre gesichert, dass Gerichte schon bei der Frage, ob ein Staatsgeheimnis vorliegt, insbesondere Informationsinteressen der Öffentlichkeit einbeziehen müssen. Eine derartige Abwägungsklausel müsste allerdings durch Vorrangrelationen konkretisiert werden,<sup>450</sup> um nicht in die oben monierten Defizite hinsichtlich Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit zurückzufallen.

---

<sup>446</sup> Im Zusammenhang einer Reform der Landesverratsdelikte hat *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 73, auf den Ausnahmetatbestand des § 109f Abs. 1 S. 2 StGB (sicherheitsgefährdender Nachrichtendienst) hingewiesen, der zwar „wenig glücklich ist“, weil „Selbstverständliches besagt oder ein problematisches Berufsprivileg“ geschaffen werde, allerdings gebe die Vorschrift Anlass auch „beim Landesverrat besondere Ausschlussstatbestände für ‚verfassungsbewahrende Veröffentlichungen‘ zu formulieren“.

<sup>447</sup> *Wegener*, Der Geheime Staat, S. 411, 481; s. auch *Rossi*, IFG § 1 Rn. 1.

<sup>448</sup> Vgl. auch *Köbel/Herold*, GA 2022, 377 (378 f.).

<sup>449</sup> Siehe etwa § 93 Abs. 2 StGB des Entwurfs der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 19/4558 aus dem Jahr 2018: „Keine Staatsgeheimnisse sind Informationen oder Gegenstände, bei denen das öffentliche Interesse am Bekanntwerden das öffentliche Interesse an deren Geheimhaltung erheblich überwiegt, insbesondere [...]“. – Vgl. etwa auch die im Jahr 2016 eingeführte Klausel in Art. 122-9 des französischen Code pénal: „N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause [...]“, d. h. eine Geheimnisverletzung ist nicht strafbar, wenn die Offenlegung zum Schutz der betroffenen Interessen notwendig und verhältnismäßig ist.

<sup>450</sup> Siehe bereits *Fischer-Lescano*, Transnationales Recht, S. 435 (452), es müssten „generalisierungsfähige Kollisionsnormen“ entwickelt werden.

Die Regelung des § 93 Abs. 2 StGB sollte – so wie sie teilweise bereits ge-  
deutet wird<sup>451</sup> – ausgeweitet werden,<sup>452</sup> denn der Begriff der freiheitlichen de-  
mokratischen Grundordnung ist einerseits schwer zu bestimmen und setzt an-  
dererseits die Schwelle für einen Tatbestandsausschluss zu hoch an. Jedenfalls  
verdienen schwere Rechtsverstöße, die nicht zwingend gegen die freiheitliche  
demokratische Grundordnung verstoßen, keinen Rechtsschutz. Dem Ultima-  
ratio-Gedanken entsprechend verdienen sie insbesondere keinen strafrechtli-  
chen Rechtsschutz. Dementsprechend sollte die Regelung des § 93 Abs. 2  
StGB auf schwere Rechtsverstöße ausgedehnt<sup>453</sup> und exemplarisch auf  
„schwere Straftaten“ im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO verwiesen werden.<sup>454</sup>

Bei Rechtsverstößen geringerer Intensität sollte eine Abwägung vorgenom-  
men werden,<sup>455</sup> die folgende Vorrangrelation enthält: Informationen bezüglich  
Rechtsverstößen sind grundsätzlich nicht als Staatsgeheimnis geschützt,<sup>456</sup> es

---

<sup>451</sup> *Joerden*, JRE 19 (2011), 227 (237): „Man wird diese Regelung so interpretieren kön-  
nen, dass eine illegale, also etwa gegen das Grundgesetz oder gegen völkerrechtliche Ver-  
einbarungen etc. verstoßende Geheimhaltung von Tatsachen grundsätzlich nicht den Schutz  
des Strafrechts für sich in Anspruch nehmen kann. Über die sogenannten illegalen Geheim-  
nisse hinaus wird man diese Überlegung wohl auch auf illegitime Geheimnisse, also die  
Geheimhaltung von Informationen, die eigentlich aus rechtsstaatlichen oder gravierenden  
rechtsethischen Gründen nicht geheim gehalten werden dürften, erweitern können.“

<sup>452</sup> Dafür bereits *Klug*, FS Baumgärtel, 249 (256 ff.); vgl. auch *Köbel/Herold*, GA 2022,  
377 (383).

<sup>453</sup> Siehe bereits *Klug*, FS Baumgärtel, 249 (256): „schwerwiegende sonstige Gesetzes-  
verletzungen und die Verletzung zwischenstaatlich wichtiger Vereinbarungen, die nicht Rüs-  
tungsbeschränkungen betreffen“.

<sup>454</sup> So bereits § 93 Abs. 2 Nr. 2 StGB des Entwurfs von Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs.  
19/4558: „Grundrechtsverletzungen oder die Begehung schwerer Straftaten“.

<sup>455</sup> Gänzlich wird man um Abwägungen jedenfalls nicht herumkommen, vgl. bereits *Hä-  
berle*, Öffentliches Interesse, S. 366: „weder kann das Gemeinwohl schlechthin (per se) über  
das Gesetz hinweggehen, noch kann das Gesetz normativ ‚voll‘ bestimmen, was jeweils im  
Gemeinwohlinteresse liegt. Beide Größen lassen sich nicht identifizieren, und gerade bei der  
Frage des illegalen Staatsgeheimnisses kann nur der Weg ‚zwischen‘ beiden Extremen hin-  
durchführen.“

<sup>456</sup> Für ein Recht, Rechtsverstöße zu veröffentlichen etwa auch: *Baumann*, JZ 1966, 329  
(334 f.); *R. Schmid*, JZ 1970, 683 (686); *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 46.  
So bereits in der Weimarer Zeit bzgl. der Landesverratsvorschriften u. a. *Radbruch*, DJ III  
(1927/1928), 103 ff. (109 f.) = RGA IX, 262 ff. (269); *ders.*, DJ III (1927/1928), 384 ff.  
(385) = RGA IX, 279 (280); zust. *Löwenthal*, DJ III (1927/1928), 120 (139); s. auch *Wegner*,  
Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, S. 78 ff., gegen eine Bestrafung bei  
Offenbarungen von Völkerrechtsverstößen. Für ein Veröffentlichungsrecht bei einem (ein-  
fachen) Verfassungsverstoß *A. Arndt*, Landesverrat, S. 15; *ders.*, NJW 1963, 465 (467).

sei denn, die Geheimhaltungsinteressen bzw. die zu erwartenden Schäden überwiegen das Offenbarungsinteresse in qualifizierter Weise.<sup>457</sup> In derartigen atypischen Konstellationen erscheint es ausnahmsweise gerechtfertigt, Informationen bezüglich Rechtsverstößen als Staatsgeheimnisse zu bewerten, weshalb sie tatbestandlich nicht absolut schutzlos gestellt werden sollten, auch wenn dies im Hinblick auf Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit die klarste Lösung wäre. Zum Beispiel wäre denkbar, dass Verstöße gegen das Bauordnungsrecht bezüglich einer geheimdienstlichen oder militärischen Einrichtung veröffentlicht und damit zugleich Sicherheitslücken aufgezeigt werden, die gegenüber „einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen“ (§ 93 Abs. 1 StGB).<sup>458</sup> Spiegelbildlich kann es Fälle geben, in denen zwar kein Rechtsverstoß vorliegt, jedoch ein gewichtiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit vorliegt, das gegen die Annahme eines Staatsgeheimnisses und für die Legitimität der Offenlegung spricht. Auf der Grundlage dieser Überlegungen wird vorgeschlagen, die Regelung der „illegalen“ Staatsgeheimnisse in § 93 Abs. 2 StGB zu erweitern und zwei neue Absätze, § 93 Abs. 3 und 4 StGB n. F. einzufügen (rechte Seite):

§ 93 Abs. 2 StGB a. F.:

(2) Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartnern der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstoßen, sind keine Staatsgeheimnisse.

§ 93 Abs. 2–4 StGB n. F.:

(2) Tatsachen, die *einen schweren Rechtsverstoß wie einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, einen Verstoß gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen oder eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO betreffen und die zur Offenlegung des Rechtsverstoßes erforderlich sind*, sind keine Staatsgeheimnisse.

(3) *Tatsachen, die einen anderen Rechtsverstoß betreffen und die zur Offenlegung des Rechtsverstoßes erforderlich sind, sind Staatsgeheimnisse, wenn der zu erwartende Nachteil das berechnete Interesse an ihrer Offenlegung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, wesentlich überwiegt.*

---

<sup>457</sup> Wie noch im 3. Teil unter § 2 IV. 1. eingehend begründet wird, liegt beim Whistleblowing i. d. R. eine Defensivnotstandsituation vor, was sich vorzugsweise in einer Interessenabwägungsformel widerspiegeln sollte (vgl. § 228 S. 1 BGB).

<sup>458</sup> Ein anderes Beispiel nennt *Baumann*, JZ 1966, 329 (335): Wenn infolge der Veröffentlichung von Informationen mit einem Atomkrieg gegen die BRD zu rechnen wäre, müssten diese als Staatsgeheimnis geschützt bleiben.

*(4) Betreffen die Tatsachen einen sonstigen Missstand, sind sie nur dann keine Staatsgeheimnisse, wenn ein berechtigtes Interesse an ihrer Offenlegung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, den zu erwartenden Nachteil wesentlich überwiegt und sie zur Offenlegung des Missstands erforderlich sind.*

Ergänzend ist auszuführen, dass sich der erweiterte § 93 Abs. 2 StGB und die neuen Absätze 3 und 4 mangels sprachlicher Beschränkungen auf vergangene, gegenwärtige oder künftige Rechtsverstöße bzw. Missstände erstrecken. Dies könnte noch – wie in anderen Ländern<sup>459</sup> – zur Klarstellung in die Absätze aufgenommen werden, indem (exemplarisch zu Abs. 2) die Worte „vergangenen, gegenwärtigen oder künftigen schweren Rechtsverstoß [...]“ eingefügt werden. In § 93 Abs. 3 n. F. wird trotz seiner Unschärfen aus Gründen der Waffengleichheit gegenüber dem weitgehenden Geheimhaltungsinteresse (äußere Sicherheit) bewusst der Begriff des berechtigten Interesses verwendet und mit einem Informationsinteresse der Öffentlichkeit ein Anwendungsbeispiel genannt. Erfasst werden damit in der Rechtsordnung enthaltene individuelle und öffentliche Offenbarungsinteressen, die noch im 2. Teil der vorliegenden Arbeit eingehend untersucht werden. Nicht zufällig erinnert die Formulierung an den in § 193 StGB geregelten Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen. Dieser Zusammenhang wird *en détail* noch im 3. Teil der Untersuchung unter § 3 entfaltet. Das Merkmal der Erforderlichkeit der Tatsachen für die Aufdeckung des Rechtsverstoßes oder sonstigen Missstands hält den Täter zu einer genauen Prüfung der Tatsachen an, um sicherzustellen, dass nur die wesentlichen Informationen aufgedeckt werden.<sup>460</sup>

Des Weiteren sollte in den Straftatbeständen klargestellt werden, dass ein Staatsgeheimnis nicht an einen „Unbefugten gelangen läßt“ (§§ 94 Abs. 1 Nr. 2, 95 Abs. 1, 97 Abs. 1, 2 StGB), wer Tatsachen, die einen Rechtsverstoß betreffen und erforderlich sind, um den Verstoß aufzudecken, an eine Behörde weitergibt, die für die Abhilfe bzw. Verfolgung des Rechtsverstoßes zuständig ist:

---

<sup>459</sup> Vgl. etwa die Regelung im britischen Arbeitsrecht, Sect. 43B (1)(a)-(f) Public Interest Disclosure Act 1998 (i. F. „PIDA“) oder den Strafbarkeitsausschlussgrund in Sect. 15 (2)(a) des kanadischen Security of Information Act 2001 (s. dazu noch 3. Teil § 3 III. 2. a)) sowie das Tshwane Principle 37 (zu diesen Prinzipien s. noch 2. Teil § 3 I.-III. sowie 3. Teil § 3 III. 2. c)).

<sup>460</sup> Vgl. dazu auch noch die Überlegungen zum rechtfertigenden Notstand und Strafbarkeitsausschlussgründen anderer Rechtsordnungen, 3. Teil § 2 III. 2. und § 3 III. 2. d).

Bislang enthält der jeweils erste Absatz der Vorschriften keinen zweiten Satz.

§ 94 Abs. 1 S. 2 StGB n. F.

*„Befugte sind insbesondere Amtsträger der für einen Rechtsverstoß zuständigen Behörden, denen Tatsachen mitgeteilt werden, die für die Abhilfe oder Verfolgung des Rechtsverstoßes erforderlich sind.“*

§ 95 Abs. 1 S. 2 und § 97 Abs. 1 S. 2 StGB n. F.:

*„§ 94 Abs. 1 S. 2 StGB gilt entsprechend.“*

Schließlich sollte eine Privilegierung für Presse bzw. Publizistik, wie sie in Reaktion auf die Cicero-Affäre<sup>461</sup> im Jahr 2012 in § 353b Abs. 3a StGB geregelt wurde,<sup>462</sup> auch für die Landesverratsvorschriften geschaffen werden.<sup>463</sup> Die eben genannte Vorschrift nimmt mit Verweis auf § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO journalistische Tätigkeiten von einer Beihilfestrafbarkeit aus.<sup>464</sup> Ist die Privilegierung einschlägig, scheidet eine Durchsuchung nach § 102 StPO von Redaktionsräumen wegen einer Beihilfe zur Verletzung von Dienstgeheimnissen mangels eines Tatverdachts aus. Besteht allerdings auch der Verdacht der Verletzung von Staatsgeheimnissen und der Beihilfe dazu, sind Durchsuchungen bei der Presse nach wie vor möglich, die bislang wohl vor allem auch dazu dienten, die in den Behörden tätigen Informanten zu identifizieren. Gerade um

<sup>461</sup> Vgl. *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 9.

<sup>462</sup> BGBl. I, S. 1374.

<sup>463</sup> Eingehend zu „Pressefreiheit und Landesverrat“ s. bereits *Maihofer*, Blätter 1963, S. 26 ff. und S. 107 ff., der sich dafür aussprach, die Landesverratsvorschriften entweder „durch klare und bestimmte Bestimmungen zu ersetzen, oder aber sich der Anwendung des politischen Strafrechts auf die Tätigkeit der Presse überhaupt im Vertrauen auf die Partnerschaft von ‚responsible government‘ und ‚responsible public opinion‘ und auch die Selbstkontrolle der Presse zu enthalten, wies dies etwa in den USA geschieht“, ebd. S. 108. Gegen eine solche Privilegierung hingegen, *Jescheck*, Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis, S. 20 f.

<sup>464</sup> Problematisch ist an der Privilegierung allerdings – was hier nur angedeutet werden kann –, dass die Person an der jeweiligen Publikation etc. *berufsmäßig* mitwirken muss. Erfasst werden damit zwar auch berufsmäßige Blogger und Personen, die für Enthüllungsplattformen wie WikiLeaks tätig sind, nicht aber Bürgerinnen und Bürger, die nur gelegentlich publizistisch tätig werden, und dass, obwohl auch bei ihnen der Schutzbereich der Pressefreiheit eröffnet ist, *Kujath*, Laienjournalismus, S. 124 f.

den grundrechtlich abgesicherten Informantenschutz<sup>465</sup> umfassend zu gewährleisten, ist eine vergleichbare Privilegierung auch für die Landesverrattatbestände nötig.<sup>466</sup>

---

<sup>465</sup> BVerfGE 117, 244 (265) (*Cicero-Affäre*): „Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln. [...] Andernfalls könnte der von der Pressefreiheit umfasste Informantenschutz unterlaufen werden.“

<sup>466</sup> Dies wurde im Zusammenhang mit dem Fall *netzpolitik.org* vom damaligen Justizminister Heiko Maas (SPD) angedacht: „die aktuellen Vorgänge“ böten „auch Anlass, darüber nachzudenken, eine solche Grundentscheidung“, d. h. zu Gunsten der Pressefreiheit, „möglicherweise auszuweiten.“ Äußerung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Protokoll der 63. Sitzung v. 19.8.2015, zit. nach *Beckedahl*, *netzpolitik.org* v. 24.8.2016. Dagegen: *Dietrich*, RW 2016, 566 (595 f.). Eine entsprechende Regelung ist auch in § 23 Abs. 6 GeschGehG vorgesehen, das im Jahr 2019 in Kraft getreten ist.





## § 5 Amtsgeheimnisse

Staatliche Geheimnisse werden nicht nur durch die Allgemeindelikte der Landesverratsbestimmungen, sondern auch durch die Sonderdelikte des § 353b StGB strafrechtlich geschützt.<sup>1</sup> Der Straftatbestand der Verletzung von Dienstgeheimnissen und besonderen Geheimhaltungspflichten<sup>2</sup> kommt gerade beim Whistleblowing im öffentlichen Sektor in Betracht, weil sich der Täterkreis auf „Amtsträger“ sowie auf die „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“ (zum Beispiel V-Leute und Angestellte der Geheimdienste) erstreckt.<sup>3</sup> Zudem erfasst § 353b Abs. 2 StGB Personen, die durch einen förmlichen Akt zur Geheimhaltung verpflichtet wurden.<sup>4</sup> Der Geheimnisschutz der Vorschrift ist weitläufig, denn im Gegensatz zu den §§ 93 ff. StGB sieht sie kein spezifisches Geheimhaltungsinteresse vor. Stattdessen setzt § 353b StGB voraus, dass die Offenbarung ein wichtiges öffentliches Interesse gefährdet.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Tateinheit zwischen den §§ 93 ff. StGB und § 353b StGB ist möglich, *Fischer*, StGB § 353b Rn. 37; *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 58. Geheimnisverletzungen werden gem. § 353b Abs. 4 StGB nur mit Ermächtigung (für die die §§ 77–77d StGB entsprechend gelten, § 77e StGB) verfolgt, die von einer obersten Bundes- bzw. Landesbehörde oder dem Präsidenten des jeweiligen Gesetzgebungsorgans erteilt werden kann.

<sup>2</sup> „Amtsgeheimnis“ wird hier als Oberbegriff für die durch § 353b StGB geschützten Geheimnisse verwendet.

<sup>3</sup> § 353b Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2, 4 StGB, § 11 Abs. 1 Nr. 2, 4 StGB, VerpflG. Zudem werden Personen erfasst, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnehmen, § 353b Abs. 1 S. 1 Nr. 3. Dazu zählt etwa das Vertretungsrecht der Richter gem. §§ 49, 72, 74 DRiG, *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 17.

<sup>4</sup> Nach § 353b Abs. 2 Nr. 2 StGB können z. B. Beteiligte eines Strafverfahrens, sofern dies gesetzlich vorgesehen, bezüglich „der ihnen mitgeteilten geheimhaltungsbedürftigen Umstände“ zu Geheimhaltung verpflichtet werden, RiStBV Nr. 213 Abs. 5.

<sup>5</sup> Im Gegensatz dazu bezwecken die geheimnisschützenden Amtsdelikte der § 203 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 2, § 355 StGB den Schutz privater Geheimhaltungsinteressen, weshalb sie erst i. R. d. §§ 7 f. thematisiert werden.

## I. Der Geheimnisbegriff

Der Geheimnisbegriff wird in § 353b Abs. 1 StGB nicht legaldefiniert. Die Rechtsprechung versteht unter Geheimnissen im Sinne der Vorschrift „Tatsachen, die nur einem begrenzten Personenkreis bekannt und zudem geheimhaltungsbedürftig sind.“<sup>6</sup> Das erste Merkmal wird auch in der Legaldefinition der Staatsgeheimnisse (s. § 93 Abs. 1 StGB) verwendet.<sup>7</sup> Dementsprechend werden sogenannte „Mosaikgeheimnisse“ auch nicht durch § 353b StGB geschützt.<sup>8</sup> Nicht erfasst sind zudem offenkundige Informationen.<sup>9</sup>

Mit dem Merkmal der Geheimhaltungsbedürftigkeit sollen nur völlig belanglose Informationen vom strafrechtlichen Schutz ausgenommen werden,<sup>10</sup> seine tatbestandsbegrenzende Funktion ist folglich gering. Erst durch das eigenständige Tatbestandsmerkmal der Gefährdung „wichtiger öffentlicher Interessen“ wird die Geheimhaltungsbedürftigkeit etwas konkreter.

## II. Akzessorietät der straf- von der beamtenrechtlichen Schweigepflicht

Allgemein besteht kein Geheimhaltungsbedürfnis bezüglich solcher Tatsachen, die von der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht ausgenommen sind.<sup>11</sup> Das ergibt sich aus dem Ultima-ratio-Gedanken des Strafrechts: Wenn schon nach dem Beamtenrecht kein Geheimhaltungsinteresse besteht, kann ein solches erst recht nicht im Strafrecht anerkannt werden.<sup>12</sup> Der strafrechtliche

---

<sup>6</sup> BGHSt 48, 126 (129) (*Sächsischer Datenschutzbeauftragter*).

<sup>7</sup> Siehe dazu bereits unter § 4 I. 2.

<sup>8</sup> A. A. *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 22, mit Verweis auf ältere Entscheidungen, die der BGH traf, bevor die Legaldefinition des § 93 Abs. 1 StGB im Jahre 1968 geändert wurde.

<sup>9</sup> Den Regelungen zur beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht entsprechend, s. § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BeamStG.

<sup>10</sup> Etwa „bürotechnische Angelegenheiten“, *Kuhlen*, in: NK § 353b Rn. 12. Geschützt sein sollen hingegen Informationen bzgl. Leistungen und Fähigkeiten eines Beamten; Erkenntnisse aus einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren; Prüfungsaufgaben; ein Codewort für Halterabfragen beim Kraftfahrtbundesamt; Informationen aus einem polizeilichen Datensystem; auch Informationen über Privatleute, etwa personenbezogene Daten, *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 353b Rn. 5, mit weiteren Bsp. – Im Fall *Pätsch* wurde ein Geheimhaltungsbedürfnis bejaht für „Namen von Angehörigen des BfV, die ‚operativ‘ tätig oder im Sicherheitsdienst des Amtes eingesetzt sind“ sowie für die Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen des BfV, BGHSt 20, 342 (374, 380 f.).

<sup>11</sup> *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 25.

<sup>12</sup> Siehe im Einzelnen dazu noch unter § 10 II. 1.

Schutz der Dienstgeheimnisse kann demzufolge maximal so weit reichen wie die beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten.<sup>13</sup>

Die beamtenrechtliche Schweigepflicht wird unter anderem durch die folgenden drei Ausnahmen durchbrochen: Ihr unterliegen – *erstens* – keine Tatsachen, deren Mitteilung im dienstlichen Verkehr geboten sind, § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 1 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 Nr. 1 BeamStG.<sup>14</sup> Die interne Anzeige von Missständen, kann in diesem Sinne geboten sein. Dabei ist allerdings zu differenzieren, wem die Missstände mitgeteilt werden. Es soll etwa nicht dienstlich geboten sein, behördliche Missstände per E-Mail im Kollegenkreis zu verbreiten.<sup>15</sup> Der richtige Weg bestehe darin, sich an Vorgesetzte zu wenden und gegebenenfalls zu remonstrieren.<sup>16</sup> Wer bei einer Anzeige den Dienstweg einhält (§ 125 BBG) verletzt also weder die beamtenrechtliche noch die strafrechtliche Schweigepflicht.

Ausdrücklich vorgesehen ist die Einhaltung des Dienstwegs nur bei Remonstrationen. Beamtinnen und Beamte haben ihre „Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen“ gemäß § 63 Abs. 2 S. 1 BBG „unverzüglich bei der oder dem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen.“ Wenn die Anordnung aufrechterhalten wird und ihre Bedenken fortbestehen, müssen sie sich an die nächsthöhere Vorgesetzte oder den nächsthöheren Vorgesetzten wenden, § 63 Abs. 2 S. 2 BBG. Die Gehorsampflicht der Beamtinnen und Beamten entfällt aber gemäß § 63 Abs. 2 S. 4 BBG, „wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen und Beamten erkennbar ist.“ Zudem treten die Remonstrationspflicht und die Verschwiegenheitspflicht gegenüber der Pflicht zurück, für die freiheitliche

---

<sup>13</sup> Vgl. auch BGHSt 46, 339 (341 f.) (*Hepolis*); BGHSt 48, 126 (129 f.) (*Sächsischer Datenschutzbeauftragter*). Das Geheimhaltungsbedürfnis ergebe sich aus der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht; im Umkehrschluss fehlt es, wenn keine Verschwiegenheitspflicht besteht. Unter welchen Voraussetzungen die Verschwiegenheitspflicht nicht verletzt wird, wenn ein rechtswidriges Verhalten offenbart wird, hat der BGH offengelassen, ebd. S. 131. Bzgl. der Verschwiegenheitspflicht meinte das BVerfG im Fall *Pätsch*, dass es „keiner weiteren Begründung“ bedürfe, „daß bei Beamten und Angestellten, deren Tätigkeit nachrichtendienstlicher Natur ist und die in einer Behörde arbeiten, zu deren Dienstaufgaben der Schutz des Staates nach außen gehört, der Pflicht zur unbedingten Geheimhaltung der ihnen dienstlich bekanntgewordenen Vorgänge ganz besondere Bedeutung zukommt.“ BVerfG 28, 191 (205 f.). Vgl. für das Militär auch EGMR, *Hadjianastassiou ./. Griechenland*, Urt. v. 16.12.1992 – 12945/87, § 46: „It is also necessary to take into account the special conditions to military life and the specific ‚duties‘ and ‚responsibilities‘ incumbent on the members of the armed forces“.

<sup>14</sup> Es liegt dann schon kein tatbestandsmäßiges Offenbaren vor, *Fischer*, StGB § 353b Rn. 15; *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 353b Rn. 8; *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 22.

<sup>15</sup> *Battis*, BBG § 67 Rn. 8; zum Fall s. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 850.

<sup>16</sup> OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 850.

demokratische Grundordnung einzutreten, die in § 60 Abs. 1 S. 3 BBG bzw. § 33 Abs. 1 S. 3 BeamStG normiert ist.<sup>17</sup>

Die Verschwiegenheitspflicht ist – *zweitens* – auch ausgeschlossen, soweit die jeweiligen Tatsachen ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen, § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BeamStG.<sup>18</sup> In Abgrenzung zu dem eng auszulegenden Ausnahmetatbestand sollen nach der Rechtsprechung alle Angelegenheiten der Verschwiegenheitspflicht unterliegen, „die unter irgendeinem Gesichtspunkt aus irgendeinem Grunde jetzt oder auch später Bedeutung gewinnen können, d. h. nicht ganz unbedeutend sind.“<sup>19</sup> Teilweise wird in der Literatur darauf abgestellt, ob das Bekanntwerden der Tatsachen geeignet sei, „zu einer Verletzung schützenswerter öffentlicher oder privater Interessen der durch die bekannt gewordenen Tatsachen berührten Stellen oder Personen zu führen“.<sup>20</sup> Ihrer Bedeutung nach bedürften auch solche Tatsachen keiner Geheimhaltung, die „üblicherweise in der Öffentlichkeitsarbeit einer Behörde publiziert werden, um dem Demokratieprinzip gerecht zu werden.“<sup>21</sup>

*Drittens* unterliegen auch Tatsachen, die den Verdacht einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331–337 StGB begründen, nicht der Verschwiegenheitspflicht, wenn sie der obersten Dienstbehörde oder den Strafverfolgungsbehörden angezeigt werden, § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG.<sup>22</sup>

Dies sind nur die Ausnahmen, die in den Regelungen zu den beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten selbst enthalten sind. Es gibt aber eine Reihe von Vorschriften unterschiedlichster Gesetze, die erlauben oder dazu verpflichten, geheime Verwaltungsinformationen zu offenbaren, und die ebenfalls die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht durchbrechen. Einige dieser Vorschriften werden noch im Rahmen des 2. Teils unter III. bei den jeweils einschlägigen Offenbarungsinteressen thematisiert. Im Folgenden wird hingegen zunächst auf die Interdependenzen von Auskunftsrechten bzw. Infor-

---

<sup>17</sup> Das ist im Verhältnis zur Verschwiegenheitspflicht ausdrücklich in § 67 Abs. 2 S. 2 a. E. BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 2 a. E. BeamStG vorgesehen, gilt aber auch für die Remonstrationspflicht, denn wenn keine Pflicht zu schweigen besteht, ist eine Remonstrationspflicht widersinnig, *Bäcker*, *Die Verwaltung* 2015, 499 (513).

<sup>18</sup> Siehe auch § 10 Abs. 2 BPersVG.

<sup>19</sup> OVG Münster, Urt. v. 5.8.1960 – V 49/59 = PersV 1962, 61; und daran anschließend BVerwG, Urt. v. 25.11.1982 – 2 C 19/80, juris Rn. 15 = NJW 1983, S. 2343; BGHSt 46, 339 (341); 48, 126, (130).

<sup>20</sup> *Leppek/Grandjot*, in: BeckOK-BBeamtr, BBG § 67 Rn. 15.

<sup>21</sup> *Reich*, BeamStG § 37 Rn. 8.

<sup>22</sup> Zu weiteren Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht s. *Beer*, DDB 1985, 99 (101).

mationsansprüchen und von beamtenrechtlichen sowie strafrechtlichen Verschwiegenheitspflichten eingegangen. Als dann wird die rechtliche Bedeutung von Loyalität für die beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht untersucht.

### 1. Informationsansprüche der Informationsfreiheitsgesetze

Auskunftsrechte und Informationsansprüche gegenüber der Verwaltung verpflichten diese, Informationen zu offenbaren. Daher besteht bezüglich solcher Informationen normlogisch prinzipiell keine beamtenrechtliche und subsequent (s. bereits oben unter II.) auch keine strafrechtliche Verschwiegenheitspflicht.<sup>23</sup> Dies gilt uneingeschränkt für Informationen, die von jeder Person gleichermaßen geltend gemacht werden können, etwa aufgrund der Auskunftsansprüche der Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder.<sup>24</sup> Entsprechendes gilt weiterhin für grundrechtliche Informationsansprüche, die aus

---

<sup>23</sup> So bereits bzgl. presserechtlicher Ansprüche ggü. der Verwaltung, *Hoyer*, JR 2003, 513 (514); *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 103–138, ausdrücklich S. 120. In den Landespressgesetzen sind zwar Klauseln vorgesehen, nach denen die Vorrangrelation zu Gunsten der Geheimhaltung umgekehrt wird, s. etwa § 4 Abs. 2 Nr. 1 LPG-Bln: Auskunft kann verweigert werden, „soweit [...] Vorschriften über die Geheimhaltung entgegenstehen“. Damit sollen aber nur Vorschriften des materiellen Geheimnisschutzes gemeint sein, *Burkhardt*, in: *Löffler Presserecht*, LPG § 4 Rn. 109, also etwa nicht die allgemeinen beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten, ebd. Rn. 114 m. w. N. Verneint bzgl. § 85 Abs. 1 GmbHG wegen privatrechtlicher Natur des Geheimnisses, OVG Hamburg, Beschl. v. 4.10.2010 – 4 Bf 179/09.Z, juris Rn. 33; OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 7.3.2014 – OVG 6 S 48.13, juris Rn. 21. Entsprechendes soll für §§ 93, 116 AktG (ebd.) und dürfte danach etwa auch für § 23 GeschGehG gelten. Nach OLG Schleswig, Beschl. v. 24.9.1984 – 2 Ws 708/84, NStZ 1986, 366, soll auch § 203 Abs. 2 StGB einer Auskunft nicht entgegenstehen, u. a. da die Vorschrift „mit den öffentlichen Aufgaben der Presse“ und „dem demokratischen Publizitätsgebot“ unvereinbar sei; demgegenüber meint *Schünemann*, in: LK § 203 Rn. 149, in diesem Bereich sei „um die im Verfassungsrecht so beliebte und im Strafrecht wegen ihrer Verschwiegenheit so missliche Güter- und Interessenabwägung [...] nicht herumzukommen“. Die presserechtlichen Ausschlussstatbestände seien nur ausnahmsweise nicht erfüllt, wenn eine „umfassende Interessenabwägung“ zu Gunsten der Informationsinteressen ausgehe, ebd.

<sup>24</sup> In den letzten 20 Jahren haben die meisten Bundesländer eigene Informationsfreiheitsgesetze verabschiedet: Akteneinsichts- und Informationszugangsgesetz (AIG), Brandenburg 1998; IFG Berlin 1999, IFG Nordrhein-Westfalen 2001; Hamburgisches Transparenzgesetz (HmbTG) 2012; IFG Mecklenburg-Vorpommern 2006; IFG Saarland 2006; Informationszugangsgesetz (IZG) Sachsen-Anhalt 2008; IZG Schleswig-Holstein 2012; IFG Thüringen 2012; IFG Bremen 2015; Landesinformationsfreiheitsgesetz (LIFG) Baden-Württemberg 2015; Gesetz über die Transparenz von Informationen, Sachsen 2022. In Bayern und Niedersachsen fehlen entsprechende Gesetze bislang. – Keine Verschwiegenheitspflicht besteht entsprechend bzgl. Informationen, die durch § 3 UIG, § 5 Abs. 1 S. 1 BArchG, § 13 Abs. 8 StUG, § 2 Abs. 1 S. 1 UIG und Auskünften aus Registern, für die kein besonderes Interesse nachgewiesen werden muss, BGHSt 48, 28 (31). Auch für die von diesen Vorschriften erfassten Informationen dürften die in BVerfG, NVwZ 2017, 1618 (1619 Rn. 21) aufgestellten

der Informationsfreiheit des Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK (anerkannt) oder Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG (bislang noch umstritten) hergeleitet werden bzw. in Art. 42 GRCh ausdrücklich geregelt sind.<sup>25</sup> Kann die Informationen hingegen nur eine bestimmte Person geltend machen, weil nur sie ein berechtigtes Interesse an den Informationen besitzt, ist die Schweigepflicht nur ihr gegenüber von vornherein aufgehoben.<sup>26</sup>

Die Ansprüche in den Informationsfreiheitsgesetzen erfassen grundsätzlich alle amtlichen Informationen, die bei den Behörden vorhanden sind, s. etwa für den Bund § 1 Abs. 1 IFG. Ausnahmetatbestände (etwa §§ 3–6 IFG), deren Reichweite im Einzelnen häufig umstritten ist und deren extensive Anwendung durch die Verwaltung kritisiert wird,<sup>27</sup> schränken die Informationsansprüche allerdings stark ein.

Die Prüfung der Ausnahmetatbestände erfolgt einzelfallbezogen, es sei denn, es liegt eine sogenannte Bereichsausnahme vor. Im IFG des Bundes ist eine Bereichsausnahme in § 3 Abs. 1 Nr. 8 IFG geregelt.<sup>28</sup> Danach besteht, unabhängig vom Einzelfall, kein Anspruch auf Informationszugang „gegenüber den Nachrichtendiensten“ und weiteren ähnlichen Einrichtungen, sodass auch belanglose oder unbedenkliche Informationen vom Informationsanspruch von vornherein ausgenommen sind.<sup>29</sup>

---

Grundsätze gelten. Danach sind Informationen, die dem Anspruch des § 1 IFG unterliegen, als „allgemein zugängliche Quellen“ i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG zu werten.

<sup>25</sup> Siehe auch Art. 15 Abs. 3 AEUV.

<sup>26</sup> Es gibt einige Informationsansprüche und Auskunftsrechte, die ein spezifisches Interesse voraussetzen bzw. nur von bestimmten Personen verlangt werden können, etwa Akteneinsichtsrechte von Verfahrensbeteiligten, z. B. § 29 Abs. 1 S. 1 VwVfG, weitere Beispiele bei *Schoch*, IFG Einl. Rn. 23 ff. So auch für die landesrechtlichen Presseansprüche, *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 121.

<sup>27</sup> Siehe etwa *Müller-Neuhof*, in: Informationsfreiheit und Informationsrecht, S. 9 ff.; *Schoch*, IFG vor §§ 3–6 Rn. 14. Hinzu kommt die sich dem Prinzip der Regeltransparenz erst schrittweise anpassende Behördenkultur, die in Kombination mit den weitläufigen Ausnahmetatbeständen zu einer teilweise sehr restriktiven Auskunftspraxis geführt haben, vgl. ebd. Einleitung Rn. 396, 404.

<sup>28</sup> *Schoch*, IFG vor §§ 3–6 Rn. 46 m. w. N.; OVG Bbg-Bln, Ur. v. 28.6.2013 – OVG 12 B 9.12 = juris Rn. 30: „Eine echte Bereichsausnahme hat der Gesetzgeber lediglich in § 3 Nr. 8 IFG für die dort genannten Bereiche vorgesehen.“

<sup>29</sup> Bereichsausnahmen gelten als „besonders heikel“, da sie „mit einem zeitgemäßen Informationsfreiheitsrecht kaum vereinbar“ seien, *Schoch*, IFG vor §§ 3–6 Rn. 45 m. w. N.; krit. auch *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 133: Die Arbeit der Nachrichtendienste bleibe für die Öffentlichkeit äußerst intransparent. Eine Kontrolle erfolge ausschließlich durch das Parlamentarische Kontrollgremium (PKGR) und die G10-Kommission. Teilweise wird die Bereichsausnahme mit dem Hinweis auf die Anschläge vom 11.9.2001 gerechtfertigt; es bestünde sonst die Gefahr der Ausspähung durch ausländische Dienste und extremistische Gruppen, *Jastrow/Schlatmann*, IFG § 3 Rn. 115. Die Bundesländer haben z. T. auf eine Be-

Der Kreis der strafrechtlich geschützten Verwaltungsinformationen reicht nicht weiter, als es die Ausnahmetatbestände der Informationsfreiheitsgesetze vorsehen. Letztere stellen „die äußerste Begrenzung wichtiger öffentlicher Interessen im Sinne des § 353b StGB dar“.<sup>30</sup> Dadurch sind nicht viele Informationen zweifelsfrei vom strafrechtlichen Geheimnisschutz ausgenommen, denn die Ausnahmetatbestände der Informationsfreiheitsgesetze reichen weit und ihre Interpretation ist im Einzelnen oft umstritten. Greift aber kein Ausnahmetatbestand ein und besteht der Informationsanspruch daher, dann ist eine Offenbarung der Informationen nicht nach § 353b StGB und auch nicht nach anderen geheimnisschützenden Delikten strafbar.

Auf der anderen Seite ist nicht jede Information, die in den Anwendungsbereich eines der Ausnahmetatbestände fällt, auch strafrechtlich vor einer Offenbarung geschützt. Stattdessen ist bei § 353b StGB für jeden Einzelfall gesondert festzustellen, ob die Offenbarung ein wichtiges öffentliches Interesse gefährdet hat.<sup>31</sup> Ein erfüllter Ausnahmetatbestand zeigt aber zumindest an, dass ein rechtliches Geheimhaltungsinteresse besteht; dass es im Sinne des Straftatbestands auch „wichtig“ ist, muss dann noch positiv festgestellt werden.

## 2. Grundrechtlicher Informationsanspruch

Informationsansprüche können sich auch aus Grund- bzw. Menschenrechten ergeben. Besteht ein solcher, macht sich nicht strafbar, wer die Informationen offenbart, auf die sich der Anspruch erstreckt.

Ein allgemeiner Informationsanspruch ergibt sich nach zutreffender, wenngleich noch sehr umstrittener Ansicht, aus dem Grundrecht der Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 Hs. 2 GG. Die bislang wohl h. M. meint hingegen, die Informationsfreiheit gewährleiste ihrem Wortlaut entsprechend nur, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, nicht aber ein „Recht auf Eröffnung einer Informationsquelle“.<sup>32</sup> Ihr Schutzbereich sei daher

---

reichsausnahme bzgl. der Landesverfassungsschutzämter verzichtet: Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Thüringen, s. im Einzelnen *Berger/Roth/Scheel*, in: IFG, § 3 Rn. 154 f.

<sup>30</sup> *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 137, 238.

<sup>31</sup> Edb.

<sup>32</sup> BVerfGE 103, 44 (59 a. E.); *Schoch*, IFG Einl. Rn. 68 Fn. 248 m. w. N.; *Grzeszick*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 20 II. Rn. 27 m. w. N. Dafür spricht auch die historische Exegese: *Jerschke*, Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, S. 107. Allerdings, so die Gegenansicht, sei das Wortlautargument zirkelschlüssig, *Wegener*, Der geheime Staat, S. 480, und der historische Wille des Verfassungsgesetzgebers maßgeblich von dem aus Weimar und NS-Staat überkommenen Verständnis sowie vom Systemgegensatz und dem Kalten Krieg geprägt gewesen, ebd. S. 483. Stattdessen müsse die Verfassungsinterpretation des 21. Jh. durch übergreifende Traditionen wie die aufklärerische Publizitätskonzeption und einem internationalen Demokratieverständnis bestimmt werden.



grundsätzlich nur insoweit eröffnet, wie der Zugang zu staatlichen Informationen durch rechtliche Vorgaben bestimmt ist.<sup>33</sup> Die Rechtsprechung bejaht allerdings einen besonderen grundrechtlichen Informationsanspruch, wenn der Zugang zu den jeweiligen Informationen „weiter oder gar unbeschränkt hätte eröffnet werden müssen“.<sup>34</sup>

Zeitgemäß und überzeugender ist es, einen allgemeinen grundrechtlichen Informationsanspruch anzuerkennen.<sup>35</sup> Eine demokratietheoretische Neuinterpretation des Grundrechts wird wegen des maßgeblich durch die Informationsfreiheitsgesetzgebung eingeläuteten Paradigmenwechsels zu Recht für überfällig gehalten.<sup>36</sup> Die Regelgeheimhaltung der Verwaltung, ein absolutistisches Relikt, wandle sich zum Grundsatz der Regeltransparenz der Verwaltung und mit ihr das Verfassungsverständnis.<sup>37</sup> Der umfassende Zugang zu Verwaltungsinformationen sei demokratisch und rechtsstaatlich geboten, damit das Volk als oberster Souverän die von ihm abgeleitete Staatsgewalt effektiv kontrollieren könne.<sup>38</sup>

Mit einer derartigen Neuinterpretation der Informationsfreiheit würde Deutschland außerdem zum EU-Primärrecht aufschließen.<sup>39</sup> Mit Art. 42 GRCh wird der Zugang zu Dokumenten und damit ein unmittelbarer grundrechtlicher Anspruch auf Informationen gewährleistet.<sup>40</sup> Dieses Recht ist wortgleich im Artikel zum „Grundsatz der Offenheit“ in Art. 15 Abs. 3 AEUV geregelt.<sup>41</sup>

---

<sup>33</sup> BVerfG, NVwZ 2017, 1618 (1619); allerdings gelten all jene Verwaltungsinformationen als allgemein zugänglich i. S. d. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG, auf die sich das Informationsfreiheitsgesetz erstreckt, ebd. Rn. 21. Nicht eröffnet ist die Informationsfreiheit also bzgl. der absolut ausgenommenen Geheimdienste, s. § 3 Abs. 1 Nr. 8 IFG, sog. normgeprägter Schutzbereich, *Schoch*, IFG Einl. Rn. 69 m. w. N. in Fn. 254.

<sup>34</sup> BVerfGE 103, 44 (61) (*n-tv*); BVerwGE 146, 56; 151, 348. „Besonders“, weil er bislang nur der Presse zugesprochen wurde. Begründet wird dies damit, dass der Bund im Gegensatz zu den Ländern noch kein Gesetz mit presserechtlichen Auskunftsansprüchen geschaffen hat, BVerwGE 146, 56 (64 Rn. 29) = juris Rn. 29.

<sup>35</sup> Siehe etwa *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 341 ff., 378 ff.; *ders.*, ThürVBl 2003, S. 193 ff.; *Wegener*, FS Bartlspenger, S. 165 ff.; *ders.*, Der geheime Staat, S. 475 ff., 487 m. w. N.

<sup>36</sup> *Wegener*, Der Geheime Staat, S. 1, 393, 480.

<sup>37</sup> Ebd. S. 411, 481; s. auch *Rossi*, IFG § 1 Rn. 1.

<sup>38</sup> *Wegener*, Der Geheime Staat, S. 428 ff., 435 ff., 480; vgl. zudem *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 54 f. Diese Argumentation wird noch im 2. Teil i. R. d. § 1 vertieft.

<sup>39</sup> *Wegener*, NVwZ 2016, 1619 f.

<sup>40</sup> So etwa *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, GRCh Art. 42 Rn. 1 m. w. N. in Fn. 5; a. A. etwa *Schöbener*, in: Stern/Sachs GRCh Art. 42 Rn. 5 m. w. N. zu beiden Ansichten in Fn. 10.

<sup>41</sup> Das Verhältnis zwischen Art. 42 GRCh und Art. 15 Abs. 3 AEUV regelt Art. 52 Abs. 2 GRCh. Siehe außerdem Art. I-50 und II-102 Vertrag über eine Verfassung von Europa und Art. 6 Abs. 1 Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union (Transparenzgebot).

Weiterhin hat der EGMR einen menschenrechtlichen Informationsanspruch bereits in verschiedenen Entscheidungen zu Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK ausnahmsweise anerkannt, wenn er für die Ausübung der Meinungsfreiheit unerlässlich ist, die Informationen von öffentlichem Interesse sind und die um Auskunft ersuchende Person die Rolle eines *public watchdog* wahrnimmt.<sup>42</sup> Mit diesem Merkmal sind Personen gemeint, denen es darum geht, die Öffentlichkeit zu informieren, insbesondere, um deren Kontrollfunktion zu aktivieren. Es ist personell nicht auf die Presse beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf Personen aus Nichtregierungsorganisationen und der Wissenschaft sowie auf solche, die Blogs und soziale Medien nutzen.<sup>43</sup> Hierzu sind regelmäßig auch Whistleblower zu zählen. Dementsprechend wird die Bedeutung der Informationsfreiheit etwa auch in der Whistleblowing-Richtlinie betont.<sup>44</sup>

### 3. Loyalität und beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflicht

Wie schon zum Staatsbürgerverhältnis (s. § 4 V.) stellt sich hier die Frage, inwieweit das Beamtenverhältnis Loyalitäts- oder Treuepflichten begründet, die dazu verpflichten könnten, Informationen geheim zu halten. Im Diskurs und in der Entscheidungspraxis zum Whistleblowing in öffentlichen Beschäftigungsverhältnissen wird häufig auf diese Begriffe rekurriert. Die folgenden Überlegungen zeigen, dass der Begriff der Loyalität oder Treue, nicht eindimensional im Sinne der tradierten Bedeutung von Verschwiegenheit und Wahrung hierarchischer Strukturen zu verstehen ist. Vielmehr ist er auch als Pflicht zur Wahrung des Rechts und zu institutioneller Transparenz, d. h. als konstitutionelle Loyalität, zu interpretieren.

Das Beamtenverhältnis ist von Verfassungs (Art. 33 Abs. 4 GG) und Gesetzes (§ 4 BBG bzw. § 3 Abs. 1 BeamStG) wegen nicht nur ein Dienst-, sondern auch ein „Treueverhältnis“. Während Beamte in der Monarchie und im Nationalsozialismus mit einem „Treueid“ ihre Loyalität gegenüber dem Herrscher bzw. dem Führer geloben mussten,<sup>45</sup> sieht die heute in § 64 Abs. 1 BBG niedergelegte Eidesformel einen Verfassungs- und Amtseid vor. Beamtinnen und Beamte schwören, „das Grundgesetz und alle in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gesetze zu wahren und [ihre] [...] Amtspflichten gewissenhaft

---

<sup>42</sup> EGMR, *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn*, Urt. v. 8.11.2016 – 18030/11, §§ 159, 161, 164 = NVwZ 2017, 1843 (1847).

<sup>43</sup> Ebd. § 168.

<sup>44</sup> ErwG 31 WBRL; s. auch bzgl. der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen, § 5 Nr. 1 Var. 2 GeschGehG.

<sup>45</sup> *Battis*, BBG § 64 Rn. 2; eingehend: *W. Wiese*, Staatsdienst in der Bundesrepublik, S. 61 ff.

zu erfüllen“.<sup>46</sup> Nicht die persönlich konzipierte Treue, die eng mit den Aspekten der Hierarchie und des Gehorsams verbunden ist, sondern das Bekenntnis zur Verfassung und den Gesetzen nimmt heute den höchsten Rang ein.<sup>47</sup>

Aus dem „Treueverhältnis“ werden wechselseitige Treuepflichten abgeleitet.<sup>48</sup> Im Gegensatz zum Arbeitsrecht sind diese Pflichten jedoch gesetzlich ausdrücklich im BBG und BeamStG geregelt.<sup>49</sup> Dem Treuebegriff selbst kommt daher eher eine allgemein-deskriptive Bedeutung zu. Unmittelbar ergeben sich aus ihm keine spezifischen Verhaltenserwartungen. Um den spezifischen Inhalt der gesetzlich geregelten Pflichten zu bestimmen, soll es allerdings möglich sein, auf eine „allgemeine Treuepflicht“ zu rekurrieren.<sup>50</sup> Diese kann aber wegen des Rechtsstaatsprinzips grundsätzlich nicht zu Gehorsam im Unrecht oder Verschwiegenheit bezüglich von Rechtsverstößen verpflichten (s. bereits § 2 III.).<sup>51</sup> Doch genau dazu lädt der vage, eher für persönliche Beziehungen außerhalb des Rechts adäquate Begriff ein, weshalb heute hinterfragt wird, ob eine beamtenrechtliche „Treuepflicht“ in der grundgesetzlichen Ordnung überhaupt noch einen Platz hat.<sup>52</sup>

Demgegenüber haben BGH und BVerfG vor über 50 Jahren im Fall *Pätsch* die Begriffe der Treue und Loyalität besonders hervorgehoben. Die Meinungs-

---

<sup>46</sup> Skeptisch ggü. dem Begriff der Verfassungsloyalität, *Fletcher*, *Loyalty*, S. 64: „the gears of loyalty simply do not engage the Constitution.“ Er meint aber, der deutsche Begriff der Verfassungstreue habe eine stärkere Bedeutung und verweist darauf, dass auch in der frühen Verfassungsgeschichte der USA der Begriff des „treason of constitution“ verwendet worden sei, ebd. Fn. 4.

<sup>47</sup> Diese Rationalisierung des Treueids schließt nicht aus, derartige Eide zu politischen Zwecken zu instrumentalisieren. *Fletcher*, *Loyalty*, S. 62, weist darauf hin, dass in der McCarthy-Ära Verfassungseide (häufig verbunden mit der Erklärung, nicht Mitglied einer kommunistischen Organisation gewesen zu sein) im öffentlichen Dienst bewusst eingesetzt wurden, um Personen mit devianten politischen Ansichten einzuschüchtern. In der BRD wurde der Begriff der Verfassungstreue mit dem sog. „Radikalenerlass“ von 1972 missbraucht, um Personen aus dem öffentlichen Dienst zu entlassen, Disziplinarverfahren gegen sie einzuleiten oder sie gar nicht erst einzustellen. In dieser Praxis erkannte der EGMR, *Vogt* ./ *Deutschland*, Urt. v. 26.9.1995 – 17851/91, Verstöße gegen Art. 10, 11 EMRK.

<sup>48</sup> *Battis*, BBG § 4 Rn. 4.

<sup>49</sup> Die beamtenrechtlichen Pflichten werden normativ auf die sog. hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums i. S. d. Art. 33 Abs. 5 GG zurückgeführt und durch die Vorschriften des BBG bzw. des BeamStG gesetzlich konkretisiert. Für Beamtinnen und Beamte des Bundes sind die einzelnen Pflichten in den §§ 60–86 BBG geregelt. In dem Treueverhältnis ist der „Dienstherr“ gem. § 78 BBG insb. zu Fürsorge und Schutz verpflichtet.

<sup>50</sup> So die wohl h. M., etwa *Hans*, Whistleblowing durch Beamte, S. 68; *Battis*, BBG § 4 Rn. 4.

<sup>51</sup> *Thieme*, 48. DJT D 13, zit. nach *Battis*, BBG § 4 Rn. 4.

<sup>52</sup> *Denninger/Frankenber*, Grundsätze zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, S. 11, 106 sprechen sich etwa für die Streichung des Treuebegriffs in Art. 33 Abs. 4 GG aus; *W. Wiese*, Staatsdienst in der Bundesrepublik, S. 74; *Battis*, BBG § 4 Rn. 4.

äußerungsfreiheit des Beamten werde durch „[d]as ‚besondere Gewaltverhältnis‘, in dem der Beamte zum Staate steht, und seine sich daraus ergebende Treupflicht“ beschränkt. Er müsse „mehr noch als der Nichtbeamte darauf bedacht sein, durch seine Meinungsäußerung den Staat nicht zu schädigen, wozu auch die Unterlassung der Preisgabe von Staatsgeheimnissen“ zähle.<sup>53</sup> Das BVerfG betonte eine „Pflicht zur Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn“. Sie halte einen Beamten zunächst dazu an „die in der institutionellen Ordnung der Verwaltung und des demokratischen Staates liegenden Abhilfemöglichkeiten auszuschöpfen, bevor er den in seinen Folgen von ihm nicht übersehbaren und beherrschbaren Weg in die Öffentlichkeit beschreitet.“<sup>54</sup>

In der beamtenrechtlichen Literatur wird noch heute eine Pflicht zu „dienstlicher Loyalität“ mit entsprechendem Inhalt angenommen.<sup>55</sup> Diese spezifische „Loyalitätspflicht“ wird aus der Verschwiegenheitspflicht (§ 67 BBG bzw. § 37 BeamStG), der Pflicht zu Gehorsam bzw. der Weisungsgebundenheit (§ 62 Abs. 1 S. 1 BBG bzw. § 35 S. 1 BeamStG) und den Pflichten „zur Unterstützung, Kollegialität und Vertrauenswürdigkeit“ (§§ 61 Abs. 1 S. 3, 62 Abs. 1 S. 1 BBG bzw. §§ 34 S. 3, 35 Abs. 1 S. 1 BeamStG) sowie aus dem Dienstwegprinzip konstruiert (§ 125 Abs. 1 S. 2 BBG bzw. § 36 Abs. 2 S. 1 BeamStG).<sup>56</sup>

Auch der EGMR hat in seiner Leitentscheidung zum Whistleblowing, *Guja gegen Moldau*, eine Loyalitätspflicht angenommen, die im öffentlichen Dienst von besonderer Bedeutung sei.<sup>57</sup> In einer demokratischen Gesellschaft obliege es Beamtinnen und Beamten, die Regierung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu entlasten und sie damit zu unterstützen. Die Öffentlichkeit habe ein Recht, zu erwarten, dass sie dieser Pflicht nachkommen und die demokratisch gewählte Regierung nicht behindern.

Diesem Gedanken ähnelnd vertritt die Literatur zum Teil, dass Angehörige des öffentlichen Dienstes, die Staatsgeheimnisse „auf eigene Faust“ preisgeben, außerhalb staatlich-institutionalisierter Strukturen als Privatpersonen handelten und somit weder demokratisch legitimiert seien noch der Gewaltenkontrolle unterlägen.<sup>58</sup> Speziell zu den Landesverratsvorschriften, die den Schutz

---

<sup>53</sup> BGHSt 20, 342 (369).

<sup>54</sup> BVerfGE 28, 191 (204 f.).

<sup>55</sup> Köhler, in: Hummel/Köhler/Mayer/Baunack, BDG B. II. 9. Rn. 22.

<sup>56</sup> Ebd.; Hans, Whistleblowing durch Beamte, S. 71.

<sup>57</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 71; s. auch EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 64, wonach die Loyalitätspflicht im öffentlichen Dienst stärker sein könne als in privaten Arbeitsverhältnissen; vgl. weiterhin EGMR, *Hadjianastassiou v Griechenland*, UrT. v. 16.12.1992 – 12945/87, § 46, bzgl. Angehöriger der Streitkräfte.

<sup>58</sup> Spezifisch zum Whistleblowing: *Boot*, Ratio Juris 31 (2018), 70 (77); *Sagar*, Secrets and Leaks, S. 114; *ders.*, in: WikiLeaks und die Folgen, S. 212. Allgemein: *Böckenförde*, in: HdbStaatsR III § 34 D. III. 2. Rn. 41; *Croner*, The Rule of Law Post v. 29.4.2022.

der äußeren Sicherheit des Staates bezwecken, hob Hellmuth von Weber in ganz ähnlicher Weise hervor, dass die Außenpolitik bestimmten staatlichen Stellen übertragen sei, sodass „der unverantwortliche einzelne Staatsbürger nicht das Recht hat, auf eigene Faust Außenpolitik zu machen.“<sup>59</sup> Dies gelte insbesondere in einer Demokratie, in der alle an der Bildung des Regierungswillens teilnähmen, sich diesem aber zugleich unterwerfen. „Alles andere wäre Anarchie.“<sup>60</sup>

Zu Recht soll die mit dem Amtseid gelobte Erfüllung der hier hervorgehobenen Pflichten sicherstellen, dass staatliche Einrichtungen überhaupt funktionsfähig sind. Eine hierarchische Organisationsstruktur der Verwaltung, die dazu verpflichtet, den Anweisungen der Vorgesetzten grundsätzlich Folge zu leisten, ist in einer komplexen Gesellschaft unerlässlich. Eigene politische oder ethische Überzeugungen müssen Beamtinnen und Beamte bei der Dienstausübung zurückstellen.<sup>61</sup> Staatliche Leitung und Lenkung würde unmöglich gemacht, wenn die Verwaltung in einen Partikularismus widerstreitender Privatstimmen zerfallen würde.

Dennoch gerät bei der oben skizzierten Argumentation aus dem Blick, dass die Staatsbediensteten zuallererst schwören, das Grundgesetz und alle in der Bundesrepublik Deutschland geltenden Gesetze zu wahren. Der Begriff der Treue oder Loyalität wird einseitig missinterpretiert, wenn beim Whistleblowing allein auf die Verschwiegenheitspflicht und das Dienstwegprinzip verwiesen wird. Denn als wichtigste Ausprägung der „allgemeinen Treuepflicht“ gilt die in § 60 Abs. 1 BBG bzw. § 33 Abs. 1 BeamtStG geregelte, sogenannte „politische Treuepflicht“.<sup>62</sup> Danach haben Beamtinnen und Beamte dem ganzen Volk zu dienen, Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und das Amt zum Wohl der Allgemeinheit zu führen. Zudem müssen sie sich durch ihr gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des GG bekennen und für deren Erhaltung eintreten.<sup>63</sup>

Dementsprechend unterliegen sie keiner absoluten Gehorsamspflicht. Sie sind nach den §§ 62 Abs. 1 S. 3, 63 Abs. 2 S. 4 BBG nicht verpflichtet, Anordnungen auszuführen, „wenn das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtinnen und Beamten erkennbar ist.“ Eine Gehorsamsverweigerung durch Militärangehörige ist zwar nach § 20 Wehrstrafgesetz strafbar, Soldatinnen und Soldaten handeln aber gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 SG nicht ungehorsam, wenn sie einen Befehl nicht ausführen, der gegen die

---

<sup>59</sup> von Weber, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (196).

<sup>60</sup> von Weber, in: Die Reichsgerichtspraxis V, S. 173 (196).

<sup>61</sup> Vgl. etwa auch Bok, Secrets, S. 206.

<sup>62</sup> Düsel, Gespaltene Loyalität, S. 112; Hans, Whistleblowing durch Beamte, S. 69.

<sup>63</sup> Auf diese Pflicht hat etwa auch der BGH im Fall *Pätsch* hingewiesen, BGHSt 20, 342 (369).

Menschenwürde verstößt oder nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt worden ist.

Weiterhin ist in § 67 Abs. 2 S. 2 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 2 BeamtStG explizit geregelt, dass die „Pflichten, geplante Straftaten anzuzeigen und für die Erhaltung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung einzutreten“ (die in § 60 Abs. 1 S. 3 BBG bzw. § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG geregelt sind) durch die Verschwiegenheitspflicht nicht berührt werden, d. h. die Eintrittspflicht verdrängt das Geheimhaltungsgebot.<sup>64</sup> Auch der BGH ist in seiner Entscheidung im Fall *Pätsch* aus dem Jahr 1965 davon ausgegangen, dass Beamtinnen und Beamten sowie Angestellten des öffentlichen Dienstes „trotz“ ihrer „erhöhten Treuepflicht“ auch ein öffentliches Rügerecht zustehe.<sup>65</sup> Eine unmittelbare Veröffentlichung von Missständen könne wegen der Pflicht, bei Gefährdungen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung für diese einzutreten, gerechtfertigt sein.<sup>66</sup>

In ähnlicher Weise wird heute vertreten, dass „[b]ei schweren Verstößen z. B. gegen Grundrechte, gegen die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und gegen die Chancengleichheit der Parteien“ die „sofortige Flucht in die Öffentlichkeit zulässig sein“ müsse.<sup>67</sup> Oder es wird betont, dass „in wirklich äußersten Lagen“ aus verfassungsrechtlicher Perspektive „zum letzten Mittel“ gegriffen und die Öffentlichkeit informiert werden dürfe.<sup>68</sup> Die „politische Treuepflicht“ kann die skizzierte Pflicht zu „dienstlicher Loyalität“ folglich suspendieren und eine Veröffentlichung von Missständen zumindest erlauben.<sup>69</sup> Dafür spricht weiterhin, dass das durch die Aufklärung der Öffentlichkeit geschützte Allgemeinrechtsgut genau dasselbe ist, ganz gleich, ob die Presse oder Privatleute, Mitglieder der Parlamente oder Angehörige des öffentlichen Dienstes die Informationen weitergeben bzw. veröffentlichen.<sup>70</sup>

Im beamtenrechtlichen Pflichtenkanon dominiert nicht mehr die tradierte hierarchische Treue gegenüber Vorgesetzten oder der Behörde, sondern die Treue gegenüber dem Wohl der Allgemeinheit und dem Recht nimmt heute

<sup>64</sup> *Bäcker*, Die Verwaltung 2015, 499 (512).

<sup>65</sup> BGHSt 20, 342 (370) = juris Rn. 251. *Häberle*, Öffentliches Interesse, S. 364 f., meint, es müsse hier nicht „trotz“, sondern „wegen“ der erhöhten Treuepflicht der Beamten heißen, da sie „auf die substantiellen Gemeinwohlgehalte der Verfassung verpflichtet“ sind. Wie selbstverständlich scheine das beamtenrechtliche Gemeinwohl „auf Amtsgeheimnis und Geheimhaltung ausgerichtet zu sein, daß dem Gericht der Gedanke, es könne sich auf Offenlegung und Öffentlichkeit richten, weil es sich hier um schwere Verstöße gegen die verfassungsmäßige Ordnung handelt, gar nicht zu kommen scheint. So stark wirkt die Arkantradition des ‚Amtes‘ bis in die Formulierungen nach.“

<sup>66</sup> BGHSt 20, 342 (369, 370).

<sup>67</sup> *Beer*, DDB 1985, 99 (103).

<sup>68</sup> *Weiß*, ZBR 1984, 129 (133).

<sup>69</sup> Wenn sie nicht sogar eine Pflicht zum Whistleblowing begründet, vgl. *Weiß*, ZBR 1984, 129 (133 f.).

<sup>70</sup> *Beer*, DDB 1985, 99 (101).

den höchsten Stellenwert ein.<sup>71</sup> Dieses Verständnis wird auch in den Art. 7 und 10 der Whistleblowing-Richtlinie reflektiert, nach denen im öffentlichen Dienst beschäftigte Personen wählen können, ob sie Rechtsverstöße entweder intern oder unmittelbar extern gegenüber den jeweils zuständigen staatlichen Stellen melden. Darüber hinaus steht es ihnen nach Art. 15 WBRL offen, wenn auch unter strengeren Voraussetzungen, sich unmittelbar an die Öffentlichkeit zu wenden.

Auf den oben genannten Einwand, Whistleblower in öffentlichen Beschäftigungsverhältnissen würden als Privatpersonen handeln, wenn sie Missstände aufdecken und öffentlich Kritik üben, lässt sich mit Kant entgegen, dass sie dabei gar nicht privat, sondern öffentlich agieren. Wer als Beamter im Innenverhältnis gehorcht und im Außenverhältnis Missstände kritisiert, mache in zulässiger Weise von seiner Vernunft öffentlich Gebrauch.<sup>72</sup> Dieser „öffentliche Gebrauch seiner Vernunft muß jederzeit frei sein, und der allein kann Aufklärung unter Menschen zu Stande bringen“.<sup>73</sup> *Öffentlich* nennt Kant den Vernunftgebrauch, wenn er „vor dem ganzen Publicum der Leserwelt“ erfolgt. Demgegenüber nennt Kant den Vernunftgebrauch *privat* (!), den jemand „in einem gewissen ihm anvertrauten bürgerlichen Posten oder Amte von seiner Vernunft machen darf.“<sup>74</sup>

Zu Konflikten, die im Beamtenverhältnis durch den Vernunftgebrauch auftreten können, meint Kant:

„Nun ist zu manchen Geschäften, die in das Interesse des gemeinen Wesens laufen, ein gewisser Mechanismus nothwendig, vermittels dessen einige Glieder des gemeinen Wesens sich bloß passiv verhalten müssen, um durch eine künstliche Einhelligkeit von der Regierung zu öffentlichen Zwecken gerichtet, oder wenigstens von der Zerstörung dieser Zwecke abgehalten zu werden. Hier ist es nun freilich nicht erlaubt, zu räsonniren, sondern man muß gehorchen.“

Doch hierbei bleibt es nicht, denn die Gehorsamspflicht wird nach Kant nicht tangiert, wenn sich „dieser Theil der Maschine“, d. h. die Beamtin oder der Beamte:

---

<sup>71</sup> Vgl. für die USA, Code of Ethics for United States Government Service: „put loyalty to the highest moral principles and to country above loyalty to persons, party or Government department.“ Zit. nach *Elliston*, J. Bus. Ethics 1 (1982), 23 (25). Daniel Ellsberg (Whistleblower der *Pentagon Papers*) meinte, es müssten andere, lange nicht berücksichtigte Loyalitäten einbezogen werden, „deeper and broader than loyalty to the President: loyalties to America’s founding concepts, to our constitutional system, to countrymen, to one’s humanity.“ zit. nach *Bok*, *Secrets*, S. 206.

<sup>72</sup> Vgl. *Kant*, Was ist Aufklärung, AA VIII, 36 f.

<sup>73</sup> Ebd. S. 37.

<sup>74</sup> Ebd. S. 36 f.

„zugleich als Glied eines ganzen gemeinen Wesens, ja sogar der Weltbürgergesellschaft ansieht, mithin in der Qualität eines Gelehrten, der sich an ein Publicum im eigentlichen Verstande durch Schriften wendet: kann er allerdings räsonniren, ohne daß dadurch die Geschäfte leiden, zu denen er zum Theile als passives Glied angesetzt ist.“<sup>75</sup>

Beispielsweise dürfe ein Offizier nicht über die Zweckmäßigkeit oder Nützlichkeit eines Befehls vernünfteln, sondern müsse gehorchen. Gleichzeitig sei es dem Offizier jedoch nicht verwehrt, als Gelehrter öffentlich Anmerkungen über Fehler im Kriegsdienst zu machen. Der Beamte müsse die Aufgaben, die ihm übertragen werden, ohne sie zu tadeln ausführen, könne jedoch als Gelehrter die „Unschicklichkeit oder auch Ungerechtigkeit“ derselben öffentlich rügen.<sup>76</sup> Mit Kant finden also diejenigen einen Fürsprecher, die als Angehörige des öffentlichen Dienstes Missstände in der Verwaltung, etwa auch rechtswidrige Geheimdienstpraktiken oder Rechtsverletzungen und sonstigen Fehlverhalten in Kriegen öffentlich kritisieren bzw. durch Offenlegung hinterfragen.

### III. Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen

Die Straftatbestände des § 353b StGB setzen voraus, dass durch die Offenbarung des Geheimnisses wichtige öffentliche Interessen konkret gefährdet werden.<sup>77</sup> Eine konkrete Gefährdung fehlt beispielsweise, wenn sich ein Whistleblower bezüglich einer potentiellen Veröffentlichung anwaltlich beraten lässt und dazu geheime Verwaltungsinformationen offenbart.<sup>78</sup> Einerseits unterliegen diese Informationen dem anwaltlichen Schweigegebot, sodass eine konkrete Gefahr regelmäßig nur entstehen kann, wenn von der Verschwiegenheits-

---

<sup>75</sup> Ebd.

<sup>76</sup> Kant, Was ist Aufklärung, AA VIII, 37 f.

<sup>77</sup> Siehe etwa Kühlen, in: NK § 353b Rn. 36 ff.; Puschke, in: MK § 353b Rn. 45; Vormbaum, in: LK § 353b Rn. 27.

<sup>78</sup> Der BGH meinte im Fall *Pätsch*, der Angeklagte habe auf die Schweigepflicht seines Rechtsanwaltes, Josef Augstein, vertrauen können, auch wenn dieser als Bruder des Herausgebers von *Der Spiegel*, Rudolf Augstein, „über gute Verbindungen zu diesem Nachrichtenmagazin verfügte“ BGHSt 20, 342 (350). – Eine diesbezügliche gesetzliche Klarstellung würde allerdings nicht schaden, vgl. die Diskussion in Großbritannien, *Bailin*, Criminal Law Review 2008, 625 (629); die Law Commission hat eine Ausnahme für die Kommunikation mit Rechtsbeiständen vorgeschlagen, Law Com No 230, S. 88 f. Rn. 3.193 ff.; No 395, S. 92 Rn. 5.81. Für eine Erstreckung auf Nichtregierungsorganisationen, *Hobby*, Protection of Official Data, Submission to a consultation by the Law Commission, S. 20. Vgl. etwa auch OLG Oldenburg, Urt. v. 20.8.1980 – 1 Ss 366/80, juris Rn. 11: „Die Mitteilung des Angeklagten an O. hat also letztlich keine konkrete gefährdende Auswirkung gehabt, und zwar eben weil die Mitteilung an einen verschwiegenen und pflichtbewußten Polizeibeamten gelangt ist.“



pflicht entbunden wird; andererseits würde sonst die Möglichkeit, sich anwaltlich wegen Whistleblowings beraten zu lassen durch damit einhergehende Strafbarkeitsrisiken unvertretbar weit eingeschränkt.

### 1. Mangelnde Bestimmtheit

Das Merkmal der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen ist derart unbestimmt, dass zweifelhaft ist, ob der Straftatbestand noch den Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips aus Art. 103 Abs. 2 GG bzw. § 1 StGB genügt.<sup>79</sup> Schon in der Weimarer Zeit wurde ähnlichen Formulierungen in Gesetzwürfen entgegengehalten, sie liefen auf ein geheimnisschützendes „Kautschukgesetz“ hinaus,<sup>80</sup> und selbst der NS-Gesetzgeber, der den Straftatbestand geschaffen hat, räumte in der amtlichen Begründung zu § 353b StGB ein: „Die Frage, wann eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen vorliegt, kann oft zweifelhaft sein.“<sup>81</sup>

Die schon bei den Landesverratsvorschriften bestehenden Zweifel bezüglich der Bestimmtheit wiegen bei § 353b StGB schwerer. Denn während bei den §§ 93 ff. StGB das zu schützende Geheimhaltungsinteresse mit der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik konkretisiert wurde, schützt § 353b StGB seit dem Jahr 1936 potentiell jedes „Interesse“, das „öffentlich“ – also nicht (nur) „privat“ – und „wichtig“ ist.

Die Rechtsordnung operiert heute zwar wie selbstverständlich mit dem Begriff der öffentlichen Interessen und seiner Synonyme<sup>82</sup> und auch im Strafrecht wird er mannigfach verwendet. Der Topos sollte aufgrund seiner Weite jedoch nicht als strafbegründendes Tatbestandsmerkmal verwendet werden, denn hier gilt das Bestimmtheitsgebot am strengsten.<sup>83</sup> Diese legislative Regel wird im StGB an sich reflektiert, denn allein § 353b StGB setzt als strafbegründendes Merkmal eine Gefährdung öffentlicher Interessen voraus. Nicht ausgeschlossen ist es hingegen, den Topos in Vorschriften zu verwenden, die eine Straf-

---

<sup>79</sup> Vgl. bereits *U. Behm*, KJ 2002, 441 (445 f.); *Beling*, DJZ 1918, 457 (459); *Brockhaus*, JRE 26 (2018), 429 (449); *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 136; *Kuhlen*, in: NK § 353b Rn. 24; vgl. auch *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 1. Allerdings wurde § 353b StGB in BVerfGE 28, 191 (200) (Pätsch) für hinreichend bestimmt und auch i. Ü. verfassungsmäßig erklärt.

<sup>80</sup> *Beling*, DJZ 1918, 457 (459).

<sup>81</sup> Amtliche Erlasse und Verordnungen, Nr. 229 (Amtliche Begründung zum Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 2.7.1936), DJ 1936, S. 997. Dazu heißt es dann weiter: „Um hier von vornherein die Fälle, in denen eine Gefährdung nicht in Betracht kommt, auszuscheiden, sieht der Entwurf vor, daß die Verfolgung der Tat nur mit Zustimmung der vorgesetzten Behörde betrieben wird.“ Ebd., S. 997 f.

<sup>82</sup> Nach *Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, S. 3, werden der Begriff und Synonyme wie „öffentliche Belange“, „Wohl der Allgemeinheit“ und „Gemeinwohl“ allein in bundesrechtlichen Bestimmungen mehr als 4.000-mal verwendet (Stand: 1999).

<sup>83</sup> *Brockhaus*, JRE 26 (2018), 429 (447 ff., 451).

barkeit ausschließen, d. h. insbesondere in Ausnahmetatbeständen und Rechtfertigungsgründen, denn für sie gelten weniger strenge Maßstäbe hinsichtlich der Bestimmtheit.<sup>84</sup> Der Begriff des Interesses wird etwa ganz prominent und allgemein in § 34 StGB verwendet. Zudem wird das Merkmal „öffentliches Interesse“ in der Rechtsprechung des EGMR zum Whistleblowing<sup>85</sup> sowie im anglophonen Rechtsraum (*public interest defence*) gebraucht, um legitime Offenbarungen von einer negativen rechtlichen Sanktion auszunehmen.<sup>86</sup>

Die Schwierigkeit, ob und wie sich öffentliche Interessen in der Rechtsanwendungssituation bestimmen lassen, wird rechtstheoretisch kontrovers diskutiert.<sup>87</sup> Dürig meint, die öffentlichen Interessen würden, analog zur Gemeinschaftswillensbildung Jean-Jacques Rousseaus, in demokratischen Abstimmungen artikuliert. Das hilft aber nicht weiter, wenn der Begriff der „öffentlichen Interessen“ wie bei § 353b StGB als Tatbestandsmerkmal verwendet wird. In diesem Fall müssen die Rechtsanwendenden die öffentlichen Interessen entweder als „wahre“ öffentliche Interessen *a priori* durch Vernunft einsehen können,<sup>88</sup> wodurch man sich in unerweisliche metaphysische Gefilde begibt, oder als mehrheitlich geteilte Anschauungen und Wertungen der das Ganze konstituierenden Subjekte erkennen können,<sup>89</sup> was epistemologisch unmöglich ist.<sup>90</sup> Luhmann bezweifelt dementsprechend, dass es feststehende Sachverhalte gebe, die von den Rechtsanwendenden als öffentliche Interessen erkannt werden könnten.<sup>91</sup> Ein zur Anfertigung von Entscheidungen organisiertes System wie der Staat könne seine Identität, die sich durch eine Vielzahl

<sup>84</sup> Siehe etwa *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 25.

<sup>85</sup> Siehe dazu noch 3. Teil § 1 III. 2. a).

<sup>86</sup> Siehe dazu noch 3. Teil § 3 III. 2.

<sup>87</sup> Grundlegend zu dem Begriff: *Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“ (1949); *Häberle*, „Öffentliches Interesse“ als juristisches Problem (1970); *Klein*, Zum Begriff des öffentlichen Interesses (1969); *Uerpman*, Das öffentliche Interesse (1999); *Viotto*, Das öffentliche Interesse (2009).

<sup>88</sup> *Nelson*, Die Theorie des wahren Interesses und ihre rechtliche und politische Bedeutung; *ders.*, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, § 43 S. 105; *Kluth*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I § 29 Rn. 8.

<sup>89</sup> *Dürig*, Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, S. 47.

<sup>90</sup> Näher hierzu *Brockhaus*, JRE 2018, 429 (448). Zudem wird bezweifelt, ob sich eine öffentliche Meinung wegen des Einflusses von *public relations* überhaupt noch unverfälscht zeigen könne, *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 290 f. Den Konsumenten werde „das falsche Bewußtsein vermittelt, daß sie als rasonierende Privatleute verantwortlich an öffentlicher Meinung mitwirken.“ Der durch *public relations* hergestellte Konsens habe jedoch „mit öffentlicher Meinung, mit der endlichen Einstimmigkeit eines langwierigen Prozesses wechselseitiger Aufklärung im Ernst nicht viel gemeinsam; denn das ‚allgemeine Interesse‘, auf dessen Basis allein eine rationale Übereinstimmung öffentlich konkurrierender Meinungen zwanglos sich einspielen konnte, ist genau in dem Maße geschwunden, in dem die publizistischen Selbstdarstellungen privilegierter Privatinteressen es für sich adoptieren.“

<sup>91</sup> *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, S. 89.

von Individuen und Sachverhalten und durch seine Historizität konstituiere, nicht selbst reflektieren, indem es den Sinn seiner Existenz in Gestalt eines spezifischen Interesses anderen Interessen in einer Abwägung gegenüberstelle.<sup>92</sup>

Wenn also nicht sicher eingesehen oder erkannt werden kann, was die öffentlichen Interessen sind, verbleibt noch die Option, die Rechtsanwendenden zu ermächtigen, sie selbst zu bestimmen.<sup>93</sup> Mit dem Gewaltenteilungsprinzip ist dies vereinbar, wenn die Ermächtigung durch die Gesetzgebung erfolgt, wenn also durch „öffentliche Interessen“ als Tatbestandsmerkmal eines Rechtssatzes den Gerichten weite normative Spielräume eingeräumt werden.<sup>94</sup> Mit dem Bestimmtheitsgebot ist es hingegen kaum zu vereinbaren, wenn der Topos – wie etwa in § 353b StGB – als strafbegründendes Tatbestandsmerkmal verwendet wird. Denn bei der Feststellung, ob ein öffentliches Interesse vorliegt, wird das Gericht, zugespitzt formuliert, als „Gemeinwohlgesetzgeber“ tätig und legt damit eine Strafbarkeit *ex post* fest.<sup>95</sup>

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie der Straftatbestand bestimmter gefasst werden könnte. Würde man das Merkmal der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen ersatzlos streichen, was in etwa dem korrespondierenden Schweizer Straftatbestand entspräche,<sup>96</sup> wäre die Offenbarung von Verwaltungsinformationen zwar hinreichend deutlich, dafür aber uferlos pönalisiert. Überzeugender ist der Vorschlag, in Anlehnung an die Ausnahmetatbestände des IFG einen Katalog in § 353b StGB aufzunehmen, der wichtige

---

<sup>92</sup> Ebd. S. 90. Daher sei das sog. öffentliche Interesse, „gar kein Interesse [...], sondern ein Programm gewordenenes Mißverständnis“ (ebd. S. 89), das sich nur als „Orientierungs-begriff des täglichen Lebens [...] und [...] nicht als Leitbegriff wissenschaftlicher Analyse und Kritik eigne.“ *ders.*, *Der Staat* 1 (1962), 375 (377).

<sup>93</sup> *Häberle*, *Öffentliches Interesse*, S. 720, 244; s. auch *Uerpmann*, *Das öffentliche Interesse*, S. 15. Eine „interessengemäße Normgewinnung“ durch Gerichte, für den unbestimmten und lückenhaften Bereich des Gesetzes, wurde auch von der sog. „Interessenjurisprudenz“ vorgeschlagen, *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1929), Nachdruck in: *Ellscheid/Hassemer* (Hg.), *Interessenjurisprudenz*, S. 88 (91), sog. „produktive Interessenjurisprudenz“, *Heck*, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), S. 30 f. Der Unterschied zur freien Rechtsfindung bestehe nur darin, dass der Richter an die durch das Gesetz vorgegebenen Werturteile gebunden sei, „so daß die Eigenwertung des Richters nur ganz subsidiär eingreift.“ Ebd. S. 30, s. dazu auch S. 106 ff.

<sup>94</sup> Vgl. bereits *Schlink*, *FS BVerfG* II, 456 (460).

<sup>95</sup> Jedenfalls, wenn sich die Auslegung des Gerichts zu Lasten der angeklagten Person auswirkt, *Brockhaus*, *JRE* 2018, 429 (451).

<sup>96</sup> Art. 320 Nr. 1 Schw-StGB: „Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird [...] bestraft.“ Dagegen ähnelt § 310 Abs. 1 ÖStGB („Ein Beamter [...], der ein [...] Geheimnis offenbart oder verwertet, dessen Offenbarung oder Verwertung geeignet ist, ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse zu verletzen [...]“) dem deutschen Straftatbestand.

öffentliche Interessen als Anwendungsbeispiele oder abschließend auflistet.<sup>97</sup> Da es jedoch nicht nur darum geht, den Zugang zu amtlichen Informationen zu verweigern, sondern eine Strafbarkeit bei Offenbarungen zu begründen, müsste dieser Katalog zwingend und deutlich enger gefasst werden als die Ausnahmetatbestände des IFG.<sup>98</sup>

Entgegen den geäußerten Zweifeln hält das BVerfG den Straftatbestand für hinreichend bestimmt und auch sonst nicht für verfassungswidrig. Im Fall *Pätsch* urteilte das Gericht, die Tatbestandsmerkmale seien „durch eine langjährige Rechtsprechung genügend präzisiert“.<sup>99</sup> Auch wenn diese Entscheidung schon länger zurückliegt, ist angesichts der zurückhaltenden Verfassungsrechtsprechung zum Bestimmtheitsgebot (s. bereits § 4 III. 1.) nicht davon auszugehen, dass Karlsruhe die Strafnorm im Rahmen eines eventuellen neuen Verfahrens für zu unbestimmt erklären würde.

## 2. Kasuistik

Die Versuche, den Begriff der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen näher zu bestimmen, erschöpfen sich in allgemeinen Aussagen wie, es müsse sich um „Belange von einigem Rang handeln“.<sup>100</sup> Das Merkmal lässt sich negativ von rein privaten Interessen und unwichtigen öffentlichen Interessen abgrenzen, gewinnt dadurch aber kaum schärfere Konturen. Die Rechtsprechung entscheidet von Einzelfall zu Einzelfall anhand der jeweiligen Umstände, ob von einer Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen auszugehen ist.<sup>101</sup> Auf der Grundlage bisheriger Entscheidungen lassen sich folgende Kategorien zusammenfassen: (1) die äußere und innere Sicherheit der Bundesrepublik oder eines ihrer Länder, (2) die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik

---

<sup>97</sup> *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 137 f.

<sup>98</sup> Ebd.

<sup>99</sup> BVerfGE 28, 191 (200) (*Pätsch*).

<sup>100</sup> *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 24; *Kuhlen*, in: NK § 353b Rn. 35; *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 353b Rn. 9. Ein wichtiges öffentliches Interesse ist nicht zwangsläufig einschlägig, wenn die nach § 353b Abs. 4 StGB erforderliche Ermächtigung zur Strafverfolgung erteilt wurde; das ist heute unumstritten, *Kuhlen*, a. a. O., Rn. 24. Das RG meinte hingegen noch: „Liegt die Zustimmung vor, so ist davon auszugehen, daß sich nach der Beurteilung der dem Beamten vorgesetzten Behörde das Geheimnis auf wichtige öffentliche Interessen bezieht.“ RGSt 74, 110 (111 f.).

<sup>101</sup> Siehe etwa BGH, Urt. v. 22.6.2000 – 5 StR 268/99, juris Rn. 17.

Deutschland,<sup>102</sup> (3) eine effektive Strafrechtspflege,<sup>103</sup> (4) die Funktionsfähigkeit der Verwaltung,<sup>104</sup> (5) der Schutz staatlicher Prüfungen und (6) die Staatsfinanzen.<sup>105</sup>

### 3. „Lehre der mittelbaren Gefährdung“

Nach der Ansicht des BGH, die als „Lehre der mittelbaren Gefährdung“ bezeichnet wird und auf eine Reichsgerichtsentscheidung aus der Zeit des Nationalsozialismus zurückgeht, stellt das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Verwaltung und in ihre Verschwiegenheit ein wichtiges öffentliches Interesse im Sinne des § 353b StGB dar.<sup>106</sup> Als mittelbar wird die Gefährdung bezeichnet, weil sie unabhängig vom Inhalt des Geheimnisses oder dem Grund der Geheimhaltung, allein wegen des Bekanntwerdens der Verschwiegenheitspflichtverletzung angenommen wird.<sup>107</sup> Ob die Gefahr einer Erschütterung des Vertrauens tatsächlich eingetreten sei, soll anhand der Reaktionen der Öffentlichkeit bestimmt werden.<sup>108</sup> Die Ansicht des BGH ist mit der im Schrifttum entwickelten Gegenauffassung abzulehnen.<sup>109</sup>

#### a) Der Fall des Sächsischen Datenschutzbeauftragten

Eine Verurteilung aufgrund der Lehre der mittelbaren Gefährdung öffentlicher Interessen drohte dem ehemaligen Sächsischen Datenschutzbeauftragten,

<sup>102</sup> Siehe etwa BGHSt 20, 342 (381) (*Pätsch*), Gefährdung der „Zusammenarbeit mit den Abwehrdiensten der westlichen Alliierten, auf die das BfV mit Recht großen Wert legt“.

<sup>103</sup> Etwa, wenn ein vertrauliches Fahndungsschreiben der Kriminalpolizei preisgegeben wird, BGHSt 10, 276 (277). Auch der Erlass und die Vollstreckung eines Haftbefehls zur Sicherung der Hauptverhandlung im Strafverfahren stelle ein wichtiges öffentliches Interesse dar, OLG Oldenburg, Beschl. v. 20.8.1980 – 1 Ss 366/80, juris Ls. 1. Abs. 3.

<sup>104</sup> Allgemein zu derartigen „modalen“ Geheimhaltungsgründen, die einer effektiven Aufgabenerfüllung dienen und damit nur einen „instrumentalen oder auch sekundären Rechtswert“ markieren, *Jestaedt*, AÖR 2001, 204 (222 ff.).

<sup>105</sup> *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b, S. 124 ff. Ähnliche Interessen werden in § 3 IFG genannt.

<sup>106</sup> RG DStR 1938, 321; im Anschluss daran BGHSt 11, 401 (404), und in jüngerer Zeit BGHSt 48, 126 (132). In der Rspr. werden verschiedene Formulierungen verwendet, um dieses vermeintlich durch § 353b StGB geschützte Interesse zu umschreiben, vgl. *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 89 f. Es lässt sich so formulieren: „Vertrauen der Bevölkerung in die Fähigkeit des Staates, geheimhaltungsbedürftige Informationen auch tatsächlich geheim zu halten“, ebd. S. 90.

<sup>107</sup> *Schuldt*, a. a. O., S. 90. Der Begriff wird von der Rechtsprechung jedoch kaum erklärt und in der Literatur unterschiedlich interpretiert, s. *Brischke*, a. a. O., S. 122.

<sup>108</sup> *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 90.

<sup>109</sup> *U. Behm*, KJ 2002, 441 ff.; *ders.*, NSTZ 2001, 154 f.; *ders.*, AfP 2000, 424 ff.; *Hoyer*, in: SK § 353b Rn. 8; *Perron*, JZ 2002, S. 51 f.; *ders./Hecker*, in: Sch/Sch § 353b Rn. 9; *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 42; *Schuldt*, a. a. O., S. 89 ff.; *Schumann*, NSTZ 1985, 172 ff.; a. A. *Fischer*, StGB § 353b Rn. 23.

Thomas Giesen. Er hatte in einer Pressekonferenz im August 2000 offengelegt, dass der damalige Justizminister von Sachsen, Steffen Heitmann (CDU), versucht hatte, ein Wirtschaftsstrafverfahren gegen einen Parteifreund bei der Staatsanwaltschaft Görlitz zu beeinflussen und aus dem Ermittlungsverfahren Informationen weitergegeben hatte, was gegen das Sächsische Datenschutzrecht verstieß.<sup>110</sup> In der Pressekonferenz verlas der Datenschutzbeauftragte unter anderem Vermerke und Verfügungen des Justizministers, in deren Besitz er rechtmäßig gelangt war.<sup>111</sup> Der Minister hatte innerdienstlich um eine „beschleunigte Behandlung“ des Strafverfahrens gebeten, woraufhin der zuständige Referatsleiter den Leitenden Oberstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft Görlitz telefonisch bat, „für eine rasche und sensible Behandlung der Sache Sorge zu tragen“.<sup>112</sup> Der entsprechende Vermerk wurde dem Justizminister vorgelegt, der den Beschuldigten kontaktierte und die Strafrechtsabteilung seines Hauses anwies, ihn weiter „auf dem Laufenden zu halten“. Der Datenschutzbeauftragte war zwischen 1998 und 2000 mehrfach auf die Versuche dieser Einflussnahmen hingewiesen worden. Nachdem ihn eine Zeitung vor der Veröffentlichung eines entsprechenden Artikels um eine Stellungnahme gebeten hatte, beräumte er die Pressekonferenz an.

Die Staatsanwaltschaft erhob Anklage wegen § 353b StGB, da bei „Bekanntwerden der [...] geschilderten Tatsachen [...] jeweils mit einem erheblichen Vertrauensverlust der Öffentlichkeit in die Tätigkeit des Sächsischen Staatsministers der Justiz sowie des Sächsischen Datenschutzbeauftragten zu rechnen“ gewesen sei.<sup>113</sup> Das LG Dresden meinte hingegen, zutreffend, es fehle bereits eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen.<sup>114</sup> Das Ansehen der Justizverwaltung und des Datenschutzbeauftragten sei nicht gefährdet worden, da das Verhalten des Justizministers ausschließlich seine Person betraf.<sup>115</sup> In der Öffentlichkeit sei vielmehr beachtet worden, dass unter anderem in Folge der Bekanntmachungen des Datenschutzbeauftragten „das Organisationsstatut für Staatsanwaltschaften neu gefasst wurde und schließlich ein Ministerwechsel im Justizministerium eintrat.“<sup>116</sup> Das Ansehen der Staatsanwaltschaft sei nicht gefährdet worden, da nicht bekanntgeworden sei, dass sie auf die Bitten

---

<sup>110</sup> LG Dresden, Urt. v. 7.11.2011 – 420 Js 49212/00 (unveröffentlichte Entscheidung); BGH, Urt. v. 9.12.2002 – 5 StR 276/02 = BGHSt 48, 126.

<sup>111</sup> BGHSt 48, 126 (132 unten) = juris Rn. 20.

<sup>112</sup> Ebd. S. 127 = juris Rn. 3.

<sup>113</sup> LG Dresden, Urt. v. 7.11.2001 – 4 KLS 420 Js 49212/00, S. 5; *U. Behm*, KJ 2002, 441 (443).

<sup>114</sup> LG Dresden, Urt. v. 7.11.2001 – 4 KLS 420 Js 49212/00, S. 23 ff.

<sup>115</sup> LG Dresden, Urt. v. 7.11.2001 – 4 KLS 420 Js 49212/00, S. 23. Zudem meinte das Gericht, der angeklagte Datenschutzbeauftragte wäre überdies gem. § 34 StGB gerechtfertigt gewesen.

<sup>116</sup> Ebd. S. 24.

des Justizministers reagiert habe.<sup>117</sup> Vielmehr sei der „objektiven Öffentlichkeit [...] deutlich geworden, dass die Staatsanwaltschaft wie auch die Gerichte auf die Einhaltung ihrer Unabhängigkeit bedacht sind.“<sup>118</sup> Auch das Ansehen des Sächsischen Datenschutzbeauftragten sei durch die Geheimnisoffenbarung nicht gefährdet worden.<sup>119</sup>

Die gegen das Urteil erhobene Revision der Staatsanwaltschaft wurde vom BGH als unbegründet zurückgewiesen. Der Gerichtshof meinte, es könne allenfalls eine mittelbare Gefährdung gegeben sein, da eine unmittelbare Gefährdung öffentlicher Interessen nicht eingetreten sei.<sup>120</sup> Eine mittelbare Gefährdung komme allerdings nur ausnahmsweise für eine Bestrafung in Betracht.<sup>121</sup> Zur Feststellung bedürfe es einer Gesamtabwägung im Einzelfall, bei der „Inhalt und Umfang der geheimhaltungsbedürftigen Daten, deren in Aussicht genommene Verwendung und die Person des Amtsträgers“ zu berücksichtigen seien.<sup>122</sup> Für den konkreten Fall lehnte der BGH eine mittelbare Gefährdung öffentlicher Interessen ab:

„Ein Amtsträger, der wie der Angeklagte zur Kontrolle der Gesetzestreue eines anderen Amtsträgers berufen ist, kann wichtige öffentliche Interessen nicht durch die Offenbarung eines Gesetzesverstößes gefährden, wenn er die Öffentlichkeit – wie ersichtlich hier – auch als Verbündeten gewinnen will, um auf ein gesetzmäßiges Verhalten hinzuwirken. Damit verfolgte der Angeklagte selbst ein wichtiges öffentliches Interesse, was einen Verlust des Vertrauens hinsichtlich der Integrität des Datenschutzbeauftragten in der Öffentlichkeit ausschließt.“<sup>123</sup>

#### *b) Ablehnung der „Lehre der mittelbaren Gefährdung“*

Nach dieser inzwischen restriktiveren Rechtsprechung sind weniger Fälle denkbar, in denen Whistleblowing als eine mittelbare Gefährdung des Vertrauens der Bevölkerung in die Amtsverschwiegenheit bewertet werden könnte. Denn eine solche wird nur noch ausnahmsweise nach einer Einzelfallabwägung bejaht, bei der berücksichtigt wird, ob die Informationen offengelegt wurden,

---

<sup>117</sup> Ebd.

<sup>118</sup> Ebd.

<sup>119</sup> Ebd.

<sup>120</sup> BGHSt 48, 126 (132).

<sup>121</sup> Ebd. Anders etwa noch BGH, NStZ 2000, 596 (598) = juris Rn. 16: „Eine solche mittelbare Gefährdung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich ausreichen“.

<sup>122</sup> BGHSt 48, 126 (132).

<sup>123</sup> Ebd.; a. A. *Hoyer*, JR 2003, 513 (514), die Offenlegungen hätten „das öffentliche Vertrauen in die Integrität dieses Ministeriums durchaus untergraben können.“ Der Datenschutzbeauftragte sei jedoch gerechtfertigt gewesen, da ein presserechtlicher Auskunftsanspruch bzgl. der Informationen bestand, denen eine behördliche Auskunftspflicht korrespondiert. Der Datenschutzbeauftragte habe sich daher „uneingeschränkt pflichtmäßig verhalten und nicht nur – wie der BGH ihm zugesteht – mangels Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen gerade einmal nicht strafbar gemacht [...]“. Ebd. S. 515.

um auf ein gesetzmäßiges Verhalten hinzuwirken und die Öffentlichkeit darauf aufmerksam zu machen.<sup>124</sup> Trotzdem ist die so begrenzte Lehre abzulehnen.

Ein allgemeines Vertrauen in die Verschwiegenheit der Verwaltung wird nach zutreffender Ansicht nicht als wichtiges öffentliches Interesse durch § 353b StGB geschützt. Die tatbestandlich geschützten Interessen sind notwendig „mit dem Gegenstand des Geheimnisses verbunden“.<sup>125</sup> Das allgemeine Interesse an der Amtsverschwiegenheit kommt bereits in der strafrechtlichen Schweigepflicht des § 353b StGB insgesamt zum Ausdruck, weshalb mit dem Tatbestandsmerkmal der wichtigen öffentlichen Interessen andere Interessen gemeint sein müssen.<sup>126</sup> Jede Verletzung eines Dienstgeheimnisses, das liege „in der Natur der Sache“, führe dazu, dass „zunächst das Vertrauen in die Verschwiegenheit der Verwaltung beeinträchtigt“ wird.<sup>127</sup> Mit der Lehre von der mittelbaren Gefährdung wird ein „unbegründetes Vertrauen in den Rang eines selbstständig schutzwürdigen Rechtsguts, eben eines wichtigen öffentlichen Interesses, erhoben“.<sup>128</sup> Dabei liegt es auf der Hand, dass „die Erhaltung eines bloßen Scheins der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltung kein wichtiges öffentliches Interesse“ sein und „seine Gefährdung folglich keinen gegenüber der Verletzung der Vertrauensgrundlage eigenständigen Sachverhaltsunwert mehr darstellen“ kann.<sup>129</sup> Schließlich könne die Gefährdung auch nicht danach bemessen werden, wie die Öffentlichkeit auf die Geheimnisverletzung reagiert, denn darauf habe der Täter keinen Einfluss. Die Rechtsanwendung dürfe nicht durch Demoskopie ersetzt werden.<sup>130</sup>

Gerade mit Hinblick auf das Whistleblowing wäre es verfehlt, die Gefährdung eines wichtigen öffentlichen Interesses in Gestalt des Vertrauens der Bürgerinnen und Bürger in die Verschwiegenheit der Verwaltung zu konstruieren. Das öffentliche Interesse an der Publizität von Missständen, insbesondere bei Rechtsverstößen, kann nicht durch die undemokratische Fiktion negiert werden, die Bürgerschaft sei daran interessiert, dass ihr die Verwaltung Missstände vorenthalte. Eine entsprechende Annahme ist auch vor dem Hintergrund des

---

<sup>124</sup> BGHSt 48, 126 (132).

<sup>125</sup> Perron, JZ 2002, 48 (52).

<sup>126</sup> Perron, JZ 2002, 48 (52), meint, das Interesse der Amtsverschwiegenheit komme bereits im Merkmal der Geheimhaltungsbedürftigkeit zum Ausdruck.

<sup>127</sup> Schuldt, Geheimnisverrat, S. 91.

<sup>128</sup> Schumann, NStZ 1985, 169 (173).

<sup>129</sup> Ebd.; vgl. auch U. Behm, KJ 2002, 441 (447); Perron, JZ 2002, 48 (51), weist darauf hin, dass „der Schwerpunkt des Unrechtsgehalts hier – im Unterschied zu § 203 Abs. 2 StGB – nicht schon in der Geheimnisoffenbarung, sondern erst in der damit einhergehenden Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen liegt, der ein selbstständiger Unrechtscharakter zukommen muß.“

<sup>130</sup> Schuldt, Geheimnisverrat, S. 92.



verfassungsrechtlich verankerten Publizitätsprinzips und dem Paradigmenwechsel von der Regelgeheimhaltung hin zur Regeltransparenz der Verwaltung<sup>131</sup> so kaum noch haltbar.

Geht es um das Aufdecken behördeninterner Missstände, neigt die Lehre der mittelbaren Gefährdung dazu, Missstände zu konservieren, anstatt sie der Prüfung durch die Öffentlichkeit zuzuführen.<sup>132</sup> Das Interesse der Öffentlichkeit, von Fehlverhalten und Rechtswidrigkeiten zu erfahren, würgt sie paternalistisch ab, indem sie darauf verweist, dass Bürgerin und Bürger, falls sie informiert würden, das Vertrauen in die Behörde verlieren könnten. Damit wird der Begriff des öffentlichen Interesses aus vordemokratischem obrigkeitstaatlichen Denken heraus mit den behördlichen Interessen gleichgesetzt.<sup>133</sup> Nonchalent wird „von der Staatssicherheit gesprochen und vom Vertrauen der Bevölkerung zur Verwaltung, und in Wirklichkeit geht es um nichts weiter als um die natürliche Tendenz der Bürokratie, ihr Wissen und Tun gegen die Öffentlichkeit abzuschirmen.“<sup>134</sup>

Und selbst wenn dieses Vertrauen als wichtiges öffentliches Interesse fingiert wird, kann nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, dass einzelne Verletzungen von Dienstgeheimnissen das Vertrauen der Allgemeinheit in die gesamte Behörde oder die Verwaltung erschüttern.<sup>135</sup> Es handele sich allenfalls um „ein abstraktes Vertrauen im Sinne eines ‚Systemvertrauens‘ in das Wirksamwerden von Normen und Institutionen“, das „von vornherein mit dem Bewußtsein verbunden ist, daß es im Einzelfall enttäuscht werden kann und mitunter auch tatsächlich enttäuscht wird“.<sup>136</sup> „Dieses „Systemvertrauen“ werde allenfalls dann konkret gefährdet, „wenn Enttäuschungen sich in einer Weise häufen, die den Schluß auf das Versagen des fraglichen Systems“ zuließen, wozu einzelne Verfehlungen generell ungeeignet seien.<sup>137</sup>

---

<sup>131</sup> *Wegener*, Der Geheime Staat, S. 411, 481; *Rossi*, IFG § 1 Rn. 1.

<sup>132</sup> So bereits *U. Behm*, KJ 2002, 441 (448): „dadurch, dass die Theorie der mittelbaren Gefährdung erst das dem Täter zurechenbare ‚drohende‘ Bekanntwerden von Missständen pönalisiert, werden rechtswidrige Zustände in Behörden von öffentlicher Kritik abgeschottet. Damit werden demokratische Meinungsbildungsprozesse abgeschnitten, ohne die Missstände möglicherweise nicht abgestellt und die Verantwortlichen nicht zur Rechenschaft gezogen werden können.“

<sup>133</sup> *U. Behm*, AfP 2000, 421 (425); *ders.*, NStZ 2001, 153.

<sup>134</sup> *Düwel*, Das Amtsgeheimnis, S. 164.

<sup>135</sup> *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 94 m. w. n.; *Schumann*, NStZ 1985, 169 (172). Allerdings können offenbarte Missstände das Vertrauen in die Verwaltung erschüttern, das aber dann zu Recht.

<sup>136</sup> *Schumann*, NStZ 1985, 169 (172); zust. *Perron*, JZ 2002, 48 (52).

<sup>137</sup> *Schumann*, NStZ 1985, 169 (172).

## IV. „Illegale“ Amtsgeheimnisse

Der Straftatbestand soll grundsätzlich auch „illegale“ Geheimnisse, also Informationen bezüglich Rechtsverstößen schützen.<sup>138</sup> Es stellt sich aber die Frage, ob durch die Offenbarung von Rechtsverstößen ein wichtiges öffentliches Interesse überhaupt gefährdet werden kann. Es könnten, so eine Antwort, gewichtige Schäden durch eine Aufdeckung verursacht werden, wenn dadurch etwa zugleich legale Strategien oder Vorgehensweisen der Sicherheitsbehörden preisgegeben, Informanten enttarnt oder Repressalien gegen Auslandsvertretungen verursacht werden oder die Enthüllungen zum Abbruch nachrichtendienstlicher Kontakte oder dem Fehlschlagen humanitärer Aktionen führen.<sup>139</sup> Der Rechtsverstoß werde dadurch nicht selbst schutzwürdig, sondern es gehe darum, „andere durch seine Bekanntgabe drohende weit größere Schäden durch Geheimhaltung abzuwenden.“<sup>140</sup> Diese Argumentation trifft auf einige Fälle zu und spricht dagegen, „illegale“ Geheimnisse absolut vom Schutz des § 353b StGB auszunehmen. Andernfalls würde sich etwa eine Staatsanwältin nicht wegen der Verletzung von Dienstgeheimnissen strafbar machen, wenn sie noch andauernde Ermittlungen gefährdet, indem sie öffentlich macht, dass eine bestimmte Person eine Straftat begangen hat.<sup>141</sup> Allerdings liegt in dem genannten Beispiel unter anderem mit der Effektivität der Strafverfolgung ein guter Grund für die Geheimhaltung eines Rechtsverstößes vor. Dieser in tatsächlicher Hinsicht eher fernliegende Fall hat allerdings mit dem Phänomen Whistleblowing, mit dem in erster Linie Missstände adressiert werden, die einer privaten oder staatlichen Einrichtung zuzurechnen sind, nichts zu tun. Allgemein besteht nur selten und ausnahmsweise ein wichtiges öffentliches Interesse an der Geheimhaltung von Informationen bezüglich Rechtsverstößen. In

---

<sup>138</sup> *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 353b Rn. 5; *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 47 m. w. N.; *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 35; BGHSt 48, 126 (129) = juris Rn. 12, „personenbezogene Umstände“, die einem Datenschutzgesetz unterliegen (dort: § 23 Abs. 6 S. 1 SächsDSG), seien „vertraulich zu behandeln“, wozu auch „rechtswidriges Handeln Dritter“, etwa „Verstöße des Justizministers gegen das Sächsische Datenschutzgesetz“, zählen könnten. Der Fall nötige „den Senat nicht, näher zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Offenbarung rechtswidrigen Verhaltens die Verschwiegenheitspflicht verletzen kann.“ (juris Rn. 16 a. E.). Gleichermäßen könne dahinstehen, ob der Angeklagte entsprechend § 61 Abs. 4 BBG a. F. (heute: § 67 Abs. 2 S. 2 BBG) „von der Verschwiegenheitspflicht [...] befreit oder befugt war, die aktenkundigen verwaltungsinternen Vorgänge zu offenbaren, weil er zum Erhalt der freiheitlichen Grundordnung handelte“ (mit Verweis auf die Pätsch-Entscheidungen, BGHSt 20, 342 (365, 367 f.) und BVerfGE 28, 191 (202 f.)), da jedenfalls keine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen vorliege.

<sup>139</sup> *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b, S. 157.

<sup>140</sup> Ebd. S. 158.

<sup>141</sup> Mit dem Beginn eines Ermittlungsverfahrens bis zur öffentlichen Verhandlung oder bis zum Abschluss des Verfahrens ist zudem das strafbewehrte Publikationsverbot des § 353d StGB zu beachten, *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 353d Rn. 53, 54.

der Regel wird ein solches daher nicht bestehen, weshalb „illegale“ Geheimnisse grundsätzlich nicht geschützt werden sollten.

### 1. Strafanzeigen

Durch Strafanzeigen gegenüber den Strafverfolgungsbehörden werden wichtige öffentliche Interessen nicht gefährdet, denn es ist ihre rechtlich vorgesehene Aufgabe, Straftaten zu verfolgen. Eine gesetzmäßige Strafverfolgung liegt originär im öffentlichen Interesse, weshalb es paradox wäre, eine Strafanzeige als Gefährdung öffentlicher Interessen zu werten. Weiterhin ist eine Gefährdung öffentlicher Interessen auch deshalb ausgeschlossen, weil die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren prinzipiell selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.<sup>142</sup> Wer eine Strafanzeige erstattet, für die zumindest ein Anfangsverdacht besteht, macht sich daher nicht nach § 353b StGB strafbar.<sup>143</sup>

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch durch grundrechtskonforme Interpretation des § 353b StGB. *Zum einen* schützt das Strafanzeigengrundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG Beschäftigte vor negativen rechtlichen Sanktionen.<sup>144</sup> Dieses Grundrecht ist ein staatsbürgerliches Grundrecht, das privat- und öffentlich-rechtlich angestellte Personen gleichermaßen schützt.<sup>145</sup> Das BVerfG hat es zwar bislang nur im Zusammenhang mit einem privaten Arbeitsverhältnis angewendet, wegen der besonderen Bindung aller staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG, gilt es im öffentlichen Dienst aber erst recht. Im Beamtenverhältnis kann nicht aus falsch

---

<sup>142</sup> So bereits die Argumentation der StA Münster im Fall *Borcharding* (der noch bei § 355 StGB besprochen wird), Einstellungsbescheid v. 13.12.1996 – 44 Js 966/96: „Die Weitergabe entsprechender Informationen an die Staatsanwaltschaft, die allein zur Verfolgung derartiger Straftaten berufen ist, vermochte wichtige öffentliche Interessen in keiner Weise zu gefährden, da die Beamten der Staatsanwaltschaft ebenfalls der Geheimhaltungspflicht bei der Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrags unterliegen.“ [https://www.anstageslicht.de/fileadmin/user\\_upload/Geschichten/Steuerhinterziehung\\_\\_Subventionsbeitrag/schreiben\\_Staat6.pdf](https://www.anstageslicht.de/fileadmin/user_upload/Geschichten/Steuerhinterziehung__Subventionsbeitrag/schreiben_Staat6.pdf).

<sup>143</sup> A. A. *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 57.

<sup>144</sup> Siehe insb. BVerfG NJW 2001, 3474 ff. Erstmals bereits BVerfGE 74, 257: Eine Schülerin hatte gegen einen Lehrer Strafanzeige wegen Sexualdelikten erstattet. Das Verfahren wurde nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Der Lehrer verlangte Schadenersatz, der wegen des Strafanzeigengrundrechts verwehrt wurde. Für ein derartiges Recht in Arbeitsverhältnissen bereits, *Colneric*, AiB 1987, 260 (262 f.).

<sup>145</sup> In BVerfG NJW 2001, 3474 ff. ging es um eine fristlose Kündigung gem. § 626 BGB, die das Grundrecht verletzte. Dem Arbeitnehmer war gekündigt worden, nachdem er eine Strafanzeige gegen den Geschäftsführer der Arbeitgeberin erstattet hatte. Die Besonderheit dieser Entscheidung: Ein innerbetrieblicher Abhilferversuch wurde nicht vorausgesetzt. Dies hatte die arbeitsgerichtliche Rspr. prinzipiell verlangt und ist hiervon, auch nach der zit. Entscheidung des BVerfG nicht wesentlich abgerückt, s. BAG, NZA 2004, 427; NZA 2017, 703, dazu noch im Kontext der Geschäftsgeheimnisse, unter § 6 II. 3. a).

verstandener Loyalität, Beistand im Unrecht verlangt werden.<sup>146</sup> In der Diktion des BVerfG: Wer eine Strafanzeige erstattet, erfüllt nur seine von der Rechtsordnung aufgestellte Zeugenpflicht und damit eine allgemeine Staatsbürgerpflicht.<sup>147</sup> Mit dieser Pflicht sei es in einem Rechtsstaat unvereinbar, wenn rechtlich negativ sanktioniert wird, wer eine Strafanzeige erstattet und dabei „nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben“ macht. In aller Regel handelt nicht grob fahrlässig, wer Tatsachen, die den Anfangsverdacht einer Straftat begründen, den Strafverfolgungsbehörden mitteilt.<sup>148</sup> Negative rechtliche Sanktionen müssen dann ausgeschlossen sein, denn nur so „kann die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionsfähige Strafrechtspflege im Interesse der Allgemeinheit zu gewährleisten [...], erfüllt werden.“<sup>149</sup> Hinreichenden Schutz vor falschen Verdächtigungen gewährleistet § 164 StGB.<sup>150</sup>

Zum anderen ist das Recht zur Strafanzeige auch einfachgesetzlich in § 158 Abs. 1 StPO vorgesehen. Da die Strafanzeige gesetzlich erlaubt ist, kann sie prinzipiell nicht zugleich strafrechtlich verboten sein.<sup>151</sup> Nur ausnahmsweise

<sup>146</sup> Siehe bereits unter II. 3. sowie allgemein § 2 III.

<sup>147</sup> BVerfG NJW 2001, 3474 (3475).

<sup>148</sup> Vgl. *Brockhaus*, LTO v. 23.2.2021.

<sup>149</sup> BVerfG NJW 2001, 3474 (3475). In der Entscheidung ging es zwar um eine Kündigung und damit um zivilrechtliche Nachteile, wenn aber schon solche ausgeschlossen sind, dann muss wegen des Ultima-ratio-Prinzips erst recht eine Strafbarkeit ausgeschlossen sein, s. bereits *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (106), sowie näher unter § 10 II.

<sup>150</sup> So auch *Colneric*, AiB 1987, 260 (262); vgl. auch *Hefendehl*, FS Amelung, 617 (633), „Denunziationsschranke“.

<sup>151</sup> Das ergibt sich aus dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung und dem Ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts, s. dazu noch § 10 II. Für einen Tatbestandsausschluss auch *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1109). Die strafbarkeitsausschließende Wirkung des § 158 Abs. 1 StPO wurde insb. vor dem Hintergrund des Ankaufs von „Steuer-CDs“ diskutiert. Dies hat sich bzgl. von Geschäftsgeheimnissen erledigt, weil nach § 2 Nr. 1 GeschGehG „illegale“ Geschäftsgeheimnisse, wie Informationen zu Steuerhinterziehungen, nicht geschützt sind bzw. die Aufdeckung durch § 5 Nr. 2 GeschGehG erlaubt ist, s. noch § 6 II. Grds. für eine strafbarkeitsausschließende Wirkung etwa *Diemer*, in: Erbs/Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze, UWG § 17 Rn. 24; *Kaiser*, NStZ 2011, 383 (388); *Kaspar*, GA 2013, 206 (214); *Ostendorf*, ZIS 2010, 301 (304); *Satzger*, FS Achenbach, 447 (451 f.); *Schroth*, in: Politik – Recht – Ethik, S. 186 (191 f.); *Stratenwerth/Wohlers*, ZStR 128 (2010), (429) 441 f.; *Tae-ger*, Die Offenbarung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, S. 77; *Wedler/Bülte*, NZWiSt 2014, 316 (319). – Dagegen (oft auf § 34 StGB verweisend und häufig als h. M. zit.): *Ambos*, Beweisverwertungsverbote, S. 113; *Benkert*, FS Schiller, 27 (34); *Brammsen*, BB 2016, 3034 (3037); *ders.*, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, 77 (87); *Goers*, in: BeckOK-StPO, § 158 Rn. 3 f.; *Heine*, ASA 2010/2011, 525 (533); *ders.*, FS Roxin 2011 II, 1087 (1095); *Ignor/Jahn*, JuS 2010, 390 (392); grds. auch *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 111 ff.; *Pawlik*, JZ 2010, 693 (698, Fn. 68); *Reinbacher*, in: NK-WSS, UWG § 17 Rn. 43; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 176; *B. Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt § 158 Rn. 26; *Sieber*, NJW 2008, 881 (884); *Trüg*, StV 2011, 111 (112); *Ullrich*, NZWiSt 2019, 65 (67).

gilt etwas anderes, nämlich bei den besonderen Schweigepflichten des § 203 StGB.<sup>152</sup> Wird bei einer Strafanzeige also entgegen der hier vertretenen Ansicht eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen angenommen, so erfolgt die Offenbarung jedenfalls nicht „unbefugt“ (s. § 353b Abs. 1 StGB), sondern befugt gegenüber den in § 158 Abs. 1 StPO genannten Stellen. Die Strafanzeige nach § 158 Abs. 1 StPO lässt sich daher als „doppelfunktionelle Prozesshandlung“ beschreiben, d. h. als eine Prozesshandlung, die sich nicht nur verfahrensrechtlich, sondern auch materiell-rechtlich auswirkt.<sup>153</sup> Sie verpflichtet Betroffene, die Anzeige zu dulden. So darf etwa gegen diejenige Person, die Strafanzeige erstattet, keine Notwehr geübt werden, zumal die in der Vorschrift genannten Stellen zur Entgegennahme der Anzeige verpflichtet sind.<sup>154</sup>

Weiterhin sieht das geplante Hinweisgeberschutzgesetz vor, dass im öffentlichen Dienst beschäftigte Personen Straftaten, Ordnungswidrigkeiten und bestimmte andere Rechtsverstöße auch ohne vorherigen internen Abhilfeversuch unmittelbar gegenüber einer externen Stelle melden dürfen, §§ 2 Abs. 1, 7 HinSchG-RegE.<sup>155</sup> Für die Meldung reicht es aus, dass „begründete Verdachtsmomente“ bezüglich des Rechtsverstößes vorliegen, § 3 Abs. 3 HinSchG-RegE. Strafprozessual gesprochen genügt also ein Anfangsverdacht.

Die externe Meldestelle soll beim Bundesamt für Justiz eingerichtet werden, § 19 Abs. 1 HinSchG-RegE. Den Ländern ist es freigestellt, selbst eine eigene externe Meldestelle einzurichten, § 20 HinSchG-RegE. Die Staatsanwaltschaften sind bislang nicht als externe Meldestelle vorgesehen. Da sie die richtigen Anlaufstellen für die Anzeige von Straftaten und weitere Ermittlungsmaßnahmen sind, sollte sie die Gesetzgebung als externe Meldestellen bestimmen.

## 2. Anzeigen sonstiger Rechtsverstöße

Auch durch die Anzeige von sonstigen Rechtsverstößen kann ein wichtiges öffentliches Interesse nicht gefährdet werden, wenn diese gegenüber den für die Abstellung, Verfolgung bzw. Ahndung zuständigen staatlichen Stellen erfolgt. Die zu den Strafanzeigen entwickelte Argumentation gilt für die externe Meldung sonstiger Rechtsverstöße gleichermaßen. Das staatsbürgerlich und rechtsstaatlich fundierte Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG

---

<sup>152</sup> *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1109). Dort aber auch nicht ausnahmslos, s. noch die Ausführungen zu § 34 StGB, 3. Teil § 2 II. 1. und 2. c).

<sup>153</sup> A. A. etwa *Brammsen*, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, 77 (87). Grundlegend zu diesem Begriff: *Niese*, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Teilweise wird vertreten, mit einer nach § 158 StPO vorgenommenen Strafanzeige werde die grundrechtliche Petitionsfreiheit, Art. 17 GG, ausgeübt, Nachweise bei *Becker*, Whistleblowing, S. 50.

<sup>154</sup> *Erb*, in: Löwe/Rosenberg StPO § 158 Rn. 28.

<sup>155</sup> Damit sollen unionsrechtliche Vorgaben der Whistleblowing-Richtlinie (s. Art. 7, 10 WBRL) umgesetzt werden.

erstreckt sich nicht nur auf die Anzeige von Straftaten, sondern nach zutreffender Interpretation, auch auf die Anzeige anderer Rechtsverstöße bei den zuständigen staatlichen Stellen.<sup>156</sup> Das rechtsstaatliche Interesse an der Wahrung und Durchsetzung des Rechts besteht nicht nur bei Strafrechts-, sondern auch bei anderen Gesetzesverstößen. Das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung und Abstellung von Rechtsverstößen geht einem etwaigen Vertrauensverlust in einzelne staatliche Stellen vor.<sup>157</sup> Für die hier vertretene Ansicht spricht auch das durch Art. 17 GG gewährleistete Petitionsrecht, denn dort ist der Adressatenkreis nicht auf die Strafverfolgungsbehörden beschränkt, sondern Beschwerden können an die zuständigen Stellen und an die Volksvertretung gerichtet werden.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> So für das Arbeitsrecht bereits *Becker*, Whistleblowing, S. 50 f., 83; *Colneric*, AiB 1987, 260 (266); *Kreis*, Whistleblowing, S. 110. Dafür spricht auch, dass das Rechtsstaatsprinzip die Unverbrüchlichkeit des gesamten Rechts und nicht nur des Strafrechts gewährleisten soll, vgl. *H. Maurer*, in: HdbStaatsR IV § 79 Rn. 43; zust. *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG Art. 20 Rn. 146.

<sup>157</sup> Entgegen der oben erläuterten Rspr. zur sog. mittelbaren Gefährdung, III. 3. Siehe etwa *Polaczy*, § 193 StGB im Beamtendisziplinarrecht, S. 128: „Überall dort, wo durch rechtswidrige oder sittenwidrige Maßnahmen von Angehörigen der Verwaltung die durch die Rechtsordnung gewährleisteten Rechte Dritter oder das Allgemeinwohl beeinträchtigt werden, besteht für die Allgemeinheit als den Träger der Rechtsordnung ein vorrangiges Interesse an der Aufklärung und gegebenenfalls an der Abstellung der Mängel, auch wenn dadurch das (äußere) Ansehen der Verwaltung gemindert erscheint. Vergehen begangen durch Angehörige der Verwaltung, wiegen gewöhnlich schwerer als Vergehen von Nichtbeamten. Ihre Aufdeckung ist zumeist vordringlicher als die Aufdeckung und Ahndung der Verstöße, die von anderen Staatsbürgern begangen werden.“

<sup>158</sup> Teilweise wird vertreten, das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG sei gegenüber der Petitionsfreiheit subsidiär, wenn die Eingabe schriftlich erfolge, *Becker*, Whistleblowing, S. 48 ff. Auch die Rspr. hat in diesem Kontext schon auf die Petitionsfreiheit abgestellt, s. etwa BAG, BB 1970, 1176: „Der Angestellte des öffentlichen Dienstes braucht keine Kündigung zu befürchten, wenn er von seinem Petitionsrecht Gebrauch und dabei auf gewisse Mißstände in seinem Amte aufmerksam macht.“ Eine (arbeitsrechtliche) Pflicht zur vorherigen internen Anzeige wurde bereits ausdrücklich abgelehnt, LArbG Düsseldorf DB 1974, 2164; dazu *Hinrichs*, Arbeitsrecht Gegenwart, 1980, 35, (51). Im Strafrecht wurde schon im oben besprochenen Fall *Küster/Salomon*, RGSt 62, 65 (71) auf die Petitionsfreiheit (Art. 126 WRV) Bezug genommen, wenn auch sehr restriktiv: Soweit die zuständigen Behörden eine Mitteilung über ungesetzliche Zustände nicht entgegennehmen, könne der einzelne Staatsbürger von seinem Recht, die Volksvertretung gem. Art. 126 WRV anzurufen, Gebrauch machen. Die Petitionsfreiheit erfasst jedoch nur einen Teilausschnitt des Whistleblowings, da sie Schriftform voraussetzt und anonymes Handeln nicht schützen soll (da die eingebende Person sonst nicht beschieden werden könne, s. etwa *Becker*, Whistleblowing, S. 42; *Bauer*, in: Dreier GG Art. 17 Rn. 35 m. w. N.), Veröffentlichungen nicht erfasst und außerdem ein bestimmtes Begehren (*petitum*) (s. etwa ebd. Rn. 34) und damit ein bestimmtes Motiv vorausgesetzt wird (*Becker*, a. a. O.; *Rudkowski*, CCZ 2013, 204 (205)), das etwa nach der WBRL und den in den letzten Jahren in Kraft getretenen gesetzlichen Regelungen zum Schutz des Whistleblowings nicht verlangt wird.

### 3. Analoge Anwendung des § 93 Abs. 2 StGB

Nach zutreffender Ansicht werden schwere Rechtsverstöße im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB schon jetzt auch nicht durch § 353b StGB strafatbestandlich geschützt.<sup>159</sup> Etwas anderes gilt nur ausnahmsweise, nämlich wenn das „illegale“ Geheimnis allein einer fremden Macht mitgeteilt wird, vgl. § 97a StGB.<sup>160</sup> Dafür spricht auch die BGH-Rechtsprechung im Fall *Pätsch*, denn dort meinte der Senat, abgeleitet aus der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 Hs. 1 GG), dass „jeder das Recht haben muss, sofort und ohne jeden Umweg die Öffentlichkeit anzurufen, auch wenn dies zwingend zur Preisgabe von Staats- und Amtsgeheimnissen führt.“<sup>161</sup> Dies gelte auch für Beamte, weil bei derartigen schweren Verfassungsverstößen die beamtenrechtliche Schweigepflicht hinter das Recht zur öffentlichen Rüge zurücktreten müsse, zumal ihre Pflicht aus § 60 Abs. 1 S. 3 BBG bzw. § 33 Abs. 1 S. 3 BeamtStG für die freiheitliche demokratische Grundordnung einzutreten, ihrer Schweigepflicht vorgeht, § 67 Abs. 2 S. 2 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 2 BeamtStG.<sup>162</sup> Es würde zudem einen Wertungswiderspruch darstellen, zwar bei den Landesverratsvorschriften derartige Verstöße vom strafatbestandlichen Schutz auszunehmen, gerade damit sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden können, im Rahmen des § 353b StGB jedoch auf den Geheimnisschutz zu beharren. Weiterhin ist nicht erkennbar, dass die Gesetzgebung bei § 353b StGB bewusst auf eine § 93 Abs. 2 StGB entsprechende Regelung verzichtet hat. Zur Klarstellung sollte ein entsprechender Ausnahmetatbestand in § 353b StGB aufgenommen werden. Als Vorbild kann die einheitliche Lösung dienen, die in Österreich gilt. Dort macht sich weder wegen Verrats von Staatsgeheimnissen (§ 252 Abs. 2, 3 ÖStGB) noch wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses strafbar (§ 310 Abs. 3 ÖStGB), wer „verfassungsgefährdende Tatsachen“<sup>163</sup> offenbart.

---

<sup>159</sup> Grünwald, KJ 1979, 291 (300); Hoyer, in: SK § 353b Rn. 5; Vormbaum, in: LK § 353b Rn. 35; Perron/Hecker, in: Sch/Sch § 353b Rn. 5, meinen, nicht das Gefährdungsmerkmal, sondern das Merkmal „unbefugt“ könne in Fällen des § 93 Abs. 2 StGB ausgeschlossen sein; für eine Berücksichtigung erst auf Rechtfertigungsebene, Kuhlén, in: NK § 353b Rn. 15.

<sup>160</sup> Vormbaum, in: LK § 353b Rn. 35.

<sup>161</sup> BGHSt, 20, 342 (365) = juris Rn. 236 (*Pätsch*); BVerfGE 28, 191 (202 f.) = juris Rn. 30 f. (*Pätsch*); zust. Vormbaum, in: LK § 353b Rn. 35.

<sup>162</sup> BGHSt, 20, 342 (370) = juris Rn. 250; zum BBG nach a. F.; zust. Vormbaum, in: LK § 353b Rn. 35.

<sup>163</sup> Das sind gem. § 252 Abs. 3 ÖStGB Tatsachen, „die Bestrebungen offenbaren, in verfassungswidriger Weise den demokratischen, bundesstaatlichen oder rechtsstaatlichen Aufbau der Republik Österreich zu beseitigen, deren dauernde Neutralität aufzuheben oder ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht abzuschaffen oder einzuschränken oder wiederholt gegen ein solches Recht zu verstoßen.“

#### 4. Veröffentlichung anderer „illegaler“ Dienstgeheimnisse

Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen wird weiterhin auch bei *Veröffentlichungen* anderer „illegaler“ Dienstgeheimnisse regelmäßig zu verneinen sein. Damit sind Verwaltungsinformationen bezüglich von Rechtsverstößen gemeint, die nicht die Schwere eines Verstoßes im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB erreichen. Oben wurde bereits die hier vertretene Ansicht dargelegt, dass sie unmittelbar extern an die zuständigen Behörden gemeldet werden dürfen. Im Übrigen ist eine differenzierende Betrachtung geboten, eine „Alles-oder-nichts-Lösung“ nach der Rechtsverstöße tatbestandlich überhaupt nicht geschützt sein können, ist nicht zielführend.<sup>164</sup> Allerdings gefährdet deren Veröffentlichung regelmäßig keine wichtigen öffentlichen Interessen, weshalb der Straftatbestand in der Regel nicht erfüllt ist.

Hiervon sind zwei Ausnahmen zu machen, die bereits oben angeschnitten wurden. Erstens kann die Geheimhaltung eines Rechtsverstößes notwendig sein, um ihn bzw. weitere Rechtsverstöße zu ermitteln und nachweisen zu können, etwa im Strafverfahren (s. § 353d StGB). Zweitens können atypische Situationen eintreten, in denen ein marginaler Rechtsverstoß offengelegt wird, infolgedessen aber mit erheblichen Schäden zu rechnen und deshalb eine Gefahr wichtiger öffentlicher Interessen anzunehmen ist. Theoretisch denkbar ist etwa, dass ein eher unbedeutender Verstoß gegen Formvorschriften Einblick in das Sicherheitskonzept einer Behörde offenlegt. Denkbar ist auch, dass gegen eine kriminelle Organisation ermittelt wird und im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung ein rechtlicher Fehler unterläuft, etwa weil die Überwachungskompetenzen minimal überschritten werden. In einem starren Modell könnte etwa eine Kriminalpolizistin oder eine Staatsanwältin diesen Rechtsverstoß veröffentlichen und damit die Ermittlungen insgesamt gefährden.<sup>165</sup> In solchen und vergleichbaren Situationen erscheint es vertretbar, „illegale“ Dienstgeheimnisse aus konsequentialistischen Gründen durch § 353b StGB zu schützen.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b, S. 158 f.

<sup>165</sup> Es sei denn, die Veröffentlichung ließe es nicht zu, dass die Mitglieder der Organisation erkennen können, dass sie überwacht werden. Gegen dieses Beispiel ließe sich einwenden, dass in derartigen Fällen wohl keine Person aus den Strafverfolgungsbehörden auf die Idee kommen würde, einen solchen Rechtsverstoß publik zu machen. Dieser Einwand lässt sich allgemein auf mögliche Offenbarungen marginaler Rechtsverstöße übertragen, die erhebliche negative Konsequenzen nach sich ziehen.

<sup>166</sup> Für diese auf die Folgen der Aufdeckung abstellende Betrachtung lässt sich auch anführen, dass eine Aussage einer Beamtin oder eines Beamten durch die Dienstvorgesetzten gem. § 54 Abs. 1 StPO i. V. m. § 68 Abs. 1 Hs. 2 BBG verweigert werden kann, „wenn die Aussage dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde“ (so auch der fast identische § 37 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 BeamStG). Vgl. auch § 96 StPO.



## V. Reformvorschläge

Auf der Grundlage der oben geltend gemachten Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit (III. 1.) und unter Berücksichtigung der dargestellten Kasuistik (III. 2.) sowie der in § 3 IFG vorgesehenen Ausnahmetatbestände, wird vorgeschlagen das Merkmal der wichtigen öffentlichen Interessen in § 353b Abs. 1 StGB durch Anwendungsbeispiele zu konkretisieren:<sup>167</sup>

### § 353b Abs. 1 StGB a. F.

(1) <sup>1</sup>Wer ein Geheimnis [...] unbefugt offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. [...]

### § 353b Abs. 1 StGB n. F.

(1) <sup>1</sup>Wer ein Geheimnis [...] unbefugt offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, *insbesondere internationale Beziehungen, militärische und sonstige, die äußere und innere Sicherheit betreffende Belange der Bundeswehr oder eines öffentlichen Sicherheitsorgans*<sup>168</sup>, die Durchführung strafrechtlicher, ordnungswidrigkeitsrechtlicher oder disziplinarischer Ermittlungen, die Staatsfinanzen, staatliche Prüfungen oder die Funktionsfähigkeit oder die Aufgabenerfüllung der betroffenen Behörde erheblich gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. [...]

Da die Funktionsfähigkeit und die Aufgabenerfüllung recht weitläufige Begriffe sind, wird nicht allein eine irgend geartete Gefährdung, sondern eine „erhebliche“ Gefährdung vorausgesetzt.

Was die „illegalen“ Amtsgeheimnisse angeht, wird zwar durchweg vertreten, dass der jeweils verdeckte Rechtsverstoß eine Strafbarkeit nach § 353b StGB ausschließen kann, jedoch ist nach aktueller Rechtslage weder klar, an welcher Stelle im Delikttaufbau die Rechtsverstöße zu berücksichtigen sind, noch wie sie sich im Einzelnen auf den Geheimnisschutz auswirken. Ein kohärentes Modell zur Lösung des Problems fehlt bislang in Rechtsprechung und Schrifttum.<sup>169</sup>

<sup>167</sup> Zu den Vorzügen einer derartigen Konkretisierung vgl. auch § 4 VII.

<sup>168</sup> Dieser Begriff ist in § 89 StGB vorgesehen, s. zur Erläuterung bereits § 4 VII.

<sup>169</sup> Für eine Berücksichtigung der „Illegalität“ auf Tatbestandsebene, beim Merkmal der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen, *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b, S. 157 ff.; *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 47; teils wird offengelassen, ob eine Gefährdung öffentlicher Interessen entfällt oder sich unter Berücksichtigung der Meinungs- und Informationsfreiheit aus Art. 5 GG eine Offenbarungsbefugnis ergebe, weshalb der Täter nicht „unbefugt“ handele (zur Frage, ob diesem Merkmal eine Tatbestandsfunktion zukommt oder es sich in einem Verweis auf die Rechtfertigungsgründe erschöpft, s. bereits Einleitung, Fn. 67), *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 35; *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch

Diese Lücke soll mit dem hier entwickelten Ansatz geschlossen werden. Da die oben befürworteten Interpretationen (s. insb. IV.) nicht allesamt zwingend sind, sollten sie positiv-rechtlich abgesichert werden. Dazu bietet es sich an, eine tatbestandliche Klausel einzuführen, nach der kein wichtiges öffentliches Interesse gefährdet, wer Rechtsverstöße oder schwerwiegende Missstände gegenüber einer dafür zuständigen Stelle meldet. Dasselbe sollte prinzipiell für Offenlegungen gelten, es sei denn, die drohenden Schäden stehen außer Verhältnis zu den Vorteilen der Veröffentlichung.

Für eine derartige Tatbestandslösung am Merkmal der Gefährdung öffentlicher Interessen spricht, dass etwaige Nachteile einer Offenbarung durch Vorteile saldiert werden können, wovon auch bei § 93 Abs. 1 StGB ausgegangen wird (s. dazu § 4 I. 4., VII.). Bezüglich § 353b StGB berücksichtigt der BGH bereits auf Tatbestandsebene der Geheimhaltung widerstreitende Interessen, jedenfalls, wenn es um die Frage einer sogenannten mittelbaren Gefährdung geht.<sup>170</sup> Thematisiert wird insbesondere, ob ein Interesse der Öffentlichkeit bestand, über den geheimen Gegenstand informiert zu werden. Hieran anknüpfend wird in der Literatur vertreten, für das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen seien nicht nur Geheimhaltungsinteressen, sondern auch gegenläufige öffentliche Interessen einzubeziehen.<sup>171</sup> Dem ist zuzustimmen: Zur Begrenzung der weitläufigen strafbewehrten Schweigepflichten des § 353b StGB – dafür spricht auch hier die Wechselwirkung zwischen Meinungsfreiheit und einschränkendem Strafgesetz –<sup>172</sup> sollten gegenläufige Informations- bzw. Offenbarungsinteressen berücksichtigt werden.

Die Offenlegung eines sogenannten „illegalen“ Geheimnisses gefährdet in der Regel kein wichtiges öffentliches Interesse. Abgesehen davon, dass ihnen schon aus diesem Grund der strafatbestandliche Schutz prinzipiell zu versagen ist, besteht auf der anderen Seite oftmals ein öffentliches Interesse daran, von rechtswidrigen Praktiken und strukturellen Missständen in Behörden und anderen staatlichen Stellen zu erfahren. Einerseits, um sie abstellen bzw. ahnden

---

§ 353b Rn. 5. Für eine Berücksichtigung auf Rechtfertigungsebene etwa *Schuldt*, Geheimnisverrat, S. 78; *Kuhlen*, in: NK § 353b Rn. 15.

<sup>170</sup> BGHSt 48, 126 (132) (*Sächsischer Datenschutzbeauftragter*).

<sup>171</sup> *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b, S. 161. Bei der von ihm angedachten tatbestandlichen Abwägung könnten etwa folgende Punkte einbezogen werden: „welchen Stellenwert [das Interesse] in der Rechtsordnung nach Rang, Intensität und Häufung [...] einnimmt, welcher Schaden ihm durch eine öffentliche Diskussion zugefügt werden könnte [...], wie groß der Umfang der interessierten Öffentlichkeit ist [...], wie stark der ‚Öffentlichkeitswert‘ der Information ist (reines Dienstgeheimnis oder Privatgeheimnis, Einzelfall oder Häufung von Rechtsverstößen, bloßer Sensationsbericht oder ernsthafte Nachricht, Berichterstattung zur oder nach Aufdeckung des Mißstandes) und wieviel Detailvermittlung für eine ausreichende Information genügt, wenn hohe Rechtsgüter durch eine weitergehende Bekanntgabe Schaden nehmen könnten.“ Ebd. m. w. N.

<sup>172</sup> Ebd. S. 163.

zu können, andererseits aber auch, um sie zunächst überhaupt einer öffentlichen Diskussion zuzuführen.<sup>173</sup>

Diese Reformüberlegungen sollten durch folgende Regelung umgesetzt werden:

§ 353b Abs. 1 StGB a. F.

„(1) [...] <sup>2</sup>Hat der Täter durch die Tat fahrlässig wichtige öffentliche Interessen gefährdet, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

§ 353b Abs. 1–1c StGB n. F.:

„(1) [...] <sup>2</sup>Befugt offenbart ein Geheimnis insbesondere, wer einen Rechtsverstoß oder sonstigen Missstand gegenüber einer dafür zuständigen Stelle meldet. <sup>3</sup>Hat der Täter durch die Tat fahrlässig wichtige öffentliche Interessen gefährdet, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

*(1a) Tatsachen, die einen schweren Rechtsverstoß wie einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, einen Verstoß gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen oder eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO betreffen und die zur Offenlegung des Rechtsverstoßes erforderlich sind, sind keine Amtsgeheimnisse.*

*(1b) Tatsachen, die einen anderen Rechtsverstoß betreffen und zu seiner Veröffentlichung erforderlich sind, sind nur dann Dienstgeheimnisse, wenn der zu erwartende Nachteil das berechnete Interesse an ihrer Offenlegung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, wesentlich überwiegt.*

*(1c) Betreffen die Tatsachen einen sonstigen Missstand, sind sie nur dann keine Dienstgeheimnisse, wenn ein berechtigtes Interesse an ihrer Veröffentlichung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, den zu er-*

---

<sup>173</sup> Zu diesen Interessen s. noch eingehend im 2. Teil § 2.

*wartenden Nachteil wesentlich überwiegt und sie zur Offenlegung des Missstands erforderlich sind.“*

Neben den bisherigen Überlegungen (unter § 4 VII.) ist zum vorgeschlagenen Normtext zu ergänzen, dass der Begriff der „Veröffentlichung“ verwendet wird, da er bereits in § 353b Abs. 3a StGB vorgesehen ist. Deshalb wird er dem Begriff der „Offenlegung“ vorgezogen, der in der Whistleblowing-Richtlinie<sup>174</sup> und auch in der vorliegenden Arbeit häufig als Synonym für Veröffentlichung verwendet wird.

Mit dem hier vorgeschlagenen Kompromiss könnte einer mit berechtigten Argumenten vorgeschlagenen Streichung des § 353b StGB, der sicherlich nicht zum unverzichtbaren Teil des Kernstrafrechts zählt, zuvorgekommen werden. Es wird nämlich bezweifelt, dass Amtsgeheimnisse überhaupt strafrechtlich geschützt werden sollten, unter anderem, weil man bis zur Einführung durch den NS-Gesetzgeber im Jahr 1936 ohne die Vorschrift auskam.<sup>175</sup> Aus der damaligen Gesetzesbegründung geht auch nicht eindeutig hervor, weshalb der über die Landesverratsbestimmungen hinausgehende strafrechtliche Schutz der Amtsgeheimnisse unerlässlich sei.<sup>176</sup>

Aufgrund seiner Historie kritisierten Strafverteidiger die Vorschrift schon in den 1950er Jahren als nationalsozialistisch.<sup>177</sup> Dies wurde vom BGH zurückgewiesen, da die Vorschrift auf Vorschläge aus der Weimarer Republik zurückgeht (s. dazu § 3 V. 2.) und sie nicht mit dem 3. Strafrechtsänderungsgesetz (das sog. „Strafrechtsbereinigungsgesetz“) gestrichen wurde.<sup>178</sup> Diese Darstellung ist aber verkürzt, denn die Strafbarkeit der Verletzung von Amtsgeheimnissen war in den Weimarer Entwürfen nicht wie im NS-Straftatbestand allein auf exekutive Geheimhaltungsinteressen fixiert, sondern es war entweder ein Strafbarkeitsausschluss bei Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgesehen (§ 133 Abs. 2 E1922/1924/E1925) oder der Straftatbestand war durch

---

<sup>174</sup> Siehe Art. 5 Nr. 6, 15 WBRL. Danach bedeutet „Offenlegung“ oder „offenlegen“ „das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße“.

<sup>175</sup> R. Schmid, JZ 1970, 686.

<sup>176</sup> DJ 1936, 997, s. dazu bereits § 3 VI. 2.

<sup>177</sup> BGH, JZ 1953, 149.

<sup>178</sup> Später machten die Beschwerdeführer im Fall *Pätsch* vor dem BVerfG geltend, der Straftatbestand sei „mit den Grundsätzen eines demokratischen Rechtsstaats nicht vereinbar“ und stelle „typisch nationalsozialistisches Recht“ dar, BVerfGE 28, 191, (195). Das Gericht meinte, die Vorschrift enthalte „weder Verstöße gegen elementare Prinzipien der Gerechtigkeit [...], noch ist sie in dem Sinne an spezifischen Auffassungen oder Bedürfnissen des nationalsozialistischen Staates orientiert, daß sie staatliche Interessen gegenüber denen des Einzelnen überbewertet.“ Ebd. S. 197.

Bereicherungs- und Nachteilszufügungsabsicht deutlich restriktiver gestaltet (§ 140 E1927).<sup>179</sup>

Anknüpfend an die historische Argumentation wird bezweifelt, ob mit der Streichung des § 353b StGB unerträgliche Strafbarkeitslücken entstehen würden, weil mit den Landesverratsbestimmungen „der ‚harte Kern‘ der Staatsgeheimnisse“ sowie komplementär mit § 203 Abs. 2 StGB Dienstgeheimnisse, die zugunsten von Bürgerinnen und Bürgern zu wahren sind, hinreichend geschützt seien.<sup>180</sup> Soweit darüber hinaus ein Geheimhaltungsinteresse bestehe, reiche das Disziplinarrecht aus, um Geheimnisverletzungen angemessen zu ahnden.<sup>181</sup> Es ist in der Tat fraglich, ob das Strafrecht hier als *ultima ratio* eingesetzt werden sollte. Denn ist die Offenbarung von Geheimnissen der Verwaltung wirklich „über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozial-schädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich“?<sup>182</sup> Es kommt darauf an, kann man sagen. Doch diese Dringlichkeit einmal unterstellt, zeigt die Genese des strafrechtlichen Schutzes der Amtsgeheimnisse jedenfalls, dass es bei der aktuellen Regelung nicht bleiben sollte und zumindest Modifikationen im hier vorgeschlagenen Sinne angezeigt sind.

Dafür spricht schließlich auch der bereits an mehreren Stellen hervorgehobene Paradigmenwechsel im Informationsfreiheitsrecht: Als der NS-Gesetzgeber das geheimnisschützende Amtsdelikt im Jahr 1936 einführte, dominierte das Prinzip der Regelgeheimhaltung unangefochten. Seitdem hat Transparenz in unserer Rechtsordnung einen viel höheren Stellenwert erlangt. Das zeigt sich unter anderem in der Anerkennung des aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Publizitätsprinzips und dem Inkrafttreten der Informationsfreiheitsgesetze. Das Prinzip der Regelgeheimhaltung ist dem Prinzip der Regeltransparenz gewichen.<sup>183</sup> Die Gesetzgebung sollte die Strafvorschrift der Verletzung von Dienstgeheimnissen mit dem verfassungsrechtlichen und den einfachgesetzlichen Transparenzgeboten harmonisieren, indem sie den Tatbestand wie hier vorgeschlagen reformiert.

---

<sup>179</sup> Zudem wird eingewendet, dass die Strafvorschriften aus den Weimarer Entwürfen nicht „als Passepartout für Unbedenklichkeit dienen [dürfen], denn Äußerungen und Vorschläge aus der Zeit vor 1933 können sich im Nachhinein als Wegbereiter späterer problematischer Entwicklungen erweisen.“ *Vormbaum*, in: LK § 353b Entstehungsgeschichte.

<sup>180</sup> *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 1; so bereits *Grünwald*, KJ 1979, 291 (301); *R. Schmid*, JZ 1970, 683 (686).

<sup>181</sup> Ebd. Auch der Alternativ-Entwurf eines StGB sieht keinen § 353b StGB entsprechenden Straftatbestand vor.

<sup>182</sup> BVerfG, Urt. v. 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 (u. a.) = BVerfGE 88, 203 (258) (*Schwangerschaftsabbruch*).

<sup>183</sup> *Wegener*, Der Geheime Staat, S. 411, 481; s. auch *Rossi*, IFG § 1 Rn. 1.

## § 6 Geschäftsgeheimnisse

Whistleblower in Unternehmen decken regelmäßig Wirtschaftsskandale auf. Die Liste der Enthüllungen ist lang.<sup>1</sup> Exemplarisch sind etwa die exorbitanten Bilanzfälschungen des US-amerikanischen Energieriesen Enron, der selbstgekürten „World’s Greatest Company“, zu nennen, die Sherron Watkins und Cynthia Cooper im Jahr 2001 publik machten. Oder, um ein aktuelleres Beispiel aus der Bundesrepublik zu nennen: Der Waffenausbilder Robert H. deckte auf, dass die deutsche Waffenschmiede Heckler & Koch G-36 Sturmgewehre rechtswidrig, nämlich gegen das Kriegswaffenkontroll- und das Außenwirtschaftsgesetz verstoßend, in vier mexikanische Bundesstaaten auslieferte. Vertreter des Unternehmens wurden wegen mittäterschaftlicher Verstöße gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz verurteilt.<sup>2</sup> Nicht selten richtet sich die Strafverfolgung allerdings gegen diejenigen, die auf unternehmerische Missstände aufmerksam machen. Beispielsweise wurden Antoine Deltour und Michel Hallet, Mitarbeiter von PWC, verurteilt, da sie Daten der Unternehmensberatung über fragwürdige, wenn nicht unionsrechtswidrige Steuervermeidungsvereinbarungen zwischen internationalen Unternehmen und dem Luxemburger Fiskus an die Presse lancierten (dazu noch unter IV. 1.).

In den letzten Jahren ist außerdem immer wieder die von helvetischen Staatsanwaltschaften energisch forcierte Strafverfolgung von Beschäftigten Schweizer Banken aufgefallen, die Steuerhinterziehungen in Milliardenhöhen aufdeckten und an denen sich die Geldinstitute teilweise mit systematischen Geschäftspraktiken beteiligten.<sup>3</sup> Beispielsweise wurde Hervé Falciani, ehemals IT-Spezialist in der Zentrale der Hongkong & Shanghai Banking Corporation

---

<sup>1</sup> Siehe allein die Bilanzfälschungen (Enron, WorldCom, Tyco), Gammelfleischskandal, Lux-Leaks, Siemens-Schmiergeldaffäre, Swiss-Leaks, Telekom-Spitzelaffäre, usw. sowie Kartellabsprachen und Steuerhinterziehungen allgemein.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 30.3.2021 – 3 StR 474/19; LG Stuttgart, Urt. v. 21.2.2019 – 13 KLs 143 Js 38100/10.

<sup>3</sup> Brisant ist der Fall des Ex-UBS-Bankers Bradley Birkenfeld, der gegenüber US-Behörden offenlegte, dass Geschäftspraktiken der UBS in den USA auf massive Steuerhinterziehungen gerichtet waren. Man einigte sich gerichtlich, dass die Bank 780 Millionen US-Dollar Strafe zahlte. Aufgrund der von Birkenfeld weitergegebenen Informationen wurden zudem Steuerschulden und Geldstrafen i. H. v. rund 15 Milliarden US-Dollar (nach-)gezahlt, *Browning*, NYT v. 6.6.2008, S. C1; *Buchter*, Die Zeit v. 6.4.2017, S. 28; *Rolan*, Investment News v. 3.3.2009.

Holdings (HSBC) zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren wegen Industriespionage verurteilt, weil er Datensätze über Steuerhinterziehungen in Milliardenhöhe kopiert und an französische Behörden verkauft hatte (sog. Swiss-Leaks-Skandal).<sup>4</sup> In Deutschland sorgten die an deutsche Finanzbehörden aus der Schweiz und Liechtenstein verkauften „Steuersünder-CDs“ für Diskussionsstoff im Strafrecht. Einige Autoren plädierten für eine Strafbarkeit wegen Geheimnisverletzungen nach § 17 UWG a. F. derjenigen, die diese CDs etwa als Bankmitarbeiter zusammenstellen und anschließend dem Fiskus feilbieten. Auch eine Strafbarkeit der Finanzbeamten wegen Beihilfe zu diesem Delikt wurde erwogen.<sup>5</sup> Neben einer Flut von Selbstanzeigen führte diese Praxis auch zu außenpolitisch brisanten Vorgängen zwischen der Bundesrepublik und der Eidgenossenschaft.<sup>6</sup>

Weitere Schweizer Bankmitarbeiter, unter anderen der ehemalige Leiter der Compliance-Abteilung der Privatbank J. Safra Sarasin, wurden zu Geld- und Haftstrafen verurteilt,<sup>7</sup> weil sie Art und Ausmaß der Cum-Ex-Geschäfte<sup>8</sup> aufdeckten.<sup>9</sup> Für den Ankauf der Daten wurde der deutsche Rechtsanwalt, Eckhardt Seith, in der Schweiz verurteilt.<sup>10</sup> Die hamburgische Staatsanwaltschaft ermittelte aufgrund eines von der Zürcher Anklagebehörde gestellten Strafübernahmeersuchens gegen Oliver Schröm, den Chefredakteur des Recherchezentrums *Correctiv*, weil dieser Rechtsanwalt Seith die Daten abgekauft haben soll.<sup>11</sup> Unter Schröms Leitung wurde zusammen mit einer Vielzahl anderer eu-

---

<sup>4</sup> Bundesstrafgericht, Urt. v. 27.11.2015 – SK. 2014.46, dazu *Gyr*, NZZ v. 27.11.2015. Zudem gab er sie wohl auch an den deutschen BND sowie an britische Behörden weiter.

<sup>5</sup> Dafür *Sonn*, Steuer-CD-Affäre, S. 220 ff., 232; verneint in LG Düsseldorf, Beschl. v. 11.10.2010 – 4 Qs 50/10, juris Rn. 12 ff. und LG Bochum, Beschl. v. 22.4.2008 – 2 Qs 10/08, HRRS 2009, Nr. 1111, Rn. 40, wobei in beiden Entscheidungen eine Strafbarkeit der Bankmitarbeiter für möglich gehalten bzw. unterstellt wurde; dafür etwa *Breitenbach*, Steuer-CDs, S. 417 f.; *Sieber*, NJW 2008, 881 f.; dagegen *Satzger*, FS Achenbach, 447 (453).

<sup>6</sup> Das OLG Frankfurt, Urt. v. 9.11.2017 – 4-3 StE 2/17 – 2 – 1/17, verurteilte einen Spion des Schweizer Geheimdienstes zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten, die das Gericht zur Bewährung aussetzte. Der Spion hatte deutsche Steuerfahnder bespitzelt, um herauszufinden, von wem die deutschen Behörden die CDs ankaufen.

<sup>7</sup> Bezirksgericht Zürich, Urt. v. 9.4.2019 – DG180059, DG180060, DG180061. Zu einer anderen strafrechtlichen Bewertung s. das Gutachten *Pieth/Schnyder/Zerbes*.

<sup>8</sup> BVerfG Beschl. v. 2.3.2017 – 2 BvR 1163/13 = HFR 2017, 633, wertet sie als Steuerhinterziehungen.

<sup>9</sup> *Rohrbeck/Salewski/Schröm*, Die Zeit v. 22.3.2018, S. 23 f. Aufgrund der Informationen konnte in Deutschland in über 400 Fällen gegen Broker, Banker und Berater ermittelt werden. Wegen Steuerhinterziehung wurde z. B. ein Banker der Warburg-Bank zu fünfeinhalb Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, LG Bonn, Urt. v. 2.6.2021 – 62 KLs 1/20. Bestätigt von BGH NStZ-RR 2022, 205 f.

<sup>10</sup> Bezirksgericht Zürich, Urt. v. 11.4.2019.

<sup>11</sup> Die Ermittlungen wurden nach über einem halben Jahr eingestellt, *Schröm*, *Correctiv* v. 6.11.2019.

ropäischer Medien, etwa den Redaktionen von *Die Zeit* und des ARD-Magazins *Panorama*, der „größte Steuerraubzug in Europa“ aufgedeckt.<sup>12</sup> Wegen der Cum-Ex-Geschäfte fehlten mindestens 55 Milliarden Euro in den Steuerkassen Deutschlands und anderer EU-Mitgliedstaaten.

Die folgende Untersuchung konzentriert sich auf die Frage, ob oder inwieweit sich die strafrechtlichen Pflichten, Geschäftsgeheimnisse zu wahren, auf Informationen bezüglich Rechtsverstößen und sonstigen Missständen erstrecken. Im Zentrum steht hierbei das im Jahr 2019 in Kraft getretene Geschäftsgeheimnisgesetz,<sup>13</sup> mit dem die Geheimnisschutzrichtlinie der EU<sup>14</sup> umgesetzt und die geheimnisschützenden Strafvorschriften der §§ 17 ff. UWG ersetzt wurden.<sup>15</sup> Die Straftatbestände sind jetzt in § 23 GeschGehG geregelt und werden anhand der Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse in § 1 GeschGehG sowie den in § 5 GeschGehG vorgesehenen Ausnahmetatbeständen untersucht.<sup>16</sup> Die hierbei entwickelte Ansicht, nach der „illegale“ Geschäftsgeheimnisse schon keiner Schweigepflicht unterliegen, gilt auch für andere nebenstrafrechtliche Tatbestände, die Geschäftsgeheimnisse schützen.<sup>17</sup>

## I. Delikte und Geheimnisbegriff des GeschGehG

Durch § 23 GeschGehG werden verschiedene Formen des Erlangens, Nutzens und Offenlegens von Geschäftsgeheimnissen mit Strafe bedroht.<sup>18</sup> Was ein Geschäftsgeheimnis ist, legaldefiniert § 2 Nr. 1 GeschGehG. Die verschiedenen Tatmodalitäten werden durch die zivilrechtlichen, in § 4 GeschGehG geltenden „Handlungsverbote“ bestimmt, auf die der Straftatbestand verweist.<sup>19</sup> Beim Whistleblowing durch Beschäftigte kommt insbesondere § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG in Betracht, wonach es verboten ist ein Geschäftsgeheimnis zu nutzen oder offenzulegen, wenn dadurch gegen eine Verpflichtung verstoßen wird

---

<sup>12</sup> N. N., *Zeit Online* v. 11.12.2018.

<sup>13</sup> BGBl. I 2019, S. 466.

<sup>14</sup> RL (EU) 2016/943.

<sup>15</sup> Zur alten und zur neuen Rechtslage s. bereits *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 ff.

<sup>16</sup> Gesondert wird noch § 355 StGB, das Amtsdelikt der Verletzung von Steuergeheimnissen untersucht (§ 7) sowie § 203 StGB, die Verletzung von Privatgeheimnissen, die sich auch auf Geschäftsgeheimnisse erstreckt (§ 8).

<sup>17</sup> Siehe bereits *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (119).

<sup>18</sup> Bislang wurde in den §§ 17–19 UWG der Doppelbegriff „Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis“ verwendet, was sich in der Praxis als überflüssig erwiesen hat, weshalb auf letzteren Begriff verzichtet wurde, BT-Drs. 19/4724, S. 40. – Der Versuch ist nach § 23 Abs. 5 GeschGehG strafbar. In § 23 Abs. 6 GeschGehG ist eine Privilegierung für journalistische Beihilfehandlungen vorgesehen, die mit § 353b Abs. 3a StGB fast identisch ist. Auf § 353b Abs. 3a StGB nimmt die Begründung zum GeschGehG Bezug, BT-Drs. 19/8300, S. 15.

<sup>19</sup> Die Strafbarkeit hängt also von der vorgehenden zivilrechtlichen Bewertung ab und ist damit zivilrechtsakzessorisch, s. BT-Drs. 19/4724, S. 40



– etwa die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht –, Geschäftsgeheimnisse geheim zu halten.

In subjektiver Hinsicht muss sich der Vorsatz nicht nur auf ein Geschäftsgeheimnis und ein Handlungsverbot, sondern auch auf das *Nichtvorliegen* der in § 5 GeschGehG geregelten Ausnahmetatbestände erstrecken.<sup>20</sup> Zudem setzt § 23 Abs. 1 GeschGehG die Absicht voraus, „zur Förderung des eigenen oder fremden Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen“ zu handeln.<sup>21</sup> Daran dürfte es beim Whistleblowing häufig fehlen, jedenfalls dann, wenn es dem Täter um die Beseitigung der Missstände geht.<sup>22</sup>

Als Geschäftsgeheimnis werden nach § 2 Nr. 1 GeschGehG Informationen geschützt, die a) weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich und daher von wirtschaftlichem Wert sind, b) Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen sind und c) bei denen ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung besteht. Damit wurde die Definition aus Art. 2 Nr. 1 der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie<sup>23</sup> übernommen und im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens, nach einer Sachverständigenanhörung und auf den Druck der Opposition hin, um das Merkmal des berechtigten Interesses erweitert.<sup>24</sup> Da bereits die ordentliche Gerichtsbarkeit bei § 17 UWG a. F. und das BVerfG bei der Definition der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zu Art. 12 Abs. 1 GG ein berechtigtes Interesse vorausgesetzt hatten,<sup>25</sup> stimmte der Bundestag dem Änderungsantrag fast geschlossen zu.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> Brockhaus, ZIS 2020, 102 (115).

<sup>21</sup> Vgl. §§ 17–19 UWG a. F. Bei § 23 Abs. 3 GeschGehG wird allein die Absicht zur Wettbewerbsförderung genannt.

<sup>22</sup> Vgl. zu § 17 UWG a. F.: *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (330): „rein altruistische Beweggründe“ sind nicht nötig, um die Schädigungsabsicht auszuschließen; *Renigier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG § 17 Rn. 44a; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 124.

<sup>23</sup> RL (EU) 2016/943. Die dortige Definition geht auf Art. 39 Abs. 2 des TRIPS-Abkommens (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) zurück.

<sup>24</sup> Für dieses Merkmal im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, die Stellungnahmen *Böning*, S. 64; *Hièramente*, S. 15, 25 f.; *Pfab*, S. 18; *Semsrott*, S. 18, 115 f.; *Partsch*, S. 17, 108, 113; BT-Drs. 19/7453 (Bündnis 90/Die Grünen); BT-Drs. 19/7704 (Die Linke). Dafür bereits: *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556); *Goldhammer*, NVwZ 2017, 1809 (1810 ff.); *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Müllmann*, ZRP 2019, 25 (26).

<sup>25</sup> Siehe etwa BGH, GRUR 1955, 424 (426); 1961, 40 (43); NStZ 2014, 325 (326); BVerfG, MMR 2006, 1041 (1042). Allein auf wirtschaftliche Interessen abstellend: BGH, GRUR 2006, 1044 (1046 Rn. 19); 2018, 1161 Rn. 28.

<sup>26</sup> Mit Ausnahme der AfD-Fraktion, BT-Drs. 19/8300, S. 14. Siehe etwa die Erklärung der CDU/CSU-Fraktionen, ebd., S. 12.

## II. „Illegale“ Geschäftsgeheimnisse

Bankmitarbeiter geben Kundendaten weiter und decken damit milliarden-schwere Steuerhinterziehungen auf, in Unternehmen beschäftigte Personen zeigen Bestechungen, Kartell- und andere Wettbewerbsverstöße an, machen Behörden auf Verstöße gegen das Umweltrecht aufmerksam und legen Verstöße gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz offen.<sup>27</sup> In all diesen Fällen stellt sich wie schon bei den Staats- und Amtsgeheimnissen die Frage, ob auch Informationen bezüglich Rechtsverstößen von der strafrechtlichen Schweigepflicht erfasst werden. Dies wurde bereits hinsichtlich der bisherigen Vorschrift über den Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, § 17 UWG, von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur verneint, war aber höchst umstritten.<sup>28</sup> Dieser Streit hat sich im Schrifttum zur Geheimnisschutzrichtlinie<sup>29</sup> und zum Regierungsentwurf eines Geschäftsgeheimnisgesetzes<sup>30</sup> fortgesetzt, in denen das Tatbestandsmerkmal eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses allerdings noch nicht vorgesehen war.<sup>31</sup> Mit diesem nun in § 2 Nr. 1 GeschGehG vorgesehenen Merkmal hat die Gesetzgebung klargestellt, wovon die

---

<sup>27</sup> Angersbach, Due Diligence beim Unternehmenskauf, S. 188 Fn. 923; vgl. bereits die eingangs geschilderten Fälle unter § 6.

<sup>28</sup> RAG, JW 1931, 490 (zu „Milchpanschereien“, die ein Angestellter eines Milchhändlers aufdeckte); LAG Berlin, BB 1970, 710. Zum Streitstand im Schrifttum, Brockhaus, ZIS 2020, 102 (103 f.).

<sup>29</sup> Kein Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse: Alexander, WRP 2017, 1034 (1039); Hauck, WRP 2018, 1032 (1034); Kalbfus, GRUR 2016, 1009 (1011); L. Schmitt, RdA 2017, 365 (369); vgl. auch ErWG 20 RL (EU) 2016/943; a. A. Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (119); E. Wiese, Die EU-Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen, S. 34 f.; Rody, Rechtsnatur von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, S. 127; Schenkel, Whistleblowing, S. 105; Namysłowska, in: MK-Lauterkeitsrecht, Geheimnisschutz-RL Art. 2 Rn. 13.

<sup>30</sup> Kein Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse: Böning/Heidfeld, AuR 2018, 555; Buchert/Buchert, ZWH 2018, 309 (313); a. A. Ullrich, NZWiSt 2019, 62 (67).

<sup>31</sup> Siehe Art. 2 RL (EU) 2016/943; § 2 Nr. 1 GeschGehG-E, BT-Drs. 19/4724, S. 9.

zutreffende Ansicht zur alten Rechtslage bereits ausging: „illegale“ Geschäftsgeheimnisse werden nicht geschützt.<sup>32</sup> Demgegenüber verteidigen Teile der Literatur das „illegale“ Geschäftsgeheimnis noch immer,<sup>33</sup> was im Folgenden zurückgewiesen wird.

### *1. Fehlendes berechtigtes Geheimhaltungsinteresse, Selbstwiderspruch der Rechtsordnung*

Es besteht prinzipiell kein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung von Informationen über Rechtsverstöße.<sup>34</sup> Ein Interesse, welches der Rechtsordnung widerspricht, ist kein berechtigtes Interesse.<sup>35</sup> So wird das Merkmal des berechtigten Interesses auch in anderen Vorschriften ausgelegt, etwa in §§ 193,

---

<sup>32</sup> *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *GeschGehG* § 2 Rn. 79; *Apel/Walling*, DB 2019, 891 (894); *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (109 f.); *Dittrich*, in: Hdb des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, Rn. 33.87; *Hauck*, GRUR-Prax 2019, 223 (224); *McGuire*, FS Harte-Bravendamm, 367 (380); *Möhrenschlager*, in: Hdb Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 16 Rn. 17; *Preis*, in: ErfK BGB § 611a Rn. 713; *L. Schmitt*, NZA-Beil. 2020, 50 (52); *Schreiber*, NZWiSt 2019, 332 (334 f.); *Schumann/Günnel*, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht § 42 Rn. 131 f.; *Teichmann*, GA 2021, 527 (529); *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, § 33 Rn. 42. – Im Wesentlichen sprechen gegen den Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse nach aktueller Rechtslage, bereits die zu § 17 UWG eingebrachten Argumente, s. dazu *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (104 ff.).

<sup>33</sup> *Buck*, JM 2020, 59 (60); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1776); *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963 (967); *Harte-Bavendamm*, in: Harte-Bravendamm/Ohly/Kalbfus *GeschGehG* § 2 Rn. 67; *Hieramente*, in: BeckOK-GeschGehG § 2 Rn. 72 ff.; *Joecks/Miebach*, in: MK-GeschGehG § 23 Rn. 41; *Nöbel/Veljovic*, CB 2020, 34 (37); *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148 (153 f.); *Reinfeld*, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, § 1 Rn. 87, 165; *Rönnau*, FS Merkel, 909 (917 f.); *Schröder*, ZRP 2020, 212 (214); so wohl auch *Süße*, in: Criminal Compliance, 379 (399).

<sup>34</sup> *Angersbach*, Due Diligence, S. 188 f.; *Beyerbach*, Die geheime Unternehmensinformation, S. 100; *Bindschedler*, Der Strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, S. 25 f.; *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555; *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (333); *Föbus*, Die Ineffizienz des § 17 UWG, S. 105; *Kotthoff/Gabel*, in: HeiKo, UWG § 17 Rn. 8; *Kreis*, Whistleblowing, S. 63; *Maier*, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, deutschen und englischen Recht, S. 281; *Möhrenschlager*, in: Hdb Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kap. 16 Rn. 17; *Preis*, in: ErfK BGB § 611a Rn. 713; *Richters/Wodtke*, NZA-RR 2003, 281 (282); *Taeger*, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 96, 232; *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen, S. 59; in diese Richtung auch *Helbach*, Der gestufte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor Parlament, Presse und jedermann, S. 38; *Polenz*, DÖV 2010, 350 (351); *Rützel*, GRUR 1995, 557. So für die Schweiz, *Pieth/Schnyder/Zerbes*, Gutachten Seith, S. 25.

<sup>35</sup> Vgl. *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (104).

201 Abs. 2 S. 2 StGB, 201a Abs. 4 StGB oder in § 824 Abs. 2 BGB. Rechtswidrige, aber auch sittenwidrige Interessen werden nicht erfasst.<sup>36</sup> Vom Wortlaut ausgehend und anhand dieses ersten systematischen Vergleichs erscheint das Interesse an der Geheimhaltung eines Rechtsverstoßes *prima facie* kein berechtigtes Interesse zu sein.

Es lässt sich allerdings nicht sagen, dass die Geheimhaltung eines Rechtsverstoßes stets und notwendig mit dem Recht unvereinbar ist, denn sie ist nicht der Rechtsverstoß selbst. Dennoch entsteht ein Selbstwiderspruch in der Rechtsordnung, ein rechtsstaatliches Paradox, wenn Informationen über Rechtsverstöße rechtlich als Geheimnis geschützt werden.<sup>37</sup> Wer sich gegen die Rechtsordnung wendet, kann prinzipiell kein „Recht auf Intransparenz“ für sich reklamieren, um illegales Verhalten zu verschleiern.<sup>38</sup> Ein basales „Interesse der Rechtsordnung“ besteht in der Wahrung des Rechts und also darin, Rechtsverstöße zu verhindern bzw. zu ahnden, weshalb es den zuständigen staatlichen Stellen möglich sein muss, Kenntnis von Gesetzesverletzungen zu erlangen.<sup>39</sup> Deshalb erscheint es widersinnig, rechtlichen Schutz für die gegenläufigen Geheimhaltungsinteressen regelverletzender Unternehmen einzufordern.<sup>40</sup> Es widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip, rechtswidrige Aktivitäten von Unternehmen durch eine rechtlich geschützte Geheimhaltungssphäre abzuschirmen und zu protegieren.<sup>41</sup> Erst recht ist nicht einzusehen, weshalb ein arkaner Raum, in dem rechtswidrig operiert werden kann, mit dem sogenannten schärfsten Schwert des Rechts, dem Strafrecht, verteidigt werden soll.<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> *Eisele/Schittenhelm*, in: Sch/Sch § 193 Rn. 9; *Eisele*, in: Sch/Sch § 201 Rn. 27, § 201a Rn. 53; *Förster*, in: BeckOK-BGB § 824 Rn. 48.

<sup>37</sup> *Alexander*, WRP 2017, 1034 (1039); *ders.*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, GeschGhG § 2 Rn. 79: „schwerer Wertungswiderspruch“; *Angersbach*, Due Diligence beim Unternehmenskauf, S. 188 f.; *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1107): „unüberbrückbare[r] Selbstwiderspruch“; differenzierend: *Schenkel*, Whistleblowing, S. 107: wertungsmäßige Unterschiede, aber kein unüberbrückbarer Selbstwiderspruch; *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen, S. 59.

<sup>37</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (105); *Kreis*, Whistleblowing, S. 64; *Schoch*, NJW 2009, 2987 (2992).

<sup>38</sup> *Schoch*, NJW 2009, 2987 (2992).

<sup>39</sup> *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1107).

<sup>40</sup> *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1107).

<sup>41</sup> *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen, S. 59. Das Interesse des Unternehmens sei nicht schutzwürdig, da es bei einer Verletzung von Gesetzen stets hinter die Gegeninteressen, u. a. dem Anspruch der Öffentlichkeit auf Gesetzestreue, zurücktrete.

<sup>42</sup> So bereits *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1107).

Dies wäre auch individuell unzumutbar, weil Beschäftigte dadurch mittels einer Art „Ganovenentreue“<sup>43</sup> rechtlich zu Komplizen des Unrechts verpflichtet würden.<sup>44</sup>

Der rechtliche Schutz „illegalen“ Verhaltens ist schließlich auch dem folgenden, beizupflichtenden Diktum des BVerfG entgegengesetzt: Eine „Rechtsordnung, die sich ernst nimmt, darf nicht Prämien auf die Missachtung ihrer selbst setzen. Sie schafft sonst Anreize zur Rechtsverletzung, diskriminiert rechtstreu Verhalten [...] und untergräbt damit die Voraussetzungen ihrer eigenen Wirksamkeit.“<sup>45</sup>

Aus diesen Überlegungen folgt mindestens, dass gute Gründe vorliegen müssen, um Informationen über Rechtsverstöße ausnahmsweise zu schützen und den aufgezeigten Selbstwiderspruch der Rechtsordnung zu rechtfertigen.<sup>46</sup> Diese rechtsstaatlich fundierte Argumentationslast verkehrt in ihr Gegenteil, wer einfach voraussetzt, dass sich rechtliche Schweigepflichten auf den Schutz rechtswidriger Unternehmensgeheimnisse erstrecken.

## 2. Kein hinreichender Grund für ausnahmsweisen Schutz

Es besteht kein hinreichender normativer Grund, den Selbstwiderspruch der Rechtsordnung zu rechtfertigen, der sich auftut, wenn „illegale“ Geschäftsgeheimnisse rechtlich geschützt würden. Beim Verweis auf andere Straftatbestände, die Informationen zu Rechtsverstößen teilweise schützen,<sup>47</sup> wird verkannt, dass bei diesen Gründe vorliegen, die der rechtsstaatlich vorgezeichneten Argumentationslast gerecht werden. Ein solcher Grund besteht, wenn die Geheimhaltung von Rechtswidrigkeiten im Rahmen eines rechtsstaatlichen Verfahrens zwingend ist, ein erhebliches öffentliches Interesse hieran besteht<sup>48</sup> oder sie durch ein unverletzliches Recht geboten ist.

---

<sup>43</sup> Ebd. S. 1110.

<sup>44</sup> Vgl. auch *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen, S. 59.

<sup>45</sup> BVerfGE 116, 24 (49) = juris Rn. 63 (*Einbürgerung durch Täuschung*). Stattdessen sollte „das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerechtigkeit und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung“ gestärkt werden, BVerfGE 110, 1 (20) = juris Rn. 75 (*erweiterter Verfall*).

<sup>46</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (104 f.). Die Rechtfertigung eines solchen Widerspruchs ist möglich, weil es sich nicht um einen zwingend aufzulösenden Normwiderspruch, sondern um einen Wertungswiderspruch handelt, vgl. *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 63, 84 (zur Auflösung von Wertungswidersprüchen).

<sup>47</sup> Siehe etwa *Aldoney Ramirez*, Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, S. 350; *Koch*, ZIS 2008, 500 (504); *Spernath*, NSTZ 2010, 307 (308); *Brammsen*, in: MK-Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., § 17 UWG Rn. 24. Siehe neben den i. F. erörterten Straftatbeständen auch § 139 Abs. 2 StGB (keine Anzeigepflicht schwerer Straftaten nach § 138 StGB, wenn sie Geistlichen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut werden), *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (332).

<sup>48</sup> *Rützel*, GRUR 1995, 557 (560), „erhebliches Allgemeininteresse“.

Wie bereits dargelegt wurde (§ 5 IV.), können sich Amtsträger gemäß § 353b StGB strafbar machen, wenn sie den Erfolg eines Ermittlungsverfahrens gefährden, indem sie Informationen bezüglich des Verdachts einer Straftat veröffentlichen. Die Geheimhaltung kann im Ermittlungsverfahren notwendig sein und dient dem wichtigen Allgemeininteresse der Strafverfolgung. Zudem kann eine Offenlegung unverhältnismäßige Schäden für das jeweils durch § 353b StGB geschützte öffentliche Interesse verursachen. Auch dann ist eine Schweigepflicht bezüglich rechtswidrigen Verhaltens hinreichend begründet.<sup>49</sup>

Was die Staatsgeheimnisse angeht, werden Informationen bezüglich Rechtsverstößen nach gegenwärtiger Rechtslage zwar grundsätzlich tatbestandlich geschützt, wenn die Merkmale des § 93 Abs. 1 StGB erfüllt sind, allerdings dienen die Landesverratsvorschriften dem Schutz der äußeren Sicherheit des Staates und damit einem zweifellos besonders wichtigen Allgemeinrechtsgut. Evident macht es einen erheblichen Unterschied, ob der Staat, der die Rechts- und Wirtschaftsordnung garantiert und unternehmerische Freiheiten in der uns bekannten Gestalt erst ermöglicht, durch eine Offenlegung in seiner äußeren Sicherheit bedroht wird oder ein einzelnes Unternehmen bei einer Offenlegung mit wirtschaftlichen Nachteilen rechnet.<sup>50</sup> Hinzu kommt, dass jedenfalls die Veröffentlichung „illegaler“ Staatsgeheimnisse im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB straffrei gestellt ist<sup>51</sup> und diese Vorschrift auf dem Gedanken beruht, dass „ein illegales Staatsgeheimnis [...] grundsätzlich undenkbar und ein Widerspruch in sich ist.“<sup>52</sup> Schon deshalb können „illegale“ Geschäftsgeheimnisse keinesfalls uneingeschränkt geschützt werden.<sup>53</sup>

Mit Hinblick auf die nicht-staatliche Informationssphäre erstrecken sich die Schweigepflichten des § 203 StGB zwar auf „illegale“ Privatgeheimnisse natürlicher Personen, daraus lässt sich aber nicht herleiten, dass dies auch für „illegale“ Geschäftsgeheimnisse gilt.<sup>54</sup> Denn der maßgebliche Grund für den Schutz „illegaler“ Privatgeheimnisse, der bei Geschäftsgeheimnissen in der Regel fehlt, liegt im allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Betroffenen, das grundrechtlich aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG und damit auch aus

---

<sup>49</sup> Weiterhin gilt die Tatbestandsausnahme des § 93 Abs. 2 StGB entsprechend für § 353b StGB, s. o. unter § 5 IV. 3.

<sup>50</sup> Das zeigt sich auch darin, dass § 23 GeschGehG (bzw. § 17 UWG a. F.) nicht im Kernstrafrecht geregelt ist.

<sup>51</sup> Eine Strafbarkeit kommt nur dann in Betracht, wenn die Informationen allein an eine fremde Macht weitergegeben werden, § 97a StGB, *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 97a Rn. 1 m. w. N.

<sup>52</sup> *Rützel*, GRUR 1995, 557 (558).

<sup>53</sup> *Schafheutle*, Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat, S. 87 f.; *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen, S. 60, für eine klarstellende, § 93 Abs. 2 StGB analoge Regelung bezüglich von Geschäftsgeheimnissen (zu § 17 UWG a. F.).

<sup>54</sup> Siehe im Einzelnen noch eingehend unter § 8 II.

der unantastbaren Würde des Menschen abgeleitet wird.<sup>55</sup> So erstreckt sich beispielsweise die anwaltliche Schweigepflicht selbstverständlich auf Informationen, die ein Mandant bezüglich einer begangenen Straftat anvertraut (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB), was strafprozessual durch das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 Abs. 1 S. 1 StPO reflektiert wird. Im Gegensatz dazu steht Beschäftigten eines Unternehmens ein solches Recht nicht zu, jedenfalls nicht aufgrund ihrer Betriebszugehörigkeit. Sie sind nach § 48 StPO zur Aussage verpflichtet, wenn sie das Zeugnis bzw. die Aussage nicht aus anderen Gründen (s. §§ 52 – 55 StPO) verweigern dürfen. Das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung wird demnach höher bewertet als eventuelle wirtschaftliche Interessen des Unternehmens an der Verschwiegenheit der Beschäftigten.<sup>56</sup>

Weiterhin besteht kein besonders schützenswertes Allgemeininteresse an der Geheimhaltung „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse. Deutlich zeigt sich dies bei § 23 GeschGehG, der den Schutz des wirtschaftlichen Werts von Geschäftsgeheimnissen bezweckt.<sup>57</sup> Wird unterstellt, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse von wirtschaftlichem Wert sind, so ist doch nicht erkennbar, weshalb die Allgemeinheit an ihrer strafrechtlich abgesicherten Geheimhaltung besonderes interessiert sein soll.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> *Cierniak/Niehaus*, in: MK § 203 Rn. 7, 22. Dieser humanistisch ausgerichtete Geheimnisschutz entspricht einer schon länger währenden Rechtstradition, vgl. die Historie des strafrechtlichen Schutzes von Privatgeheimnissen ab § 3 II. Das Menschenwürdeargument ist etwa auch entscheidend für das absolute Beweisverwertungsverbot bei Aufzeichnungen von Geständnissen aus dem „unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung“, selbst wenn durch die Verwertung schwere Straftaten aufgeklärt werden könnten (s. etwa BGHSt 50, 206; 57, 71), darauf haben im Kontext der Geschäftsgeheimnisse schon *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (332), hingewiesen. – Zudem bleibt § 203 StGB durch die Vorschriften des GeschGehG ausdrücklich unberührt, § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG, weshalb auch nicht ersichtlich ist, warum bei der Verletzung von Privatgeheimnissen vorgenommene Wertungen auf das Geschäftsgeheimnisgesetz übertragen werden sollten.

<sup>56</sup> *Satzger*, FS Achenbach, 447 (452). Es macht für die Schutzwürdigkeit eines Unternehmensgeheimnisses auch keinen Unterschied, ob der Täter aussagen will oder aussagen muss. Der freiwillige Beitrag zur Durchsetzung des Rechts darf nicht negativer bewertet werden als der unfreiwillige, *Erb*, FS Roxin 2011 II, S. 1103 (1108 f.). Geheimhaltung von Rechtsverstößen gegenüber den für die Verfolgung zuständigen staatlichen Stellen könne nur dort verlangt werden, wo der Geheimnisschutz durch Zeugnisverweigerungsrechte oder entsprechende ausdrückliche Regelungen flankiert werde, ebd. S. 1109.

<sup>57</sup> Vgl. zu § 17 UWG a. F., *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1110).

<sup>58</sup> So bereits *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1110); *Rützel*, GRUR 1995, 557 (560), zu § 17 UWG a. F. Bei § 203 StGB besteht zwar das besondere Allgemeininteresse, die Vertrauensbeziehungen sozialwichtiger Beraterberufe zu schützen (*Rützel*, a. a. O.), der Schutz „illegaler“ Privatgeheimnisse ist dort aber nur gerechtfertigt, wenn bei der Weitergabe Persönlichkeitsrechte natürlicher Personen betroffen wären, s. im Einzelnen noch unter § 8 II.

### 3. Systematischer Vergleich: Kein Schutz in anderen Rechtsgebieten und durch Grundrechte

Dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse strafrechtlich nicht geschützt werden, ergibt sich auch aus den folgenden Vergleichen zum Arbeits-, und Informationsfreiheitsrecht.<sup>59</sup> Weiterhin lässt sich ihr Schutz auch nicht aus den einschlägigen Grundrechten, Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 S. 1 GG herleiten.

#### a) Arbeitsrecht

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind – wie im Folgenden dargelegt wird – weder durch ihre Verschwiegenheitspflicht noch aufgrund einer allgemeinen Treue- oder Loyalitätspflicht zu Geheimhaltung von Rechtsverstößen verpflichtet.

#### aa) Keine Pflicht zur Geheimhaltung von Rechtsverstößen

Nach zutreffender Ansicht erstreckt sich die aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht mangels eines berechtigten Interesses prinzipiell nicht auf Rechtsverstöße.<sup>60</sup> Deshalb kann erst recht, wegen des aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleiteten Subsidiaritätsprinzips, keine entsprechende strafrechtliche Verschwiegenheitspflicht bestehen.<sup>61</sup>

Zumindest sind Beschäftigte berechtigt, Straftaten und andere Rechtsverstöße unmittelbar extern, also ohne vorherigen internen Abhilfeversuch, bei den zuständigen staatlichen Stellen anzuzeigen.<sup>62</sup> Das gewährleistet nach hier

---

<sup>59</sup> Teilweise wird dazu auch auf § 2 Abs. 1 S. 1 PatG verwiesen. Danach werden für „Erfindungen, deren gewerbliche Verwertung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen würde“ keine Patente erteilt, *Schafheutle*, Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat, S. 87 f.; *Wawrzinek*, Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, S. 126; *Dann*, in: *Internal Investigations*, Kap. 28. Rn. 23. Das Argument ist allerdings schwach, denn nach S. 2 der Vorschrift kann „ein solcher Verstoß [...] nicht allein aus der Tatsache hergeleitet werden, dass die Verwertung durch Gesetz oder Verwaltungsvorschrift verboten ist“, s. bereits *Schenkel*, Whistleblowing, S. 98.

<sup>60</sup> *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555; *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 157 f.; *Kreis*, Whistleblowing, S. 52 f., 185; *Preis*, in: ErfK, BGB § 611a Rn. 713 f.; *Preis/Reinfeld*, AuR 1989, 361 (363); so auch die h. M. bzgl. der gesetzlichen Schweigepflicht von Betriebsratsmitgliedern, *Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, in: *Fitting BetrVG § 79* Rn. 3; *Kania*, in: ErfK, BetrVG § 79 Rn. 6; *Lorenz*, in: *Düwell § 79* Rn. 12; *Werner*, in: *BeckOK-ArbR BetrVG § 79* Rn. 10; a. A. *Oetker*, in: *Gemeinschaftskommentar BetrVG II § 79* Rn. 20.

<sup>61</sup> So bereits *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119). Siehe dazu noch unter § 10 II.

<sup>62</sup> Vgl. bereits unter § 5 IV. 2. sowie *Becker*, Whistleblowing, S. 83, 103; *Colneric*, AiB 1987, 260 (265); *Düsel*, a. a. O.; 110; *Hinrichs*, Arbeitsrecht Gegenwart 1980, 35, (50 f.), der darauf hinweist, dass das Primat der internen Rüge aus dem Recht des öffentlichen Diensts entwickelt worden sei, wodurch man inkommensurables gleichgesetzt habe, da die Privatwirtschaft weder institutionell geordnet noch demokratisch legitimiert und kontrolliert



vertreter Ansicht bereits das vom BVerfG anerkannte Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG.<sup>63</sup> Die BAG-Rechtsprechung hat die Tragweite dieses Grundrechts verkannt und unzulässig eingeschränkt.<sup>64</sup> Sie wurde außerdem durch die jüngsten Rechtsentwicklungen, insbesondere dem in der Whistleblowing-Richtlinie anerkannten Recht zur unmittelbaren externen Anzeige überholt, Art. 7, 10 WBRL. Das geplante Hinweisgeberschutzgesetz sieht ein entsprechendes externes Melderecht vor, § 7 HinSchG-RegE.

Die Einwände, Beschäftigte hätten grundsätzlich weder die für Anzeigen von Missständen erforderliche Kontrollfunktion inne noch verfügten sie über eine dazu erforderliche Beurteilungskompetenz,<sup>65</sup> sind zurückzuweisen. Sie beruhen auf einem „paternalistischen Grundverständnis des Arbeitsverhältnisses“.<sup>66</sup> Da „die Unterbindung und Ahndung von Rechtsverstößen im Interesse der Allgemeinheit“ liegt, bedarf es „keiner besonderen Zuständigkeit, um daran berechtigterweise mitwirken zu dürfen“.<sup>67</sup>

Nach *Ninon Colneric* kommt in dem genannten Grundrecht und auch in der Petitionsfreiheit vielmehr zum Ausdruck, dass es legitim und erlaubt ist, zum Schutz der Interessen anderer und der Allgemeinheit einzutreten.<sup>68</sup>

„Es ist sozial nicht unangemessen, wenn die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei dafür sorgt, daß gegen den wirtschaftlich stärkeren Part bei Gesetzesverstößen die im staatlichen Recht vorgesehenen Sanktionen verhängt werden. Die Ethik ist auf ihrer Seite, nicht auf Seiten derer, die wirtschaftliche Interessen unter Verstoß gegen Gesetze verfolgen. Die Aus-

---

sei; *Kreis*, Whistleblowing, S. 64 ff., 133 ff.; vgl. auch Art. 24 Abs. 3 der revidierten Europäischen Sozialcharta.

<sup>63</sup> BVerfG NJW 2001, 3474.

<sup>64</sup> Bzw. „verwässert“, *Peter/Rohde-Liebenau*, AuR 2004, 249 (430), zu BAGE 107, 36 = NZA 2004, 427. Danach sollte eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt sein, wenn sich die Strafanzeige als unverhältnismäßige Reaktion und damit als Verletzung der aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleiteten Schweigepflicht darstelle, ebd. S. 430. Indiziell sei eine Strafanzeige bei unberechtigten Vorwürfen unverhältnismäßig, wenn sie aus maliziöser Motivation erfolge oder sich die Person nicht zuvor innerbetrieblich um Abhilfe bemüht habe. Letztes könne nicht erwartet werden, wenn sich Beschäftigte bei Nichtanzeige selbst strafbar machen würden, „bei schwerwiegenden Straftaten oder vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten“ oder, „wenn Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten ist.“ Fortsetzung in BAG, NJW 2007, 2204 ff.; BAG, NZA 2017, 703 (704). Krit. zum Merkmal der Unzumutbarkeit etwa, *Becker*, Whistleblowing, S. 100 ff. Während das BVerfG meint (NJW 2001, 3476), im Regelfall könne eine Strafanzeige aus rechtsstaatlichen Gründen keine Kündigung begründen, hat das BAG mittels der eben genannten einschränkenden Kriterien das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt und damit weitgehend relativiert, *Becker*, Whistleblowing, S. 65.

<sup>65</sup> *Brammsen*, in: MK-Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., UWG § 17 Rn. 24 m. w. N.; *ders.*, Die Ausnahme von Kartellverstößen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, S. 77 (83).

<sup>66</sup> *Rützel*, GRUR 1995, 557 (560).

<sup>67</sup> *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1108).

<sup>68</sup> *Colneric*, AiB 1987, 260 (264 f.).

übung des Anzeigerechts führt in solchen Fällen nicht zu einer groben, unerträglichen Unbilligkeit, sondern zu der sozial wünschenswerten, durch das Rechtsstaatsprinzip und das Gebot der Gleichheit aller vor dem Gesetz aufgegebenen Bekämpfung von Gesetzesverletzungen.“<sup>69</sup>

„Eine Rechtsprechung, die direkte oder indirekte Anzeigen des Arbeitnehmers gegen den gesetzwidrig handelnden Arbeitgeber für pflichtwidrig erklärt, kann nicht für sich in Anspruch nehmen, ethische Standards durchzusetzen. Sie ist eine Verbeugung vor wirtschaftlicher Macht.“<sup>70</sup>

#### *bb) Keine arbeitsrechtliche Loyalitätspflicht zum Beistand im Unrecht*

Eine arbeitsrechtliche Pflicht, „illegale“ Geschäftsgeheimnisse geheim zu halten, lässt sich auch nicht mittels einer pauschalen Loyalitäts- oder Treuepflicht der Beschäftigten begründen.<sup>71</sup> Neben den bereits angestellten allgemeinen Erwägungen zu Loyalität bzw. Treue im Recht (s. § 2 III.) erscheint eine derartige arbeitsrechtliche Pflicht problematisch, da sie aus einer patriarchalisch-totalitären Rechtstradition hervorgeht und sich aufgrund ihrer Unbestimmtheit nahezu jedes Verhalten untersagen lässt, das Arbeitgeberinteressen in irgendeiner Weise tangiert. Abgesehen von ihrer Vagheit erfüllt eine derartige Pflicht weiterhin nicht die Anforderungen an ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG und ist daher schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht imstande, die Redefreiheit von Beschäftigten einzuschränken.<sup>72</sup> Aus diesen, im Folgenden näher dargelegten Gründen, sollte Loyalität oder Treue auch nicht als Merkmal in eine Abwägung eingeführt werden, mittels der über Recht und Unrecht einer Offenlegung von Rechtsverstößen oder anderen Missständen entschieden wird.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Ebd. S. 265.

<sup>70</sup> *Colneric*, AiB 1987, 260 (265).

<sup>71</sup> Auf eine solche Pflicht wird immer noch, wenn auch mit abnehmender Tendenz im Arbeitsrecht rekuriert, *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 110 f. Neben den Synonymen Loyalitäts- und Treuepflicht werden auch „Interessenwahrungspflicht“ oder „Schadensabwendungspflicht“ verwendet, *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, *Hinweisgebersysteme*, S. 114.

<sup>72</sup> Demgegenüber verwendet der EGMR in seiner Whistleblowing-Rspr. zu Art. 10 EMRK den Begriff der Loyalität, um Schweigepflichten von Beschäftigten zu begründen, EGMR, *Heinisch ./ Deutschland*, Ur. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 64.

<sup>73</sup> Vgl. bereits *Bäumer*, *Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht* 1981, 337 (339); *De George*, in: *Business Ethics*, S. 320 (326), bei auftretenden Missständen gelte: „workers clearly have the right to speak out in whatever way, and in whatever forum, they desire. By doing so, they violate no commitment to loyalty because there is no such commitment; they are simply exercising their right to free speech.“; *Lindblom*, *J. Bus. Ethics* 76 (2007), 413: „we have a right to free speech, that includes to blow the whistle, the permissibility of which should not be restricted by a duty of loyalty towards the organizations where we are working.“

Rechtshistorisch reicht die Loyalitäts- oder Treuepflicht auf den Frondienstvertrag und den Treudienstvertrag zurück, Vertragstypen des germanischen Rechts.<sup>74</sup> Gesetzlich regelte erstmals der NS-Gesetzgeber eine Treuepflicht. Nach § 2 des Gesetzes zur Ordnung der Nationalen Arbeit (AOG) von 1934 hat „[d]er Führer des Betriebes [...] für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten.“<sup>75</sup> Zwar setzten die Alliierten dieses Gesetz außer Kraft, trotzdem wurde in der Rechtsprechung und Literatur zunächst weiterhin auf das AOG rekurriert, um eine einseitige Treuepflicht der Beschäftigten zu begründen.<sup>76</sup> Sie sollten verpflichtet sein, „alles [zu] unterlassen, was dem Arbeitgeber oder dem Betrieb abträglich ist.“<sup>77</sup> Die Treuepflicht obliegt nur den Beschäftigten, während das vermeintliche Gegenstück, die Fürsorgepflicht der Arbeitgeber, „lediglich eine Reihe verhältnismäßig belangloser Obliegenheiten wie Hinweis-, Belehrungs- und Informationspflichten“ umfasst.<sup>78</sup>

Trotz der seit den 1970er Jahren geäußerten Kritik, hielt die Rechtsprechung an dieser Treuepflicht fest. Allerdings nahm sie nicht mehr auf das AOG Bezug, wohl um den NS-Hintergrund auszublenden. Stattdessen leitete sie die Pflicht nun aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) her.<sup>79</sup> Seit der Schuldrechtsreform im Jahr 2001 wird die Treuepflicht als Rücksichtnahmepflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB konzipiert.<sup>80</sup> Die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht wird als eine Konkretisierung der Loyalitäts- oder Treuepflicht angesehen.<sup>81</sup>

---

<sup>74</sup> *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 108. Ähnlich wohl das Konzept von *master and servant*, das bis heute im britischen Recht fortwirkt, ebd. S. 113 m. w. N.

<sup>75</sup> Siehe dazu *Colneric*, *AiB* 1987, 260 (262); *Mückenberger*, *KJ* 1983, 69 (73); *Simitis*, *FS Simon*, 331 (335); sowie zur Rezeption des AOG in der BRD *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 109.

<sup>76</sup> *Colneric*, *AiB* 1987, 260 (262), zu bedenklichen Auswüchsen der arbeitsrechtlichen Treuepflicht-Rspr. im Kontext des Whistleblowings; *Kempff*, *DB* 1979, 790.

<sup>77</sup> BAG, *AP BGB* § 611 Treuepflicht Nr. 7 (1969); so bereits § 611 Treuepflicht Nr. 1 (1953) und später etwa § 611 Treuepflicht Nr. 10 (1990).

<sup>78</sup> *Kempff*, *DB* 1979, 790 (792).

<sup>79</sup> Siehe etwa BAG, *AP BetrVG* 1972 § 103 Nr. 1 (1974); BGH *AP BGB* § 611 Treuepflicht Nr. 9 (1989). Demgegenüber war die Ansicht verbreitet, eine einseitige Treuepflicht der Beschäftigten gehe über das hinaus, wozu die Parteien durch § 242 BGB verpflichtet seien, weshalb die Vorschrift keine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine „Treuepflicht“ bilde, *Kempff*, *DB* 1979, 790 m. w. N.

<sup>80</sup> Siehe etwa BAG, *NZA* 2004, 427 (429). Zur Differenzierung zwischen einer aus § 242 und einer aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleiteten Treuepflicht, *Reichold*, in: *Mü Hdb ArbR* § 53 Rn. 1.

<sup>81</sup> Siehe etwa *Kreis*, *Whistleblowing*, S. 52 m. w. N. Teilweise wird vertreten, beim Whistleblowing „illegaler“ Betriebsgeheimnisse verletzten Beschäftigte zwar nicht ihre Verschwiegenheits-, wohl aber regelmäßig ihre „Treuepflicht“, wenn sie Missstände nicht zu nächst intern, sondern unmittelbar gegenüber externen Stellen meldeten, *Kreis*, *Whistleblowing*, S. 70 f., 73; *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, *Hinweisgebersysteme*, S. 113 ff.

Die „absolute Unbestimmtheit“ der Treuepflicht ermöglicht es, nahezu jede Verhaltenserwartung aus ihr abzuleiten.<sup>82</sup> Weil die Beschäftigten verpflichtet sein sollen, alles zu unterlassen, was den Interessen der Arbeitgeber abträglich ist, kann fast jedes Verhalten „mit dem Odium der Pflichtwidrigkeit belegt werden“.<sup>83</sup> Der aufgrund von „Treue“ geschuldete Pflichtenkreis bleibt zu weiten Teilen nebulös und wird der kontingenten Kasuistik überlassen.<sup>84</sup> Folglich ist für die Beschäftigten *ex ante* oftmals nicht erkennbar, was sie aufgrund dieser „inhaltslosen Scheinpflcht“ tun oder unterlassen sollen, denn erst *ex post* wird ihr im Einzelfall geltender Inhalt gerichtlich festgelegt.<sup>85</sup> Aus diesen Gründen wird eine „Karikatur einer konturenlosen Vertrauensrechtsprechung“<sup>86</sup> moniert, die Treuepflicht als ideologisch kritisiert,<sup>87</sup> sie für dogmatisch wertlos gehalten und in ihr eine reine „Beschwörungsformel“ erkannt.<sup>88</sup>

Zu Recht hat das ArbG Hamburg deshalb in einer Entscheidung hervorgehoben, dass bei der: „Drohung einer so gravierenden Sanktion wie dem Verlust des Arbeitsplatzes [...] es besonders ins Gewicht [fällt], wenn niemand prognostizieren kann, wo der Bereich des Unzulässigen beginnt“.<sup>89</sup>

Auch im ethischen Diskurs wird die Unbestimmtheit des Begriffs reflektiert, wenn festgestellt wird, dass es in hohem Maße wertungs- und kontextakzessorisch ist, was Arbeitnehmerloyalität konkret bedeutet.<sup>90</sup>

Eine „Treuepflicht“ vermag außerdem die Meinungsfreiheit nicht zu beschränken, weil sie kein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG darstellt.<sup>91</sup> Als gesetzliche Grundlage kommen nur §§ 242, 241 Abs. 2 BGB in

---

Für das Strafrecht ist diese Konstruktion nicht relevant, denn § 17 UWG a. F. bzw. § 23 GeschGehG enthalten nur eine Schweigepflicht und nicht auch eine Treuepflicht, *Kreis*, a. a. O., S. 66. Eine derartige Pflicht widerspräche zudem der EU-Whistleblowing-Richtlinie, denn nach ihren Vorschriften steht es Whistleblowern frei, Missstände zunächst intern oder unmittelbar extern zu melden, s. Art. 7, 10 WBRL sowie § 7 HinSchG-RegE.

<sup>82</sup> *Kempff*, DB 1979, 790 (791 ff.); krit. auch *Bäumer*, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1981, 337 (339); *Düsel*, a. a. O., S. 109 f.

<sup>83</sup> *Kempff*, DB 1979, 790 (794); s. auch *Simitis*, FS Simon, 331 (335).

<sup>84</sup> *Kempff*, DB 1979, 790 (791).

<sup>85</sup> *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 110 m. w. N.

<sup>86</sup> *Klatt*, Treuepflichten, S. 322.

<sup>87</sup> *Kempff*, DB 1979, 790.

<sup>88</sup> *Düsel*, a. a. O., S. 109; *Kempff*, DB 1979, 790 (794): „Leerformeln“; *Reichold*, in: Mü Hdb ArbR § 53 Rn. 2, die „Treuepflicht“ habe „heute nur noch historischen Wert“.

<sup>89</sup> ArbG Hamburg, Beschl. v. 11.9.1995 – 21 BV 6/95, juris Rn. 72.

<sup>90</sup> *Pfeiffer*, J. Bus. Ethics 1992 (11), 535 (539).

<sup>91</sup> *Bäumer*, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1981, 337 (339); *Düsel*, a. a. O., S. 109 f.; *Kempff*, DB 1979, 790 (792); *Reichold*, in: Mü Hdb ArbR, § 55 Rn. 17, für die sog. „Grundregeln über das Arbeitsverhältnis“, aus denen die Treuepflicht abgeleitet wird; ArbG Hamburg, Beschl. v. 11.9.1995 – 21 BV 6/95, ArbuR 1996, 77 (79) = juris Rn. 72, ausdrücklich entgegen der früheren BAG-Rspr. – Vgl. auch *De George*, in: Business Ethics, S. 320 (325 f.): „Workers do not give up the right of free speech – a civil right – by taking employment.“

Betracht.<sup>92</sup> Doch diese Generalklauseln des allgemeinen Schuldrechts lassen in ihrer Weitläufigkeit nicht erkennen, warum und wie sie die Meinungsfreiheit beschränken können sollten. Als Grundrechtsschranken lassen sie sich daher nur anwenden, wenn sie im Wege gerichtlicher Rechtsfortbildung konkretisiert werden.<sup>93</sup> Die Konkretisierung der in §§ 242, 241 Abs. 2 BGB verwendeten Begriffe der Treue bzw. Rücksichtnahme wird aber nicht dadurch erreicht, dass man den äquivalent-unbestimmten Begriff der „Treuepflicht“ einführt.<sup>94</sup> Konkretisieren lässt sich das Pflichtenprogramm der Generalklauseln aus spezifischen arbeitsrechtlichen Vorschriften. Im Übrigen kommt eine die Meinungsfreiheit beschränkende Wirkung allenfalls aufgrund von konkurrierenden Grundrechten der Arbeitgeber, etwa Art. 12, 14 GG, in Betracht,<sup>95</sup> wobei „illegale“ Geschäftsgeheimnisse grundrechtlich nicht geschützt werden.<sup>96</sup>

Ein allgemeines Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG muss nach der Verfassungsrechtsprechung zudem den Schutz eines schlechthin zu schützenden und bestimmten Rechtsguts bezwecken.<sup>97</sup> Treue stellt kein Rechtsgut im Sinne dieser Grundsätze dar.<sup>98</sup> Denn die Treuepflicht soll auf den Schutz aller Interessen des Arbeitgebers und damit den Schutz verschiedenster Rechtsgüter, nicht aber auf ein bestimmtes Rechtsgut gerichtet sein. Auch die wertungssoffenen Generalklauseln aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch lassen ohne weitere Konkretisierung nicht erkennen, dass sie dem Schutz eines schlechthin zu schützenden und bestimmten Rechtsgutes dienen. Daher ist „ein subalternes

---

<sup>92</sup> Wie bereits herausgestellt, war eine Treuepflicht von Beschäftigten bislang nur in dem (aufgehobenen) AOG geregelt. Das BAG meinte früher, die Meinungsfreiheit finde ihre Schranken in den *Grundregeln des Arbeitsverhältnisses* und damit in der Treuepflicht, s. etwa BAG, AP KSchG § 13 Nr. 2 (1954), 4; AP BGB § 134 Nr. 2 (1972); AP BGB § 626 Nr. 73 (1982). So auch G. Wiese, NZA 2012, 1 (4); Kreis, Whistleblowing, S. 70. Allerdings verwendet das BAG die Begriffe „Grundregeln des Arbeitsverhältnisses“ bzw. „Grundregeln über das Arbeitsverhältnis“ sowie „Treuepflicht“ bzw. „Loyalitätspflicht“ in jüngeren Entscheidungen nicht mehr. Seit der Schuldrechtsform erkennt es stattdessen in § 241 Abs. 2 BGB ein allgemeines Gesetz i. S. v. Art. 5 Abs. 2 GG, BAG, NZA, 2004, 427 (429); NZA 2006, 650 (652 f.).

<sup>93</sup> Schmidt, in: ErfK GG Art. 5 Rn. 32.

<sup>94</sup> Vgl. ArbG Hamburg, Beschl. v. 11.9.1995 – 21 BV 6/95, juris Rn. 78. Es wäre auch zirkelschlüssig, den in § 242 BGB vorgesehenen Begriff der Treue durch eine „Treuepflicht“ ausdifferenzieren zu wollen.

<sup>95</sup> Ebd.; Reichold, in: Mü Hdb ArbR § 55 Rn. 17.

<sup>96</sup> Siehe dazu noch unter c.)

<sup>97</sup> BVerfGE 7, 198 (209, 211) (Lüth) = juris Rn. 35, 39, „Ehre“; 111, 147 (155, 156) (NPD-Kundgebung, Bochum) = juris Rn. 20, 22, „Menschenwürde oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht“, „Rechtsgutverletzungen, die durch antisemitische oder rassistische Äußerungen erfolgen“; BVerfGE 124, 300 (322) (Wunsiedel) = juris Rn. 55, „wenn sie erkennbar auf den Schutz bestimmter Rechtsgüter [...] gerichtet sind.“ Bejahend für den „öffentlichen Frieden“, Rn. 61.

<sup>98</sup> Bäumer, Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1981, 337 (339); ArbG Hamburg, Beschl. v. 11.9.1995 – 21 BV 6/95, juris Rn. 76.

Grundrechtsverständnis [zurückzuweisen], wonach das Grundrecht der Meinungsfreiheit an ungeschriebenen Gesetzen von Treue, Frieden, Ruhe und Ordnung oder an vertraglichen Nebenpflichten wie Loyalität ende“.<sup>99</sup>

Selbst wenn die Generalklauseln (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) als allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG angesehen würden, wäre beim Whistleblowing insbesondere der umfassende grundrechtliche Schutz zu berücksichtigen, den die politische Redefreiheit nach ständiger Verfassungsrechtsprechung genießt.<sup>100</sup> Dabei ist auch an Art. 118 Abs. 1 S. 2 WRV zu erinnern, nach dem in einem Arbeitsverhältnis nicht benachteiligt werden durfte, wer von seinem Recht zur Meinungsäußerung Gebrauch machte.<sup>101</sup> Dies gilt nach zutreffender Interpretation des BAG noch heute, weil das Grundgesetz nicht hinter dem Schutzniveau der Reichsverfassung zurückbleiben soll.<sup>102</sup> Die Bedeutung der Meinungsfreiheit würde demnach verkannt, wenn sie im Arbeitsverhältnis mit dem vagen Schrankenvorbehalt, die Interessen des Arbeitgebers nicht zu tangieren, weitgehend suspendiert würde.<sup>103</sup> Es reicht also nicht, über den Treuegedanken pauschal auf die Interessen der Arbeitgeberseite zu verweisen, sondern die Meinungsfreiheit kann über die zivilrechtlichen Generalklauseln nur aufgrund von äquivalenten grundrechtlich geschützten Belangen beschränkt werden.<sup>104</sup>

### b) Informationsfreiheitsrecht

Auch im Informationsfreiheitsrecht setzt sich zunehmend die Ansicht durch, dass an der Geheimhaltung von Informationen bezüglich Rechtsverstößen kein berechtigtes Interesse besteht.<sup>105</sup> Im systematischen Vergleich wird inzwischen

<sup>99</sup> ArbG Hamburg, Beschl. v. 11.9.1995 – 21 BV 6/95, juris Rn. 76 m. w. N.

<sup>100</sup> So auch ebd. juris Rn. 74.

<sup>101</sup> Ebd. juris Rn. 81.

<sup>102</sup> BAG, AP BGB § 626 Nr. 57 = juris Rn. 20: „Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, wie er in Art. 118 Abs. 1 der Weimarer Verfassung ausdrücklich normiert war. Danach durfte sogar das im Rahmen der allgemeinen Gesetze gewährleistete Recht zur freien Meinungsäußerung durch kein Arbeitsverhältnis behindert werden. Dieser Grundsatz gilt auch heute noch, was sich aus den Art. 20 und 28 GG ergibt.“ Diese Rspr. bekräftigend BAG, AP BGB § 626 Nr. 58 = juris Rn. 16.

<sup>103</sup> Vgl. *Kempff*, DB 1979, 790 (792). Zudem würde auch die politische Emanzipation der Beschäftigten preisgegeben. Siehe auch ArbG Hamburg, Beschl. v. 11.9.1995 – 21 BV 6/95, juris Rn. 72. Stattdessen muss die Meinungsfreiheit schon bei der Entwicklung der arbeitsrechtlichen Pflichtenstruktur angemessen berücksichtigt werden, *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 111.

<sup>104</sup> ArbG Hamburg, Beschl. v. 11.9.1995 – 21 BV 6/95, juris Rn. 78. – Mit der Rawlschen Gerechtigkeitstheorie gegen eine Beschränkung der Meinungsfreiheit aufgrund des Treuegedankens, *Lindblom*, J. Bus. Ethics 76 (2007), 413 (419 f.), s. dazu bereits § 2 I. 2.

<sup>105</sup> *Schoch*, NJW 2009, 2987 (2992); *ders.*, IFG § 6 Rn. 97 m. w. N.; zust. VG Stuttgart, Ur. v. 29.10.2020 – 14 K 2981/19, juris Ls. 4, Rn. 47; s. auch *Helbach*, *Der gestufte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor Parlament, Presse und jedermann*, S. 154 f.;

bereits von einem Grundsatz des Informationsfreiheitsrechts ausgegangen, nach dem „illegale“ Unternehmensgeheimnisse keinen Schutz verdienen.<sup>106</sup>

Den Ausnahmetatbeständen der Informationsfreiheitsgesetze nach sind Auskünfte zwar prinzipiell nicht zu erteilen, wenn sie Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betreffen, s. etwa § 6 IFG. Die „illegalen“ Geschäftsgeheimnisse hierunter zu subsumieren, würde Rechtsverstöße aber, entgegen der oben zitierten Rechtsprechung des BVerfG,<sup>107</sup> prämiieren.<sup>108</sup> Außerdem sind die Ausnahmetatbestände der Informationsfreiheitsgesetze aufgrund ihrer Weite und der Bedeutung der Informationsfreiheit restriktiv auszulegen,<sup>109</sup> weshalb nicht auch Tatsachen bezüglich Rechtsverletzungen erfasst werden sollten.

### c) Grundrechte

Geschäftsgeheimnisse werden zwar grundrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 oder Art. 14 Abs. 1 GG geschützt,<sup>110</sup> nach zutreffender Ansicht aber nicht das unternehmerische Interesse im Betrieb begangene Gesetzesverstöße zu verheimlichen.<sup>111</sup> Die Gegenansicht erscheint zirkelschlüssig, weil der grundrechtliche

---

*Kloepfer*, in: Jahrbuch Informationsfreiheit 2011, S. 179 (203); *Wolf*, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in Informationszugangsgesetzen, S. 377. Nach § 7 S. 2 IFG-Bln erfasst der Ausnahmetatbestand zu Gunsten von Geschäftsgeheimnissen keine Informationen bzgl. Straftaten. Bei Informationen bezüglich anderer Rechtsverstöße ist nach § 7 S. 1 IFG-Bln abzuwägen. Dabei überwiege das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse regelmäßig, vgl. VG Berlin, Urt. v. 10.5.2006 – 2 A 72.04, juris Rn. 19. Der Informationsanspruch nach § 2 VIG erstreckt sich zwar grds. gem. § 3 S. 1 Nr. 2 lit. c) VIG nicht auf Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, dies gilt jedoch nicht, wenn Verstöße gegen Vorschriften des Lebensmittel-, Futtermittel- oder Produktsicherheitsrechts festgestellt wurden, s. § 3 S. 5 Nr. 1 VIG i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 VIG. Die gesetzgeberische Tendenz geht dahin, „dass bei einem gesetzes- oder sittenwidrigen Inhalt die Voraussetzungen für die Annahme eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses nicht vorliegen.“ *Polenz*, DÖV 2010, 350 (351).

<sup>106</sup> *Schoch*, IFG § 6 Rn. 98.

<sup>107</sup> BVerfGE 116, 24 (49) (*Einbürgerung durch Täuschung*).

<sup>108</sup> *Schoch*, IFG § 6 Rn. 97.

<sup>109</sup> Ebd.

<sup>110</sup> BVerfGE 115, 205 (229) für Art. 12, offenlassend bzgl. Art. 14, ebd. S. 248. Zum Streitstand: *Papier/Shirvani*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 14 Rn. 204 Fn. 5.

<sup>111</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (107); *Colneric*, AiB 1987, 260 (265); *Dann*, in: Internal Investigations, Kap. 28. Rn. 23; a. A. *Brammsen*, in: MK-Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., UWG § 17 Rn. 24; so wohl auch *Becker*, Whistleblowing, S. 61; *Sonn*, Steuer-CD-Affäre, S. 105 f. In BAG, NZA 2004, 427 (429), lässt sich hineinlesen, dass das Gericht „illegale“ Geschäftsgeheimnisse als durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ansieht. Das erscheint zweifelhaft, da das BVerfG MMR 2006, 1041 (1042), bzgl. eines Geheimnisschutzes durch Art. 12 GG ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse voraussetzt. Gegen einen Schutz „illegaler“ Geheimnisse durch die Berufsfreiheit auch, *Kuhn*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 110. Das BVerwG (NVwZ 2009, 1116) meint, ein wegen

Schutz stillschweigend vorausgesetzt wird, den es erst zu begründen gilt.<sup>112</sup> Wegen des oben aufgezeigten Selbstwiderspruchs, der beim Schutz von Rechtswidrigkeiten in der Rechtsordnung auftritt, muss nicht gezeigt werden, weshalb „illegale“ Geschäftsgeheimnisse nicht geschützt werden, sondern vielmehr müsste begründet werden, weshalb sie grundrechtlich protegert werden sollten.<sup>113</sup> Aus dem Wortlaut der beiden Grundrechte lässt sich zu dieser Frage kaum etwas ableiten. Dass der Gebrauch des Eigentums der Allgemeinheit dienen soll (Art. 14 Abs. 2 GG) spricht dagegen, gesetzeswidrigen Praktiken grundrechtlichen Geheimnisschutz einzuräumen.

#### 4. Zum behaupteten systematischen Widerspruch innerhalb des GeschGehG

Für den Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse nach neuer Rechtslage soll ein systematisches Argument sprechen,<sup>114</sup> das schon zur Geheimnisschutzrichtlinie eingebracht wurde,<sup>115</sup> genau betrachtet aber nicht überzeugt.<sup>116</sup> Sie müssten von der Legaldefinition in § 2 Nr. 1 GeschGehG erfasst sein, weil andernfalls die Regelung in § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG überflüssig wäre. Nach dieser Vorschrift kann ein Geschäftsgeheimnis zum Schutz eines berechtigten Interesses offengelegt werden, insbesondere dann, wenn eine rechtswidrige Handlung aufgedeckt wird.

Diese Argumentation verkennt, dass für § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG ein Anwendungsbereich verbleibt und die Vorschrift daher nicht überflüssig ist, wenn ein berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung von Rechtsverstößen bei § 2 Nr. 1 GeschGehG verneint wird.<sup>117</sup> Denn eine rechtswidrige Handlung kann auch durch die Offenlegung eines „legalen“ Geschäftsgeheimnisses aufgedeckt werden. Wer etwa gegenüber zuständigen staatlichen Stellen anzeigt, dass ein Automobilhersteller rechtswidrige Abgasschalteinrichtungen in seine

---

Art. 12, 14 GG behaupteter Schutz der Rezeptur eines inzwischen verbotenen Lösungsmittels sei „zweifelhaft“.

<sup>112</sup> *Schenkel*, Whistleblowing, S. 104.

<sup>113</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (107).

<sup>114</sup> *Buck*, JM 2020, 59 (60); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1776); *Hieramente*, in: BeckOK-GeschGehG § 2 Rn. 73; *Hohmann/Schreiner*, StraFo 2019, 441 (443); *Joecks/Miebach*, in: MK-GeschGehG § 23 Rn. 41; *Nöbel/Veljovic*, CB 2020, 34 (37); *Ohly*, in: *Harte-Bravendamm/Ohly/Kalbfus* GeschGehG § 5 Rn. 13; *Rönnau*, FS Merkel, 909 (915); vgl. auch die Erklärung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/8300, S. 12.

<sup>115</sup> *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119); *Schenkel*, Whistleblowing, S. 105 m. w. N.

<sup>116</sup> *Alexander*, in: *Köhler/Bornkamm/Feddersen*, GeschGehG § 2 Rn. 79; *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (110); *L. Schmitt*, RdA 2017, 365 (369); *dies.*, NZA-Beil. 2020, 50 (53); *Schumann/Günzel*, in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht* § 42 Rn. 132.

<sup>117</sup> So die Nachweise ebd. *Alexander* weist in diesem Zusammenhang noch darauf hin, dass die beiden Vorschriften unterschiedliches bezwecken: § 5 GeschGehG dient dem Schutz von Whistleblowern, während § 2 GeschGehG den sachlichen Schutzbereich des Gesetzes festlegt.



Motoren einbaut, wird zum Nachweis wohl auch „legale“ Geschäftsgeheimnisse, wie rechtmäßige Konstruktionen der Motoren, aufdecken müssen.<sup>118</sup> Nicht bei jeder Information, die zur Verfolgung einer Rechtsverletzung beiträgt, besteht also kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse im Sinne des § 2 Nr. 1 lit. c) GeschGehG. Die Rechtsverletzung führt mit anderen Worten nicht zu einer „Infektion“ aller mit ihr zusammenhängenden Informationen.<sup>119</sup>

Selbst wenn § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG überflüssig wäre, kann dies nicht dazu führen, bei § 2 Nr. 1 lit. c) GeschGehG eine Interpretation zu wählen, die dem Wortlaut und der Intention der Gesetzgebung widerspricht. Ganz bewusst hat man sich im Gesetzgebungsverfahren dazu entschieden, das Merkmal des berechtigten Interesses, welches im Regierungsentwurf zunächst nicht vorgesehen war, nachträglich in die Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisse aufzunehmen, damit schon beim Geheimnisbegriff zwischen schutzwürdigen berechtigten und nicht schützenswerten unberechtigten Geheimhaltungsinteressen differenziert wird.<sup>120</sup> Die Änderungen begründete die Gesetzgebung mit einer Sachverständigenanhörung.<sup>121</sup> Darin hatten diejenigen, die für ein Merkmal des berechtigten Interesses plädierten, darauf hingewiesen, dass der Geheimnisbegriff andernfalls so gedeutet werden könnte, dass er auch „illegale“ Geschäftsgeheimnisse erfasse.<sup>122</sup>

##### 5. Unionsrechtliche Vereinbarkeit des Merkmals „berechtigtes Interesse“

Im Zusammenhang mit § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG wird bezweifelt, dass das Merkmal des berechtigten Interesses in § 2 Nr. 1 lit. c) GeschGehG mit der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie vereinbar sei, weil es in der dortigen Legaldefinition nicht vorgesehen ist, Art. 2 RL (EU) 2016/943.<sup>123</sup> Mit der Richtlinie solle ein einheitlicher Geschäftsgeheimnisbegriff in der EU garantiert werden,

<sup>118</sup> Vgl. *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (110).

<sup>119</sup> *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *GeschGehG* § 2 Rn. 82, mit f. Bsp.: „Hat ein Unternehmen datenschutzwidrig Kundendaten erhoben und verarbeitet, dann ist die Information über den begangenen Datenschutzverstoß kein geschütztes Geschäftsgeheimnis. Wohl aber können die gewonnenen Kundendaten trotz des Rechtsverstoßes als Geschäftsgeheimnis geschützt sein.“

<sup>120</sup> *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *GeschGehG* § 2 Rn. 79.

<sup>121</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 13, die Sachverständigenanhörung habe gezeigt, dass „für eine umfassende Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Arbeitnehmervertretungen sowie von Journalisten und Hinweisgebern an einigen Stellen noch eine punktuelle Nachjustierung erforderlich ist.“

<sup>122</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, s. insb. die Stellungnahmen *Partsch*, S. 17 und *Pfab*, S. 18.

<sup>123</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 14; *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *GeschGehG* § 2 Rn. 74; *Naber/Peukert/Seeger*, NZA, 583 f.; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444); *ders.*, in: *Harte-Bravendamm/Ohly/Kalbfus*, *GeschGehG* § 2 Rn. 68 f.; *Reuling*, Whistleblowing im Krankenhaus, S. 135 ff. m. w. N.; *Rönnau*, FS Merkel, 909 (916).

der Mindeststandards setze und nicht durch zusätzliche Merkmale eingeschränkt werden dürfe.<sup>124</sup> Das Merkmal des berechtigten Interesses sei richtlinienwidrig, wenn es eng ausgelegt werde, weil der Schutz der Geschäftsgeheimnisse übermäßig eingeschränkt würde. Stattdessen müsse es weit und richtlinienkonform ausgelegt, d. h. unwiderleglich vermutet werden; dann sei das Merkmal aber überflüssig.<sup>125</sup>

Es ist aber nicht zu erwarten, dass der EuGH das Merkmal des berechtigten Interesses und damit die deutsche Legaldefinition des Geschäftsgeheimnisses als unionsrechtswidrig kassieren wird.<sup>126</sup> Die Mitgliedstaaten sind nicht verpflichtet, Richtlinien wortlautidentisch umzusetzen.<sup>127</sup> Es steht ihnen frei, sich bei der Umsetzung an „nationalen Traditionen und Begrifflichkeiten“, wie dem Begriff des berechtigten Geheimhaltungsinteresses zu orientieren.<sup>128</sup> Von diesem Umsetzungsspielraum hat der Bundestag in zulässiger Weise Gebrauch gemacht. In Erwägungsgrund 14 der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie ist vorgesehen, dass nur solche Geheimnisse geschützt werden, an deren Geheimhaltung ein legitimes Interesse besteht; ein solches fehlt bei „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen.<sup>129</sup> Dem Unionsgesetzgeber ging es nicht darum einen Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse zu harmonisieren.<sup>130</sup> Der unionsrechtlich angestrebte Mindeststandard wird daher nicht unterwandert, wenn „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen aufgrund eines fehlenden berechtigten Geheimhaltungsinteresses der Schutz versagt wird.<sup>131</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt auch, wer bezüglich „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse bereits einen wirtschaftlichen

---

<sup>124</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 14; *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444). Das ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 und ErwG 14 RL (EU) 2016/943.

<sup>125</sup> *Ohly*, GRUR 2019, 441 (444); zust. *Rönnau*, FS Merkel, 909 (916).

<sup>126</sup> *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556); *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (111); *Preis*, in: ErfK BGB § 61 Ia Rn. 713 a. E.

<sup>127</sup> EuGH, Ur t. v. 9.9.1999 – C-217/97 (*Kommission/Deutschland*) = EU:C:1999:395, Rn. 31 m. w. N.

<sup>128</sup> *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 288 Rn. 120. Der Begriff ist zudem in der arbeitsrechtlichen Informations- und Konsultations-Richtlinie (RL 2002/14/EG) vorgesehen, *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556). Nach deren Art. 6 Abs. 1 S. 1 erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht von Arbeitnehmervertretern nur auf im *berechtigten* Interesse vertraulich mitgeteilte Informationen.

<sup>129</sup> *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 (556); *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1034); *Preis/Seiwert*, RdA 2019, 351 (354).

<sup>130</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (111).

<sup>131</sup> Nach der EuGH-Rspr. wäre es unzulässig, wenn im Umsetzungsgesetz aufgrund von Erwägungsgründen der Richtlinie (die selbst rechtlich nicht verpflichtend sind), von verbindlichen Vorschriften der Richtlinie (normativ) abgewichen oder ihr widersprechende Regelungen getroffen werden, EuGH, Ur t. v. 19.6.2014 – C-345/13 (*Karen Millen Fashions Ltd*) = C:2014:2013, Rn. 31; EuGH, Ur t. v. 24.11.2005 – C-136/04 (*Deutsches Milch-Kontor*) = C:2005:716, Rn. 32.

Wert im Sinne des § 2 Nr. 1 lit. a) GeschGehG verneint,<sup>132</sup> denn dieses Merkmal ist in Art. 2 Nr. 1 lit. b) der Richtlinie vorgesehen.

### 6. Rechtswidrige Vermögenswerte im Kontext anderer Straftatbestände

Weiterhin wird geltend gemacht, dass rechtswidrige Vermögenswerte auch durch andere Straftatbestände geschützt werden und nichts anderes solle für den strafrechtlichen Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse gelten.<sup>133</sup> Den wirtschaftlichen Wert solcher Geheimnisse einmal unterstellt, überzeugt dieses systematische Argument jedenfalls nicht, wenn dem im Schrifttum dominierenden juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff gefolgt wird, nach dem rechtlich missbilligte geldwerte Güter nicht geschützt werden.<sup>134</sup> Denn es würde „unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung zu unauflösbaren Wertungswidersprüchen im System der Gesamtrechtsordnung kommen, wenn das Strafrecht eine wirtschaftlich nutzbare Position als Vermögensbestandteil anerkennt“;<sup>135</sup> oder bündig formuliert: „Es gibt kein strafrechtlich schutzwürdiges Vermögen außerhalb des Rechts“.<sup>136</sup> Auch aus diesem Grund, ist „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen der Schutz durch das GeschGehG zu versagen.<sup>137</sup>

---

<sup>132</sup> Alexander, WRP 2017, 1034 (1039); Buchert/Buchert, ZWH 2018, 309 (313); Hauck, WRP 2018, 1032 (1034); Kalbfus, GRUR 2016, 1009 (1011); L. Schmitt, RdA 2017, 365 (369); vgl. zudem zu § 17 UWG a. F. Angersbach, Due Diligence beim Unternehmenskauf, S. 188; Föbus, Die Insuffizienz des § 17 UWG, S. 106 m. w. N.; a. A. Böning/Heidfeld, AuR 2018, 555 (556); Passarge, CB 2018, 144 (145); Reinbacher, KriPoZ 2018, 115 (119); ders., KriPoZ 2019, 148 (151); Reinfeld, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, § 1 Rn. 87, 165; Rody, Rechtsnatur von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, S. 126 f.

<sup>133</sup> Siehe etwa Mayer, GRUR 2011, 884 (887).

<sup>134</sup> Perron, in: Sch/Sch § 263 Rn. 82 m. w. N.; zu „Schwarzarbeit“: BGH NJW 2014, 1805; Kolb, NZWiSt 2014, 344 (345); Fischer, in: Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens, S. 51 (54); für den Besitz von Btm: BGH NSTZ 2016, 596 (598) (Anfragebeschl. des 2. Senats zum Besitz von Btm); a. A.: die übrigen Senate des BGH, weshalb letztlich auch der zweite Senat einlenkte und an der bisherigen Rspr. festhielt, JR 2018, 153 ff.; Dierlamm/Becker, in: MK § 266 Rn. 228, mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07 = NJW 2009, 2370 (2371): „Zum Vermögen gehört nach der hierfür maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise alles, was in Geldwert messbar ist“.

<sup>135</sup> Perron, in: Sch/Sch § 263 Rn. 8.

<sup>136</sup> BGH NSTZ 2016, 596 (598).

<sup>137</sup> Vgl. Brockhaus, ZIS 2020, 102 (106). So zu § 17 UWG a. F. bereits Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (331).

Des Weiteren lässt sich auch aus der Strafbarkeit des „Diebesdiebstahls“<sup>138</sup> kein Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse herleiten,<sup>139</sup> wie es gelegentlich vertreten wird.<sup>140</sup> Damit sind Fälle gemeint, in denen einem Dieb die weggenommene Sache durch einen zweiten Dieb gestohlen wird. Da sich auch der zweite Dieb strafbar machen würde, würden „rechtswidrige“ Vermögenswerte geschützt und dies solle entsprechend für Geschäftsgeheimnisse gelten.<sup>141</sup> Bezüglich § 242 StGB würde das aber nur zutreffen, wenn man annähme, die Vorschrift schütze als Rechtsgüter nicht nur das Eigentum, sondern auch den Gewahrsam, und zwar auch den Gewahrsam eines Diebes.<sup>142</sup> Doch gegen ein Rechtsgut „Gewahrsam“ spricht vor allem, dass eine bloße Sachentziehung prinzipiell nicht strafbar ist, sondern nur dann, wenn die Sache beschädigt wird oder der Täter mit Zueignungsabsicht handelt.<sup>143</sup> Deshalb erscheint es überzeugender – ohne die umstrittene Frage hier abschließend erörtern zu können –, allein das Eigentum als geschütztes Rechtsgut anzusehen, sodass sich der zweite Dieb strafbar macht, weil er das Eigentum des Berechtigten (erneut) verletzt bzw. die Eigentumsverletzung vertieft.<sup>144</sup>

Und selbst wenn man annimmt, dass auch der Gewahrsam des ersten Diebes als Rechtsgut geschützt wird, lässt sich daraus keineswegs herleiten, dass auch „illegale“ Geheimnisse als Vermögenswerte geschützt sein sollten. Denn beim Diebesdiebstahl geht es nach wie vor jedenfalls *auch* darum, die rechtlich geschützten Interessen des Eigentümers zu wahren, während bei den „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen ein derartiger Rückbezug auf ein unzweifelhaft bestehendes Rechtsgut fehlt, vielmehr „erst durch eine illegale Handlung überhaupt ein zu schützendes Rechtsgut quasi aus dem Nichts geschaffen wird.“<sup>145</sup>

Schließlich ist niemand gehindert, dem Zweitdieb die Sache wegzunehmen, um den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen, d. h. dem Eigentümer die Sache auszuhändigen.<sup>146</sup> Analog hierzu sollte auch niemand gehindert sein, ein „illegales“ Geschäftsgeheimnis und damit einen Rechtsverstoß aufzudecken, um dessen Abstellung zu erreichen.<sup>147</sup>

---

<sup>138</sup> Monographisch dazu: *Chung*, Der bestohlene Dieb.

<sup>139</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (106); *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331); *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1106); *Föbus*, Die Insuffizienz des § 17 UWG, S. 107; *Rützel*, GRUR 1995, 557 (559).

<sup>140</sup> Siehe etwa *Mayer*, GRUR 2011, 884 (887).

<sup>141</sup> Ebd.

<sup>142</sup> Siehe etwa *Kühl*, in: Lackner/Kühl § 242 Rn. 1 m. w. N.

<sup>143</sup> *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch § 242 Rn. 1/2; *Schmitz*, in: MK § 242 Rn. 9.

<sup>144</sup> *Föbus*, Die Insuffizienz des § 17 UWG, S. 107; *Eser/Bosch*, in: Sch/Sch § 242 Rn. 1/2.

<sup>145</sup> *Föbus*, Die Insuffizienz des § 17 UWG, S. 107; vgl. *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (106).

<sup>146</sup> *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1106).

<sup>147</sup> Ebd.

### 7. Angebliche Strafbarkeitslücken

Im Schrifttum wird weiterhin vertreten, „illegale“ Geschäftsgeheimnisse müssten geschützt werden, um Strafbarkeitslücken zu schließen. Denn andernfalls würde selbst derjenige straffrei ausgehen, der die Informationen aus pekuniären oder maliziösen Interessen an konkurrierende Unternehmen verkauft und diesen einen Wettbewerbsvorteil verschafft, dem es also überhaupt nicht darum geht, Missstände aufzudecken.<sup>148</sup> Eine Strafbarkeitslücke würde voraussetzen, dass ein anerkanntes Rechtsgut nicht hinreichend durch die jeweilige Strafvorschrift geschützt wird. Wenn aber gerade, wie hier, über die Reichweite des geschützten Rechtsguts gestritten wird, ist die Behauptung angeblicher Strafbarkeitslücken zirkulär.<sup>149</sup> Weshalb der Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse in der beschriebenen Situation unverzichtbar sein soll, erscheint auch vor dem Hintergrund zweifelhaft, dass Geschäftsgeheimnisse in anderen Ländern, wie Großbritannien, strafrechtlich nicht geschützt sind.<sup>150</sup> Nicht zu vergessen ist weiterhin, dass auch zivilrechtliche Ansprüche und soziale Ächtung ein hinreichendes Drohpotential entfalten, um Beschäftigte von unternehmensschädigendem Verhalten abzuhalten.<sup>151</sup>

### 8. Widerspruch zur positiven Generalprävention

Schließlich widerspräche es auch dem Strafzweck der positiven Generalprävention, wenn „illegale“ Geheimnisse strafrechtlich geschützt würden:

„Der positive Aspekt der Generalprävention wird gemeinhin in der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestandskraft und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung gesehen [...] Es gehört zu den Aufgaben der Strafe, das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen, um die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken.“<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Koch, ZIS 2008, 500 (503); Rahimi Azar, JuS 2017, 930 (933); Satzger, FS Achenbach, 447 (452 f.); zumindest in diesem Fall für eine Strafbarkeit bereits, Taeger, Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, S. 77; zust. Erb, FS Roxin 2011 II, 1103 (1107). Analog zu diesem Szenario wird der Verrat „illegaler“ Staatsgeheimnisse ausnahmsweise mit Strafe bedroht, § 97a StGB. Lindblom, J. Bus. Ethics 76 (2007), 413 (420), erwägt eine solche Differenzierung bei Unternehmensgeheimnissen.

<sup>149</sup> Siehe bereits zu § 17 UWG a. F. Rützel, GRUR 1995, 557 (561); zust. Brockhaus, ZIS 2020, 102 (108).

<sup>150</sup> Maier, Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, deutschen und englischen Recht, S. 255.

<sup>151</sup> Engländer/Zimmermann, NZWiSt 2012, 328 (333); zust. Brockhaus, ZIS 2020, 102 (108).

<sup>152</sup> BVerfGE 45, 187 (256) (*lebenslange Freiheitsstrafe*) = juris Rn. 218; 110, 1 (29) (*erweiterter Verfall*); BGHSt 24, 40 (46); 24, 64 (66); GA 1976, 113 (114); NJW 2017, 3011 (3013 Rn. 29); NSTz-RR 2018, 241 (242).

Das Vertrauen des Volkes in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung wird aber nicht gestärkt, sondern geschwächt, wenn das Strafrecht die Geheimhaltung von Rechtsverstößen schützt. Es kann leicht der Eindruck entstehen, dass sich die Strafverfolgung zum Handlager dubioser Arkaninteressen von Konzernen und staatlichen Stellen macht, wenn integre Individuen wegen der Offenlegung von Rechtsverstößen verfolgt, angeklagt und verurteilt werden. Rechtstreue wird auf diesem Weg sicherlich nicht eingeübt. Nicht Vertrauen, sondern Misstrauen in die Durchsetzung des Rechts wird gesät, wenn der „kleine Mann“ und die „kleine Frau“ beobachten, wie Rechtsverstöße mächtiger Organisationen durch das Recht vor ihren kritischen Blicken abgeschirmt werden.<sup>153</sup>

### III. Geltung des Geschäftsgeheimnisbegriffs für andere Straftatbestände

Der Geschäftsgeheimnisbegriff des § 2 Nr. 1 GeschGehG gilt für die gesamte Rechtsordnung, soweit nichts anderes geregelt ist.<sup>154</sup> Daher ist er nicht nur für § 23 GeschGehG, sondern prinzipiell auch für andere Straftatbestände maßgeblich, die Geschäftsgeheimnisse schützen, aber nicht definieren, d. h. für § 404 AktG, § 120 BetrVG, § 14 EWIV-Ausführungsg, § 151 GenG, § 85 GmbHG, § 333 HGB, § 19 PubLG, § 35 SprAuG und § 69 SchwbG.<sup>155</sup> Allgemein spricht dafür das Argument der Einheit der Rechtsordnung. Zudem strebt die Richtlinie, die dem GeschGehG zugrunde liegt, einen homogenen Geschäftsgeheimnisbegriff im gesamten Rechtsraum der EU an.<sup>156</sup> Diese Harmonisierungsbestrebung kann sich aus kompetenziellen Gründen unmittelbar zwar nur auf das Zivilrecht erstrecken.<sup>157</sup> Mittelbar ist sie jedoch auch für das Strafrecht relevant, denn wegen des Ultima-ratio-Prinzips, kann die strafrechtliche Schweigepflicht bezüglich Geschäftsgeheimnissen nicht weiter reichen als die durch §§ 2 Nr. 1, 5 GeschGehG begrenzte zivilrechtliche Schweigepflicht.<sup>158</sup>

<sup>153</sup> Vgl. auch *Becker/Rönnau*, ZStW 130 (2018), 340 (355).

<sup>154</sup> Vgl. *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (119); s. etwa für die Geheimhaltungspflicht von Betriebsräten, *Kania*, in: ErfK, BetrVG § 79 Rn. 2; a. A. *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, GeschGehG § 2 Rn. 7.

<sup>155</sup> Vgl. *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (119); *Fuhlrott/Hiéramente*, in: BeckOK-GeschGehG § 2 vor Rn. 1; *Kania*, in: ErfK, BetrVG § 120 Rn. 3; *Mosbacher*, in: MK, BetrVG § 120 Rn. 12; *Reuling*, Whistleblowing im Krankenhaus, S. 203. Einzige Ausnahme: § 203 StGB dazu sogleich im Haupttext. Zur Frage, ob auch die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG für Straftatbestände außerhalb dieses Gesetzes gelten, s. noch unter IV. 3.

<sup>156</sup> RL (EU) 2016/943, ErwG 8 ff., 14.

<sup>157</sup> Zu Ausnahmen s. Art. 83 AEUV.

<sup>158</sup> Siehe zu diesem Zusammenhang noch unter § 10 II.

Es wäre außerdem kaum vertretbar, den Geschäftsgeheimnisbegriff in den zivilrechtlichen Vorschriften der oben genannten Gesetze (etwa §§ 93, 393 f. AktG) dem GeschGehG entsprechend zu definieren, davon allerdings bei den Strafvorschriften (etwa § 404 AktG) abzuweichen und damit in einem Gesetz zwei divergierende Definitionen der Geschäftsgeheimnisse zu verwenden.<sup>159</sup> Daher erstrecken sich die Schweigepflichten dieser Strafvorschriften genauso wenig wie § 23 GeschGehG auf „illegale“ Geschäftsgeheimnisse.<sup>160</sup>

Etwas anderes gilt allein für § 203 StGB, denn dort bestehen wichtige normative Gründe, die es rechtfertigen, „illegale“ Geheimnisse ausnahmsweise zu schützen.<sup>161</sup> Dementsprechend ist in § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG ausdrücklich vorgesehen, dass die Vorschriften des Geschäftsgeheimnisgesetzes den berufs- und strafrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach § 203 StGB unberührt lassen. Im Umkehrschluss gilt dies nicht für den strafrechtlichen Schutz durch andere Straftatbestände, die das Geschäftsgeheimnisgesetz nicht unberührt lässt, sondern für die es maßgeblich ist.<sup>162</sup>

#### IV. Die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG

Eine Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG scheidet bereits tatbestandlich aus, wenn eine der in § 5 GeschGehG geregelten „Ausnahmen“ erfüllt ist, die unter anderem den Schutz des Whistleblowings bezwecken.<sup>163</sup> Die zunächst im Regierungsentwurf als „Rechtfertigungsgründe“ bezeichnete Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren bewusst und ausdrücklich in eine Tatbestandsausnahme umgestaltet, da „bereits die Erfüllung eines Verbotstatbestandes einen abschreckenden Effekt für die Arbeit von Journalisten haben könne, unabhängig davon wie weit ein dann eingreifender Rechtfertigungsgrund gefasst

---

<sup>159</sup> Vgl. *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (119); für die Berücksichtigung von § 2 Nr. 1 GeschGehG im AktG auch *Hefendehl*, in: BeckOGK AktG, § 404 Rn. 24 ff., 32, 40 f.; a. A. *Höfer*, GmbHR 2018, 1195 (1197), „vom Gesetzgeber wohl nicht gewollt“, wobei sich dieser nicht zum GmbHG äußert, s. BT-Drs. 19/4724.

<sup>160</sup> Zudem werden „illegale“ Geschäftsgeheimnisse wegen der o. unter II. eingebrachten Argumente nicht geschützt, die nicht nur für das GeschGehG gelten.

<sup>161</sup> Siehe bereits oben unter II. 2. In welchem Umfang § 203 StGB „illegale“ Geheimnisse schützt, dazu noch § 8 II.

<sup>162</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (119); zust. *Dannecker/Hagemeyer*, in: *Insolvenzrechts-Hdb*, XII § 125 Rn. 157; a. A. *Brammsen*, BB 2018, 2446 (2448).

<sup>163</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 13 f.; vgl. auch RL (EU) 2016/943, ErwG 20. Vertieft werden hier nur die ersten beiden Ausnahmen. Durch das dritte Regelbeispiel des Ausnahmetatbestands werden Offenbarungen von Geschäftsgeheimnissen durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung geschützt, damit die Arbeitnehmervertretung ihre Aufgaben erfüllen kann.

sei“.<sup>164</sup> Wegen des eindeutigen Wortlauts und des klar bekundeten gesetzgeberischen Willens kann die Vorschrift auch nicht in einen Rechtfertigungsgrund umgedeutet werden.<sup>165</sup>

### I. Meinungs- und Informationsfreiheit

Nach der Vorschrift ist es nicht verboten, ein Geschäftsgeheimnis zu erlangen, zu nutzen oder offenzulegen, wenn dies zum Schutz eines berechtigten Interesses erfolgt. Das wird „insbesondere“ für drei in der Vorschrift aufgezählte Regelbeispiele angenommen, zunächst (Nr. 1) für die Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit und der Informationsfreiheit. Zu berücksichtigen ist hierbei nicht nur – wie in der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie vorgesehen und auch noch im Regierungsentwurf dem Anschein nach – Art. 11 GRCh, sondern auch Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 EMRK sind einzubeziehen. Andernfalls käme der Ausnahmetatbestand gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh nur bei der Durchführung von Unionsrecht zur Anwendung.<sup>166</sup> Die Reichweite des Ausnahmetatbestands hängt allerdings maßgeblich von der jeweiligen Grundrechtsinterpretation ab, wobei insbesondere die Whistleblowing-Rechtsprechung des EGMR relevant ist.<sup>167</sup>

Da die Grundrechte ohnehin bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen sind und der Meinungsäußerungsfreiheit nach der Wechselwirkungslehre gerade bei geheimnisschützenden Vorschriften eine besondere Bedeutung zukommt, scheint dieses Regelbeispiel nur eine deklaratorische Funktion zu erfüllen. Aus der Vorschrift lässt sich aber zumindest ein gewisser Vorrang des Schutzes der genannten Grundrechte ablesen.

---

<sup>164</sup> BT-Drs. 19/8300, S. 2, 14; s. auch Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, Stellungnahme *Böning*, S. 63, *Partsch*, S. 108, 110; für ein Tatbestandsmodell bereits *Hauck*, WRP 2018, 1032 (1037). Auch Art. 5 der Geschäftsgeheimnis-RL ist mit „Ausnahmen“ überschrieben und wird dementsprechend als Tatbestandsausnahme interpretiert, *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1335).

<sup>165</sup> Siehe bereits *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (111); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777); *Reinbacher*, KriPoZ 2019, 148 (154); *Schreiber*, NZWiSt 2019, 332 (335); a. A. *Veljovic*, NZWiSt 2021, 31 (32); *ders./Erlebach*, wistra 2020, 190 (191 f.); im Gesetzgebungsverfahren meinte *Harte-Bravendamm*, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Prot.-Nr. 19/30, S. 71, es sei möglich einen Rechtfertigungsgrund trotz Bezeichnung als „Ausnahmen“ anzunehmen. Normlogisch kann die Vorschrift aber nur als Ausnahmetatbestand verstanden werden, denn wenn § 5 GeschGehG erfüllt ist, besteht kein Handlungsverbot nach § 4 GeschGehG, das seinerseits Tatbestandsmerkmal des § 23 GeschGehG ist.

<sup>166</sup> Siehe näher dazu *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (112); anders *Ohly*, in: *Harte-Bravendamm/Ohly/Kalbfus*, GeschGehG § 5 Rn. 12, 17 f.

<sup>167</sup> Dazu und zur Meinungsfreiheit überhaupt s. noch 3. Teil § 1.



## 2. Rechtswidrige Handlungen und Fehlverhalten

Der Ausnahmetatbestand gemäß § 5 Nr. 2 GeschGehG bezweckt insbesondere den Schutz von legitimem Whistleblowing. Er greift ein, wenn eine rechtswidrige Handlung oder ein berufliches oder sonstiges Fehlverhalten aufgedeckt wird und die Handlung zudem „geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“.<sup>168</sup> In der strafrechtlichen Literatur wird vertreten, dass der Ausnahmetatbestand nur bei der Aufdeckung schwerer Straftaten Anwendung finde und „eine dauergefährliche Situation für wichtige Rechtsgüter“ bestehen müsse.<sup>169</sup> Diese täterbelastende Interpretation ist abzulehnen, denn sie widerspricht dem Wortlaut, der weder eine derartige Dauer Gefahr noch eine Begrenzung auf bestimmte Rechtsverstöße vorsieht. Ebenso wenig ist eine bestimmte Motivation erforderlich. Zu Recht wurde im Gesetzgebungsverfahren das Merkmal gestrichen, das verlangte, die Person müsse die Absicht verfolgen, ein öffentliches Interesse zu schützen.<sup>170</sup> Selbst wenn entgegen der hier vertretenen Ansicht angenommen wird, dass „illegale“ Geschäftsgeheimnisse durch den Geschäftsgeheimnisbegriff geschützt werden, würde bei einer Anzeige von Rechtsverstößen gegenüber den zuständigen staatlichen Stellen die Tatbestandsmäßigkeit nach § 5 Nr. 2 GeschGehG entfallen.<sup>171</sup>

Der Begriff des Fehlverhaltens wird zwar als zu unbestimmt kritisiert,<sup>172</sup> weil es sich aber um eine Täter begünstigende Vorschrift handelt, sind die mit dem Merkmal – das unionsrechtlich durch die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie vorgegeben ist – eröffneten Interpretationsspielräume aus strafrechtlicher Perspektive hinnehmbar. Außerdem ist nicht auf irgendeinen ethischen Maßstab abzustellen, sondern auf den im Grundgesetz verkörperten.<sup>173</sup> Die Aufdeckung

<sup>168</sup> Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift wurde bereits oben thematisiert, s. II. 5.

<sup>169</sup> *Leite*, GA 2021, 129 (142 f.).

<sup>170</sup> Im Einzelnen dazu, *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (114 f. m. w. N.). Eine derartige Gesinnungsprüfung ist beim Whistleblowing verfehlt und wird auch allgemein im Strafrecht zurückgewiesen, s. dazu auch noch 3. Teil § 1 IV., § 2 VI.

<sup>171</sup> So bereits zur alten Rechtslage (§§ 17–19 UWG a. F.), *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1107 f.).

<sup>172</sup> Siehe etwa *Hiéramente*, in: BeckOK-GeschGehG § 5 Rn. 23; *Ohly*, in: Harte-Braundamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG § 5 Rn. 40, 42; *Veljovic*, NZWiSt 2021, 31. In der Whistleblowing-Richtlinie wurde ein anderer Ansatz gewählt: Nach Art. 5 Nr. 1 lit. i) WBRL und ErWG 42 erfasst der Begriff der „Verstöße“ (die zu einer Meldung berechtigen) nicht nur formal rechtswidriges Verhalten, sondern auch „missbräuchliche Praktiken“, die „mit dem Ziel oder Zweck der einschlägigen Rechtsvorschriften unvereinbar sind.“

<sup>173</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 29. Dabei dürfe aber nur auf die „Werte- und Moralvorstellungen des Grundgesetzes abgestellt“ werden, nicht aber auf solche anderer, wenn auch rechtsstaatlicher Rechtsordnungen. Auch auf internationaler Ebene anerkannte Vorstellungen müssten zurücktreten, *Veljovic*, NZWiSt 2021, 31. Dem ist nicht zuzustimmen, etwa wenn Deutschland völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommt, z. B. ein unterzeichnetes Abkommen nicht ratifiziert, dürften Verstöße hiergegen, wenn nicht schon als Rechtsverstoß so doch zumindest als Fehlverhalten zu werten sein.

muss weiterhin geeignet sein, ein öffentliches Interesse zu schützen, das in der Rechtsordnung Ausdruck finden muss (dazu noch weiter unten). Es soll z. B. erlaubt sein Auslandsaktivitäten eines Unternehmens aufzudecken, die im Ausland möglicherweise nicht rechtswidrig sind, aber als Fehlverhalten angesehen werden, „wie zum Beispiel Kinderarbeit oder gesundheits- oder umweltschädliche Produktionsbedingungen.“ Exemplarisch wird in der Begründung des Gesetzesentwurfes außerdem implizit auf die Lux-Leaks-Affäre Bezug genommen.<sup>174</sup>

Antoine Deltour und Raphaël Halet, zwei Mitarbeiter der Unternehmensberatung PWC am Standort Luxemburg, hatten Dokumente zu sogenannten *tax rulings*, d. h. individuellen und geheim vereinbarten Steuervereinbarungen zwischen dem Luxemburger Fiskus und über 300 internationalen Unternehmen, an einen Journalisten weitergegeben. Dafür verurteilte sie das luxemburgische Bezirksgericht im Juni 2016 zu Geld- und Freiheitsstrafen. Mittels der Steuervereinbarungen wurde die in Luxemburg zu entrichtende Körperschaftsteuer teilweise auf bis unter ein Prozent gesenkt. Während die Luxemburger Behörden die Legalität dieser Vereinbarungen beteuerten, empörten sich die europäischen Partner, denen durch die geheimen und individuellen Vereinbarungen mittelbar Steuereinnahmen entgehen. Die Europäische Kommission sieht in den *tax rulings* EU-rechtswidrige Staatsbeihilfen.<sup>175</sup> Die Enthüllungen stießen europaweit auf ein breites Interesse in der Öffentlichkeit und führten zu intensiven Diskussionen über Steuervermeidungspraktiken international agierender Player in Ländern, die als Steueroasen bezeichnet werden. Das luxemburgische Berufungsgericht hob im März 2017 die von der ersten Instanz verhängten Freiheitsstrafen unter Rekurs auf die Whistleblowing-Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK auf.<sup>176</sup> Das Kassationsgericht ging darüber noch hinaus und sprach den Whistleblower Antoine Deltour von allen Tatvorwürfen frei.<sup>177</sup> Eine gegen Raphaël Halet verhängte Geldstrafe wurde aufrechterhalten.<sup>178</sup>

Aus der Schweiz ist ein Fall bekannt, in dem Strafgerichte eine Strafbarkeit wegen Verletzungen von Bank- (Art. 47 Schw-BankG) und Geschäftsgeheimnissen (Art. 162 Schw-StGB) unter anderem wegen der Amoralität des aufgedeckten Verhaltens verneint haben. Ein IT-Mitarbeiter der Sarasin Bank hatte

---

<sup>174</sup> Denn dort heißt es: „die systematische und unredliche Umgehung von Steuertatbeständen wird in der öffentlichen Diskussion häufig als unethisches Verhalten angesehen.“ GeschGehG-E, Begründung, S. 27; krit. *Ohly*, in: Harte-Bravendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG § 5 Rn. 42 a. E.

<sup>175</sup> Kom, PM v. 21.10.2015, Commission decides selective tax advantages for Fiat in Luxembourg and Starbucks in the Netherlands are illegal under EU state aid rules.

<sup>176</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 15.3.2017 – 117/17 X.

<sup>177</sup> Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 11.1.2018. – 3912.

<sup>178</sup> Die hiergegen erhobene Individualbeschwerde hatte keinen Erfolg, EGMR, *Halet ./.* Luxemburg, Urt. v. 11.5.2021 – 21884/18: keine Verletzung von Art. 10 EMRK.

Kundendaten von Philipp Hildebrand, dem damaligen Präsidenten der Schweizerischen Nationalbank (SNB), an einen Politiker weitergegeben, der sie an einen Journalisten der *Weltwoche* weiterreichte. Die Dokumente begründeten den Verdacht des Insiderhandels gegen Hildebrand wegen eines Devisenkaufs in Höhe von 504.000 US-Dollar und führten zu dessen Rücktritt als Präsident der SNB.<sup>179</sup> Philipp Hildebrand behauptete, seine Frau Kashya Hildebrand habe die Transaktion ohne sein Wissen vorgenommen. Der Bankmitarbeiter und der Politiker wurden wegen der Verletzung von Bank- und Geschäftsgeheimnissen verurteilt bzw. der „Gehilfenschaft“ dazu. In der Berufungsentcheidung bejahte das Obergericht Zürich hingegen eine Rechtfertigung wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen für manche der Handlungen.<sup>180</sup> Dabei berücksichtigte das Gericht, dass Devisengeschäfte zwar nicht unter den Schweizer Straftatbestand des Insiderhandels fallen, es jedoch außer Frage stehe, „dass es sich zumindest um ein moralisch höchst verwerfliches Verhalten des Nationalbankpräsidenten gehandelt hätte, wenn diese Dollarkäufe mit der Absicht getätigt worden wären, sie nach der damals für Aussenstehende nicht absehbaren Einführung des Euro-Mindestkurses mit Gewinn zu verkaufen.“<sup>181</sup> Bei einer hypothetischen Prüfung nach deutschem Recht, liegt es nahe in diesem Fall ein Fehlverhalten im Sinne des § 5 Nr. 2 GeschGehG anzunehmen.

In der deutschen Rechtsprechung wurde das Merkmal des Fehlverhaltens jüngst bezüglich eines behaupteten Exports von Giftstoffen in die USA bejaht, die dort auch zur Vollstreckung der Todesstrafe Verwendung finden,<sup>182</sup> was insbesondere mit Hinblick auf Art. 102 GG überzeugt.<sup>183</sup>

Neben einem Fehlverhalten verlangt § 5 Nr. 2 GeschGehG außerdem, dass die jeweilige Handlung auch geeignet ist, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen.<sup>184</sup> In der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und der Beschlussempfehlung des Bundestages heißt es dazu, dass das rechtswidrige oder sonstige

---

<sup>179</sup> Das aufgrund einer Strafanzeige gegen Hildebrand eingeleitete Strafverfahren wurde „mit einer Nichtannahmeverfügung erledigt, weil Devisengeschäfte nach dem Wortlaut von Art. 161 Schw-StGB nicht in den Geltungsbereich der Insiderstrafnorm fallen.“ Medienmitteilung der StA Zürich v. 1.10.2013 (<https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2013/09/201310010.html>).

<sup>180</sup> OG Zürich, Urt. v. 16.8.2017 – SB160259-O/u/cw, S. 101 – 105.

<sup>181</sup> Ebd. S. 103.

<sup>182</sup> OLG Oldenburg, NZWiSt 2021, 30 a. E. Ein Aktivist hatte auf dem Betriebsparkplatz Beschäftigte zum Whistleblowing bzgl. der Exportpraktiken des Unternehmens aufgerufen und war dafür erstinstanzlich wegen öffentlicher Aufforderung zu Straftaten (§ 111 StGB) verurteilt worden, der Senat meinte, das Verhalten, zu dem der Aktivist in einem Flugblatt aufrief, habe wegen § 5 Nr. 2 GeschGehG keine Straftat dargestellt.

<sup>183</sup> Vgl. *Veljovic*, NZWiSt 2021, 31.

<sup>184</sup> Siehe dazu bereits *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (115).

Fehlverhalten von „unmittelbarer Relevanz“ sein müsse,<sup>185</sup> wodurch kaum klarer wird, was hier gemeint ist. Wie bereits bei § 353b StGB ist es problematisch, wenn der Topos „öffentliches Interesse“ als Tatbestandsmerkmal verwendet wird,<sup>186</sup> wobei das Merkmal bei § 5 Nr. 2 GeschGehG Teil eines Ausnahmetatbestands ist, ihm also eine den Täter entlastende Funktion zukommt. Welche öffentlichen Interessen an einer Offenlegung bestehen können, ist bei genauerer Betrachtung jedoch keineswegs so unbestimmt wie es zunächst erscheinen mag. Das wird die Untersuchung der Offenbarungsinteressen, die in der Rechtsordnung bereits zum Ausdruck kommen, im 2. Teil noch zeigen.

### 3. Geltung der Ausnahmetatbestände für andere Strafvorschriften

Die Ausnahmetatbestände des § 5 GeschGehG wirken über den Regelungsbe-  
reich dieses Gesetzes hinaus.<sup>187</sup> Nach dem Wortlaut der Vorschrift stellen die  
erfassten Handlungen keine verbotenen Handlungen im Sinne des § 4 Gesch-  
GehG dar. Es handelt sich deshalb um gemäß § 3 GeschGehG erlaubte Hand-  
lungen. Dass diese Handlungserlaubnisse sich nur auf Ansprüche und Straftat-  
bestände des GeschGehG erstrecken sollen, ergibt sich nicht aus dem Gesetz.<sup>188</sup>  
Dies würde zudem dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung widerspre-  
chen.<sup>189</sup> Sie gelten deshalb für die gesamte Rechtsordnung, soweit nicht aus-  
drücklich – wie in § 1 Abs. 3 GeschGehG für § 203 StGB – etwas anderes ge-  
regelt ist. Die durch den unionalen und nationalen Gesetzgeber mit § 5 Gesch-  
GehG vorgenommenen Wertungen können andernorts nicht einfach ignoriert  
werden. So wird dann auch von der Gegenauffassung nicht in Abrede gestellt,  
dass die Ausnahmetatbestände jedenfalls bei der Auslegung in anderen Rechts-  
bereichen wertungsmäßig zu berücksichtigen seien.<sup>190</sup>

---

<sup>185</sup> RL (EU) 2016/943, ErwG 20; BT-Drs. 18/8300, S. 14.

<sup>186</sup> Siehe dazu bereits unter § 5 III. 1.

<sup>187</sup> Vgl. Brockhaus, ZIS 2020, 102 (119); Mosbacher, in: MK, BetrVG § 120 Rn. 13; vgl. auch Reuling, Whistleblowing im Krankenhaus, S. 164; a. A. Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, GeschGehG § 5 Rn. 11; Hiéramente, in: BeckOK-GeschGehG, § 1 Rn. 24, § 5 Rn. 8; Naber/Peukert/Seeger, NZA 2019, 583 (585); Nöbel/Veljovic, CB 2020, 34 (38).

<sup>188</sup> Auch nicht aus den Gesetzgebungsmaterialien, denn dort (BT-Drs. 19/4724, S. 28) ist nicht davon die Rede, dass sich die rechtfertigende Wirkung (die Drs. bezieht sich noch auf die ursprünglich vorgesehenen Rechtfertigungsgründe) auf das GeschGehG beschränkt.

<sup>189</sup> Die h. M. geht bezüglich strafrechtlicher Erlaubnisnormen (zu denen auch § 5 GeschGehG zählt, da er eine Strafbarkeit wegen § 23 GeschGehG ausschließt) davon aus, dass sie ihre Wirkung nicht nur im Strafrecht, sondern prinzipiell in der gesamten Rechtsordnung entfalten, s. dazu noch im Einzelnen unter § 10 IV.

<sup>190</sup> Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, GeschGehG § 5 Rn. 11, hinsichtlich § 4 Nr. 3 UWG; Hiéramente, in: BeckOK-GeschGehG, § 5 Rn. 8; vgl. auch L. Schmitt, RdA 2017, 365 (370), wohl für eine Berücksichtigung im Arbeitsrecht.



## § 7 Steuergeheimnisse

Steuergeheimnisse werden durch das Amtsdelikt § 355 StGB geschützt.<sup>1</sup> Sie können durch Whistleblower verletzt werden, die Missstände in der Finanzverwaltung aufdecken. Denkbar ist etwa, dass Beamtinnen und Beamte in Steuerhinterziehungen oder Steuervermeidungspraktiken von Privatpersonen verstrickt sind. Ein solcher Verdacht bestand beispielsweise in dem von Werner Borcharding aufgedeckten Fall, der im Folgenden noch untersucht wird. Im bereits thematisierten Fall *Lux-Leaks* (§ 6 IV. 2.) wäre es auch vorstellbar gewesen, dass nicht Mitarbeiter einer privaten Unternehmensberatung, sondern Finanzbeamte die fragwürdigen, wenn nicht sogar rechtswidrigen *tax rulings* offengelegt hätten. Auch dann hätte sich die Frage nach einer Strafbarkeit wegen § 355 StGB gestellt, wenn der Fall nach deutschem Strafrecht zu beurteilen wäre.

### I. Der Tatbestand des § 355 StGB

Der Straftatbestand der Verletzung des Steuergeheimnisses schützt das Geheimhaltungsinteresse der Steuerpflichtigen und soll zugleich dem Vertrauen der Allgemeinheit in die Verschwiegenheit der Finanzverwaltung und einem wirksamen, funktionsfähigen Steuerwesen dienen.<sup>2</sup> Es handelt sich um ein echtes Sonderdelikt, das nur von „Amtsträgern“ sowie ihnen durch § 355 Abs. 2 StGB gleichgestellten Personen begangen werden kann. Als Tathandlungen

---

<sup>1</sup> Das „Steuergeheimnis“ ist zudem in § 30 AO geregelt. Dessen erster Abs. verpflichtet „Amtsträger“, das Steuergeheimnis zu wahren. Im zweiten Abs. ist die Verletzung des Steuergeheimnisses – mit dem Wortlaut des § 355 Abs. 1 StGB fast identisch – geregelt. Grundrechtlich wird das Steuergeheimnis durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt, teilweise wird auch auf Art. 14 oder Art. 12 GG verwiesen, *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 11 ff.

<sup>2</sup> *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 355 Rn. 2; BT-Drs. IV/650, S. 666; VII/550, S. 287. Gegenüber § 203 Abs. 2 StGB ist § 355 StGB spezieller, da sich der Schutz des § 355 StGB auf Informationen im Zusammenhang mit einem Steuerverfahren beschränkt. Idealkonkurrenz kann hingegen mit § 353b StGB bestehen, der allein dem Schutz öffentlicher Geheimhaltungsinteressen dient, während § 355 StGB in erster Linie private Geheimhaltungsinteressen schützt, vgl. *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 139.

werden das unbefugte Offenbaren und das Verwerten von Steuergeheimnissen mit Strafe bedroht.<sup>3</sup> Steuergeheimnisse sind einerseits „Verhältnisse“ (§ 355 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB), d. h. „Merkmale, die eine Person charakterisieren, und Umstände, die sie betreffen“<sup>4</sup>, und andererseits Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse<sup>5</sup> (§ 355 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB), die dem Täter im Zusammenhang mit Steuersachen, etwa einem Verwaltungsverfahren, bekannt geworden sind.<sup>6</sup>

## II. „Illegale“ Steuergeheimnisse

Die tatbestandliche Schweigepflicht des § 355 StGB erstreckt sich auch auf Informationen bezüglich Rechtsverstößen, jedenfalls solcher, die eine natürliche Person in Erfüllung ihrer steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten offenbart.<sup>7</sup> Der hierbei entstehende Widerspruch im Recht, d. h. der rechtliche Schutz von Informationen über Rechtsverstöße, wird aus zwei Gründen gerechtfertigt. Beide ergeben sich aus der nach Art. 1 Abs. 1 GG unantastbaren Menschenwürde. Zum einen wird der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, *nemo tenetur se ipsum accusare*, tangiert, wenn eine Person gemäß § 90 Abs. 1 AO verpflichtet ist, selbstbelastende Angaben gegenüber der Steuerbehörde zu machen.<sup>8</sup> Zum anderen stellen die Vorschriften über das Steuergeheimnis eine

---

<sup>3</sup> Das Merkmal „unbefugt“ weist nicht nur auf Rechtfertigungsgründe, sondern auch auf Tatbestandsausschlussgründe hin, BT-Drs. 7/550, 288; *Vormbaum*, in: LK § 355 Rn. 27; *Kuhlen*, in: NK § 355 Rn. 26, jeweils m. w. N. Allgemein zum Merkmal „unbefugt“ s. bereits Einleitung, Fn. 67.

<sup>4</sup> *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 12. Es kann sich dabei um „Verhältnisse“ einer natürlichen oder einer juristischen Person handeln, ebd.

<sup>5</sup> Ob ihnen, neben den in Nr. 1 geregelten „Verhältnissen“, überhaupt noch eine eigenständige Bedeutung zukommt, wird unterschiedlich beurteilt. So wird teilweise davon ausgegangen, Nr. 2 sei nur von deklaratorischer Bedeutung, da Unternehmensgeheimnisse zugleich immer auch „Verhältnisse“ seien, *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 355 Rn. 9; a. A. etwa *Vormbaum*, in: LK § 355 Rn. 17.

<sup>6</sup> Im Einzelnen s. § 355 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 lit. a)-c) StGB.

<sup>7</sup> Zudem erstreckt sich die Schweigepflicht nach § 30 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) AO auf Daten, die bereits Gegenstand eines Strafverfahrens wegen einer Steuerstraftat oder einem Bußgeldverfahren wegen einer Steuerordnungswidrigkeit sind, es sei denn, sie wurden schon in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung erörtert (s. § 169 Abs. 1 S. 1 GVG), sofern nicht die Öffentlichkeit gem. § 172 Nr. 2 GVG ausgeschlossen wurde, weil ein „wichtiges [...] Steuergeheimnis zur Sprache kommt.“ *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 14.

<sup>8</sup> Die Steuerpflichtigen sind zwar gem. § 393 Abs. 1 S. 2 AO nicht verpflichtet, Angaben zu machen, mit denen sie sich selbst wegen einer von ihnen begangenen *Steuerstraftat* oder einer *Steuerordnungswidrigkeit* belasten würden. Diese Ausnahme erstreckt sich jedoch nicht auf Straftaten, die keine Steuerstraftaten sind (a. A. *Joecks*, in: Steuerstrafrecht, AO § 393 Rn. 10, 101). Demnach können sie verpflichtet sein, *Nicht-Steuerstraftaten* anzuzeigen, wobei dann das Verwertungsverbot in § 393 Abs. 2 S. 1 AO zu beachten ist. Doch auch dieses gilt nicht unbeschränkt, denn gem. § 393 Abs. 2 S. 2 AO i. V. m. § 30 Abs. 4 Nr. 5

einfachgesetzliche Regelung zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dar.<sup>9</sup> Dieses Grundrecht ist Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, das wie der Nemo-tenetur-Grundsatz aus der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Menschenwürde (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) hergeleitet wird.<sup>10</sup>

Geht es hingegen um Rechtsverstöße, die nicht der steuerpflichtigen natürlichen Person, sondern einer juristischen Person zuzurechnen sind, werden diesbezügliche Informationen nicht von der Schweigepflicht des § 355 StGB erfasst. Letztere können sich nicht auf den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit berufen, denn dieser wird aus der Menschenwürde abgeleitet, die juristische Personen nicht besitzen. Der Nemo-tenetur-Grundsatz ist auch nicht über Art. 19 Abs. 3 GG seinem Wesen nach auf juristische Personen anwendbar.<sup>11</sup> Da auch das aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitete Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit der Menschenwürde begründet wird, findet es – nach zutreffender Ansicht – ebenfalls keine Anwendung auf juristische Personen.<sup>12</sup> Diejenigen, die das Grundrecht seinem Wesen nach auch auf juristische Personen anwenden wollen, gehen jedenfalls von einem niedrigeren Schutzniveau aus.<sup>13</sup>

„Illegale“ Steuergeheimnisse juristischer Personen sollten daher nicht mit dem schärfsten Schwert des Rechts geschützt, sondern unter anderem vom Schutz des § 355 StGB ausgenommen werden. Die Begrenzung des tatbestandlichen Schutzes auf „illegale“ Geheimnisse natürlicher Personen könnte durch

---

AO erstreckt es sich nicht auf solche Straftaten, bzgl. derer ein „zwingendes öffentliches Interesse an der Verfolgung (§ 30 Abs. 4 Nr. 5) besteht.“ Teile der Lehre meinen, § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass nur solche Angaben bzgl. von Straftaten offenbart werden dürfen, die Dritte, d. h. nicht die Steuerpflichtigen selbst, gemacht haben, *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 355 Rn. 28; *Vormbaum*, in: LK § 355 Rn. 53; a. A. *Hoyer*, in: SK § 355 Rn. 24.

<sup>9</sup> *Rüsken*, in: Klein, AO § 30 Rn. 5; *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 2; *Kuhlen*, in: NK § 355 Rn. 19.

<sup>10</sup> BVerfGE 65, 1 (41 ff.) (*Volkszählung*). Der Gedanke, dass Informationen, die einen Gesetzesverstoß belegen, wegen Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu schützen sind, findet sich auch im Prozessrecht. Der BGH hat ein Beweisverwertungsverbot bzgl. heimlich aufgezeichneter Selbstgespräche angenommen, in welchen der Mörder über die Tat sprach. Begründet wurde das Beweisverwertungsverbot mit einem absoluten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung, den das Allgemeine Persönlichkeitsrecht garantiere und der durch die Verwertung der Aufzeichnungen verletzt worden sei, BGHSt 50, 206; 57, 71.

<sup>11</sup> BVerfGE 95, 220 (242); s. auch *Di Fabio*, in: Herzog/Herdegen/Scholz/Klein, Art. 2 Rn. 224.

<sup>12</sup> So etwa *Bär*, BayVBl 1994, 427 (430).

<sup>13</sup> *Di Fabio*, in: Herzog/Herdegen/Scholz/Klein, Art. 2 Rn. 224 m. w. N. zu beiden Ansichten.



eine Regelung umgesetzt werden, die sich hinsichtlich der Regelungstechnik an § 93 Abs. 2 StGB orientiert und wie folgt lauten sollte (rechte Seite):<sup>14</sup>

Bislang enthält § 355 StGB keinen Abs. 1a.

§ 355 Abs. 1a StGB n. F.

*(1a) Tatsachen, die erforderlich sind, um einen Rechtsverstoß aufzudecken, sind keine Steuergeheimnisse, wenn die betroffene steuerpflichtige Person eine juristische ist.*

Hinsichtlich der Geschäftsgeheimnisse (s. § 355 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB) entspricht dies schon der Rechtslage *de lege lata*, denn nach hier vertretener Ansicht gilt die Legaldefinition des § 2 Nr. 1 GeschGehG über das Geschäftsgeheimnisgesetz hinaus (§ 6 III.) und erfasst keine „illegalen“ Geschäftsgeheimnisse (§ 6 II.).<sup>15</sup> Insoweit hätte die Regelung nur eine klarstellende Funktion.

### III. Offenbarungsbefugnisse

Das Steuergeheimnis wird insbesondere durch in der Abgabenordnung geregelte Offenbarungsbefugnisse durchbrochen. Die wichtigsten Offenbarungsbefugnisse sieht § 30 Abs. 4 AO vor.<sup>16</sup> Danach sind Offenbarungen von Informationen zulässig, wenn sie der Durchführung bestimmter Verfahren dienen (Nr. 1–1b), etwa einem gerichtlichen Verfahren in Steuersachen, wenn sie durch ein Bundesgesetz ausdrücklich zugelassen (Nr. 2),<sup>17</sup> durch Europarecht

<sup>14</sup> Ist man hingegen der Auffassung, „illegale“ Steuergeheimnisse juristischer Personen sollten tatbestandlich durch § 355 StGB geschützt werden, wäre das geringere Schutzniveau dieser Geheimnisse zumindest auf Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen, etwa i. R. e. Abwägung, ob ein unbenannter Fall eines „zwingenden öffentlichen Interesses“ i. S. d. § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO vorliegt.

<sup>15</sup> *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 21, verweist hingegen auf § 203 StGB.

<sup>16</sup> Weitere sind etwa in § 30 Abs. 4, 5, §§ 31 ff., 116 f. AO geregelt. Diese speziellen Offenbarungsbefugnisse sind nicht abschließend, d. h. es kann auch auf allgemeine Rechtfertigungsgründe zurückgegriffen werden, so etwa *Hoyer*, in: SK § 355 Rn. 33; *Kuhlen*, in: NK § 355 Rn. 28; *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 355 Rn. 19; *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 131, jeweils m. w. N., im Gegensatz zu anderen Vorschriften (§§ 39 Abs. 3 S. 3 PostG; 88 Abs. 3 S. 3 TKG); a. A. *Drüen*, in: Tipke/Kruse AO, 145. Lfg., § 30 Rn. 57.

<sup>17</sup> Etwa §§ 147, 474 Abs. 3, 492 Abs. 3 StPO oder § 4 Abs. V Nr. 10 EstG, im Einzelnen s. *Rüsken*, in: Klein AO § 30 Rn. 102 ff. Nach Auffassung des BFH sollen zu dieser Offenbarungsbefugnis keine Informationsansprüche nach den Informationsfreiheitsgesetzen zählen, da der Anspruch wegen des Interesses eines Dritten an der vertraulichen Behandlung nach § 3 Nr. 7 und § 5 Abs. 1 IFG ausgeschlossen sein könne, BFH/NV 2007, 1141. Zudem sei die sich aus § 30 AO ergebende Geheimhaltungspflicht eine durch Rechtsvorschrift geregelte Geheimhaltungs- oder Vertraulichkeitspflicht i. S. d. § 3 Nr. 4 IFG, BFH, DStR 2007, 195 (196).

geregelt sind (Nr. 2a) oder wenn sie bestimmten statistischen Aufgaben oder einer Gesetzesfolgenabschätzung dienen (Nr. 2b-2c). Dasselbe gilt, wenn der Betroffene der Offenbarung zugestimmt hat (Nr. 3).<sup>18</sup> Zudem ist es gestattet, Daten zur Durchführung eines Strafverfahrens wegen einer Straftat, die keine Steuerstraftat ist, zu offenbaren (Nr. 4).

### 1. Zwingende öffentliche Interessen, § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO

Weiterhin ist es nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO zulässig, das Steuergeheimnis wegen „zwingender öffentlicher Interessen“ zu offenbaren, wobei diese Art von Interessen in einem drei Tatbestände umfassenden, nicht abschließenden Katalog spezifiziert werden. Der Topos des öffentlichen Interesses wird hier – wie bei § 5 Nr. 2 GeschGehG – dazu verwendet, eine Ausnahme vom rechtlichen Geheimnisschutz zu begründen.<sup>19</sup> Im Gegensatz zu § 353b Abs. 1 StGB steht das Merkmal hier also „nach der gesetzgeberischen Wertung nicht auf der Seite der Geheimhaltung, sondern auf der Seite rechtsstaatlicher, demokratischer Publizität [...]“.<sup>20</sup> Wie bei § 353b StGB und § 5 Nr. 2 GeschGehG wird das Merkmal als unbestimmt kritisiert<sup>21</sup> und die Vorschrift zumindest bezüglich der unbenannten Fälle eines zwingenden öffentlichen Interesses als verfassungswidrig erachtet.<sup>22</sup> Doch gerade hier ist nicht damit zu rechnen, dass das BVerfG § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO als zu unbestimmt bewerten würde,<sup>23</sup> denn – im Gegensatz zu den anderen beiden Vorschriften – wurde das Merkmal durch Regelbeispiele gesetzgeberisch konkretisiert.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> Ob es sich dabei um die Regelung eines tatbestandlichen Einverständnisses (so *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch § 355 Rn. 22 m. w. N.) oder eine rechtfertigende Einwilligung handelt (dafür etwa *Kuhlen*, in: NK § 355 Rn. 32 m. w. N.), ist umstritten.

<sup>19</sup> So auch im anglophonen Rechtsraum die sog. *public interest defence*; s. dazu noch, 3. Teil § 3 III. 2.

<sup>20</sup> *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b, S. 59.

<sup>21</sup> Siehe etwa *Besson*, Das Steuergeheimnis und das Nemo-tenetur-Prinzip, S. 50 ff., 59; *Eilers*, Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs, S. 38; *Ruegenberg*, Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, S. 95; *Kuhlen*, in: NK § 355 Rn. 35; vgl. auch *Schmitz*, in: MK § 355 Rn. 92, „außerordentlich auslegungsbedürftig“.

<sup>22</sup> *Ruegenberg*, a. a. O., S. 93 ff. m. w. N.; *Benda*, DStR 1984, 351 (355).

<sup>23</sup> Vgl. bereits die o. dargestellte Rspr. des BVerfG zum Bestimmtheitsgebot, § 4 III. 1. Das LG Göttingen, Vorlagebeschl. v. 11.12.2007 – 8 KLS 1/07, juris Rn. 212 = wistra 2008, 231 ff., hielt § 393 Abs. 2 S. 2 AO, der auf § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO verweist, wegen des Merkmals für verfassungswidrig, die Vorlage wurde jedoch als unzulässig zurückgewiesen, BVerfG, Beschl. v. 27.4.2010 – 2 BvL 13/07, juris Rn. 34 = wistra 2010, 341 ff. Eingehend zur Rspr. des BVerfG zu §§ 30 ff. und 393 Abs. 2 AO, *Vormbaum*, in: LK § 355 Rn. 54.

<sup>24</sup> Wobei in den Regelbeispielen wiederum relativ unbestimmte Begriffe verwendet werden, *Ruegenberg*, a. a. O., S. 94 f. Für hinreichende Bestimmtheit etwa *Eilers*, a. a. O., S. 39 ff.; *Hoyer*, in: SK § 355 Rn. 24 a. E., beide für eine enge Auslegung.

*a) Regelbeispiele: der Fall Borcharding*

Von einem zwingenden öffentlichen Interesse ist nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. a) AO auszugehen, wenn „die Offenbarung erforderlich ist zur Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit, die Verteidigung oder die nationale Sicherheit oder zur Verhütung oder Verfolgung von Verbrechen und vorsätzlichen schweren Vergehen gegen Leib und Leben oder gegen den Staat und seine Einrichtungen [...]“.

Von einer Offenbarungsbefugnis wegen der Verfolgung eines Verbrechens ging die StA Münster im Fall von Werner Borcharding aus, einem beim Münsteraner Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung tätigen Beamten.<sup>25</sup> Borcharding wurden Dokumente zugespielt, die eine Steuerhinterziehung durch den Farbenhersteller Brillux GmbH in Höhe von 500.000 Deutsche Mark (DM) dokumentierten. Ein deshalb eingeleitetes Strafverfahren wurde auf Anweisung des leitenden Beamten der Oberfinanzdirektion hin, eingestellt. Es wird vermutet, dass es sich bei der Verfahrenseinstellung um eine Gefälligkeit unter Mitgliedern des Rotary Club Münster handelte.<sup>26</sup> Im April 1995 gab Borcharding die Unterlagen anonym an die StA weiter und erstattete Strafanzeige, die er mit „einige aufrechte Mitarbeiter der Finanzverwaltung“ unterzeichnete. Die StA Bochum veranlasste Durchsuchungen von Räumlichkeiten des Farbenherstellers und verschiedener Finanzbehörden und leitete Ermittlungsverfahren gegen leitende Finanzbeamte ein. Die StA ging davon aus, dass die Beamten zu Unrecht auf Forderungen des Fiskus verzichtet, falsche Angaben gemacht und rechtswidrige Entscheidungen getroffen hatten. Die Straftatbestände der Strafvereitelung im Amt, Rechtsbeugung, Begünstigung im Amt (§ 346 StGB a. F.) und Verleitung von Untergebenen zu strafbaren Handlungen seien objektiv erfüllt worden. Das gegen den Inhaber der Brillux GmbH eingeleitete Strafverfahren wurde drei Jahre später gegen eine Geldauflage von 500.000 DM eingestellt, die Strafverfahren gegen den Geschäftsführer und einen Steuerberater des Farbenherstellers gegen eine Geldauflage von 20.000 DM.<sup>27</sup> Gegen Borcharding eingeleitete Ermittlungen wegen §§ 353b, 355 StGB stellte die StA Ende des Jahres 1996 mangels eines Tatverdachts ein.<sup>28</sup> Dies wurde mit einem zwingenden öffentlichen Interesse an den von ihm weitergegebenen Informationen begründet, weil es sich bei den aufgedeckten Taten (§ 336

---

<sup>25</sup> Siehe *Dudek*, taz v. 17.12.2007.

<sup>26</sup> *Dudek*, taz v. 17.12.2007.

<sup>27</sup> Zu den Details des Falles: <http://www.anstageslicht.de/themen/steuerflucht/steuerhinterziehung-finanzamt-werner-borcharding/chronologie-werner-borcharding/>.

<sup>28</sup> StA Münster, Einstellungsbescheid v. 13.12.1996 – 44 Js 966/96. Trotzdem wurde Borcharding nach Coesfeld versetzt, obwohl dort bereits alle Planstellen belegt waren; eine anstehende Beförderung wurde ihm versagt. Im Herbst 2006 gründete Borcharding mit anderen den Whistleblower Netzwerk e. V.

StGB), auch um Verbrechen handelte. Borcharding habe daher nicht „unbefugt“ im Sinne des § 355 StGB gehandelt.

In § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. b) AO werden noch weitere Straftaten genannt, an deren Offenbarung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht: „Wirtschaftsstrafaten [...], die geeignet sind, die wirtschaftliche Ordnung erheblich zu stören oder das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des geschäftlichen Verkehrs oder auf die ordnungsgemäße Arbeit der Behörden und der öffentlichen Einrichtungen erheblich zu erschüttern“.

Nach der dritten in § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. c) AO positivierten Fallgruppe besteht ein zwingendes öffentliches Interesse, wenn das Vertrauen in die Verwaltung durch die Richtigstellung in der Öffentlichkeit verbreiteter unwahrer Tatsachen wiederhergestellt werden soll. Die Entscheidung zur Offenbarung muss jedoch die zuständige oberste Finanzbehörde im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen treffen, weshalb diese Durchbrechung des Steuergeheimnisses für das Whistleblowing irrelevant ist.

#### b) Unbenannte Fälle

In welchen Fällen ein „zwingendes öffentliches Interesse“ besteht, wird in dem Katalog des § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. a) bis c) AO nicht abschließend geregelt.<sup>29</sup> Nach der Rechtsprechung muss ein unbenannter Fall in seiner Bedeutung mit einem der Regelbeispiele vergleichbar sein.<sup>30</sup> In der Literatur heißt es, von einem „zwingenden öffentlichen Interesse“ könne nur dann ausgegangen werden, wenn es eine hohe Intensität aufweise und die Auskunft nicht auf andere Weise, insbesondere mit Zustimmung des Steuerpflichtigen, erlangt werden kann.<sup>31</sup> Es wird auch hervorgehoben, dass eine Güterabwägung vorzunehmen sei, „zwischen dem Steuergeheimnis und dem durch die Offenbarung geschützten Rechtsgut unter maßgeblicher Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes“.<sup>32</sup> Rechtsprechung und Literatur verweisen zudem auf eine vor dem Inkrafttreten der Abgabenordnung verwendete Formel, nach der ein zwingendes öffentliches Interesse an der Offenbarung bestehen soll, wenn im Fall des Unterbleibens der Mitteilung die Gefahr besteht, dass „schwere Nachteile für das allgemeine Wohl des Bundes, eines Landes oder einer anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaft eintreten“.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Das folgt aus dem Wortlaut: „ist namentlich gegeben, wenn [...]“

<sup>30</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 14.7.1980 – 1 Vas 7/80 = NJW 1981 356 (358).

<sup>31</sup> Vormbaum, in: LK § 355 Rn. 50.

<sup>32</sup> Besson, Das Steuergeheimnis und das Nemo-tenetur-Prinzip, S. 60 f.; vgl. auch Blesinger, wistra 1991, 239 (242); sowie Goll, NJW 1979, 90 (93), der von einer an § 34 StGB orientierten Abwägung ausgeht.

<sup>33</sup> BFH, HFR 1965, 381; so auch BFH, NJW 1988, 1871. Die Formel erscheint teils tautologisch, da der Begriff des öffentlichen Interesses durch das synonyme allgemeine Wohl ersetzt wird. Zudem ist die Aussage, dass sich das Interesse auf das Wohl des Bundes oder

Auf dieser Grundlage hat die Rechtsprechung in verschiedensten Konstellationen einen unbenannten Fall eines „zwingenden öffentlichen Interesses“ angenommen.<sup>34</sup> Auch bei sonstigen, d. h. nicht in § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. a) oder b) AO genannten, bereits begangenen Straftaten, wurde ein zwingendes öffentliches Interesse an der Offenbarung angenommen, wenn es sich um „schwerwiegende Straftaten“ handele. Ein zwingendes öffentliches Interesse könne jedoch nicht schon daraus abgeleitet werden, dass die Staatsanwaltschaft ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung, etwa bei einem Privatklagedelikt, bejaht hat und die Tat durch einen Beamten begangen wurde.<sup>35</sup>

*c) Informationsinteressen der Öffentlichkeit: Flick-Parteispenden-Affäre*

Das OLG Hamm hat im Zusammenhang mit der Flick-Parteispenden-Affäre aufgrund von Informationsinteressen der Öffentlichkeit ein „zwingendes öffentliches Interesse“ an der Durchbrechung des Steuergeheimnisses bejaht.<sup>36</sup> Ein Journalist hatte die StA Bonn gebeten, verschiedene Fragen bezüglich der im Zuge der Affäre eingeleiteten Ermittlungsverfahren zu beantworten. Die Behörde lehnte das Auskunftersuchen mit dem Hinweis auf das Steuergeheimnis ab. Daraufhin machte der Journalist einen presserechtlichen Auskunftsanspruch geltend und bekam vom OLG Hamm recht. Bezüglich der begehrten Auskünfte habe wegen der Begehungsweise und des Umfangs der Steuerstraftaten ein zwingendes öffentliches Interesse und damit eine Offenbarungsbefugnis bestanden.<sup>37</sup> Der Senat nahm sogar einen „durch die Presse

---

eines Landes beziehen muss und nicht auf ein privates Interesse, bereits in dem Begriff „öffentliches Interesse“ enthalten.

<sup>34</sup> Etwa bei der Offenbarung zur Prävention von Straftaten, bei Mitteilungen steuerlicher Unzuverlässigkeit an Gewerbebehörden, bei einer Offenbarung wegen des Verdachts der unrechten Verausgabung oder Vereinnahmung öffentlicher Mittel, bei einem Antrag auf Strafverfolgung wegen § 355 StGB gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, bei der Weitergabe von Informationen bzgl. dienstlicher Verfehlungen an die für ein Disziplinarverfahren zuständigen Stellen, bei Offenbarungen zum Zwecke der außenwirtschaftsrechtlichen und marktordnungsrechtlichen Überwachung, bei Mitteilungen der StA an die Presse bzgl. „Steuerstrafverfahren von erheblicher Bedeutung und bedeutendem Umfang“ sowie bei Aktentvorlageverlangen eines UA, *Rüsken*, in: Klein AO § 30 Rn. 191 ff.

<sup>35</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 22.10.2007 – 3 Ws 461/06 = NStZ 2009, 162 (163). Der Begriff des „öffentlichen Interesses“ in § 376 StPO entspreche nicht dem des „zwingenden öffentlichen Interesses“ in § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO.

<sup>36</sup> In den 1980er Jahren wurde aufgedeckt, dass Vertreter des Flick-Konzerns diverse hohe Geldsummen an verschiedene politische Parteien verdeckt gespendet hatten, was zu Anklagen gegen führende Manager des Konzerns und gegen Politiker wegen fortgesetzter Bestechung bzw. Bestechlichkeit und Steuerhinterziehung, respektive Beihilfe hierzu, führte. Wegen Steuerhinterziehung bzw. Beihilfe dazu wurden die Bundeswirtschaftsminister Hans Friedrich (FDP) und Otto Graf Lambsdorff (FDP) zu Geldstrafen verurteilt.

<sup>37</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 14.7.1980 – Vas 7/80 = NJW 1981, 356 (358).

vermittelten *Informationsanspruch der Öffentlichkeit* als eine weitere Ausnahme im Sinne des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO“ an.<sup>38</sup> Grundlegend und verfassungsrechtlich führte er zu diesem Anspruch aus:

„Die Unterrichtung des Bürgers ist notwendige Voraussetzung dafür, daß dieser seine verfassungsmäßig verbrieften Rechte überhaupt wahrnehmen kann. Erst wenn diese Voraussetzungen geschaffen sind, kann das Demokratieangebot [sic!] des Artikel 20 GG mit Leben erfüllt werden.“<sup>39</sup>

„Der eminent wichtigen Aufgabe und Funktion dieser die Politik in der Bundesrepublik mitbestimmenden Partei entspricht ein ebenso bedeutsames *Recht des Bürgers auf Transparenz und Kontrolle*. Es ist eine der wesentlichsten Grundlagen des demokratischen Staatswesens, dem Bürger die Möglichkeit zu geben, seine Rechte (hier: Anteil an den ihn berührenden Vorgängen innerhalb der großen Parteien zu nehmen) wahrnehmen zu können. Die Wahrnehmung seiner Bürgerrechte setzt Informationen voraus, die ihm die Presse vermittelt.“<sup>40</sup>

Das „*Informationsinteresse der Öffentlichkeit* [...] [sei] als zwingend anzusehen, wenn dem Staat vorenthaltene Steuergelder der Partei in großem Umfange als Spenden zuteil werden. Die Öffentlichkeit hat ein zwingendes öffentliches Interesse daran, darüber unterrichtet zu werden, daß zu diesem Komplex bestimmte Verfahren im Gange sind, in denen bestimmte Sachverhalte ermittelt werden.“<sup>41</sup>

Die Öffentlichkeit selbst, und das ist bemerkenswert, wird hier als Adressatin der das Steuergeheimnis durchbrechenden Offenbarung angesehen, indem der Senat Informationsinteressen der Öffentlichkeit als zwingende öffentliche Interessen qualifiziert, sogar einen Informationsanspruch der Öffentlichkeit formuliert und sich zur Begründung – auch wenn er diesen Begriff nicht ausdrücklich verwendet – des Publizitätsprinzips bedient.<sup>42</sup>

Ein derart herausgehobenes Informationsinteresse ist auch in einem Fall wie der Lux-Leaks-Affäre anzunehmen, nämlich das Interesse über wesentliche Aspekte der nationalen Fiskalpolitik, wie der Praxis der *tax rulings*, informiert zu werden. Dementsprechend haben die Luxemburger Gerichte in den Strafverfahren gegen die angeklagten Whistleblower die (Teil-)Freisprüche auf der Grundlage der EGMR-Rechtsprechung wesentlich mit dem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung der Informationen begründet.<sup>43</sup> Ein solches sei nicht

---

<sup>38</sup> Ebd. Hervorh. d. R. B.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> Ebd. Hervorh. d. R. B.

<sup>41</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 14.7.1980 – Vas 7/80 = NJW 1981, 356 (358). Wobei aus Rücksichtnahme auf die Persönlichkeitsrechte der Beschuldigten eine Information ohne Nennung ihrer Namen geboten sei. Das sei ausreichend, um das Informationsinteresse zu stillen, ebd., juris Rn. 44 (in NJW 1981, 356 ff. ist diese Passage nicht abgedruckt).

<sup>42</sup> Damit ist ein Bsp. gegeben, in dem die Rspr. das Demokratieprinzip normativ konkretisiert, um das Verhältnis zwischen rechtlich geschützter Geheimhaltung und öffentlichen Informationsinteressen auszutücheln, dazu noch eingehend 2. Teil § 2.

<sup>43</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 15.3.2017 – 117/17 X; Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 11.1.2018. – 3912.

erst anzunehmen, wenn ein Rechtsverstoß vorliege.<sup>44</sup> Vielmehr habe die in Luxemburg infolge der Veröffentlichungen ausgelöste breite gesellschaftliche Diskussion über Steuerflucht und Steuertransparenz gezeigt, dass ein öffentliches Interesse an der Veröffentlichung des Sachverhalts bestand.<sup>45</sup>

## 2. Adressatenkreis

Noch nicht beantwortet wurde die Frage, wem gegenüber die jeweiligen Steuerdaten offenbart werden dürfen, wenn die Voraussetzungen einer Offenbarungsbefugnis erfüllt sind. Teilweise ergibt sich unmittelbar aus der jeweiligen Regelung, dass die Offenbarung nur gegenüber staatlichen Stellen gestattet ist, etwa gegenüber den Finanzbehörden gemäß § 116 AO oder den Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichten bei § 30 Abs. 4 Nr. 5 lit. a) und lit. b) AO.<sup>46</sup> Bei den unbenannten Fällen eines „zwingenden öffentlichen Interesses“ i. S. d. § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO ist die Offenbarung allerdings nicht auf einen bestimmten Adressatenkreis beschränkt, daher kann auch – wie im eben besprochenen Fall – eine Offenbarung gegenüber der Öffentlichkeit erlaubt sein.<sup>47</sup>

## 3. Whistleblowing-Richtlinie: Offenbarungen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU

Sofern Rechtsverstöße gegen die finanziellen Interessen der EU im Sinne von Art. 325 AEUV aufgedeckt werden, sind die Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie gemäß deren Art. 2 Abs. 1 lit. b) anwendbar. Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Åkerberg Fransson* zählen dazu auch Steuerstraftaten, weil Versäumnisse bei der Steuererhebung nicht nur den nationalen, sondern potenziell auch immer den unionalen Haushalt verringern.<sup>48</sup> In den drei hier gewählten Beispielen, den Fällen Borcharding, LuxLeaks und der Flick-Pateispenden-Affäre ging es jeweils um durch Rechtsverstöße<sup>49</sup> bedingtes verringertes Steueraufkommen. Deshalb wäre in diesen Fällen eine unmittelbar externe Meldung nach Art. 10 WBRL und gegebenenfalls auch eine unmittelbare Offenlegung nach Art. 15 WBRL erlaubt gewesen. Entsprechendes wird nach dem geplanten Hinweisgeberschutzgesetz gelten, s. §§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 7, 32 HinSchG-RegE, mit dem die WBRL umgesetzt werden soll.

---

<sup>44</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Ur. v. 15.3.2017 – 117/17 X.

<sup>45</sup> Vgl. ebd.

<sup>46</sup> *Intemann*, in: König, AO § 30 Rn. 239; bei einer Offenbarung gem. § 30 Abs. 4 Nr. 1–1b AO die für das jeweilige Verfahren zuständigen Behörden oder Gerichte, *Rüsken*, in: Klein, AO § 30 Rn. 73.

<sup>47</sup> Vgl. OLG Hamm NJW 1981, 356 ff.

<sup>48</sup> EuGH, Ur. v. 26.2.2013 – C-617/10 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 26.

<sup>49</sup> Das ist im Fall *Lux-Leaks* strit., s. aber Kom, PM v. 21.10.2015, Commission decides selective tax advantages for Fiat in Luxembourg and Starbucks in the Netherlands are illegal under EU state aid rules.

## § 8 Privatgeheimnisse

Die Verletzung von Privatgeheimnissen bedroht § 203 StGB mit Strafe.<sup>1</sup> Schutzobjekte der Strafvorschrift sind insbesondere die zum persönlichen Lebensbereich gehörenden Geheimnisse sowie Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse.<sup>2</sup> Da sich Whistleblowing regelmäßig durch das Aufdecken von Missständen in Organisationen auszeichnet, interessieren hier in erster Linie die Geheimnisse von Unternehmen.<sup>3</sup> Betreffen Geschäftsgeheimnisse juristischer Personen Informationen über Rechtsverstöße, sollten Berufsgeheimnisträger prinzipiell nicht strafrechtlich sanktioniert werden, wenn sie diese aufdecken – eine berufsrechtliche Ahndung oder zivilrechtliche Haftung bliebe hiervon allerdings unberührt. Persönliche Geheimnisse von Menschen sind demgegenüber umfassend durch den Straftatbestand zu schützen. Das gilt auch dann, wenn es um Rechtsverstöße geht.<sup>4</sup> Insoweit finden die Offenbarungsbefugnisse des Geschäftsgeheimnisgesetzes und der Whistleblowing-Richtlinie bzw. des HinSchG zu Recht keine Anwendung.<sup>5</sup>

### I. Der Tatbestand des § 203 StGB

Es handelt sich bei der Verletzung von Privatgeheimnissen um ein echtes Sonderdelikt, das von Angehörigen bestimmter Berufe (§ 203 Abs. 1 StGB) und „Amtsträgern“ sowie einigen ihnen gleichgestellten Personen (§ 203 Abs. 2

---

<sup>1</sup> Den Schutz der privaten Geheimnisssphäre bezwecken außerdem eine Reihe von nebenstrafrechtlichen Vorschriften wie §§ 43, 44 BDSG sowie die unter § 6 III. genannten.

<sup>2</sup> Siehe § 203 Abs. 1 StGB, „namentlich“.

<sup>3</sup> Wobei es auch Fälle geben kann, in denen zugleich ein Geheimnis des persönlichen Lebensbereichs aufgedeckt wird. Denkbar ist etwa, dass ein Mitarbeiter einer Krankenversicherung (s. § 203 Abs. 1 Nr. 7 StGB) Missstände aufdeckt, die eine Organisation, eventuell die Versicherung selbst betreffen, indem er Patientendaten weitergibt. Vorstellbar ist auch, dass persönliche Daten von Mitarbeitern offenbart werden, um etwa wirtschaftsstrafrechtswidrige Handlungen einzelner Mitarbeiter aufzudecken, die systematische Rechtsverstöße innerhalb der Organisation belegen.

<sup>4</sup> Dazu sogleich unter II.

<sup>5</sup> Siehe § 1 Abs. 3 Nr. 1 GeschGehG sowie Art. 3 Abs. 3 lit. b) WBRL.



StGB) begangen werden kann.<sup>6</sup> Der strafrechtliche Schutz der Privatgeheimnisse wird mit den Persönlichkeitsrechten der anvertrauenden Person und der herausgehobenen Vertrauensbeziehung zwischen ihr und dem Täter begründet.<sup>7</sup> Das Privatgeheimnis muss dem Täter in seiner Funktion oder bei Gelegenheit seiner Tätigkeit als mitwirkende Person anvertraut oder bekanntgeworden sein. Als Tathandlung wird das Offenbaren des Geheimnisses mit Strafe bedroht.<sup>8</sup>

Der Straftatbestand schützt solche Tatsachen als Geheimnis, „die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen (sog. Geheimnisträger), ein von seinem Standpunkt aus sachlich begründetes Interesse hat oder bei eigener Kenntnis der Tatsache haben würde“.<sup>9</sup> Von einem sachlich begründeten Interesse wird etwa bei Informationen bezüglich der Gesundheit, der Familie oder der finanziellen Verhältnisse ausgegangen. Das Interesse muss aber nicht objektiv vernünftig sein, d. h., es sind die gegebenenfalls von anderen nicht geteilten Auffassungen des Geheimnisträgers anzuerkennen.<sup>10</sup> Das Geheimhaltungsinteresse soll nur dazu dienen, solche Tatsachen vom strafrechtlichen Schutz auszunehmen, deren Geheimhaltung auf bloßer „Willkür und Launenhaftigkeit des Geheimnisträgers“ beruhen würde, etwa die Präferenz des Geheimnisträgers für eine bestimmte Kunstrichtung.<sup>11</sup>

Betreffen die jeweiligen Informationen allein eine außerhalb des Vertrauensverhältnisses stehende dritte Person (sog. Drittgeheimnisse), unterliegen

---

<sup>6</sup> Siehe im Einzelnen zum Täterkreis § 203 Abs. 1, 2, 4 StGB. – Ein „allgemeines Indiskretionsdelikt“, das durch jedermann begangen werden kann, gibt es nicht. Ein solches wurde aber schon einige Male gefordert, s. dazu *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (33 ff.).

<sup>7</sup> Neben der „Individualschutzlehre“ (s. etwa *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 3 m. w. N.) wird mit der sog. „Gemeinschaftsschutzlehre“ vertreten, dass § 203 StGB dem Schutz von Kollektivinteressen diene (s. etwa *Huber-Lotterschmid*, Verschwiegenheitspflichten, Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbote zugunsten juristischer Personen, S. 30; *Sauter*, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 45), während vermittelnde Ansätze dominieren (s. etwa BGH, NJW 1968, 2290, die Vorschrift diene „auch dem Schutz der Allgemeinheit“), eingehend zu dieser Kontroverse *Jäschke*, ZStW 131 (2019), 36 (39 ff.).

<sup>8</sup> Für das Verwerten, d. h. das wirtschaftliche Ausnutzen zur Gewinnerzielung ist mit § 204 StGB ein eigener Straftatbestand vorgesehen, *Eisele*, in: Sch/Sch § 204 Rn. 5/6.

<sup>9</sup> *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 5 m. w. N. Teils wird auch der Begriff eines „verständlichen“, „berechtigten“ oder „schutzwürdigen“ Interesses verwendet, Nachweise ebd. Rn. 7. Zusätzlich wird teilweise ein Geheimhaltungswille verlangt, *Cierniak/Niehaus*, in: MK § 203 Rn. 19 m. w. N.

<sup>10</sup> *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 7.

<sup>11</sup> Ebd. – Wobei die Grenzziehung zwischen den Geheimnisschutz noch begründenden persönlichen Geheimhaltungspräferenzen und schon willkürlichen Geheimhaltungsinteressen in manchen Fällen schwierig sein dürfte.

diese Informationen nicht der strafbewehrten Schweigepflicht.<sup>12</sup> Denn wenn sich die dritte Person gegenüber einer selbst nicht schweigepflichtigen Person offenbart hat, muss sie deren „illoyales Verhalten nach dem Grundsatz des unzureichenden Selbstschutzes ungesüht hinnehmen.“<sup>13</sup> Mangels Vertrauensbeziehung ist eine Berufsperson im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB gegenüber der dritten Person nicht zu Loyalität und Verschwiegenheit verpflichtet. Wenn etwa eine Rechtsanwältin im Rahmen einer Beratung von Missständen erfährt, die allein eine dritte (juristische) Person betreffen und diese Missstände anderen gegenüber als Whistleblower offenbart, verletzt sie nach zutreffender Ansicht nicht die Schweigepflicht aus § 203 Abs. 1 StGB.<sup>14</sup>

Dasselbe gilt prinzipiell bezüglich solcher Informationen, die jemand anvertraut, der nicht in einer Vertrauensbeziehung zu einer Berufsperson im Sinne des § 203 Abs. 1 StGB steht. Beispielsweise werden Informationen, die ein Whistleblower einer Rechtsanwältin anvertraut, die als Ombudsperson für Meldungen über Missstände eines Unternehmens tätig ist, nicht ohne Weiteres durch die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht geschützt und sind mangels Mandatsverhältnis zum Hinweisgeber insbesondere nicht nach §§ 97 Abs. 1 Nr. 3, 160a Abs. 1 StPO beschlagnahmefrei.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Eine Strafbarkeit kommt allerdings in Betracht, wenn das Geheimnis *auch* die anvertrauende Person betrifft bzw. die Tatsache der Weitergabe selbst geheimhaltungsbedürftig ist; dann ist die anvertrauende Person einwilligungs- und antragsberechtigt, *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (57 f.); *ders.*, in: LK § 203 Rn. 100. Für den Schutz der „Drittgeheimnisse“ aber die wohl h. M., s. etwa *Cierniak/Niehaus*, in: MK § 203 Rn. 27; *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 8, danach kann nur ein Einverständnis der dritten Person die Strafbarkeit ausschließen bzw. nur ihr Strafantrag (§ 205 Abs. 1 S. 1 StGB) die Strafverfolgung ermöglichen.

<sup>13</sup> *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (58).

<sup>14</sup> Dabei ist zu beachten, dass nur „Rechtsanwälte“ (§ 46 Abs. 1 BRAO) und nicht auch (nicht selbstständige) „Syndikusrechtsanwälte“ (§ 46 Abs. 2 BRAO), die eher als Whistleblower in Betracht kommen, sich gemäß § 203 Abs. 1 StGB strafbar machen können, wenn ihnen Geheimnisse im Rahmen ihres ständigen Beschäftigungsverhältnisses anvertraut werden, s. *Schünemann*, in: LK § 203 Rn. 35. Zur Reichweite der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht s. § 43a Abs. 2 BRAO (Gesetz) und § 2 BORA (Satzung).

<sup>15</sup> LG Bochum, NSTZ 2016, 500 ff., mit Anm. *Sotelsek*, ebd. S. 502 ff. Sonst hätten es Unternehmen in der Hand, Beweismittel für den Strafprozess durch Übergabe an die Ombudsperson zu sperren; zudem wie hier gegen eine diesbezügliche Schweigepflicht aus § 203 StGB, ebd. S. 504; abl. demgegenüber Anm. *Schmid/Wengenroth*, NZWiSt 2016, 401 (405 ff.); *Vogel/Poth*, CB 2019, 48, zweifeln an der Vereinbarkeit mit dem Anonymitätsschutz der WBRL; bis zu ihrer Umsetzung sei § 97 Abs. 1 StPO europarechtskonform so auszulegen, dass ein Beschlagnahmeverbot bestehe, ebd. S. 49. Zu § 97 Abs. 1 StPO s. bereits BVerfG, NJW 2009, 281 ff.

Vereinzelt wird vertreten, nur natürliche und nicht auch juristische Personen würden als Geheimnisträger erfasst.<sup>16</sup> Der Straftatbestand schütze als Rechtsgut das Vertrauen in die Verschwiegenheit der in § 203 StGB genannten Personen.<sup>17</sup> Eine derartige auf Vertrauen basierende Beziehung könne zu einer juristischen Person nicht entstehen, da sie selbst nicht fähig ist, Vertrauen auszubilden.<sup>18</sup> Allerdings bilden zumindest diejenigen natürlichen Personen zu den in § 203 StGB genannten Berufspersonen Vertrauen, die die juristische Person vertreten, weshalb letztlich die Strafbarkeit der Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen juristischer Personen bejaht wird.<sup>19</sup>

## II. „Illegale“ Privatgeheimnisse

Auch „illegale“ Privatgeheimnisse werden durch § 203 StGB geschützt,<sup>20</sup> zumindest solche natürlicher Personen. Der hierdurch bedingte Selbstwiderspruch in der Rechtsordnung ist durch die aus drei Gründen herausgehobene Vertrauensbeziehung gerechtfertigt, die zwischen der Person, die etwas anvertraut, und dem Berufsgeheimnisträger besteht. Der maßgebliche normative Grund liegt in der unantastbaren Menschenwürde, aus der sich das Allgemeine Persönlichkeitsrecht und die rechtlich protegierte Privatsphäre derjenigen her-

---

<sup>16</sup> A. Behm, Juristische Personen als Schutzobjekte von § 203 StGB?, S. 123 ff.; a. A. ist die h. M.: Aldoney Ramirez, Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, S. 148; Cierniak/Niehaus, in: MK § 203 Rn. 31; Fischer, StGB § 203 Rn. 7; Hoyer, in: SK § 203 Rn. 17; Schünemann, in: LK § 203 Rn. 31. Geheimnisse juristischer Personen des öffentlichen Rechts werden nicht geschützt, wobei etwas anderes gelten könne, wenn sie am Privatrechtsverkehr teilnehmen, Schünemann, in: LK § 203 Rn. 32.

<sup>17</sup> A. Behm, a. a. O., S. 123. Rechtshistorisch betrachtet dienten die Vorschrift und ihre Vorgängerinnen in erster Linie dem Schutz der Geheimnisse von Menschen, s. § 3 und vgl. Rogall, NSTZ 1983, 1 (2 f.).

<sup>18</sup> A. Behm, a. a. O., S. 124.

<sup>19</sup> A. Behm, Juristische Personen als Schutzobjekte von § 203 StGB?, S. 126. Allerdings kann nach dieser Rechtsgutbetrachtung nur die natürliche Person, die das Geheimnis anvertraut hat, in die Verletzung der Geheimnisse einwilligen, ebd. S. 123. Sie wäre es auch, die durch die Aufdeckung verletzt wird und damit nach §§ 205 Abs. 1 S. 1, 77 Abs. 1 StGB antragsberechtigt wäre.

<sup>20</sup> Statt vieler: Rützel, GRUR 1995, 557 (559); Schünemann, in: LK § 203 Rn. 27, der durch die „Illegalität“ bedingten geringeren Schutzwürdigkeit könne auf Rechtfertigungsebene Rechnung getragen werden, ders., ZStW 90 (1978), 11 (61); Dannecker, GJW-WSS, StGB § 203 Rn. 29; vgl. aus der älteren Lit. Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 51 f.: Der Schutz „der Immoralität“, also der Schutz „eines aus verwerflichen Gründen entsprungenen, auf verwerfliche Zwecke gerichteten Geheimhaltungswillens[s]“ sei ausnahmsweise gerechtfertigt. Die Gesetzgebung habe dieses „kleinere Übel“ gewählt, „um dem größeren, der Erschütterung des Vertrauens zur ärztlichen und anwaltschaftlichen Verschwiegenheit, zu entgehen“. Siehe auch schon § 6 II. 2.

leiten, deren Schutz der Straftatbestand primär bezweckt. Zweitens sind Privatpersonen in einigen Situationen rechtlich gezwungen, die in § 203 Abs. 1 StGB genannten Beraterberufe in Anspruch nehmen zu müssen und drittens besteht wohl auch ein allgemeines Interesse an einer möglichst umfassenden Verschwiegenheit der Berufsangehörigen.

### 1. Menschenwürdeschutz

Insbesondere gebietet die Menschenwürde, Geheimnisse aus dem persönlichen Lebensbereich umfassend zu schützen, auch wenn sie Rechtsverstöße betreffen. Den Angehörigen der in § 203 Abs. 1 StGB genannten Berufe werden häufig sensible und umfassende Informationen aus dem (höchst-)persönlichen Lebensbereich anvertraut. Offenbaren sie derartige Sachverhalte, verletzen sie die Geheimnisträger regelmäßig empfindlich in ihrer Würde. Es erscheint uns deshalb selbstverständlich, dass etwa eine Rechtsanwältin einen Mandanten nicht bei den Strafverfolgungsbehörden wegen begangener und prinzipiell auch nicht wegen geplanter Straftaten denunziert<sup>21</sup> oder ein Arzt, der eine verwundete Straftäterin behandelt, Informationen bezüglich der Verletzung nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergibt, selbst wenn dadurch ein Verbrechen aufgeklärt werden könnte.<sup>22</sup>

### 2. Zwangslage bezüglich der Inanspruchnahme von Beraterberufen

Privatpersonen können gezwungen sein, sich den in § 203 StGB genannten Personen umfassend anzuvertrauen. Wenn sie dazu gesetzlich verpflichtet sind, entsteht eine rechtliche „Zwangslage“.<sup>23</sup>

Im öffentlichen Dienst gibt es Pflichten, sich einer amtsärztlichen Untersuchung zu unterziehen. Bei einer staatlich angeordneten Unterbringung in einer psychiatrischen Einrichtung erlangen die Behandelnden in aller Regel Kenntnis von höchstpersönlichen Geheimnissen. In einem Strafprozess kann dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger, der notwendig Kenntnis höchstpersönlicher Informationen erlangt, auch gegen den Willen des Beschuldigten beigeordnet werden (§ 140 Abs. 1, 2 StPO). Zudem sind Privatpersonen im Zivilrecht gezwungen, sich vor den Landgerichten und höheren Gerichten anwaltlich vertreten zu lassen (§ 78 Abs. 1. S. 1, 3 ZPO).<sup>24</sup> Bestimmte Verträge bzw.

---

<sup>21</sup> Eine Ausnahme bildet die Pflicht, schwere geplante Straftaten anzuzeigen, § 138 StGB.

<sup>22</sup> Strafprozessual wird die Verschwiegenheitspflicht durch die Zeugnisverweigerungsrechte von Berufsgeheimnisträgern aus § 53 StPO flankiert.

<sup>23</sup> Sauter, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 40; Schönemann, ZStW 90 (1978), 11 (54).

<sup>24</sup> Siehe etwa auch § 67 Abs. 4 S. 1 VwGO.

Willenserklärungen müssen notariell beurkundet werden, s. etwa §§ 311b Abs. 1, 128 BGB.<sup>25</sup>

In diesen Beispielen sind die Betroffenen gezwungen, sich Personen anzuvertrauen, die sie oft kaum oder überhaupt nicht kennen. Die persönlichen Beziehungen zu diesen Berufspersonen sind dementsprechend häufig (noch) nicht so weit gediehen, dass ein umfassendes Vertrauen in ihre Integrität, insbesondere in ihre Verschwiegenheit besteht.<sup>26</sup> Durch den rechtlich bedingten Zwang, die genannten Beraterberufe in Anspruch zu nehmen, und durch den staatlich regulierten Zugang zu diesen Berufen, wird die Freiheit der Privatpersonen, nach eigenem „Belieben Rat und Hilfe zu suchen“, beschränkt.<sup>27</sup> Mit dem rechtlichen Zwang korrespondiert häufig auch eine faktische Zwangslage, dem Berufsgeheimnisträger einen möglichst umfangreichen Einblick zu gewähren, etwa bei einer Rechtsberatung in den jeweiligen rechtlichen Sachverhalt oder bei einer Anamnese in die körperlichen Symptome, die Krankheitsgeschichte usw., damit aufgrund des möglichst umfassend ermittelten Sachverhalts eine fundierte Entscheidung getroffen werden kann.<sup>28</sup>

Diese rechtliche und faktische Zwangslage ist Privatpersonen nur zuzumuten, wenn sie durch einen umfassenden rechtlichen Geheimnisschutz kompensiert wird. Ist dieser Schutz nicht gewährleistet, besteht die Gefahr, dass die Betroffenen zögern könnten, die Dienste der in § 203 Abs. 1 StGB genannten Berufe überhaupt in Anspruch zu nehmen, bzw. sich ihnen nicht umfassend anzuvertrauen.<sup>29</sup> Der strafrechtliche Schutz der Privatgeheimnisse soll jedoch gerade ermöglichen, sich in einer rechtlich umfassend geschützten Geheimnissphäre unbefangen äußern zu können, ohne eine Weitergabe der zur Beratung offenbarten Informationen befürchten zu müssen. Das Argument der Zwangslage, das zeigen die oben genannten Beispiele, treffen in erster Linie auf natürliche Personen und weniger auf juristische Personen zu, die zwar rechtlich gezwungen werden können, aber nicht imstande sind, Zwang zu empfinden und hiervon beeinflusst zu handeln.

---

<sup>25</sup> Vgl. *Sauter*, a. a. O., S. 40 f. – Da demgegenüber niemand gezwungen ist, sich vergleichbaren, aber staatlich nicht anerkannten Beraterberufen anzuvertrauen, etwa Heilpraktikern, sind derartige Berufe strafrechtlich nicht zur Geheimhaltung verpflichtet, *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (55, 51).

<sup>26</sup> *Sauter*, a. a. O., S. 43.

<sup>27</sup> Ebd. S. 42.

<sup>28</sup> Ebd. S. 44; *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1110).

<sup>29</sup> *Sauter*, Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, S. 45. Wobei sich bei Argumenten dieser Art die Frage stellt, ob den Privatpersonen der gegenwärtige strafrechtliche Schutz ihrer Geheimnissphäre überhaupt bewusst ist. Im Detail sicher nicht; dass aber anwaltliche und ärztliche Schweigepflichten rechtlich sehr weit reichen, wird man als allgemein bekannt voraussetzen können.

### 3. Allgemeininteresse an der Verschwiegenheit

Für den Schutz „illegaler“ Privatgeheimnisse lässt sich weiterhin anführen, dass § 203 StGB auch das *allgemeine Vertrauen* in die Verschwiegenheit der in dem Straftatbestand genannten Berufspersonen bezweckt und dieses Vertrauen durch eine umfassende Geheimhaltungspflicht zu gewährleisten sei.<sup>30</sup> Durch die Zusicherung umfassender Verschwiegenheit steige das allgemeine Vertrauen in diese Berufe, was zur Förderung der Gesundheit der Bürger und der Rechtssicherheit beitrage.<sup>31</sup> Es werde damit ein Umstand beseitigt, der von der Inanspruchnahme der Beraterberufe abhalten könnte.<sup>32</sup> Zudem werde die „Funktionsfähigkeit bestimmter sozialwichtiger Beraterberufe“ gesichert.<sup>33</sup> Würde keine umfassende Geheimhaltung rechtlich garantiert, könnten viele Menschen davon absehen, ihnen besonders wertvolle Informationen etwa aus dem medizinischen oder rechtlichen Bereich zu offenbaren, um deren Verrat nicht zu riskieren.<sup>34</sup>

### 4. Kein hinreichendes Schutzbedürfnis bezüglich juristischer Personen

Whistleblowing betrifft allerdings in erster Linie die Offenbarung von Missständen in Organisationen, weshalb häufig juristische Personen von einer Aufdeckung als Geheimnisträger betroffen sind. Deren „illegale“ Geheimnisse werden nach hier vertretener Ansicht nicht von den Schweigepflichten des § 203 StGB umfasst. Der Straftatbestand schützt wie § 355 StGB das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung,<sup>35</sup> das als eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus der allgemeinen Handlungsfreiheit und der

---

<sup>30</sup> Zum Streit zwischen „Gemeinschaftsschutzlehre“ und „Individualschutzlehre“ s. bereits o. Fn. 7.

<sup>31</sup> Sauter, a. a. O., S. 46 f.; krit. ggü. einer „institutionellen Rechtsgutsdoktrin“, die auf die „Volksgesundheit“ abstellt, *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (51 f.).

<sup>32</sup> Sauter, a. a. O., S. 47.

<sup>33</sup> Rützel, GRUR 1995, 557 (560), bei § 203 StGB liege der „Grund für den Schutz auch illegaler Geheimnisse [...] in der Befürchtung, daß andernfalls die genannten Beraterberufe ihre für das Gemeinwohl überragend wichtige Funktion nicht erfüllen könnten. § 203 StGB schützt nicht nur das Individualinteresse an Geheimhaltung, sondern auch – wenn nicht sogar primär – das Interesse der Allgemeinheit an der Verschwiegenheit der aufgeführten Berufe. [...] Müßte der Hilfesuchende die Weitergabe befürchten, würde er vernünftigerweise Informationen zurückhalten und damit den Sinn der Beratung mit ihren positiven Effekten für die Allgemeinheit in Frage stellen.“ Ebd. S. 559 f. m. w. N.

<sup>34</sup> Sauter, *Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz*, S. 48. Wobei *Schünemann* einwendet, dass „Psychologen, Psychotherapeuten und soziale[ ] Beratungsdienste“, auch schon bevor sie in den Täterkreis des § 203 Abs. 1 StGB aufgenommen wurden, stark frequentiert wurden, sodass „die mangelnde Strafbewehrung des Geheimnisverrats bei sozialer Notwendigkeit der Inanspruchnahme überhaupt nicht ins Gewicht fällt.“ ZStW 90 (1978), 11 (53 f.).

<sup>35</sup> Jäschke, ZStW 131 (2019), 36 (39). Zu § 355 s. bereits § 7 I.

Menschenwürde hergeleitet wird.<sup>36</sup> Da juristische Personen keine Menschenwürde besitzen und sie allenfalls mittelbar durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung geschützt werden, fehlt bei ihnen einer der wesentlichen Gründe, die für den Schutz „illegaler“ Privatgeheimnisse sprechen.<sup>37</sup> Diese Differenzierung des grundrechtlichen Schutzes sollte auch im Rahmen des § 203 StGB reflektiert werden, indem „illegale“ Geheimnisse juristischer Personen vom strafatbestandlichen Schutz ausgenommen werden, nicht aber solche natürlicher Personen. Hinzukommen die oben eingebrachten Argumente, dass juristische Personen weder fähig sind, selbst Vertrauen zu entwickeln, das in strafrechtlich relevanter Weise enttäuscht werden könnte, noch den oben beschriebenen Zwang empfinden können, den natürliche Personen erleben, wenn sie genötigt sind, sich einer der in § 203 Abs. 1 StGB genannten Personen umfassend anzuvertrauen. Schließlich sprechen auch die allgemeinen Argumente, die bereits gegen den Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse angeführt wurden, gegen den Schutz derselben unter § 203 StGB.<sup>38</sup>

### 5. Reformvorschläge

Auch wenn sich die Negation des strafrechtlichen Schutzes „illegaler“ Geheimnisse juristischer Personen schon durch die hier vertretene Auslegung des aktuellen § 203 StGB erreichen lässt, sollte der Schutz „illegaler“ Privatgeheimnisse ausdrücklich auf natürliche Personen beschränkt werden.

Nicht ausgeschlossen wäre damit eine berufsrechtliche Ahndung, beispielsweise gemäß § 113 BRAO wegen einer Verletzung der in § 43a Abs. 2 BRAO geregelten anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht. Ebenfalls unberührt bliebe eine eventuelle zivilrechtliche Haftung des Berufsgeheimnisträgers. Allein eine Strafbarkeit wegen § 203 StGB wäre ausgeschlossen.

Missbräuchliche Weitergaben „illegaler“ Privatgeheimnisse juristischer Personen, beispielsweise ausschließlich an Konkurrenten, könnten durch einen strukturell an § 97a StGB angelehnten Straftatbestand pönalisiert werden. Im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen würde der strafrechtliche Schutz von

---

<sup>36</sup> Siehe etwa *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 3.

<sup>37</sup> Es sei denn, das Geheimnis betrifft gleichzeitig ein Geschäfts- und ein zum persönlichen Lebensbereich zählendes Geheimnis.

<sup>38</sup> Vgl. bereits *Rotsch/M. Wagner*, in: Criminal Compliance § 34 Rn. 54, bei § 203 StGB könne nichts anderes gelten als bei § 17 UWG a. F. (kein Schutz „illegaler“ Geschäftsgeheimnisse).

Privatgeheimnissen dann immer noch sehr weit reichen.<sup>39</sup> Beispielsweise werden Privatgeheimnisse weder in Großbritannien noch in den USA strafrechtlich geschützt.<sup>40</sup>

Was die „illegalen“ Privatgeheimnisse natürlicher Personen anbelangt, sollte diesen nur ganz ausnahmsweise der Schutz versagt werden, nämlich dann, wenn es darum geht, schwere Straftaten zu verhindern. Denn bei derartigen Sachverhalten besteht trotz der herausgehobenen Vertrauensbeziehung zwischen betroffener natürlicher Person und Berufsgeheimnisträger kein derart schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse, welches eine Strafbarkeit wegen einer Offenbarung rechtfertigen könnte. Zudem schafft eine derartige Regelung Klarheit und Rechtssicherheit für Fälle, die bislang über § 34 StGB gelöst werden müssen.<sup>41</sup>

Die vorstehenden Überlegungen sollten durch einen Ausnahmetatbestand der folgenden Art umgesetzt werden:

§ 203 Abs. 1 StGB a. F.

(1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, [...] wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.“

§ 203 Abs. 1 StGB n. F.

(1) <sup>1</sup>Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, [...] wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. <sup>2</sup>*Tatsachen, die erforderlich sind, um einen Rechtsverstoß aufzudecken, sind keine Privatgeheimnisse, wenn die betroffene Person eine juristische ist.* <sup>3</sup>*Ist eine natürliche Person betroffen, gilt dasselbe nur für solche Tatsachen, die erforderlich sind, um eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO zu verhindern.*

<sup>39</sup> Allgemein sollen in Ländern mit *Civil Law Tradition* Straftatbestände wie § 203 StGB verbreitet sein, während sich solche in Ländern mit *Common Law Tradition* nicht fänden, *Regan*, *Catholic Theological Society of America proceedings* 10. (1955), 152 (155).

<sup>40</sup> Vgl. für Großbritannien: *Maier*, *Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, englischen und deutschen Recht*, S. 255 ff.; *Pattenden*, *The Law of Professional-Client Confidentiality*, S. 203 Rn. 6.54. Eine Strafbarkeit wegen der Verletzung der Vertraulichkeit von Informationen kommt nur wegen der Überwachung von Kommunikationsvorgängen und Computer-Zugangs-Delikten in Betracht. In den USA gibt es sogar eine gesetzliche Regelung, die es Anwälten erlaubt, „illegale“ Geheimnisse gegenüber Personen außerhalb eines Unternehmens zu offenbaren (*reporting out*), *Mann*, *Anwaltliche Verschwiegenheit und Corporate Governance*, S. 160. Zu weiteren Durchbrechungen der anwaltlichen Verschwiegenheit in den USA, ebd. S. 151 ff.

<sup>41</sup> Zu einer Rechtfertigung wegen Notstands s. noch 3. Teil § 2 II. 1. und 2. c).





## § 9 Straftaten zur Vorbereitung des Whistleblowings

Whistleblowing stellt sich häufig als ein mehraktiges Geschehen dar, bei dem nicht nur eine Strafbarkeit wegen der finalen Handlung, d. h. der Offenbarung der geheimen Informationen, sondern auch eine Strafbarkeit wegen der vorbereitenden Handlungen, insbesondere des Beschaffens der Informationen in Betracht kommt.<sup>1</sup> Die Whistleblowing-Richtlinie schützt bezüglich solcher Handlungen ausdrücklich nicht vor Strafe.<sup>2</sup> Im Folgenden wird ein allgemeiner Ansatz für Straftaten entwickelt, die legalem Whistleblowing typischerweise vorhergehen. Danach sollte eine Strafe, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, ausgeschlossen sein, wenn die Handlung der legalen Offenbarung von Geheimnissen notwendig vorausgeht, die spätere Offenbarung von Missständen bezweckt und ihr Unrechtsgehalt nicht über den der Offenbarungshandlung hinausgeht.

### I. Strafrechtlich relevante Vorbereitungshandlungen

Das Beschaffen von Informationen kann nach verschiedenen Vorschriften strafbar sein. Nach §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG macht sich etwa

---

<sup>1</sup> Dieses Geschehen dürfte regelmäßig als eine Tat im prozessualen Sinne (§ 264 Abs. 1 StPO) zu bewerten sein, vgl. etwa die st. Rspr., nach der bei einem Brandschutzversicherungsbetrug die Brandstiftung und die u. U. erst Monate spätere Anzeige bei der Versicherung eine Tat im prozessualen Sinne bilden, z. B. BGH, NStZ 2012, 39 (vier Monate später); s. bereits BGHSt 45, 211 (213); NStZ 2002, 215; NStZ-RR 2004, 366 (367); NStZ 2006, 350.

<sup>2</sup> Nach Art. 21 Abs. 3 WBRL können „Hinweisgeber [...] nicht für die Beschaffung der oder den Zugang zu den betreffenden Informationen haftbar gemacht werden, sofern die Beschaffung oder der Zugang nicht als solche eine eigenständige Straftat dargestellt haben. In letzterem Fall unterliegt die strafrechtliche Haftung weiterhin dem einzelstaatlichen Recht.“ Diese wohl aus kompetenziellen Gründen vorgenommene Einschränkung steht in einem gewissen Widerspruch zu ErwG 94, wonach Hinweisgeber nicht für Handlungen haftbar gemacht werden sollen, die durchaus strafrechtlich relevant erscheinen, etwa die abredewidrige Mitnahme im Eigentum der Organisation stehender Dokumente (§ 242 StGB) oder das Betreten von Räumen, zu denen sie keinen Zugang haben (§ 123 StGB). Entsprechendes ist in § 35 Abs. 1 letzter Hs. HinSchG-RegE vorgesehen, s. zudem die Entwurfsbegründung, S. 109.

strafbar, wer ein Geschäftsgeheimnis durch unbefugten Zugang, unbefugte An eignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, elektronischen Dateien etc. erlangt. Strafbar ist auch das Sich-Verschaffen von Staatsgeheimnissen gemäß § 96 StGB. Wer in eine fremde Informationssphäre eindringt, kann sich zudem wegen der Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 202 StGB), des unbefugten Ausspähens und Abfangens von Daten (§ 202a StGB bzw. § 202b StGB) und des Vorbereitens derartiger Handlungen (§ 202c StGB), etwa durch das Sich-Verschaffen von Passwörtern (§ 202c Abs. 1 Nr. 1 StGB), strafbar machen.<sup>3</sup> Zudem würde sich strafbar machen, wer zur Dokumentation von Missständen Aussagen heimlich aufnimmt und damit die Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB) bzw. bei Bildaufnahmen den höchstpersönlichen Lebensbereich (§ 201a StGB) verletzt. Bei der Beschaffung der Informationen können außerdem Sachen beschädigt (§ 303 StGB) und weggenommen (§ 242 StGB) sowie das Hausrecht verletzt werden (§ 123 StGB). Denkbar ist etwa, dass ein Whistleblower ein Vorhängeschloss beschädigt, um an bestimmte Akten zu gelangen, Dokumente, USB-Sticks, Festplatten oder andere Datenträger entwendet oder zur Informationsbeschaffung in Räume eines Unternehmens oder einer Behörde eindringt, die er eigentlich nicht betreten darf. Außerdem droht eine Strafbarkeit wegen Datenhehlerei (§ 202d StGB), wenn sich ein Whistleblower Informationen von jemandem verschafft, der sie durch eine rechtswidrige Tat erlangt hat.

## II. Ansätze für einen Strafbarkeitsausschluss

Im Geschäftsgeheimnisgesetz sind verschiedene Ausnahmetatbestände vorgesehen (§ 5 GeschGehG), nach denen das an sich unbefugte Erlangen und Offenbaren von Geschäftsgeheimnissen unter denselben Voraussetzungen erlaubt ist. Diese gesetzgeberische Wertung harmoniert mit der Interpretation der Meinungsäußerungsfreiheit, die Luxemburger Gerichte gewählt haben, um eigentlich strafbare Beschaffungshandlungen eines Whistleblowers zu rechtfertigen. Weiterhin wird beim Straftatbestand der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes (§ 201 StGB) vertreten, dass die öffentliche Mitteilung nicht über den Unrechtsgehalt des heimlichen Aufzeichnens hinausgeht, sodass beide Tatvarianten unter denselben Voraussetzungen gerechtfertigt werden. Dies gelte jedenfalls dann, wenn mit der ersten Handlung (dem Beschaffen der Informationen) die zweite Handlung bezweckt wird (das Offenbaren der Informationen). Für eine solche Relation lassen sich auch zwei moraltheologische Sätze und eine strafrechtsdogmatische Figur heranziehen. Ein Strafbarkeitsausschluss

---

<sup>3</sup> Die §§ 201 ff. StGB schützen nicht nur die private, sondern auch die staatliche Informationssphäre, s. etwa *Schünemann*, in: LK vor § 201 Rn. 9. Z. B. kann § 202a StGB erfüllen, wer sich unbefugt Daten aus einem gesicherten Behördennetzwerk verschafft.

kommt hingegen nicht bei Straftaten in Betracht, deren Unrechtsgehalt über die Offenbarung hinausgeht, was beispielsweise und in aller Regel auf Gewalt gegen Menschen zutrifft.

### 1. Ausnahmetatbestände im Geschäftsgeheimnisgesetz

Eine Strafbarkeit wegen des unbefugten Erlangens eines Geschäftsgeheimnisses gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG kann wegen eines der in § 5 GeschGehG geregelten Ausnahmetatbeständen ausgeschlossen sein. Erfolgt das unbefugte Erlangen zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung oder eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens und ist es geeignet, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen, ist § 5 Nr. 2 Var. 1 GeschGehG erfüllt und die Handlung deshalb erlaubt.

Es scheint, dass dieser Zusammenhang nur bestehen kann, wenn die Person bereits beim Erlangen beabsichtigt, durch eine nachfolgende Handlung den jeweiligen Missstand aufzudecken. Dementsprechend setzte der Regierungsentwurf zum GeschGehG noch ein Absichtsmerkmal voraus, das allerdings im Gesetzgebungsverfahren bewusst gestrichen wurde,<sup>4</sup> um eine mit Beweisschwierigkeiten konfrontierte Gesinnungsprüfung sowie *chilling effects* zu vermeiden. Während diese Argumentation bezüglich des Offenlegens von Geschäftsgeheimnissen überzeugt, stellt sich beim vorausgehenden Erlangen die Frage, wie ermittelt werden kann, ob es „zur Aufdeckung einer rechtswidrigen Handlung“ erfolgte, wenn nicht die Motivation der Person maßgeblich sein soll. Ohne eine Art „Zweckprüfung“ wird man hier nicht auskommen.<sup>5</sup> Diese Ungereintheit lässt sich mit dem gesetzgeberischen Willen, nach dem es gerade nicht auf eine Absicht ankommen soll, in Einklang bringen, indem bei objektiven Anhaltspunkten vermutet wird, dass diese Mittel-Zweck-Relation beim Erlangen besteht.<sup>6</sup> Da eine entsprechende Regelung in den anderen oben genannten Straftatbeständen fehlt, sind die Wertungen des § 5 GeschGehG prinzipiell auf andere Tathandlungen zu übertragen, die auf das Erlangen von Geschäftsgeheimnissen gerichtet sind.<sup>7</sup>

### 2. Die Meinungsfreiheit als Strafbarkeitsausschluss (*Lux-Leaks*)

Bei der Bewertung von Handlungen, die an sich strafbar sind, aber legalem Whistleblowing notwendig vorausgehen, wird auch das Grund- und Menschenrecht der Meinungsäußerungsfreiheit berücksichtigt. Luxemburger Gerichte haben im Strafprozess zur Lux-Leaks-Affäre einen Rechtfertigungsgrund *sui*

---

<sup>4</sup> Siehe dazu *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (114 f.).

<sup>5</sup> *Alexander*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, GeschGehG § 2 Rn. 42.

<sup>6</sup> *Alexander*, ebd., meint: „die Tätigkeit des Whistleblowers [müsse] bei objektiver Betrachtung das Ziel verfolgen [...], das öffentliche Interesse zu schützen.“

<sup>7</sup> Siehe dazu bereits unter § 6 IV. 3.

*generis* aus Art. 10 Abs. 1 EMRK hergeleitet, der einerseits die Offenbarung strafrechtlich geschützter Informationen, aber auch an sich strafbare vorbereitende Beschaffungshandlungen rechtfertigt.<sup>8</sup> Der PWC-Mitarbeiter Antoine Deltour hatte im Oktober 2010, als das Ende seines Arbeitsverhältnisses bevorstand, 45.000 Seiten, die 538 Unternehmen betrafen, in Form elektronischer Daten auf seinen Computer kopiert.<sup>9</sup> Bei dieser Handlung verfolgte er nach eigener Aussage nicht die Absicht, die Unterlagen als Whistleblower weiterzugeben, sondern es ging ihm darum, Schulungsunterlagen herunterzuladen, die er zum persönlichen Gebrauch in seiner weiteren Karriere nutzen wollte. Erst bei der Durchsicht der Dokumente entdeckte er Art und Ausmaß der sogenannten *tax rulings* und beschloss, sie an einen Journalisten weiterzugeben, was er im Sommer 2011 tat.

Das Berufungsgericht bestätigte die Verurteilung wegen verschiedener der Weitergabe der Informationen vorgelagerter Straftaten (u. a. Hausdiebstahl und missbräuchlicher Zugang zu Datenbanken). Hinsichtlich der Weitergabe der Informationen sprach das Berufungsgericht Deltour hingegen wegen des durch Art. 10 Abs. 1 EMRK nach der EGMR-Rechtsprechung anerkannten Whistleblower-Status frei. Bezüglich der zuvor begangenen Delikte sei Deltour dieser Schutz aber nicht zu gewähren, da er beim Kopieren der Daten nicht in gutem Glauben (Good-faith-Kriterium der EGMR-Rechtsprechung) gehandelt habe, denn bei dieser Handlung hatte er noch nicht die Intention, Missstände aufzudecken. Das Menschenrecht könne nicht so ausgelegt werden, dass früher begangene Diebstähle rückwirkend gerechtfertigt würden.<sup>10</sup>

Das Kassationsgericht hob allerdings auch die Verurteilung wegen des Kopierens der Daten auf. Es ging davon aus, der durch Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützte Whistleblower-Status erstrecke sich auf die gesamte Whistleblower-Tat und damit auch auf das Kopieren.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 15.3.2017 – 117/17 X; Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 11.1.2018. – 3912. Vgl. zum Problem der rechtswidrigen Informationsbeschaffung und anschließenden Veröffentlichung auch die Rspr. zum Fall von Günter Wallraff, der sich unter einem Pseudonym bei der Zeitung *Bild* als freier Mitarbeiter anstellen lassen hatte und später zu den mindestens fragwürdigen Methoden der Redaktion publizierte. Danach kann die Meinungsfreiheit das *Veröffentlichen* rechtswidrig beschaffter Informationen schützen, BGHZ 80, 25 (40); BVerfGE 66, 116 (139). Nicht geschützt sein soll allerdings das rechtswidrige *Beschaffen* der Informationen, ebd. Leider wird dies nicht genauer ausgeführt, denn es stellt sich die Frage, ob das auf den ersten Blick rechtswidrige Beschaffen wegen der einschlägigen Grundrechte ausnahmsweise geschützt sein sollte, gerade wenn es für eine nachfolgende grundrechtlich geschützte Offenbarung der Informationen notwendig war.

<sup>9</sup> Zum Sachverhalt s. bereits unter § 6 IV. 2.

<sup>10</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 15.3.2017 – 117/17 X.

<sup>11</sup> Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 11.1.2018 – 3912. Dabei stellt sich die Frage, ob die Meinungsfreiheit das Whistleblowing vorbereitende Handlungen nur dann schützt, wenn eine spätere Aufdeckung von Missständen zumindest auch gewollt

### 3. Wahrnehmung berechtigter Interessen bei unerlaubten, verdeckten Aufzeichnungen

Zur Bewertung an sich strafbarer Vorbereitungshandlungen beim Whistleblowing ist weiterhin § 201 Abs. 2 S. 3 StGB einzubeziehen. Nach dieser Vorschrift ist eine Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nicht rechtswidrig, „wenn die öffentliche Mitteilung zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen gemacht wird.“<sup>12</sup> Da es „wenig Sinn“ mache, wenn der Rechtfertigungsgrund nur auf die Tatvariante des öffentlichen Mitteilens Anwendung finden würde,<sup>13</sup> wird analog zu der hier behandelten Problematik vertreten, dass er sich nicht nur auf Offenbarungshandlungen („öffentliche Mitteilung“), sondern auch auf vorbereitende Handlungen, also auch auf heimliches Abhören bzw. Aufzeichnen erstrecke.<sup>14</sup>

Aus dem für alle Tatbestände des § 201 StGB geltenden Strafraumen ergebe sich, dass sich der Unrechtsgehalt des Aufnehmens und der des Mitteilens nach gesetzgeberischer Wertung nicht unterscheiden. Das Gewicht der durch die Mitteilung wahrgenommenen öffentlichen Interessen könne demnach „relativ zu allen vier Tatbestandsverwirklichungen gleichermaßen ‚überragend‘ sein“.

---

ist. Strafrechtsdogmatisch wird man davon ausgehen müssen, wenn die Meinungsfreiheit als Ausnahmetatbestand oder als Rechtfertigungsgrund begriffen wird, denn dann muss sich der Tatbestandsvorsatz auf den Ausnahmetatbestand erstrecken bzw. ein subjektives Rechtfertigungselement vorliegen, um eine Strafbarkeit auszuschließen. Ähnlich hatte die Prozessvertretung von Günther Wallraff mit einer „Handlungseinheit“ argumentiert, die zwischen „der Beschaffung der Information und deren späterer Verbreitung“ bestehe, BVerfGE 66, 116 (136) = juris Rn. 53.

<sup>12</sup> Der Rechtfertigungsgrund wurde durch das 25. StrÄndG v. 20.8.1990 (BGBl. I, S. 1764) eingeführt, zusammen mit der den Tatbestand ausschließenden (BT-Drs. 11/7414, S. 4) Bagatelld Klausel in § 201 Abs. 2 S. 2 StGB („nur strafbar, wenn die öffentliche Mitteilung geeignet ist, *berechtigte Interessen* eines anderen zu beeinträchtigen.“). Bei der Formulierung des Rechtfertigungsgrundes habe man sich an § 193 StGB („Wahrnehmung berechtigter Interessen“) und § 353b Abs. 1, 2 StGB („öffentliche Interessen“) orientiert, BT-Drs. 11/7414, S. 4. Eingeführt wurde der Rechtfertigungsgrund, um „einen angemessenen Ausgleich“ zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Meinungsfreiheit herzustellen, wobei die Entscheidung des BVerfG im Fall *Wallraff* berücksichtigt wurde, nach der „auch die Verbreitung rechtswidrig erlangter Informationen“ durch die Meinungsfreiheit geschützt sein kann, BT-Drs. 11/7414, S. 4.

<sup>13</sup> *Schünemann*, in: LK § 201 Rn. 48.

<sup>14</sup> *Hoyer*, in: SK § 201 Rn. 36; anders allerdings, BT-Drs. 11/7414, S. 5; eine Strafbarkeit der vorbereitenden Handlungen sei daher „hinzunehmen“, *Graf*, in: MK § 201 Rn. 55a. Eine an dem Rechtfertigungsgrund orientierte Regelung wurde zudem mit § 201a Abs. 4 StGB geschaffen (49. StrÄndG v. 21.1.2015, BGBl. I, S. 14). Danach ist eine Bestrafung wegen der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen ausgeschlossen, wenn die Tathandlung zur „Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen“ erfolgt, namentlich dann, wenn die Handlung „der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken“ dient.

Sei „die Vortat objektiv [...] notwendig und subjektiv darauf ausgerichtet“, eine „öffentliche Mitteilung“ im Sinne des § 201 Abs. 2 S. 3 StGB herbeizuführen, müsse die Rechtfertigung „auch eine Sperrwirkung in Bezug auf die übrigen Tatbestände des § 201 zur Folge haben.“<sup>15</sup> In ähnlicher Weise könnte eine Strafbarkeit wegen Handlungen zur Vorbereitung des Whistleblowings ausgeschlossen sein, wenn mit ihnen bezweckt wird, eine rechtmäßige Offenbarungshandlung zu ermöglichen.

#### 4. Jesuitenpater Busembaum: Der Zweck heiligt die Mittel

Die Problematik erinnert an die noch heute gebräuchliche Redewendung: „Der Zweck heiligt die Mittel.“ Als Grundsatz führt sie etwa der Jesuitenpater Hermann Busembaum in seiner Moralthologie aus dem Jahr 1645 ein: „quia cum finis est licitus etiam media sunt licita“,<sup>16</sup> was gemeinhin übersetzt wird als „wenn der Zweck erlaubt ist, sind auch die Mittel erlaubt.“<sup>17</sup> Das Mittel wird eingesetzt, um ein beabsichtigtes und erlaubtes Ziel zu erreichen.<sup>18</sup> Die Absicht erstreckt sich also nicht nur auf den Zweck oder das hauptsächlich intendierte Ziel, sondern auch auf die Mittel-Zweck-Relation.<sup>19</sup> Hiernach wären an sich verbotene Handlungen zur Beschaffung von Informationen ausnahmsweise erlaubt, wenn sie als Mittel eingesetzt werden, um ein legales Ziel, eine erlaubte Aufdeckung von Missständen zu erreichen.

Zum anderen lässt sich dieses Ergebnis auch mit der strengeren Duplex-effectus-Lehre oder Doppelwirkungslehre begründen, die wohl erstmals Thomas von Aquin erörtert hat.<sup>20</sup> Wer durch eine Handlung eine erlaubte Hauptwirkung, aber auch eine grundsätzlich unerlaubte Nebenwirkung verursacht, handelt bezüglich der Nebenwirkung nur dann ausnahmsweise erlaubt, wenn er allein die Haupt-, aber nicht auch die Nebenwirkung beabsichtigt. Wer etwa einen anderen Menschen in Notwehr tötet, wäre danach nur gerechtfertigt, wenn die Angriffsabwehr (Hauptwirkung) beabsichtigt wurde, der Tod des Angreifers (Nebenwirkung) hingegen nicht.<sup>21</sup> Nach der strafrechtlichen Einteilung ist unter Absicht nur *dolus directus* 1. Grades, aber nicht *dolus directus* 2.

---

<sup>15</sup> Hoyer, in: SK § 201 Rn. 36, zudem werde § 34 StGB durch den spezielleren Rechtfertigungsgrund gesperrt, ebd. Rn. 37.

<sup>16</sup> Busembaum, *Medulla theologiae moralis*, Liber IV. Capitulus III. Dubium VII. Art. II. § 3. S. 386 f.

<sup>17</sup> K. Maurer, *Neuer Jesuitenspiegel*, S. 64.

<sup>18</sup> Vgl. Joerden, FS Jakobs, 235 (239).

<sup>19</sup> Gewollt ist dabei auch das Mittel: „Wer den Zweck will, will (so fern die Vernunft auf seine Handlung entscheidenden Einfluß hat) auch das dazu unentbehrlich nothwendige Mittel, das in seiner Gewalt ist.“ Kant, MdS, AA IV, 437; Joerden, FS Jakobs, 235 (239).

<sup>20</sup> Joerden, FS Jakobs, 235 (238).

<sup>21</sup> Vgl. ebd. S. 240.

Grades (Wissentlichkeit) oder *dolus eventualis* („bedingter“ Vorsatz) zu verstehen.<sup>22</sup> Wem es also nicht auf die Beschaffung von Informationen ankommt, sondern wer sie sich verschafft, um Missstände in erlaubter Weise aufzudecken, der handelt wohl auch nach dieser Lehre erlaubt.<sup>23</sup> So ganz passt die Lehre allerdings nicht, da es hier nicht um die Erzielung von Doppelwirkungen, d. h. um zwei Wirkungen geht, die mit einer Handlung verursacht werden,<sup>24</sup> sondern um zwei sukzessive Handlungen (Beschaffen und Offenbaren) mit jeweils einer strafrechtlich relevanten Wirkung.

Genau auf derartige Konstellationen ist allerdings eine in der Literatur entwickelte Ansicht zugeschnitten, die sich wohl auf die Duplex-effectus-Lehre zurückführen lässt: Bei sogenannten „unvollkommenen zweiaktigen Rechtfertigungsgründen“ müsse bereits beim ersten Akt intendiert sein, mit dem zweiten Akt den erlaubten Zweck zu erreichen.<sup>25</sup> Damit sind Situationen gemeint, in „denen der Zweck, um dessen willen die Rechtsgutsverletzung zugelassen wird, nicht schon durch die Tat selbst (wie zB bei der Notwehr [...]), sondern erst durch weitere Handlungen erreichbar ist“.<sup>26</sup> Diese Ansicht lässt sich entsprechend auf jene Handlungen anwenden, die eine spätere Offenbarung erst ermöglichen.<sup>27</sup> Käme es nur auf die Rechtmäßigkeit einer späteren Veröffentlichung an, die dem Täter bei der Beschaffung noch nicht bewusst sein müsste, würde für die erste Handlung von einem subjektiven Rechtfertigungselement bzw. Vorsatz bezüglich eines Ausnahmetatbestands abgesehen.

### 5. Eine Grenze: Gewalt gegen Menschen

Nur strafatbestandsmäßige Beschaffungshandlungen, deren Unrechtsgehalt nicht über die Verletzung einer strafrechtlichen Schweigepflicht hinausgeht, sollten – der Argumentation zu § 201 Abs. 2 S. 3 StGB (o. unter 3.) entsprechend – unter denselben Voraussetzungen wie eine Offenbarung von der Strafbarkeit ausgeschlossen sein. In einem theoretisch denkbaren, wengleich empirisch bisher nicht bekannten Fall, könnte ein Whistleblower Wachpersonal überwältigen oder gar töten, um sich die relevanten Informationen bzw. die Datenträger oder Dokumente etc. zu beschaffen. Ein solcher Angriffs wäre nach den hier entwickelten Grundsätzen nicht gerechtfertigt und auch sonst

---

<sup>22</sup> Ebd. S. 253.

<sup>23</sup> Es sei denn, es wird schon bzgl. der Beschaffung *dolus directus* 1. Grades angenommen, dann würde sie nach der *duplex-effectus*-Lehre unerlaubt erfolgen, während sie nach dem Grundsatz „Der Zweck heiligt die Mittel“ erlaubt wäre.

<sup>24</sup> Vgl. Joerden, FS Jakobs, 235 (254 a. E.).

<sup>25</sup> Lampe, GA 1978, 7 ff., zust. Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 16; eingehend: Schmidt, Mehraktige Rechtfertigungskonstellationen.

<sup>26</sup> Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 16.

<sup>27</sup> Nicht aber bzgl. der späteren Offenbarungshandlung, die für sich betrachtet den Zweck der Abhilfe eines Missstands noch nicht realisiert, s. dazu noch 3. Teil § 2 VI.



dürfte eine Rechtfertigung ausgeschlossen sein.<sup>28</sup> Denkbar wäre zwar, dass Körperverletzungen durch § 34 StGB gerechtfertigt sein könnten, dies dürfte allerdings regelmäßig wegen des von der Vorschrift vorausgesetzten wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses über das beeinträchtigte Interesse nicht gegeben sein.

### III. Zusammenfassende Stellungnahme

Aufgrund der vorhergehenden Überlegungen sollte eine Strafbarkeit wegen typischer Begleitstraftaten des Whistleblowings, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, unter folgenden Bedingungen ausgeschlossen sein: (1) Der Unrechtsgehalt der Vorbereitungshandlung geht nicht über den der jeweiligen strafrechtlichen Schweigepflichtverletzung hinaus, das ist etwa regelmäßig bei Eigentumseingriffen der Fall (§§ 123, 242, 303 StGB), (2) die angestrebte Offenbarung der Informationen ist legal, etwa weil sie wegen des Gewichtes der aufgedeckten Missstände schon keinen Straftatbestand erfüllt oder jedenfalls gerechtfertigt ist, (3) die Vorbereitungshandlung ist notwendig, d. h. geeignet und erforderlich, um die Offenbarung zu ermöglichen, (4) mit der Beschaffungshandlung muss zumindest auch bezweckt werden, die Missstände später offenbaren zu können, was stets der Fall ist, wenn die Person mit entsprechender Absicht handelt, aber auch dann, wenn ein dahingehender Rechtfertigungsvorsatz vorliegt.

Dagegen kann zunächst eingewendet werden, dass nicht jede an sich strafbare Handlung, wenn sie notwendig ist, um eine andere strafrechtlich erlaubte Handlung durchzuführen, auch gerechtfertigt sein sollte. Wer beispielsweise, um seine Flucht aus einem Gefängnis zu ermöglichen, Gitterstäbe durchtrennt und Wachpersonal verletzt, macht sich wegen Sachbeschädigung und Körperverletzung strafbar, auch wenn die Flucht selbst nicht mit Strafe bedroht wird (vgl. § 120 StGB). Der Grund für die Straffreiheit ist das Selbstbegünstigungsprinzip, durch welches das natürliche Streben des Menschen nach Freiheit respektiert wird.<sup>29</sup> Gebilligt oder erwünscht ist die Flucht aber keineswegs und kann andere negative rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Der Geflohene könnte wahrscheinlich nicht mehr mit einer Aussetzung des Strafrests nach § 57 StGB rechnen.

---

<sup>28</sup> Die Tötung eines Menschen wäre wegen des Dogmas von der Unabwägbarkeit menschlichen Lebens nicht durch Notstand zu rechtfertigen. Notwehr käme nur bei einem Angriff auf Individualrechtsgüter in Betracht, denn nur sie sind notwehrfähig, so jedenfalls die h. M., z. B. *Perron/Eisele*, in: *Sch/Sch* § 32 Rn. 8. Dabei müsste sich die Verteidigungshandlung aber gegen diejenige Person richten, die die Individualrechtsgüter angreift. Die individualrechtsverletzenden Missstände, die der Whistleblower aufdecken will, werden aber typischerweise nicht durch das Wachpersonal begangen, weshalb Notwehr gegen es ausscheidet.

<sup>29</sup> *Ostendorf*, in: *NK* § 120 Rn. 9, 1.

Beim Whistleblowing ist die Situation eine grundlegend andere. Die Legalität des Whistleblowings wird *erstens* nicht nur durch eine das Individuum privilegierende rechtsstaatliche Geste, das Selbstbegünstigungsprivileg, sondern durch Informationsinteressen der Allgemeinheit begründet, denen bei der Kollision mit entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen der Vorrang eingeräumt wird. Es handelt sich daher um ein erwünschtes, der Allgemeinheit dienendes Verhalten, das auch keine anderen negativen rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen sollte. *Zweitens* wurde die „Notlage“ beim Gefangenenausbruch vom Täter selbst verursacht, weil er wegen einer von ihm begangenen Straftat eingesperrt wurde. Beim Whistleblowing hingegen wird die „Notlage“ nicht vom Whistleblower, sondern durch Personen verursacht, die sich fehlverhalten bzw. die für bestimmte Missstände verantwortlich sind.<sup>30</sup> Wenn Whistleblowing als der Allgemeinheit dienliches Verhalten rechtlich gebilligt wird, dann wäre es, *drittens*, inkonsequent, wenn das sich seiner Natur nach regelmäßig in mehreren Akten vollziehende Verhalten bezüglich der vorbereitenden Handlungen strafbar sein sollte. Man würde gewissermaßen auf halber Strecke stehen bleiben, wenn im Verhältnis zur Offenbarung eher marginale Vorbereitungshandlungen weiterhin strafrechtlich sanktioniert würden. Das rechtspolitische Ziel, Sanktionsfreiheit für bestimmte Whistleblowing-Taten herzustellen, würde verfehlt. Eine „Lizenz“ zum missbräuchlichen Beschaffen von Informationen ist hiermit nicht verbunden, da die Informationen Missstände betreffen müssen, die eine spätere Offenbarung erlauben.<sup>31</sup>

In ähnlicher Weise, wie es hier vorgeschlagen wird, hat die Rechtsprechung zu Gunsten von Tierschützern eine Rechtfertigung aus § 32 StGB bzw. aus § 34 StGB angenommen.<sup>32</sup> Die Aktivisten waren in einen Schweinemastbetrieb eingedrungen, um zunächst Verstöße gegen Vorschriften des Tierschutzrechts audiovisuell zu dokumentieren und diese Informationen alsdann an die Behörden weiterzugeben. Es ging ihnen darum, letztlich eine Abstellung der Missstände zu erreichen. Dennoch wurden sie wegen § 123 Abs. 1 StGB angeklagt. Die Gerichte sprachen sie allerdings wegen Notwehrhilfe zu Gunsten der Tiere bzw. Notstandshilfe zu Gunsten des Allgemeinrechtsguts Tierschutz<sup>33</sup> frei und

---

<sup>30</sup> Auf diesen Gedanken wird noch i. R. d. Defensivnotstands näher eingegangen, 3. Teil § 2 IV.

<sup>31</sup> Sofern die Person irrtümlich hiervon ausgeht, kommen die allgemeinen Irrtumsregeln zur Anwendung.

<sup>32</sup> AG Haldensleben, Urt. v. 26.9.2016 – 3 Cs 224/15; LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (173); OLG Naumburg, NJW 2018, 2064 (2065).

<sup>33</sup> Das ergibt sich aus dem Staatsschutzziel des Art. 20a GG sowie den verletzten Vorschriften im TierSchG und in der TierSchNutzV. Das LG Magdeburg, a. a. O., bejahte zunächst auch Notwehrhilfe gem. § 32 StGB, da ein Tier als ein „anderer“ i. S. d. Vorschrift anzusehen sei; die anderen beiden mit dem Fall befassten Gerichte nahmen Notstandshilfe bzgl. des Tierschutzes und nicht auch ein Nothilferecht bzgl. der individuellen Tiere an.

hielten das Eindringen in die Mast damit für geeignet und erforderlich, um einen Angriff auf die Tiere bzw. eine Gefahr für den Tierschutz abzuwenden, auch wenn dies erst durch die spätere Anzeige bei der Behörde und die hierauf ergriffenen behördlichen Maßnahmen erfolgen sollte.

Gegen eine Rechtfertigung könnte schließlich noch eingewendet werden, dass Whistleblower sich mit dieser Argumentation sogar mit Notwehrmitteln gewaltsam gegen Personen wehren könnten, die sie an der Informationsbeschaffung hindern wollen – wobei es sich hierbei wiederum eher um ein Gedankenspiel als um eine empirisch naheliegende Situation handelt. Wenn etwa das unbefugte Eindringen in geschützte Informationssphären und das unbefugte Kopieren oder Entwenden von Dokumenten bzw. Datenträgern aus einem Betrieb nach dem hier vorgeschlagenen Modell rechtmäßig wäre, dann dürften andere Beschäftigte des Unternehmens den Whistleblower prinzipiell nicht daran hindern. Würde ein anderer Mitarbeiter gleichwohl versuchen, dem Whistleblower die Dokumente gewaltsam abzunehmen, könnte sich dieser hiergegen wehren. Er müsste aber die sozialetischen Schranken des Notwehrrechts beachten, nach denen drastische Verteidigungshandlungen wie die Tötung eines Angreifers in den hier besprochenen Fällen nicht „geboten“ und deshalb weiterhin rechtswidrig wären. Weiterhin muss ein Whistleblower, wenn er heimlich vorgeht, damit rechnen, dass die Rechtmäßigkeit seines Handelns für Außenstehende nicht unmittelbar erkennbar ist. Entsprechende Irrtümer anderer Personen wird er deshalb regelmäßig einkalkulieren müssen. Schreiten sie gewaltsam gegen ihn ein, muss er sich, soweit möglich, dem Ansatz des Drei-Stufen-Modells entsprechend, zunächst defensiv verhalten.

## § 10 Vorrangregeln bei Normenkollisionen

Wenn eine Person durch eine Norm verpflichtet ist, ein Geheimnis zu wahren, es ihr aber zugleich durch eine andere Norm erlaubt oder vorgeschrieben ist, das Geheimnis zu offenbaren, kollidiert die geheimnisschützende Norm mit der entgegengesetzten, die Offenbarung erlaubenden bzw. gebietenden Norm. Die Normen kollidieren, weil ihnen nicht gleichzeitig gefolgt werden kann: Eine Person kann ein Geheimnis nicht geheim halten und es zugleich offenbaren. Bei solchen Kollisionen fragt sich, welche der widerstreitenden Normen den Vorrang genießt.<sup>1</sup>

Auf den ersten Blick scheinen Erlaubnisnormen entgegenstehenden Verbotsnormen stets vorzugehen, denn sonst erschiene es sinnlos, sie als „Erlaubnis“ zu bezeichnen. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis von Rechtfertigungsgründen und Straftatbeständen. Bei binnenstrafrechtlichen Pflichtenkollisionen von Verbots- und Gebotsnormen gelten allerdings andere Kollisionsregeln. Für sie ist das Vorrangverhältnis nach der Art und Wichtigkeit der einen im Verhältnis zu der anderen Pflicht zu bestimmen, wobei bezüglich des Whistleblowings strafrechtliche Anzeigepflichten in aller Regel entgegenstehenden strafbewehrten Schweigepflichten vorgehen.

Da Whistleblowing ein rechtlich weit verzweigtes Phänomen ist, bei dem Wertungen verschiedener Rechtsgebiete ineinandergreifen, stellt sich außerdem die Frage, inwieweit das Strafrecht eventuell von außerstrafrechtlichen Wertungen abhängt. Wegen des Ultima-ratio-Prinzips des Strafrechts gehen – wie noch näher zu zeigen sein wird – andere rechtliche Offenbarungsrechte und Offenbarungspflichten stets vor. Aus demselben Grund sind die strafrechtlichen Schweigepflichten gegenüber denen des Arbeits- und Beamtenrechts akzessorisch, sofern sie sich auf denselben Geheimnisgegenstand beziehen.

---

<sup>1</sup> Für jedes der im Folgenden untersuchten Kollisionsverhältnisse lässt sich mittels abstrakter Sätze angeben, welche Norm der anderen vorgeht. Diese Sätze werden hier als Vorrangregeln oder Kollisionsregeln bezeichnet. Der Begriff der Kollisionsregel wird hier in einem allgemeineren Sinn verwendet als bei *Hruschka*, FS Dreher, 189 (194), der darunter allein „Metaregeln“ versteht, derer es bei sog. extrasystematischen Rechtfertigungsgründen bedürfe, etwa der rechtfertigenden Pflichtenkollision, ebd. S. 192 f. In diesem allgemeineren Sinn werden auch Ausdrücke, wie „Kollisionsnorm“ (*Hoyer*, in: SK vor §§ 32 ff. Rn. 18) oder „Rechtsanwendungsregel“ (*Paeffgen*, in: NK vor §§ 32 ff. Rn. 49) verwendet.

Denkbar sind auch Kollisionen mit Normen, die sich nicht aus dem Rechtssystem, sondern aus anderen normativen Ordnungen, etwa aus der Moral oder einer bestimmten Ethik ergeben.<sup>2</sup> Gerade Whistleblowing wird oft als Gewissenskonflikt beschrieben und retrospektiv von weiten Teilen der Gesellschaft als ethisch richtig affirmiert. Außerrechtliche Erlaubnis- oder Gebotsnormen, wie eine moralische Pflicht zum Whistleblowing, können aus Gründen der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung, der Rechtssicherheit und -klarheit entgegenstehenden Rechtsnormen zwar nicht vorgehen, allerdings können sie insbesondere mittels Grundrechtsinterpretation und Gesetzgebung selbst in den Stand einer Rechtsnorm erhoben werden.

Schließlich ist denkbar, dass strafrechtliche Erlaubnisnormen mit Schweigepflichten anderer Rechtsgebiete kollidieren. Nach der hier vertretenen und noch näher dargestellten Ansicht rechtfertigt die strafrechtliche Offenbarungsbefugnis die Geheimnisverletzung im gesamten Recht, sodass nicht nur eine Strafe, sondern z. B. auch arbeitsrechtliche bzw. beamtenrechtliche Sanktionen ausgeschlossen sind.

## I. Innerstrafrechtliche Normenkollisionen

Ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund, der die Offenbarung eines Geheimnisses erlaubt (etwa § 34 StGB), geht der entgegengerichteten Verbotsnorm eines geheimnisschützenden Straftatbestands (etwa §§ 94, 203, 353b StGB) evident vor. Dasselbe gilt prinzipiell, wenn eine strafbewehrte Offenbarungspflicht mit einer straftatbestandlichen Schweigepflicht kollidiert, wobei dabei die Dogmatik zur Pflichtenkollision maßgeblich ist.

### 1. Offenbarungsbefugnisse

Liegen die Voraussetzungen einer strafrechtlichen Offenbarungsbefugnis vor, geht der Erlaubnissatz als Formulierung einer Ausnahme zu der strafrechtlichen Geheimhaltungspflicht notwendig vor.<sup>3</sup> Dieser Vorrang ergibt sich zu-

---

<sup>2</sup> *Hruschka*, FS Larenz, 257 (259), Möglichkeit einer Koinzidenz von Pflichten verschiedener Systeme.

<sup>3</sup> Der Straftatbestand stellt „die positivierte Verbots- oder Gebotsmaterie [dar], der iS einer Normenkollision ein erlaubender Satz („Rechtfertigungsgrund“) gegenübertritt.“ Sofern die Voraussetzungen der Erlaubnisnorm vorliegen, lautet die „Konkurrenzregel (Rechtsanwendungsregel): der Erlaubnissatz geht vor.“ *Paeffgen*, in: NK vor § 32 Rn. 49 m. w. N. Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen geht hingegen davon aus, dass „volles Unrecht neben dem der unrechtsbegründenden (positiven) Tatbestandsmerkmale das Fehlen der Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe als ‚negative Tatbestandsmerkmale‘“ erfordere, *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 11 m. w. N. Es entsteht also schon gar kein

meist schon aus dem Wortlaut der Rechtfertigungsgründe. So handelt etwa gemäß §§ 32, 34 StGB „nicht rechtswidrig“, wer die Voraussetzungen dieser Rechtfertigungsgründe erfüllt.<sup>4</sup> Zudem können Erlaubnistatbestände im materiellen Strafrecht nur so verstanden werden, dass sie die Strafbarkeit ausschließen und damit der strafatbestandlichen Verhaltensnorm vorgehen. Es wäre sinnlos, Erlaubnistatbestände im materiellen Strafrecht zu formulieren, wenn sie den entgegenstehenden Verboten (oder Geboten) nicht vorgehen würden.

## 2. Pflichtenkollisionen

Ist eine Person bezüglich bestimmter Informationen nicht nur berechtigt, sondern durch eine strafrechtliche Gebotsnorm sogar verpflichtet, ein Geheimnis aufzudecken (etwa gemäß § 138 StGB), können beide Pflichten unmöglich zugleich erfüllt werden, weshalb entschieden werden muss, welche der beiden Pflichten der anderen vorgeht. Im Gegensatz zur Lage bei den strafrechtlichen Erlaubnistatbeständen ergibt sich ein Vorrang der Anzeigepflicht gegenüber der Geheimhaltungspflicht nicht ohne Weiteres aus dem Wortlaut der Pflichten und auch nicht aus der Gesetzessystematik. Im Folgenden wird jedoch gezeigt, dass die strafrechtliche Anzeigepflicht der entgegenstehenden strafbewehrten Geheimhaltungspflicht zwar nicht notwendig, aber in aller Regel vorgeht.

### a) Strafrechtliche Offenbarungspflichten

Wer strafrechtlich verpflichtet ist, Missstände in einem Unternehmen oder einer Behörde aufzudecken und diese Pflicht nicht erfüllt, macht sich wegen „unterlassenen Whistleblowings“<sup>5</sup> strafbar. So wären etwa Beschäftigte eines Unternehmens<sup>6</sup> gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 StGB verpflichtet, einen bevor-

---

Normenkonflikt, weshalb es eigentlich keiner Kollisionsregel bedarf. Allerdings wird mit der Entscheidung, die Rechtfertigungsgründe negativ in den Tatbestand einzubetten, die o. g. Vorrangregel („der Erlaubnissatz geht stets vor“) antizipiert.

<sup>4</sup> Da die Rechtfertigungsgründe bereits selbst erschöpfend angäben, „unter welchen Voraussetzungen eine prima facie verbotene Handlung nicht mehr verboten ist“, wird teilweise betont, dass überhaupt kein Bedarf für eine gesonderte Kollisionsregel bestehe, *Renzikowski*, FS Hruschka, 643 (665).

<sup>5</sup> *Rotsch/M. Wagner*, in: *Criminal Compliance*, § 34 C. Rn. 58.

<sup>6</sup> In persönlicher Hinsicht sind allein „Geistliche“ gemäß § 139 Abs. 2 StGB von der Anzeigepflicht ausgenommen, wenn ihnen die Informationen in ihrer Eigenschaft als Seelsorger anvertraut wurden. D. h. ein Pastor würde sich nicht strafbar machen, wenn er es unterließe, einen geplanten Völkermord anzuzeigen, der ihm im Beichtstuhl anvertraut wurde. Rational begründen lässt sich dieses sakrale Privileg nicht. Niemand ist staatlicherseits gezwungen, sich einem Beichtvater anzuvertrauen, weshalb die Zwangslage, die eines der zentralen Argumente zur Geheimhaltung „illegaler“ Geheimnisse i. R. d. § 203 StGB bildet (s. § 8 II.), nicht besteht. Siehe auch *Kisker*, Die Nichtanzeige geplanter Straftaten, S. 205 f.,

stehenden Totschlag anzuzeigen, wenn das Unternehmen unbefugt lebensgefährliche Produkte vertreibt und die Verantwortlichen dabei mit Tötungsvorsatz handeln.<sup>7</sup> Die Pflicht, gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 5 Fall 1 StGB einen bevorstehenden Mord anzuzeigen, bestünde, wenn Beschäftigte eines Unternehmens erführen, dass ein missliebiger Mitarbeiter, wie z. B. ein renitenter Betriebsrat, ermordet werden soll. Verantwortliche bei Mercedes-Benz Argentina sollen etwa während der argentinischen Militärdiktatur 17 Betriebsaktivisten und Mitarbeiter des Unternehmens an den Geheimdienst ausgeliefert haben, von denen höchstwahrscheinlich 14 getötet und von Flugzeugen aus über dem Meer abgeworfen wurden.<sup>8</sup> Auch wären Beschäftigte der Fédération Internationale de Football Association (Fifa) nach § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB zur Anzeige verpflichtet, wenn sie erführen, dass auf katarischen Baustellen, auf denen Stadien für die Fußballweltmeisterschaft 2022 errichtet werden, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft oder Menschenhandel betrieben wird.<sup>9</sup>

Eine Strafbarkeit wegen unterlassenen Whistleblowings kann sich auch aufgrund unechter Unterlassungsdelikte ergeben.<sup>10</sup> Beschäftigte eines Unternehmens können etwa verpflichtet sein, Verstöße gegen das Umweltstrafrecht anzuzeigen. So sollen sich etwa Wasserbeauftragte gemäß §§ 324, 13 Abs. 1 StGB strafbar machen können, wenn sie eine Gewässerverunreinigung nicht anzeigen.<sup>11</sup> Wegen des Unterlassens einer Anzeige könnten sich auch Immissionsschutzbeauftragte gemäß § 325 StGB und Abfallbeauftragte nach § 326 StGB strafbar machen.<sup>12</sup> Zudem kann sich aus §§ 223, 13 Abs. 1 StGB eine Pflicht zur Anzeige bestimmter Informationen ergeben, um eine bevorstehende Körperverletzung abzuwenden. Im Medizinstrafrecht wird etwa vertreten, ein Arzt sei verpflichtet, einen Patienten über eine gefährliche übertragbare Krankheit eines anderen Patienten aufzuklären, wenn die Gefahr einer Ansteckung besteht.<sup>13</sup> Weiterhin können strafprozessuale Offenbarungspflichten, etwa die

---

die Regelung sei „nicht nachvollziehbar“; der Schutz des Lebens gehe dem der Religionsfreiheit vor; § 139 Abs. 2 StGB sei deshalb zu streichen. Nach § 139 Abs. 3 S. 1 StGB kann eine Strafbarkeit ausnahmsweise ausgeschlossen sein, wenn sich die anzeigepflichtige Person ernsthaft bemüht, den Täter von der Tat abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden.

<sup>7</sup> *Rotsch/M. Wagner*, a. a. O.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Staas*, *Die Zeit* v. 10.1.2013, S. 16; anders wird der Fall vom Völkerrechtler Christian Tomuschat eingeschätzt, *Deckstein*, *SZ* v. 19.5.2010.

<sup>9</sup> Vgl. den Bericht von Amnesty International, *The ugly side of the beautiful game*.

<sup>10</sup> Siehe dazu bereits *Rotsch/M. Wagner*, in: *Criminal Compliance*, § 34 C. Rn. 58.

<sup>11</sup> *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 294.

<sup>12</sup> *Ebd.*

<sup>13</sup> So bereits *RGSt* 38, 62 (63): Eine Patientin des Arztes war an Syphilis erkrankt. Sie pflegte eine sexuelle Beziehung zu einem anderen Patienten des Arztes, der im selben Haus wie die Patientin wohnte. Der Arzt warnte ihn (genauer: seine Mutter) vor weiteren sexuellen Kontakten mit der Patientin, um eine Ansteckung zu verhindern. Das Gericht meinte, der Arzt sei einerseits gemäß § 300 RStGB (heute: § 203 StGB) gegenüber der Patientin zur

grundsätzlich bestehende Pflicht von Zeugen und Sachverständigen im Strafprozess auszusagen, §§ 48 Abs. 1 S. 2, 72 StPO, das Aufdecken von Misständen gebieten.<sup>14</sup>

### b) Vorrangrelationen

Die strafrechtlichen Anzeigepflichten werden im Kontext der geheimnisschützenden Straftatbestände oft ohne nähere Erläuterung als genuine Rechtfertigungsgründe eingestuft.<sup>15</sup> Danach würden die Anzeigepflichten den Geheimhaltungspflichten notwendig vorgehen, denn es gelte die Vorrangregel: Der Erlaubnissatz geht stets vor (s. o.). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wobei es für die Vorrangrelationen bei kollidierenden Pflichten aber auf die dogmatischen Regeln zur Pflichtenkollision ankommt.

Eine Pflichtenkollision liegt vor, wenn zwei Pflichten so aufeinandertreffen, dass die adressierte Person zwar eine der beiden Pflichten erfüllen kann, hierbei aber notwendig die andere Pflicht verletzen würde und deshalb unmöglich beide Pflichten erfüllen kann.<sup>16</sup> Dabei sind drei Kollisionslagen denkbar, in denen eine derartige Situation vorliegt: Es können (1) Handlungspflichten oder

---

Geheimhaltung verpflichtet, er könne aber zugleich verpflichtet sein, den Patienten zu warnen und sich bei Unterlassung wegen einer fahrlässigen Körperverletzung strafbar machen. Für eine Anzeigepflicht auch: *Eberbach*, JR 1986, 230 (233); *Laufs/Laufs*, NJW 1987, 2257 (2265); *Timm*, Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, S. 72. – Eine breit geführte Diskussion dieser Fälle setzte mit der Entdeckung des HI-Virus im Jahr 1983 ein und wurde durch die Entscheidung OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 8.7.1999 – 8 U 67/99 = NStZ 2001, 150 f., neu entfacht: Der Arzt eines an AIDS erkrankten Patienten sei nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet dessen Lebenspartnerin, die ebenfalls Patientin dieses Arztes war, über die Erkrankung zu informieren. Es bestand zwar keine ausdrücklich gesetzlich geregelte Anzeigepflicht (vgl. heute §§ 6–8 IfSG), das Gericht nahm aber an, eine Anzeigepflicht ergebe sich aus der Garantenstellung des Arztes gegenüber der Patientin, ebd. S. 151; zust. *Bender*, VersR 2000, 320 (323); *Katzenmeier*, Arztrecht, 7. Aufl., IX. Rn. 29 (S. 313); *Neumann*, FS Roxin 2001, 421 (427); *Schlund*, JR 2000, 375 (376 f.); *Spickhoff*, NJW 2000, 848 f.; *Vogels*, MDR 1999, 1444 (1445). Differenzierend: *Deutsch*, VersR 2001, 1471 (1474); *Zieschang*, in: LK § 34 Rn. 104. Gegen eine Anzeigepflicht: *Bruns*, MDR 1987, 353 (356 f.); *Engländer*, MedR 2001, 143 (144); *Parzeller/Bratzke*, DÄBl. 37/2000, A 2364 ff.; *Roxin/Greco*, AT I § 16 Rn. 116; *Viktas*, Grenzen ärztlicher Schweigepflicht, S. 155; *Wolfslast*, NStZ 2001, 150 (152) m. w. N.

<sup>14</sup> Teilweise wird vertreten, „ein Verhalten, das materiell rechtswidrig ist“ (eine Geheimnisverletzung), könne „wegen der Einheit der Rechtsordnung nicht Gegenstand einer prozessualen Pflicht sein“; *Lenckner*, NJW 1965, 321 (323). Dann wären allerdings die Zeugnisverweigerungsrechte (§ 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 2–3 StPO) für Berufsheimnisträger, die nach § 203 Abs. 1 StGB zur Geheimhaltung verpflichtet sind, überflüssig.

<sup>15</sup> So etwa *Cierniak/Niehaus*, in: MK § 203 Rn. 96 ff.; *Lenckner/Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 43 ff.

<sup>16</sup> Vgl. etwa *Hruschka*, FS Dreher, 189 (193); *Joerden*, Logik im Recht, S. 55. Vorausgesetzt ist dabei, dass die Erfüllung der einen oder der anderen Pflicht möglich ist. Es liegt



(2) Handlungs- und Unterlassungspflichten oder (3) Unterlassungspflichten miteinander kollidieren.<sup>17</sup> Sofern sich die gesetzlichen Pflichten nicht schon von vornherein logisch widersprechen,<sup>18</sup> genießt in der situationsbedingten Kollisionslage die Pflicht den Vorrang, die normativ betrachtet als die wichtigere erscheint.<sup>19</sup> Hierbei kann der Strafraum des jeweiligen Deliktes einen wesentlichen Anhaltspunkt bieten, denn der Gesetzgebung kann unterstellt werden, dass sie die Strafe „direkt proportional“ zur Wichtigkeit der jeweiligen Pflicht geregelt hat.<sup>20</sup>

Sind die kollidierenden Pflichten gleichwertig, greift die „subsidiäre Kollisionsregel“ ein, nach der die verpflichtete Person wählen kann, welche Pflicht sie erfüllt.<sup>21</sup> Dieses Wahlrecht soll aber nicht gelten, wenn eine Unterlassungspflicht mit einer Handlungspflicht kollidiert.<sup>22</sup> In einer solchen Situation, trete die Handlungspflicht grundsätzlich hinter die Unterlassungspflicht zurück.<sup>23</sup> Da Anzeigepflichten (etwa § 138 Abs. 1 StGB) Handlungspflichten und Schweigepflichten (etwa § 203 Abs. 1 StGB) Unterlassungspflichten sind, würde nach

---

keine Pflichtenkollision vor, wenn die Erfüllung einer der beiden Pflichten von vornherein unmöglich ist. Denkbar ist auch, dass mehr als zwei Pflichten derart aufeinandertreffen.

<sup>17</sup> *Hruschka*, FS Larenz, 257 (260), wobei eine Kollision nur von Unterlassungspflichten selten, wenn überhaupt möglich ist, vgl. ebd. S. 261 f.

<sup>18</sup> Das wäre der Fall, wenn sich die pflichtbegründenden Normen von vornherein, ohne Berücksichtigung des konkreten Sachverhalts, widersprechen, *Hruschka*, FS Dreher, 189 (193), *ders.*, FS Larenz, 257 (282 f.); *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, S. 106. Genauer, wenn „es von vornherein keinen einzigen Fall gibt, in dem es möglich ist,“ beide Vorschriften zu befolgen, ebd. S. 101. Dann ist der Normwiderspruch schon durch den Satz *lex specialis derogat legi generali* aufzulösen, ebd. S. 107. Die strafbewehrten Schweige- und Anzeigepflichten stehen allerdings nicht im logischen Verhältnis der gegengerichteten Subordination, sondern der Interferenz zueinander, da sich ihre Regelungsbereiche jeweils nur teilweise überschneiden. Es sind etwa einige Fälle denkbar, in denen zwar eine Anzeigepflicht, z. B. nach § 138 StGB oder §§ 258, 13 StGB, aber keine Geheimhaltungspflicht besteht.

<sup>19</sup> *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, S. 87; *ders.*, Logik im Recht, S. 57; oder gegenüber der „schwächeren“ Pflicht die „stärkere“ ist, *Hruschka*, FS Dreher, 189 (195); *ders.*, FS Larenz, 257 (276).; so bereits *Wolff*, *Philosophia practica universalis*, § 213.

<sup>20</sup> *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, S. 88.

<sup>21</sup> *Hruschka*, FS Larenz, 257 (277); *ders.*, FS Dreher, 189 (195); *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, S. 91; *ders.*, Logik im Recht, S. 58; so bereits *Wolff*, *Philosophia practica universalis*, § 214.

<sup>22</sup> *Hruschka*, FS Larenz, 257 (277); *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 120 m. w. N.; so bereits *Wolff*, *Philosophia practica universalis*, § 210.

<sup>23</sup> Diese speziellere Regel lässt sich aus der fakultativen Strafmilderung in § 13 Abs. 2 StGB ableiten, denn offenbar wird die Verletzung einer sich aus § 13 Abs. 1 StGB ergebenden Handlungspflicht als „nicht so schwerwiegend“ eingeschätzt, „wie die Verletzung der korrespondierenden Unterlassungspflicht“, *Joerden*, Dyadische Fallsysteme im Strafrecht, S. 89 f.; *ders.*, Logik im Recht, S. 60.

dieser Grundregel das Schweigegebot vorgehen. Allerdings soll eine Handlungspflicht einer Unterlassungspflicht ausnahmsweise vorzuziehen sein, wenn sich die Handlungspflicht im Rahmen der Interessenabwägung des § 34 S. 1 StGB als (wesentlich) wichtiger erweist als die Unterlassungspflicht und die weiteren Rechtfertigungsvoraussetzungen vorliegen.<sup>24</sup>

Das Erfordernis eines wesentlichen Überwiegens beruht auf der besonderen Situation des *Aggressivnotstands*, die darin besteht, dass gegen die Interessen einer unbeteiligten Person, d. h. einer Person, die die Gefahr nicht verursacht hat, zur Abwendung der Gefahr eingeschritten wird. Beim Whistleblowing ist der Geheimnisträger jedoch nicht unbeteiligt, sondern regelmäßig entstammen die Missstände seinem Verantwortungsbereich.<sup>25</sup> Die Anzeigepflicht entsteht also erst durch sein bzw. das ihm zurechenbare Verhalten seiner Beschäftigten, das zu den Missständen geführt hat. Dies entspricht der Situation des *Defensivnotstands*, in der nicht gegen eine unbeteiligte Person, sondern gegen die Rechtsgüter einer Person eingeschritten wird, von der die Gefahr ausgeht bzw. der die Gefahrentstehung zuzurechnen ist. Die Interessenabwägungsformel richtet sich beim Defensivnotstand nach § 228 BGB und geht bereits dann zu Gunsten des gefährdeten bzw. geschützten Interesses aus, wenn dieses nicht wesentlich weniger wert ist als das Interesse, in das eingegriffen wird.<sup>26</sup> Kollidiert eine Anzeigepflicht mit einer Schweigepflicht in einer Defensivnotstandssituation setzt sich die Schweigepflicht danach nur durch, wenn sie wesentlich wichtiger ist als die Anzeigepflicht bzw. letztere wesentlich unwichtiger ist als die Geheimhaltungspflicht. In den anderen Fällen, d. h., wenn die Anzeigepflicht unwesentlich unwichtiger, gleichwichtig, wichtiger oder wesentlich wichtiger ist, geht sie vor. Dies wird in aller Regel der Fall sein.

### c) Anwendung auf das Geheimnisschutzstrafrecht

Das Interesse, dass schwere geplante Straftaten zum Zweck des Opferschutzes angezeigt werden (§ 138 StGB), das Interesse an der Strafverfolgung und Strafvollstreckung (§§ 258, 13 Abs. 1 StGB) oder auch das Interesse an der körperlichen Unversehrtheit (§§ 229, 13 Abs. 1 StGB bzw. §§ 223, 13 Abs. 1 StGB) sind in aller Regel nicht wesentlich weniger wert als die entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen. Vielmehr werden diese Interessen entgegenstehende Geheimhaltungsinteressen regelmäßig sogar wesentlich überwiegen.

---

<sup>24</sup> Allgemein etwa *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 120 m. w. N. Skeptisch ggü. einer Auflösung mittels Interessenabwägung, *Hruschka*, FS Larenz, 257 (280). Spezifisch zum Geheimnisschutz, *Schünemann*, in: LK § 203 Rn. 120 Fn. 207.

<sup>25</sup> Vgl. bereits *Stree*, JZ 1963, 527 (531); ausdrücklich wohl erstmals *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1113), s. dazu noch genauer 3. Teil § 2 IV. 1.

<sup>26</sup> Zu dem Streit, ob § 228 BGB analog oder direkt oder § 34 StGB mit modifizierter Interessenabwägungsformel anzuwenden oder die Defensivnotstandssituation zumindest als ein Abwägungsfaktor zu berücksichtigen ist, s. noch 3. Teil § 2 IV. 1.

Die Pflicht zur Anzeige schwerer geplanter Straftaten gemäß § 138 StGB ist daher in aller Regel als die wesentlich wichtigere Pflicht zu bewerten, denn es geht darum, schwere Rechtsgutsverletzungen für Leib, Leben oder Freiheit abzuwenden.<sup>27</sup> Ein bloß wirtschaftliches Geheimhaltungsinteresse wäre im Verhältnis dazu jedenfalls als marginal und unwichtig zu bewerten. Auch in dem oben geschilderten Fall einer ärztlichen Warnpflicht wird die Verschwiegenheitspflicht durch die Anzeigepflicht verdrängt,<sup>28</sup> denn das Leben eines gesunden Patienten ist wesentlich höherwertig als das Geheimhaltungsinteresse des erkrankten Patienten.<sup>29</sup> Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass in anderen Fällen einer Verletzung von § 203 StGB das Geheimhaltungsinteresse wegen seines Menschenwürdebezugs als wesentlich wichtiger zu werten ist und damit die Schweigepflicht vorgeht. Auch bei der unbefugten Offenbarung von Staatsgeheimnissen erscheint es angesichts der in den §§ 94 ff. StGB vorgesehenen Höchststrafen möglich, dass die Geheimhaltungspflicht als wesentlich wichtiger bewertet wird.

## II. Kollisionen mit außerstrafrechtlichen Rechtsnormen

Den strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten gehen Anzeigerechte und -pflichten aus dem sonstigen Recht wegen des *Ultima-ratio-Prinzips* stets vor.<sup>30</sup>

### 1. Vorrangregel aufgrund des *Ultima-ratio-Prinzips*

Rechtfertigungsgründe können sich nicht nur aus dem Strafrecht, sondern auch aus anderen Rechtsgebieten ergeben. Nach dem Gedanken der Einheit der

---

<sup>27</sup> Theoretisch denkbar ist auch, dass durch die Offenbarung Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit hervorgerufen werden. Wenn etwa durch die Anzeige ein Totschlag oder mehrere Tötungen verhindert werden würden, aber durch die Offenbarung ein Totschlag an einer anderen Person bedingt würde, könnte die Anzeigepflicht nach dem Dogma von der Unwägbarkeit menschlichen Lebens nicht als wesentlich wichtiger angesehen werden. Eine Gefahr für Leib und Leben wurde etwa bei der Veröffentlichung des sog. Afghan War Diary behauptet: Die von Chelsea Manning gesammelten durch WikiLeaks veröffentlichten Dokumente zum Afghanistan Krieg hätten Leib und Leben afghanischer Informanten und US-amerikanischer Soldaten gefährdet. Ob solche Gefährdungen tatsächlich eingetreten sind oder sich sogar verwirklicht haben, ist allerdings nie bewiesen worden. Das Pentagon war nicht gewillt, diese Behauptung auf eine Anfrage des Senate Armed Services Committee (dem Ausschuss zur parlamentarischen Kontrolle des US-Verteidigungsministeriums) zu wiederholen, *Benkler*, Harv. L. & Pol'y Rev. 2014, 281 (294).

<sup>28</sup> OLG Frankfurt, NStZ 2001, 150 (151).

<sup>29</sup> Ebd.

<sup>30</sup> Siehe bereits *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (106 f.).

Rechtsordnung ist die Rechtsordnung ein System,<sup>31</sup> das den Gesetzen der Logik unterworfen ist, unter anderem dem Satz des ausgeschlossenen Widerspruchs. Widersprüche im Rechtssystem sind danach eigentlich unzulässig, zumindest aber so weit wie möglich zu vermeiden,<sup>32</sup> weshalb ein Verhalten prinzipiell nicht durch die Norm eines Rechtsgebiets als rechtswidrig und zugleich durch die Norm eines anderen Rechtsgebiets als rechtmäßig bewertet werden kann. Es wäre „höchst widersprüchlich“, wenn zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Erlaubnisnormen nicht auch ein straftatbestandsmäßiges Verhalten rechtfertigen würden.<sup>33</sup>

Der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung oder der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung besagt jedoch allein, dass im konkreten Fall nicht verlangt werden kann, beide Normen zu befolgen,<sup>34</sup> d. h. entweder die Strafnorm der außerstrafrechtlichen Erlaubnisnorm vorgeht oder die Vorrangrelation umgekehrt bestimmt ist. Deshalb bedarf es eines weiteren Grundes, um den allgemeinen Vorrang der außerstrafrechtlichen Erlaubnisnorm zu erklären.<sup>35</sup> Diesen bildet das in Rechtsprechung und Lehre anerkannte *Ultima-ratio-Prinzip*.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Siehe z. B. *Hruschka*, FS Dreher, 189 (190).

<sup>32</sup> *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 67 f.

<sup>33</sup> *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 21; s. auch *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 27; *Roxin/Greco*, AT I § 14 Rn. 32, „unerträglicher Wertungswiderspruch“; *Schlehofer*, in: MK vor § 32 Rn. 124; a. A. etwa *Hoyer*, in: SK vor § 32 Rn. 7 f.

<sup>34</sup> Die Begriffe werden hier synonym verwendet, da für das Problem der Pflichtenkollision bloß der Aspekt der Widerspruchsfreiheit von Belang ist. Teilweise wird der Begriff der Einheit der Rechtsordnung als Oberbegriff verstanden, der auch „die äußere Geschlossenheit und/oder die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung“ umfasse, *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, S. 23 m. w. N.

<sup>35</sup> Vgl. *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, S. 65 Rn. 183. In Art. 14 Schw-StGB ist diese Vorrangrelation deklaratorisch geregelt: „Wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, verhält sich rechtmässig, auch wenn die Tat nach diesem oder einem anderen Gesetz mit Strafe bedroht ist.“

<sup>36</sup> Eingehend dazu, *Höffner*, Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers, S. 77 ff. Rechtshistorisch lässt es sich auf eine Forderung Cesare Beccarias (1738–1794) zurückführen, die mit Art. 8 der französischen Erklärung der Menschenrechte vom 26. August 1789 positiviert wurde, ebd., S. 77.

Das BVerfG leitet es aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ab.<sup>37</sup> Davon geht auch das strafrechtliche Schrifttum teilweise aus<sup>38</sup> und führt es damit ebenfalls auf das Rechtsstaatsprinzip zurück.<sup>39</sup> Eine andere Ansicht leitet es demgegenüber aus dem Subsidiaritätsprinzip her.<sup>40</sup> Jede Strafnorm enthalte ein durch die Verurteilung konkretisiertes „sozial-ethisches Unwerturteil“ des pönalisierten Verhaltens. Dadurch werde der in der Menschenwürde wurzelnde „Wert- und Achtungsanspruch des Verurteilten“ berührt.<sup>41</sup> Wegen „seines am stärksten eingreifenden Charakters“ sei das Strafrecht „nicht das primäre Mittel rechtlichen Schutzes“, sondern es werde nur als: „ultima ratio [...]“ eingesetzt, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist.<sup>42</sup>

---

<sup>37</sup> Erstmals in BVerfGE 39, 1 (47). In dieser Entscheidung erklärte es ein Gesetz für verfassungswidrig, das die Strafbarkeit wegen Schwangerschaftsabbruchs einschränken sollte. Das Gericht meinte, der Gesetzgeber könne verpflichtet sein, das werdende Leben strafrechtlich zu schützen: „Im äußersten Falle, wenn nämlich der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise zu erreichen ist, kann der Gesetzgeber verpflichtet sein, zum Schutze des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen. Die Strafnorm stellt gewissermaßen die ‚ultima ratio‘ im Instrumentarium des Gesetzgebers dar.“ Das Ultima-ratio-Prinzip fungiert hier als *Untermaßverbot*, um eine entkriminalisierende Strafvorschrift für verfassungswidrig zu erklären. Da das BVerfG bisher keine Strafvorschrift wegen des Ultima-ratio-Prinzips in seiner Funktion als *Übermaßverbot* für verfassungswidrig erklärt hat, wird kritisiert, dass sich die Verfassungsrechtsprechung in einer reinen „Leerformel“ erschöpfe, *Höffner*, a. a. O., S. 100.

<sup>38</sup> Es wird daher auch als strafrechtliche Ausprägung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bezeichnet, *Jakobs*, AT Abschn. 2 Rn. 27; hieran anschließend *Prittwitz*, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 387 (397 f.); *M. Wagner*, a. a. O., S. 66. Teilweise wird auch die Strafwürdigkeit bzw. Strafbedürftigkeit als Anknüpfungspunkt des Prinzips gewählt, Nachweise bei *Höffner*, a. a. O., S. 104.

<sup>39</sup> *Grzeszick*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 20 VII. Rn. 109.

<sup>40</sup> Eingehend zum Subsidiaritätsprinzip, *Höffner*, a. a. O., S. 118 ff. Die Idee des Subsidiaritätsprinzips lässt sich bis zu Aristoteles zurückverfolgen (S. 119). Heute wird es z. T. aus dem GG abgeleitet (S. 130 f.). Allerdings hat sich der Vorschlag, das Prinzip ausdrücklich in das GG aufzunehmen, im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee nicht durchgesetzt (S. 128 f.). Inwiefern es im Strafrecht Wirkung entfaltet, ist umstritten. Dafür insb. *Arthur Kaufmann*, FS Henkel, 89 (102): „Unter der Herrschaft des Subsidiaritätsprinzips darf das Strafrecht ‚nur dort eingesetzt‘ werden, ‚wo es zum Schutze der Gesellschaft unbedingt notwendig ist‘, d. h. einzig zum Schutz derjenigen Rechtsgüter, die für das Leben der Menschen im Mitsein mit den anderen unentbehrlich sind und die auf andere Weise als durch das Strafrecht nicht wirksam geschützt werden können.“

<sup>41</sup> BVerfGE 96, 245 (249).

<sup>42</sup> BVerfGE 88, 203 (258). Ganz ähnlich *Arthur Kaufmann*, FS Henkel, 89 (102). Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird das Ultima-ratio-Prinzip beim Merkmal der Erforderlichkeit verortet, Nachweise bei *Höffner*, a. a. O., S. 102. Die Strafe als schärfster staatlicher Eingriff darf nur eingesetzt werden, wenn der durch das Strafgesetz bezweckte Schutz nicht schon durch staatliche Maßnahmen geringerer Intensität gleich gut erreicht werden kann.

Ein Verhalten, das durch einen Teil der Rechtsordnung als rechtmäßig bewertet wird, kann mangels eines schutzwürdigen (Opfer-)Interesses nicht zugleich für grob sozialwidrig erklärt und inkriminiert werden.<sup>43</sup> Vielmehr ist eine strafrechtliche Sanktion erst recht ausgeschlossen, wenn etwa bereits eine (mildere) arbeitsrechtliche Sanktion ausgeschlossen ist.<sup>44</sup> Folglich kann ein Verhalten nicht bestraft werden, wenn es die Voraussetzungen einer außerstrafrechtlichen Rechtsnorm erfüllt, die das Verhalten erlaubt oder sogar gebietet.

Das Ultima-ratio-Prinzip bindet nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die Rechtsprechung,<sup>45</sup> denn die Verurteilung, durch die das sozial-ethische Unwerturteil der Strafnorm konkretisiert wird, ist in besonderer Weise an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden.<sup>46</sup> Demnach werden auch die Strafgerichte durch die Rechtsanwendungsregel adressiert, nach der außerstrafrechtliche Erlaubnis- und Gebotsnormen entgegenstehenden strafrechtlichen Verbots- oder Gebotsnormen stets vorgehen.

Die Offenbarung geheimer Informationen kann wegen des Ultima-ratio-Prinzips folglich nicht bestraft werden, wenn die Offenbarung durch eine außerstrafrechtliche Rechtsnorm erlaubt oder sogar geboten ist.<sup>47</sup> Wenn etwa eine arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht besteht, die durch ein arbeitsrechtliches Anzeigerecht durchbrochen wird (z. B. § 17 Abs. 2 S. 1 ArbSchG), dann kann auch keine strafrechtliche Pflicht bestehen, die Missstände geheim zu halten, bzw. die Offenbarung der Missstände ist zumindest auch strafrechtlich gerechtfertigt.

---

<sup>43</sup> *Rönau*, in: vor § 32 Rn. 21; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 27a. Umgekehrt kann ein Verhalten, das strafrechtlich nicht verboten bzw. geboten ist, durch eine außerstrafrechtliche Norm verboten bzw. geboten sein, ebd.

<sup>44</sup> Ähnl. *Kreis*, Whistleblowing, S. 62; a. A. wohl *Sieber*, NJW 2008, 881 (884), allerdings ohne genauere Ausführungen zu dieser Annahme.

<sup>45</sup> *Prittwitz*, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 387 (393); zur Reichweite des Prinzips auf der Rechtsanwendungsebene *M. Wagner*, Die Akzessorität des Wirtschaftsstrafrechts, S. 67 ff.; a. A. *Lüderssen*, FS Schroeder, 569 (574).

<sup>46</sup> BVerfGE 96, 245 (249).

<sup>47</sup> Das Argument der Einheit der Rechtsordnung und der Ultima-ratio-Funktion der Strafrechtsordnung hat im Kontext des Whistleblowings bereits *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (119) angeführt. – Man könnte einwenden, dass sich im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine privatrechtliche Sanktion wie eine arbeitsrechtliche Kündigung überhaupt nicht mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips mit einer staatlichen Strafe in Relation setzen lässt. Dieser Einwand würde allerdings fehlgehen. Privatrechtliche Sanktionsnormen, die dem Schutz privater Geheimnisse dienen, setzen ein schützenswertes Interesse der Geheimnisträger voraus. Fehlt ein solches, besteht kein Grund, die Offenbarung strafrechtlich zu sanktionieren.

Diese Regel gilt allgemein, ist aber teilweise auch deklaratorisch, etwa in § 3 Abs. 2 GeschGehG geregelt.<sup>48</sup> Danach darf ein Geschäftsgeheimnis „erlangt, genutzt oder offengelegt werden, wenn dies durch Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft gestattet ist.“ Eine Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG scheidet in diesen Fällen aus.

Außerstrafrechtliche Offenbarungspflichten gehen den strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten aus demselben Grund stets vor, weil, was (gesetzlich) geboten ist, stets auch (relativ) erlaubt (d. h. nicht verboten) ist.<sup>49</sup> Beispielsweise ist die Offenbarung von Informationen nicht strafbar, wenn dadurch die Pflicht erfüllt wird, einen Informationsanspruch etwa nach dem IFG oder ein Auskunftsrecht zu befriedigen.

## 2. Auslegungsregel aufgrund des Ultima-ratio-Prinzips

Weiterhin können die Gerichte auch verpflichtet sein, Strafnormen subsidiär *in dubio pro libertate* auszulegen.<sup>50</sup> Wenn etwa ein Verhalten durch eine außerstrafrechtliche Norm, die das jeweilige Verhalten betrifft, nicht verboten, aber auch nicht ausdrücklich erlaubt ist, was bei generalklauselartigen Formulierungen der Fall sein kann, und die das Verhalten betreffende Strafnorm entweder so ausgelegt werden kann, dass eine Strafbarkeit bezüglich dieses Verhaltens begründet oder ausgeschlossen wird, dann ist die Auslegung zu wählen, nach der die Strafbarkeit ausgeschlossen ist.<sup>51</sup>

Wenn sich etwa die aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitete Verschwiegenheitspflicht nicht auf „illegale“ Geheimnisse erstreckt, dann ist auch die korrespondierende strafrechtliche Geheimhaltungspflicht aus § 23 GeschGehG dahingehend

<sup>48</sup> Entsprechendes war in § 186a Nr. 1 StGB-E1962 vorgesehen: „Die Tat [Verletzung von Privatgeheimnissen] ist nicht [...] strafbar, soweit der Täter das Geheimnis [...] Zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht offenbart“. Dazu heißt es wie hier im AE-StGB BT II, S. 45: Dieser „Grundsatz ist als solcher selbstverständlich und braucht im Gesetz nicht besonders ausgesprochen zu werden.“

<sup>49</sup> Es ist daher nicht – wie bei der strafrechtlichen Pflichtenkollision – zu ermitteln, ob die Handlungs- der Unterlassungspflicht ausnahmsweise vorgeht; a. A. wohl *Schünemann*, in: LK § 203 Rn. 120.

<sup>50</sup> *M. Wagner*, Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts, S. 67 ff., 71, 275. So schon *Prittwitz*, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, S. 387 (393). In den Fällen der subsidiären Auslegung liegt allerdings keine Normenkollision vor, da die strafrechtliche Geheimhaltungspflicht nicht mit der außerstrafrechtlichen Geheimhaltungspflicht kollidiert, sondern erstere restriktiv im Lichte der letzteren ausgelegt wird.

<sup>51</sup> Diese beiden Rechtsanwendungsregeln (Vorrang außerstrafrechtlicher, aber rechtlicher Erlaubnis- und Gebotsnormen sowie entsprechende subsidiäre Auslegung von Strafnormen) gelten jedenfalls, wenn keine andere vorrangige Kollisionsregel eingreift, etwa der Satz *lex superior derogat legi inferiori*, *M. Wagner*, a. a. O., S. 68, 275. Zudem kann sich der Vorrang einer der Normen aus den Sätzen *lex specialis derogat legi generali* und *lex posterior derogat legi priori* ergeben, ebd. S. 69 f., von denen wiederum nach wohl überwiegender Meinung grds. der Spezialitätssatz Vorrang genießen soll, Nachweise ebd. S. 70.

auszulegen, dass der Straftatbestand keine „illegalen“ Geschäftsgeheimnisse schützt. Damit sind die strafrechtlichen Verschwiegenheitspflichten zu einem nicht unerheblichen Teil akzessorisch zu außerstrafrechtlichen Verschwiegenheitspflichten, etwa der arbeitsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht.<sup>52</sup>

### III. Kollision mit überpositiven Erlaubnis- bzw. Gebotssätzen

Schließlich können strafrechtliche Geheimhaltungspflichten mit außerrechtlichen Normen kollidieren, wenn diese die Offenbarung erlauben oder gebieten.<sup>53</sup> Bezüge zu außerrechtlichen Wertmaßstäben werden im Kontext des Whistleblowings deutlich, wenn die Offenbarung von Geheimnissen im gesellschaftlichen Diskurs als „richtiges“ Verhalten affirmiert wird. Viele halten Whistleblowing unabhängig von einer rechtlichen Bewertung für legitim und einige nehmen sogar eine moralische oder ethische Pflicht zum Whistleblowing an.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Hiergegen wird eingewendet, die Subsidiarität des Strafrechts beziehe sich nur auf die Gesetzgebung und nicht auch auf die Auslegung bei der Rechtsanwendung, jedenfalls dann nicht, wenn die außerstrafrechtliche Vorschrift dem Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht entspricht, *Lüderssen*, FS Schroeder, 569 (574 f.). Dann müsste die Täterperson jedoch zunächst ermitteln, ob die außerstrafrechtliche Norm hinreichend bestimmt ist und daher gegenüber der kollidierenden Strafnorm den Vorrang genießt, was die Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit erschweren würde, *M. Wagner*, a. a. O., S. 71. Zudem wird bei der akzessorischen Interpretation anhand der außerstrafrechtlichen Vorschrift keine Strafbarkeit begründet (das würde eine unzulässige Analogie darstellen), sondern die Täterperson entlastet. Für derartige Vorschriften gilt das Bestimmtheitsgebot nach h. M. nur eingeschränkt, *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 25 m. w. N. Weiterhin wird eine *subsidiäre* Auslegung problematisiert, wenn sie den strafrechtlichen Schutz privater Rechtsgüter verkürzt, *Arzt*, Kriminalistik 1981, 117 (118); *Jakobs*, AT Abschn. 2 Rn. 27 f. Dieser Einwand steht der spezielleren *akzessorischen* Auslegung allerdings nicht entgegen, weil eine mildere außerstrafrechtliche Maßnahme nicht vorgesehen bzw. ausgeschlossen ist.

<sup>53</sup> Hierbei sind ausschließlich Kollisionen gemeint, in denen nur eine außerrechtliche und nicht auch eine rechtliche Erlaubnis- oder Gebotsnorm besteht, denn sonst kommen bereits die bisher entwickelten Vorrangregeln zur Anwendung. – Zu solchen Situationen, *End*, Existentielle Handlungen im Strafrecht. Etwa die Entscheidung des Sokrates, sein ungerechtes Todesurteil wegen Gottlosigkeit und Verderbens der Jugend zu akzeptieren und nicht zu fliehen, oder die Entscheidung Abrahams, das göttliche Gebot, seinen Sohn zu töten, über das Tötungsverbot und seine familiären Pflichten zu stellen, oder die Geschichte der Antigone, die ihren Bruder Polyneikes entgegen der Anordnung Kreons und damit entgegen den Gesetzen der Polis bestattet, ebd. S. 6.

<sup>54</sup> So etwa *Bok*, *Secrets*, S. 219: „Certain outrages are so blatant, and certain dangers so great, that all who are in a position to warn of them have a prima facie obligation to do so.“; *Corvino*, *J. Bus. Ethics* 41 (2002), 179 (184), für eine Pflicht zum Whistleblowing ggü. der Gesellschaft bzw. Öffentlichkeit; *Duska*, in: *Ethical Theory and Business*, S. 299 (302); vgl. auch *De George*, in: *Business Ethics*, S. 320 (327 f.); *Vandekerckhove/Commers*, *J. Bus.*



In der strafrechtlichen Literatur zur Pflichtenkollision wird angenommen, dass eine strafrechtliche auch mit einer moralischen Pflicht „kollidieren“ kann, wobei die Rechtspflicht gegenüber der moralischen Handlungspflicht stets vorgehe.<sup>55</sup> Tatsächlich scheint es mit der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung unvereinbar, wenn ein Akt der Selbstgesetzgebung einem Strafgesetz vorgehen würde. Ein Freispruch auf Grundlage einer außerrechtlichen Norm, würde die Legislativentscheidung dazu, was strafwürdig ist, konterkarieren. Noch dazu würden Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gefährdet, wenn das positive Recht bei seiner Anwendung durch außerrechtliche Normen verdrängt werden könnte. Deshalb wird eine rechtliche Schweigepflicht durch eine konfligierende moralische Anzeigepflicht im System des Rechts nicht suspendiert.<sup>56</sup> Für diese Vorrangrelation spricht schließlich die Schwierigkeit, wenn nicht Unmöglichkeit, eine universelle moralische Ordnung zu begründen, gerade weil sich eine pluralistische Gesellschaft durch mannigfaltige und divergierende moralische bzw. ethische Vorstellungen auszeichnet.<sup>57</sup>

Und dennoch ist anerkannt, dass eine außerrechtliche Norm zu einem Strafbarkeitsausschluss führen kann. Zwar soll der jeweilige strafrechtliche Imperativ nicht tatbestandlich oder auf Rechtswidrigkeitsebene verdrängt werden können, doch zumindest kann die Schuld, also die persönliche Vorwerfbarkeit entfallen.<sup>58</sup> Dies liegt nahe, wenn man sich von normativen Ordnungsbegriffen, die universelle Geltung beanspruchen, wie Moral und Ethik, tendenziell distanzieren und auf stärker individuell geprägte Begriffe wie Gewissen, Weltanschauungen, religiöse Überzeugungen etc. rekurriert, die nur subjektive Geltung beanspruchen, denn letztere entstehen durch individuelle Prägung, etwa

---

Ethics 53 (2004), 225 (230). *Delmas*, A Duty to Resist, S. 98, leitet eine Pflicht zum Whistleblowing aus einer übergeordneten Pflicht zur Gerechtigkeit („duty of justice“) ab. Sie entstehe, wenn Missstände oder Regierungsprogramme verheimlicht würden, von denen die Öffentlichkeit wissen solle, wobei grds. zunächst versucht werden müsse, Missstände auf legalem Weg intern anzuzeigen, *Hahn*, Yearbook for Eastern and Western Philosophy 2016, 318 (326).

<sup>55</sup> Siehe etwa *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 121 m. w. N; anders OLG München, Beschl. v. 26.4.1956 – Ws 208/56 = MDR 1956, 565 m. w. N., eine Offenbarung von Patientengeheimnissen durch einen Arzt erfolge nicht unbefugt, „wenn sie zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach allgemeinen Sittlichkeitsempfinden berechtigten Zweck erfolgt und wenn das bedrohte Rechtsgut überwiegt“, zust. Anm. *Mittelbach*, MDR 1956, 566.

<sup>56</sup> Einmal abgesehen von Analogien zu Gunsten des Angeklagten und *praeter legem* entwickelten Rechtfertigungsgründen, dazu noch sogleich im Haupttext.

<sup>57</sup> Vgl. etwa *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 68 f.

<sup>58</sup> Auf „Überzeugungstäter“ und Gewissensfreiheit wird noch i. R. d. zivilen Ungehorsams eingegangen, 3. Teil § 4. Für eine entschuldigende Wirkung der Gewissensfreiheit etwa *Roxin/Greco*, AT I § 22 Rn. 122 ff. Anders hingegen, nämlich für eine Rechtfertigung, *Frisch*, GA 2006, 273 (277), entweder über § 34 StGB oder als eigenständiger Rechtfertigungsgrund; *Günther*, FS Spandel, 189 (193 f. mit Fn. 20; 200).

durch Erziehung, Herkunft, Gruppen- und Milieuzugehörigkeiten, genetische Dispositionen etc. Eine derart minimale Konstruktion greift allerdings doch zu kurz, denn in einigen Situationen des Whistleblowings wird man nicht nur sagen können, dass es *für das Subjekt* richtig war, das Geheimnis aufzudecken, sondern dass die Offenlegung auch von sehr vielen anderen für richtig gehalten wird, gerade wenn sie als Dienst an der Allgemeinheit erscheint.

Es gibt weiterhin Gründe, die den Satz des absoluten Vorrangs der Rechtsnorm vor der außerrechtlichen Norm zumindest *prima facie* wanken lassen. *Erstens* verlangt das positive Recht selbst an einigen Stellen, aus überpositiven normativen Quellen zu schöpfen.<sup>59</sup> Außerrechtliche Wertungen lassen sich dort allerdings nicht scherenschnittartig mit den rechtlichen kontrastieren, sondern verschwimmen ineinander. Beispielsweise ist die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses nach § 5 Nr. 2 GeschGehG erlaubt, wenn damit ein sonstiges Fehlverhalten aufgedeckt wird, worunter die Gesetzgebung etwa ein „unethisches Verhalten“ versteht.<sup>60</sup> Zudem wird in § 228 StGB und § 138 BGB, auf die „guten Sitten“ Bezug genommen und das Menschenrecht der Meinungsfreiheit kann gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK „zum Schutz [...] der Moral“ eingeschränkt werden. Das Gewissen und religiöse Überzeugungen werden ausdrücklich durch Art. 4 GG als „unverletzlich“ geschützt. Schließlich kommt ein über das positive Recht hinausgehender Rechtsbegriff in der Bindung der Exekutive und Judikative an „Gesetz und Recht“ (Art. 20 Abs. 3 GG) zum Ausdruck.

*Zweitens* kann aufgrund überpositiver Erwägungen eine Rechtsnorm, auch eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht, mittels der Radbruchschen Formel als unerträglich ungerecht und damit für ungültig erklärt werden.<sup>61</sup> Die Rechtsprechung hat diese Formel bereits mehrfach angewendet.<sup>62</sup>

Überwiegend anerkannt ist, *drittens*, dass Rechtfertigungsgründe auch *praeter legem* durch Gerichte entwickelt und angewendet werden können.<sup>63</sup> Das sei möglich, weil für Regeln, die den Täter entlasten, nicht so strenge Anforderungen wie für strafbegründende Regeln gelten.<sup>64</sup> In Situationen, in denen die Entwicklung des positiven Rechts hinter den Vorstellungen, was zu tun erlaubt

<sup>59</sup> Vgl. auch *Fletcher*, *Columbia Law Review* 87 (1987), 533 (556, 558).

<sup>60</sup> BT-Drs. 19/4724, S. 29.

<sup>61</sup> *Radbruch*, *SJZ* 1946, 105 (107), s. dazu noch 2. Teil § 1. III. 3. a).

<sup>62</sup> BGHZ 3, 94 (107); BVerfGE 23, 98 (98, 106); s. zudem bereits 3, 225 (232); 3, 58 (119); BGHSt 39, 1 (15 f.); 39, 168 (183 f.); 41, 101 (110 f.).

<sup>63</sup> Siehe etwa *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 25, 28, z. B. wurde schon vor Inkrafttreten des § 34 StGB im Jahr 1975 der „übergesetzliche“ rechtfertigende Notstand angewendet.

<sup>64</sup> Ebd. Rn. 25. Wenngleich ein solches Vorgehen mit Hinblick auf den Satz *nulla poena sine lege* nicht völlig unproblematisch ist. Denn wer Rechtfertigungsgründe begründet oder erweitert, schränkt zugleich die Möglichkeiten ein, sich gegen das legalisierte Verhalten rechtfertigend zur Wehr zu setzen. Zumindest mittelbar kann sich dieses Vorgehen daher für

bzw. was nicht strafwürdig ist, hinterherhinkt, können Rechtfertigungsgründe auch von außerrechtlichen normativen Gründen ausgehend entwickelt und angewendet werden. Rechtsmethodisch sind hierbei insbesondere die Grund- und Menschenrechte wesentlich, die den außerrechtlichen mit dem rechtlichen Raum verbinden bzw. ermöglichen, die außerrechtlich aktualisierten Wertvorstellungen bei der Rechtsanwendung einzubeziehen.<sup>65</sup> Auf diesem Weg kann eine außerrechtliche Erlaubnisnorm in den Stand einer rechtlichen Norm erhoben werden. Whistleblowing kann etwa als legitimer ziviler Ungehorsam bewertet werden, der mittels grundrechtlicher Wertungen ein an sich strafbares Verhalten zu rechtfertigen vermag.<sup>66</sup>

Letztlich wird der Satz vom absoluten Vorrang der Rechtsnorm vor der außerrechtlichen Norm aber nur auf den ersten Blick ins Wanken gebracht, weil der Erlaubnissatz im Fall der Vorschriften, die ausdrücklich auf außerrechtliche Wertmaßstäbe Bezug nehmen, bereits ein rechtlicher ist oder im Fall der Rechtfertigungsgründe *praeter legem* durch seine Anwendung zu einem rechtlichen wird. Mit der Radbruchschen Formel wird die Gerechtigkeit der Rechtsicherheit schon auf der Ebene der Normgeltung vorgezogen. Eine Normenkollision, bei der sich die Frage nach einer Vorrangrelation stellen würde, tritt daher nicht ein. In den anderen beiden Beispielen gelten die für Rechtsnormen bereits dargestellten Vorrangregeln. Der Vorrang einer außerrechtlichen Norm im Recht lässt sich demnach nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar, indem sie selbst verrechtlicht wird, begründen. Die an das Recht herangetragenen außerrechtlichen Wertungen sind allerdings wesentlich, um Widersprüche zwischen dem geltenden Recht und aktualisierten Wertvorstellungen aufzuzeigen. Sie streiten dafür, Gesetze anders auszulegen oder Sachverhalte neu zu regeln. Denn auch wenn die rechtliche Sanktionierung eines moralisch gebotenen Verhaltens nicht ausgeschlossen sein mag, erscheint sie zumindest fragwürdig.<sup>67</sup>

---

Personen, die sich gegen das ursprünglich strafrechtswidrige Verhalten wehren, als strafbegünstigend darstellen. Dieses Problem besteht nicht, wenn ein Verhalten nur entschuldigt wird, weil es dann weiterhin als rechtswidrig gilt.

<sup>65</sup> Vgl. zum Verhältnis von Moral und Grundrechten, *Sandkühler*, Recht und Staat nach menschlichem Maß, S. 221. – Der grundrechtliche Schutz geht dann nach dem Satz *lex superior derogat legi inferiori* den entgegenstehenden strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten vor. Siehe auch *Günther*, FS Spindel, 189 (193 f.); *Frisch*, GA 2006, 273 (277 f.); *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 60, nach denen eine Strafbarkeit ausgeschlossen ist, wenn das Verhalten grundrechtlich erlaubt ist.

<sup>66</sup> Zum zivilen Ungehorsam s. noch eingehend 3. Teil § 4.

<sup>67</sup> Vgl. *Fletcher*, Columbia Law Review 87 (1987), 533.

#### IV. Kollisionen außerstrafrechtlicher Geheimhaltungspflichten mit strafrechtlichen Erlaubnis- oder Gebotsnormen

Weiterhin können außerstrafrechtliche Geheimhaltungspflichten<sup>68</sup> mit strafrechtlichen Gebots- oder Erlaubnisnormen kollidieren, die eine Offenbarung erlauben oder sogar gebieten. Dabei verhält sich unstrittig auch im sonstigen Recht rechtmäßig, wer ein strafrechtliches Gebot erfüllt. Insbesondere gehen die strafbewehrten Handlungspflichten der Unterlassungsdelikte kollidierenden außerstrafrechtlichen Rechtsnormen vor.<sup>69</sup> Wer etwa strafrechtlich verpflichtet ist, ein Geheimnis zu offenbaren (z. B. nach § 138 StGB), kann demnach für die Erfüllung dieses Gebotes weder arbeits- noch disziplinarrechtlich sanktioniert werden.

Umstritten ist aber, ob strafrechtliche Erlaubnisnormen, also Rechtfertigungsgründe, ihre Wirkung auch in anderen Teilen der Rechtsordnung entfalten. Nach überwiegend vertretener Ansicht gilt in der gesamten Rechtsordnung ein einheitlicher Rechtswidrigkeitsbegriff, weshalb die Möglichkeit „gespaltenen Rechtswidrigkeitsurteile“ verneint wird.<sup>70</sup> Denn das Recht ist als System auf größtmögliche Widerspruchsfreiheit ausgerichtet.<sup>71</sup> Rechtswidrigkeit lässt sich im Gegensatz zum Unrecht nicht quantifizieren.<sup>72</sup> Deshalb kann ein Verhalten prinzipiell nicht als rechtmäßig und zugleich als rechtswidrig bewertet werden.<sup>73</sup> Ist eine Handlung oder Unterlassung strafrechtlich gerechtfertigt,

---

<sup>68</sup> Gemeint sind hier nur rechtliche, nicht auch außerrechtliche Geheimhaltungspflichten.

<sup>69</sup> Siehe etwa *Günther*, FS Spedel, 189 (193). Im Arbeitsrecht wird ein interner Abhilferversuch für unzumutbar gehalten, wenn der Arbeitnehmer sonst eine strafbewehrte Anzeigepflicht verletzen würde, s. etwa BAG, NZA 2004, 427; *Reichold*, in: Mü Hdb ArbR § 54 Rn. 41, 146.

<sup>70</sup> Siehe etwa *H. A. Fischer*, Rechtswidrigkeit, S. 115; *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, S. 57 f.; *Jakobs*, AT Abschn. 11 Rn. 4 ff.; *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, 371 ff.; *M. Wagner*, Die Akzessorität des Wirtschaftsstrafrechts, S. 45 ff.; *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 26 a. E. m. w. N. in Rn. 23 Fn. 48; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 27b. Siehe auch BVerfGE 88, 203 (273): „Wenn das Strafrecht einen Rechtfertigungsgrund vorsieht, muß das im allgemeinen Rechtsbewußtsein so verstanden werden, als sei das im Rechtfertigungsstatbestand bezeichnete Verhalten erlaubt“; dann aber etwas einschränkend: „Die Durchschlagskraft, die einem strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund für die gesamte Rechtsordnung jedenfalls dann zukommt, wenn es sich um den Schutz elementarer Rechtsgüter handelt, schließt es aus, ihn in seinen Wirkungen allein auf das Strafrecht zu beschränken“. Ob diese „Durchschlagskraft“ nur für elementare Rechtsgüter gelten soll oder das BVerfG diese Formulierung wählte, um seine Entscheidung auf den Entscheidungsgegenstand (§ 218 StGB) zu beschränken, ist unklar.

<sup>71</sup> Vgl. etwa *Hruschka*, FS Dreher, 189 (193 f.).

<sup>72</sup> Siehe etwa *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 27 m. w. N.

<sup>73</sup> Siehe z. B. *M. Wagner*, Die Akzessorität des Wirtschaftsstrafrechts, S. 45 f.; *Rönnau*, in: LK vor § 32 ff. Rn. 23.

dann gilt dies auch für das sonstige Recht, jedenfalls wenn das Rechtswidrigkeitsurteil dasselbe Rechtsgut und denselben Rechtsgutsträger betrifft.<sup>74</sup> Wer etwa in strafatbestandlicher Weise Geheimhaltungsinteressen verletzt, aber strafrechtlich gerechtfertigt ist, handelt bezüglich derselben Interessen auch im sonstigen Recht gerechtfertigt, weshalb zugleich arbeits- oder beamtenrechtliche Sanktionen ausgeschlossen sind.<sup>75</sup>

Nach der Gegenauffassung schließt ein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund nur die *Strafrechtswidrigkeit*, aber nicht zwingend auch die Rechtswidrigkeit in anderen Rechtsgebieten aus.<sup>76</sup> Wenn ein Verhalten nicht strafbar sei, komme damit nur zum Ausdruck, dass es nicht als strafwürdig angesehen werde. Daraus könne aber nicht gefolgert werden, dass es auch in der übrigen Rechtsordnung als rechtmäßig zu bewerten sei.<sup>77</sup> Für die strafrechtliche Unrechtsbegründung sei die allgemeine Rechtswidrigkeit des Verhaltens nicht ausreichend, sondern das Verhalten müsse darüber hinaus strafwürdig sein.<sup>78</sup> Demzufolge sei das strafrechtliche Unrecht bereits dann ausgeschlossen, wenn die Strafwürdigkeit des Verhaltens durch einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund verneint wird, und nicht erst, wenn es rechtmäßig im Sinne der Gesamtrechtsordnung ist.<sup>79</sup> Daher könne die Strafrechtswidrigkeit eines Verhaltens durch „negative Strafwürdigkeitsfaktoren“ ausgeschlossen sein und

---

<sup>74</sup> Diese Präzisierung ist nötig, weil ein Verhalten in folgenden Konstellationen eine rechtmäßige und eine rechtswidrige Seite haben kann: (1) Eine durch einen Schlag verursachte Körperverletzung kann etwa durch Notwehr gerechtfertigt sein, während ein durch dieselbe Handlung verwirklichter Totschlag ggf. nicht erforderlich und deshalb nicht gerechtfertigt ist. (2) Wer einem Angreifer eine Körperverletzung zufügt, um dessen Angriff abzuwehren, kann durch Notwehr gerechtfertigt sein, während bzgl. einer zugleich verletzen dritten und unbeteiligten Person kein Rechtfertigungsgrund eingreift (z. B. § 34 StGB). Den Gegenstand des Rechtswidrigkeitsurteils bilden also nicht nur das konkrete Verhalten ( $V_x$ ), sondern auch das dadurch beeinträchtigte Interesse bzw. Rechtsgut ( $I_x$ ) und die verletzte Person ( $P_x$ ). Vgl. bereits *Jakobs*, AT Abschn. 11 Rn. 6, unterschiedliche Rechtswidrigkeitsurteile seien nur möglich, wenn ihr „Bewertungsgegenstand oder [...] Kontext nicht identisch“ ist; *Rudolphi*, GS Armin Kaufmann, 371 (376), der „Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung“ gebiete allein, „daß ein bestimmtes Verhalten unter dem gleichen Aspekt für alle Rechtsgebiete gleich bewertet wird.“ Derselbe Gedanke kommt auch zum Ausdruck, wenn für die Wirkung strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe in anderen Rechtsbereichen vorausgesetzt wird, dass „das fragliche Verbot, auf welches sich der Erlaubnissatz bezieht, für die verschiedenen Teilbereiche des Rechts ein und dasselbe ist“ *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch §§ 32 ff. Rn. 27b.

<sup>75</sup> So zum Whistleblowing bereits *Beer*, DDB 1985, 99 (103).

<sup>76</sup> Grundlegend: *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß. Nach dieser Konzeption ist Notwehr gegen einen nur strafrechtlich gerechtfertigten Angriff möglich, ebd., S. 383.

<sup>77</sup> Das ergibt sich jedenfalls nicht aus dem Ultima-ratio-Prinzip des Strafrechts, *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 292.

<sup>78</sup> *Günther*, in: Rechtfertigung und Entschuldigung I, S. 363 (387, 390).

<sup>79</sup> Ebd. S. 387 f.

dasselbe Verhalten zugleich in anderen Teilen der Rechtsordnung als rechtswidrig bewertet werden.<sup>80</sup> Allerdings wird einschränkend für verschiedene Rechtfertigungsgründe, wie §§ 32, 34 StGB, angenommen, dass sie letztlich, wenn auch nicht durch unmittelbare Anwendung, die Rechtswidrigkeit in der gesamten Rechtsordnung ausschließen.<sup>81</sup> Während andere Rechtfertigungsgründe, wie der für das Whistleblowing relevante § 193 StGB, allein die Strafrechtswidrigkeit beseitigen.<sup>82</sup>

Doch auch diese Auffassung erkennt in der strafrechtlichen Rechtfertigung die „Aufforderung“, zu überlegen, „ob die Teleologik des eigenen Rechtsgebietes es erlaubt, die strafrechtliche Prädikatisierung zu parallelisieren“.<sup>83</sup> Eine Rechtfertigung auch für das Zivilrecht wird etwa befürwortet, wenn ein sonst „drohende[r] Wertungswiderspruch“ bestehe.<sup>84</sup>

Ein derartiger Wertungswiderspruch entsteht, wenn die Verletzung einer Verschwiegenheitspflicht arbeits- oder disziplinarrechtlich sanktioniert wird, obwohl ihre Verletzung strafrechtlich gerechtfertigt ist. Denn die strafrechtlichen und sonstigen Verschwiegenheitspflichten sind bezüglich des jeweiligen Geheimnisgegenstandes kongruent. Beispielsweise unterscheidet sich die arbeitsrechtliche Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB, ein bestimmtes Geschäftsgeheimnis geheim zu halten, nicht von der korrespondierenden strafbewehrten Schweigepflicht aus § 23 GeschGehG.<sup>85</sup> Entsprechendes gilt für das Beamtenrecht, denn die strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten (§§ 353b, 355 StGB)

---

<sup>80</sup> Ebd. S. 388. Selbst wenn man unterschiedliche Grade der Rechtswidrigkeit anerkennt, ist dieser Schluss jedoch nicht zwingend. Denn es lässt sich auch vertreten, dass ein Erlaubnistatbestand, der imstande ist, das schwerere strafrechtliche Unrecht auszuschließen, erst recht in der Lage sein muss z. B. die bloße Zivilrechtswidrigkeit auszuräumen.

<sup>81</sup> Günther, FS Spendel, 189 (194 f.), spricht von sog. „allgemeinen“ oder „unechten Strafunrechtsausschlussgründen“. Das ergebe sich etwa für §§ 32, 34 StGB aus der Gesetzgebungsgeschichte und folge aus dem Prinzip des überwiegenden Interesses, das dem Opfer eine Duldungspflicht auferlege, *ders.*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 303 ff. Trotzdem würden sie in anderen Rechtsgebieten nicht unmittelbar rechtfertigend wirken, da sie nur die ihnen zugrunde liegenden allgemeinen für die gesamte Rechtsordnung geltenden Rechtfertigungsgründe deklaratorisch wiederholten. Jedes Rechtsgebiet müsse selbst entscheiden, ob und wie es diese allgemeinen Rechtfertigungsgründe rezipiere, ebd. S. 372. So auch Hoyer, in: SK, vor § 32 Rn. 7; Paeffgen/Zabel, in: NK vor § 32 Rn. 41.

<sup>82</sup> Sog. „spezielle“ oder „echte Strafunrechtsausschlussgründe“, Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, S. 395; *ders.*, FS Spendel, 189 (192). Dazu zählt er auch die rechtfertigende Einwilligung und weitere tatbestandsspezifische Rechtfertigungsgründe (§§ 218a Abs. 2, 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 StGB, § 3 S. 2 ESchG), ebd. S. 194 ff.

<sup>83</sup> Paeffgen/Zabel, in: NK vor § 32 Rn. 41.

<sup>84</sup> Grothe, in: MK-BGB § 228 Rn. 2.

<sup>85</sup> Vgl. BAG, NZA 2014, 1258 (1260 Rn. 26), zu § 241 Abs. 2 BGB und § 17 UWG a. F. Zur arbeitsrechtlichen Pflicht, Geschäftsgeheimnisse zu wahren s. etwa BAG, NZA 1988, 502 (503); NJW 2004, 1547 (1548). Der bislang im Arbeitsrecht entwickelte Geschäftsgeheimnisbegriff „deckt sich weitgehend“ mit der Legaldefinition aus § 2 Nr. 1 GeschGehG,

und die beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten (§ 67 BBG, § 30 AO, § 37 BeamStG) unterscheiden sich bezüglich ein und desselben Geheimnisgegenstandes nicht.<sup>86</sup> Es lässt sich daher kein spezifisch strafwürdiges Unrecht von der Verletzung einer strafrechtlichen Verschwiegenheitspflicht abspalten, das allein durch einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund kompensiert werden würde. Der Unrechtsgehalt ist mit dem der Verletzung der arbeits- bzw. beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht identisch und reicht nicht über letztere hinaus. Es wäre daher wertungswidersprüchlich und deshalb auch nach der eben dargestellten Ansicht abzulehnen, die rechtfertigende Wirkung eines Erlaubnistatbestandes allein auf die Verletzung der strafrechtlichen, aber nicht auch einer anderen rechtlichen Schweigepflicht zu erstrecken.<sup>87</sup>

## V. Exkurs: Wahrnehmung von Offenbarungspflichten anderer Personen

In manchen Konstellationen kann eine Offenbarungspflicht einer Person, auch gegen ihren Willen von einer dritten Person „geschäftsführend“ analog zu § 679 S. 2 BGB wahrgenommen werden.<sup>88</sup> Das ist möglich, weil durch die Erfüllung der Pflicht ein Zustand herbeigeführt wird, zu dem das Recht die andere Person zwingt, auch gegen ihren Willen. Denkbar ist etwa, dass eine unternehmerische Anzeigepflicht gegenüber Behörden von Beschäftigten gegen den Willen der Unternehmensleitung wahrgenommen wird.<sup>89</sup> Demnach kann eine Anzeigepflicht nicht nur die pflichtadressierte Person *verpflichten*, sondern zugleich eine nicht verpflichtete Person zur Anzeige *berechtigen*. Dies gilt allerdings nicht für höchstpersönliche Pflichten und für solche Pflichten, die der

---

die wegen Art. 3 Abs. 1 GG inzwischen allein maßgeblich sein soll, *Preis*, in: *ErfK BGB* § 611a Rn. 711; vgl. bereits § 6 III.

<sup>86</sup> *Beer*, DDB 1985, 99 (101).

<sup>87</sup> Auch wer dies ablehnt, wird wohl kaum eine Kündigung für wirksam erachten, die mit einer (strafrechtlich gerechtfertigten) Verletzung der Verschwiegenheitspflicht begründet wurde, zumal bei der arbeitsrechtlichen Interessenabwägung auch zu berücksichtigen wäre, dass beim Whistleblowing regelmäßig eine Defensivnotstandssituation vorliegt, s. dazu noch 3. Teil § 2 IV. 1.

<sup>88</sup> Für Offenbarungsbefugnisse, d. h. Rechte, ist dies nur mit ihrem Willen oder in ihrem Interesse bzw. aufgrund einer rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Ermächtigung möglich. Ob eine Person etwa von einem Anzeigerecht Gebrauch macht, ist ihr überlassen.

<sup>89</sup> Bzgl. rein privater Informationsansprüche mag anderes gelten. *Wolters*, in: *GK-UWG* § 17 Rn. 65, meint etwa, bei einem Unternehmen beschäftigte Personen sollen wegen der Relativität der Schuldverhältnisse nicht befugt sein, zur Erfüllung eines Informationsanspruchs „über das Ob, Wie und Wann der Bekanntgabe“ von Geschäftsgeheimnissen zu entscheiden.

adressierten Person ein Ermessen einräumen, etwa bezüglich der Auswahl anzuzeigender Informationen.<sup>90</sup> Insbesondere soll eine Geschäftsführung für eine Behörde in der Regel nicht möglich sein, da ihr Entschließungs- und Auswahlermessen nicht durch Dritte, also nach der staatlichen Kompetenzordnung nicht zuständige Personen, ersetzt werden dürfe.<sup>91</sup> Weiterhin muss die Erfüllung der Pflicht in Anlehnung an § 679 BGB im öffentlichen Interesse liegen.<sup>92</sup> Das wird angenommen, „wenn durch die Nichterfüllung Belange der Allgemeinheit beeinträchtigt werden können oder die Gefahr einer solchen Beeinträchtigung“<sup>93</sup> drohe, etwa wenn mit einer Geschäftsführung Maßnahmen zur Gefahrenabwehr anstelle der polizeipflichtigen Person wahrgenommen werden.<sup>94</sup> In welchen Situationen ein öffentliches Interesse an der Offenbarung geheim gehaltener Informationen besteht, wird im nun folgenden 2. Teil eingehend untersucht.

---

<sup>90</sup> *Bergmann*, in: Staudinger § 679 Rn. 19. Im Übrigen erscheint die Erfüllung einer „fremden“ Pflicht als eine *vertretbare Handlung*, die durch einen Dritten vorgenommen werden kann, vgl. § 887 Abs. 1 ZPO.

<sup>91</sup> Ebd. Kein Ermessensspielraum besteht allerdings bei gebundenen Entscheidungen oder wenn ein solcher zwar an sich vorgesehen, jedoch auf Null reduziert ist. Bei Informationsansprüchen nach dem IFG steht der Behörde kein Entschließungsermessen, also bzgl. des „Ob“, sondern nur ein Auswahlermessen zu, d. h. bzgl. des „Wie“, *Schoch*, IFG § 1 Rn. 246. Lediglich der Ausnahmetatbestand des § 4 IFG sieht ein Ermessen vor.

<sup>92</sup> Es muss sich um eine Rechtspflicht handeln, moralische Pflichten sollen nach h. M. nicht ausreichen, da sie sonst den Rechtspflichten gleichgesetzt würden, *Bergmann*, in: Staudinger § 679 Rn. 16 m. w. N., auch zur Gegenauffassung, etwa RGZ 27, 331 (332).

<sup>93</sup> *Bergmann*, in: Staudinger § 679 Rn. 21. Weiter könne der Begriff des öffentlichen Interesses nicht konkretisiert werden. Damit wird der Begriff allerdings nicht oder kaum konkretisiert, da er schlicht durch die synonymen „Belange der Allgemeinheit“ ersetzt wird.

<sup>94</sup> Ebd. Rn. 22.





## 2. Teil: Transparenz

In diesem Teil werden die rechtlich geschützten Interessen, die an der Offenlegung von Informationen bestehen und rechtlichen Geheimnisschutz durchbrechen können, hergeleitet, typisiert und kategorisiert. Er beginnt mit dem Publizitätsprinzip (§ 1), das im rechtlichen Diskurs zum Whistleblowing bislang kaum Beachtung gefunden hat. Nach einer kurzen verfassungsgeschichtlichen Einordnung werden zwei Konzeptionen aus der Philosophie der Aufklärung diskutiert: Jeremy Benthams *publicity* und Immanuel Kants *Princip der Publicität*.

Der zweite Abschnitt (§ 2) differenziert zunächst zwischen drei übergeordneten Interessen an der Offenlegung von Geheimnissen, die sich aus Verfassungsprinzipien und dem weiteren positiven Recht ergeben: das Präventions- und Abhilfeinteresse, das Interesse an der Wahrung des Rechts sowie das Diskurs- und hiermit regelmäßig einhergehende Kontrollinteresse gegenüber Machtkonzentrationen. Den normativen Bezugspunkt der Präventions- und Abhilfeinteressen bildet die spezifische Vorschrift, die den jeweiligen Missstand oder das jeweilige Fehlverhalten verhindern soll. Das abstraktere allgemeine Interesse an der Wahrung des Rechts, lässt sich normativ auf die Idee der Unverletzlichkeit des Rechts und das Rechtsstaatsprinzip zurückzuführen, während sich das Diskurs- und Kontrollinteresse insbesondere aus dem Publizitätsprinzip ergibt.

Der dritte Abschnitt (§ 3) kategorisiert spezifische im Recht enthaltene Offenbarungsinteressen nach ihren Gegenständen, etwa den Schutz der Gesundheit oder den Tier- und Umweltschutz. Berücksichtigt werden dabei solche Interessen, die bereits im deutschen, europäischen, internationalen, aber auch dem positiven Recht anderer Länder und in der Rechtsprechung deutscher und europäischer Gerichte formuliert wurden. Vor allem anhand diverser gesetzlicher Offenbarungsbefugnisse und Offenbarungspflichten zeigt sich, in welchen Situationen die Legislative bereits jetzt Interessen bestimmt hat, die den rechtlichen Geheimnisschutz durchbrechen. Diese Offenbarungsinteressen vermitteln nicht nur Orientierung bei Interessenabwägungen in anderen Situationen, die bereits *de lege lata*, etwa beim rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB, vorzunehmen sind, sondern bilden auch das Material der *de lege ferenda* entworfenen Vorrangregeln.



## § 1 Das Publizitätsprinzip

Das Publizitätsprinzip, das Transparenzgebot oder der Grundsatz der Offenheit begründet mit den Kommunikationsgrundrechten und der Informationsfreiheit das übergeordnete Interesse an einem öffentlichen Diskurs und diskursiver Kontrolle. Während das Prinzip im Primärrecht der Europäischen Union explizit verankert ist,<sup>1</sup> wird es im Grundgesetz zwar nicht ausdrücklich genannt, ist aber als der demokratischen Staatsform immanentes Prinzip inzwischen anerkannt.<sup>2</sup> Das Publizitätsprinzip begründet die Regeltransparenz des Staatswesens, auch der Exekutive, sodass staatliche Geheimhaltung die begründungsbedürftige Ausnahme darstellt und nicht umgekehrt. Wie die nachfolgende ideengeschichtliche Einordnung zeigt, beruht diese Annahme auf einer längeren Denktradition, die mit der Philosophie der Aufklärung ein-, sich im deutschen Rechtsdiskurs allerdings erst seit dem ausgehenden 20. Jh. immer stärker durchsetzt. Die Begründung dieses Transparenzverständnisses wird ausgehend von den bis heute wohl einflussreichsten theoretischen Beiträgen zur Publizität staatlichen Handelns<sup>3</sup> erschlossen: Jeremy Benthams utilitaristisch-psychologisch fundierte Konzeption der *publicity* und das wenige Jahre später zur Diskussion gestellte normativ-apriorische Publizitätsprinzip Immanuel Kants. Dabei zeigt sich einerseits, dass viele ihrer Erwägungen noch heute gelten und den gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Begriff des Publizitätsprinzips zu Recht prägen. Andererseits bietet gerade Benthams umfassendes Publizitätsverständnis Anlass, Transparenz kritisch zu reflektieren und die Grenzen der hier vertretenen Öffentlichkeitsforderung abzustecken.

---

<sup>1</sup> Siehe Art. 1 Abs. 2 EUV, Art. 15 AEUV, Art. 42 GRCh.

<sup>2</sup> Dazu noch unter I.

<sup>3</sup> *Santoro/Kumar*, A Theory of Whistleblowing, S. 16.

## I. Von der Idee zum Verfassungsgrundsatz

Entgegen der sich im Absolutismus vollzogenen Arkanisierung der Staatsgewalt<sup>4</sup> erhob die Aufklärung, das *Age of Enlightenment* oder *Siècle des Lumières*, die Forderung nach umfassender Publizität staatlichen Handelns.<sup>5</sup> Schon die aufklärerische Lichtmetapher widerspricht der Dunkelheit der staatlichen Geheimsphäre.<sup>6</sup> Die verborgenen Staatsgeschäfte sollen aufgeheitelt werden. Kämpferisch verlangte der Gelehrte August Ludwig von Schlözer in seinen „Staatsanzeigen“: „Es sterbe die Geheimnismacherei!“<sup>7</sup> Doch zunächst wird Publizität zum Ende des 17. Jh. in England und Frankreich eingefordert, bevor sie verschiedene Stimmen im folgenden Jh. auch in Deutschland zum „Ideal staatlicher Ordnung“ erklären.<sup>8</sup> Die aufklärerischen Publizitätsforderungen setzen sich dann bald für die Bereiche der Legislative und der Judikative durch und werden gesetzlich und konstitutionell abgesichert. Im Gegensatz dazu wird die Regelgeheimhaltung von Exekutive und Verwaltung noch lange konserviert, insbesondere in Deutschland.

Theoretisch hat sich insbesondere Jeremy Bentham mit dem Publizitätsprinzip beschäftigt. Er gilt bis heute als dessen exponiertester Vertreter, der den „Zusammenhang der öffentlichen Meinung mit dem Prinzip der Öffentlichkeit zum erstenmal in monographischer Form expliziert“<sup>9</sup> und dessen Überlegungen in weiten Teilen kaum an Aktualität eingebüßt haben.

Im Gegensatz zu den empirischen und zweckorientierten Überlegungen Benthams entwirft Kant in seiner Schrift „Zum ewigen Frieden“ ein apriorisches „Princip der Publicität“ des öffentlichen Rechts. Auch in diesem Prinzip ist – wie im Einzelnen noch unter II. 3. gezeigt wird – letztlich eine Forderung nach der Herstellung umfassender faktischer Transparenz enthalten, die in diversen Abhandlungen Kants ihren Ausdruck findet und eine der grundlegenden Bedingungen seines Aufklärungsprogramms bildet. Zudem will Kant mittels der von ihm entworfenen transzendentalen Formeln des öffentlichen Rechts –

<sup>4</sup> Siehe dazu bereits I. Teil § 3 I.

<sup>5</sup> Siehe etwa *Jestaedt*, AöR 2001, 205 (209); *Schmitt*, Parlamentarismus, S. 48. Die hier unter I. skizzierte Entwicklung nimmt zentral Bezug auf die umfassende Darstellung von *Wegener*, Der geheime Staat.

<sup>6</sup> *Wegener*, a. a. O., S. 120, 122 ff.; s. etwa *Schlözer*, Staatsanzeigen VI (1784), Heft 23 Nr. 46, S. 384 Anm. I.: „im dunkeln ist gut munkeln“. In Schlözers „Staatsanzeigen“ und „Briefwechsel meist historischen und politischen Inhalts“ wurden statistische Angaben veröffentlicht, die – ähnlich wie heute WikiLeaks – schon durch „ihre kommentarlose Veröffentlichung politische Skandale und diplomatische Verstrickungen heraufbeschwor[en].“ Es kursierte deshalb die Redensart von der Sorge der Regierenden „in den Schlözer zu kommen“, *Groth*, Die Zeitung I (1928), 706.

<sup>7</sup> *Schlözer*, a. a. O.; s. bereits *Wegener*, a. a. O., S. 280.

<sup>8</sup> *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 84 f., 117; *Wegener*, a. a. O., S. 120 ff.

<sup>9</sup> *Habermas*, a. a. O., S. 174; s. auch *Wegener*, a. a. O., S. 149 f.

die er mit dem Publizitätsprinzip einführt – prüfen, ob eine Maxime der Publizität fähig ist und damit über Recht und Unrecht einer Handlung entscheiden.

Weiterhin setzt auch Fichte in seinen staats-theoretischen Überlegungen in der „Grundlage des Naturrechts“ umfassende Publizität voraus, um beurteilen zu können, ob das Recht „so, wie es soll, verwaltet werde“.<sup>10</sup> Er fordert, dass „alle Verhandlungen der Staatsgewalt, mit allen Umständen und Gründen der Entscheidung, ohne Ausnahme die höchste Publicität haben, wenigstens nachdem jede geschlossen ist.“ Von der Forderung nach umfassender Publizität nimmt er nur bestimmte „Polizeysachen“ aus.<sup>11</sup>

Die aufklärerischen Publizitätsforderungen setzen sich im weiteren historischen Verlauf insbesondere für die Legislative und die Judikative durch.<sup>12</sup> Die öffentliche Beratung von Gesetzesvorlagen im Parlament und die Gerichtsöffentlichkeit sind heute selbstverständlich, von einzelnen durchaus fragwürdigen Ausnahmen einmal abgesehen.<sup>13</sup> Der Grundsatz der Budgetpublizität oder der Öffentlichkeit des Haushalts wurde erst um 1830 eingeführt,<sup>14</sup> mit der Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 wurden die Parlamentsöffentlichkeit und die Gerichtsöffentlichkeit verankert, §§ 111, 178 Abs. 1.

Im Gegensatz dazu vermochte sich das Öffentlichkeitsprinzip für den Bereich der Exekutive bis heute nicht ganz durchzusetzen, weshalb Regierungen und Behörden auch als „letzter Zufluchtsort der absolutistischen Arkantradition“ bezeichnet werden.<sup>15</sup> Für den Bereich der Exekutive wurde Publizität insbesondere in Deutschland noch lange mit dem Verweis auf ihre Unvereinbarkeit mit der Monarchie abgelehnt.<sup>16</sup> Die lange Übergangszeit zur Demokratie begünstigte, dass sich diese Tradition in der Verwaltung als sogenannter „Beamtenabsolutismus“<sup>17</sup> fortsetzen konnte.<sup>18</sup> In der Weimarer Republik wurde

<sup>10</sup> *Fichte*, Grundlage des Naturrechts, Gesamtausgabe I 3, Rechtslehre Kap. 3 § 16 S. 445 f. Im Ggs. zu Bentham und Kant wird Fichte nicht gesondert untersucht, s. allerdings zu seiner Staatskonzeption noch unter § 2 III. 2. u. 5.

<sup>11</sup> Nach Erreichung des mit der Geheimhaltung verfolgten Zwecks dürfe jedoch „kein Geheimnis mehr aus ihrem Verfahren“ gemacht werden, ebd. S. 446.

<sup>12</sup> Im Einzelnen dazu: *Wegener*, Der geheime Staat, S. 197 ff.

<sup>13</sup> Diskutabel ist etwa die Frage, weshalb die Gesetzgebungsausschüsse des Bundestages grundsätzlich nicht öffentlich tagen, s. § 69 Abs. 2 S. 1 GO-BT. Gut begründete Ausnahmen gibt es einige, bspw. der Ausschluss der Öffentlichkeit im Jugendstrafverfahren, § 48 JGG.

<sup>14</sup> *Wegener*, a. a. O., S. 202 f.

<sup>15</sup> *Häberle*, Öffentliches Interesse, S. 107.

<sup>16</sup> *Wegener*, a. a. O., S. 323.

<sup>17</sup> *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 420.

<sup>18</sup> *Wegener*, a. a. O., S. 329, 344. In Opposition hierzu forderten Sozialisten zu Beginn des 20. Jh. die Abschaffung der Geheimpolitik und -diplomatie, die etwa Trotzki als „kennzeichnendes Merkmal imperialistischer Politik“ kritisierte und ihre Beseitigung zur unerlässlichen „Bedingung einer ehrlichen, volkstümlichen und wahrhaft demokratischen Außenpolitik“ erklärte, ebd. S. 165; vgl. bereits *Marx*, Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie (1843), in: MEW I, 203 (249): „Die Bürokratie hat das Staatswesen, das spirituelle

das von Max Weber befürwortete Konzept der parlamentarischen Kontrolle der Verwaltung durch Enquêterechte in der Reichsverfassung umgesetzt, wodurch die tradierte Regelgeheimhaltung zwar relativiert, in ihrer grundsätzlichen Wirkung und Geltung jedoch nicht verändert wurde.<sup>19</sup> Mit den parlamentarischen Kontrollrechten ging zudem eine Arkanisierung der Parlamentsarbeit einher, die die zeitgenössischen Parlamentarismuskritik, insbesondere Carl Schmitt aufgriff, um den transparenzfeindlichen Verwaltungsstaat zu verteidigen.<sup>20</sup> Kants „Zum ewigen Frieden“ wurde als „traurige Schrift“ und „einzige, unrühmliche Ausnahme“ gegeißelt, mit der sich der Autor gegen den „deutschen Geist [...] versündigt habe“.<sup>21</sup>

Der Nationalsozialismus pervertierte die administrative Geheimhaltung und warf sie auf eine „voraufklärerische Praxis absoluter Geheimhaltung“ zurück.<sup>22</sup> Die Diskreditierung des Öffentlichkeitsbegriffs wirkte im Nachkriegsdeutschland fort.<sup>23</sup> Aufgrund ihrer NS-Verstrickungen waren viele Nachkriegsdeutsche an einer Aufarbeitung der jungen Vergangenheit nicht interessiert. Weiterhin trug die Geheimpolitik des Kalten Krieges wesentlich dazu bei, dass sich Publizität als Ordnungsprinzip in der Bundesrepublik noch nicht durchzusetzen vermochte.<sup>24</sup>

In der Bundesrepublik blieb es dementsprechend lange Zeit schwierig, Verwaltungsinformationen einzuklagen.<sup>25</sup> Dies änderte sich erst Ende der 1990er Jahre mit einer Entscheidung des BVerfG<sup>26</sup> und den ersten Informationsfreiheitsgesetzen, mit denen die Parlamente Verwaltungstransparenz als Ordnungsprinzip anerkannten. In Brandenburg trat mit dem AIG 1998 das erste

---

Wesen der Gesellschaft in ihrem Besitze, es ist ihr Privateigentum. Der allgemeine Geist der Bürokratie ist das Geheimnis, das Mysterium [...] Der offenbare Staatsgeist, auch die Staatsgesinnung, erscheinen daher der Bürokratie als ein Verrat an ihrem Mysterium.“ Bereits zit. von *Wegener*, a. a. O., S. 330.

<sup>19</sup> *Wegener*, *Der geheime Staat*, S. 351 f., mit Verweis auf *Weber*, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, S. 58 f.: „Durch effektive Parlamentskontrolle erzwungene Publizität der Verwaltung ist das, was als Vorbedingung jeder fruchtbaren Parlamentsarbeit und politischen Erziehung der Nation zu fordern ist.“

<sup>20</sup> *Wegener*, *Der geheime Staat*, S. 353.

<sup>21</sup> *Sombart*, *Händler und Helden*, S. 93, bereits zit. bei *Wegener*, a. a. O., S. 172 Fn. 180.

<sup>22</sup> *Wegener*, a. a. O., S. 356.

<sup>23</sup> *Ebd.* S. 374 f.

<sup>24</sup> *Ebd.*

<sup>25</sup> *Ebd.* S. 220 f. Das Akteneinsichtsrecht aus § 29 VwVfG, das 1976 mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz eingeführt wird, können nur Beteiligte eines Verwaltungsverfahrens geltend machen.

<sup>26</sup> BVerfGE 101, 106.

deutsche Gesetz dieser Art in Kraft, die meisten anderen Bundesländer verabschiedeten in den folgenden beiden Jahrzehnten vergleichbare Gesetze. Der Bund zog mit dem Informationsfreiheitsgesetz aus dem Jahr 2004 nach.<sup>27</sup>

Im Verfassungsrecht ist inzwischen anerkannt, dass sich das Publizitätsprinzip aus der demokratischen Staatsform ableitet und auch auf die Exekutive erstreckt.<sup>28</sup> Die Argumente sind schon hinlänglich aus der Philosophie der Aufklärung bekannt und werden verfassungsrechtlich reformuliert, wenn davon die Rede ist, dass „durch die Öffentlichkeit des staatlichen Handelns“ eine „freie und offene Willensbildung“ der Bürgerinnen und Bürger gefördert werden solle.<sup>29</sup> Publizität gewährleistete Partizipation,<sup>30</sup> gerade die Ausübung der kommunikativen Grundrechte wie der Meinungsfreiheit und der Versammlungsfreiheit.<sup>31</sup> Zudem verlange das Prinzip der Volkssouveränität einen umfassenden Zugang zu Informationen, denn:

„[w]enn das Volk die einzige aus dem eigenen Recht legitimierte politische Instanz ist, dann ist jede Herrschaft durch besondere Organe von seiner Legitimation abhängig. Legitimation aber setzt Wissen über die zu legitimierende Herrschaft, über ihren Gebrauch und ihren möglichen Mißbrauch voraus.“<sup>32</sup>

Mit der Abkehr von der bisherigen Regelgeheimhaltung hin zu einer Regeltransparenz der Verwaltung<sup>33</sup> verschiebt sich die Begründungslast: Nun bedarf nicht mehr die Auskunft über oder die Veröffentlichung von Handlungen der Exekutive der besonderen Begründung, sondern ihre Geheimhaltung.<sup>34</sup> Die Geheimhaltung muss wegen des Publizitätsprinzips durch einen demokratisch begründeten Rechtsakt oder durch Verfassungsinterpretation gerechtfertigt wer-

---

<sup>27</sup> Ganz im Ggs. zu Schweden. Dort gab es schon seit dem Jahr 1766 ein allgemeines gesetzliches Akteneinsichtsrecht, das zu Beginn des 19. Jh. sogar in der schwedischen Verfassung verankert wurde, vgl. *Wegener*, a. a. O., S. 301 f. In Deutschland wird ein derartiger, aus dem Grundrecht der Informationsfreiheit abgeleiteter Anspruch demgegenüber bis heute von der h. M. zu Unrecht abgelehnt, s. dazu bereits I. Teil § 5 II 2.

<sup>28</sup> *Grzeszick*, in: Herzog/Herdegen/Scholz/Klein, Art. 20 II. Rn. 21, 27 jeweils m. w. N.; vgl. grundlegend *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 291 ff.

<sup>29</sup> *Grzeszick*, in: Herzog/Herdegen/Scholz/Klein, Art. 20 II. Rn. 21 m. w. N.

<sup>30</sup> *Jestaedt*, AöR 2001, 205 (215).

<sup>31</sup> *Kißler*, Die Öffentlichkeitsfunktion des Deutschen Bundestages, S. 65.

<sup>32</sup> *Wegener*, Der geheime Staat, S. 431; vgl. bereits *A. Arndt*, Landesverrat, S. 36; *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 291 ff.

<sup>33</sup> Siehe dazu *Wegener*, a. a. O., S. 411 ff.

<sup>34</sup> *Wegener*, a. a. O., S. 425; s. bereits *Jestaedt*, AöR 2001, 205 (220). Diese Auffassung findet immer mehr Zuspruch, etwa in der verfassungsrechtlichen Kommentarliteratur. So wird bzgl. staatlicher Tätigkeiten, die ein „politisch-diskursives Verfahren“ voraussetzen „oder wesentliche Belange der Allgemeinheit“ betreffen, eine „Verdichtung des Öffentlichkeitsprinzips zu einer Rechtsregel“ befürwortet (*Grzeszick*, a. a. O., Rn. 22), sodass Abweichungen von ihr durch Gründe gerechtfertigt werden müssen (ebd. Rn. 23); vgl. auch *Dietrich*, RW 2016, 566; *Köbel/Herold*, GA 2022, 377 (379).



den. Hierzu zählen etwa die Ausnahmetatbestände in den Informationsfreiheitsgesetzen und die Ausnahmen vom parlamentarischen Informationsanspruch (Kernbereich der Exekutive, Grundrechte Dritter, Staatswohl<sup>35</sup>) sowie Gesetze, die die staatliche Geheimnissphäre positiv schützen, insbesondere geheimnisschützende Straftatbestände oder beamtenrechtliche Verschwiegenheitspflichten.

Im Europarecht ist das Publizitätsprinzip deutlicher und ausdrücklicher verankert. Es kommt zunächst durch Art. 1 Abs. 2 EUV zum Ausdruck, in dem es heißt, dass die Entscheidungen der Union möglichst offen und bürgernah getroffen werden.<sup>36</sup> Zudem sieht Art. 15 AEUV (ehemals Art. 255 EGV), der mit „Grundsatz der Offenheit“ überschrieben ist, in Absatz 3 einen allgemeinen Informationsanspruch vor, den Unionsbürgerinnen und Unionsbürger gegenüber Einrichtungen der EU geltend machen können.<sup>37</sup> Fast wortlautgleich ist dieser Anspruch als „Recht auf Zugang zu Dokumenten“ grundrechtlich durch Art. 42 GRCh garantiert.<sup>38</sup>

## II. Benthams „Publicity“

In seinem im Jahr 1791 erschienenen „Essay on Political Tactics“ fordert Bentham auf der Grundlage eines „Gesetzes der Publizität“<sup>39</sup> die Öffentlichkeit

---

<sup>35</sup> Siehe etwa BVerfGE 147, 50 (138 ff.) = juris Rn. 227 ff. zum Kernbereich, (141 ff.) = juris Rn. 233 ff. zu Grundrechten Dritter, und (146 f.) = juris Rn. 246 ff. zum Staatswohl.

<sup>36</sup> Im Einzelnen zur Entwicklung im Europarecht *Wegener*, a. a. O., S. 396 ff.

<sup>37</sup> Die Auskunft über Informationen, die ein Mitgliedstaat an ein EU-Organ weitergegeben hat, darf aber, das hat die BRD in den Verhandlungen zum Amsterdamer Vertrag durchgesetzt, nur mit Zustimmung des Mitgliedstaates erfolgen, s. *Wegener*, *Der geheime Staat*, S. 399.

<sup>38</sup> Weiterhin ist dieser Anspruch auch in Art. I-50 und II-102 des Vertrags über eine Verfassung für Europa vorgesehen, der im Jahr 2004 von den Mitgliedstaaten unterzeichnet wurde, allerdings in Referenden in Frankreich und den Niederlanden keine Zustimmung fand und mangels Ratifikation keine Rechtskraft erlangte. Art. I-50 ist mit „Transparenz der Arbeit der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union“ überschrieben. Nach seinem Abs. 1 sollen „die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter weitestgehender Beachtung des Grundsatzes der Offenheit“ handeln, „[u]m eine verantwortungsvolle Verwaltung zu fördern und die Beteiligung der Zivilgesellschaft sicherzustellen“. Des Weiteren werden ein „Recht auf Zugang zu Informationen staatlicher Stellen“, das „Transparenzgebot“ und die Forderung nach einem angemessenen Schutz von Hinweisgebern in Art. 6 der Charta der digitalen Grundrechte der Europäischen Union zusammengeführt, der mit „Transparenz“ betitelt ist. Es handelt sich dabei um einen in Deutschland entwickelten zivilgesellschaftlichen Entwurf, der erstmals 2016 und dann in einer überarbeiteten Fassung 2018 veröffentlicht wurde.

<sup>39</sup> *Bentham*, *An Essay on Political Tactics*, Works II, 310: „the fittest law for securing the public confidence, and causing it constantly to advance towards the end of its institution. This law is that of publicity.“ Siehe auch die deutsche Übersetzung *Bentham*, *Tactik oder*

staatlichen Handelns aller drei Gewalten: „The efficacy of this great instrument extends to everything – legislation, administration, judicature.“<sup>40</sup> Er ist überzeugt von ihrer Wirkmächtigkeit: „Without publicity, no good is permanent: under the auspices of publicity, no evil can continue.“<sup>41</sup> Publizität, die vollständige Exposition von Verhalten vor den Augen einer universellen Öffentlichkeit, sei das angemessene Mittel, um moralische und intellektuelle Fähigkeiten zu maximieren.<sup>42</sup> Geheimdiplomatie widerspreche dem Geist der Verfassung, sei mit guter Regierungsführung unvereinbar und müsse abgeschafft werden.<sup>43</sup> In auswärtigen Angelegenheiten sei stattdessen für umfassende Publizität zu sorgen.<sup>44</sup> Zwar erkennt Bentham die Notwendigkeit an, Beratungen der Exekutive oder Vorverhandlungen zunächst geheim zu halten, aber er fordert die Verhandlungsprozesse zumindest gegenüber dem Parlament offenzulegen.<sup>45</sup> Geheimhaltung würde den Partikularinteressen derjenigen in die Hände spielen, denen die Interessenvertretung der Nation anvertraut sei, sie würde „schlechte Amtsführung“ und „Ämterpatronage“ begünstigen und Missstände aller Art verschleiern.<sup>46</sup> Komplementär zu dem durch Publizität gewährleisteten Informationszugang sieht Bentham in der Meinungsfreiheit, genauer, der Pressefreiheit, die Grundlage aller Freiheitsrechte.<sup>47</sup> Denn erst sie ermögliche, dass sich ein „public-opinion tribunal“<sup>48</sup>, also eine aufgeklärte öffentliche Meinung konstituiere.<sup>49</sup>

---

Theorie des Geschäftsganges in deliberierenden Volksstän­deversammlungen, Kap. 3, S. 10 ff.: „von der Publizität“.

<sup>40</sup> *Bentham*, *An Essay on Political Tactics*, Works II, 314. Auch wenn in dem Essay in erster Linie die umfassende Öffentlichkeit der parlamentarischen Verhandlungen gefordert und begründet wird; was heute etwa mit Hinblick auf die grds. nicht öffentlich tagenden Ausschüsse des Bundestages relevant ist.

<sup>41</sup> Ebd. S. 310 ff.

<sup>42</sup> *Bentham*, *Principles of Judicial Procedure*, Works II, 1 (8), zur Gerichtsöffentlichkeit.

<sup>43</sup> *Bentham*, *Principles of International Law*, Works II, 535 (546).

<sup>44</sup> Ebd. S. 554.

<sup>45</sup> Ebd. Eine Forderung, die heute etwa in Bezug auf geheim stattfindende Verhandlungen über Freihandelsabkommen relevant ist; in den letzten Jahren etwa: Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP); Trade in Service Agreements (TiSA) zwischen der EU und den USA; und Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) zwischen der EU und Kanada.

<sup>46</sup> *Bentham*, *Principles of International Law*, Works II, 535 (558); vgl. auch *Russel*, *Power*, S. 33 f.

<sup>47</sup> *Bentham*, *The Book of Fallacies*, Works II, 375 (443).

<sup>48</sup> z. B. *Bentham*, *Principles of Judicial Procedure*, Works II, 1 (7, 9, 22 usw.).

<sup>49</sup> *Wegener*, *Der geheime Staat*, S. 158.

### 1. Gründe für Publizität

Bentham nennt in seinem „*Essay on Political Tactics*“ sechs Gründe, die damals wie heute für die Öffentlichkeit staatlichen Handelns sprechen.<sup>50</sup> Nach dem *ersten Grund* gewährleiste Publizität die effektivste Kontrolle der staatlichen Gewalt. Während ihre Vertreter Versuchungen aus verschiedensten Richtungen ausgesetzt seien, handele es sich bei der, wenn auch nicht unfehlbaren Öffentlichkeit, um das mächtigste und unbestechlichste aller Tribunale.<sup>51</sup> Er nimmt an, dass es keinen konstanteren und universelleren Grund gäbe, den mit politischer Macht verbundenen Versuchungen zu widerstehen, als die Beaufsichtigung durch die Öffentlichkeit.<sup>52</sup> Diese psychologische, disziplinierende und präventive Wirkung gilt zeitlos und zeigt sich heute etwa, wenn Personen aus Politik und Verwaltung befürchten, einer negativen Presseberichterstattung ausgesetzt zu werden.

*Zweitens* würden Vertrauen und Zustimmung des Volkes in Maßnahmen der Legislative durch Publizität gewonnen. Geheimhaltung haften stets etwas Mysteriöses an. Deshalb meint er: „The best project prepared in darkness, would excite more alarm than the worst, undertaken under the auspices of publicity.“<sup>53</sup> Infolge der Öffentlichkeit würden Diskussionen sachlich und wohlgesonnen geführt werden. Die Gewohnheit zu rasonieren und zu diskutieren werde sich in allen Klassen der Gesellschaft ausbreiten.<sup>54</sup> Zudem weist Bentham darauf hin, dass die Möglichkeiten, mittels legaler Opposition gegen unpopuläre Maßnahmen vorgehen zu können, die Idee illegalen Widerstands von vornherein verhindere.<sup>55</sup> Der Gewaltverzicht der Bürgerinnen und Bürger und das Gewaltmonopol des Staates würden durch die umfassend gewährleisteten Kommunikationsfreiheiten substituiert.

---

<sup>50</sup> Die ersten drei Gründe sind „major considerations“, *Bentham, An Essay on Political Tactics, Works II*, 312.

<sup>51</sup> Ebd. S. 310: „but every one feels, that though this tribunal may err, it is incorruptible; that it continually tends to become enlightened; that it unites all the wisdom and all the justice of the nation; that it always decides the destiny of public men; and that the punishments which it pronounces are inevitable.“ Zudem nennt er drei Klassen von Feinden der Publizität: den Übeltäter („malefactor“), der versucht, sich dem Blick des Richters zu entziehen, den Tyrannen, der die Unterdrückung der öffentlichen Meinung anstrebt, und der Ängstliche oder Träge, der sich über die allgemeine Unfähigkeit beklage, um seine eigene zu verdecken („who complains of the general incapacity in order to screen his own.“). Zudem weist Bentham darauf hin, dass die wahre Öffentlichkeit nie durch das Parlament ersetzt werden könne. Schon weil die Abgeordneten i. d. R. Parteien angehörten, seien sie für die Funktion des unabhängigen Richters ungeeignet.

<sup>52</sup> *Bentham, An Essay on Political Tactics, Works II*, S. 310.

<sup>53</sup> Ebd.

<sup>54</sup> Ebd. S. 311.

<sup>55</sup> Ebd.

*Drittens* erlaube die Publizität den Regierenden, die echten Wünsche des Volkes zu erkennen. Nur durch die Öffentlichkeit der staatlichen Handlungen könne sich eine öffentliche Meinung ausbilden, die nicht durch Fehlinformationen verfälscht sei.<sup>56</sup> Reziprok könne sich, *viertens*, das Wahlvolk nur durch die Öffentlichkeit staatlichen Handelns ein genaues Bild der Handlungen der Gewählten machen und auf der Grundlage dieses Wissens eine vernünftige Wahlentscheidung treffen.<sup>57</sup>

Die *fünfte Überlegung* ist im Diskurs seltener zu finden, bringt jedoch eine nicht von der Hand zu weisende praktische Erwägung ins Spiel: Der mittels Publizität gewährleistete Informationsaustausch zwischen Repräsentierten und Repräsentierenden erlaube es Letzteren, Vorschläge und Ideen aufzunehmen, die häufig zunächst von Privatpersonen eingebracht werden.<sup>58</sup>

Mit dem *sechsten Grund* schließt Bentham ironisch: „It may be thought descending from the serious consideration of this subject, to reckon among the advantages of publicity, the amusement which results from it.“<sup>59</sup>

Während diese Gründe den innenpolitischen Nutzen der Publizität hervorheben, spricht sich Bentham an anderer Stelle auch in außenpolitischen Angelegenheiten gegen staatliche Geheimhaltung aus. Diese Forderung bildet einen von 14 Vorschlägen seines „A Plan for an Universal and Perpetual Peace“.<sup>60</sup> Bentham meint, wenn der Frieden dem Krieg vorzuziehen sei, dann könne staatliche Geheimhaltung nicht früh genug abgeschafft werden.<sup>61</sup> In auswärtigen Angelegenheiten dürfe Geheimhaltung nicht toleriert werden; sie sei völlig nutzlos und den Interessen der Freiheit und des Friedens zuwider.<sup>62</sup> Es sei zwar nicht an der Existenz, jedoch an der Richtigkeit der Regel zu zweifeln, die einen Schleier der Geheimhaltung über die Regierungsangelegenheiten legt.<sup>63</sup> Er sieht in dieser Regelgeheimhaltung zutreffend einen Widerspruch zum Geist der Verfassung und hält sie für inkompatibel mit „good government“.

Deshalb dürften Verhandlungen der Regierung zu keinem Zeitpunkt vor der breiten Öffentlichkeit geheim gehalten werden, geschweige denn vor dem Parlament. Sofern Vorverhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfänden, dürften abgeschlossene Verträge niemals geheim gehalten werden. Denn

<sup>56</sup> Ebd.

<sup>57</sup> Ebd. S. 312.

<sup>58</sup> Ebd.

<sup>59</sup> Ebd.

<sup>60</sup> Als vierter Essay in *Benthams, Principles of International Law, Works II*, 547 ff., posthum veröffentlicht. Der erste, der sich eingehend mit der Idee eines ewigen Friedens beschäftigte, war weder Bentham noch Kant, sondern Charles-Irénée Castel de Saint-Pierre, ein Vorbote der Philosophie der Aufklärung, der im Jahr 1713 in Utrecht sein „Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe“ veröffentlichte.

<sup>61</sup> *Bentham, Principles of International Law, Works II*, 559.

<sup>62</sup> Ebd. S. 547.

<sup>63</sup> Ebd. S. 554.

über Maßnahmen, von denen die Öffentlichkeit nichts wisse, könne sie auch keine Kontrolle ausüben oder sie gar aufhalten.<sup>64</sup> Minister würden mangels Kontrolle zu Fehlverhalten wie der Anzettelung von Kriegen verleitet, gegenüber denen andere Fehlverhalten, wie die Veruntreuung öffentlicher Gelder, geradezu als Kavaliersdelikte erschienen.<sup>65</sup> Wegen der unübersichtbaren Konsequenzen eines Krieges, sei der militärische Bereich derjenige, der der strengsten Kontrolle unterworfen sein müsse.

Neben diesen einleuchtenden Argumenten ist auch die von Bentham aufgestellte These bislang nicht widerlegt, nach der das Prinzip des Schleiers der Geheimhaltung in höchstem Maße schädlich und unheilvoll sei und alles übertreffe, wozu die völlige Abwesenheit von Geheimhaltung jemals führen könne.<sup>66</sup> Geheimhaltung diene nur als Deckmantel für Bosheit und Torheit, erspare den Ministern die Mühe des Nachdenkens und verleihe ihnen die Lizenz, Leben und Vermögen der Bürger aufs Spiel zu setzen.<sup>67</sup> Diese Behauptung mag polemisch eingefärbt oder gar populistisch klingen, doch allein vor dem Hintergrund der in dieser Arbeit beleuchteten politischen Skandale erscheint sie noch heute plausibel.

## 2. Entgegnungen auf Einwände gegen Publizität

Bentham setzt sich mit verschiedenen gegen die Publizität vorgebrachten Argumenten auseinander,<sup>68</sup> etwa mit dem Einwand, dass die Öffentlichkeit angesichts der Unwissenheit und Leidenschaften der Mehrheit ein inkompetenter und damit ungeeigneter Richter sei. Die Öffentlichkeit werde aber immer urteilen, entgegen Bentham, also auch, wenn keine Publizität bestehe.<sup>69</sup> Die Annahme, Publizität führe zu einer Mehrzahl schlechter Urteile, lässt er nicht gelten und führt dazu eine elitäre, wenngleich realistische Unterteilung der Öffentlichkeit in drei Klassen ein. Die allermeisten beschäftigten sich kaum mit öffentlichen Angelegenheiten. Eine zweite Klasse der Öffentlichkeit urteile zwar in gewissem Sinne, ihr Urteil sei aber regelmäßig demjenigen einer dritten Klasse entlehnt. Publizität betreffe nur diese dritte Klasse der selbstständig Urteilenden, deren Mitglieder besser urteilen könnten, wenn sie im Besitz der wahren Informationen seien.<sup>70</sup> Aufgrund von Publizität könnten sie ihre eige-

---

<sup>64</sup> Ebd.

<sup>65</sup> Ebd. S. 556.

<sup>66</sup> Ebd. Wenngleich dieser Schleier den Staatsdienern durchaus nützlich sei, ebd. S. 558.

<sup>67</sup> Ebd. S. 558.

<sup>68</sup> *Bentham*, *An Essay on Political Tactics*, Works II, 312 ff. Von den vier Einwänden werden hier nur der erste, der dritte und ein Teil des vierten Einwands dargestellt. Mit dem zweiten Einwand (S. 313) wird behauptet, Publizität sei abträglich, da sie zu Feindseligkeit gegenüber Parlamentariern führe.

<sup>69</sup> Ebd. 313.

<sup>70</sup> Ebd. 313.

nen Urteile, und damit auch mittelbar diejenigen der zweiten Klasse, korrigieren. Wenn sie schlecht urteilten, liege dies daran, dass sie nicht die für ein fundiertes Urteil notwendigen Einzelheiten kennten. Die entgegengesetzte Argumentation der Geheimniskrämer, der „partisans of mystery“, fasst er polemisch mit dem an das Volk gerichteten Satz zu: „You are incapable of judging, because you are ignorant; and you shall remain ignorant, that you may be incapable of judging.“<sup>71</sup>

Weiterhin geht Bentham auf den Einwand der Manipulierbarkeit der Öffentlichkeit ein. Ihr könnten in verführerischer Beredsamkeit gefährliche Vorschläge unterbreitet werden, die für populär gehalten werden.<sup>72</sup> Diese Befürchtung gehe aber wiederum von der eingangs widerlegten Inkompetenz der Öffentlichkeit aus, die eigenen Interessen sachgerecht zu beurteilen. Zudem sei die behauptete Gefahr der Demagogie in einem repräsentativen System schwer nachvollziehbar. Parlamentarische Reden seien nicht mit denen aufrührerischer Demagogen vergleichbar. Vielmehr habe die Publizität, die die Gegenrede fördere, mehr Demagogie gestürzt, als sie hervorgebracht habe.<sup>73</sup>

Schließlich stimmt Bentham der Erwägung zu, dass das Regime der Publizität ein System des Misstrauens etabliere, und fügt hinzu, dass jede gute politische Institution auf dieser Basis gegründet werden müsse.<sup>74</sup> Er fragt, wem, wenn nicht denjenigen, denen man ein hohes Maß an Autorität anvertraue, müsse misstraut werden, weil gerade sie großen Versuchungen ausgesetzt seien, ihre Macht zu missbrauchen. Sie seien nicht mit ihren eigenen, sondern vornehmlich den ihnen vergleichsweise indifferent erscheinenden Angelegenheiten anderer betraut. Zudem würden ihre persönlichen Interessen häufig den ihnen anvertrauten entgegengesetzt sein.<sup>75</sup>

---

<sup>71</sup> Ebd.

<sup>72</sup> Ebd.

<sup>73</sup> Ebd.

<sup>74</sup> Ebd. 314. Diese Erwägung findet sich am Ende der Ausführungen zum vierten Einwand, der darin besteht, dass die Freiheit der Parlamentarier gegenüber der monarchischen Regierung durch Geheimhaltung gewahrt werden müsse.

<sup>75</sup> *Bentham*, An Essay on Political Tactics, Works II, 314. Trotz seiner Argumentation für umfassende Publizität anerkennt Bentham verschiedene Ausnahmen, *Bentham*, An Essay on Political Tactics, Works II, 315, „§ 4.: Exceptions of the rule of Publicity.“ Der Text und die Ausnahmen von der Publizität beziehen sich auf die Parlamentsarbeit. Allerdings erstreckt Bentham seine Publizitätsforderung, wie eingangs hervorgehoben, auf alle drei Gewalten. An anderer Stelle hebt er etwa hervor, dass auch Geheimhaltung durch die Verwaltung die Ausnahme bleiben müsse, *Bentham*, Constitutional Code, Works IX, S. 326. In anderem Zusammenhang nennt er Ausnahmen bzgl. der Gerichtsöffentlichkeit: zur Gewährleistung friedlicher Gerichtsverhandlungen, um die Verbreitung verleumderischer Informationen zu verhindern; zum Schutz des Rufes und der Ehre von Prozessbeteiligten; um Personen vor Belästigungen infolge der Offenlegung ihrer Vermögensverhältnisse zu schützen; zur Wah-

### 3. Kritik einer umfassenden Transparenzforderung

Nach Benthams Überlegungen entfaltet *publicity* wegen des kritisch-prüfenden Blicks der Öffentlichkeit eine staatliche Macht zügelnde Wirkung, die Machtmissbrauch von vornherein verhindern kann. Das Prinzip der Kontrolle durch Publizität und gerade die prohibitive Wirkung einer Aufsicht von außen findet sich aber nicht nur in seiner Staatstheorie. Er fordert nicht nur die Transparenz des Staates, damit die Öffentlichkeit über das Handeln seiner Vertreter wachen kann, sondern will sie auch einsetzen, um Individuen zu überwachen und zu kontrollieren: Mit seinem architektonischen Konzept des Panopticons<sup>76</sup> sollen Staat und auch Unternehmen in die Lage versetzt werden, Individuen umfassend zu überwachen, zu kontrollieren und damit zu disziplinieren. Auch im zwischenmenschlichen Bereich, das zeigt sich in seiner Moraltheorie, schwebt ihm vor, dass sich die Einzelnen gegenseitig beobachten, kontrollieren, damit (selbst-)disziplinieren und infolgedessen moralisch bessern.<sup>77</sup>

Transparenz wird damit zu einem die gesamte gesellschaftliche Ordnung durchdringenden Prinzip erhoben.<sup>78</sup> Potentiell kann alles und jeder in den Fokus der disziplinierenden Überwachung geraten. Das erscheint totalitär und hat Bentham den Vorwurf einer „Publizitätsdiktatur“ eingebracht.<sup>79</sup> Es ist deshalb erforderlich, das wird sogleich noch deutlicher, sich von seiner Idee einer umfassend transparenten Gesellschaft abzugrenzen. Mit dieser Abgrenzung wird zugleich die Reichweite der hier vertretenen Publizitätsforderung konturiert und gegen transparenzskeptische Einwände verteidigt.

#### a) Das Panopticon als Idee totaler Überwachung

Das Panopticon ist ein für Gefängnisse und andere Anstalten entwickeltes architektonisches Modell.<sup>80</sup> Es ermöglicht eine permanente, effektive Überwachung der Insassen einer Anstalt unter Aufwendung nur geringer Mittel. Das

---

rung des öffentlichen Anstands; und um das Aufdecken von Staatsgeheimnissen zu verhindern, könne die Öffentlichkeit im Gerichtsprozess ausgeschlossen werden, *Bentham*, *Rationale of Judicial Evidence*, Works VI, 360.

<sup>76</sup> *Bentham*, *Panopticon*, Works IV, 36 ff., *ders.*, *Panopticon versus New South Wales*, Works IV, 177.

<sup>77</sup> *Bentham*, *Deontology*, S. 101: „A whole kingdom, the great globe itself, will become a gymnasium, in which every man exercise himself before the eyes of every other man. Every gesture, every turn of limb or feature, in those whose motions have a visible influence on the general happiness, will be noticed and marked down.“

<sup>78</sup> *Wegener*, *Der geheime Staat*, S. 149 ff. „Publizität als totale Ordnungsidee“.

<sup>79</sup> *Fraenkel*, *Öffentliche Meinung und internationale Politik*, S. 20 Fn. 32. Genauer zu dieser und weiteren deutschen Bentham-Rezeptionen, *Wegener*, a. a. O., S. 171 ff.; vgl. auch *Han*, *Transparenzgesellschaft*, S. 72, bzgl. Rousseau, dessen „Transparenzgesellschaft erweist sich als seine Gesellschaft totaler Überwachung und Kontrolle.“

<sup>80</sup> Der gesamte Titel von „Panopticon“ (Works IV, 36 ff.) lautet: „Panopticon; or, the Inspection House: containing the Idea of a new Principle of Construction applicable to any

paradigmatische Panopticon ist ein Gefängnis, in dem die Zellen der Strafgefangenen ringförmig um einen von außen nicht einsehbaren Turm angeordnet sind. Demgegenüber sind die zum Turm zeigenden Seiten der Zellen offen und damit vom Turm aus gut einsehbar, wodurch sich bei den Insassen der Eindruck einer permanenten Überwachung einstellt, selbst wenn sich überhaupt kein Überwacher in dem Turm befindet.

Die „Hauptwirkung des Panopticon“ bestehe also darin, so Michel Foucault in seiner prominenten Studie „Surveiller et punir“, einen „bewußten und permanenten Sichtbarkeitszustand [...] beim Gefangenen“ zu schaffen, „der das automatische Funktionieren der Macht sicherstellt.“<sup>81</sup> Dieses panoptische Schema lasse sich nicht nur auf Gefängnisse und vergleichbare Anstalten und Fabriken übertragen, sondern es könne immer dann eingesetzt werden, wenn „man es mit einer Vielfalt von Individuen zu tun hat, denen eine Aufgabe oder ein Verhalten aufzuzwingen ist“.<sup>82</sup> Es stelle eine „Perfektionierung der Machtausübung“ dar, „weil der ständige Druck bereits vor der Begehung von Fehlern, Irrtümern, Verbrechen wirkt; ja weil unter diesen Umständen seine Stärke gerade darin besteht, niemals eingreifen zu müssen, sich automatisch und geräuschlos durchzusetzen, einen Mechanismus von miteinander verketteten Effekten zu bilden“.<sup>83</sup> Ein Mechanismus, der als „Verstärker für jeden beliebigen Machtapparat“ dienen könne und dessen „Präventivwirkung“ sichere.<sup>84</sup>

Dabei könne das Panopticon „sich wirklich in jede Funktion integrieren“<sup>85</sup> und jede beliebige Person könne „die Überwachungsfunktionen im Zentralturm“ wahrnehmen.<sup>86</sup> Schon Bentham nahm an, dass sich die „einfache architektonische Idee“ verallgemeinern und auf unterschiedlichste Bereiche übertragen lasse, etwa um die Moral zu reformieren.<sup>87</sup> Foucault meint daher, Bentham habe von einem die gesamte Gesellschaft lückenlos überwachenden Netzwerk geträumt.<sup>88</sup> Als „leicht zu übertragender Mechanismus“ programmiere

---

Sort of Establishment, in which Persons of any Description are to be kept under Inspection; and in particular to Penitentiary-Houses, Prisons, Houses of Industry, Work-Houses, Poor-Houses, Manufactories, Mad-Houses, Lazarettos, Hospitals, and Schools, with a Plan of Management adapted to the principle: in a Series of Letters, written in the year 1787, from Crecheff in White Russia, to a friend in England.“

<sup>81</sup> Foucault, Überwachen und Strafen, S. 258.

<sup>82</sup> Ebd. S. 264.

<sup>83</sup> Ebd. S. 264 f.

<sup>84</sup> Ebd. S. 265.

<sup>85</sup> Foucault, Überwachen und Strafen, S. 265. Er nennt an dieser Stelle „Erziehung, Heilung, Produktion, Bestrafung“.

<sup>86</sup> Ebd. S. 266.

<sup>87</sup> Bentham, Panopticon, Works IV, 39.

<sup>88</sup> Foucault, Überwachen und Strafen, S. 268.



das Panopticon „das elementare Funktionieren einer von Disziplinarmechanismen vollständig durchsetzten Gesellschaft.“<sup>89</sup> Aus dem „endlos verallgemeinerungsfähigen Mechanismus des ‚Panoptismus‘“, formiere sich eine nach der panoptischen Funktionsweise operierende „Disziplinargesellschaft“,<sup>90</sup> eine „Gesellschaft der Überwachung“.<sup>91</sup>

Inwieweit Foucaults Analyse zutrifft, kann hier nicht beantwortet werden. Es wird aber vertreten, dass das panoptische Schema im „virtuellen Zeitalter“ seine Vollendung gefunden habe, denn Staaten und ihre Geheimdienste haben die Fähigkeiten erlangt, die gesamte nationale und globale Telekommunikation der Bevölkerung zu überwachen.<sup>92</sup> Angesichts des Umfangs und ihrer Präzision erscheint die Überwachung total und das Panopticon als internationale Realität.<sup>93</sup> Durch Überwachungstechniken ungeahnten Ausmaßes, die durch neue Informations- und Kommunikationssysteme ermöglicht werden, trete die im Absolutismus verfolgte Lehre der *arcana imperii* in neuer Gestalt wieder in Erscheinung.<sup>94</sup> Während damals das Prinzip der Staatsräson den Machterhalt mit allen Mitteln legitimierte, sind die heutigen geheimen Praktiken, insbesondere das Ausspähen der Bürgerinnen und Bürger, Bestandteil einer übergeordneten Sicherheitsräson,<sup>95</sup> die der Rechtsräson im Zweifelsfall vorgeht. Etwa wenn in Geheimgefängnissen mit der Begründung gefoltert wird, Gefahren durch Terrorismus abwenden zu wollen und zu können.<sup>96</sup> Neben die staatliche tritt außerdem die unternehmerische Überwachung der Einzelnen, insbesondere mittels umfassender Datenauswertung der Endgeräte, die sie zur Telekommunikation und zu vielfältigen anderen Zwecken nutzen.<sup>97</sup>

Bei alledem bleibe die entscheidende Frage, „wer eigentlich die Wächter“ überwache, völlig unbeantwortet.<sup>98</sup> Im Gegensatz zu Rousseau und Kant habe Bentham nicht „auf die Beseitigung der Finsternis durch das Licht der Vernunft“ gedrungen, „von der aus diejenigen, die im Lichte stehen, mit dem geringsten Aufwand überwacht werden können“, sondern sich für eine Perfektionierung des staatlichen Geheimbereichs eingesetzt.<sup>99</sup>

<sup>89</sup> Ebd. S. 268.

<sup>90</sup> Ebd. S. 277.

<sup>91</sup> Ebd. S. 278.

<sup>92</sup> Lotter, Widerspruch 2014, 13 (18, 23); s. zudem bereits *Han*, Transparenzgesellschaft, S. 74 ff.

<sup>93</sup> Lotter, a. a. O., 13 (23); grundlegend zu dieser Vorstellung *Poster*, *The Second Media Age*, S. 85 ff., „Databases as a Super-panopticon“.

<sup>94</sup> Lotter, a. a. O., 13 (17).

<sup>95</sup> Zu einer ähnl. Verwendung des Begriffs s. *Dimmel*, Gewalt und soziale Kontrolle im neoliberalen Staat des Postfordismus, S. 299. Vgl. auch *Herold*, KJ 2019, 336 (339).

<sup>96</sup> Vgl. Lotter, a. a. O., 13 (23 ff.).

<sup>97</sup> Vgl. auch *Han*, Transparenzgesellschaft, S. 73, „ökonomische Panoptiken“ und S. 80 f.

<sup>98</sup> Lotter, a. a. O., 13 (19).

<sup>99</sup> Ebd. S. 18.

b) *Inverser Panoptismus: Die Überwachung der Überwachenden*

Diese Kritik wird aber allein aus Benthams Ausführungen zum Panopticon entwickelt und klammert seine Überlegungen zum Publizitätsprinzip aus. Sein Anliegen, durch Publizität die Überwachung und Kontrolle staatlicher Gewalt zu garantieren, bleibt unberücksichtigt.

Auch in der Funktionsweise des Publizitätsprinzips ist ein panoptisches Schema zu erkennen, bei dem sich die Überwachung allerdings in entgegengesetzter Richtung vollzieht. Da das Publizitätsprinzip nicht der Überwachung von Individuen durch staatliche Stellen oder private Unternehmen dient, sondern die Institutionen und ihre Vertreter dem prüfenden Blick des durch die Individuen konstituierten Kollektivs unterworfen werden, lässt sich die Funktionsweise des Publizitätsprinzips als inverses Panopticon beschreiben.<sup>100</sup> Sind es die Einzelnen, die gegenüber der akkumulierten staatlichen oder privaten Macht in die Rolle der Überwachenden schlüpfen, wird das panoptische Schema invertiert, das klassische Überwachungsverhältnis zwischen Machtapparat und Einzelnen wird umgekehrt. Invers erscheint das Schema auch, weil es nicht mehr um eine Überwachung Vieler durch Wenige geht, sondern um die Überwachung Weniger durch Alle, d. h. durch die Öffentlichkeit.

Um im architektonischen Bild zu bleiben, wird der Turm, in dem sich die staatliche oder private Macht konzentriert, dem permanenten Blick der ihn umgebenden Insassen, also der die Öffentlichkeit konstituierenden Subjekte, ausgesetzt und auf diese Weise selbst zum Gegenstand der Überwachung. Damit

---

<sup>100</sup> Mit ähnl. Gedankenführung hat bereits *Barth*, Informatik Forum Nr. 2 1996, 68 ff. = *Telepolis* v. 3.7.1997, den Begriff eingeführt: „Als inverses Panoptikum könnte man nun ein ‚latentes Utopiemodell‘ bezeichnen [...] Nicht der gläserne Bürger, wie ihn die computerisierte Verwaltung, das Superpanoptikum, schafft, ist gefordert, sondern die gläserne Bürokratie. Wer Macht ausüben kann, soll für den Bürger sichtbar gemacht werden. Der Sicherheit der persönlichen Daten komplementär ist also der Wunsch nach Beobachtung der Machtausübenden [...] Der Wunsch wird deutlich, den überwachenden Blick umzukehren: Die Insassen des Panoptikums sind es leid, in ihren Zellen dem Blick des unsichtbaren Wächters preisgegeben zu sein. Sie fordern – zunächst noch – nicht den Ausbruch aus ihren Zellen, aber sie wollen eine Invertierung jener Kontrolle, die sich durch technologische Entwicklungen gerade zu potenzieren droht. Die auf ein Zentrum hin gerichteten Gegenmächte erweisen sich als Teil der Macht oder ihr Spiegelbild.“ – In anderer Stoßrichtung verwendet *Borel*, *terminal* 118 | 2016, den Begriff des „panoptique inversé“, den er auch „panoptisme horizontal“ nennt. Er versteht darunter die Überwachung aller durch alle in der vernetzten Gesellschaft. Die im klassischen panoptischen Schema angelegten Pathologien des Totalitarismus würden in dieser neuen Form fortbestehen. Aus dem Französischen s. zudem bereits *Leroy*, in: *La production des institutions*, S. 155 ff. („Le panoptique inversé“). Vgl. außerdem *Han*, *Transparenzgesellschaft*, S. 74 f.: „Wir erleben im Moment nicht das Ende des Panoptikums. Das digitale Zeitalter des 21. Jahrhunderts ist insofern aperspektivisch, als es nicht mehr von dem einen Zentrum, von der Allmacht des despotischen Blickes überwacht wird. Die Unterscheidung von Zentrum und Peripherie, die konstitutiv für das Benthamische Panoptikum ist, verschwindet ganz.“

sich hierdurch ein disziplinierender Effekt einstellen kann, muss der Turm freilich selbst transparent sein oder es muss zumindest permanent die Möglichkeit bestehen, bei Machtmissbräuchen Transparenz von innen herzustellen, durch Personen, die wie Whistleblower Teil der jeweiligen Institution sind und die der Öffentlichkeit die relevanten Informationen zugänglich machen.<sup>101</sup>

### c) Prinzipielle Transparenz von Machtakkumulationen

Unter dem Eindruck der permanenten Beobachtung durch die Öffentlichkeit entsteht ein Überwachungsdispositiv, dem die akkumulierte Macht und vor allem die sie vertretenden Personen ausgesetzt sind. Das Dispositiv erstreckt sich nicht nur auf staatliche Gewalt und ihre Vertreter, sondern auch auf Machtverhältnisse, die dem Privatrecht unterliegen, gerade wenn es um Missstände in Organisationen geht, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Bedeutung eine öffentlichkeitsrelevante Machtstellung einnehmen.

Indem auch private Machtakkumulationen erfasst werden, geht der Aspekt der Überwachung und Kontrolle durch die Öffentlichkeit über die bislang dargestellten, eher staatsrechtlich geprägten Überlegungen hinaus. Dadurch wird gewährleistet, dass öffentliche Interessen betreffende Handlungen dem prüfenden Blick der Öffentlichkeit auch dann zugänglich sind, wenn sie nicht staatlich sind.<sup>102</sup> In einer Gesellschaft, in welcher infolge von Deregulierungen und Privatisierungen staatliche Aufgaben zurückgefahren und dem privaten Sektor überlassen werden, darf dies nicht auch dazu führen, dass der Öffentlichkeit ihr Anrecht auf Information bezüglich der sie betreffenden Sachverhalte entzogen wird. Für das öffentliche Interesse an der Information ist nicht entscheidend, ob die Missstände einer staatlichen oder privaten Organisation zuzurechnen sind, sondern wer betroffen ist, d. h. ob die Öffentlichkeit tangiert wird.

Die allgemeine Skepsis gegenüber der Akkumulation von Macht, nicht nur gegenüber staatlichen Institutionen, liegt empirisch in den zahllosen Skandalen der Gegenwart und des vergangenen Jahrhunderts begründet, die privaten Unternehmen und kirchlichen Institutionen zuzurechnen sind. Um der Schädigung

---

<sup>101</sup> Bodó, Internet Policy 4/2014, 1 (6): „Wikileaks’ coerced transparency extends the Foucauldian [sic!] disciplinary power to the very body of state and government by placing power under the surveillance of anonymous subjects.“ Er gibt aber zu bedenken: „But while it may be true that the Panopticon produces more efficient, more productive, more obedient, and more controlled subjects, it remains to be seen whether the outcome of applying the panoptic schema to power yields anything more than more panopticism.“; krit. auch Han, Transparenzgesellschaft, S. 77: „Gefordert wird also eine reziproke Ausleuchtung. Nicht nur das Unten wird durch das Oben, sondern auch das Oben durch das Unten überwacht.“; sowie Hefendehl, FS Amelung, 617 (635): „Es scheint nur noch die Kontrolle von unten nach oben zu fehlen, damit ein wechselseitiges Kontrollsystem perfekt ist. Und gerade diese Stoßrichtung nimmt das Whistleblowing ins Auge.“

<sup>102</sup> Vgl. grundlegend für das Strafrecht: Naucke, Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat; zu den rechtstheoretischen Grundlagen, Becker/Rönnau, ZStW 130 (2018), 340 ff.

und Ausbeutung von Menschen, Tieren und der Umwelt möglichst schon vorzubeugen, muss nicht nur staatliche, sondern auch private Macht, insbesondere die von global agierenden Akteuren, einem (inversen) Überwachungsdispositiv ausgesetzt werden. Wenn staatliche Institutionen nicht gewillt oder infolge der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private nicht mehr in der Lage sind, derartige Fehlverhalten zu erkennen oder schon zu verhindern, ist die Gesellschaft in besonderer Weise auf Offenlegungen durch Whistleblower angewiesen.

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob staatliche Institutionen bzw. die Öffentlichkeit anschließend auch angemessen auf das Enthüllte reagieren. Es ist keineswegs garantiert, dass von der diskursiven Kontrolle, die Transparenz ermöglicht, Gebrauch gemacht wird. Der Informationszugang bildet eine basale Voraussetzung dafür, dass Einzelne und die Öffentlichkeit auf Missstände reagieren können, gewährleistet aber nicht, dass kritische Reaktionen immer dann einsetzen, wenn es angebracht erscheint. Transparenz allein stellt außerdem nicht sicher, dass ein einmal angestoßener Diskurs stets angemessen und nach gerechten Regeln<sup>103</sup> geführt wird.

Insoweit trifft es zu, wenn Carl Schmitt insinuiert, dass Publizität nicht „das Allheilmittel gegen jede politische Krankheit und Korruption“ sei und es naiv wäre, anzunehmen, dass „die aufgeklärte öffentliche Meinung [...] jeden Mißbrauch ganz von selbst unmöglich“<sup>104</sup> mache.

Doch auch wenn Transparenz nicht schon von sich aus für Abhilfe sorgt, so bildet sie doch eine Bedingung für die Möglichkeit diskursiver öffentlicher Kontrolle, die teils schon präventiv wirkt und in anderen Fällen dazu führt, dass Machtmissbrauch unterbunden wird. Korruption, Nepotismus und andere Formen von Machtmissbrauch treten wahrscheinlicher auf, wenn die verantwortlichen Personen wissen, dass sie grundsätzlich nicht gezwungen sind, öffentlich Rechenschaft über ihr Verhalten abzulegen (psychologisch-prohibitiver Effekt von Transparenz). Werden solche Missbräuche öffentlich bekannt, ermöglicht dies, kritisch über sie zu berichten und zu diskutieren, was nicht selten zu Veränderungen wie einer Ahndung, Abstellung oder Aufarbeitungen führt (diskursiv-kontrollierender Effekt von Transparenz).<sup>105</sup>

Die hier vertretene Publizitätsforderung ist außerdem nicht nur kategorial begrenzt, sondern wird auch durch gut begründete staatliche oder unternehmerische Geheimhaltungsinteressen suspendiert.<sup>106</sup> Transparenz ist ein Prinzip

<sup>103</sup> Siehe etwa *Habermas*, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, S. 97 ff.

<sup>104</sup> *Schmitt*, *Parlamentarismus*, S. 48. Er moniert außerdem einen „enthusiastischen Glauben an Rede- und Preßfreiheit“, nach dem Machtmissbrauch undenkbar sei, „wo Preßfreiheit herrscht“, ebd. S. 49. Diese Bedeutung sei in England von dem „Fanatiker liberaler Verständigkeit, J. Bentham“ proklamiert worden: „Freiheit öffentlicher Diskussion, insbesondere Preßfreiheit, ist der wirksamste Schutz gegen politische Willkür“.

<sup>105</sup> Zu diesem Effekt s. noch genauer unter § 2 III.

<sup>106</sup> Siehe hierzu die im 1. Teil untersuchten geheimnisschützenden Vorschriften.

des öffentlichen Rechts, das keinen Alles-oder-Nichts-Charakter besitzt, sondern Grenzen in ihm widerstreitenden Prinzipien findet, etwa in der Sicherheit des Staates und seiner Einrichtungen und der Freiheit seiner Bürgerinnen und Bürger.<sup>107</sup>

Diese Relativität wird von Transparenzскеptikern ausgeblendet. So mag es zwar zutreffen, so wie Byung-Chul Han auf Carl Schmitt bezugnehmend reformuliert, dass „totale Transparenz“ die Politik lähmen würde, weil „strategisches Handeln“ auf Geheimhaltung angewiesen sei<sup>108</sup> und „das politische Handeln“ ohne Geheimnis „bloßer Inszenierung“ weiche.<sup>109</sup> Unzutreffend wird dabei aber unterstellt, dass uneingeschränkte Transparenz gefordert würde. Das trifft jedenfalls weder auf Bentham noch auf die hier vertretene Publizitätsforderung und auch nicht auf das geltende Recht<sup>110</sup> zu. Bentham selbst meint (s. o. unter II.), dass es möglich sein müsse, politische Beratungen und Vorverhandlungen zunächst geheim zu halten, jedenfalls, bis eine Entscheidung ergehe,<sup>111</sup> die dann – nach Schmitt – schon aus dem Grund der Repräsentation der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden muss: „Die Repräsentation kann nur in der Sphäre der Öffentlichkeit vor sich gehen. Es gibt keine Repräsentation, die sich im geheimen unter vier Augen abspielt, keine Repräsentation, die ‚Private Sache‘ wäre.“<sup>112</sup>

<sup>107</sup> Vgl. etwa Rösch, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 158 ff.

<sup>108</sup> Han, Transparenzgesellschaft, S. 14.

<sup>109</sup> Ebd. S. 15. Schmitt, Römischer Katholizismus und politische Form, S. 47: „Das 18. Jahrhundert wage noch soviel Selbstsicherheit und den aristokratischen Begriff des Geheimen. In einer Gesellschaft, die nicht mehr solchen Mut hat, wird es keine ‚Arcana‘ mehr geben, keine Hierarchie, keine Geheimdiplomatie und überhaupt keine Politik mehr, denn zu jeder großen Politik gehört das ‚Arcanum‘. Alles wird sich vor den Kulissen abspielen (vor einem Parkett von Papagenos).“; ders., Parlamentarismus, S. 48: „[...] das Postulat der Öffentlichkeit hat seinen spezifischen Gegner in der Vorstellung, daß zu jeder Politik Arcana gehören, politisch-technische Geheimnisse, die in der Tat für den Absolutismus ebenso notwendig sind, wie Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse für ein auf Privateigentum und Konkurrenz beruhendes Wirtschaftsleben.“

<sup>110</sup> Exemplarisch: „Der Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ als Grund, eine parlamentarische Anfrage an die Regierung abzulehnen, s. etwa BVerfGE 124, 161 (189); das Recht der Verschlußsachen (SÜG und VSA); die Ausnahmetatbestände der Informationsfreiheitsgesetze.

<sup>111</sup> Vgl. auch Jestaedt, AÖR 2001, 205 (230 f.), zur „Nichtöffentlichkeit als Bedingung von Offenheit im Entscheidungsfindungsprozeß staatlicher wie nicht-staatlicher Gremien“.

<sup>112</sup> Schmitt, Verfassungslehre, S. 208. Zum Begriff der Repräsentation, ebd. 212: „Repräsentiert wird die politische Einheit als Ganzes. In dieser Repräsentation liegt etwas, das über jeden Auftrag und jede Funktion hinausgeht. Daher ist nicht jedes beliebige ‚Organ‘ Repräsentant. Nur wer regiert, hat teil an der Repräsentation.“ Jede „echte Regierung“ repräsentiere „die politische Einheit eines Volkes“. Spezifisch bzgl. der Parlamente: „Ein Parlament hat nur so lange repräsentativen Charakter, als man glaubt, daß seine eigentliche Tätigkeit in der Öffentlichkeit liege. Geheime Sitzungen, geheime Abmachungen und Beratungen ir-

#### d) Grundsätzliche Intransparenz der individuellen Sphären

Die skizzierte Transparenzforderung beschränkt sich auf Machtakkumulationen und zielt damit weder auf den gläsernen Bürger noch den durchsichtigen Konsumenten. Sie bezweckt weder die Ausleuchtung des Unten durch das Oben noch die horizontale Beobachtung der Individuen untereinander, sondern allein die Überwachung und Kontrolle des Oben durch das Unten.<sup>113</sup> Die hier vertretene kategorial begrenzte und prinzipielle Transparenz ist nicht mit einer Post-Privacy-Ideologie zu verwechseln, die zu Recht abgelehnt wird.<sup>114</sup>

Allerdings klingt bei Bentham ein totales Überwachungsdispositiv an, eine umfassende staatliche und auch intersubjektive Überwachung und Kontrolle, die mit den Individuen Objekte erfasst, auf die sich die hier begründete Publizität von Institutionen, die der Überwachung und Kontrolle von Machtkonzentrationen dient, gerade nicht erstreckt.<sup>115</sup>

Ein derart ubiquitäres Verständnis von Transparenz erscheint dystopisch und ist abzulehnen. Umfassende staatliche und wechselseitige Überwachung der Individuen untereinander sowie damit einhergehende Kontrolle, Disziplinierung, Konformität und Homogenität sind Kennzeichen totalitärer Systeme.<sup>116</sup> Wir wollen nicht – um zwei aktuelle Beispiele aufzugreifen –, dass man unser Verhalten in einem System sozialer Kreditpunkte bewertet, ebenso wenig wie wir beim Über-rot-Gehen gefilmt und auf einer öffentlichen Leinwand zur Schau gestellt werden wollen.

Durch Überwachung vermittelter Zwang zu Konformität widerspricht einer freiheitlichen pluralistischen Gesellschaft, die Alterität, Devianz, Diversität, Heterogenität und Individualität als Werte begreift. Das reflektiert sich verfassungsrechtlich insbesondere darin, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht, den Menschen wegen ihrer Würde einen intransparenten Raum garantiert, in

---

gendwelcher Komitees können sehr bedeutungsvoll und wichtig sein, aber niemals repräsentativen Charakter haben.“ Ebd. S. 208, s. dazu auch S. 319. Die Verwaltung habe demgegenüber keinen repräsentativen Charakter: „Im Gegensatz zum Repräsentanten sagt die französische Verfassung von 1791 mit einem Satz, der theoretisch allgemein gültig ist, von der Verwaltung: ‚Die mit der Verwaltung (administration) des Staates betrauten Personen haben keinen repräsentativen Charakter. Sie sind Agenten (agents)‘ [...] Nach Art. 130 Abs. 1 der Weimarer Verfassung sind die Beamten ‚Diener der Gesamtheit‘, also ebenfalls keine Repräsentanten.“ Ebd. S. 212 f.

<sup>113</sup> Anders als die von Han, Transparenzgesellschaft, S. 77, beschriebene Forderung.

<sup>114</sup> Han, Transparenzgesellschaft, S. 8.

<sup>115</sup> Vgl. dazu De George, in: Business Ethics, S. 320 (332): „There is no general moral obligation for everyone to report every minor instance of wrongdoing of which they become aware. Such a requirement would be impossible to fulfill and would cause more social harm than good. It would turn a normal society into a police state or develop a police-state mentality among its citizens in which everyone watches and reports on everyone else.“

<sup>116</sup> Vgl. etwa A. Arndt, NJW 1960, 2040.

dem sie sich frei entfalten können.<sup>117</sup> Oder in den Worten von Han: „Die menschliche Seele braucht offenbar Sphären, in denen sie bei sich sein kann ohne den Blick des Anderen.“<sup>118</sup> Es gilt also, die Intransparenz der privat-individuellen Sphäre umfassend zu schützen.<sup>119</sup>

Allerdings: Auch diese Intransparenz wird ausnahmsweise durchbrochen. So können Individuen den Schutz ihrer intransparenten Sphäre nach der Rechtsprechung durch schwere Verfehlungen zumindest teilweise verspielen, etwa durch Straftaten (s. dazu noch unter § 2 III. 3. a)). Das gilt gerade bei Taten, die systematisch und unter Ausnutzung von Machtverhältnissen begangen werden.

#### e) Zur Möglichkeit begrenzter Transparenz

Die Intransparenz der privat-individuellen Sphäre einerseits und die Transparenz von Machtakkumulationen andererseits sind zugleich zu gewährleisten, trotz ihrer entgegengesetzten Stoßrichtungen. Grundsätzlich wird das bereits durch das Recht reflektiert: Die Intransparenz der Individualsphäre wird durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>120</sup> und gesetzliche Ausprägungen des Grundrechts, beispielsweise geheimnisschützende Vorschriften und das Datenschutzrecht, geschützt. Demgegenüber sind das verfassungsrechtliche Publizitätsprinzip bzw. der unionsrechtliche Grundsatz der Offenheit, das Grund- und Menschenrecht der Informationsfreiheit, das parlamentarische Fragerecht, die Informationsfreiheitsgesetze sowie eine Vielzahl von Informationsansprüchen, Auskunfts- und Einsichtsrechten auf Transparenz gerichtet.

Trotz gegenläufiger Wirkungen spricht die Entwicklung der genannten Rechtsbereiche dafür, dass sich die Intransparenz des Individuellen und die Transparenz von Machtakkumulationen zugleich gewährleisten lassen. Demgegenüber meint Byung-Chul Han, dass sich Transparenz nicht auf den Bereich der Politik und Wirtschaft begrenzen lasse:<sup>121</sup> „Wer die Transparenz allein auf Korruption und Informationsfreiheit bezieht, verkennt ihre Tragweite. Die Transparenz ist ein systemischer Zwang, der alle gesellschaftlichen Vorgänge erfasst und sie einer tiefgreifenden Veränderung unterwirft.“<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> Vgl. bereits I. Teil § 8 II. 1. zum strafrechtlichen Schutz persönlicher Geheimnisse.

<sup>118</sup> Han, Transparenzgesellschaft, S. 8.

<sup>119</sup> Der Geheimnisschutz bedarf hier, im Gegensatz zur staatlichen Geheimhaltung, grds. keiner Rechtfertigung *Jestaedt*, AöR 2001, 205 (221).

<sup>120</sup> Bzw. durch die spezielleren Ausprägungen: Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

<sup>121</sup> Han, Transparenzgesellschaft, S. 5.

<sup>122</sup> Ebd. S. 6.

Es erschließt sich aber nicht ohne Weiteres, weshalb aus einer Transparenz, die auf die Bekämpfung von Korruption zielt, ein systemischer Zwang erwachsen soll, der auf den privat-individuellen Bereich übergreift. Han begründet diesen Zwang auch anders. Er meint, dass wir in einer „ausgestellten Gesellschaft“ leben, in der „jedes Subjekt sein eigenes Werbe-Objekt“ sei und sich alles „an seinem Ausstellungswert“ bemesse. Diese vermeintliche Transparenz des Selbst hat ihren Grund aber nicht in der Idee der Machtkontrolle des Publizitätsprinzips, sondern in der „kapitalistischen Ökonomie“.<sup>123</sup> Es werden also Dinge unter den Begriff der Transparenz zusammengebracht, die sich nicht wechselseitig bedingen und verschiedene Ursachen haben. Daher überzeugt die Annahme, dass sich Transparenz nicht auf bestimmte Bereiche begrenzen lasse, nicht.

### III. Kants „Princip der Publicität“

Während Bentham seine Forderung nach *publicity* utilitaristisch-psychologisch begründet, deduziert Kant in der Abhandlung „Zum ewigen Frieden“,<sup>124</sup> die im Jahr 1795 erscheint, ein apriorisches „Princip der Publicität“ aus dem Begriff des öffentlichen Rechts. In der Kantrezeption wird dieses Publizitätsprinzip schon seit Längerem allgemein diskutiert.<sup>125</sup> Anlässlich von Veröffentlichungen auf WikiLeaks wurde es zudem spezifisch mit dem Whistleblowing

---

<sup>123</sup> Han, Transparenzgesellschaft, S. 22.

<sup>124</sup> Kant hatte diese „satirische Überschrift“ auf einem Schild einer holländischen Gastwirtschaft entdeckt, auf dem ein Friedhof abgebildet war und assoziiert damit u. a. die „Staatsoberhäupter“, „die des Krieges nie satt werden können“, Kant, ZeF, AA VIII, 343. I. F. wird der Text auch als „Friedensschrift“ bezeichnet; s. zudem schon Kant, Vorarbeiten zum öffentlichen Recht, AA XXIII, 346.

<sup>125</sup> Siehe etwa (chronologisch): *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), § 13; *Maihofer*, Blätter 1963, 26 (30), zum sog. publizistischen Landesverrat; *Arendt*, in: Das Urteilen, Texte zu Kants Politischer Philosophie (1970), S. 17 (67 ff.); *Rawls*, A Theory of Justice (1971), S. 115; *Williams*, Kant's Political Philosophy (1983), S. 149 ff.; *Langer*, Reform nach Prinzipien (1986), S. 44 ff.; *Blesenkemper*, „Public Age“ Studien zum Öffentlichkeitsbegriff bei Kant (1987), S. 342 ff.; *de Lucas*, in: Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie (1990), S. 265 ff.; *Davis*, in: History of Philosophy Quarterly 8 (1991), 409 ff.; *ders.*, in: Kant-Studien 83 (1992), S. 170 ff.; *Cavallar*, Pax Kantiana (1992), S. 367; *Gerhardt*, Immanuel Kants Entwurf „Zum ewigen Frieden“ (1995), S. 186 ff.; *Rosen*, Kant's Theory of Justice (1996), S. 181 ff.; *Luban*, in: The Theory of Institutional Design, S. 154 ff. (1998); *Joerden*, Staatswesen und rechtsstaatlicher Anspruch (2008), S. 85 ff.; *Keienburg*, Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft (2011), S. 23 ff.; *García-Marzá*, Kant-Studien 103 (2012), 96 ff.



staatlicher Geheimnisse in Zusammenhang gebracht.<sup>126</sup> Denn Enthüllungsplattform und Publizitätsprinzip sind auf umfassende Transparenz ausgerichtet, jene tatsächlich und dieses normativ. Mit dem Publizitätsprinzip könnte sich deshalb die Frage beantworten lassen, ob oder inwieweit staatliche Geheimhaltung Unrecht und damit spiegelbildlich die Offenlegung von Geheimnissen rechtens ist.

Dazu wird im Folgenden das Publizitätsprinzip aus der Friedensschrift rekonstruiert, dargestellt, auf welche Handlungen es Anwendung findet, und entgegen anderen Interpretationen vertreten, dass es auch darauf gerichtet ist, faktische Öffentlichkeit herzustellen. Anschließend wird versucht, die transzendentalen Formeln des öffentlichen Rechts, die Kant einführt, auf Fragen des staatlichen Geheimnisschutzes anzuwenden.

### 1. Das Publizitätsprinzip in der Schrift zum ewigen Frieden

Im Anhang der Friedensschrift, nach den sechs Präliminar-<sup>127</sup> und den drei Definitivartikeln<sup>128</sup>, die einen andauernden globalen Frieden ermöglichen sollen, führt Kant das „transcendentale Princip der Publicität des öffentlichen Rechts“ ein.<sup>129</sup> Abstrahiere man von aller Materie des öffentlichen Rechts, so bleibe nur

„noch die Form der Publicität übrig, deren Möglichkeit ein jeder Rechtsanspruch enthält, weil ohne jene es keine Gerechtigkeit (die nur als öffentlich kundbar gedacht werden kann) mithin auch kein Recht, das nur von ihr erteilt wird, geben würde.“<sup>130</sup>

Diese „Fähigkeit der Publizität“ sei ein „a priori in der Vernunft anzutreffendes Kriterium“, mit dem sich „ganz leicht“ beurteilen lasse, ob sich die Publizität „mit den Grundsätzen des Handelnden vereinigen lasse oder nicht“.

Mit einem stark an den kategorischen Imperativ erinnernden „Experiment der reinen Vernunft“, das Kant „transcendentale Formel des öffentlichen

---

<sup>126</sup> Chronologisch: *Thumfahrt*, taz v. 12.12.2010; *Nida-Rümelin*, Die Zeit v. 16.12.2010, S. 52; *ders.*, in: Sternstunde Philosophie, „WikiLeaks und Whistleblowing – oder: Kann Verrat gerecht sein?“, Sendung des Schweizer Fernsehens Kultur v. 20.2.2011; *Joerden*, JRE 19 (2011), 227 ff.; *Clinger*, Public Integrity 19 (2017), 394 (400); *Santoro/Kumar*, A Theory of Whistleblowing (2018), S. 16 ff. – Zu möglichen Implikationen für den strafrechtlichen Geheimnisschutz, *Joerden*, a. a. O., 238: Kant habe Recht damit gehabt, dass die Offenbarung von Geheimnissen, deren Geheimhaltung unerlaubt sei, rechtsethisch und positivrechtlich erlaubt sein müsse (bzgl. WikiLeaks und den Snowden-Enthüllungen).

<sup>127</sup> *Kant*, ZeF, AA VIII, 341 ff., dazu zählen etwa die Abschaffung stehender Heere (345) und das Verbot, sich gewalttätig in Angelegenheiten anderer Staaten einzumischen (346).

<sup>128</sup> Ebd. S. 348 ff., die Staaten sollen republikanisch verfasst sein (349), das Völkerrecht soll auf einem Föderalismus freier Staaten, einem globalen Völkerbund, gegründet sein (354) und allen Menschen soll ein Weltbürgerrecht auf Hospitalität, also ein „Besuchsrecht“, zustehen (357), denn „niemand an einem Orte der Erde zu sein mehr Recht hat als der Andere.“ (358).

<sup>129</sup> Ebd. ab S. 381, wörtlich zitiert: S. 382.

<sup>130</sup> Ebd. S. 381.

Rechts“ nennt, sei „sofort zu erkennen“, ob der gedachte Anspruch rechtswidrig sei.<sup>131</sup> „Alle auf das Recht anderer Menschen bezogene Handlungen, deren Maxime sich nicht mit der Publicität verträgt, sind Unrecht.“<sup>132</sup> Denn wenn die Offenlegung meiner Maxime dazu führt, dass „dadurch meine eigene Absicht zugleich“ vereitelt wird, sie also geheim gehalten werden muss,

„wenn sie gelingen soll, und zu der ich mich nicht öffentlich bekennen kann, ohne daß dadurch unausbleiblich der Widerstand Aller gegen meinen Vorsatz gereizt werde, kann diese nothwendige und allgemeine, mithin a priori einzusehende Gegenbearbeitung Aller gegen mich nirgend wovon anders, als von der Ungerechtigkeit her haben, womit sie jedermann bedroht.“<sup>133</sup>

Dieses Experiment sei jedoch „bloß negativ, d. i. es dient nur, um vermittelt desselben, was gegen Andere nicht recht ist, zu erkennen.“ Besteht die jeweilige Maxime den Test nicht, ist erwiesen, dass die auf ihr beruhende Handlung Unrecht ist (weswegen die entsprechende Formel i. F. als „Negativformel“ oder „Unrechtsformel“ bezeichnet wird). Daraus folgt jedoch nicht, dass eine Handlung schon recht bzw. gerecht ist, wenn ihre Maxime den Test besteht.<sup>134</sup>

Um die Einfachheit der Anwendung und den axiomatischen Charakter der Negativformel zu demonstrieren, führt Kant verschiedene Beispiele an:<sup>135</sup> So soll etwa eindeutig und leicht einsehbar sein, dass der Widerstand gegen einen Tyrannen „im höchsten Grade unrecht“ sei, auch wenn dem Tyrannen durch seine Entthronung kein Unrecht widerfahre. Denn wenn sich das Volk in der

---

<sup>131</sup> Ebd. Nur eine der Publizität fähige Maxime ist im Sinne des kategorischen Imperativs universalisierbar, Rawls, *A Theory of Justice*, S. 115: „The publicity condition is clearly implicit in Kant’s doctrine of the categorical imperative insofar as it requires us to act in accordance with principles that one would be willing as a rational being to enact as law for a kingdom of ends.“; Luban, in: *The Theory of Institutional Design*, S. 154 (181); Santoro/Kumar, *A Theory of Whistleblowing*, S. 17 f.: „one cannot rationally will a maxim to be universal and be secret at the same time.“; eingehend zum „Prinzip der Publizität im kategorischen Imperativ“ Keienburg, *Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft*, S. 111 ff.; zur Frage, ob überhaupt Unterschiede zwischen kategorischem Imperativ und Publizitätsprinzip bestehen, Davis, *History of Philosophy Quarterly* 8 (1991), 409 (411): In der Ethik werde geprüft, ob eine Maxime zu einem allgemeinen Gesetz des Wollens von jedermann erhoben werden könne; in der Politik hingegen, ob eine von der Gesetzgebung verfolgte Maxime von allen gewollt werden könne, ob sie sich also eignet, um von anderen befolgt zu werden; zust. García-Marzá, *Kant-Studien* 103 (2012), 96 (109), mittels des ethischen und rechtlichen Tests würde erklärt, wie ein moralischer Anspruch auf zwei verschiedene Sphären angewendet werden könne. In der Sphäre der Moral könne eine Maxime zu einem (inneren) Widerspruch führen, in der Sphäre der Politik auf (äußeren) Widerstand stoßen.

<sup>132</sup> Kant, *ZeF*, AA VIII, 381.

<sup>133</sup> Kant, *ZeF*, AA VIII, 381.

<sup>134</sup> Ebd. S. 384 f.: „[E]s läßt sich nicht umgekehrt schließen: daß, welche Maximen die Publicität vertragen, dieselbe auch darum gerecht sind“.

<sup>135</sup> Ebd. S. 382.

Verfassung ein Widerstandsrecht gegen den Souverän einräumen würde, dann würde es den mit der Verfassungsgebung intendierten Zweck der Staatsgründung verfehlen, weil es sich eine rechtmäßige Macht über den Souverän anmaßen würde, auf den es die Macht im selben Akt überträgt. Die Maxime des Aufruhrs müsse deshalb notwendig geheim gehalten werden, um ihren Zweck zu erreichen, womit sie gemäß der Formel ungültig und somit Unrecht sei.<sup>136</sup>

Auch auf das Völkerrecht finde das Kriterium der Publizität „seine leichte Anwendung“.<sup>137</sup> Kant nennt hier zwischenstaatliche Vereinbarungen, an die sich eine Partei von vornherein nicht gebunden fühlt,<sup>138</sup> den militärischen Präventivschlag<sup>139</sup> und die Einverleibung des Territoriums eines kleineren Staates, der seiner Lage nach das Gebiet eines größeren Staates trennt.<sup>140</sup> In diesen Fällen würde die Offenlegung der jeweiligen Maxime ihren Zweck vereiteln und mithin müssten ihre Maximen Unrecht sein.<sup>141</sup> Wenn etwa eine Regierung in Verhandlungen erklären würde, eine versprochene Leistung gegenüber einem anderen Staat nicht erbringen zu wollen, würden die potentiellen Vertragspartner „fliehen, oder sich mit Anderen vereinigen“. Auch der Zweck des Präventivschlags würde konterkariert, wenn er dem betroffenen Staat angekündigt würde.<sup>142</sup>

In der Absicht eine „lichtscheue[ ] Politik“ zu vereiteln, die sich mit der Ethik leicht einverstanden zeige, sich aber nicht an die Rechtslehre gebunden fühle, schlägt Kant anschließend ein „anderes transcendentales und bejahendes Princip des öffentlichen Rechts“ vor. Dieses rätselhaftere Prinzip, das im Folgenden auch als positive oder affirmative Formel bezeichnet wird, lautet:

„Alle Maximen, die der Publicität bedürfen (um ihren Zweck nicht zu verfehlen), stimmen mit Recht und Politik vereinigt zusammen.“<sup>143</sup>

---

<sup>136</sup> Ebd. Der Tyrann könne demgegenüber „frei heraus sagen, daß er jeden Aufruhr mit dem Tode der Rädelsführer bestrafen werde“. Fraglich ist, ob hier nicht zwei Maximen vermengt werden, die der Staatsgründung und die des Widerstands. Man könnte dann allerdings argumentieren, dass der Zweck des Widerstands, faktisch vereitelt würde, wenn seine Maxime publik gemacht würde, denn dann könnte der Tyrann den Aufstand verhindern (ähnlich dem noch folgenden Beispiel des Präventivschlags).

<sup>137</sup> *Kant, ZeF, AA VIII, 383.*

<sup>138</sup> Ebd. S. 384, 383.

<sup>139</sup> Ebd. S. 384.

<sup>140</sup> *Kant, ZeF, AA VIII, 384.* Er geißelt die „Afterpolitik“, mit der „das Verschlingen eines kleinen Staats, wenn dadurch ein viel größerer, zum vermeintlich größeren Weltbesten, gewinnt, für eine leicht=verzeihliche Kleinigkeit“ gehalten wird, ebd. 385. Mit der Freiheit der Staaten sei der einzig „vereinbare rechtliche Zustand“ eine Staatenföderation, in der Politik und Moral zusammenstimmen, d. h. ein auf Frieden abzielender „föderativer Verein“. Ohne den Friedenszweck sei jede „Klügelei Unweisheit und verschleierte Ungerechtigkeit“.

<sup>141</sup> *Kant, ZeF, AA VIII, S. 384.*

<sup>142</sup> Ebd.

<sup>143</sup> Ebd. S. 386.

## 2. Die dem Prinzip eingeschriebene Forderung nach faktischer Transparenz

Die affirmative Formel spricht für die eingangs aufgestellte These, dass das Publizitätsprinzip Kants sich nicht in Gedankenexperimenten erschöpft, sondern auch auf die Herstellung faktischer Transparenz zielt, denn nach ihr können nur diejenigen Handlungen öffentliches Recht werden, deren Maximen öffentlich bekanntgeworden sind.<sup>144</sup> Solange ihre Maximen noch nicht öffentlich zugänglich sind, können sie nur mögliches, nicht aber aktuell geltendes Recht sein.

### a) Das Gedankenexperiment verlangt keine faktische Transparenz

Auf den ersten Blick leuchtet allerdings eine andere Interpretation ein: Das Publizitätsprinzip verlange, wegen seines apriorischen Charakters und der nur hypothetischen Anwendung seiner transzendentalen Formeln, überhaupt keine faktische Transparenz,<sup>145</sup> vielmehr könne es sogar eine umfassende Geheimpolitik legitimieren.<sup>146</sup>

In der Tat setzt gerade die Negativformel keine tatsächliche Veröffentlichung der jeweiligen Maxime voraus, da ihre Anwendung ein „Experiment der reinen Vernunft“<sup>147</sup> ist, die jeweilige Maxime also nur in einem hypothetischen Test, einem „Gedankenexperiment“<sup>148</sup> geprüft wird. Aus dem Testergebnis der Negativformel, also entweder der Publizitätsfähigkeit oder der Unverträglichkeit der Maxime mit ihrer Publizität, folgt tatsächlich nicht, dass die Maxime, nach Durchführung des Tests, zu veröffentlichen ist. Das Ergebnis der Negativformel lautet vielmehr entweder, eine Handlung ist Unrecht, weil sich ihre Maxime nicht mit der Publizität verträgt, oder sie *kann* Recht sein, weil sich

<sup>144</sup> Für diese Interpretation *Blesenkemper*, „Public Age“, S. 351 f.; *García-Marzá*, Kant-Studien 103 (2012), 96 (107 ff., 112 ff.); *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, § 13 S. 185; *Joerden*, Staatswesen und rechtsstaatlicher Anspruch, S. 85 ff.; *ders.*, JRE 19 (2011), 227 (230, 238); *Keienburg*, Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft, S. 23, 26; *Langer*, Reform nach Prinzipien, S. 45 f.; *Rosen*, Kant’s Theory of Justice, S. 182; *Williams*, Kant’s Political Philosophy, S. 152.

<sup>145</sup> So für das Publizitätsprinzip allgemein, d. h. für Negativ- und Positivformel: *Clinger*, Public Integrity 19 (2017), 394 (395); *Davis*, History of Philosophy Quarterly 8 (1991), 409 (409, 418), er meint (ebd. S. 410), das Publizitätsprinzip sei ein Versuch Rousseaus *volonté général*, der ein empirischer Allgemeinwille ist, mit apriorischer Autorität auszustatten, indem die Öffentlichkeit und ihr vereinter Wille als rationales Konstrukt, als Ideen der Vernunft ausgegeben werden; *Luban*, in: The Theory of Institutional Design, S. 154 (156); *Santoro/Kumar*, A Theory of Whistleblowing, S. 18.

<sup>146</sup> *Davis*, History of Philosophy Quarterly 8 (1991), 409 (409, 419).

<sup>147</sup> *Kant*, ZeF, AA VIII, 381.

<sup>148</sup> Siehe etwa *Davis*, History of Philosophy Quarterly 8 (1991), 409 (413, 416, 417, 419); *Gosseries/Parr*, „Publicity“, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, Sect. 1.1.; *Keienburg*, Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft, S. 111; *Luban*, in: The Theory of Institutional Design, S. 154 (156); *Santoro/Kumar*, A Theory of Whistleblowing, S. 18.

ihre Maxime mit der Publizität verträgt. Aus dem möglichen Recht einer politischen Handlung lässt sich allerdings nicht ableiten, dass ihre Maxime veröffentlicht werden muss.<sup>149</sup> Nach diesem allein mit der Negativformel begründeten Verständnis könnte der Souverän seine Maximen also gedanklich prüfen, und, wenn sie den Test bestehen, ihnen entsprechend handeln. Für die Bewertung seiner Handlungen als Recht oder Unrecht wäre es ganz gleich, ob seine Maximen tatsächlich veröffentlicht würden.

Dass der Test zunächst nur gedanklich durchzuführen ist, erklärt sich aus der Achtung der Autonomie, die in dem traditionellen Prinzip universeller Gerechtigkeit zum Ausdruck kommt, nach welchem einer Person, die einer Handlung zustimmt, kein Unrecht getan wird (*volenti non fit iniuria*).<sup>150</sup> Sind andere von meiner Handlung betroffen, benötige ich ihre Zustimmung, um meine Absichten zu verwirklichen.<sup>151</sup> Daher muss eine politische Handlung Unrecht sein, bei der von vornherein, d. h. schon gedanklich, erkennbar ist, dass sie bzw. ihre Maxime unmöglich von der Bevölkerung akzeptiert werden würde.<sup>152</sup>

In dieser bisherigen Betrachtung bleibt allerdings die affirmative Formel weitgehend unberücksichtigt.<sup>153</sup> Zudem sieht man sich mit der Frage konfrontiert, weshalb die Unfähigkeit einer Maxime zu ihrer Publizität zum Kriterium der Unrechtmäßigkeit politischer Handlungen erhoben wird, wenn Publizität letztlich nicht auch tatsächlich herbeizuführen ist. Es erscheint rätselhaft, dass in dem Merkmal der Publizität bzw. Öffentlichkeit, im Sinne von öffentlich gemacht, zwar ein intrinsischer Wert liegen soll, der über das Unrecht einer Handlung entscheidet, aber Öffentlichkeit zugleich nur vorgestellt und nicht auch faktisch umgesetzt werden muss.

---

<sup>149</sup> Aus dem Unrecht einer Maxime kann das ohnehin nicht folgen. Denn diese Maxime soll nicht einmal erwogen, geschweige denn veröffentlicht werden.

<sup>150</sup> Langer, Reform nach Prinzipien, S. 46; zust. García-Marzá, Kant-Studien 103 (2012), 96 (106, 110), weil es unmöglich sei, dass ein Individuum eine Ungerechtigkeit gegen sich selbst begehe.

<sup>151</sup> García-Marzá, Kant-Studien 103 (2012), 96 (106). Zur Befolgung der öffentlichen Gesetze seien sie moralisch nur verpflichtet, wenn die Gesetze aus ihrem Willen resultierten oder sie ihnen zustimmten, ebd. S. 110.

<sup>152</sup> Darüber hinaus wird aus dem dargestellten Gedankengang abgeleitet, dass das öffentliche Recht die Zustimmung der die Öffentlichkeit konstituierenden Subjekte voraussetzt, die nur über Transparenz hergestellt werden kann, ebd. S. 106, mit Verweis auf Rawls, A Theory of Justice, S. 115, der als eine formale Bedingung des Rechtes die Publizität nennt.

<sup>153</sup> Vgl. Rosen, Kant's Theory of Justice, S. 182, „Advocates of the minimalist interpretation routinely ignore the positive principle of publicity.“

b) Das Prinzip ist aber auf faktische Transparenz ausgerichtet

Das Publizitätsprinzip geht mit der affirmativen Formel über ein bloßes Gedankenexperiment hinaus und ist auch auf die faktische Offenlegung der jeweiligen Maxime ausgerichtet.<sup>154</sup> Denn die Maxime einer Handlung, die andere affiziert, muss für die betroffenen Subjekte auch als solche (öffentlich) erkennbar sein. Andernfalls könnten sie einer Maxime und den auf ihr beruhenden Handlungen nicht zustimmen oder sie ablehnen, sie würden ihnen vielmehr wie Naturphänomene oder vollendete Tatsachen erscheinen. Die Frage nach der Reaktion der Betroffenen hätte dann überhaupt keine Bedeutung.

Dass die Maxime, nachdem sie innerlich getestet wurde, auch tatsächlich zu veröffentlichen ist, ergibt sich aus dem Wort „bedürfen“ in der affirmativen Formel:<sup>155</sup> „Alle Maximen, die der Publicität *bedürfen* (um ihren Zweck nicht zu verfehlen), stimmen mit Recht und Politik vereinigt zusammen.“<sup>156</sup> Während die von der Negativformel vorausgesetzte Fähigkeit der Maxime zur Publizität nur voraussetzt, dass bei ihrer Veröffentlichung kein Widerstand hervorgerufen werde und ihre Veröffentlichung daher vorstellbar sein müsse, gehe der Begriff des Bedürfnisses der Maxime nach Publizität darüber hinaus.<sup>157</sup> Er gibt an, dass die jeweilige Maxime veröffentlicht werden muss, um ihren Zweck nicht zu verfehlen. Das wird noch deutlicher, wenn Kant in dem auf die affirmative Formel folgenden Satz schreibt, dass die Maxime „nur durch die Publicität ihren Zweck erreichen“ könne.<sup>158</sup>

Ihren Zweck kann die Maxime nur durch Publizität erreichen, weil sie als politische Maxime von der Akzeptanz bzw. dem Zuspruch des Publikums abhängig ist. Die Verwirklichung ihres öffentlichen Zwecks wird erst möglich,

---

<sup>154</sup> Keienburg, Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft, S. 26, mit Verweis auf *Blesenkemper*, „Public Age“, S. 351 f. Dafür spricht auch, dass Kant die Beschreibung als „Experiment der reinen Vernunft“ nur bezüglich der Negativformel verwendet.

<sup>155</sup> A. A. Davis, *History of Philosophy Quarterly* 8 (1991), 409 (415 f.), Kant habe mit der affirmativen Formel nichts eingeführt, das nicht schon in der Negativformel enthalten sei „Kant has, on the most generous interpretation, duplicated his initial, and clearer, statement.“ Ebd. S. 416. Gegen Davis Position spricht aber, dass die Verträglichkeit einer Maxime mit ihrer Publizität nach der Negativformel nur ein notwendiges, aber kein hinreichendes Merkmal, der Rechtlichkeit politischer Handlungen ist, vgl. etwa *Gosepath*, *Yearbook for Eastern and Western Philosophy* 1 (2016), 27 (31); *Gosseries/Parr*, „Publicity“, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Sect. 1.1. Eine allein ins Positive gewendete Formulierung hätte folglich etwa lauten müssen: Jede politische Handlung, deren Maxime sich mit der Publizität verträgt bzw. die der Publizität fähig ist, kann Recht sein. Davon unterscheidet sich die Formulierung, nach der eine Maxime der Publizität *bedarf*, um mit Recht und Politik zusammenzustimmen. Die Positivformel ist also nicht bloß eine „Umkehrung“ der Negativformel, *Langer*, *Reform nach Prinzipien*, S. 45.

<sup>156</sup> Kant, *ZeF*, AA VIII, 386 (Hervorh. d. R. B.).

<sup>157</sup> *García-Marzá*, *Kant-Studien* 103 (2012), 96 (103), legt diese Fähigkeit zur Publizität als „Kommunizierbarkeit“ („communicability“) aus.

<sup>158</sup> Kant, *ZeF*, AA VIII, 386.

wenn das Publikum ihr auch Folge leistet. Die jeweilige Maxime muss also nicht nur hypothetisch kommunizierbar sein, sondern von der Öffentlichkeit akzeptiert bzw. affirmiert werden:<sup>159</sup>

„Denn wenn sie nur durch die Publicität ihren Zweck erreichen können, so müssen sie dem allgemeinen Zweck des Publicums (der Glückseligkeit) gemäß sein, womit zusammen zu stimmen (es mit seinem Zustande zufrieden zu machen), die eigentliche Aufgabe der Politik ist.“<sup>160</sup>

Die Glückseligkeit als oberster politischer Zweck<sup>161</sup> kann nur durch die tatsächliche Zufriedenheit des Publikums erreicht werden. Und Publizität beschreibt Kant in diesem Zusammenhang als die Entfernung des Misstrauens gegen die Maxime.<sup>162</sup> Gemeint ist hier nicht nur eine vorgestellte (was sinnlos wäre), sondern die faktische Beseitigung des Misstrauens der aktuellen Öffentlichkeit gegenüber der jeweiligen Maxime.<sup>163</sup> Ist das Publikum mit der Maxime unzufrieden und opponiert es gegen sie, wird nicht nur der spezifische Zweck der jeweiligen Maxime, sondern auch der allgemeine Zweck der Politik verfehlt. Durch Publizität soll also die Akzeptanz, besser noch die Zustimmung

---

<sup>159</sup> *Williams*, Kant's Political Philosophy, S. 152: „for the policies of a ruler to be just they have not only to be passively accepted by the people but also have to be actively desired. [...] This is, Kant thinks, a principle which the people themselves can use to judge whether in fact a sovereign has acted in good faith and in their best interests.“; *Langer*, Reform nach Prinzipien, S. 45: die politischen Maximen sind nicht nur öffentlich bekannt zu machen, sondern müssen von den Betroffenen auch aktiv bejaht und unterstützt werden; *García-Marzá*, Kant-Studien 103 (2012), 96 (107): alle involvierten Akteure müssten der Maxime zustimmen bzw. der offengelegte kollektive Wille müsse durch alle Beteiligten akzeptiert werden (unter Verweis auf *Cavallar*, Pax Kantiana, S. 367); ähnl. auch *Gosepath*, Yearbook for Eastern and Western Philosophy 1 (2016), 27 (32): aus Gründen der Stabilität müssten vom Volk zu befolgende Normen auch akzeptabel, d. h. zumindest verständlich, nachvollziehbar und vernünftig sein. – Abl. *Davis*, History of Philosophy Quarterly 8 (1991), 409 (416, 418): eine empirische Zustimmung oder ähnliche tatsächliche Unterstützung durch die Öffentlichkeit verlange die affirmative Formel keineswegs, denn dann könne der Test, entgegen Kants Intention, insgesamt nicht mehr apriorisch genannt werden (wobei Kant nur die Negativformel als „Experiment der reinen Vernunft“ bezeichnet).

<sup>160</sup> *Kant*, ZeF, AA VIII, 386.

<sup>161</sup> Siehe ebd. S. 379: „Glückseligkeit [...] als dem obersten (aber empirischen) Princip der Staatsweisheit“.

<sup>162</sup> Ebd. 386: „Wenn aber dieser Zweck nur durch die Publicität, d. i. durch die Entfernung alles Mißtrauens gegen die Maximen derselben, erreichbar sein soll [...]“.

<sup>163</sup> *García-Marzá*, a. a. O., S. 113, meint, Kant führe mit dem Merkmal der Beseitigung des Misstrauens ein weiteres Element der Beziehung von Moral und Politik, der Idee und ihrer Verwirklichung ein, weshalb die Passage fast wie eine dritte Formulierung des Publizitätsprinzips gelesen werden könne. Publizität sei danach eine Bedingung der Möglichkeit des notwendigen Vertrauens in die Gesellschaftsordnung und deren Legitimität. Es erscheine eine kognitive Dimension der moralischen Unterstützung, der jede Institution bedürfe und die zugleich als empirischer Dreh- und Angelpunkt diene, um die moralische Qualität von Institutionen zu bewerten.

zu der Maxime erreicht werden, damit ihr öffentlicher Zweck durch das Folgeleisten der Bürgerinnen und Bürger realisiert wird.<sup>164</sup> In diesem Sinne fungiert Publizität als Test, ob die politische Norm tatsächlich dem Ziel der Förderung des Allgemeinwohls dient oder nicht.<sup>165</sup>

Während damit die Notwendigkeit faktischer Öffentlichkeit als Mittel für die Erreichung des obersten Zwecks der Politik, der Glückseligkeit, ausgewiesen ist, stellt sich weiterhin die Frage, weshalb die jeweilige Maxime der Publizität bedarf, um nicht nur mit der Politik, sondern auch mit dem Recht zusammenzustimmen, wie es in der Positivformel heißt.<sup>166</sup> Auch dazu findet sich bei Kant eine letzte Erläuterung:

„Wenn aber dieser Zweck [die Glückseligkeit des Publikums] nur durch die Publicität, d. i. durch die Entfernung alles Mißtrauens gegen die Maximen derselben, erreichbar sein soll, so müssen diese auch mit dem Recht des Publicums in Eintracht stehen; denn in diesem allein ist die Vereinigung der Zwecke Aller möglich.“<sup>167</sup>

Die Erläuterung führt zu dem oben skizzierten Gedanken der Autonomie zurück. So wie eine einzelne Person kein Unrecht erleidet, wenn sie einer auf ihr Recht bezogenen Handlung zustimmt, so erleidet das Publikum analog kein Unrecht, wenn es einer Handlung, die auf die öffentliche Sache, in der die Zwecke Aller vereinigt sind, die also auf das Recht des Publikums bezogen ist, zustimmt. Eine politische Maxime bedarf also (auch) der faktischen Publizität, damit die auf ihr beruhende Handlung Recht werden kann.<sup>168</sup> Es ist damit schon das öffentliche Recht, als Recht, das über alle beschlossen wird, das seinem Begriff nach die Öffentlichkeit politischer Maximen notwendig voraussetzt, da

---

<sup>164</sup> Durch den Bezug auf den Zweck der Glückseligkeit wird in der Friedensschrift ein positiver Anspruch erhoben, der darin besteht, dass staatliche Gewalt ein normatives Ziel verfolgen muss, namentlich, den vernünftigen allgemeinen Willen des Volkes zu realisieren, *Gosepath*, *Yearbook for Eastern and Western Philosophy* 1 (2016), 27 (32).

<sup>165</sup> Ebd.

<sup>166</sup> *García-Marzá*, *Kant-Studien* 103 (2012), 96 (108), hier zeige sich eine Inkohärenz, da die moralische Intention einer politischen Handlung nach der affirmativen Formel an ihrem möglichen Erfolg in der Welt gemessen werden solle. Das Publizitätsprinzip lasse sich vor diesem Hintergrund schwerlich als transzendental verstehen. Diese Inkohärenz wird vermieden, wenn Recht und Politik zunächst getrennt gedacht werden. Damit eine Handlung Recht ist, muss ihre Maxime öffentlich bekannt sein. Die Gültigkeit des Rechts kann aus Gründen der Rechtssicherheit aber nicht von einer empirischen Reaktion des Publikums abhängen. Die Politik hingegen setzt die faktische Zustimmung des Publikums voraus, damit ihr oberster und empirischer Zweck, die Glückseligkeit des Publikums, erreicht werden kann. Wurde die Maxime publiziert und affirmiert die Öffentlichkeit sie, stimmen Recht und Politik zusammen, womit das Anliegen der Friedensschrift einer moralischen Politik verwirklicht wird.

<sup>167</sup> *Kant*, *ZeF*, AA VIII, 386.

<sup>168</sup> *Blesenkemper*, „Public Age“, S. 351, „Publizität ist [...] Ermöglichungsbedingung der Rechtlichkeit“.



nur durch sie Widerstand oder Zustimmung ermöglicht werden. Mit dieser Interpretation wird auch ein Gleichklang zu Kants Begriff des öffentlichen Rechts hergestellt, für den das Merkmal der Publizität im Sinne einer Veröffentlichung, der Deklaration, der Bekanntmachung der Gesetze zentral ist.<sup>169</sup>

Nach Habermas' diskurstheoretischer Lesart ist das Publizitätsprinzip auf tatsächliche Transparenz des politischen Handelns ausgerichtet, damit dieses am Prüfstein der öffentlichen Vernunft gemessen werden kann:

„die politischen, nämlich auf das Recht anderer bezogenen Handlungen, sollen selber mit Recht und Moral nur so weit in Übereinstimmung stehen können, als ihre Maximen der Publizität fähig, ja *bedürftig* sind. Vor der Öffentlichkeit müssen sich alle politischen Handlungen auf die Grundlage der Gesetze zurückführen, die ihrerseits vor der öffentlichen Meinung als allgemeine und vernünftige Gesetze ausgewiesen sind.“<sup>170</sup>

Damit die politischen Handlungen bzw. deren Maximen dem prüfenden Blick der vereinigten empirischen Subjekte, d. h. der kritischen Öffentlichkeit unterworfen werden können, muss ihre Offenlegung nicht nur vorgestellt, sondern faktisch vollzogen werden.<sup>171</sup>

Publizität ist danach nicht nur Prinzip des öffentlichen Rechts, sondern fungiert zugleich als „Methode der Aufklärung“.<sup>172</sup> Ihre zentrale Maxime, selbst zu denken, könne letztlich nur durch Öffentlichkeit erreicht werden.<sup>173</sup> Denn für den einzelnen Menschen sei es „schwer, sich aus der ihm beinahe zur Natur

---

<sup>169</sup> Öffentliches Recht ist der „Inbegriff der Gesetze, die einer allgemeinen Bekanntmachung bedürfen“, *Kant*, MdS, § 43, AA VI, 311, und für das Völkerrecht meint er, es enthalte „als ein öffentliches Recht die Publication [...] schon in seinem Begriffe“, *ders.*, ZEF, AA VIII, 383; s. aber auch *ders.*, Vorarbeiten zum öffentlichen Recht, AA XXIII, 346, öffentliches Recht als „Inbegriff der einer allgemeinen Verkündigung (declaratio) fähigen Rechtsgesetze für ein Volk“. Auch wenn hier nur von der Fähigkeit zur Verkündigung die Rede ist, folgert er dort, dass die „wahre Politik“ ehrlich und offen verfahren müsse und nicht nach Maximen handeln dürfe, die sie verbergen müsste, damit „ein unrechtmäßiges Mittel gelingen soll“.

<sup>170</sup> *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, § 13 S. 185 (Hervorh. d. R. B.); a. A. *Luban*, in: *The Theory of Institutional Design*, S. 154 (156): „Kant's test does not imply a moral requirement that every political action actually be publicized.“ und in Fn. 2 „The latter is the erroneous reading of Habermas, who glosses the test to demand that maxims of political action, were capable of, or indeed in need of, publicity“ (hier werden aber Handlungen und Maximen irrtümlich gleichgesetzt). Siehe auch *Davis*, *Kant-Studien* 83 (1992), 170 (171), „Contrary to views advanced by Jürgen Habermas [...] no actual, empirical public stands behind Kant's principle of publicity.“

<sup>171</sup> Siehe *Habermas*, a. a. O., § 13 S. 184: „Der intelligiblen Einheit des transzendentalen Bewußtseins entspricht die in der Öffentlichkeit sich herstellende Einigung aller empirischen Bewußtseine.“; sowie ebd. S. 194; zust. *Keienburg*, *Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft*, S. 26, die affirmative Formel verlange einen „realen, öffentlichen Gedankenaustausch, als Diskurs“ und würde „zwingenderweise zu faktischer Öffentlichkeit“ führen.

<sup>172</sup> *Habermas*, a. a. O., § 13 S. 180.

<sup>173</sup> Ebd. Öffentlichkeit sei zudem zum Fortschritt zu einer „vollkommen gerechten Ordnung“, die er als „objektive Tendenz“ der Aufklärung bezeichnet, notwendig.

gewordenen Unmündigkeit herauszuarbeiten.“<sup>174</sup> Viel eher hält Kant es für möglich, dass „ein Publikum sich selbst aufkläre, [...] ja es ist, wenn man ihm nur Freiheit läßt, beinahe unausbleiblich.“<sup>175</sup> Aufklärung erfordere daher die Freiheit, „von seiner Vernunft in allen Stücken öffentlichen Gebrauch zu machen.“ Selbstdenken und Lautdenken, der subjektive und der öffentliche Gebrauch der Vernunft fallen in der Aufklärung zusammen.<sup>176</sup> Das Selbstdenken würde sogar, so Kant, durch Beschränkungen des kommunikativen Vernunftgebrauchs vereitelt.<sup>177</sup>

c) Zusatz: Repräsentativsystem und staatliche Transparenz

Des Weiteren wird faktische Transparenz nicht nur mit dem Publizitätsprinzip intendiert, sondern auch in dem von Kant geforderten repräsentativen Staatssystem implizit, aber notwendig, vorausgesetzt,<sup>178</sup> denn es erfordert eine Sphäre, in der zwischen Repräsentierten und Repräsentierenden vermittelt wird, in der Informationen in beiden Richtungen fließen.<sup>179</sup>

Für den Souverän muss erkennbar sein, was das Volk will oder was die öffentliche Meinung ist, damit er seine repräsentative Funktion erfüllen kann. In allem, was er beschließt, muss er sich als Repräsentant am Allgemeinwillen, an der öffentlichen Meinung orientieren. Wenn der Souverän diesen „allgemeinen Volkswillen“, den er repräsentiert, nicht kennt, kann er ihm sein Handeln unmöglich angleichen.<sup>180</sup> Darin zeigt sich das Bedürfnis nach Information in einem absteigenden Verhältnis vom Souverän zum Volk.<sup>181</sup> Doch es lässt sich

<sup>174</sup> Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, AA VIII, 36.

<sup>175</sup> Ebd.; krit. dazu Schmitt, Parlamentarismus, S. 49.

<sup>176</sup> Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, § 13 S. 180.

<sup>177</sup> Kant, Was heißt: Sich im Denken orientieren, AA VIII, 144: „Zwar sagt man: die Freiheit zu sprechen oder zu schreiben könne uns zwar durch obere Gewalt, aber die Freiheit zu denken durch sie gar nicht genommen werden. Allein wie viel und mit welcher Richtigkeit würden wir wohl denken, wenn wir nicht gleichsam in Gemeinschaft mit andern, denen wir unsere und die uns ihre Gedanken mittheilen, dächten! Also kann man wohl sagen, daß diejenige äußere Gewalt, welche die Freiheit, seine Gedanken öffentlich mitzutheilen, den Menschen entreißt, ihnen auch die Freiheit zu denken nehme“; vgl. auch Kant, Über den Gemeinspruch, AA VIII, 305: „es ist ein Naturberuf der Menschheit, sich vornehmlich in dem, was den Menschen überhaupt angeht, einander mitzutheilen; jene [geheimen] Gesellschaften [Geheimbünde etc.] also würden wegfallen, wenn diese Freiheit [die der Feder, s. S. 304] begünstigt wird.“

<sup>178</sup> Alle anderen Regierungsformen seien „eigentlich eine Uniform“, Kant, ZeF, AA VIII, 352. – Dieser Zusammenhang wird auch als die verborgene oder weniger sichtbare Seite der Publizität bezeichnet, de Lucas, in: Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, S. 265 (274).

<sup>179</sup> Vgl. Keienburg, Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft, S. 38.

<sup>180</sup> Kant, Über den Gemeinspruch, AA VIII, 304.

<sup>181</sup> de Lucas, in: Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, S. 265 (274 f.).

auch im aufsteigenden Verhältnis des Volkes gegenüber dem Souverän rekonstruieren, denn ein allgemeiner, das Regierungshandeln evaluierender „Volkswille“, der in etwa unserem Verständnis der öffentlichen Meinung entspricht, kann sich erst dann unverfälscht ausbilden, wenn die wesentlichen die Sache betreffenden Informationen öffentlich zugänglich sind: „wenn ein ganzes Volk seine Beschwerde (gravamen) vortragen will“, kann dies „durch keinen andern Weg als den der Publicität geschehen“.<sup>182</sup>

Der Allgemeinwille oder die öffentliche Meinung bilden sich und changieren in einem permanenten intersubjektiven Prozess, einem Kommunikationsprozess, der notwendig und umfassend auf Informationen bezüglich des staatlichen Handelns angewiesen ist. Durch den Zugang zu Informationen wird das Denken und der Gedankenaustausch stimuliert. Erst wenn die relevanten Informationen in die Waagschale der Vernunft geworfen werden, ist die freie und öffentliche Prüfung ihrer Gegenstände möglich. Der uneingeschränkte Gebrauch der Vernunft hängt damit idealiter vom unbeschränkten Informationszugang ab.

Die Gesetzgebung könne einen umfänglichen Anspruch auf Achtung nicht mehr verlangen, wenn sie versuche, sich der Kritik „durch ihre Majestät“ zu entziehen, denn diesen Anspruch bewillige „die Vernunft nur demjenigen [...], was ihre freie und öffentliche Prüfung hat aushalten können.“<sup>183</sup> Auch wenn Kant von einem Prinzip schreibt, nach welchem „ein Volk seine Rechte negativ, d. i. bloß zu beurtheilen hat, was von der höchsten Gesetzgebung als mit ihrem besten Willen nicht verordnet anzusehen sein möchte“<sup>184</sup> setzt er voraus, dass der Gegenstand der Prüfung öffentlich zugänglich ist. Den Prozess der freien und öffentlichen Prüfung gewährleistet die Meinungsäußerungsfreiheit, der als „Freiheit der Feder“, als einzigem „Palladium der Volksrechte“, ein besonders hoher Stellenwert zukommt.<sup>185</sup> Die kantische Staatsphilosophie weist insoweit mit den durch Kommunikationsfreiheiten abgesicherten öffentlichen

---

<sup>182</sup> Kant, Der Streit der Facultäten, AA VII, 89.

<sup>183</sup> Kant, Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl., AA IV, 9 Anm.

<sup>184</sup> Kant, Über den Gemeinspruch, AA VIII, 304. Das Prinzip lautet: „Was ein Volk über sich selbst nicht beschließen kann, das kann der Gesetzgeber auch nicht über das Volk beschließen.“ Negativ ist diese Kompetenz, weil sie nur prüft und bewertet, nicht aber gestaltet; sie wird von *de Lucas*, in: Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, S. 265 (274), als eine Art negatives Widerstandsrecht beschrieben.

<sup>185</sup> Kant, Über den Gemeinspruch, AA VIII, 304. Dem Volk diese Freiheit abzusprechen, würde bedeuten, „ihm allen Anspruch auf Recht in Ansehung des obersten Befehlshabers“ zu nehmen. Siehe dazu *Keienburg*, Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft, S. 27: „Eine solche Bindung aller staatlichen Aktivität an die Bedingung der Publizität mit dem Ziel, Politik der Rationalität des öffentlichen Rasonnements zu unterziehen, macht natürlich nur Sinn, wenn genau dieses Rasonnement auch umfassend zugelassen wird.“

Kommunikationsräumen Grundkoordinaten auf, die auch das heutige grundgesetzliche Verständnis maßgeblich prägen.<sup>186</sup>

#### d) Zwischenergebnis

Kant intendiert mittels Publizitätsprinzip und repräsentativem Regierungssystem Transparenz – d. h. seinem Verständnis nach faktische Öffentlichkeit politischer Maximen – für das öffentliche Recht. Das oben entwickelte Verständnis der transzendentalen Formeln des öffentlichen Rechts lässt sich zusammenfassend durch ein zweistufiges Verfahren beschreiben:<sup>187</sup>

Mit der Negativformel werden zunächst die Handlungen, die Unrecht sind, von den Handlungen unterschieden, die öffentliches Recht werden können. Auf dieser Stufe wird der Handlungsspielraum der Politik durch die Moral abgesteckt. Nur was sich mit dem moralischen Gesetz verträgt, kann Gegenstand einer gerechten Politik werden.<sup>188</sup> Das Publizitätsprinzip erscheint hier in erster Linie als Handlungsanleitung von Entscheidungsträgern:<sup>189</sup> Bevor Du politisch handelst, prüfe zunächst, ob sich Deine Maxime mit der Publizität verträgt. Falls dies nicht der Fall ist, ist die vorgestellte Handlung Unrecht und darf nicht ausgeführt werden. Der Test ist ein Gedankenexperiment; schon *in foro interno* zeigt sich, was in keinem Fall Gegenstand einer Politik sein kann.

Andererseits wird durch die Anwendung der Negativformel das mögliche Recht angezeigt, nämlich all jene Handlungen, deren Maximen den Test der ersten Stufe bestehen. Damit diese Handlungen nicht nur mögliches Recht bleiben, sondern geltendes Recht werden, müssen ihre Maximen nicht nur gedanklich, sondern auch tatsächlich veröffentlicht werden.<sup>190</sup> Affirmiert die aktuelle

---

<sup>186</sup> Siehe bereits *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, § 13 S. 183: „Diese politisch fungierende Öffentlichkeit wird unter der ‚republikanischen Verfassung‘ zum Organisationsprinzip des liberalen Rechtsstaates.“ – *Keienburg*, Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft, S. 23 ff., meint, es ließen sich drei Bedeutungsfelder des Begriffs „Öffentlichkeit“ bei Kant unterscheiden. Zunächst die Fähigkeit der Maximen zur Publizität nach der Negativformel, dann als Bezeichnung der politisch partizipierenden bürgerlichen Öffentlichkeit und schließlich die „Sphäre der Öffentlichkeit als Handlungszusammenhang“, in der die Partizipation erfolgt und sich „der Wille des Einzelnen zum Allgemeinen Willen vereinigt.“

<sup>187</sup> Zum Gedanken eines Stufenverhältnisses bereits *García-Marzá*, Kant-Studien 103 (2012), 96 (96, 100, 108).

<sup>188</sup> Ebd. S. 100.

<sup>189</sup> Vgl. bereits *Clinger*, Public Integrity 19 (2017), 394; *Davis*, History of Philosophy Quarterly 8 (1991), 409 (419); *Luban*, in: The Theory of Institutional Design, S. 154 (168, 169); *Santoro/Kumar*, A Theory of Whistleblowing, S. 19, 20.

<sup>190</sup> Das Zusammenstimmen von Recht und Politik wird noch genauer bei der Anwendung der Positivformel unter 3. b) erläutert.

Öffentlichkeit die Maximen, bestehen diese ebenfalls *in foro externo* und stimmen nicht nur mit dem Recht, sondern auch mit der Politik zusammen.<sup>191</sup>

Während die Negativformel also nur als hypothetischer Test angewendet wird, ist die affirmative Formel auch als eine faktische Prozedur konzipiert, durch die etwas, das zunächst gedanklich auf seine Rechtsfähigkeit getestet wurde, dann tatsächlich Recht wird.<sup>192</sup>

### 3. Anwendung der transzendentalen Formeln des öffentlichen Rechts auf Geheimhaltung

Nach den vorstehenden Überlegungen ist das Publizitätsprinzip auf staatliche Transparenz ausgerichtet. Noch nicht beantwortet wurde aber die Frage, inwiefern sich aus dem Prinzip etwas über die Grenzen des rechtlichen Geheimnisschutzes, insbesondere der Geheimhaltung durch den Staat, ableiten lässt.<sup>193</sup> Hierfür könnten die transzendentalen Formeln des öffentlichen Rechts aufschlussreich sein, die bislang noch nicht angewendet wurden.

Nach der Negativformel soll eine Handlung Unrecht sein, wenn ihre Maxime den Test nicht besteht.<sup>194</sup> Fragt man nach der Zulässigkeit staatlicher Ge-

---

<sup>191</sup> Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass etwas Recht sein kann, das den Widerspruch des Publikums verursacht, denn die Rechtssicherheit geht dem Unmut der Öffentlichkeit grds. vor. Der Widerspruch muss jedoch zum Anlass genommen werden, Rechtsänderungen ernsthaft zu diskutieren.

<sup>192</sup> Vgl. bereits *Blesenkemper*, „Public Age“, S. 351, „die positive Version läßt ein reines Gedankenexperiment nicht mehr zu und fordert das wirkliche öffentliche Bekenntnis“.

<sup>193</sup> Das Publizitätsprinzip wird i. d. S. als „Wurzel“ eines radikalen Standpunktes gelesen, nach welchem der Staat ggü. seinen Bürgern überhaupt nicht heimlich handeln dürfe, *Joerden*, Staatswesen und rechtsstaatlicher Anspruch, S. 85. Er sei vielmehr „in allem seinem Gebaren zu strikter Publizität verpflichtet“, weshalb es „streng genommen gar keine schützenswerten Geheimnisse des Staates geben“ könne, *Joerden*, JRE 19 (2011), 227 (230). Diesem rigorosen Ansatz könne heute nicht mehr gefolgt werden (ebd. S. 232), aber das Publizitätsprinzip könne zumindest im Grundsatz aufrechterhalten werden, was zur Folge habe, dass staatliche Geheimhaltung zur begründungsbedürftigen Ausnahme werde, die eines guten Rechtfertigungsgrundes bedürfe (ebd. S. 232, 233; *ders.*, Staatswesen und rechtsstaatlicher Anspruch, S. 86).

<sup>194</sup> Die Formeln sind ihrem Wortlaut nach nicht auf staatliche Handlungen bzw. Maximen beschränkt. Als Prinzipien des öffentlichen Rechts sind sie aber gerade für die Handlungen relevant, die auf öffentliche Interessen gerichtet sind und die als politische Handlungen bzw. Maximen bezeichnet werden können, so etwa *Luban*, in: *The Theory of Institutional Design*, S. 154 (155), er nennt sie „public policies“; zust. *Santoro/Kumar*, *A Theory of Whistleblowing*, S. 17; s. auch *García-Marzá*, *Kant-Studien* 103 (2012), 96 (101, 102), „[...] test to determine how morally correct a political action is.“; *Gosseries/Parr*, „Publicity“, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Sect. 1.1.: „the Kantian test applies specifically to political maxims“. Dafür spricht, dass die in der Friedensschrift beispielhaft genannten Maximen und Handlungen auf die Allgemeinheit bezogen sind, wenn etwa davon die Rede ist, dass sie den

heimhaltung, wäre die jeweilige Geheimhaltungsmaxime zu testen, um herauszufinden, ob die Geheimhaltung Unrecht ist. Darin liegt aber schon ein Problem. Denn ob Geheimhaltung eine Handlung darstellt, erscheint jedenfalls dann fraglich, wenn es nicht um Geheimhaltungsmaßnahmen, also ein aktives Verbergen geht. Fehlt es daran, könnten die Formeln erweitert und auch auf Unterlassungen erstreckt werden. Das Unrecht könnte dann darin bestehen, dass der Staat bzw. seine Vertreter bestimmte Informationen nicht offenlegen.

Diese Konstruktionen hatte Kant wohl nicht im Sinn, weil er in seinen Anwendungsbeispielen nicht die (Un-)Zulässigkeit von Geheimnissen bzw. die (Un-)Rechtmäßigkeit von Geheimhaltungen prüft, sondern „echte“ Handlungen wie militärische Angriffe auf andere Staaten oder aufrührerische Handlungen in einem Staat. Zwar spricht viel dafür, von der Unrechtmäßigkeit einer Handlung grundsätzlich auf die Unrechtmäßigkeit ihrer Geheimhaltung zu schließen – wofür im Rahmen dieser Arbeit an einigen Stellen argumentiert wird –, aus den transzendentalen Formeln Kants folgt dies jedoch nicht zwingend. Trotz dieser Hindernisse wird im Folgenden versucht, die beiden Formeln auf Geheimhaltungsmaximen anzuwenden.<sup>195</sup>

#### a) Negativformel (erste Stufe)

Unrecht wäre staatliche Geheimhaltung stets, wenn eine ihr zugrunde liegende Maxime den Test der Negativformel in keinem Fall bestehen würde.<sup>196</sup> Eine Maxime besteht den Test nicht, wenn sie „sich nicht mit der Publicität verträgt“<sup>197</sup> und das ist der Fall, wenn ich die Maxime „nicht darf lautwerden lassen, ohne dadurch meine eigene Absicht zugleich zu vereiteln, die durchaus verheimlicht werden muß, wenn sie gelingen soll“.<sup>198</sup>

Wer eine Geheimhaltungsmaxime offenlegt, vereitelt seine jeweilige Absicht jedenfalls nicht notwendig, weshalb Geheimhaltung nicht schlechthin Unrecht ist.<sup>199</sup> Das soll folgendes Beispiel verdeutlichen: Die Maxime, heimliche Überwachungsmaßnahmen, die rechtmäßig wegen des Verdachts schwerer

„Widerstand Aller“ hervorrufen könnten, der „von der Ungerechtigkeit“ herrühre, die „jedermann bedroht“, *Kant*, ZeF, AA VIII, 381.

<sup>195</sup> *Santoro/Kumar*, A Theory of Whistleblowing, S. 19 f., die Ähnliches versuchen, meinen, auf diese Weise könnte ein Whistleblower ermitteln, ob die Geheimhaltung der jeweiligen Missstände unzulässig ist und sie deshalb aufgedeckt werden dürfen.

<sup>196</sup> Es geht an dieser Stelle also allein um die Frage, ob eine Geheimhaltungsmaxime notwendig Unrecht ist. Hiervon zu unterscheiden ist der Test der Maxime, die dem verdeckten Fehlverhalten zugrunde liegt, dessen Offenlegung ein Whistleblower erwägt.

<sup>197</sup> *Kant*, ZeF, AA VIII, 381.

<sup>198</sup> Ebd.

<sup>199</sup> Die Absicht wird also nicht schon wegen eines performativen Widerspruchs verfehlt. Das wäre der Fall, wenn die Zweckverfehlung nicht erst infolge der Offenlegung, sondern bereits unmittelbar durch sie eintritt, jene also schon intrinsisch in dieser begründet liegt. So würde etwa die Maxime, ein Haus heimlich zu verlassen, notwendig vereitelt werden, wenn

Straftaten ergriffen werden, geheim zu halten, um einen Ermittlungserfolg nicht zu gefährden, ist öffentlich bekannt, und dennoch werden Straftaten mit solchen Maßnahmen immer wieder erfolgreich ermittelt.

Der Zweck einer Geheimhaltungsmaxime könnte aber auch dadurch verfehlt werden, dass sie den Widerstand Aller hervorrufen würde, der sich an der Ungerechtigkeit der Maxime entzündet.<sup>200</sup> Ob die Öffentlichkeit auf die publizierte Maxime derart heftig reagieren würde, ist *ex ante* in einem Gedankenexperiment zu ermitteln. Dementsprechend beschreibt Kant den Widerstand aller als vorgestellten Widerstand der Öffentlichkeit, als eine „mithin a priori einzu- sehende Gegenbearbeitung Aller“.<sup>201</sup> Zudem kommt es wegen der Apriorizität auf die hypothetische Reaktion einer *idealen* und nicht der *faktischen* Öffentlichkeit an.<sup>202</sup> Nur durch die Vorstellung eines unvoreingenommenen und vollkommen durch die Vernunft bestimmten Publikums lasse sich „leicht“ und „sofort erkennen“,<sup>203</sup> ob eine Maxime der Publizität fähig ist, und nur ein solches Publikum würde aufgrund seiner Vernunft notwendig einstimmig reagieren.<sup>204</sup>

Es erscheint allerdings fraglich, ob ein empirisches Subjekt überhaupt in der Lage ist, zu bestimmen, wie ein ideales Publikum, das sich aus aufgeklärten Vernunftwesen konstituiert, auf die jeweilige Maxime reagieren würde.<sup>205</sup> Kant setzt dies in seinem System als unproblematisch voraus. Es ist für ihn selbstverständlich, dass ein Vernunftwesen prinzipiell in der Lage ist, ein derartiges

---

sie vor dem Verlassen des Hauses verkündet wird, *Luban*, in: *The Theory of Institutional Design*, S. 172.

<sup>200</sup> *Kant*, *ZeF*, AA VIII, 381.

<sup>201</sup> *Ebd.*

<sup>202</sup> *Davis*, *History of Philosophy Quarterly* 8 (1991), 409 (414); *ders.*, *Kant-Studien* 83 (1992), 170 (171, 181), ideale aus rationalen Akteuren bestehende Öffentlichkeit; *García-Marzá*, *Kant-Studien* 103 (2012), 96 (101, 103), es gehe nicht um eine Art externes Tribunal, ein empirisches Publikum, denn die empirische Dimension sei für Kant, jedenfalls bei der Negativformel, irrelevant. Siehe auch *Clinger*, *Public Integrity* 19 (2017), 394 (396) „[...] rely upon an idealized conception of the public“; *Gosseries/Parr*, „Publicity“, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Sect. 1.3.2., meinen hingegen, Kant beziehe sich in seinen Beispielen auf eine faktische Öffentlichkeit.

<sup>203</sup> *Kant*, *ZeF*, AA VIII, 381.

<sup>204</sup> Deshalb geht die Frage fehl, ab welcher Intensität und ab welchem Ausmaß der Widerstand aller den Zweck der Maxime vereitelt, ob dies etwa bereits dann anzunehmen ist, wenn sich eine Maxime als extrem unpopulär erweist (*Luban*, in: *The Theory of Institutional Design*, S. 154 (171)) oder erst dann, wenn die Politik aufgrund eines öffentlichen Protests von der Maxime ablässt, wovon etwa bei den Snowden-Enthüllungen nicht ausgegangen werden könne, weil sie, von marginalen „Nachbesserungen“ im Patriot Act einmal abgesehen, nicht zu einer Abkehr von den Überwachungspraktiken führten, *Clinger*, *Public Integrity* 19 (2017), 394 (400). Auf die empirische Reaktion der Öffentlichkeit kommt es nur bei der Positivformel an.

<sup>205</sup> *Krit.* etwa *Luban*, in: *The Theory of Institutional Design*, S. 154 (171): Der Einzelne müsste die Fähigkeit besitzen, den Prozess einer sich in der idealen Öffentlichkeit vollziehenden kritisch-rationalen Deliberation gedanklich vorzustellen, was unmöglich sei.

Gedankenexperiment durchzuführen. Doch wie ist das genau zu verstehen? Die Möglichkeit eines solchen Tests lässt sich sehr gut durch ein analoges, ausdrücklich an Kants Ethik angelehntes Testverfahren explizieren. Dabei wird eine Diskussion von Subjekten vorgestellt, die unabhängig von ihrer Prädetermination, also frei von ihren empirischen Bedingungen, gedacht werden: Rawls Schleier des Nichtwissens.<sup>206</sup> Zwar geht es bei Rawls Verfahren darum, positiv zu bestimmen, welche Prinzipien für eine Gesellschaft gerecht sind, und nicht darum, welche Maximen so ungerecht sind, dass sie zu allgemeinem Widerstand führen würden. Doch wenn eine Person schon vorhersehen kann, auf welche für eine Gesellschaft geltenden Prinzipien sich ein unvoreingenommenes Publikum einigen würde, dann lässt sich auf diesem Wege erst recht negativ bestimmen, was keinesfalls mehr als gerecht angesehen werden würde, was so ungerecht wäre, dass es den Widerstand aller auslösen würde.

Auf diese Weise verfahren werden mit der Negativformel rudimentäre negative Gerechtigkeitssätze ermittelt, an denen sich die jeweilige politische, d. h. die Gesellschaft betreffende Maxime messen lassen muss. Mit ihnen wird angezeigt, was kein Recht werden kann, was *a priori* Unrecht ist. Diese Vorgehensweise zur Detektion des Unrechts ist noch aus einem anderen rechtphilosophischen Konzept bekannt, das die Rechtsprechung rezipiert hat,<sup>207</sup> die

---

<sup>206</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, § 24 S. 118, „veil of ignorance“. In dieser hypothetischen Situation versammeln sich die Subjekte vor dem Zusammenschluss zu einer Gesellschaft und beraten darüber, welche Prinzipien für sie gelten sollen. Die Besonderheit besteht darin, dass die Diskutanten nicht wissen, wie die verschiedenen eingebrachten Möglichkeiten sich auf ihre individuellen Interessen auswirken, weil ihnen weder bekannt ist, welchen Platz sie in der Gesellschaft einnehmen, welcher Klasse sie angehören oder welcher soziale Status ihnen zukommt, noch wissen sie, über welche individuellen geistigen und körperlichen Fähigkeiten sie verfügen. Nur wenn dieses spezifische Wissen exkludiert werde, könne die Einstimmigkeit der Entscheidung vorausgesetzt werden, denn andernfalls könnte nur in wenigen und einfachen Fällen eine Einigung erzielt werden, S. 122. Den Subjekten sind aber allgemeine Tatsachen einer menschlichen Gesellschaft bekannt, etwa die Grundzüge der Wirtschaftstheorie, der gesellschaftlichen Organisation und etwa auch der Psychologie. Die Deliberation in dieser hypothetischen Situation könne bereits eine einzelne Person jederzeit durch bloßes Nachdenken simulieren. Das Konzept beruht ausdrücklich auf dem kategorischen Imperativ, S. 119, 121.

<sup>207</sup> Mittels der Formel wurde ein sog. Katastrophenbefehl Heinrich Himmlers rückwirkend für ungültig erklärt, auf den sich ein Soldat berief, der einen Deserteur erschossen hatte, BGHZ 3, 94 (107). Das BVerfG hat die Formel angewendet, um ein NS-Gesetz für ungültig zu erklären, durch das im Ausland lebenden Juden die deutsche Staatsangehörigkeit entzogen wurde, BVerfGE 23, 98 (98, 106); s. zudem bereits BVerfGE 3, 225 (232); 3, 58 (119). Mittels der Formel wurde später in den Mauerschützenprozessen ein Rechtfertigungsgrund des DDR-Rechts rückwirkend für ungültig erklärt und damit die Strafbarkeit der Schützen begründet, BGHSt 39, 1 (15 f.); 39, 168 (183 f.); 41, 101 (110 f.).



Radbruchsche Formel.<sup>208</sup> Sie ist wie das Publizitätsprinzip zweistufig angelegt. In ihrer Stoßrichtung sind sich die erste Stufe des Publizitätsprinzips, also die Negativ- oder Unrechtsformel, und die zweite Stufe der Radbruchschen Formel, das ist die Unerträglichkeitsformel, sehr ähnlich. Beide zielen darauf ab, anzugeben, was Unrecht ist, was auf keinen Fall Recht sein kann, weil es den Widerstand aller hervorrufen würde, der von der Ungerechtigkeit der Maxime herrührt (Kant) bzw. entsteht, weil ein Gesetz so unerträglich ungerecht ist, dass es jeder Rechtsnatur entbehrt (Radbruch).<sup>209</sup>

Wendet man die Negativformel wie skizziert auf Geheimhaltungen an, stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welche Geheimhaltungsmaximen ein unvor-  
eingingenommen-rationales Publikum als widerstandsauslösend-ungerecht bewerten würde. Trotz der bereits genannten Schwierigkeiten dieses Gedanken-  
experiments lassen sich dabei zumindest einige allgemeine Grundsätze ange-  
ben, von denen diejenigen, die sich hinter dem Schleier des Nichtwissens be-  
finden, ausgehen würden: 1. Die Geheimhaltung staatlichen Handelns bedarf  
eines berechtigten Grundes, der im Allgemeinwohl oder in einem schützens-  
werten Individualinteresse liegt, 2. an einem derartigen Grund fehlt es regel-  
mäßig, wenn das verdeckte Verhalten selbst unrecht bzw. ungerecht ist, 3. je  
schwerwiegender das Unrecht bzw. die Ungerechtigkeit eines verdeckten Ver-  
haltens wiegt, desto höherrangig muss der die Geheimhaltung rechtfertigende  
Grund sein, 4. eine Rechtfertigung der Geheimhaltung scheidet bei schwersten  
Rechts- und Gerechtigkeitsverletzungen von vornherein aus; beispielsweise  
wenn bekannt würde, dass Personen aus Regierungskreisen oder bestimmten  
staatlichen Institutionen beabsichtigen, einen Genozid durchzuführen.<sup>210</sup>

#### *b) Positivformel (zweite Stufe)*

Besteht die jeweilige Geheimhaltungsmaxime den Test der Negativformel, ist  
damit nur gesagt, dass die auf ihr beruhenden Geheimhaltungen mögliches  
Recht sind. Weil jedoch ermittelt werden soll, ob sich die jeweilige Geheim-  
haltung tatsächlich als Recht erweist, fallen die den Negativtest bestehenden

---

<sup>208</sup> *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107): „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat.“ Und weiter: „wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt jeder Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“

<sup>209</sup> Vgl. *Kant*, ZcF, AA VIII, 381; *Radbruch*, SJZ 1946, 105 (107).

<sup>210</sup> *Luban*, in: *The Theory of Institutional Design*, S. 154 (174).

Maximen alsdann in den Anwendungsbereich der Positivformel. Es stellt sich folglich auf der zweiten Stufe des Publizitätsprinzips die Frage, ob die Geheimhaltungsmaxime auch den Anforderungen der affirmativen Formel genügt. Ein Whistleblower müsste sich also vorstellen, wie die aktuelle Öffentlichkeit auf die veröffentlichte Maxime reagieren würde.<sup>211</sup>

Das Ergebnis eines öffentlichen Diskurses oder der öffentlichen Meinung hinsichtlich einer zu veröffentlichenden Maxime wird sich oft nur schwer und nicht selten überhaupt nicht vorhersehen lassen, da die Öffentlichkeit regelmäßig nicht einhellig reagiert und die auftretenden Reaktionen von sehr vielen Faktoren abhängen.<sup>212</sup> Weiterhin ist problematisch, dass die öffentliche Meinung durch unterschiedlichste Interessen, etwa mittels *public relations*, korrumpiert sein kann, sodass letztlich eine öffentlichkeitswirksame Interessenvertretung über Recht und Unrecht mitentscheiden würde.<sup>213</sup> Doch auch wenn es epistemologisch schwierig sein kann, sich die Bewertung durch die aktuelle Öffentlichkeit als Momentaufnahme vorzustellen, so lassen sich zumindest bestimmte Stimmungsbilder anhand der empirischen Öffentlichkeit ablesen, die eine fundierte Grundlage für eine nachvollziehbare Prognose der Reaktion(en) der Öffentlichkeit bilden.<sup>214</sup>

Außerdem lässt sich behaupten, dass in einigen der besprochenen Fälle *ex ante* erkennbar war, dass eine Maxime, die offengelegten Missstände geheim zu halten, keinen Zuspruch finden, sondern auf öffentliche Empörung stoßen würde. So dürfte im Hinblick auf die aktuelle bundesrepublikanische Öffentlichkeit, eine Maxime, die auf die Geheimhaltung der anlasslosen Überwachung der Telekommunikation der Bürgerinnen und Bürger gerichtet wäre, wenig, bis keinen Zuspruch finden und wahrscheinlich starkem Widerstand begegnen. Geheimhaltungsmaximen im Zusammenhang mit Kriegen, dürften ebenfalls weit überwiegenden Widerspruch hervorrufen,<sup>215</sup> insbesondere, wenn der Zweck der verdeckten Handlungen nicht in der Verteidigung besteht, sondern etwa wirtschaftlichen Interessen dient. Dasselbe dürfte auf Maximen zu-

---

<sup>211</sup> Vgl. bereits *Santoro/Kumar*, A Theory of Whistleblowing, S. 19, ihrer Ansicht nach soll dies schon für die Negativformel gelten, was hier zurückgewiesen wurde, s. o. 2. a).

<sup>212</sup> Bspw. hat die US-amerikanische Öffentlichkeit auf die Enthüllungen Snowdens sehr unterschiedlich reagiert. Welche Auffassung den Diskurs dominierte, ist unklar.

<sup>213</sup> *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, § 20 S. 290, sowie zum Kontrast manipulativer und kritischer Publizität, S. 224, 338, 342 f.; s. auch *Arendt*, in: In der Gegenwart, 322 (325 ff.), die *public relations* als eine neue Spielart in der Kunst des Lügens beschreibt.

<sup>214</sup> In diesem Sinne meint etwa *Benkler*, *Harv. L. & Pol'y Rev.* 2014, 281 (309 f.), eine ablehnende öffentliche Meinung gegenüber Missständen in staatlichen Institutionen und damit ein öffentliches Interesse an ihrer Aufdeckung könne jeweils durch Medienstudien und Umfragen ermittelt werden.

<sup>215</sup> Z. B. sprachen sich laut einer Forsa-Umfrage 82 % der Deutschen gegen eine militärische Beteiligung im Irakkrieg aus, *Deutsches Ärzteblatt* v. 7.3.2003. Die Geheimhaltung eines derartigen Einsatzes wäre wohl auf noch größeren Widerspruch gestoßen.

treffen, die darauf gerichtet sind, mittels der Vorenthaltung wahrer Informationen die Zustimmung der Öffentlichkeit zu politischen Zielen oder Maßnahmen der Regierenden zu erreichen.<sup>216</sup> Auch solche geheimen Praktiken dürften auf ganz überwiegende Ablehnung stoßen, die darauf abzielen, Vertreter anderer Staaten in internationalen Gremien zu überwachen und zu manipulieren.<sup>217</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Das Publizitätsprinzip Kants setzt nicht nur hypothetisch die Fähigkeit der Maximen zur Publizität voraus, sondern ist zudem auf ihre faktische Veröffentlichung ausgerichtet. Nur auf diese Weise können die auf ihnen beruhenden Handlungen Recht werden. Denn nur so können sich öffentlicher Zuspruch und Dissens unverfälscht zeigen. Dem Autonomieprinzip entsprechend kann über die Öffentlichkeit nichts beschlossen werden, gegen das sie geschlossen Widerstand leisten würde. Weiterhin basiert das Prinzip der Repräsentation und der Gedanke der diskursiven Kontrolle darauf, dass die Repräsentierten wissen, was die Repräsentanten tun. Die faktische Öffentlichkeit des Staatshandelns ist Bestandteil der Idee des öffentlichen Rechts selbst.

Damit bildet staatliche Geheimhaltung, der Grundidee des Publizitätsprinzips entsprechend, die begründungsbedürftige Ausnahme. Geheimhaltungen deren Maxime ein hinter dem Schleier des Nichtwissens befindliches Publikum notwendig geschlossen widersprechen würde, verdienen gar keinen rechtlichen Schutz. Dafür spricht das Regel-Ausnahmeverhältnis zu Gunsten der Publizität, die angestrebte Widerspruchsfreiheit des Rechts und die Überlegung, dass das Publikum nicht nur dem Unrecht selbst, sondern regelmäßig auch seiner Geheimhaltung widersprechen würde. Darüber hinaus ist der rechtliche Schutz solcher Geheimhaltungen zweifelhaft, deren Maxime die faktische Öffentlichkeit voraussichtlich mit hinreichender Einigkeit und Vehemenz widersprechen und die damit den Test der Positivformel nicht bestehen würde.

---

<sup>216</sup> Siehe dazu etwa das Strafverfahren gegen den dänischen Geheimdienstmitarbeiter Frank Söholm Grevil, 1. Teil § 4 I. 1. Es ging um Informationen über die Wahrscheinlichkeit irakischer Massenvernichtungswaffen.

<sup>217</sup> Siehe dazu den Fall von Katherine Gun, die als Übersetzerin für den britischen GCHQ tätig war und im Jahr 2003 die Überwachung von Mitgliedern des UN-Sicherheitsrates durch US-Geheimdienste aufdeckte, s. dazu noch 3. Teil § 2 I. 3.

## § 2 Typologie der Offenbarungsinteressen

Ein Offenbarungsinteresse ist das Bestreben, bestimmte Informationen offenzulegen. Rechtlichen Geheimnisschutz können nur Offenbarungsinteressen durchbrechen, die im Recht ausdrücklich oder konkludent vorgesehen sind. Rechtliche Offenbarungsinteressen sind regelmäßig auf Zwecke gerichtet, die über die bloße Kenntniserlangung der jeweiligen Informationen hinausgehen. Hierbei lassen sich aus der Perspektive des Whistleblowings drei übergeordnete Offenbarungsinteressen oder -zwecke unterscheiden: erstens das Interesse daran, dass den Missständen, beispielsweise einer Gefahr, infolge der Offenbarung abgeholfen wird (Abhilfeinteresse), zweitens das Interesse, dass Rechtsverstöße beendet oder geahndet werden (Rechtswahrungsinteresse) sowie drittens das Interesse an einer informierten, diskutierenden und kontrollierenden Öffentlichkeit (Interesse an öffentlichen Diskursen und diskursiver Kontrolle).

In vielen Situationen überschneiden sich diese übergeordneten Offenbarungsinteressen und liegen gleichzeitig vor. Das ist aber nicht immer der Fall. An einem Abhilfeinteresse fehlt es z. B. bei Missständen, die in der Vergangenheit liegen, und wenn keine Wiederholungsgefahr besteht, etwa bei einer bereits begangenen Straftat. Ein Rechtswahrungsinteresse liegt hingegen nicht vor, wenn die geheim gehaltenen Informationen zwar ein ethisch bzw. sozial missbilligtes Fehlverhalten belegen, dieses aber keinen Rechtsverstoß darstellt.<sup>1</sup> Demgegenüber ist bei einem marginalen Rechtsverstoß zwar das Rechtswahrungsinteresse betroffen, aber es besteht regelmäßig kein Interesse daran, die geringfügige Rechtsverletzung öffentlich auszubreiten und zu diskutieren. Öffentliche Informationsinteressen hingegen können auch dann bestehen, wenn die verdeckten Vorgänge formal betrachtet rechtmäßig sind. Derartige Interessen werden bereits befriedigt, wenn das zuvor bestehende Informationsdefizit durch die Veröffentlichung behoben wird. Nicht erforderlich ist eine dahingehende Gewissheit, dass tatsächlich ein lebhafter öffentlicher Diskurs einsetzt, der letztlich zu einer Abhilfe führt.<sup>2</sup>

Ein weiterer Unterschied ergibt sich daraus, dass der Zweck der diskursiven Kontrolle prinzipiell nur durch eine Veröffentlichung erreicht werden kann, sie

---

<sup>1</sup> Siehe etwa § 5 Nr. 2 Var. 2 und 3 GeschGehG.

<sup>2</sup> Vgl. *Stree*, ZStW 1966, 663 (691).

ist dazu das einzige geeignete Mittel,<sup>3</sup> während die Zwecke der Abhilfe und der Rechtswahrung auch bei einer beschränkten Weitergabe an interne oder externe Stellen erreicht werden können.

## I. Abhilfe

Eine Offenlegung kann damit begründet werden, dass sie einen Kausalverlauf in Gang setzt, der absehbar zu einer Aufhebung von Missständen führt. Dieser Zweck wird regelmäßig als Abhilfe bezeichnet und kann dementsprechend *Abhilfeinteresse* genannt werden. Damit sich dieses Abhilfeinteresse gegen den rechtlichen Geheimnisschutz durchsetzen kann, muss es sich normativ aus der Rechtsordnung herleiten lassen.

Ein rechtliches Abhilfeinteresse besteht, wenn der verdeckte Missstand rechtlich geschützten Interessen widerspricht. Das ist regelmäßig der Fall, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt. Eine Rechtsverletzung ist allerdings nicht notwendig, um ein auf den Abhilfeszweck zurückgeführtes Offenbarungsinteresse anzunehmen, denn ein Zustand oder Verhalten kann rechtlichen Wertungen etwa in Gestalt von Prinzipien entgegengesetzt sein, ohne dass hieraus schon eine Rechtsverletzung resultiert. Dass ein Verhalten nicht notwendig rechtswidrig sein muss, um ein Abhilfeinteresse zu begründen, ergibt sich etwa aus § 5 Nr. 2 GeschGehG. Nach dieser Vorschrift kann ein vorrangiges Offenbarungsinteresse auch an einem sonstigen Fehlverhalten, d. h. einem nicht rechtswidrigen Verhalten bestehen.

Abhilfeinteressen können je nach Missstand privat- und bzw. oder gemeinwohlbezogen begründet werden. Besteht *prima facie* nur ein privates Interesse an der Abhilfe eines Missstands, kann eventuell bei eingehender Betrachtung auch ein öffentliches Interesse einschlägig sein, so wie bei relativen Antragsdelikten ein Strafantrag der Verletzten Person nicht erforderlich ist, wenn ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht.<sup>4</sup> Wenn etwa aufgedeckt wird, dass ein Warenhaus verdorbenes Fleisch feilbietet, dann kann dadurch nicht nur das individuelle Interesse potentieller Fleischkäuferinnen und

---

<sup>3</sup> Wer etwa „illegale“ Staatsgeheimnisse an fremde Mächte weitergibt, der befriedigt dadurch kein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, vgl. *Stree*, ZStW 1966, 663 (692).

<sup>4</sup> Nach Nr. 86 Abs. 2 S. 1 RiStBV besteht ein solches Interesse in der Regel, „wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist, z.B. wegen des Ausmaßes der Rechtsverletzung, wegen der Rohheit oder Gefährlichkeit der Tat, der rassistischen, fremdenfeindlichen oder sonstigen menschenverachtenden Beweggründe des Täters oder der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben.“ Die Verletzung eines Individualrechtsguts wird also nicht nur als eine Sache von Täter und Opfer betrachtet, sondern auch als eine, die die Öffentlichkeit angeht.

Fleischkäufer am Schutz ihrer körperlichen Unversehrtheit oder eventuell sogar ihres Lebens gewahrt werden, sondern auch ein allgemeines Interesse an der Lebensmittelsicherheit und der Gesundheit der Bevölkerung.

Zudem reicht ein ausschließlich privates Interesse vielfach nicht aus, um den rechtlichen Geheimnisschutz zu durchbrechen. Erst der für das Whistleblowing typische Gemeinwohlbezug – das öffentliche Interesse an den jeweiligen Informationen – führt zur Legalisierung der Offenlegung. Der Konflikt erschöpft sich in der Whistleblowing-Situation also nicht bloß in einem Widerstreit der Interessen zweier Privatrechtssubjekte, wie es im Arbeitsrecht lange angenommen wurde, sondern es hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass insbesondere Allgemeininteressen in die Entscheidung einzubeziehen sind.<sup>5</sup> Dementsprechend wird in jüngeren Gesetzen und Gerichtsentscheidungen zum Whistleblowing wie selbstverständlich mit dem Begriff der öffentlichen Interessen operiert.<sup>6</sup>

Was der Zweck der Abhilfe zwingend voraussetzt, ist, dass der jeweilige Missstand noch gegenwärtig ist oder zumindest eine Wiederholungsgefahr besteht. Mit dem Abhilfegedanken lässt sich eine Offenlegung daher nicht mehr begründen, wenn die Missstände als abgeschlossene Sachverhalte in der Vergangenheit liegen. Werden solche Sachverhalte als Geheimnisse rechtlich geschützt, bedarf es anderer Gründe, um ihre Offenbarung zu rechtfertigen.

## II. Rechtswahrung

Das übergeordnete Interesse des zweiten Typs ist das Rechtswahrungsinteresse.<sup>7</sup> Dieses allgemeine Interesse ist darauf gerichtet, dass das Recht eingehalten, also Rechtsverstöße verhindert, abgestellt oder gehandelt werden. In zeitlicher Hinsicht ist es unbeschränkt, da es sich gleichermaßen auf Rechts-

---

<sup>5</sup> Siehe dazu *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 266 ff., es finde derzeit „eine ‚Publizierung‘ des Privatrechts und damit auch des Arbeitsrechts statt.“ ebd. S. 266; s. auch *Becker*, *Whistleblowing*, S. 76 ff.; *Kreis*, in: *Arbeitsrecht – für wen und wofür?*, S. 131 ff.; *dies.*, *Whistleblowing*, S. 86 ff.

<sup>6</sup> Für das Strafrecht ist im Kontrast zum Arbeitsrecht schon lange anerkannt, dass Allgemeininteressen dem strafrechtlichen Geheimnisschutz vorgehen können, denn sie sind nach h. M. notstandsfähig, s. hierzu noch 3. Teil § 2 II. 2. a).

<sup>7</sup> Für ein solches Offenlegungsinteresse im strafrechtlichen Kontext vgl. etwa *Wolter*, in: SK § 95 Rn. 15, der ein Informationsinteresse und ein „Interesse[ ] an der Beseitigung des illegalen Zustandes“ annimmt; vgl. zudem bereits *Stree*, *ZStW* 1966, 663 (690 f.), gerade bei „illegalen Vorgängen oder Zuständen habe das Volk prinzipiell ein Anrecht darauf, über sie unterrichtet zu werden. Es ist dazu berufen, über seine Rechtsordnung zu wachen und auf Beseitigung unrechtmäßiger Zustände zu drängen.“

verstöße aus der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft erstreckt. Ein Nachteil besteht darin, dass es eben nur Rechtsverstöße erfasst, andere denkbare Missstände aber nicht.<sup>8</sup>

Während sich der Zweck der Abhilfe regelmäßig aus dem durch die betroffene Rechtsnorm geschützten Interesse ergibt, ist das Interesse an der Wahrung des Rechts Ausdruck der Idee seiner Unverletzlichkeit. Es lässt sich außerdem auf das Rechtsstaatsprinzip zurückführen, denn ihm ist die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung als zentraler Gedanke eingeschrieben.<sup>9</sup>

Das Rechtswahrungsinteresse ist in erster Linie ein öffentliches Interesse, auch wenn es sich mit Individualinteressen decken kann. Die anzeigende Person wird als Sachwalterin des Rechtswahrungsinteresses tätig, wenn sie Rechtsverstöße anzeigt.<sup>10</sup> Selbst wenn sie von einem ganz anderen Motiv geleitet sein mag, besteht objektiv dieser Zusammenhang. Das Rechtswahrungsinteresse ist also von den involvierten subjektiven Interessen entkoppelt, es ist ein entpersonalisiertes oder überindividuelles Interesse, das von der Einzelperson für die Allgemeinheit wahrgenommen wird.<sup>11</sup>

Natürlich variiert das Rechtswahrungsinteresse graduell sehr stark. So lässt sich etwa bezweifeln, ob an der Offenbarung eines marginalen Rechtsverstoßes überhaupt ein solches Offenbarungsinteresse besteht. Außerdem lässt sich einwenden, dass sich an das Rechtsstaatsprinzip eigentlich nur anknüpfen lässt, wenn es um Rechtsverstöße durch staatliche Stellen geht. Allerdings hat das BVerfG aus der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem Rechtsstaatsprinzip ein Strafanzeigengrundrecht entwickelt und im Arbeitsrecht angewendet.<sup>12</sup> Beschäftigten ist es danach erlaubt, Straftaten ihres Arbeitgebers anzuzeigen und damit auch Betriebsinterna aufzudecken.<sup>13</sup> Der Rekurs auf das Rechtsstaatsprinzip wird damit begründet, dass man durch eine Strafanzeige nur seine von der Rechtsordnung aufgestellte Zeugenpflicht und damit eine allgemeine Staatsbürgerpflicht erfülle.<sup>14</sup> Zudem würde sich ein Gericht zu diesem Prinzip in Widerspruch setzen, wenn es eine negative rechtliche Sanktion wegen der

---

<sup>8</sup> Zudem kann es für Laien ein schwer handhabbares Kriterium sein, da es für sie vielfach nicht einfach ist, zu erkennen, ob ein Rechtsverstoß vorliegt oder nicht. Wobei sich dem aus strafrechtlicher Perspektive entgegenhalten lässt, dass diesbezügliche Fehleinschätzungen über die Irrtumslehre zu lösen sind.

<sup>9</sup> Maurer, in: HdbStaatsR IV § 79 Rn. 43; zust. Schulze-Fielitz, in: Dreier GG Art. 20 Rn. 146.

<sup>10</sup> Becker, Whistleblowing, S. 78.

<sup>11</sup> Siehe bereits Fischer-Lescano, in: Transnationales Recht, S. 435 (438); Kreis, Whistleblowing, S. 109.

<sup>12</sup> BVerfGE 74, 257 (259 ff.); NJW 2001, 3474 (3475).

<sup>13</sup> Nach der hier vorgeschlagenen Interpretation auch Gesetzesverstöße anderer Art, s. dazu bereits I. Teil § 5 IV. 2.

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2001, 3474 (3475).

Anzeige einer Gesetzesverletzung bestätigt und damit rechtskräftig werden lässt.<sup>15</sup>

### III. Öffentlicher Diskurs und diskursive Kontrolle

Der dritte übergeordnete Offenlegungszweck besteht darin, öffentliche Diskurse zu Themen anzustoßen, die für die Allgemeinheit von Bedeutung sind.<sup>16</sup> Das ist insbesondere anzunehmen, wenn die Veröffentlichung der Machtkontrolle durch die Öffentlichkeit dient. Im Kontext des Whistleblowings, aber auch im Zusammenhang mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, äußert sich dieser Zweck, wenn die Rechtsprechung „Informationsinteressen der Öffentlichkeit“ in Abwägungsentscheidungen einführt.<sup>17</sup> Ihren Grund und ihre Normativität beziehen diese Interessen aus dem Demokratieprinzip, dem aus ihm abgeleiteten Transparenzgebot,<sup>18</sup> dem Grundsatz der Volkssouveränität und komplementär aus den Grundrechten, insbesondere der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit sowie der Kunst- und Wissenschaftsfreiheit. Zugleich bilden diese Interessen den Nexus zwischen den genannten Verfassungsprinzipien und -rechten einerseits sowie ihren empirischen Lebensbedingungen, der Welt des Wissens und der Tatsachen, der prozeduralen Meinungs- und Willensbildung, der öffentlichen Meinung, andererseits. In diesem verfassungsrechtlich verbürgten Zweck, der sich nicht nur auf die Offenlegung von Informationen aus der staatlichen, sondern auch aus der unternehmerischen Sphäre erstreckt, kommt zum Ausdruck, was im allgemeinen Diskurs häufig als „vierte Gewalt“ bezeichnet wird.

---

<sup>15</sup> Eingehend zu diesem Argument s. bereits 1. Teil § 6 II. 1.

<sup>16</sup> Bislang ist dieser Zweck im Rechtsdiskurs zum Whistleblowing unterbelichtet geblieben und wird in jüngeren Publikationen explizit abgelehnt, s. insb. *Kreis*, Whistleblowing, S. 111, 113; und auch *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 117; anders hingegen *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b Strafgesetzbuch, S. 161, das unmittelbare Veröffentlichungsrecht (das der BGH in der Pättsch-Entscheidung anerkannt hat), so *Brischke*, sei „mit dem Gesichtspunkt der Abhilfe allein nicht mehr zu begründen, sondern allenfalls mit einem weitergehenden Informations- oder Kontrollinteresse der Öffentlichkeit.“ Im Vergleich zu den anderen beiden übergeordneten Zwecken wird dieser Offenlegungszweck daher im Folgenden eingehend analysiert. Die Gegenauffassung wird noch i. R. d. Zwischenergebnisses thematisiert und zurückgewiesen, unter 6.

<sup>17</sup> Siehe noch die Nachweise unter 3.

<sup>18</sup> Dieser Begriff wird etwa in BVerfGE 130, 318 (360) verwendet: „Grundsatz der Budgetöffentlichkeit, der als Ausprägung des die Demokratie prägenden Transparenzgebotes ebenfalls Verfassungsrang genießt [...]“



### 1. Intersubjektive Dimension der Kommunikationsfreiheiten

Die Demokratie ist wesentlich auf freie und offene Kommunikationsräume angewiesen, in denen sich die Einzelnen betätigen, auf die öffentliche Meinung einwirken und damit zum Prozess der politischen Willensbildung beitragen.<sup>19</sup> Dieser Prozess kulminiert im repräsentativen System in der Wahlentscheidung, affiziert die Staatsorgane aber auch darüber hinaus permanent.

Frei und unverfälscht kann er sich erst entfalten, wenn nicht nur affirmative, sondern insbesondere oppositionelle Verhalten umfassend geschützt werden, die als Kritik, Devianz und Widerstand positiv und durch Enthaltung, Passivität und Indifferenz negativ in Erscheinung treten. Gewährleistet werden sie durch die Grundrechte der Meinungs-, Informations-, Presse-, Kunst-, Wissenschafts- und Versammlungsfreiheit, das Petitionsrecht, aber auch die Vereinigungs- und Koalitionsfreiheit.<sup>20</sup>

Indem diese subjektiven Rechte Verhalten von Einzelnen schützen, gewährleisten sie zugleich etwas Intersubjektives, denn sie bilden das Raster der Kommunikationsräume, in denen die Einzelverhalten stattfinden und sich ausbreiten,<sup>21</sup> aufeinandertreffen und im gegenseitigen Austausch etwas Gemeinsames formen.<sup>22</sup> So entstehen und festigen sich Ansichten, Strömungen und öffentliche Meinungen. Es wird öffentliche Kritik und organisierter Protest geübt.

### 2. Publizitätsprinzip, Grundrechte und Informationsinteressen der Öffentlichkeit

Die freie Zirkulation von Informationen ist für den individuellen Gebrauch der kommunikativen und politischen Grundfreiheiten sowie für den politischen

---

<sup>19</sup> Vgl. etwa BVerfGE 20, 56 (98); 20, 162 (174 f.) (*Spiegel-Affäre*); 27, 71 (81) (*Leipziger Volkszeitung*): „Ein demokratischer Staat kann nicht ohne freie und möglichst gut informierte öffentliche Meinung bestehen.“; *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, S. 64; *Jestaedt*, AöR 2001, 205 (216); *Bethge*, in: Sachs GG Art. 5 Rn. 15: „Die Verbürgungen des Art. 5 haben einen unverkennbaren Öffentlichkeits- und Demokratiebezug.“; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG Art. 5 Rn. 40: die Kommunikationsfreiheiten des Art. 5 Abs. 1 GG schützen „sowohl die privat-individuelle Entfaltung als auch den Prozess politischer Öffentlichkeit“.

<sup>20</sup> Vgl. die Rspr. ebd.

<sup>21</sup> Vgl. *Teubner*, in: Gegenrechte, S. 357 (363) und (366): „Offiziell sind zwar die Individuen die Subjekte subjektiver Rechte, ihre heimlichen Subjekte aber sind soziale Prozesse der Interaktion, der Organisation und der Kommunikationsmedien.“

<sup>22</sup> Vgl. auch *Stree*, ZStW 1966, 663 (668). Diese Räume müssten freigehalten werden, um „totalisierenden Tendenzen transnationaler Sicherheitspositive“ zu begegnen, worin „die demokratische Funktion einer Whistleblowing-Plattform wie WikiLeaks“ liege, *Fischer-Lescano*, in: Transnationales Recht, S. 435 (448).

Willensbildungsprozess und die Ausbildung öffentlicher Meinungen unerlässlich.<sup>23</sup> Ohne Zugang zu Informationen wären die kommunikativen und politischen Grundfreiheiten weitgehend leere Hüllen. Beispielsweise bringt mir mein Recht, Atomwaffen zu kritisieren, nichts, wenn ich es nicht wahrnehmen kann, weil ich von der Existenz dieser Waffen nichts weiß. Das zeigt sich auch darin, dass Meinungs- und Informationsfreiheit im ersten Satz des Art. 5 Abs. 1 GG zusammen geregelt sind.

Im Grunde ist jede Reflexion, die sich auf einen Gegenstand der Außenwelt bezieht, und damit auch jedes folgende affirmative oder opponierende Verhalten, zunächst auf Informationen angewiesen.<sup>24</sup> Informationen befähigen uns regelmäßig erst, einen Sachverhalt zu verstehen und zu bewerten. Die Kenntnis des Diskussionsgegenstandes versetzt uns in die Lage, ihn fundiert zu reflektieren, uns eine Meinung zu bilden und mit anderen darüber auszutauschen. Seine Kenntnis belebt also die Kommunikationsräume und den politischen Willensbildungsprozess initial.<sup>25</sup>

Erst im Laufe dieses permanenten subjektiv-intersubjektiven Prozesses der Reflexion und des Austausches zeichnen sich öffentliche Meinungen ab, die je nach Thema schneller oder langsamer in der Zeitlichkeit changieren und – wie schon bei Bentham und Kant deutlich wurde – für die Bewertung der Arbeit derjenigen aufschlussreich ist, die das Volk repräsentieren.<sup>26</sup> Um diesen Prozess so auszulösen und aufrechtzuerhalten, dass begründete und nachprüfbare Positionen und nicht nur Gerüchte und Mutmaßungen ausgetauscht werden, müssen ihm als vitalisierendes Material permanent wahre Informationen zu-

---

<sup>23</sup> Siehe auch *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 56 m. w. N.

<sup>24</sup> Auch das Vorenthalten von Informationen kann den Gegenstand einer Kritik bilden, sie ist aber ihrerseits von der Information abhängig, dass Informationen vorenthalten werden. – Siehe auch im Kontext der *Pentagon Papers*, *Arendt*, in: *In der Gegenwart*, S. 322 (341), die „auf die Gefahren übermäßiger Geheimhaltung“ hinweist: „Nicht nur wird dem Volk und seinen gewählten Vertretern Zugang zu dem verwehrt, was sie wissen müssen, um sich eine Meinung zu bilden und Entscheidungen zu treffen; auch die Handelnden selber, die zu allem Zugang erhalten, damit sie sich über alle wesentlichen Tatsachen informieren können, bleiben in seliger Ahnungslosigkeit befangen.“ Hinzu kommt, dass bewusste Täuschung und Irreführung in der Politik oftmals erst durch die Geheimhaltung von Informationen ermöglicht wird, vgl. ebd. S. 345 a. E.

<sup>25</sup> Vgl. *Häberle*, Verfassung als öffentlicher Prozeß, S. 237: „Öffentlichkeit ist ein Stimulus für die (noch) nicht interessierte Öffentlichkeit zur interessierten Öffentlichkeit zu werden!“; *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 291 ff.: „Öffentliche Kommunikation vermittelt das sachliche und sozio-kulturelle Wissen der Gesellschaft und bildet es fort.“

<sup>26</sup> Siehe z. B. *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 299.

strömen. Erst wenn der Informationszufluss zu den am Diskurs (potentiell) teilnehmenden Subjekten gewährleistet ist,<sup>27</sup> kann eine „kritische Publizität“<sup>28</sup> entstehen.

Verfassungsrechtlich wird der Informationszufluss im Verhältnis zum Staat durch das Publizitätsprinzip und die Informationsfreiheit abgesichert. Ersteres wird aus dem Demokratieprinzip abgeleitet und ist auf die grundsätzliche Transparenz staatlichen Handelns gerichtet.<sup>29</sup> Geheimhaltung erscheint bereits bei Bentham, Kant und Fichte und auch nach dem zutreffenden Verfassungsrechtsverständnis als begründungsbedürftige Ausnahme von der Transparenz. Die Informationsfreiheit, die einen allgemeinen Informationsanspruch gegen staatliche Stellen einschließt,<sup>30</sup> stellt eine Ausprägung dieses Prinzips dar und weist damit – wie die Kommunikationsgrundrechte – über ihren *prima facie* rein subjektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalt hinaus.<sup>31</sup> Die Fluktuation der

---

<sup>27</sup> Vgl. etwa auch *Lord Bingham*, in: *R v Shayler* [2002] UKHL 11; [2003] 1 AC 247 Rn. 21, „The business of government is not an activity about which only those professionally engaged are entitled to receive information and express opinions. It is, or should be, a participatory process. But there can be no assurance that government is carried out for the people unless the facts are made known, the issues publicly ventilated.“; *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen, S. 64, spricht von „einem infrastrukturellen Gewährleistungsauftrag für die öffentliche Gewalt, den Prozess des Informationsaustausches und der Wissenserlangung frei und funktionsfähig zu halten.“

<sup>28</sup> *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, § 15 S. 224, kritische Publizität stehe im Streit mit der Publizität, die nur „zu manipulativen Zwecken“ veranstaltet werde, § 23 S. 338, 343 (vgl. dazu auch *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, Kap. „Kulturindustrie. Aufklärung und Massenbetrug“, S. 144 ff.), die aus dem Zerfall der bürgerlichen Öffentlichkeit resultiere, § 21 S. 297. Originär öffentliche Interessen werden in Privatinteressen umgewandelt und von Parteien und Verbänden unter Manipulation der Öffentlichkeit durchgesetzt, „ohne sich selbst von ihr kontrollieren lassen zu müssen.“ S. 297. Politische Öffentlichkeit werde nur temporär hergestellt, nur vorübergehend zum Zweck des Wahlvorgangs mobilisiert, S. 312. Der Zerfall der politischen Öffentlichkeit bemesse sich „an dem Grad, in dem es zur genuinen publizistischen Aufgabe der Parteien wird, so etwas wie Öffentlichkeit periodisch überhaupt erst herzustellen.“ § 22 S. 313. Das Maß, in dem sich kritische Publizität durchsetze, bestimme demgegenüber „den Grad der Demokratisierung einer sozialstaatlich verfaßten Industriegesellschaft – nämlich Rationalisierung des Vollzugs sozialer und politischer Gewalt.“ S. 338. Abgelehnt wird nicht das Konzept der Publizität selbst, sondern ihre Manipulation. Eine andere, d. h. kritische(re) Öffentlichkeit wird für möglich gehalten.

<sup>29</sup> Siehe bereits die unter § 1 I. zit. verfassungsrechtliche Literatur sowie *A. Arndt*, Landesverrat, S. 11: „Die Spannung, die aus der Verzahnung des Staatsrechts mit dem Strafrecht erwächst, besteht [...] zwischen dem strafrechtlichen Geheimhaltungsgebot und dem verfassungskräftigen Prinzip der Demokratie (Art. 20 GG), das ein Öffentlichkeitsgebot ist.“

<sup>30</sup> Siehe dazu bereits 1. Teil § 5 II. 2.

<sup>31</sup> Konkretisiert werden Publizitätsprinzip und Informationsfreiheit insb. durch die Informationsfreiheitsgesetze sowie zahllose in der Rechtsordnung verstreute Informationsansprüche und Auskunftsrechte. So etwa zu § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO, *Brischke*, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b StGB, S. 59.

erlangten Informationen sowie ihr intersubjektiver Austausch, werden durch die Meinungsfreiheit geschützt.

Dementsprechend hat das BVerfG bei der Auslegung der Landesverratstatbestände im Lichte der Meinungsfreiheit „das sich aus dem demokratischen Prinzip ergebende Anrecht der Öffentlichkeit an der Information und Diskussion der betreffenden Fakten“<sup>32</sup> berücksichtigt, respektive das „legitime Interesse an der öffentlichen Diskussion“<sup>33</sup>, das „Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit“, das „öffentliche Interesse an voller Klärung des Falles“<sup>34</sup> oder das „erhebliche allgemeine Interesse“ an der Aufklärung eines Verdachts herangezogen.<sup>35</sup>

Ähnliche Erwägungen prägen die Interpretation der in Art. 10 EMRK verbürgten Menschenrechte durch den EGMR. Der Gerichtshof prüft in seinen Entscheidungen zum Whistleblowing, ob der mit der Sanktion verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war und berücksichtigt dabei *öffentliche Interessen* an den weitergegebenen Informationen.<sup>36</sup> Diesen allgemeinen Begriff differenziert der EGMR kasuistisch aus, indem er das jeweils involvierte öffentliche Interesse, etwa von Missständen in der Altenpflege zu erfahren, bezeichnet und begründet.<sup>37</sup> In einer anderen Entscheidung berücksichtigt er bezüglich der Bestrafung eines Journalisten wegen einer Geheimnisverletzung das legitime Interesse der Öffentlichkeit an den veröffentlichten Informationen.<sup>38</sup>

---

<sup>32</sup> BVerfGE 20, 162 (181) (*Spiegel-Affäre*), dieses Zitat ist Teil des abweichenden Votums. En passant wird dabei die Idee angetippt, die wabernden öffentlichen Informationsinteressen mittels eines *Rechts* zu bündeln, sie also aus dem Vorhof des Rechts herauszuheben und durch ihre Verrechtlichung fest in das Rechtsgebäude einzufügen. Für das Strafrecht s. auch *Stree*, JZ 1963, 527 (531), „ein berechtigtes Informationsinteresse“ scheidet nur aus, „wenn die Unterrichtung des Volkes von wesentlich geringerem Wert ist als die Geheimhaltung vor fremden Mächten.“ D. h., „wenn das Informationsinteresse des Volkes nur minimal ist.“ Für eine Abwägung von Geheimhaltungsinteressen mit den „Interessen an der öffentlichen Erörterung der Tatsachen“ zudem *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (12).

<sup>33</sup> BVerfGE 20, 162 (181).

<sup>34</sup> Ebd. S. 214, diese Formulierungen finden sich in dem das Urteil tragenden Votum.

<sup>35</sup> Ebd. S. 215. Auch in zivilrechtlichen Entscheidungen bzgl. des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird zusammen mit der Meinungs- und Informationsfreiheit ein „berechtigtes Informationsinteresse“ eingebracht, s. etwa BGHZ 181, 328 (341 Rn. 37, 344 Rn. 43) (*spickmich.de*).

<sup>36</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Ur. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 74; *Heinisch ./. Deutschland*, Ur. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 66; *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Ur. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 93; *Marchenko ./. Ukraine*, Ur. v. 19.2.2009 – 4063/04, § 52; *Soares ./. Portugal*, Ur. v. 21.1.2016 – 79972/12, § 44.

<sup>37</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, Ur. v. 21.7.2011 – 28274/08.

<sup>38</sup> EGMR, *Stoll ./. Schweiz*, Ur. v. 10.12.2007 – 69698/01, § 118. Der Journalist Martin Stoll, war wegen Art. 293 Schw-StGB (Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen) bestraft worden. Er hatte über ein klassifiziertes Botschaftspapier berichtet, in dem ein

Weiterhin hat der Gerichtshof in Entscheidungen zur Informationsfreiheit einen Vorrang öffentlicher Informationsinteressen anerkannt.<sup>39</sup> So könne sich aus Art. 10 EMRK ein Informationsanspruch gegenüber staatlichen Stellen ergeben, wenn der Informationszugang zur Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit, insbesondere der Freiheit, Informationen zu empfangen und zu teilen, unerlässlich sei.<sup>40</sup> Dazu müsse wegen des öffentlichen Interesses an der Information ein Bedürfnis an ihrer Offenlegung bestehen. Dies bejaht der EGMR, wenn die Offenlegung zur Transparenz der Art und Weise der Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten beitrage und die Öffentlichkeit deshalb an der öffentlichen Verwaltung partizipieren könne.<sup>41</sup>

Ein öffentliches Interesse beziehe sich, so der teils tautologische Definitivversuch, auf Angelegenheiten, die die Öffentlichkeit entweder derart betreffen, dass diese berechtigterweise ein Interesse an ihnen entwickelt, oder die ihre Aufmerksamkeit erregen, oder sie zu einem erheblichen Grad betreffen. Letzteres sei insbesondere der Fall, wenn es um das Wohlergehen der Bürgerinnen und Bürger oder das Leben in der Gemeinschaft gehe.<sup>42</sup> Zudem bestehe ein öffentliches Interesse an Angelegenheiten, die geeignet sind, erhebliche Kontroversen auszulösen, die sich etwa auf eine bedeutende soziale Frage oder auf ein Problem beziehen, von dem anzunehmen sei, dass die Öffentlichkeit hierüber informiert werden wolle.<sup>43</sup> Diese Art des öffentlichen Interesses sei aber nicht auf jenen „public’s thirst for information“ zu reduzieren, der sich nur durch Sensationslust oder Voyeurismus auszeichne.<sup>44</sup> Der EGMR bestimmt das öffentliche Interesse also auch normativ und nicht allein aufgrund eines faktischen Informationsinteresses der Öffentlichkeit.

---

leitender Diplomat mit fragwürdigen Äußerungen eine Strategie skizzierte, um Kompensationsforderungen von Holocaustopfern abzuwiegeln, die der Jüdische Weltkongress wegen sog. „nachrichtenloser Vermögen“ (vgl. hierzu auch den Fall von Christoph Meili) gegen Schweizer Banken geltend machte. Die Artikel seien im Kontext einer öffentlichen Debatte veröffentlicht worden, die die Schweizer Öffentlichkeit tief gespalten habe, § 119. Sie habe ein legitimes Interesse daran gehabt, Informationen über die mit dieser Angelegenheit betrauten offiziellen Personen, ihren Verhandlungsstil und ihre Verhandlungsstrategie zu erlangen, § 122.

<sup>39</sup> Siehe dazu bereits 1. Teil § 5 II. 2.

<sup>40</sup> EGMR, *Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn*, Urt. v. 8.11.2016 – 18030/11, § 156 = NVwZ 2017, 1843 ff. (1847) (inoffizielle Übersetzung).

<sup>41</sup> Ebd. § 161: „transparency on the manner of conduct of public affairs and on matters of interest for society as a whole and thereby allows participation in public governance by the public at large.“

<sup>42</sup> Ebd. § 162. Die Bestimmung dessen, was ein öffentliches Interesse sei, erfolge einzel-fallbezogen.

<sup>43</sup> EGMR, *Magyar Helsinki Bizottság ./ Ungarn*, Urt. v. 8.11.2016 – 18030/11, § 162.

<sup>44</sup> Ebd. Zudem sei bei der Auslegung der Informationsfreiheit auch „die privilegierte Stellung von Bedeutung, die der Gerichtshof der politischen Rede und Diskussion über Themen öffentlichen Interesses eingeräumt hat“, ebd. § 163.

### 3. Informationsinteressen der Öffentlichkeit gegenüber Privaten in der Rechtsprechung

Doch nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber Privaten bringt die Rechtsprechung über die Kommunikationsgrundrechte öffentliche Informationsinteressen ins Spiel, die entgegenstehende Geheimhaltungsinteressen übertrumpfen können. Das zeigt sich gerade bei Abwägungen, die Gerichte im Rahmen zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Pressefreiheit vornehmen.

#### a) *Berichterstattung über Straftaten und Straftäter*

Nach ständiger Rechtsprechung genießt etwa das „Informationsinteresse an einer Berichterstattung über Straftaten oder ähnliche Verfehlungen“ im Allgemeinen Vorrang gegenüber „den Belangen des Persönlichkeitsschutzes“. <sup>45</sup> Wer den Rechtsfrieden breche, müsse sich nicht nur den hierfür in der Rechtsordnung vorgesehenen Sanktionen beugen, sondern „auch dulden, daß das von ihm selbst durch seine Tat erregte Informationsinteresse der Öffentlichkeit in einer nach dem Prinzip freier Kommunikation lebenden Gemeinschaft auf den dafür üblichen Wegen befriedigt wird.“ <sup>46</sup> Hier wird ganz deutlich: Bei diesem Informationsinteresse geht es weder um die Verhinderung noch um die Ahndung von Straftaten, also weder um ein Abhilfe- noch um ein Rechtswahrungsinteresse. Das spricht für die hier entwickelte These eines dritten, übergeordneten Offenbarungsinteresses in Gestalt von Informationsinteressen der Öffentlichkeit spricht. Zudem: Wenn ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, von einer Straftat zu erfahren, gegenüber dem rechtlichen Schutz der Geheimnissphäre eines Menschen, der mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus der Würde des Täters begründet wird, den Vorrang genießt, dann muss dies doch *erst recht* für eine juristische Person gelten, der eine Rechtsverletzung zuzurechnen ist.

#### b) *Boulevardesk über Caroline von Monaco und andere „Promis“*

Weiterhin werden bei boulevardesken Berichterstattungen über „Promis“ deren Persönlichkeitsrechte und das aus Art. 5 GG abgeleitete „Informationsinteresse der Öffentlichkeit“ gegeneinander abgewogen. <sup>47</sup> Bei der Abwägung sei

---

<sup>45</sup> BVerfG, NJW 2006, 2835; s. bereits BVerfGE 35, 202 (231 f.) (*Lebach*), sowie 152, 152 (194 Rn. 98) (*Recht auf Vergessen I*) = juris Rn. 98.

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 202 (231 f.). Ein analoger Gedanke findet sich in der Strafrechtsdogmatik zur Defensivnotstandsbefugnis, nach der eine Person Eingriffe in ihre rechtlich geschützten Interessen eher hinnehmen muss, wenn sie eine Gefahr selbst verursacht hat bzw. für diese verantwortlich ist, s. noch 3. Teil § 2 IV. 1.

<sup>47</sup> Siehe etwa BVerfGE 120, 180 (212, 216) (*Caroline von Monaco III*); 101, 361 (391) (*Caroline von Monaco II*): „Abwägung zwischen öffentlichem Informationsinteresse und

„von maßgeblicher Bedeutung, ob [...] eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ernsthaft und sachbezogen“ erörtert werde, damit der „Informationsanspruch des Publikums“ erfüllt „und zur Bildung der öffentlichen Meinung“ beigetragen werde, oder ob „lediglich die Neugier der Leser oder Zuschauer nach privaten Angelegenheiten prominenter Personen“ befriedigt werde.<sup>48</sup> Begründet wird dieses Informationsinteresse damit, dass „[g]erade prominente Personen [...] der Allgemeinheit Möglichkeiten der Orientierung bei eigenen Lebensentwürfen bieten sowie Leitbild- oder Kontrastfunktionen erfüllen“.<sup>49</sup>

Ein vorrangiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit kann auch an der Berichterstattung über Äußerungen einer nicht prominenten Person bestehen.<sup>50</sup> Gegenstand eines Rechtsstreits waren etwa Berichte im Nachrichtenmagazin *Der Spiegel* über revisionistische und den Nationalsozialismus verklärende Äußerungen eines „Alten Herren“ einer Burschenschaft und der Verteidigung dieser Äußerungen durch einen anderen „Alten Herren“. Bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit im Rahmen eines deliktischen Anspruchs meinte der BGH, die Presse nehme „berechtigte Interessen wahr, wenn sie über Angelegenheiten berichtet oder zu ihnen Stellung nimmt, an denen ein ernsthaftes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht.“<sup>51</sup> Ein derartiges „Interesse der Öffentlichkeit an angemessener Unterrichtung“ sei „bei der Behandlung politischer Angelegenheiten in der Regel zu bejahen“.<sup>52</sup>

Auch der EGMR leitet aus der Meinungsfreiheit öffentliche Informationsinteressen her, die den Schutz der Rechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) durchbrechen können. Dazu muss, so das erste Kriterium, die jeweilige Veröffentlichung zu einer Debatte von allgemeinem Interesse beitragen.<sup>53</sup> Zudem wird die Bekanntheit der betroffenen Person, ihre

---

Privatsphärenschutz“; NJW 2017, 1376 (1377) (*Kachelmann*): „Das Gewicht der das Persönlichkeitsrecht beschränkenden Pressefreiheit wird davon beeinflusst, ob die Berichterstattung eine Angelegenheit betrifft, welche die Öffentlichkeit wesentlich berührt“; BGHZ 171, 275 (283, Rn. 20) (*Caroline von Hannover*): „Je größer der Informationswert für die Öffentlichkeit ist, desto mehr muss das Schutzinteresse desjenigen, über den informiert wird, hinter den Informationsbelangen der Öffentlichkeit zurücktreten.“

<sup>48</sup> BGHZ 180, 114 (119 Rn. 12 m. w. N.) (*Enkel des Fürsten Rainier von Monaco*).

<sup>49</sup> Ebd. S. 119 Rn. 11. Daher würden selbst „unterhaltende Beiträge, etwa über das Privat- oder Alltagsleben prominenter Personen“ durch die Rundfunkfreiheit geschützt. Sogar „die Normalität ihres Alltagslebens [können] [...] der Meinungsbildung zu Fragen von allgemeinem Interesse dienen“, ebd. st. Rspr. Ein „Informationsinteresse der Öffentlichkeit“ bestehe jedoch z. B. nicht, wenn lediglich das „Interesse der Leser an modischer Orientierung“ durch eine modisch-auffällig gestaltete Wintersportbekleidung Caroline von Monacos angesprochen werde, BVerfGE 120, 180 (216).

<sup>50</sup> BGHZ 31, 308 (*Alte Herren*) = NJW 1960, 476.

<sup>51</sup> Ebd.

<sup>52</sup> Ebd.

<sup>53</sup> Siehe etwa EGMR, *von Hannover ./. Deutschland (II)*, UrT. v. 7.2.2012 – 40660/08 u. a., § 109 m. w. N., die dt. Rspr. bestätigend (§ 126). Ein derartiges Interesse wurde an

Rolle oder Funktion sowie der Gegenstand der Berichterstattung als zweites Kriterium berücksichtigt.<sup>54</sup> Grundlegend sei zwischen Berichterstattungen zu unterscheiden, die geeignet sind, zu einer Debatte in einer demokratischen Gesellschaft beizutragen, etwa über Politiker, und der Ausübung ihrer offiziellen Funktionen auf der einen Seite, und Berichterstattungen über Details aus dem Privatleben einer Person, die keine derartige Funktion erfüllt, auf der anderen Seite.<sup>55</sup> Im ersten Fall nehme die Presse ihre Funktion als *watchdog* in einer demokratischen Gesellschaft wahr, indem sie Informationen und Ideen bezüglich solcher Angelegenheiten verbreitet, die von öffentlichem Interesse sind.<sup>56</sup> Die Öffentlichkeit habe in einer demokratischen Gesellschaft ein grundlegendes Recht, informiert zu werden. Dieses Informationsinteresse erstreckte sich unter besonderen Umständen sogar auf das Privatleben öffentlicher Personen.<sup>57</sup>

c) Wallraff und die „Bild“: Investigativjournalismus zu Unternehmenspraktiken

Schließlich werden Informationsinteressen der Öffentlichkeit von der Rechtsprechung im Rahmen der Prüfung deliktischer Ansprüche nicht nur gegenüber natürlichen Personen, sondern auch gegenüber unternehmerischen Geheimhaltungsinteressen ins Spiel gebracht. Bei den Abwägungsentscheidungen wird geprüft, ob „über Angelegenheiten berichtet [wird], an denen ein ernsthaftes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht (vgl. Art. 5 Abs. 1 GG)“, was bezüglich einer kritischen Berichterstattung über eine „Hormoncreme“ bejaht wurde.<sup>58</sup> Im Fall *Wallraff* hat der BGH ein öffentliches Informationsinteresse angenommen, das den Ausschlag für die Zulässigkeit der Veröffentlichung

---

Fotos aus dem Skiurlaub des Promi-Paares auf einer Straße in einem Wintersportort im Zusammenhang mit dem Begleittext bejaht, ebd. § 118. Ein solches Interesse wird ebenfalls bei Berichterstattungen über Straftaten angenommen, EGMR, *Egeland and Hanseid ./. Norwegen*, UrT. v. 16.4.2009 – 34438/04, § 58. Verneint wird ein solches Interesse, wenn es lediglich darum geht, die Neugier einer bestimmten Leserschaft zu befriedigen, s. etwa EGMR, *Standard Verlags GmbH ./. Österreich (II)*, UrT. v. 4.6.2009 – 21277/05, § 52 (Geschwätz über den Zustand der Ehe des Präsidenten und angeblicher außerehelicher Beziehungen); verneint etwa auch bzgl. finanzieller Schwierigkeiten eines Sängers, EGMR, *Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS) ./. Frankreich*, UrT. v. 23.7.2009 – 12268/03, § 43.

<sup>54</sup> Siehe etwa EGMR, *von Hannover ./. Deutschland (II)*, UrT. v. 7.2.2012 – 40660/08 u. a., § 110 m. w. N.

<sup>55</sup> Ebd. m. w. N.

<sup>56</sup> Ebd. Siehe auch EGMR, *von Hannover ./. Deutschland (I)*, UrT. v. 24.6.2004 – 59320/00, § 63.

<sup>57</sup> Ebd. § 64: „*the public has a right to be informed*“.

<sup>58</sup> BGH NJW 1970, 187 (189) (*Hormoncreme*). Es ging um einen Anspruch wegen Kreditgefährdung nach § 824 BGB, dessen Abs. 2 einen Ausschluss des Anspruchs vorsieht, wenn der Anspruchsgegner ein „berechtigtes Interesse“ an der Mitteilung hat. Mit § 824 Abs. 2 BGB wurde § 193 StGB für das Deliktsrecht übernommen, *Wagner*, in: MK-BGB § 824 Rn. 42.



gab, obwohl die von Wallraff aufgedeckten fragwürdigen Recherchepraktiken der Zeitung *Bild* nicht rechtswidrig gewesen seien.<sup>59</sup> Die Meinungsäußerungsfreiheit schließe das Recht ein, sich nach dem Ende eines Beschäftigungsverhältnisses öffentlich kritisch zu Vorgängen in dem Unternehmen zu äußern, an denen die „Allgemeinheit ernstlich, also nicht nur aus Neugierde, interessiert ist, weil diese sie unmittelbar angehen.“<sup>60</sup> Das soll jedenfalls für gewichtige Missstände gelten, „durch die die Öffentlichkeit betroffen ist und denen durch betriebsinternes Vorstelligwerden nicht erfolgreich begegnet werden kann“. Die Meinungsfreiheit werde „gerade auch deshalb gewährleistet, um in Angelegenheiten, die die Öffentlichkeit angehen, der geistigen Auseinandersetzung ein Diskussionsforum und Kontrollforum zu sichern.“ Die „schutzwürdigen Interessen der Öffentlichkeit“ seien „nicht auf die Aufdeckung besonders gravierender Rechtsverstöße beschränkt“, sondern erstreckten sich vielmehr auch auf „Fehlentwicklungen eines Journalismus [...], der noch Formen des Rechts in Anspruch nehmen mag, aber die Aufgaben der Presse und ihre Verantwortung aus dem Auge verloren hat.“<sup>61</sup> Derart für die Gemeinschaft wichtige Vorgänge müssten im Bewusstsein und unter der Kontrolle der Öffentlichkeit gehalten werden, insbesondere da sie sich „für die Allgemeinheit unsichtbar, nichtsdestoweniger einschneidend vollziehen.“<sup>62</sup>

Diese Argumentation ist bemerkenswert, weil sich der Aspekt der Kontrolle durch die Öffentlichkeit auf der Grundlage des staatstheoretischen Publizitätsprinzips zunächst allein auf staatliches Verhalten erstreckt. Sie überschneidet sich mit der bereits im Zusammenhang mit dem inversen panoptischen Schema entwickelten Position.<sup>63</sup> Ein allgemeines Diskurs- und Kontrollinteresse besteht bezüglich all jener Gegenstände, die die Öffentlichkeit betreffen, ganz gleich, ob die jeweiligen Missstände einer Person des Privatrechts oder des

---

<sup>59</sup> BGHZ 80, 25 ff. (Wallraff).

<sup>60</sup> Ebd. S. 37.

<sup>61</sup> Ebd.

<sup>62</sup> Ebd. Zudem ergebe sich „schon aus dem großen Verbreitungskreis der angegriffenen Zeitung“, dass „das Anliegen der Kritik auch im Streitfall für die Öffentlichkeit von hohem Interesse ist“. Das BVerfGE 66, 116 (139), meinte hingegen, die Veröffentlichungen Wallraffs seien nur teilweise durch die Meinungsfreiheit geschützt, da er das Recherchematerial rechtswidrig durch Täuschung beschafft habe. Nur ausnahmsweise könne „die Bedeutung der Informationen für die Unterrichtung der Öffentlichkeit und für die öffentliche Meinungsbildung“ die mit dem Rechtsbruch einhergehenden Nachteile für die Betroffenen und die Geltung der Rechtsordnung überwiegen. Dies sei allerdings in der Regel nicht der Fall, „wenn die offenbarten Missstände nicht rechtswidrig seien, denn ihre Legalität deute darauf hin, dass sie nicht von erheblichem Gewicht seien und daher auch kein überragendes öffentliches Interesse an ihrer Aufdeckung bestehe.“ Folglich „betont das BVerfG den rechtsstaatlichen Aspekt der Unverletzlichkeit des Rechts stärker als den vom BGH hervorgehobenen Aspekt der aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Informationsinteressen.“ *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, S. 20.

<sup>63</sup> Siehe oben unter § 1 II. 3. b).

öffentlichen Rechts zuzuordnen sind. Es ist etwa für das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, von Missständen in einem Krankenhaus oder einem Altenpflegeheim zu erfahren, gleichgültig, ob es staatlich oder privat betrieben wird.

Mit dieser Ansicht deckt sich schließlich jene Verfassungsrechtsprechung, nach der eine „Vermutung zu Gunsten der Freiheit der Rede“ besteht, wenn von ihr „im Zusammenhang mit einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage Gebrauch gemacht“ wird.<sup>64</sup> Ein berechtigtes, aus der Meinungsfreiheit abgeleitetes Interesse (hier an einer ehrverletzenden Äußerung) bestehe, wenn die Äußerung „zur öffentlichen Auseinandersetzung über gesellschaftlich oder politisch relevante Fragen“ beitrage.<sup>65</sup> Das „Gewicht“ solcher Äußerungen sei als „besonders hoch zu veranschlagen, weil das Grundrecht gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der *Machtkritik* erwachsen ist und darin unverändert seine Bedeutung findet.“<sup>66</sup> Abweichungen von der Vermutungsregel bedürften einer Begründung, „die der konstitutiven Bedeutung der Meinungsfreiheit für die Demokratie“ Rechnung trage.<sup>67</sup>

#### 4. Koordinaten einer kontrollierenden „vierten Gewalt“

Transparenz, Kommunikationsfreiheiten und durch sie vermittelte öffentliche Kommunikationsräume bilden die verfassungsrechtlichen Grundkoordinaten einer effektiven Kontrolle durch den obersten Souverän, das Staatsvolk.<sup>68</sup> In einem repräsentativen Staatssystem ist das Prinzip der bürgerlichen Kontrolle wesentlich, um destruktive Organisationsdynamiken im Staat zu identifizieren und zu unterbrechen.<sup>69</sup> Dem „Staatsbürger“ muss, so Kant, „selbst die Befugniß zustehen, seine Meinung über das, was von den Verfügungen“ des Souveräns „ihm ein Unrecht gegen das gemeine Wesen zu sein scheint, öffentlich bekannt zu machen.“<sup>70</sup> Der bloßen Möglichkeit der öffentlichen Kritik kommt

---

<sup>64</sup> BVerfGE 93, 266 (294) (*Soldaten sind Mörder*) = juris Rn. 123, ein Student war wegen Beleidigung verurteilt worden, weil er aus Anlass eines Nato-Manövers ein Transparent mit der Aufschrift „A SOLDIER IS A MURDER“ an einer Straßenkreuzung in Mittelfranken befestigt hatte; s. bereits BVerfGE 7, 198 (208, 212) (*Lüth*).

<sup>65</sup> BVerfGE 93, 266 (293) = juris Rn. 119.

<sup>66</sup> Ebd. S. 293 = juris Rn. 119 (Hervorh. d. R. B.)

<sup>67</sup> Ebd. S. 295 = juris Rn. 123. Da die Meinungsfreiheit schlechthin konstituierend für die freiheitliche demokratische Ordnung sei, falle sie bei der Auslegung von § 193 StGB besonders ins Gewicht, ebd. S. 292 f.

<sup>68</sup> Vgl. *Jestaedt*, AöR 2001, 205 (217): „Öffentlichkeit“ als „Voraussetzung für die begleitende Kontrolle staatlicher Herrschaftsausübung [auch] außerhalb des Wahlgesehens.“

<sup>69</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (284); *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 54 f.

<sup>70</sup> *Kant*, Über den Gemeinspruch, AA VIII, 273 (304), und weiter: „Denn daß das Oberhaupt auch nicht einmal irren, oder einer Sache unkundig sein könne, anzunehmen, würde ihn als mit himmlischen Eingebungen begnadigt und über die Menschheit erhaben vorstellen.“ Ähnlich mit demokratietheoretischem Einschlag argumentieren *Cohen/Fung*, in: Con-

– was insbesondere Bentham hervorhebt – eine prohibitive, d. h. eventuellen Missbräuchen vorbeugende Wirkung zu. Durch sie tritt ein inverser panoptischer Effekt ein, der die derivierte Staatsgewalt, aber auch private Machtakkumulationen, dem prüfenden Auge der Öffentlichkeit permanent aussetzt und dadurch ein machtkritisches Überwachungspositiv erzeugt.<sup>71</sup>

Zudem wird erst durch die sich permanent vollziehende öffentliche Kritik und Evaluation der Repräsentierenden und das in diesem Prozess vermittelte Wissen eine „aufgeklärte“ Wahlentscheidung möglich.<sup>72</sup> Das demokratische Kontrollmittel schlechthin, d. h. die Abwahl der Regierenden oder eine substantielle Änderung der Machtverhältnisse, lebt von einem freien, öffentlichen und kritischen Diskurs.

Dieser Aspekt der mittels Transparenz bedingten Kontrolle durch das Wahlvolk wird auch in der Rechtsprechung des BVerfG zum parlamentarischen Fragerecht hervorgehoben, welches sich auch aus dem Prinzip der Volkssouveränität ableitet.<sup>73</sup> Die mittels des Fragerechts hergestellte Parlamentsöffentlichkeit ermögliche insbesondere auch die „Kontrolle durch die Bürger“ und diene

---

stitution, Democracy, and State Power: The Institutions of Justice, Bd. 1, S. xxiv: „free expression appears to play an especially fundamental role in a democracy – in checking tendencies to government misconduct, facilitating the open debate that is a precondition for rational collective choice and well-grounded confidence in our own individual judgments, respecting the sovereignty of citizens (rather than government) in a democracy, and/or treating citizens as free, responsible agents, capable of arriving at independent judgments about practical affairs.“ Sowie Lindblom, *J. Bus. Eth.* 76 (2007), 413 (416): „Without being allowed to give voice, the people cannot control government. Without receiving information citizens will not know what problems there are“.

<sup>71</sup> Siehe bereits unter § 1 II. 3. b). Dies gilt nicht nur für die zu kontrollierenden staatlichen Institutionen, sondern auch für die sie kontrollierenden staatlichen Stellen, denn es hat sich gezeigt, dass Geheimgerichte und zur Geheimhaltung verpflichtete Aufsichtsgremien ineffektiv operieren, *Benkler*, *Harv. L. & Pol’y Rev.* 2014, 281 (302), für den United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC) und das Privacy and Civil Liberties Oversight Board (PCLOB); zudem, bereits im Jahr 1843, *Welcker*, „Öffentlichkeit“, in: *Rotteck/Welcker Staatslexikon X*, 3. Aufl., S. 754, zur Kontrolle der königlichen Gewalt durch Ephoren (ursprünglich ein Konzept von Aufsehern aus dem antiken Sparta, das u. a. von Fichte aufgegriffen wurde, dazu noch unter 5.): „Aber es fehlte gegen diese Ephoren selbst und gegen ihre Machtmissbräuche eine wirksame Kontrolle und Bürgschaft. Sie waren jetzt die unbewachte Spitze der Pyramide.“

<sup>72</sup> Vgl. etwa auch *Jestaedt*, *AöR* 2001, 205 (217); *Rösch*, Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie, S. 53 f.

<sup>73</sup> Siehe etwa BVerfGE 147, 50 (126 ff.) m. w. N. Das Fragerecht begründet einen Informationsanspruch des Parlaments.

damit „der effektiven Verantwortlichkeit des Parlaments gegenüber dem Wähler“.<sup>74</sup> Hierin erkennt das BVerfG einen „zentrale[n] Mechanismus des effektiven Einflusses des Volkes auf die Ausübung der Staatsgewalt“.<sup>75</sup> „Eine verantwortliche Teilhabe der Bürger an der politischen Willensbildung des Volkes setzt voraus, dass der Einzelne von den zu entscheidenden Sachfragen, von den durch die verfassten Staatsorgane getroffenen Entscheidungen, Maßnahmen und Lösungsvorschlägen genügend weiß, um sie beurteilen, billigen oder verwerfen zu können“.<sup>76</sup> Bei einem Ausschluss der Öffentlichkeit könne die Wählerschaft „weder das Handeln der Regierung noch die parlamentarische Reaktion auf die erlangte Information zur Kenntnis nehmen und bewerten“.<sup>77</sup>

In den öffentlichen Kommunikationsräumen entfaltet sich eine Form der diskursiven Kontrolle akkumulierter Macht, die sich in Bezug auf staatliches Handeln als eine zweite Form der Gewaltenkontrolle (d. h. außerhalb der abgeleiteten Staatsgewalten) vollzieht.

Dieser Aspekt der diskursiven Kontrolle lässt sich mit dem Begriff der „vierten Gewalt“ apostrophieren.<sup>78</sup> Damit ist keine institutionalisierte Gewalt gemeint, die neben die staatsorganisationsrechtlich getrennten Gewalten tritt. Vielmehr fasst sie verschiedenste Kräfte zusammen, die in kontrollierender Funktion für die Allgemeinheit tätig werden. Sie versinnbildlicht, dass Einzelne durch die kritische Beobachtung staatlicher oder privater Macht und durch die Offenlegung von Gegenständen, die das Allgemeinwohl betreffen, in einer verfassungsrechtlich wesentlichen und verbürgten Funktion für die Öffentlichkeit tätig werden. In ihr kommt das „Recht des Bürgers auf Transparenz und Kontrolle“ zum Ausdruck.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Ebd. S. 129 Rn. 201 m. w. N.

<sup>75</sup> Ebd.

<sup>76</sup> Ebd.

<sup>77</sup> Ebd. S. 132 Rn. 209.

<sup>78</sup> Im Rechtsdiskurs wird der Begriff einer „vierten Gewalt“ in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen verwendet. In einem Vortrag v. 6.8.1946 bezeichnet Adolf Arndt damit wirtschaftliche Macht im Staat, *Gosewinkel*, Adolf Arndt, S. 91; *Fritz Bauer*, Die neue Gewalt, S. 3 ff., verwendet ihn bzgl. der „Notwendigkeit der Einführung eines Kontrollorgans in der Bundesrepublik Deutschland“; *Calliess*, in: HdbStaatsR IV § 83 A. Rn. 1, zeigt sich abl. ggü. einer vierten Gewalt hinsichtlich auswärtiger Angelegenheiten; *Hoppe*, in: HdbStaatsR IV § 77 C. II. 1. Rn. 44, staatliche „Planung als ‚vierte‘ Gewalt“; *Möllers*, Die drei Gewalten, 228 ff., zu hoheitlichem Handeln, das sich durch die Internationalisierung des Rechts einer Zuordnung zu einer oder der Kontrolle durch eine der drei Staatsgewalten entzieht; *Vierhaus*, NVwZ 1993, 36 ff., „Sachverstand als vierte Gewalt?“; schon wegen dieser unterschiedlichen Zuschreibungen sei der Begriff „wenig glücklich“, *Truhart*, Drei Systeme, S. 141, m. w. N.

<sup>79</sup> OLG Hamm, NJW 1981, 356 (358) (*Flick-Parteispenden-Affäre*), s. dazu bereits 1. Teil § 7 III. 1. c).

### 5. Kontrolle als verfassungsrechtliche Funktion jenseits der abgeleiteten Staatsgewalten

Die staatlich nicht-institutionalisierte Kontrolle ist Ausdruck des Prinzips der Volkssouveränität und bildet das Komplement zur gegenseitigen Gewaltenkontrolle durch die drei abgeleiteten Staatsgewalten.<sup>80</sup> Dieser Kontrolle durch die Öffentlichkeit, insbesondere ihrer Beschreibung als „vierte Gewalt“, könnte entgegenhalten werden, dass der Begriff der Staatsgewalt den Institutionen vorbehalten ist, denen das Gewaltenmonopol in dreigeteilter Weise durch die Verfassung übertragen wurde.<sup>81</sup> Eine „vierte Gewalt“ müsste ihrerseits der Kontrolle durch die anderen Gewalten unterworfen sein, was auf ihr Verständnis als unabhängiges Korrektiv gerade nicht zutrifft. Sie weist keine feste Konstitution und Organisation auf und lässt sich eher als Zusammenfassung diverser nichtstaatlicher Kräfte beschreiben, die in einer Art Wächterrolle Informationen kritisch verbreiten und Meinungen äußern. Um diese Funktion unabhängig ausüben zu können, steht sie notwendig außerhalb der staatlich-institutionalisierten Strukturen und ist somit weder demokratisch legitimiert noch der gegenseitigen innerstaatlichen Gewaltenkontrolle unterworfen.<sup>82</sup>

Weiterhin könnte eine diskursiv-kontrollierende „vierte Gewalt“ schon als begrifflich widersprüchlich zurückgewiesen werden, weil reine Beobachtung, Prüfung und Kontrolle durch Verbreitung von Informationen und Meinungen nicht als „Gewalt“ im staatsrechtlichen Sinne erscheinen. Der Begriff der

---

<sup>80</sup> Scherzberg, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, S. 291 ff.; Wegener, Der geheime Staat, S. 435 ff.

<sup>81</sup> Di Fabio, in: HdbStaatsR II § 27 A. IV. Rn. 14.

<sup>82</sup> Böckenförde, in: HdbStaatsR III § 34 D. III. 2. Rn. 41. Im Kontext des Aufdeckens von Staatsgeheimnissen durch Informanten bzw. durch die Presse, spricht Sagar, in: WikiLeaks und die Folgen, S. 212, von einer „Umgehungslösung [...], da sie die staatlichen Strukturen letztlich untergräbt.“ Sie „zu legalisieren würde daher bedeuten, die Insubordination von Mitarbeitern der Exekutive zu legalisieren.“ Wenn die Kontrolle der Staatsbeamten in die Hände von Privatpersonen (der Presse) gelegt werde, bestehe die Gefahr, dass die Öffentlichkeit „von Privatleuten anstatt von Beamten hinters Licht geführt“ werde, S. 212 f. m. w. N., die selbst nicht demokratisch legitimiert sind, S. 214. Die Legitimität des „Umgehungsverfahrens“ könne „mangels expliziter Autorisierung“ nur „wegen der stillschweigenden Billigung durch die Mehrheit“ vermutet werden, S. 215. Es würde daher „zu einem Widerspruch in der Struktur staatlicher Macht führen, bei dem die eine Behörde befugt wäre, das durchsickern zu lassen, was die andere geheimhalten soll.“ Deshalb sei es „nahezu unmöglich, Informanten und ‚undichte Stellen‘ mit den Normen einer demokratischen Gesellschaft zu versöhnen.“ S. 217 f.; s. auch Brischke, Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b, S. 165: „Das ausgewogene System der Kontrolle der Exekutive durch Regierung, Parlament und Öffentlichkeit“ dürfe „nicht zugunsten eines fälschlicherweise aus dem Demokratieprinzip abgeleiteten Publizitätsmonismus unterlaufen werden, bei dem Regierung und Parlament in eine Nebenrolle abgedrängt und die Öffentlichkeit [...] als eigentliche, primäre Kontrollinstanz aufgewertet wird.“

Staatsgewalt setzt demnach voraus, dass gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern rechtsverbindliche, gestaltende Entscheidungen getroffen werden.<sup>83</sup> Die gesellschaftlichen Kräfte, „die auf politische Willensbildungsprozesse und die Ausübung öffentlicher Gewalt einwirken“, könnten daher im Kontext der Gewaltenteilung nur als „eine Art institutionelle[ ] Metaphorik thematisiert werden, „die ohne festere verfassungsrechtliche Substanz bleibt.“<sup>84</sup>

Zwar sind grundsätzlich nur die drei abgeleiteten Staatsgewalten zur Anwendung von Gewalt befugt, allerdings umfasst dieses Gewaltmonopol nicht auch ein Monopol bezüglich der Kontrolle ihrer Gewalt. Dies zeigt sich etwa daran, dass es staatliche Institutionen gibt, die sich keiner der drei Gewalten zuordnen lassen und denen eine kontrollierende oder prüfende Funktion zukommt. In Deutschland sind hierbei die Rechnungshöfe des Bundes und der Länder zu nennen, die als eine staatliche Institution *sui generis* oder auch als eine vierte Gewalt angesehen werden.<sup>85</sup> Der Gedanke der wechselseitigen Kontrolle bildet zwar den entscheidenden Grund für die Gewaltentrennung, doch wird damit die Kontrolle durch das Staatsvolk mittels öffentlicher Kommunikation und Kritik in einem repräsentativ-demokratischen System keineswegs ausgeschlossen. Die staatsbürgerliche Kontrolle ist vielmehr essentiell, um Machtmissbrauch durch und Fehlentwicklungen in den Institutionen aufzudecken, abzustellen oder schon zu verhindern. Mit dem Prinzip der Volkssouveränität, nach dem gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht, wäre es schlechthin unvereinbar, wenn ihm durch die Übertragung der Staatsgewalt nicht nur die Gewaltanwendung untersagt, sondern auch die Kontrolle der abgeleiteten Gewalten weitgehend entzogen würde.<sup>86</sup>

Das Gewaltenmonopol wird durch die Funktion der diskursiven Kontrolle oder die Existenz einer „vierten Gewalt“ nicht tangiert, da letztere nur überwacht, prüft, kontrolliert und kritisiert, aber nicht selbst für das öffentliche Wesen rechtsverbindlich-gestaltend tätig wird. Sie ist also keine Staatsgewalt im

---

<sup>83</sup> Vgl. *Di Fabio*, in HdbStaatsR II § 27 A. IV. Rn. 14: „In diesen Legitimitätskontext nicht einbezogen sind außenstehende gesellschaftliche Kräfte, die zwar über Einfluß und wirtschaftliche Macht beträchtlichen Umfangs verfügen mögen, aber in keinem Fall einseitig verbindliche Regelungen unter Anerkennung der Rechtsordnung treffen dürfen und deshalb nicht der besonderen Rechtfertigung für die ihrem Wesen nach exkludierende Herrschaft bedürfen.“

<sup>84</sup> Ebd.

<sup>85</sup> *Bauer*, Die neue Gewalt, S. 9; *Bergel*, Rechnungshöfe als vierte Staatsgewalt, S. 76 ff. Im internationalen Vergleich fällt insb. die Verfassung der Republik China (Taiwan) ins Auge, die sogar eine fünfteilige Gewaltenkontrolle vorsieht. Neben die drei herkömmlichen Gewalten treten noch eine Kontroll- und eine Prüfungsgewalt, s. zum taiwanesischen Modell, *Heinig*, Das Budget I (1949), S. 42, (139 ff.); *Truhart*, Drei Systeme, S. 95 ff.; *Weggel*, VRÜ 1 (1968), 391 (399 f.).

<sup>86</sup> Vgl. auch *Stree*, JZ 1963, 527 (531), entgegen der tradierten obrigkeitsstaatlichen Ansicht, sei „in einer Demokratie auch das Volk dazu berufen [...], über seine Rechtsordnung zu wachen und auf Abhilfe gesetzwidriger Zustände zu drängen.“

oben bezeichneten Sinne.<sup>87</sup> Aus diesem Grund muss sie der Gewaltenkontrolle der ineinander verschränkten, abgeleiteten Staatsgewalten nicht eingefügt werden.

Die Notwendigkeit einer zweiten, d. h. nicht staatlich-institutionellen Form der Gewaltenkontrolle tritt insbesondere dann zu Tage, wenn die herkömmliche Gewaltenkontrolle ihre Funktion verfehlt.<sup>88</sup> Werden gravierende Missstände und Fehlverhalten im Staatswesen nicht aufgedeckt und abgestellt, haben *checks and balances* versagt. Dies drängt sich insbesondere auf, wenn sich die Missstände verstetigen und Auswüchse systemischen Charakters annehmen. Das Wissen um sie sollte dann nicht länger in der Geheimsphäre der staatlichen Institutionen belassen werden, sondern die Idee der *res publica* gebietet es, die Öffentlichkeit hiervon in Kenntnis zu setzen.

Analog hierzu erlaubt das Widerstandsrecht des Art. 20 Abs. 4 GG im Ausnahmefall sogar, das Gewaltenmonopol des Staates zu durchbrechen: Im Widerstandsfall darf auch mit Gewalt gegen Personen vorgegangen werden, die als Vertreter der abgeleiteten Staatsgewalten auftreten. Dem Volk muss es als demokratisches „Minus“ zum Widerstandsrecht, das wie gesagt weitaus mehr gestattet, also erst recht erlaubt sein, ohne Gewaltanwendung in kontrollierender Funktion gegenüber den abgeleiteten Staatsgewalten tätig zu werden, gerade wenn die institutionalisierte Gewaltenkontrolle versagt.

Die Idee einer diskursiven Kontrolle ist auch den drei aufklärerischen staats-theoretischen Konzeptionen von Bentham, Kant und Fichte immanent. Fichtes

---

<sup>87</sup> Vgl. auch *Bauer*, Die neue Gewalt, S. 10, zum Institut einer Ombudsperson: „Der Ombudsmann aber kontrolliert nur, er sagt seine Meinung. Damit wird deutlich, was das theoretische Wort ‚Vierte Gewalt‘ eigentlich meint. Hunde, die bellen, aber nicht beißen, wirken dadurch, daß sie das sind; der Ombudsmann spricht das befreiende, klärende Wort; er sagt, was er für recht, für zweckmäßig, gut und menschlich hält. Er soll wirken wie das reinigende Gewitter. Er selber schafft aber keine neuen Rechtsverhältnisse oder korrigiert bestehende. Dies bleibt den übrigen Gewalten überlassen.“ Im Ggs. zu den Gerichten, sie „bellen nicht, aber sie beißen“, S. 18.

<sup>88</sup> Siehe bereits *Welcker*, „Öffentlichkeit“, in: *Rotteck/Welcker Staatslexikon*, 1. Aufl., S. 298 f. „Diese Form aber [die der Gewaltenteilung] ist doch auch ihrerseits ohne Öffentlichkeit und ihren lebendigen Gemeingeist durchaus ungenügend. Können denn nicht die Gewalten ausarten [...] Können sie sich nicht gegen das Volk wechselseitig begünstigen oder vereinigen [...]?“ Nur aus sich selbst könnten die Staatsgewalten dies nie vollends verhindern, sondern dies vermöge nur „bei voller Öffentlichkeit die freie, gesunde öffentliche Meinung der Gesamtheit, das Argusauge, die Weisheit und der patriotische Gemeingeist der Nation, von welcher der regierte Theil nicht die unmittelbare Gewalt, daher auch nicht ihre Versuchungen besitzt, dagegen aber das unwandelbare Interesse hat, allen Despotismus abzuwehren.“ Diese Stelle zit. *Wegener*, *Der geheime Staat*, S. 183, eingehend zu *Welcker* ab S. 174 ff. Im Kontext des Whistleblowings findet sich dieses Argument auch bei *Kumar*, *For whom the whistle blows?*, S. 21, 28, 43, 82, 126, 162, 166, 170 f.

Staatsmodell sieht sogar eine konstitutionell verbürgte negative oder prohibitive Gewalt vor, die der ungeteilten positiven Staatsgewalt gegenübersteht.<sup>89</sup> Erstere greift nur im Ausnahmefall gestaltend ein und beschränkt sich sonst auf ihre überwachende und kontrollierende Funktion. Die von den Exekutoren ausgeübte positive Staatsgewalt wird durch das unabhängige Ephorat,<sup>90</sup> eine Art Wächterrat, der sich aus mehreren vom Volk gewählten Ephoren zusammensetzt, ständig überwacht,<sup>91</sup> die nur „negative“<sup>92</sup> Macht bzw. „absolut prohibitive Gewalt“ ausüben.<sup>93</sup> Ihnen steht unter anderem das Recht zu, Erkundigungen einzuholen.<sup>94</sup> Entdecken sie Missstände, ergreifen sie die erforderlichen Maßnahmen und leiten etwa Verhandlungen ein, um das Verhalten der Exekutoren anzupassen.<sup>95</sup> Wenn sich nun im Montesquieuischen Modell die gegenseitige Gewaltenkontrolle im Einzelfall als defizitär erweist, dann tritt auch dort das Bedürfnis eines überwachenden, kontrollierenden und unabhängigen Korrektivs auf, welches primär auf den Zugang zu den entscheidenden Informationen angewiesen ist.<sup>96</sup>

Die skizzierte diskursive Kontrolle oder „vierte Gewalt“ unterscheidet sich allerdings von Fichtes Ephorat und auch von den drei abgeleiteten Staatsgewalten dadurch, dass sie nicht durch bestimmte Institutionen verkörpert wird, sondern eher eine für den repräsentativen Verfassungsstaat wesentliche Funktion beschreibt. Sie beschränkt sich also nicht auf die Institutionen der professionellen journalistischen Berichterstattung, d. h. die in Verlagshäusern und Mediengruppen konzentrierte Medienmacht, sondern lässt sich besser als „networked fourth estate“, als eine vernetzte „vierte Gewalt“ beschreiben, die sich

---

<sup>89</sup> Den Zusammenhang zwischen der Lehre einer „vierten Gewalt“ und Fichtes Staatskonzeption haben schon *Bauer*, *Die neue Gewalt*, S. 8, und *Truhart*, *Drei Systeme*, S. 140, hergestellt.

<sup>90</sup> Aus dem Griechischen ἐφορος: Aufseher. Fichtes Konzeption ähnelnd gab es im antiken Sparta einen Rat aus fünf Beamten, den Ephoren, die Aufsichtsaufgaben wahrnahmen und eine Vollversammlung einberufen konnten.

<sup>91</sup> *Fichte*, *Grundlage des Naturrechts*, Gesamtausgabe I 3, S. 456.

<sup>92</sup> Ebd. S. 452.

<sup>93</sup> Ebd. S. 449.

<sup>94</sup> Ebd. S. 448.

<sup>95</sup> Ebd. Mit einem „Interdikt“ kann das Ephorat sogar alle Entscheidungen der Staatsmacht suspendieren und die bisherigen Verwalter der Exekutive für rechtsunfähig erklären; wobei das Interdikt erst rechtmäßig wird, wenn es durch die Gemeinde, das ist eine Art Volkssrat, und das Magistrat, ein Organ aus gewählten Volksvertretern, bestätigt wird, ebd. S. 450. Um einem Interdikt zu entgehen, würden die Exekutoren ihr Verhalten den Urteilen des Ephorats entsprechend anpassen. Nur in dem – nach Fichte unwahrscheinlichen – Fall korrupter Ephoren, die sich mit den Exekutoren gegen das Volk verbündeten, sei aufrührerischer Widerstand legitim, ebd. S. 457. Allerdings stellt sich dann die Frage, wer die Überwacher überwacht, s. bereits *Welcker*, Fn. 71.

<sup>96</sup> Siehe auch *Bauer*, *Die neue Gewalt*, S. 7: „Ausgangspunkt dieser ‚Vierten Gewalt‘ ist das spartanische Ephorat.“



aus verschiedensten publizistisch agierenden Subjekten konstituiert.<sup>97</sup> Damit sind auch Personen gemeint, die durch Whistleblowing oder Blogging in Erscheinung treten, in Nichtregierungsorganisationen tätig sind oder sich aus den Wissenschaften öffentlich äußern.<sup>98</sup> Eine „vierte Gewalt“ ist also keine, die neben die institutionalisierten drei Gewalten tritt, sondern sie ist eine Funktion, die jedes politische Subjekt wahrnehmen kann.

In der Ablehnung dieser als „vierte Gewalt“ bezeichneten Funktion kommt eine Haltung zum Ausdruck, die den Staat als etwas von der Gesellschaft, vom Staatsvolk dichotomisch Abgetrenntes betrachtet. Eine Handlung als rechtlich schützenswert zu erachten, weil sie dem Allgemeinwohl dient, wird von vornherein mit dem Hinweis desavouiert, dass sich ihre Bedeutung in dem subjektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalt des jeweils einschlägigen Rechts erschöpft. Mit anderen Worten kann der rechtliche Schutz einer Handlung nicht mit dem Allgemeinwohl, sondern stets nur aus dem subjektiv-rechtlichen Gewährleistungsgehalt begründet werden.<sup>99</sup>

Doch oben wurde bereits gezeigt, dass sich der Zweck der diskursiven Kontrolle, also die Überwachung staatlicher und privater Machtakkumulationen durch die Öffentlichkeit, verfassungsrechtlich insbesondere auch aus den subjektiven Kommunikationsgrundrechten ergibt. Die für ein Staatswesen notwendige freie Kommunikation und Kontrolle durch die Öffentlichkeit bilden nicht nur ein zentrales Anliegen der drei vorgestellten Positionen der aufklärerischen Philosophie zum Publizitätsprinzip, sondern auch des Grundgesetzes und seiner historisch gewachsenen Interpretation. Der Handlungsspielraum des rechtlich Erlaubten wird auf diese Weise nicht allein über die Verfolgung willkürlicher Einzelinteressen determiniert, sondern auch durch die Wahrnehmung öffentlicher Interessen, hier in der spezifischen Funktion der diskursiven Kontrolle. Die verfassungsrechtliche Bedeutung dieser Kontrolle und damit einhergehend, der rechtliche Schutz der ihr dienenden Handlungen, sollten im

---

<sup>97</sup> Benkler, „A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle Over the Soul of the Networked Fourth Estate“, Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 2011, 311 ff.; sowie ders., Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (306): „Wikileaks and other members of the networked fourth estate cannot be treated as second-class citizens under the First Amendment.“ Der Begriff *fourth estate* bezeichnete ursprünglich einen vierten Stand neben Klerus, Adel und dem gemeinen Volk.

<sup>98</sup> Vgl. EGMR, *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn*, Urte. v. 8.11.2016 –18030/11, § 168 = NVwZ 2017, 1847.

<sup>99</sup> So etwa Bethge, in: HdbStaatsR IX § 203 II. 3. b) Rn. 84: „Die Funktionalisierung (Indienstnahme) von Freiheitsrechten zur Wahrnehmung öffentlicher Belange durch den Grundrechtsinhaber als eines ‚in Dienst genommenen Privaten‘ ist ausgeschlossen. Ähnlich der unausrottbaren Reizfigur von der vierten Gewalt darf daher die öffentliche Aufgabe der Presse juristisch nicht ernst genommen werden; sie ist ein sicheres soziologisches Wichtigkeitsattribut (Rupert Scholz) ohne rechtliche Relevanz.“

Rechtsdiskurs stärker akzentuiert und in der konkreten Rechtsanwendungssituation stärker gewichtet werden.<sup>100</sup> Dazu könnten diskursive Kontrollfunktion und Öffentlichkeitsprinzip verfassungsrechtlich stärker auskonturiert werden, um als Auslegungsregeln bei gerichtlichen Interessenabwägungen eine öffentlichkeitsfreundlichere Entscheidungspraxis zu fördern.<sup>101</sup>

In diese Richtung weist auch das Primärrecht der EU<sup>102</sup> sowie ein Ansatz des EGMR. In einer jüngeren Entscheidung zu einem unmittelbar aus Art. 10 Abs. 1 EMRK abgeleiteten Informationsanspruch hat der Gerichtshof der Frage besonderes Gewicht beigemessen, ob die um Auskunft ersuchende Person die Öffentlichkeit in der Rolle eines sozialen oder öffentlichen „watchdog“ informiere.<sup>103</sup> Dieses Watchdog-Merkmal hatte der EGMR schon in einer früheren Entscheidung bei einer Abwägung zwischen Persönlichkeitsrechten und der Pressefreiheit eingeführt. Bei Berichterstattungen, die geeignet sind, zu einer Debatte in einer demokratischen Gesellschaft beizutragen, sei insbesondere die Funktion der Presse als „watchdog“ bei der Abwägung mit den betroffenen Persönlichkeitsrechten zu berücksichtigen.<sup>104</sup>

Die diskursive Funktion wird damit bei der Interpretation der kommunikativen Grund- und Menschenrechte in der Abwägungssituation bereits im Ansatz berücksichtigt. Dies zeigt sich auch an den verschiedenen Formulierungen von Informationsinteressen der Öffentlichkeit in Entscheidungen deutscher Gerichte, die in einigen Fällen gerade aus einem Interesse an der öffentlichen Machtkontrolle erwachsen.<sup>105</sup>

### 6. Zwischenergebnis

Informationsinteressen der Öffentlichkeit, auf die Gerichte gerade bei der Grundrechtsinterpretation so häufig rekurrieren, sind auf den übergeordneten Zweck, öffentliche Diskurse anzustoßen und diskursive Kontrolle zu ermögli-

---

<sup>100</sup> Die Bedeutung einer „vierten Gewalt“ könnte etwa im Verfassungstext stärker artikuliert werden; dafür *Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, S. 396; s. auch *Bullinger*, in: HdbStaatsR VII § 163 Rn. 62. An anderer Stelle schlägt *Marcic* vor, dass in einem modernen demokratischen Rechtsstaat aus dem Verfassungstext hervorgehen müsse, dass „die Presse öffentliche Aufgaben besorgt und öffentliche Interessen wahrnimmt, indem sie [...] sachlich Kritik übt und die Rechtmäßigkeit des Staatslebens (Gesetzgebung, Verwaltung, Rechtsprechung) überwacht (Kontrolle)“ *Juristische Blätter* 1955, 192 (195).

<sup>101</sup> *Marcic*, FS Arndt, 267 (287 f.).

<sup>102</sup> Siehe oben § 1 I. a. E.

<sup>103</sup> EGMR, *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn*, Urt. v. 8.11.2016 – 18030/11, § 164 = NVwZ 2017, 1847.

<sup>104</sup> Ebd. s. auch EGMR, *von Hannover ./. Deutschland (I)*, Urt. v. 24.6.2004 – 59320/00, § 63.

<sup>105</sup> Siehe bereits oben unter 2.-4.

chen, zurückzuführen. Dieser Zweck begründet ein rechtlich geschütztes Interesse der Allgemeinheit und damit ein Allgemeinrechtsgut,<sup>106</sup> das sich gegenüber entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen durchsetzen kann, *de lege lata* etwa bereits mittels § 34 StGB.<sup>107</sup>

Daher ist die Auffassung, dass beim Whistleblowing allein Rechtsdurchsetzungsinteressen zu berücksichtigen wären, abzulehnen.<sup>108</sup> Sie blendet aus, dass der Persönlichkeitsrechtsschutz in stetiger Rechtsprechung aufgrund von öffentlichen Informationsinteressen durchbrochen wird, auch wenn kein Rechtsverstoß offengelegt wird. Wenn die Informationsinteressen der Öffentlichkeit schon in der Lage sind, sich gegenüber einem Grundrecht durchzusetzen, das aus der Würde des Menschen abgeleitet wird, dann ist nicht einsichtig, weshalb sich diese Interessen nicht auch gegenüber unternehmerischen Geheimhaltungsinteressen durchsetzen könnten. Weiterhin wird nicht beachtet, dass auch der rechtliche Schutz staatlicher Geheimnisse bereits in einigen Entscheidungen des BVerfG und der Instanzengerichte durch Informationsinteressen der Öffentlichkeit verdrängt wurde.

Zuletzt sei noch einmal daran erinnert, dass nach dem 2019 in Kraft getretenen § 5 Nr. 2 Var. 2 und 3 GeschGehG kein Rechtsverstoß vorausgesetzt ist, um den rechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen zu durchbrechen. Vielmehr kann ein vorrangiges Interesse an der Offenbarung auch bei einem beruflichen oder sonstigen Fehlverhalten bestehen. Der allein am Rechtsstaatsprinzip ausgerichtete und auf Rechtsverstöße beschränkte Lösungsansatz bleibt damit hinter den jüngsten Rechtsentwicklungen zurück. Das Rechtsstaatsprinzip bildet also einen wesentlichen, aber nur einen unter mehreren normativen Anknüpfungspunkten im Whistleblowing-Konflikt.

---

<sup>106</sup> So bereits *Beer*, DDB 1985, 99 (101), „Rechtsgut der Aufklärung der Öffentlichkeit“ (im Kontext der Streichung von § 353b StGB a. F.).

<sup>107</sup> *Wolter*, in: SK § 95 Rn. 15, neben dem Interesse an der Abstellung von Rechtswidrigkeiten sei das Informationsinteresse der Allgemeinheit zu berücksichtigen. Grundlegend zu einem zu berücksichtigenden „allgemeinen Informationsinteresse“ bzw. „Informationsbedürfnis des Volks“ im Kontext der Landesverratsvorschriften, *Stree*, ZStW 1966, 663 (668 ff.); *ders.*, JZ 1963, 527 (530 f.). Er spricht sich dafür aus, das Informationsinteresse schon bei der Auslegung der Landesverratsstatbestände oder zumindest i. R. d. Rechtswidrigkeit zu berücksichtigen, *ders.*, ZStW 1966, 663 (689).

<sup>108</sup> So aber *Kreis*, Whistleblowing, S. 110: „Um dessen Schutzbereich [des Grundrechts zur Anzeige von Straftaten] zu eröffnen, muss ein Rechtsverstoß vorliegen. Insofern setzt auch die momentane Whistleblowing-Dogmatik voraus, dass ein Gesetzesverstoß gemeldet wird.“ Sowie S. 111: „Nach der Konzeption dieser Arbeit, Whistleblowing als Instrument zur Durchsetzung des geltenden Rechts zu betrachten, ist es allein das rechtsstaatliche Interesse, das – auch im Sinne der Rechtsklarheit – eine Rolle im Whistleblowing-Konflikt spielt. Ein zweites, neben dem rechtsstaatlichen Interesse stehendes ‚öffentliches‘ Interesse kann keine Berücksichtigung finden.“ Vgl. bereits *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 117.

### § 3 Offenbarungspflichten, -rechte und -interessen

Die spezifischen im Recht anerkannten Offenbarungsinteressen werden im Folgenden nach ihren Gegenständen kategorisiert. Sie ergeben sich in erster Linie aus den gesetzlich geregelten Rechten und Pflichten, die eine Offenlegung erlauben bzw. gebieten. Neben den nationalen Regelungen sind dabei insbesondere die Vorgaben der EU-Whistleblowing-Richtlinie zu berücksichtigen, die in Kürze mit dem geplanten Hinweisgeberschutzgesetz umgesetzt werden sollen. Hinzu kommen Bestimmungen aus internationalen Abkommen. Rechtsvergleichend, unter Einbeziehung von Vorschriften aus dem anglophonen Rechtsraum, wird zudem deutlich, dass sich bezüglich einiger Offenbarungsinteressen inzwischen ein international anerkanntes Schutzniveau etabliert.<sup>1</sup> Wo das Verhältnis von Geheimhaltung und Publizität noch nicht abschließend oder noch gar nicht gesetzlich geregelt ist, bleibt es vorerst der Rechtsprechung überlassen, Offenbarungsinteressen festzulegen und Vorrangrelationen insbesondere unter Rekurs auf die Grund- und Menschenrechte zu entwickeln.

Auch bei Vorschriften, die ein „öffentliches Interesse“ oder ein „Interesse“ als blankettartiges Tatbestandsmerkmal enthalten, liegt es an den Gerichten, zu bestimmen, welches spezifische Offenbarungsinteresse betroffen ist.<sup>2</sup> So muss etwa die Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses geeignet sein, „das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen“, damit sie nach § 5 Nr. 2 GeschGehG erlaubt ist.<sup>3</sup> Die Offenbarung eines Steuergeheimnisses ist unter anderem nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO erlaubt, wenn hieran ein „zwingendes öffentliches Interesse besteht“.<sup>4</sup> Nach dem im Kernstrafrecht geregelten Rechtfertigungsgrund des § 201 Abs. 2 S. 3 StGB ist die Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes

---

<sup>1</sup> Eine umfassende rechtsvergleichende Darstellung kann hier nicht geleistet werden. Zu französischen Vorschriften s. *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 270 ff.

<sup>2</sup> Auf die Schwierigkeiten, in der Rechtsanwendungssituation zu bestimmen, was öffentliche Interessen sind, wurde bereits hingewiesen, 1. Teil § 5 III. 1. Die i. F. kategorisierten Offenbarungsinteressen werden aus der Rechtsordnung deduziert, deshalb handelt es sich bei ihnen nicht um „Moralvorstellungen“, wie *Leite*, GA 2021, 129 (139) meint.

<sup>3</sup> Zu dieser Vorschrift s. bereits 1. Teil § 6 IV.

<sup>4</sup> Dazu bereits 1. Teil § 7 III. 1.

„nicht rechtswidrig, wenn die öffentliche Mitteilung zur Wahrnehmung übertragender öffentlicher Interessen gemacht wird“.<sup>5</sup> Weiterhin sieht der rechtfertigende Notstand gemäß § 34 S. 1 StGB eine Abwägung des geschützten mit dem beeinträchtigten Interesse vor, das in einem individuellen oder nach überwiegend vertretener Ansicht auch in einem allgemeinen Interesse bestehen kann.<sup>6</sup> Bei der Anwendung solcher Vorschriften sind die im Folgenden kategorisierten Offenlegungsinteressen zu berücksichtigen.

## I. Straftatprävention, Strafverfolgung, Rechtswahrung

Um die Verletzung von Rechtsgütern zu verhindern, die durch das Strafrecht als besonders schützenswert ausgewiesen sind, kann es erlaubt oder sogar geboten sein, rechtlich geschützte Geheimnisse aufzudecken. Auch wenn eine solche Rechtsgutsverletzung schon eingetreten ist, die Straftat also bereits begangen wurde, kann die repressive Anzeige, mit der ein rechtlich geschütztes Geheimnis aufgedeckt wird, erlaubt oder auch geboten sein, denn eine funktionsfähige Strafrechtspflege setzt voraus, dass die zuständigen Stellen Kenntnis von den Straftaten erlangen.<sup>7</sup> Vorschriften oder Entscheidungen, die solche Befugnisse oder Pflichten regeln, begründen ein dem Geheimnisschutz vorgehendes Offenbarungsinteresse zum Zwecke der Verhinderung oder Ahndung von Straftaten.

### 1. Anzeige- und Offenbarungspflichten

Eine präventive Anzeigepflicht besteht bei den geplanten schweren Straftaten, die in § 138 StGB aufgeführt sind. Darüber hinaus sind Privatpersonen grundsätzlich nicht zur Anzeige von Straftaten verpflichtet.<sup>8</sup> Eine Ausnahme bildet

<sup>5</sup> Siehe zu dieser Regelung schon 1. Teil § 9 II. 3.

<sup>6</sup> Neben dem Begriff der „öffentlichen Interessen“ wird u. a. im materiellen Strafrecht der Begriff der „berechtigten Interessen“ verwendet, s. etwa §§ 193, 201a Abs. 4 StGB.

<sup>7</sup> Es „würde zu einer im Rechtsstaat nicht mehr hinnehmbaren Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege führen“, wenn der gutgläubige Anzeigenerstatter etwa befürchten müsste, „mit einer Schadenersatzklage überzogen zu werden“ und wegen „einer ihm ungünstigen Beweislastverteilung über die Wahrheit seiner Äußerungen streiten“ müsste, BVerfGE 74, 257 (263).

<sup>8</sup> Im StGB für das Königreich Bayern von 1813, das Anselm von Feuerbach entworfen hatte, war eine strafbewehrte Anzeigepflicht bzgl. verübter Verbrechen vorgesehen, Koch, Denunciatio, S. 31. In der NS-Diktatur wurde eine Anzeigepflicht bzgl. Straftaten diskutiert, die sich gegen das „Wohl der Volksgemeinschaft, gegen die Staatsgrundordnung oder gegen das Leben eines Volksgenossen“ richteten, sie wurde letztlich aber nicht umgesetzt. Vergleichbare umfassende Anzeigepflichten galten jedoch in anderen Ländern, etwa im faschistischen Italien, in der Sowjetunion und in der DDR. Solche Anzeigepflichten werden daher „als ein typisches Element totalitären Strafrechts“ bezeichnet, Koch, Denunciatio, S. 32.

§ 43 des Geldwäschegesetzes (GwG). Die in § 2 GwG genannten Personen, etwa Kreditinstitute, sind nach § 43 GwG verpflichtet, dem Bundeskriminalamt bestimmte Transaktionen, die auf Geldwäsche hindeuten, anzuzeigen.<sup>9</sup> Durch § 48 Abs. 1 GwG wird klargestellt, dass „nicht verantwortlich gemacht werden“, d. h. auch strafrechtlich nicht sanktioniert werden, darf,<sup>10</sup> „[w]er Sachverhalte nach § 43 Absatz 1 meldet“ oder diesbezüglich eine Strafanzeige nach § 158 Abs. 1 StPO erstattet, „es sei denn, die Meldung oder Strafanzeige ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr erstattet worden.“<sup>11</sup>

Eine beamtenrechtliche Anzeigepflicht bezüglich Gesetzesverstößen oder Straftaten gibt es im deutschen Recht seit 2006 nicht mehr.<sup>12</sup> In § 61 Abs. 4 BBG a. F. war zur „Amtsverschwiegenheit“ geregelt: „Unberührt bleibt die gesetzlich begründete Pflicht des Beamten, Straftaten anzuzeigen [...]“.<sup>13</sup> Beamtinnen und Beamte der Strafverfolgungsbehörden sind hierzulande allerdings verpflichtet, Straftaten, von denen sie im Rahmen ihres Dienstes erfahren, zur Anzeige zu bringen, was aus §§ 152 Abs. 2, 160, 163 StPO abgeleitet wird.<sup>14</sup> Zudem sind sie nach § 138 StGB wie andere Personen auch zur Anzeige

---

<sup>9</sup> Im zwischenbehördlichen Bereich bestehen bei einem Verdacht auf Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung Meldebefugnisse und -pflichten, § 31b AO.

<sup>10</sup> Häberle, in: Erbs/Kohlhaas, GwG § 48 Rn. 2; das soll auch für Berufsgeheimnisträger wie Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater gelten (s. § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB), BT-Drs. 19/13827, 136.

<sup>11</sup> Mit dieser Vorschrift wurde 2017 Art. 37 der „vierten Geldwäscherichtlinie“ (RL (EU) 2015/849) umgesetzt, BGBl. I, S. 1822 (1850); die Vorschriften dieser RL und damit auch die nationalen Umsetzungsvorschriften gehen den Bestimmungen der Whistleblowing-Richtlinie nach deren Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Anhang II A. 2. lit. i) vor.

<sup>12</sup> Koch, Denunciatio, S. 29 m. w. N. Eine solche allgemeine Pflicht wollte Gerland, Der Deutsche Strafprozeß (1927), S. 299, begründen, „aus dem staatsrechtlichen Grundsatz der Solidarität aller Behörden untereinander.“

<sup>13</sup> BGBl. I 1999, S. 675. Eine allgemeine Anzeigepflicht besteht demgegenüber in Österreich, § 78 Abs. 1 Ö-StPO.

<sup>14</sup> BGH, NSTZ 1997, 597 f.; Hecker, in: Sch/Sch § 258a Rn. 10. Unterlassen sie die Anzeige können sie sich wegen §§ 258, 258a, 13 Abs. 1 StGB strafbar machen, sofern ein Absehen von Strafverfolgung nicht aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO) zulässig ist, ebd. – Richterinnen und Richter haben Straftaten gem. § 183 S. 1 GVG anzuzeigen, die in einer gerichtlichen Sitzung begangen werden. – Nach § 116 AO sind Behörden und Gerichte verpflichtet, Steuerstraftaten beim Bundeszentralamt für Steuern bzw. den Finanzbehörden anzuzeigen. Gerichte, StA oder Verwaltungsbehörden sind gem. § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 S. 2 EStG verpflichtet, den Verdacht einer Steuerstraftat ggü. Finanzbehörden mitzuteilen. – Es bestehen weiterhin diverse gesetzliche Mitteilungspflichten zwischen staatlichen Stellen, s. etwa § 161 Abs. 1 S. 1 StPO (Pflicht den StA auf Verlangen Auskünfte zur Sachverhaltsaufklärung zu erteilen); § 474 StPO (Auskunftspflicht von Behörden ggü. Gericht, StA, Justizbehörden); § 492 Abs. 3 StPO (Pflicht der StA Daten an Registerbehörde zu übermitteln); § 115 BBG bzw. § 49 BeamStG (Pflicht Anklageschrift gegen Beamte an beschäftigende Behörde zu übermitteln); § 41 Abs. 1 OWiG (Pflicht der Verwaltungsbehörden, Sache bei Anhaltspunkten für eine Straftat an die StA abzugeben); § 6 SubVG (Strafanzeigenpflicht staatlicher Stellen bei Subventionsbetrugsverdacht).

schwerer geplanter Straftaten verpflichtet. Ob sie über diese Vorschriften hinaus zur Anzeige von Straftaten verpflichtet sind, von denen sie außerdienstlich Kenntnis erlangen, ist umstritten. Nach wohl h. M. soll eine Anzeigepflicht bei gravierenden bzw. schweren Straftaten bestehen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfolgung vorliegt.<sup>15</sup>

Nach Art. 22a des Statuts der EU-Beamten<sup>16</sup> sind diese verpflichtet, „Tatsachen, die die Möglichkeit rechtswidriger Handlungen, einschließlich Betrug oder Korruption, zum Nachteil der Interessen der Union oder Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Ausübung dienstlicher Pflichten, die eine schwerwiegende Verletzung der Dienstpflichten der Beamten der Union darstellen können, vermuten lassen“, gegenüber den dort genannten Personen bzw. Stellen anzuzeigen, wenn sie davon „in Ausübung oder anlässlich der Ausübung“ ihres Dienstes Kenntnis erlangen.

Eine Person, die im Prozess als Zeugin vernommen wird, ist gemäß § 48 Abs. 1 S. 2 StPO zur Aussage und damit gegebenenfalls zur Offenlegung von Geheimnissen verpflichtet, wenn ihr kein Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrecht im Sinne der §§ 53 ff. StPO zusteht.<sup>17</sup> Strafprozessual können Beschäftigte eines Unternehmens als Gewahrsamsinhaber außerdem nach den §§ 94 ff. StPO verpflichtet sein, beschlagnahmte Gegenstände und damit eventuell auch strafrechtlich geschützte Geheimnisse, herauszugeben.

## 2. Allgemeine Strafanzeigenrechte

Ein allgemeines Recht zur Strafanzeige ergibt sich einerseits aus der strafprozessualen Vorschrift des § 158 Abs. 1 StPO und ist zudem vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG entwickelt worden.<sup>18</sup> Nach dem geplanten Hinweisgeberschutzgesetz dürfen Straftaten unmittelbar extern gemeldet werden, §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 7 HinSchG-RegE. Die Meldung muss allerdings gegenüber dem Bundesamt für Justiz erfolgen, bei dem die externe Meldestelle eingerichtet wird, § 19 Abs. 1 HinSchG-RegE. Die Länder können gemäß § 20 Abs. 1 HinSchG-RegE eine eigene Meldestelle einrichten.

<sup>15</sup> Siehe etwa *Hecker*, in: Sch/Sch § 258a Rn. 11 m. w. N.; *Koch*, Denunciatio, S. 30 f.; im Wehrstrafrecht gelten die Anzeigepflichten aus § 40 WStG und § 33 WDO.

<sup>16</sup> VO Nr. 31 EWG 11 (EAG).

<sup>17</sup> Für Sachverständige gilt §§ 72, 48 Abs. 1 S. 2 StPO. Im Zivilprozess kann „über Fragen, die der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren“ das Zeugnis verweigert werden (§ 384 Nr. 3 ZPO), was aber bei sog. „illegalen“ Geschäftsgeheimnissen, die rechtlich nicht geschützt werden, nicht eingreift und im Strafprozess ohnehin nicht besteht. Eine in einem Unternehmen beschäftigte Person kann also nicht wegen ihrer Betriebszugehörigkeit die Aussage im Strafprozess wegen eines Geschäftsgeheimnisses verweigern, vgl. *Wolters*, in: UWG GK § 17 Rn. 63.

<sup>18</sup> BVerfGE 74, 257 (259 ff.); NJW 2001, 3474 (3475), s. dazu bereits 1. Teil § 5 IV. 1.; s. auch § 2 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-RegE, wobei die StA nicht als externe Meldestelle vorgesehen ist.

Ein weiterreichendes gesetzliches Anzeigerecht bei begangenen und geplanten bzw. drohenden Straftaten ist in Gesetzesentwürfen von Bündnis 90/Die Grünen vorgesehen, die die Bundestagsfraktion in den vergangenen Legislaturperioden einbrachte.<sup>19</sup> In diesen Entwürfen ist geregelt, dass die Offenlegung von Staatsgeheimnissen und Amtsgeheimnissen nicht strafbar ist, wenn dadurch eine schwere Straftat im Sinne von § 100c Abs. 2 StPO aufgedeckt wird.<sup>20</sup> An der Verhinderung gravierender Straftaten kann weiterhin ein Offenlegungsinteresse bestehen, das die strafbewehrte Geheimhaltungspflicht der Berufsheimnisträger aus § 203 StGB über die Notstandsvorschriften durchbricht.<sup>21</sup>

International finden sich zahlreiche Regelungen, die ein Offenbarungsinteresse zum Zweck der Strafverfolgung begründen. In Großbritannien, Südafrika, Uganda und Irland werden Beschäftigte etwa rechtlich geschützt, wenn sie Informationen in der vernünftigen Annahme offenbaren, dass eine Straftat begangen wurde, gerade begangen wird oder ihre Begehung bevorsteht.<sup>22</sup> Eine ähnliche Regelung ist in Neuseeland vorgesehen.<sup>23</sup> Des Weiteren wird ein übergeordnetes Interesse an der Offenlegung von Informationen bezüglich schwerer Verletzungen des humanitären Völkerrechts und Verbrechen nach internationalem Recht durch die *Tshwane Principles* angenommen, das selbst aus Gründen der nationalen Sicherheit nicht ausgeräumt werden kann.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Siehe die in BT-Drs. 18/3039 und 19/4558 vorgeschlagenen Vorschriften § 612b Abs. 2 S. 3 Nr. 2, Nr. 3, Abs. 3 S. 2 BGB-E sowie § 67a Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 S. 2 BBG-E und § 37a Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 2 S. 2 BeamStG-E.

<sup>20</sup> § 93 Abs. 2 StGB-E, BT-Drs. 19/4558, S. 9 (Tatbestandsausschluss); § 97c StGB-E, BT-Drs. 18/3039, S. 7 (Rechtfertigungsgrund). Siehe dazu bereits 1. Teil § 4 VII. Bzgl. der Amtsgeheimnisse soll die Offenbarung nach § 353c StGB-E „befugt“ sein, BT-Drs. 19/4558, S. 10; 18/3039, S. 7.

<sup>21</sup> Auch sie sind nach § 138 StGB anzeigespflichtig, s. allerdings § 139 Abs. 3 StGB.

<sup>22</sup> Sect. 43B (1)(a) PIDA (Großbritannien); gleichlautend: Sect. 1 (i)(a) Protected Disclosures Act 2000 (Südafrika); Sect. 1. „disclosure“ (a) Whistleblowers Protection Act 2010 (Uganda); Sect. 5 (3)(a) Protected Disclosures Act 2014 (Irland). Die genannten Gesetze erstrecken sich auf das private Arbeitsrecht und grds. auch auf den Bereich des öffentlichen Dienstes. Die Informationen können jeweils abgeschlossene, gegenwärtige oder künftige Vorgänge betreffen.

<sup>23</sup> Sect. 5 (b), Sect. 6 (1)(a) Protected Disclosure Act 2000 (Neuseeland). Danach wird die Anzeige eines „serious wrongdoing“ geschützt, zu dem auch zählt: „an act, omission, or course of conduct that constitutes a serious risk to the maintenance of law, including the prevention, investigation, and detection of offences“. Auch dieses Gesetz umfasst im Grundsatz den privaten und den öffentlichen Sektor.

<sup>24</sup> Tshwane Principle 10 cat. A. (1). Die globalen Prinzipien zur nationalen Sicherheit und dem Recht auf Information wurden 2013 in Tshwane (Südafrika) beschlossen. An dem Entwurf waren 22 Organisationen über einen Zeitraum von zwei Jahren und über 500 Experten aus mehr als 70 Ländern beteiligt, The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles), New York 2013, S. 1. Die Prinzipien wurden entwickelt, um Personen anzuleiten, die mit dem Entwurf, der Änderung oder Umsetzung von



### 3. Korruptions- und Steuerstraftaten

Auf EU-Ebene, international und inzwischen auch national, ist anerkannt, dass die Korruptionsbekämpfung durch einen umfassenden rechtlichen Hinweisgeberschutz unterstützt werden soll.<sup>25</sup> Dementsprechend besteht ein Offenbarungsinteresse an Informationen bezüglich Korruptionsstraftaten, das entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen vorgeht. Aufgrund der Vorgaben des Zivilrechtsübereinkommens über Korruption des Europarates aus dem Jahr 1999 wurden in Deutschland mit § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG und § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamtStG Ausnahmen von der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht geregelt, nach denen der Verdacht einer Korruptionsstraftat unter anderem gegenüber den Strafverfolgungsbehörden angezeigt werden darf.<sup>26</sup> Man ist den Vorgaben des Abkommens damit allerdings nur teilweise nachgekommen.<sup>27</sup> Auch die Verpflichtungen aus dem „Strafrechtsübereinkommen über Korruption“ von 2002 wurde bislang nicht hinreichend erfüllt.<sup>28</sup>

---

Vorschriften befasst sind, die im Zusammenhang mit dem rechtlichen Schutz der staatlichen Geheimnissphäre stehen, ebd. S. 5. Zwar entfalten die Prinzipien keine völkerrechtliche Wirkung, jedoch hat die Parlamentarische Versammlung des Europarates in einer Resolution vom 2.10.2013 die Mitgliedstaaten, und damit auch Deutschland, dazu aufgerufen, die Prinzipien bei der Modernisierung ihrer Gesetzgebung und Rechtspraxis zu berücksichtigen.

<sup>25</sup> Siehe etwa Sect. 2 (1)(a) Whistleblowers Protection Act 2010 (Uganda); Sect. 3. (d)(i) The Whistleblowers Protection Act 2011 (Indien).

<sup>26</sup> BT-Drs. 16/4027, S. 32. Die Bundesregierung meint, mit den Änderungen im Beamtenrecht sei Art. 9 des Zivilrechtsübereinkommens über Korruption v. 4.11.1999 (SEV Nr. 174) umgesetzt worden.

<sup>27</sup> *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 48 (52 f.). Auch das in den Anti-Korruptions-Aktionsplänen der G20 angestrebte rechtliche Schutzniveau für Whistleblower wurde nicht erreicht, *ders.*, AuR 2016, 4 (8). Zudem widerspricht der nur punktuelle rechtliche Schutz in Deutschland den rechtspolitischen Vorstellungen der Staatengruppe gegen Korruption (GRECO), ebd. S. 8, die 1999 im Europarat gegründet wurde. Schließlich bleibe man hinter den Vorgaben der ratifizierten UN-Konvention gegen Korruption v. 31.10.2003 zurück, die u. a. mit Art. 33 Vorgaben zum Whistleblower-Schutz enthält, ebd. S. 48 ff. Dasselbe gelte für die von Deutschland ratifizierte OECD-Konvention v. 17.12.1997 zur Bestechungsbekämpfung, ebd. S. 51.

<sup>28</sup> SEV Nr. 173, BGBl. I 2016, S. 1322. Das Abkommen wurde 1999 unterzeichnet und 2017 ratifiziert. Danach sollen u. a. Personen vor negativen Konsequenzen geschützt werden, die Korruptionsstraftaten anzeigen. Nach Art. 22 muss u. a. ein wirksamer und angemessener gesetzlicher Schutz für Personen gewährleistet werden, die Angaben zu folgenden Straftaten machen: Bestechung und Bestechlichkeit inländischer und ausländischer Amtsträger; Bestechung und Bestechlichkeit von Mitgliedern inländischer und ausländischer öffentlich-rechtlicher Vertretungskörperschaften, Bestechung und Bestechlichkeit im privaten Sektor, Bestechung und Bestechlichkeit internationaler Beamter, von Mitgliedern (des Europarates) und von Richtern und Bediensteten internationaler Gerichtshöfe, missbräuchliche Einflussnahme, Geldwäsche bei Erträgen aus Korruptionsdelikten, Zuwiderhandlungen gegen Buchführungsvorschriften. Die in § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG und § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamtStG vorgesehenen Ausnahmen von den Schweigepflichten sind wesentlich enger. Ein

#### 4. Allgemeines Rechtswahrungsinteresse

Nicht nur an der Offenlegung von Informationen zu Straftaten, sondern allgemeiner, an der Aufdeckung von Rechtsverstößen, besteht nach einigen Vorschriften ein vorrangiges Offenbarungsinteresse. So dürfen Geschäftsgeheimnisse gemäß § 5 Nr. 2 GeschGehG offengelegt werden, wenn dadurch rechtswidrige Handlungen aufgedeckt werden.<sup>29</sup> Bei Verstößen gegen arbeitsrechtliche Bestimmungen stehen den Mitgliedern der Besatzung eines Schiffes die in §§ 127 f. SeeArbG geregelten Beschwerderechte zu. Zur Verfolgung von Gesetzeswidrigkeiten sind Gewerbeaufsichtsbehörden nach § 139b Abs. 1 S. 3 GewO zur Offenbarung von Geschäfts- und Betriebsverhältnissen berechtigt.<sup>30</sup>

In der beamtenrechtlichen Literatur wird vertreten, dass die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (§§ 67 Abs. 1 BBG und 37 Abs. 1 BeamtStG) nicht verletzt wird, wenn durch eine „Flucht an die Öffentlichkeit“ schwere Grundrechtsverletzungen aufgedeckt werden.<sup>31</sup> Eine entsprechende Regelung enthalten die *Tshwane Principles*, nach denen bei groben Verletzungen von Menschenrechten ein vorgehendes öffentliches Interesse an der Offenlegung der Informationen besteht, das auch nicht aus Gründen der nationalen Sicherheit ausgeräumt werden kann.<sup>32</sup>

Weiterhin erstreckt sich das oben genannte, für die Anzeige von Straftaten entwickelte Grundrecht nach zutreffender Ansicht auch auf die Anzeige von Rechtsverstößen jeglicher Art, gegenüber den jeweils zuständigen Behörden.<sup>33</sup> Dementsprechend zählt das Ministerkomitee des Europarats den rechtlichen Schutz der Offenbarungen von Informationen bezüglich Gesetzes- und Menschenrechtsverletzungen zum rechtlichen Minimalstandard, der in den Mitgliedstaaten gewährleistet werden sollte.<sup>34</sup> Es wäre also nur konsequent, wie

---

Strafbarkeitsausschluss ist deshalb nicht hinreichend klar geregelt. In einem Strafverfahren, etwa wegen § 353b StGB, wäre die Strafvorschrift im Lichte des Abkommens auszulegen, d. h. die Gefährdung eines wichtigen öffentlichen Interesses im Sinne des Straftatbestands wäre abzulehnen.

<sup>29</sup> Zu Überschneidungen und Unterschieden zwischen dieser Regelung und dem Geschäftsgeheimnisbegriff s. bereits 1. Teil § 6 II. 5.

<sup>30</sup> Zudem bestehen diverse zwischenbehördliche Meldepflichten, etwa im Bereich der Schwarzarbeit und bei Verstößen gegen das Aufenthaltsrecht, § 18 Abs. 2 AÜG, § 90 Abs. 1 AufenthG, § 6 Abs. 3 SchwarzArbG und § 139b Abs. 7 GewO.

<sup>31</sup> Köhler, in: Hummel/Köhler/Mayer/Baunack BDG, B. II. 9. Rn. 22 a. E.

<sup>32</sup> Tshwane Principle 10 cat. A. (1).

<sup>33</sup> Siehe dazu bereits 1. Teil § 5 IV. 2.

<sup>34</sup> Empfehlungen des Ministerkomitees v. 30.4.2014 (CM/Rec(2014)7) I. Weiterhin ist in der Konvention der Internationalen Arbeitsorganisation zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen geregelt, dass ein Arbeitsverhältnis nicht aus dem Grund beendet werden darf, dass jemand sich wegen einer behaupteten Gesetzesverletzung an die zuständigen Behörden gewendet hat, Art. 5 lit. c) C158 Termination of Employment Convention (Deutschland hat dieses Abkommen allerdings nicht ratifiziert).

bereits in verschiedenen Gesetzesentwürfen vorgeschlagen, ein gesetzliches allgemeines Recht zur Anzeige von Gesetzesverstößen zu schaffen.<sup>35</sup>

Nach dem geplanten Hinweisgeberschutzgesetz dürfen sämtliche Straftaten sowie Ordnungswidrigkeiten unmittelbar extern gegenüber dem Bundesamt für Justiz gemeldet werden, die „dem Schutz von Leben, Leib oder Gesundheit oder dem Schutz der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane“ dienen, §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, 7, 19 Abs. 1 HinSchG-RegE. Weiterhin dürfen Rechtsverstöße anderer Rechtsbereiche gemeldet werden, die in § 2 Abs. 1 Nr. 3–8 und Abs. 2 HinSchG-RegE aufgezählt sind.

In einigen anderen Ländern gibt es bereits entsprechende Regelungen. In Neuseeland werden Offenbarungen geschützt, wenn durch sie eine Gefahr für die Wahrung des Rechts aufgedeckt wird.<sup>36</sup> In den USA werden Arbeitnehmer und Beamte geschützt, die Verstöße gegen Gesetze, Vorschriften oder Verordnungen anzeigen.<sup>37</sup> Das kanadische Beamtenrecht sieht eine äquivalente Regelung vor.<sup>38</sup> In Großbritannien, Uganda und Irland wird die Offenlegung von Informationen geschützt, wenn eine Person ihren gesetzlichen Pflichten nicht nachgekommen ist, nicht nachkommt oder nicht nachkommen wird.<sup>39</sup> Zudem dürfen in Australien Verhalten aufgedeckt werden, die im In- oder Ausland gegen Gesetze verstoßen.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> Siehe § 3 Abs. 2 S. 1 Hinweisgeberschutzgesetz-E der SDP-Bundestagsfraktion, BT-Drs. 17/8567, S. 2, Anzeigerecht, „wenn in einem Unternehmen, Betrieb oder im Umfeld einer unternehmerischen oder betrieblichen Tätigkeit Rechte und Pflichten verletzt werden oder unmittelbar gefährdet sind.“; ähnl. § 612b Abs. 1 BGB-E der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 18/3039, S. 3; 19/4558, S. 5). Staatsgeheimnisse sollen nicht geschützt sein (§ 93 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E, BT-Drs. 19/4558, S. 10) bzw. ihre Offenlegung gerechtfertigt sein (§ 97c StGB-E, BT-Drs. 18/3039, S. 7), wenn die offengelegten Informationen auf Grundrechtsverletzungen schließen lassen bzw. durch die Offenbarung eine solche oder eine sonstige schwere Rechtsverletzung aufgeklärt, verhindert oder beendet wird. Aus denselben Gründen soll die Offenbarung eines Amtsgeheimnisses nach § 353c StGB-E befugt und damit schon nicht tatbestandsmäßig sein.

<sup>36</sup> Sect. 5 (b), Sect. 6 (1)(a) Protected Disclosure Act 2000: „serious risk to the maintenance of law“.

<sup>37</sup> 5 U. S. C. § 1213(a)(1)(A) (Whistleblower Protection Act 1989); 5 U.S.C. § 2301(b)(9)(A) (Civil Service Reform Act 1978).

<sup>38</sup> In Sect. 8(a) Public Servants Disclosure Act 2005 ist geregelt, dass Gesetzes- und Ordnungsverstöße erfasst werden; die Offenlegungsrechte sind dann in den Sect. 10 ff. geregelt. In Sect. 16 ist ein Recht zur Veröffentlichung vorgesehen. Ausgenommen sind das Militär und die Geheimdienste (s. die Legaldefinition von „public sector“ am Anfang des Gesetzes). Zudem werden Verletzungen von *codes of conduct* erfasst, die sich bestimmte öffentliche Stellen geben müssen, s. Sect. 8(e).

<sup>39</sup> Sect. 43B (1)(b) PIDA (Großbritannien); gleichlautend: Sect. 1. (i)(b) Protected Disclosures Act 2000 (Südafrika), Sect. 1. (c) Whistleblowers Protection Act 2010 (Uganda); Sect. 5 (3)(b) Protected Disclosures Act 2014 (Irland).

<sup>40</sup> Sect. 29 (1) Item 1, 2 Public Interest Disclosure Act 2013.

In den *Tshwane Principles* wird ein besonderes Interesse an der Offenlegung solcher Informationen angenommen, die das Bestehen, die Art oder das Ausmaß von Verfassungsverstößen oder sonstigen Rechtsverstößen betreffen. Dieses Interesse begründe eine hohe Vermutung für die Legalität der Offenlegung.<sup>41</sup>

Ein Interesse daran, Rechtsverstöße zu erkennen, aufzudecken und abzustellen zeigt sich auch in den Vorschriften zu den „Beauftragten“ in Betrieben und Behörden. Sie sind dafür zuständig, die Einhaltung bestimmter Vorschriften in den Bereichen des Tierschutzes, Gewässerschutzes, Strahlenschutzes, Immissionsschutzes, der Abfallbeseitigung und des Datenschutzes zu gewährleisten.<sup>42</sup>

## II. Individuelle und allgemeine Rechtsgüter

Ein gewichtiges Offenbarungsinteresse besteht weiterhin bei Gefahren für oder Verletzungen von Gesundheit, Leib oder Leben von Menschen. Dieses Offenbarungsinteresse ist durch einige Vorschriften und in der Rechtsprechung anerkannt. Insbesondere, wenn derartige Verletzungen verhindert werden sollen, besteht entweder schon keine rechtliche Schweigepflicht oder der rechtliche Geheimnisschutz wird durchbrochen.

### 1. Gesundheitsschutz

Bezüglich der Gesundheit und Sicherheit von Beschäftigten bestehen in Deutschland verschiedene Anzeigepflichten und Anzeigerechte.<sup>43</sup> Auch im

---

<sup>41</sup> Tshwane Principle 10 cat. G. in den folgenden Kategorien A. bis H. des zehnten Prinzips werden Informationen genannt, die wegen ihrer besonderen Bedeutung für den Prozess demokratischer Kontrolle und der Rechtsstaatlichkeit von besonders hohem öffentlichem Interesse sind, s. die einleitenden beiden Absätze zum 10. Prinzip. Zur Regelungstechnik der Prinzipien s. noch 3. Teil § 3 III. 2. c).

<sup>42</sup> §§ 10 ff. (Tierschutzbeauftragte), §§ 21a WHG ff. (Gewässerschutzbeauftragte), § 70 StrahlenschutzG und §§ 43 f., 108 Abs. 1 StrahlenschutzVO (Strahlenschutzbeauftragte), §§ 53 ff. BImSchG (Immissionsschutzbeauftragte), §§ 59 f. KrWG (Betriebsbeauftragte für Abfall), §§ 5 ff., 38 ff. (Datenschutzbeauftragte öffentlicher und nichtöffentlicher Stellen).

<sup>43</sup> Siehe die Anzeigepflicht der Arbeitnehmer ggü. dem Arbeitgeber bei einer „erhebliche[n] Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit“ nach § 16 Abs. 1 ArbSchG und das Anzeigerecht der Arbeitnehmer ggü. Behörden nach § 17 Abs. 2 S. 1 ArbSchG bzgl. „Sicherheit und [...] Gesundheitsschutz bei der Arbeit“. Nach § 12 Abs. 1 S. 3 Allgemeine Lotsverordnung (ALV) sind Seelotsen verpflichtet „Mängel, die die sichere Fahrt des Schiffes oder eine Gefährdung für die Meeresumwelt darstellen können“ unverzüglich bei den zuständigen Behörden zu melden. Arbeitgeber sind verpflichtet, Unfälle und Betriebsstörungen, die im Umgang mit Gefahrstoffen zu einer ernststen Gesundheitsgefahr der Beschäftigten geführt

Medizinrecht sind einige Anzeigepflichten geregelt, die dem Gesundheitsschutz dienen.<sup>44</sup> Strahlenschutzbeauftragte sind verpflichtet, Not- und Störfälle zu melden.<sup>45</sup> Wer Verstöße gegen Vorschriften meldet, die Strahlenschutz und kerntechnische Sicherheit betreffen, wird durch die Whistleblowing-Richtlinie der EU geschützt bzw. durch das geplante Hinweisgeberschutzgesetz.<sup>46</sup> Auf den Schutz der Richtlinie können sich zudem Personen berufen, die Verletzungen von Unionsrechtsakten offenbaren, die die „öffentliche Gesundheit“ betreffen.<sup>47</sup>

In anderen Ländern gibt es entsprechende Vorschriften. So wurde etwa in den USA im Jahr 1978 eine Regelung geschaffen, die Angestellte des öffentlichen Dienstes schützt, die Informationen offenbaren, aufgrund derer sie vernünftigerweise vom Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Gesundheit oder Sicherheit ausgehen konnten.<sup>48</sup> In Neuseeland und Kanada wurden äquivalente Regelungen für Arbeitnehmer und Beamte geschaffen, die ein erhebliches Risiko für die öffentliche Gesundheit oder die öffentliche Sicherheit (Neuseeland) bzw. die Gesundheit oder Sicherheit mehrerer Personen (Kanada) aufdecken.<sup>49</sup> In Großbritannien, Südafrika und Irland werden Arbeitneh-

---

haben, sowie in diesem Zusammenhang auftretende Krankheits- und Todesfälle unverzüglich gegenüber den zuständigen Behörden anzuzeigen, § 18 Abs. 1 GefahrenstoffVO; die Unterlassung solcher Anzeigen stellt eine Ordnungswidrigkeit nach § 21 Nr. 9 GefahrenstoffVO dar.

<sup>44</sup> Siehe etwa die ärztlichen Pflichten, bestimmte Infektionskrankheiten ggü. den Behörden (§§ 6, 8 IfSG) oder auch anderen Patienten anzuzeigen (s. dazu bereits 1. Teil § 10 I. 2. a)); Meldepflichten aus § 13b TPG bzgl. einer schwerwiegenden unerwünschten Reaktion; Anzeigepflichten von Tierhaltern und Tiermedizinerinnen nach § 4 TierSeuchG. Weiterhin gibt es diverse ärztliche Mitteilungspflichten, etwa § 100 Abs. 1 SGB I (ggü. Leistungsträgern), §§ 294 ff. SGB V (ggü. Krankenkassen) usw.

<sup>45</sup> § 108 Abs. 1 StrahlenschutzVO.

<sup>46</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) vi) WBRL, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. i) HinSchG.

<sup>47</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) viii) WBRL. Siehe zudem bereits die Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarats v. 30.4.2014 (CM/Rec(2014)7) I. 2: Es sei zwar grds. Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welche Offenbarungen von Informationen im öffentlichen Interesse liegen, mindestens müsse sich der Anwendungsbereich der Gesetze zum Whistleblowing-Schutz aber (u. a.) auf die öffentliche Gesundheit erstrecken. Zum HinSchG s. noch a. E. dieses Abschnitts.

<sup>48</sup> 5 U.S.C. § 2301(9)(B) (Civil Service Reform Act of 1978).

<sup>49</sup> Sect. 5 (b), Sect. 6 (1)(a) Protected Disclosure Act 2000 (Neuseeland). Danach wird die Anzeige eines „serious wrongdoing“ geschützt, zu dem nach der Legaldefinition auch „a serious risk to public health or public safety“ zählt; ähnl. Sect. 8 (d) Public Servants Disclosure Act 2005 (Kanada), „an act or omission that creates a substantial and specific danger to the life, health or safety of persons“.

mer rechtlich geschützt, die Informationen in der vernünftigen Annahme offenbaren, dass die Gesundheit oder Sicherheit einer Person gefährdet wurde, gerade gefährdet wird oder eine Gefährdung bevorsteht.<sup>50</sup>

Ein vorrangiges Offenbarungsinteresse wird in den *Tshwane Principles* bezüglich Informationen formuliert, die es der Öffentlichkeit ermöglichen, Gefahren für die öffentliche Gesundheit oder die öffentliche Sicherheit zu verstehen oder Maßnahmen zu ergreifen, um Schäden infolge derartiger Gefahren zu vermeiden oder zu mindern.<sup>51</sup>

Die deutsche arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat in einigen Fällen ein aus dem Gesundheitsschutz entwickeltes Offenbarungsinteresse anerkannt, das die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht durchbrechen kann. Beispielsweise hat das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg ein öffentliches Interesse an dem Gesundheitsschutz der Konsumenten von Lebensmitteln aus der Hackfleisch-Verordnung abgeleitet.<sup>52</sup> Eine Arbeitnehmerin, die gegen ihre Kündigung klagte, war in der „Frischfleisch“-Abteilung einer Karstadt-Filiale tätig gewesen und musste unter anderem das Hackfleisch aus der Verkaufstheke vom Vortag auspacken. Dabei beobachtete sie immer wieder, wie altes Hackfleisch mit neuem gemischt und neu etikettiert wurde. Sie wies den Personalleiter auf diese Vorgänge hin, der ihr jedoch mit der Entlassung drohte, falls sie diese Behauptung wiederholen sollte. Daraufhin wendete sie sich an die zuständige Behörde, wodurch Karstadt sich veranlasst sah, ihr zu kündigen. Das LAG meinte, die Hackfleisch-Verordnung, gegen die verstoßen wurde, „diene dem Schutz der Gesundheit und des Lebens“. Durch das Einschreiten der Behörde seien „mögliche Gesundheitsbeeinträchtigungen bei Kunden, durch welche das Ansehen und damit im Zusammenhang stehend die Vermögenslage der Beklagten erheblich hätte beeinträchtigt werden können, vermieden“ worden.<sup>53</sup> Im Vergleich dazu seien die Minderung des Ansehens der Arbeitgeberin bei der Behörde und die von ihr eingeleiteten Maßnahmen unbedeutend, weshalb die ordentliche und folglich auch die außerordentliche Kündigung in Abwägung der Interessen der Vertragsparteien nicht „billigenswert“ erscheine.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Sect. 43B (1)(d) PIDA 1998 (Großbritannien); gleichlautend: Sect. 1. (i)(d) Protected Disclosures Act 2000 (Südafrika); Sect. 5 (3)(d) Protected Disclosures Act 2014 (Irland).

<sup>51</sup> *Tshwane Principle* 10 cat. H. (1). Unabhängig davon, ob die Gefahr durch Menschen verursacht wurde oder natürliche Ursachen hat.

<sup>52</sup> LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 3.2.1987 – 7 (13) Sa 95/86 = AiB 1987, 260 f.

<sup>53</sup> LAG Baden-Württemberg, AiB 1987, 261. Interessant ist hierbei, dass das Gericht die Gesundheitsinteressen der Kunden eifertigt mit Vermögensinteressen der Arbeitgeberin vermengt.

<sup>54</sup> Ebd.

Dementgegen hat das LAG Schleswig-Holstein in einer Entscheidung zum BSE-Skandal ein vorrangiges Offenbarungsinteresse unter besonderer Betonung der Arbeitgeberinteressen verneint.<sup>55</sup> Die Fleischhygieneärztin Margit Herbst, die für das Fleischbeschauamt Bad Barmstedt auf einem Schlachthof tätig war, beobachtete zu Beginn der 1990er Jahre bei einigen Rindern Symptome, die auf eine BSE-Erkrankung (sog. „Rinderwahn“) hindeuteten und meldete die Verdachtsfälle ihren Vorgesetzten. Allerdings wurden weitere Untersuchungen der von ihr beanstandeten Rinder verhindert. Die Tiere wurden stattdessen zur Schlachtung freigegeben und gelangten, zerlegt, in den Handel. In einem Interview für die Sendung „Stern TV“ äußerte sich Margit Herbst zu den Vorgängen.<sup>56</sup> Das LAG befand die daraufhin arbeitgeberseits erklärte Kündigung für wirksam. Die Klägerin habe ihre Verschwiegenheitspflicht verletzt, indem sie an die Öffentlichkeit getreten sei. Sie habe „sich gerade nicht intensiv um eine innerdienstliche Aufklärung bemüht“<sup>57</sup> und „[d]ie durchaus verständlichen Ängste der Bevölkerung in Zusammenhang mit der BSE-Erkrankung“ durch ihre „unbedachten Äußerungen [...] über unbestätigte Verdachtsfälle geschürt. Die möglichen Auswirkungen auf den Umsatz des Schlachthofes B. müssen der Klägerin bewußt gewesen sein.“<sup>58</sup> Der Gang an die Öffentlichkeit sei nicht erforderlich und damit nicht gerechtfertigt gewesen.<sup>59</sup> „Die Klägerin [habe] [...] sich die ausgesprochene außerordentliche Kündigung selbst zuzuschreiben.“<sup>60</sup>

In einem weiteren Fall war einem Arbeitnehmer der Hoechst AG, eines der führenden Chemie- und Pharmaunternehmen in Deutschland, gekündigt worden, weil er in einem Fernsehinterview von gesundheitsgefährdenden Störfäl-

---

<sup>55</sup> LAG Schleswig-Holstein in seinem Urt. v. 15.11.1995 – 3 Sa 404/95, abgedr., in: *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, S. 73 ff.; s. zu diesem Fall auch *Berthold*, Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, S. 41.

<sup>56</sup> *Deiseroth*, a. a. O., S. 59. Zu vorhergehenden Warnungen von Frau Herbst in der Presse, ebd., S. 48 ff. Zudem erschien in der Zeitschrift „Stern“ ein Bericht, in dem Äußerungen von Frau Herbst zitiert wurden.

<sup>57</sup> LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 15.11.1995 – 3 Sa 404/95, abgedr., in: *Deiseroth*, a. a. O. S. 73.

<sup>58</sup> Ebd. S. 74.

<sup>59</sup> Ebd. S. 74.

<sup>60</sup> Ebd. S. 75. – Eine später erhobene Restitutionsklage, wurde abgewiesen, weil die von der Klägerin neu eingereichten Urkunden nicht zu einer für sie günstigeren Entscheidung geführt hätten, allerdings regte die Kammer, nun unter Vorsitz von Ninon Colneric, an, „nochmals zu überprüfen, ob nicht die Möglichkeit einer Reintegration der Klägerin besteht.“ LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 22.7.1997 – 3 Sa 58/96a, abgedr., in: *Deiseroth*, a. a. O., S. 157 f.

lemissionen einer Anlage des Konzerns berichtet hatte, durch die Anlieger betroffen waren.<sup>61</sup> In dem erfolgreichen Kündigungsschutzverfahren berücksichtigte das Arbeitsgericht im Rahmen der Abwägung der widerstreitenden Interessen, „auch ein hohes Interesse der Öffentlichkeit an der Aufdeckung derartiger Gefahren“.<sup>62</sup>

Im Bereich des Gesundheitswesens hat der EGMR im Fall *Heinisch gegen Deutschland* ein öffentliches Interesse an Informationen über Qualitäten und Defizite in der Altenpflege berücksichtigt.<sup>63</sup> In Anbetracht des wachsenden Anteils älterer Menschen in der Gesellschaft und vor dem Hintergrund der Vulnerabilität der Patienten sei die Verbreitung derartiger Informationen zur Verhinderung von Missständen von entscheidender Bedeutung. Dies sei besonders evident, wenn es um staatliche Pflegedienste gehe, denn dort stehe das Vertrauen der Öffentlichkeit in angemessene und grundlegende Pflegedienste des Staates auf dem Spiel.

Vor dem Hintergrund dieser Gerichtsentscheidungen und den zuvor genannten nationalen und internationalen Vorschriften, wäre es nur konsequent, ein allgemeines Recht zur Offenlegung von Gesundheitsgefahren zu schaffen. Die von den Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen eingebrachten Gesetzesentwürfe sehen eine solche Offenbarungsbefugnis bei Gefahren für das Leben oder die Gesundheit vor.<sup>64</sup> Das geplante Hinweisgeberschutz setzt hingegen eine Ordnungswidrigkeit voraus, die den Schutz der Gesundheit bezweckt, § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-RegE.

## 2. Schutz von Leib, Leben und Freiheit

Ein der Geheimhaltung vorgehendes, explizites Offenbarungsinteresse zum Schutz von Leib und Leben kommt durch die Offenbarungspflichten aus § 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB zum Ausdruck, nach denen geplante Straftaten des Mordes, Totschlags und solche nach dem Völkerstrafgesetzbuch, d. h. Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Kriegsverbrechen oder das Verbrechen der Aggression, anzeigepflichtig sind. Zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leib und Leben sind bestimmte im Strafvollzug tätige Personen wie Ärztinnen und Ärzte, Psychologinnen und Psychologen, Sozialarbeiterinnen und

---

<sup>61</sup> LAG Frankfurt, Urt. v. 16.4.1989 – 11 Sa 1357/88 (unveröffentlicht), zit. nach *Becker*, Whistleblowing, S. 76.

<sup>62</sup> *Becker*, Whistleblowing, S. 76.

<sup>63</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 71.

<sup>64</sup> § 3 Abs. 2 Hinweisgeberschutzgesetz-E der SPD, BT-Drs. 17/8567, S. 2; § 612b Abs. 2 S. 3 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 BGB-E sowie § 67a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BBG-E und § 37a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BeamtStG-E, Whistleblower-Schutzgesetz der Grünen, BT-Drs. 18/3039 und 19/4558. Neben Leben und Gesundheit wird in den Entwürfen der Grünen auch die körperliche Unversehrtheit genannt.



Sozialarbeiter und Sozialpädagoginnen und Sozialpädagogen zur Anzeige gegenüber der Anstaltsleitung verpflichtet.<sup>65</sup> Zur Abwendung von Kindeswohlgefährdungen können Berufsgeheimnisträger wie Ärztinnen und Ärzte, nach § 4 Abs. 3 KKG befugt sein, das Jugendamt zu informieren.

In § 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB sind außerdem Anzeigepflichten bezüglich geplanter Straftaten geregelt, die die persönliche Freiheit in schwerer Weise verletzen, d. h. insbesondere Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Menschenraub, Verschleppung und Geiselnahme. Die Entwürfe von Bündnis 90/Die Grünen sehen ein Anzeigerecht vor, wenn eine Gefahr für „die Freiheit der Person“ besteht.<sup>66</sup>

In den *Tshwane Principles* wird ein übergeordnetes Offenbarungsinteresse bezüglich Informationen über grobe Menschenrechtsverletzungen, unter anderem bei Verletzungen von Leib und Leben, bei Verstößen gegen das Internationale Humanitäre Völkerrecht und bezüglich systematischer oder weit verbreiteter Verletzungen des Rechts auf persönliche Freiheit angenommen, das nicht aus Gründen der nationalen Sicherheit ausgeräumt werden könne.<sup>67</sup> Ein übergeordnetes Interesse soll zudem an der Offenlegung sämtlicher Vorschriften angenommen werden, die staatliche lebensentziehende Maßnahmen sowie die Behandlung von Gefangenen, einschließlich von Verhörmethoden betreffen.<sup>68</sup>

Nach dem geplanten Hinweisgeberschutzgesetz sind Ordnungswidrigkeiten melde- bzw. offenlegungsfähig, die den Schutz des Lebens bezwecken, § 2 Abs. 1 Nr. 2 HinSchG-RegE.

### 3. Schutz vor benachteiligenden und ungerechten Behandlungen

Ein Offenbarungsinteresse besteht nach verschiedenen Vorschriften, wenn Beschäftigte benachteiligt, diskriminiert oder sonst wie ungerecht behandelt werden. So kann sich etwa nach § 27 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG an die Antidiskriminierungsstelle des Bundes wenden, wer meint, „aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltan-

---

<sup>65</sup> § 182 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 StVollzG.

<sup>66</sup> Siehe § 612b Abs. 2 S. 3 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 BGB-E sowie § 67a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BBG-E und § 37a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BeamtStG-E, BT-Drs. 18/3039, 19/4558.

<sup>67</sup> Tshwane Principle 10 cat. A.

<sup>68</sup> Tshwane Principle 10 cat. B.

schauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität“ benachteiligt worden zu sein.<sup>69</sup> Wegen einer benachteiligenden oder ungerechten Behandlung steht auch den Seeleuten gemäß § 127 Abs. 1 SeeArbG ein spezielles Beschwerderecht gegenüber bestimmten Stellen zu.<sup>70</sup>

#### 4. Datenschutz und allgemeines Persönlichkeitsrecht

Durch die Whistleblowing-Richtlinie bzw. das geplante Hinweisgeberschutzgesetz werden zudem Personen rechtlich geschützt, die Verstöße gegen Unionsrecht offenlegen, das dem „Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten“ dient.<sup>71</sup> Ein allgemeines Interesse an der Offenlegung von Gefahren für das Persönlichkeitsrecht hatte bereits die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen in ihren Entwürfen eines „Whistleblower-Schutzgesetzes“ aufgenommen.<sup>72</sup>

#### 5. Kommunikationsgrundrechte

Die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses ist nach dem Ausnahmetatbestand des § 5 Nr. 1 GeschGehG erlaubt, wenn sie „zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit, einschließlich der Achtung der Freiheit und der Pluralität der Medien“ erfolgt.<sup>73</sup> Dieser Ausnahmetatbestand knüpft an die Rechtsprechung an, mittels der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 10 Abs. 1 EMRK) Offenbarungsinteressen zu begründen, die straf-, beamten- und arbeitsrechtlichen Schweigepflichten sowie Persönlichkeitsrechten betroffener Personen und damit entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen vorgehen.<sup>74</sup> Gemeinsam ist diesen Entscheidungen, dass der rechtliche Geheimhaltungsschutz der Informationen jeweils mittels eines allgemeinen oder öffentlichen Interesses an ihrer Offenlegung begründet wird, das über den subjektiven Gewährleistungsgehalt der Grund- bzw. Menschenrechte hinausweist. Dabei wird der Vorrang

---

<sup>69</sup> Zudem regelt § 13 Abs. 1 AGG ein innerbetriebliches Beschwerderecht. Ein solches ist auch in § 84 Abs. 1 BetrVG bei einer benachteiligenden oder ungerechten Behandlung vorgesehen. In Südafrika werden Offenlegungen von Informationen geschützt, die eine unfaire Diskriminierung betreffen, Sect. 1 (i) Protected Disclosures Act 2000.

<sup>70</sup> Sie können sich an unmittelbare Vorgesetzte, Kapitän, Reeder, die Berufsgenossenschaft, deutsche Auslandsvertretungen wenden oder sich ggü. einer „anderen geeigneten externen Stelle“ beschweren, § 128 Abs. 4 SeeArbG.

<sup>71</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. x) WBRL, § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. p) HinSchG-RegE.

<sup>72</sup> § 612b Abs. 2 S. 3 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 BGB-E sowie § 67a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BBG-E und § 37a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BeamtStG-E, BT-Drs. 18/3039, 19/4558.

<sup>73</sup> Siehe dazu bereits 1. Teil § 6 IV. 1.; zur Meinungsfreiheit als allgemeiner Strafbarkeitsausschlussgrund s. zudem noch 3. Teil § 1.

<sup>74</sup> Siehe oben unter § 2 III. 3; entsprechend können sich Offenbarungsinteressen aus der Wissenschafts- und Kunstfreiheit, Art. 5 Abs. 3 GG, ergeben.

dieser Offenbarungsinteressen in einigen Entscheidungen in enger Verknüpfung mit dem Demokratieprinzip und den ihm inhärenten Aspekten der Partizipation und Kontrolle entwickelt.

### 6. Informationsansprüche

Offenbarungsinteressen werden außerdem maßgeblich durch die Informationsfreiheitsgesetze, Landespressegesetze und Auskunftsrechte anderer Gesetze ausdifferenziert, denn wo ein Informationsanspruch bzw. Auskunftsrecht besteht, liegt auch ein vorrangiges rechtlich geschütztes Interesse an der Offenbarung vor. Diese Ansprüche bezwecken unter anderem den Schutz der Informations-, Presse- und Wissenschaftsfreiheit, von Persönlichkeits- und Datenschutzrechten Betroffener und dienen im Strafprozess unter anderem der Strafverteidigung.<sup>75</sup> Besteht ein Informationsanspruch und werden die durch ihn erfassten Informationen offenbart, ist eine Strafbarkeit etwa wegen § 353b StGB regelmäßig ausgeschlossen.<sup>76</sup>

### 7. Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Verbraucherschutz, Produktsicherheit

Personen, die Verstöße gegen EU-Vorschriften in den Bereichen „Produktsicherheit“, „Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit“ oder „Verbraucherschutz“ aufdecken, werden durch die Whistleblowing-Richtlinie geschützt.<sup>77</sup> Ein entsprechender Schutz ist in dem geplanten Hinweisgeberschutzgesetz vorgesehen.<sup>78</sup> Die hierdurch anerkannten Offenbarungsinteressen beruhen insbesondere auf dem Ziel des Gesundheitsschutzes der Konsumenten. Entsprechende Ansätze sind teilweise in der oben zitierten arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung zu Lebensmittelskandalen erkennbar. Der „Gesundheitsschutz der

---

<sup>75</sup> Aus anderen Gesetzen s. etwa § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StUG (Anspruch auf Einsicht in Unterlagen der Staatssicherheit durch Betroffene; Grund: Persönlichkeitsrecht und Informationsfreiheit); § 1 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4, § 32 Abs. 1 StUG (Anspruch auf Einsicht zum Zweck der wissenschaftlichen Aufarbeitung der Tätigkeit der Staatssicherheit); strafprozessuale Akteneinsichtsrechte insb. zum Zweck der Strafverfolgung und der Strafverteidigung: § 80 Abs. 2 StPO (Akteneinsicht für Gutachter); § 147 StPO (Akteneinsichtsrecht des Verteidigers, Auskunftsanspruch des Beschuldigten); § 155b Abs. 1 S. 2 StPO (Akteneinsicht zur Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs); §§ 385 Abs. 3, 406e Abs. 1 S. 1 StPO (Akteneinsichtsrechte im Privatklageverfahren); § 475 StPO (Akteneinsichtsrecht von Privatpersonen, wenn sie vorrangiges berechtigtes Interesse darlegen); § 476 StPO (Akteneinsicht zu Forschungszwecken); § 491 StPO (datenschutzrechtliche Auskunftsansprüche). In Australien gibt es eine Vorschrift, die eine Offenlegung von Fehlverhalten in der Wissenschaft schützt, nämlich bei Fälschungen, Fälsfikaten, Plagiaten und weiteren Fehlverhalten, rechtlich, Sect. 29 (1) Item 6 Public Interest Disclosure Act 2013.

<sup>76</sup> Siehe bereits 1. Teil § 5 II. 1.-2.

<sup>77</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) iii), vii), ix) WBRL.

<sup>78</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. k) und n) HinSchG-RegE.

Verbraucher“ wird auch in der strafrechtlichen Literatur als notstandsfähiges Rechtsgut eingestuft, das in einer Interessenabwägung entgegenstehende Geheimhaltungsinteressen überwiegen kann.<sup>79</sup>

### 8. Verkehrs- und Flugsicherheit

Bei Gefährdungen des Luftverkehrs bestehen bereits aufgrund unterschiedlicher EU-Verordnungen Meldepflichten von Personen, die in der Luftfahrt beschäftigt sind.<sup>80</sup> Es geht dabei vor allem um Störfälle und Unfälle beim oder im Zusammenhang mit dem Flugbetrieb,<sup>81</sup> die von Personen wie Besatzungsmitgliedern, Bodenpersonal etc.<sup>82</sup> gemeldet werden müssen. Personen, die Verstöße gegen Unionsrechtsakte melden, die die „Verkehrssicherheit“ betreffen, werden durch die Whistleblowing-Richtlinie geschützt.<sup>83</sup> Entsprechende Regelungen sind im geplanten Hinweisgeberschutzgesetz vorgesehen.<sup>84</sup>

Die Sicherheit des Straßen- und Luftverkehrs wird weiterhin in der strafrechtlichen Rechtsprechung und Literatur als notstandsfähiges Allgemeinrechtsgut angesehen.<sup>85</sup> Ein vorrangiges Offenbarungsinteresse wurde etwa angenommen, wenn ein „Arzt, [...] im Interesse der allgemeinen Sicherheit des Straßenverkehrs der Gesundheitsbehörde mitteilt, daß sein Patient typische epileptische Anfälle mit tiefer Bewußtlosigkeit und einmal als Führer eines Kraftfahrzeugs infolge eines Schreckes eine kurze Bewußtlosigkeit gehabt habe“. In diesem Fall offenbare der Arzt „nicht unbefugt ein ihm anvertrautes privates Geheimnis.“<sup>86</sup> Daher wurde eine Strafbarkeit wegen § 300 StGB a. F. (heute: § 203 StGB) abgelehnt. Im Arbeitsrecht wurde allerdings in einem Fall, in dem ein LKW-Fahrer Mängel eines LKW seines Arbeitgebers bei der Polizei angezeigt hatte, zu Unrecht mit keinem Wort auf das Allgemeininteresse an der Sicherheit des Straßenverkehrs eingegangen.<sup>87</sup> Stattdessen meinte das LAG, der Fahrer hätte die Mängel zunächst intern rügen müssen und wies seine Kündigungsschutzklage ab.

<sup>79</sup> *Schenkel*, Whistleblowing, S. 145.

<sup>80</sup> Insb. aus EU-Verordnungen: VO (EU) 2018/1139, VO (EU) Nr. 376/2014, VO (EU) Nr. 748/2012, Anhang I (Teil-21) usw., s. im Einzelnen „Bekanntmachung des Luftfahrt-Bundesamtes über die Meldung von Ereignissen in der Zivilluftfahrt“, 2-437-18 v. 11.12.2018.

<sup>81</sup> Zu den meldepflichtigen Ereignissen s. Art. 4 Abs. 1 a) bis d) VO (EU) 376/2014.

<sup>82</sup> Zu den meldepflichtigen Personen s. Art. 4 Abs. 4 VO (EU) 376/2014.

<sup>83</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) iv) WBRL. Auf einige der o. g. VO wird im Anhang Teil II B. der RL verwiesen.

<sup>84</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. c) und f) HinSchG-RegE.

<sup>85</sup> Siehe hierzu noch die Ausführungen zum rechtfertigenden Notstand.

<sup>86</sup> OLG München, Beschl. v. 26.4.1956 – Ws 208/56 = MDR 1956, 565, ob das Gericht von einer Anzeigepflicht oder einem Anzeigerecht ausging, ist unklar.

<sup>87</sup> LAG Köln, Urt. v. 23.2.1996 – 11 (13) Sa 976/95 = LAGE § 626 Rn. 94; dazu *Becker*, Whistleblowing, S. 77.

### 9. Umwelt-, Tier- und Immissionsschutz

Bei Gefahren für die Umwelt oder für Tiere wird in einigen Vorschriften ein Offenbarungsinteresse angenommen. Ein Melderecht ist etwa bei der Offshore-Exploration von Erdöl und Erdgas vorgesehen, wenn „Bedenken hinsichtlich der Sicherheit und des Umweltschutzes“ bestehen.<sup>88</sup> In der Schifffahrt sind Seelotsen zur Anzeige von Mängeln verpflichtet, „die die sichere Fahrt des Schiffes gefährden oder eine Gefährdung für die Meeresumwelt darstellen könnten“.<sup>89</sup> Gewerbeaufsichtsbehörden können Informationen bezüglich Geschäfts- und Betriebsverhältnissen an andere Behörden weitergeben, damit diese ihre gesetzlich geregelten Aufgaben zum Schutz der Umwelt erfüllen können.<sup>90</sup> Zum Schutz der „Bevölkerung und der Umwelt“<sup>91</sup> sind Strahlenschutzverantwortliche verpflichtet, der zuständigen Behörde Not- und Störfälle unverzüglich zu melden.<sup>92</sup> Zur einer Anzeige können außerdem die Betriebsbeauftragten für Immissionsschutz (§§ 53 ff BImSchG) und für Gewässerschutz (§§ 21a ff WHG) verpflichtet sein. Gewerbeaufsichtsbehörden sind nach § 139b Abs. 1 S. 3 GewO befugt, Geschäfts- und Betriebsverhältnisse, von denen sie Kenntnis erlangt haben, „zur Erfüllung von gesetzlich geregelten Aufgaben zum Schutz der Umwelt den dafür zuständigen Behörden [zu] offenbaren.“<sup>93</sup>

Liegen Verstöße gegen Unionsrechtsakte vor, die „Umweltschutz“ oder „Tiergesundheit und Tierschutz“ bezwecken, wird die Person, die die Rechtsverletzung aufdeckt, durch die Whistleblowing-Richtlinie geschützt.<sup>94</sup> Entsprechende Regelungen sieht das geplante Hinweisgeberschutzgesetz vor, dass sich auch auf Rechtsverstöße in diesen Bereichen erstreckt, die nicht unionsrechtlich bedingt sind.<sup>95</sup> Neben anderen Bereichen hatte schon das Ministerkomitee des Europarates den Umweltschutz in einer Empfehlung als Minimalstandard

---

<sup>88</sup> § 61 Abs. 1 S. 1 Änderungsverordnung zu bergrechtlichen Vorschriften im Bereich der Küstengewässer und des Festlandssockels, BR-Drs. 274/16, zur Umsetzung der RL (EU) 2013/30, „über die Sicherheit von Offshore-Erdöl- und Erdgasaktivitäten“.

<sup>89</sup> § 12 Abs. 1 S. 3 ALV. Die Vorschrift beruht auf Art. 23 Abs. 1 RL 2009/16/EG „über die Hafenstaatkontrolle“. Ziel der RL ist es „Schiffsunfälle und die Verschmutzung der Meere“ zu verhindern und die „Lebens- und Arbeitsbedingungen an Bord“ von Schiffen zu verbessern (ErWG 2–4). Die genannten Vorschriften gehen denjenigen der Whistleblowing-Richtlinie vor, Art. 3 Abs. 1 WBRL i. V. m. Anhang Teil II B. iii) WBRL.

<sup>90</sup> § 139b Abs. 1 S. 3 GewO.

<sup>91</sup> Siehe die Überschrift von Abschnitt 6 der StrahlenschutzVO: „Schutz der Bevölkerung und der Umwelt“.

<sup>92</sup> § 108 Abs. 1 StrahlenschutzVO.

<sup>93</sup> Wenn nicht das UIG anzuwenden ist, § 139b Abs. 1 S. 4 GewO.

<sup>94</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) v), vii) WBRL.

<sup>95</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. h) und k) HinSchG-RegE.

des Whistleblowing-Schutzes genannt.<sup>96</sup> Auch die bereits in vergangenen Legislaturperioden in den Bundestag eingebrachten Gesetzesentwürfe zum Schutz hinweisgebender Personen, sehen Anzeigerechte bei Umweltgefahren vor.<sup>97</sup>

In jüngeren Urteilen wurde der Tierschutz als notstandsfähiges Allgemeinrechtsgut bewertet.<sup>98</sup> Darin ging es um eine Strafbarkeit von Aktivisten wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB). Sie waren in eine Schweinemastanlage eingedrungen, um Verstöße gegen Tierschutzvorschriften, von denen die zuständige Behörde wusste, aber nicht gegen sie einschritt, zu dokumentieren und sie anschließend zu veröffentlichen.

Allgemeine Anzeigerechte, nach denen bevorstehende, gerade stattfindende oder bereits eingetretene Schäden für die Umwelt offengelegt werden dürfen, gibt es in Großbritannien, Südafrika und Irland.<sup>99</sup> Auch in Neuseeland, Kanada und Australien sind entsprechende Vorschriften zum Schutz von Offenlegungen bezüglich von Informationen über Gefahren für die Umwelt vorgesehen.<sup>100</sup> In den *Tshwane Principles* wird ein besonders hohes Interesse an der Offenlegung von Informationen angenommen, durch die die Öffentlichkeit in die Lage versetzt wird, unmittelbar bevorstehende oder bereits eingetretene Gefahren für die Umwelt zu verstehen bzw. Maßnahmen zu ergreifen, um Schäden infolge der Gefahren zu vermeiden oder zu mindern.<sup>101</sup>

### 10. Privatvermögen

Offenbarungsinteressen zum Schutz des Privatvermögens kommen in der Rechtsordnung an verschiedenen Stellen zum Ausdruck. Bei den einschlägigen Vorschriften geht es allerdings in erster Linie darum, eine Person prozessual in

---

<sup>96</sup> Empfehlungen des Ministerkomitees v. 30.4.2014 (CM/Rec(2014)7) I. 2.

<sup>97</sup> Siehe § 3 Abs. 2 S. 2 Hinweisgeberschutzgesetz-E der SPD, BT-Drs. 17/8567, S. 2 und die Vorschläge von Bündnis 90/Die Grünen in BT-Drs. 18/3039, 19/4558: § 612b Abs. 2 S. 3 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 BGB-E sowie § 67a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BBG-E und § 37a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BeamStG-E.

<sup>98</sup> OLG Naumburg, NJW 2018, 2064 (2065), wegen des Staatsschutzziels in Art. 20a GG, dem TierSchG und der VO zum Schutz landwirtschaftlicher Nutztiere und anderer Tiere. Siehe zu dem Fall und den Entscheidungen bereits Teil I. § 9 III.

<sup>99</sup> Sect. 43B (1)(e) PIDA 1998 (Großbritannien); gleichlautend: Sect. 1. (i)(e) Protected Disclosures Act 2000 (Südafrika); Sect. 5 (3)(e) Protected Disclosures Act 2014 (Irland).

<sup>100</sup> Sect. 3 (1) „serious wrongdoing“ (b) „serious risk to [...] the environment“ Protected Disclosures Act 2000 (Neuseeland); Sect. 8 (d) Public Servants Disclosure Act 2005 (Kanada) „specific danger to [...] the environment“; Sect. 29 (1) Item 9 Public Interest Disclosure Act 2013 (Australien), „Conduct that (a) results in a danger to the environment; or (b) results in, or increases, a risk of danger to the environment.“

<sup>101</sup> Tshwane Principle 10 H. (1).

die Lage zu versetzen, ihre Vermögensansprüche durchsetzen zu können. Gemeint sind hiermit etwa Auskunftsansprüche, deren Erfüllung es erst ermöglicht, weitergehende pekuniäre Ansprüche geltend zu machen.<sup>102</sup>

### III. Machtmissbrauch und Fehlverhalten im Staatswesen

Die Bereiche der Regierung, der Geheimdienste und des Militärs beanspruchen der Natur der Sache nach den weitgehendsten Geheimnisbereich für sich. Der umfassendste staatliche Arkanbereich besteht deshalb bis heute in der Exekutive. Er ist dem Blickfeld des kontrollierenden öffentlichen Auges entzogen, weshalb hier Machtmissbrauch leichter wuchern kann als andernorts.<sup>103</sup> Dies spiegelt sich darin wider, dass durch Whistleblowing aufgedeckte Geheimnisse aus der staatlichen Sphäre meist Angelegenheiten der Exekutive betreffen. Oft geht es um Machtmissbrauch bei der Regierungs- und Behördenarbeit und nicht selten um Fehlverhalten der geheim operierenden Nachrichtendienste und des Militärs. Daher sind gerade für diese Bereiche rechtlich abgesicherte Offenbarungsinteressen wesentlich.

#### 1. Nachrichtendienstlicher und militärischer Komplex

Die Kontrolle der nachrichtendienstlichen Tätigkeiten des Bundes soll durch das parlamentarische Kontrollgremium erfolgen und unter anderem durch das Anzeigerecht in § 8 Abs. 1 PKGrG gewährleistet werden.<sup>104</sup> Danach ist es Angehörigen der Nachrichtendienste gestattet, dem Kontrollgremium innerdienst-

---

<sup>102</sup> Siehe etwa §§ 802c, 807, 836 Abs. 3 ZPO, § 22 Abs. 3 S. 3 InsO. RA dürfen gem. § 49b Abs. 4 S. 1 BRAO Forderungen an andere RA übertragen, womit sie zwangsläufig auch Informationen aus dem Mandatsverhältnis offenbaren. Dasselbe gilt für Patentanwälte gem. § 43 Abs. 2 S. 1 PAO und Steuerberater gem. § 64 Abs. 2 S. 1 StBerG. Personen, die Rechtsansprüche im Zusammenhang mit dem Straßenverkehr geltend machen, können gem. § 39 StVG die Übermittlung von Fahrzeug- und Halterdaten von der Zulassungsbehörde bzw. vom Kraftfahrtbundesamt verlangen.

<sup>103</sup> Vgl. *Sagar*, in: *WikiLeaks und die Folgen*, S. 205.

<sup>104</sup> Diese Art der Kontrolle sei in einer „parlamentarischen, rechtsstaatlichen Demokratie“ unabdingbar, BT-Drs. 16/12411, S. 1 f. Grundlegend zu ihren Defiziten: *Friedel*, *Blackbox Parlamentarisches Kontrollgremium des Bundestages*, S. 293 ff. Die tiefer liegende Frage, ob Geheimdienste und rechtsstaatliche Demokratie nicht von vornherein ein Widerspruch sind, wird hier nicht vertieft. Widersprüchlich erscheint bspw., dass Staaten Spionage mit Strafe bedrohen, sie aber im Ausland selbst betreiben. *Kant*, *Zef*, AA VIII, 347, meinte, der Einsatz von Spionen sei „niederträchtig“ und zähle zu den „höllische[n] Künste[n]“.

liche Missstände unmittelbar, also ohne Einhaltung des Dienstwegs, anzuzeigen.<sup>105</sup> Die Anzeige darf nur an das Gremium gerichtet werden, das je nach Wahlperiode aus etwa 10 Mitgliedern des Bundestages besteht, die gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 PKGrG zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Dieses kleine Gremium soll das Bundesamt für Verfassungsschutz, den Militärischen Abschirmdienst und den Bundesnachrichtendienst kontrollieren. In der 19. Wahlperiode des Deutschen Bundestages gehörten fünf Mitglieder des neunköpfigen Gremiums den Regierungsfractionen an. Für wichtige Entscheidungen ist eine Zwei-Drittel-Mehrheit erforderlich.<sup>106</sup> Eine effektive Überwachung und Kontrolle gegen den Willen der Regierung ist deshalb kaum möglich.<sup>107</sup> Zudem kann das Gremium seine Ermittlungsbefugnisse (s. § 5 PKGrG) erst dann wirksam einsetzen, wenn es schon einen konkreten Verdacht gebildet hat, es ist also zunächst darauf angewiesen, dass ihm relevante Informationen zugespielt werden.<sup>108</sup> Meldeberechtigt sind weiterhin nur Angehörige der Nachrichtendienste.<sup>109</sup> Aufgrund dieser Aspekte erscheint es insgesamt sehr fraglich, ob das Gremium zur Kontrolle der drei großen Bundesdienste imstande ist. Hinter den starken Begriffen „parlamentarisch“, „Kontrolle“ und „Gremium“ steht weniger als erwartet. Es liegt deshalb der Verdacht nahe, dass dem Gremium weniger eine echte Kontroll-, sondern eher eine Feigenblattfunktion zukommt.

Während das Anzeigerecht aus § 8 Abs. 1 PKGrG nur eine externe Meldung an das Kontrollgremium gestattet, hat der EGMR in der Entscheidung *Bucur und Toma gegen Rumänien* ein vorrangiges öffentliches Interesse an der *Veröffentlichung* von Informationen bezüglich der missbräuchlichen Überwachung durch einen Inlandsgeheimdienst anerkannt.<sup>110</sup>

Herr Bucur war Mitarbeiter der Abteilung für Telefon- und Kommunikationsüberwachung des rumänischen Inlandsgeheimdienstes Servitiu

---

<sup>105</sup> Um „Problemen in den Diensten zeitnah begegnen zu können.“ BT-Drs. 16/12411, S. 11. Das Merkmal „innerdienstliche Missstände“ wurde erst im Jahr 2016 in den Abs. eingefügt, BGBl. I, S. 2746. Krit. zu § 8 PKGrG, *Göhlich*, netzpolitik.org. v. 31.1.2017. Es ist etwa keine Anonymität der Meldenden gewährleistet.

<sup>106</sup> Siehe § 7 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 PKGrG (Beauftragung eines Sachverständigen und an den Bundestag adressierter Bericht) sowie § 10 Abs. 2 S. 1 PKGrG (Beschluss über Ausnahme von der Geheimhaltungspflicht; allerdings können einzelne Mitglieder nach S. 2 ein Sondervotum veröffentlichen).

<sup>107</sup> Eingehend zum Problem der Mehrheitsverhältnisse *Friedel*, Blackbox Parlamentarisches Kontrollgremium des Bundestages, S. 383 ff.; vgl. zudem *Sagar*, in: WikiLeaks und die Folgen, S. 209.

<sup>108</sup> Vgl. für die USA, *Sagar*, Secrets and Leaks, S. 80 m. w. N.

<sup>109</sup> Vgl. ebenfalls zu den USA, *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (289), mit Verweis auf 5 U.S.C. Appendix 3 § 8H (2012) (Intelligence Community Whistleblower Protection Act of 1998). Dieser finde nicht auf zivile Beschäftigte („civilian contractors“) Anwendung und eröffne nur die Möglichkeit, sich an den Kongress zu wenden. Der Führung der Dienste würden Möglichkeiten offenstehen, eine Offenlegung letztlich zu verhindern.

<sup>110</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02, §§ 101 ff.



informații (Rumänischer Informationsdienst, i. F. SRI).<sup>111</sup> Im Rahmen seiner Tätigkeit fielen ihm mehrere Unregelmäßigkeiten auf, unter anderem, dass einige Journalisten, Politiker und Geschäftsleute, insbesondere nach Berichterstattungen in den Medien über prominente Ereignisse, überwacht wurden. Herr Bucur informierte den Abteilungsleiter über seine Beobachtungen, was jedoch nicht zu einer Abhilfe, sondern dazu führte, dass man den Anzeigenden abmahnte. Bucur wendete sich deshalb an einen Abgeordneten, der Mitglied des den SRI beaufsichtigenden parlamentarischen Kontrollgremiums war. Der Abgeordnete empfahl ihm jedoch, sich mittels einer Pressekonferenz unmittelbar an die Medien zu wenden. Eine offizielle Eingabe an das Kontrollgremium lasse keine Abhilfe erwarten, weil der Vorsitzende des Gremiums enge Kontakte zum Direktor des SRI pflege. Der Beschwerdeführer richtete deshalb im Mai 1996 eine Pressekonferenz aus, die national und international für Schlagzeilen sorgte. Er wollte erreichen, dass die rumänischen Gesetze und insbesondere die Verfassung Rumäniens eingehalten werden. Nach der Pressekonferenz wurde Herr Bucur entlassen. Im Juli 1996 leitete man ein Strafverfahren gegen ihn ein und zwei Jahre später wurde er von einem Militärgericht wegen der Verletzung verschiedener geheimnisschützender Straftatbestände zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung Bucurs verwarf das Berufungsgericht des Militärs im Jahr 1999. Seine weitere Berufung wies der Oberste Gerichts- und Kassationshof nach einem drei Jahre dauernden Verfahren im Jahr 2002 als unbegründet zurück.

Anschließend erhob Herr Bucur beim EGMR eine Individualbeschwerde.<sup>112</sup> Der Gerichtshof erkannte in der Verurteilung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Meinungsfreiheit von Herrn Bucur. Maßgeblich stellte Straßburg darauf ab, dass das Thema der rechtswidrigen Überwachung für die Zivilgesellschaft von unmittelbarer Relevanz sei, da jede Person von ihr betroffen sein könne.<sup>113</sup> In einer demokratischen Gesellschaft sei die Diskussion solcher Angelegenheiten sehr wichtig, weshalb ein öffentliches Informationsinteresse an ihnen bestehe.<sup>114</sup> Dementsprechend hat sich die parlamentarische Versammlung des Europarates, auch unter Bezugnahme auf den Fall von Edward Snowden, für einen besseren gesetzlichen Schutz von Whistleblowern ausgesprochen, die im Bereich der nationalen Sicherheit tätig sind.<sup>115</sup>

Exemplarisch für öffentliche Informationsinteressen an Missständen aus dem militärischen Komplex steht ein US-amerikanischer Fall: Im Jahr 2010 wurden auf der Enthüllungsplattform WikiLeaks, die seit 2006 besteht und unter anderen von Julian Assange gegründet wurde, die sogenannten drei „mega-

<sup>111</sup> Zum Sachverhalt ebd. §§ 6 ff.

<sup>112</sup> Der zweite Beschwerdeführer, Herr Toma, wendete sich gegen Überwachungsmaßnahmen des SRI, von denen er selbst betroffen war.

<sup>113</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 101.

<sup>114</sup> Ebd. § 103.

<sup>115</sup> Committee on Legal Affairs and Human Rights, Report v. 19.5.2015, Doc. 13791.

leaks“<sup>116</sup> veröffentlicht. Die *leaks* bestehen aus Datensätzen, die der im Irak stationierte US-Soldat und Nachrichtenanalyst Bradley (heute: Chelsea) Manning<sup>117</sup> an WikiLeaks weitergab.

Zunächst veröffentlichte WikiLeaks im Juli 2010 militärische, überwiegend klassifizierte Dokumente der USA zum Afghanistankrieg, das sogenannte „Afghan War Diary“. Dabei handelt es sich überwiegend um Frontberichte des Militärs und der Geheimdienste. WikiLeaks stellte die Daten zunächst *The Guardian*, *The New York Times* und *Spiegel Online* zur Verfügung. Ihre Chefredakteure kamen darin überein, insbesondere sensible Informationen der klassifizierten Dokumente – wie die Namen von afghanischen Informanten oder Informationen, die die alliierten Streitkräfte bedrohen könnten – nicht zu veröffentlichen.<sup>118</sup> Die Dokumente vermittelten ein genaueres und der Öffentlichkeit bislang verborgenes Bild des bereits neun Jahre andauernden Krieges, weshalb die Redaktionen eine Veröffentlichung wegen gewichtiger Informationsinteressen der Öffentlichkeit für gerechtfertigt hielten.<sup>119</sup>

Sie enthalten Informationen über getötete Zivilisten, den Anstieg von Angriffen durch Taliban und durch Kindersoldaten, zu behaupteten Einflussnahmen Pakistans, Irans und Nordkoreas, zu den Aktivitäten der zur Festnahme oder gezielten Tötung von führenden Taliban eingesetzten Task Force 373,<sup>120</sup> Fälle von *friendly fire* (Beschuss der eigenen Truppen), Informationen über die psychologische Kriegsführung sowie Hinweise, dass Mitarbeiter privater US-amerikanischer Sicherheitsfirmen Kinderprostitution in Anspruch nahmen. Insgesamt zeichneten die Dokumente ein aussichtsloses, ungeschminktes und düsteres Bild des Afghanistankriegs.<sup>121</sup> WikiLeaks veröffentlichte 75.000 der insgesamt 91.000 Berichte. Die restlichen Dokumente wurden laut WikiLeaks in Absprache mit der Quelle nicht veröffentlicht, um die Gefahr von Schädigungen Dritter zu minimieren. Die Veröffentlichungen wurden insbesondere von der US-Regierung verurteilt. WikiLeaks gefährde Informanten und NATO-Soldaten, die Veröffentlichungen seien deshalb vollkommen unverantwortlich. Demgegenüber meinte der damalige deutsche Bundesverteidigungsminister Karl-Theodor zu Guttenberg, die Berichte enthielten keine wesentlichen neuen Erkenntnisse, sondern die Informationen seien der Fachpresse und

---

<sup>116</sup> So etwa, *Hansen*, wired v. 13.7.2011, gemeint sind die drei Datensammlungen „Afghan War Diary“, „Iraq War Logs“ und „Cablegate“.

<sup>117</sup> Bradley Manning, änderte sein Geschlecht und benannte sich rechtlich mit Wirkung zum 23.4.2014 in Chelsea Manning um.

<sup>118</sup> *N. N.*, Spiegel Online International v. 25.7.2010.

<sup>119</sup> Ebd. Der Bundestagsabgeordnete Christian Ströbele meinte, es bestehe ein Interesse daran, die Wahrheit darüber zu lesen, was die Bundeswehr in Afghanistan treibe, inwieweit sie bspw. in die Capture-or-kill-Einsätze der Task Force 373 eingebunden sei, anr/dpa/ddp, Spiegel-Online v. 27.7.2010.

<sup>120</sup> *Gebauer/Fischer/Witrock*, Spiegel Online v. 26.7.2010.

<sup>121</sup> *N. N.*, NYT v. 26.7.2010, S. A8.

der informierten Öffentlichkeit bereits bekannt gewesen.<sup>122</sup> Tatsächlich eingetretene Gefährdungen wurden nicht nachgewiesen.

Im Oktober 2010 folgte die Veröffentlichung der sogenannten „Iraq War Logs“, die bis dahin, mit knapp 400.000 geheimen militärischen Berichten, aus den Jahren 2004–2009, umfangreichste Enthüllung in der Geschichte der USA. Zuvor waren die Dokumente *Al-Dschasira*, *The New York Times*, *The Guardian*, *Le Monde*, *Spiegel Online* sowie dem *Bureau of Investigative Journalism* zur Verfügung gestellt worden. Den Dateien zufolge waren von 109.000 Getöteten 66.081 Zivilisten.<sup>123</sup> Berichte über Folterungen, Vergewaltigungen und Morde durch irakische Polizisten und Soldaten ignorierten die US-Behörden. In manchen Fällen wurden durch US-amerikanische Luftangriffe getötete Zivilisten als Feinde ausgegeben, so bei einem Luftschlag auf Bagdad durch einen US-amerikanischen Hubschrauber im Juli 2007, bei dem auch zwei Reuters-Journalisten getötet wurden. Die Misshandlungen im Gefängnis Abu Ghraib, die im Jahr 2004 durch den Whistleblower Joseph Darby aufgedeckt worden waren, setzten irakische Sicherheitskräfte teilweise fort. Belegt wurden auch Misshandlungen durch private US-amerikanische Sicherheitsfirmen wie Blackwater. Die US-amerikanische Regierung verurteilte die Veröffentlichungen und warf WikiLeaks wiederum vor, das Leben von Soldaten und privaten Sicherheitsmitarbeitern zu gefährden, was WikiLeaks bestritt.<sup>124</sup>

Trotz der erheblichen öffentlichen Informationsinteressen, von den aufgedeckten Missständen zu erfahren, verurteilte ein US-Gericht Manning im Juli 2013, u. a. wegen Verletzungen des Espionage Act, zu einer Freiheitsstrafe von

---

<sup>122</sup> anr/dpa/ddp, Spiegel Online v. 27.7.2010.

<sup>123</sup> Davies/Steele/Leigh, The Guardian v. 27.10.2010.

<sup>124</sup> Darüber hinaus wurden im November 2010 Depeschen US-amerikanischer Botschaften auf WikiLeaks veröffentlicht und damit die sog. Cablegate-Affäre ausgelöst (*diplomatic cables* waren diplomatische Berichte, Dossiers und Depeschen, die früher per „Kabel“, d. h. per Telegrafie, übermittelt wurden). Die Dokumente bestanden aus Berichten und Lagebeurteilungen von US-Botschaften aus aller Welt. Sie enthielten kompromittierende Äußerungen der US-Diplomaten über Regierungen und Politiker der Gastländer (z. B. „Teflon-Merkel“ und „Alpha-Rüde Putin“), deckten jedoch auch Missstände in manchen Gastländern auf. Tunesische Behörden zensurierten die Depeschen, da sie Informationen über Korruption und Repressionen enthielten. Die Depeschen sollen die Tunesische Revolution im Dezember 2010 mitausgelöst haben, *Kirpatrick*, NYT v. 15.1.2011, S. A1; *Black*, The Guardian v. 15.1.2011. – Anfang Dezember 2010 sperrte PayPal das Benutzerkonto, mit dem WikiLeaks Spenden empfing. Zwei Tage später stellten Visa und MasterCard sämtliche Zahlungen an WikiLeaks ein und PostFinance schloss das Konto von Julian Assange. Gegen diese unternehmerische Zensur (*corporate censorship*) ging die Hacker-Gruppe Anonymous mit DDOS (*distributed denial of service*) Attacken u. a. gegen die genannten Firmen vor. – Zur Strafverfolgung von Julian Assange s. das Interview mit Nils Melzer, Uno-Folterberichterstatter, *Ryser/Bachmann*, Republik v. 31.1.2020; sowie *Melzer*, Der Fall Julian Assange.

35 Jahren und einer Geldstrafe i. H. v. 100.000 US-Dollar.<sup>125</sup> Zwar schützt das US-Recht Whistleblowing prinzipiell, inkonsequenterweise sind hiervon aber der nachrichtendienstliche und militärische Komplex weitgehend ausgenommen.<sup>126</sup>

Sinnvolle rechtspolitische Vorgaben hinsichtlich der Gewichtung öffentlicher Publizitätsinteressen und Geheimhaltungsinteressen der Exekutive, gerade für den nachrichtendienstlichen und militärischen Bereich, enthalten die *Tshwane Principles*. Ein besonders hohes öffentliches Interesse bestehe bezüglich grundlegender, die Struktur der Exekutive betreffender Fragen, gerade wegen ihrer Bedeutung für den Prozess der demokratischen Kontrolle und das Rechtsstaatsprinzip. Diesbezügliche Informationen sollten prinzipiell veröffentlicht werden.<sup>127</sup> Insbesondere geht es dabei um die drei bereits genannten Bereiche der Regierung, der Geheimdienste und des Militärs. Einschränkunglos werden Informationen bezüglich des Bestehens sämtlicher Militär-, Polizei-, Sicherheits-, Geheimdiensteinheiten und Untereinheiten erfasst. Dasselbe gilt bezüglich aller auf sie anwendbaren Gesetze und Vorschriften und für die sie beaufsichtigenden Stellen und vorgesehenen internen Kontrollmechanismen sowie die Identität der Personen, die diese Stellen leiten.<sup>128</sup> Auch Informationen, die erforderlich sind, um die öffentlichen Ausgaben dieser Stellen feststellen und kontrollieren zu können, werden erfasst.<sup>129</sup> Weiterhin Informationen bezüglich des Bestehens und des Wortlauts von abgeschlossenen bilateralen und multilateralen Abkommen und sonstigen internationalen Verpflichtungen im Bereich der nationalen Sicherheit.<sup>130</sup> Des Weiteren sollen der Öffentlichkeit diejenigen Informationen zugänglich sein, die es ihr ermöglichen, die Finanzen des Sicherheitssektors und die sie bestimmenden Vorschriften zu verstehen.<sup>131</sup> Allgemein wird außerdem ein hohes öffentliches Interesse an der Offenlegung von Informationen angenommen, die das Bestehen, die Art oder das Ausmaß von Machtmissbrauch durch öffentliche Stellen offenlegen.<sup>132</sup>

Der Öffentlichkeit müssten auch die einschlägigen Gesetze sowie die Verfahren zur Autorisierung von Überwachungen, der Auswahl der Ziele der

---

<sup>125</sup> Nach knapp sieben Jahren Inhaftierung wurde sie im Januar 2017 vom damaligen Präsidenten Barack Obama begnadigt. Allerdings nahm die US-Justiz Manning zwei Jahre später in Beugehaft, um Aussagen zu WikiLeaks zu erzwingen. Ein Jahr später, im März 2020 wurde sie nach einem Suizidversuch aus der Beugehaft entlassen.

<sup>126</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol'y Rev. 2014, 281 (285), s. dazu noch 3. Teil § 3 III. 2. d).

<sup>127</sup> *Tshwane Principle 10 cat. C*. Zu der Regelvermutung s. Abs. 1 der Einleitung zum 10. Prinzip.

<sup>128</sup> *Tshwane Principle 10 cat. C*. (1), (2).

<sup>129</sup> *Tshwane Principle 10 cat. C*. (3).

<sup>130</sup> *Tshwane Principle 10 cat. C*. (4).

<sup>131</sup> *Tshwane Principle 10 cat. F*.

<sup>132</sup> *Tshwane Principle 10 cat. G*.

Überwachung sowie der Nutzung, Speicherung und Löschung abgefangenen Materials zugänglich sein.<sup>133</sup> Erfasst werden hierdurch auch Informationen, die die Art der möglichen Überwachungsmaßnahmen betreffen, einschließlich der mit ihnen verbundenen Ziele und die zu ihrer Anwendung erforderlichen Verdachtsgrade.<sup>134</sup> Auch die zur Überwachung autorisierten Stellen sowie Statistiken über die tatsächliche Anwendung von Überwachungsmaßnahmen sollten der Öffentlichkeit zugänglich sein.<sup>135</sup> Operative Details der im Rahmen der Gesetze und im Einklang mit grundrechtlichen Verpflichtungen ausgeführten Überwachungsmaßnahmen dürften vor der Öffentlichkeit geheim gehalten werden, mindestens bis zum Abschluss des Überwachungszeitraums.<sup>136</sup> Illegale Überwachungsmaßnahmen sollten in größtmöglichem Umfang offengelegt werden.<sup>137</sup> Von den Transparenzgeboten sind Informationen ausgenommen, die sich ausschließlich auf die Überwachung der Aktivitäten ausländischer Regierungen beziehen.<sup>138</sup> Der so abgesteckte Umfang der Publizität der Nachrichtendienste sei wesentlicher Bestandteil des *Rechts der Öffentlichkeit* auf Zugang zu Informationen.<sup>139</sup>

Ein besonders starkes Publizitätsinteresse wird weiterhin bezüglich solcher Informationen angenommen, die Entscheidungen über die Anwendung militärischer Gewalt oder den Erwerb von Massenvernichtungswaffen betreffen.<sup>140</sup> Dies gelte auch für Informationen, die für Entscheidungen über den Einsatz von Kampftruppen oder andere militärische Maßnahmen relevant sind. Außerdem wird die Annahme eines starken Publizitätsinteresses auf Informationen erstreckt, die zeigen, dass Tatsachen, die zur öffentlichen Begründung einer der eben genannten Maßnahmen angegeben wurden, unzutreffend waren.<sup>141</sup> Ein übergeordnetes Publizitätsinteresse an Informationen bestehe weiterhin bezüglich des Besitzes oder des Erwerbs von Atomwaffen, wobei Detailinformationen über ihre Herstellung oder operativen Fähigkeiten ausgenommen sein könnten.<sup>142</sup>

---

<sup>133</sup> Tshwane Principle 10 cat. E. (1).

<sup>134</sup> Tshwane Principle 10 cat. E. (1) note (a)-(c).

<sup>135</sup> Tshwane Principle 10 cat. E. (2).

<sup>136</sup> Tshwane Principle 10 cat. E. (2) note.

<sup>137</sup> Tshwane Principle 10 cat. E. (3).

<sup>138</sup> Tshwane Principle 10 cat. E. (5).

<sup>139</sup> Tshwane Principle 10 cat. E. (4). Die zusätzlichen (subjektiven) materiellen Rechte und Verfahrensrechte der Individuen, die von der Überwachung betroffen seien, seien gesondert zu berücksichtigen.

<sup>140</sup> Tshwane Principle 10 cat. D.

<sup>141</sup> Tshwane Principle 10 cat. D. (1).

<sup>142</sup> Tshwane Principle 10 cat. D. (2).

## 2. Missstände in anderen staatlichen Einrichtungen

In einigen Ländern gibt es allgemeine Tatbestände, die den Bereich der Missstände in staatlichen Einrichtungen erfassen. So wird etwa in den USA die Offenlegung von Machtmissbrauch<sup>143</sup> oder in Australien die Offenbarung von Verwaltungsverhalten, das auf unbilligen Motiven beruht oder unangemessen, ungerecht oder unterdrückend ist, rechtlich geschützt.<sup>144</sup> Auch die Aufdeckung eines Missbrauchs öffentlichen Vertrauens oder eines Amtsmissbrauchs sowie disziplinarrechtlich relevante Verhalten werden erfasst.<sup>145</sup> In ähnlicher Weise sind in Neuseeland und Irland Personen geschützt, die diskriminierende oder grob fahrlässige Verhalten sowie grobes Missmanagements durch staatliche Stellen aufdecken.<sup>146</sup> Letztgenannter Aspekt ist auch im kanadischen Beamtenrecht geregelt.<sup>147</sup> Entsprechendes gilt in Großbritannien, Südafrika, Uganda und Irland für das Aufdecken von Justizirrtümern.<sup>148</sup>

In Deutschland wurde ein derartiges Offenbarungsinteresse noch nicht durch einen allgemeinen Tatbestand geregelt, wie er etwa mit § 5 Nr. 2 Var. 2, 3 GeschGehG für die unternehmerische Geheimnisssphäre vorgesehen ist. Abgesehen von den bereits thematisierten Ausnahmen von den beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten bei Korruptionsstraftaten, die allerdings den Anforderungen der einschlägigen internationalen Abkommen nicht genügen (s. o. unter I. 3.).

Im Fall des Sächsischen Datenschutzbeauftragten<sup>149</sup> stellte das LG Dresden fest, dass der Justizminister von Sachsen gegen das zentrale Erfordernis der Gewaltenteilung „in erheblichem Maße verstoßen“ habe.<sup>150</sup> Er hatte auf eine „beschleunigte Behandlung“ eines Wirtschaftsstrafverfahrens gegen einen Parteifreund bei der Staatsanwaltschaft gedrungen. Dadurch habe er „in unzulässiger Weise, nach außen nicht erkennbar, angreifbar oder behebbar Einfluss

---

<sup>143</sup> 5 U.S.C. § 2301(9) „abuse of authority“ (Civil Service Reform Act 1978).

<sup>144</sup> Sect. 29 (1) Item 4 Public Interest Disclosure Act 2013.

<sup>145</sup> Sect. 29 (1) Item 5, „Conduct that is an abuse of public trust“ und (2) Public Interest Disclosure Act 2013.

<sup>146</sup> Sect. 5 (b), Sect. 6 (1)(a), Sect. 3 „serious wrongdoing“ (e) „an act, omission, or course of conduct by a public official that is oppressive, improperly discriminatory, or grossly negligent, or that constitutes gross mismanagement“ Protected Disclosure Act 2000 (Neuseeland); fast gleichlautend Sect. 5 (3)(g) Protected Disclosure Act 2014 (Irland).

<sup>147</sup> Sect. 8 (c) Public Servants Disclosure Act (2005).

<sup>148</sup> Sect. 43B (1)(c) PIDA 1998 (Großbritannien); gleichlautend: Sect. 1 (i)(c) Protected Disclosures Act 2000 (Südafrika), Sect. 1 (i)(b), Whistleblowers Protection Act 2010 (Uganda); Sect. 5 (3)(b) Protected Disclosures Act 2014 (Irland).

<sup>149</sup> Zum Sachverhalt siehe bereits 1. Teil § 5 III. 3.

<sup>150</sup> LG Dresden, Urt. v. 7.11.2011 – 420 Js 49212/00, S. 20 ff. (unveröffentlichte Entscheidung), S. 21. Zudem habe er durch „unberechtigte Auskunftserteilung an MdL [...]“ gegen das Sächsische Datenschutzgesetz verstoßen.

auf die rechtsprechende Gewalt zu nehmen versucht.“ Das Gericht meinte daher, es liege „ein gravierender Eingriffsversuch [...] seitens der Exekutive in die Judikative vor“, durch den „das Gleichgewicht der drei Staatsgewalten verloren gehen und [...] ein demokratisch-rechtsstaatliches Staatsleben [hätte] geschädigt werden können.“<sup>151</sup> „Die Abwägung der widerstreitenden Interessen ergibt hier, dass das Interesse [...], ‚an die Öffentlichkeit zu gehen‘, das beeinträchtigte Interesse an der Wahrung von Geheimnissen wesentlich überwog.“<sup>152</sup>

Den verschiedenen oben genannten Regelungen ähnelnd, hat der EGMR in seiner Whistleblowing-Rechtsprechung hinsichtlich staatlichen Machtmissbrauchs und Fehlverhaltens hervorgehoben, dass diesbezügliche Informationen für die politische Debatte in einer demokratischen Gesellschaft sehr wichtig seien. Im Fall *Guja gegen Moldau* betonte der Gerichtshof dies für den gerade genannten Aspekt der Gewaltenkontrolle, der durch Einflussnahmen von Politikern auf die Justiz tangiert wurde, sowie bezüglich der relativierenden Haltung der Regierung gegenüber Polizeibrutalität.<sup>153</sup> Auch im Fall *Marchenko gegen die Ukraine* hat der Gerichtshof unterstrichen, dass Fehlverhalten von Amtsträgern grundsätzlich von öffentlichem Interesse seien.<sup>154</sup>

In der Schweiz hat das Obergericht Zürich eine Strafbarkeit wegen einer Verletzung von Bank- und Geschäftsgeheimnissen durch einen Mitarbeiter in der Affäre Hildebrand<sup>155</sup> mit folgender Begründung verneint:

„Der Frage, ob der Nationalbankpräsident, als einer der höchsten Exponenten der Schweizerischen Staatsorgane, Insiderwissen ausgenutzt und damit einen erheblichen persönlichen Vermögensvorteil erlangt hat, kommt eine erhebliche (staats-)politische und rechtsstaatliche Bedeutung zu. Das Interesse der Öffentlichkeit, durch die Medien über einen entsprechenden Verdacht angemessen informiert zu werden, ist deshalb als gewichtig zu erachten. Dieses Interesse überwiegt unter den hier vorliegenden konkreten Umständen das private Interesse [...] [am] Schutz einzelner persönlicher, unter das Bankgeheimnis fallender Informationen.“<sup>156</sup>

---

<sup>151</sup> Ebd. S. 22.

<sup>152</sup> Ebd.

<sup>153</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 88. Er entschied, dass die Entlassung des Generalstaatsanwalts, der die Missstände aufgedeckt hatte, unverhältnismäßig in dessen Meinungsfreiheit eingriff.

<sup>154</sup> EGMR, *Marchenko ./. Ukraine*, Urt. v. 19.2.2009 – 4063/04, § 45.

<sup>155</sup> Siehe zum Sachverhalt bereits I. Teil § 6 IV. 2.

<sup>156</sup> OG Zürich, Urt. v. 16.8.2017 – SB160259-O/u/cw, S. 104.

## IV. Schutz des Staates, Funktionsfähigkeit seiner Einrichtungen, Fiskalinteressen

Strafbewehrte Anzeigepflichten, und damit vorrangige Offenbarungsinteressen, bestehen gemäß § 138 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB bei geplanten staatsgefährdenden Straftaten, die die innere (Hochverrat gemäß §§ 81 ff. StGB) oder äußere Sicherheit (Landesverrat nach den §§ 94 ff. StGB) der Bundesrepublik gefährden. Zudem gibt es verschiedene gesetzliche Anzeigepflichten und -befugnisse, wenn ein Verdacht der Terrorismusfinanzierung besteht.<sup>157</sup> Polizei-behörden und Nachrichtendienste können von anderen staatlichen Stellen und Privatpersonen, insbesondere Unternehmen, Einkünfte einholen, wenn der Staat oder die Bürgerinnen und Bürger durch organisierte Kriminalität, Terrorismus oder feindliche Mächte bedroht sind.<sup>158</sup>

Diverse gesetzlich geregelte Mitteilungspflichten und -befugnisse regeln den Informationsaustausch zwischen Behörden, Gerichten und anderen öffentlichen Stellen und gewährleisten damit deren Funktionsfähigkeit.<sup>159</sup> Zudem können Privatpersonen gegenüber staatlichen Stellen zu Offenbarungen verpflichtet sein.<sup>160</sup>

Weiterhin wird durch einige Vorschriften ein Offenbarungsinteresse bezüglich solcher Informationen angenommen, die die Finanzierung des Staates

---

<sup>157</sup> Siehe § 43 GWG und § 53 Abs. 5 GWG. Bei der Aufdeckung solcher Verdachtsfälle schützt auch die Whistleblowing-Richtlinie, s. Art. 2 Abs. 1 lit. a) ii) WBRL bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) HinSchG-RegE.

<sup>158</sup> Siehe etwa § 161 Abs. 1 S. 1 StPO, § 9 Abs. 1 BKAG, §§ 8a, 8b BVerfSchG, § 3 BNDG. Damit korrespondiert eine Auskunftspflicht der um Auskunft ersuchten Stellen bzw. Personen. Zur Weitergabe von Daten aus dem staatsanwaltschaftlichen Verfahrensregister an die Geheimdienste, s. § 492 Abs. 4 StPO.

<sup>159</sup> Für den innerbehördlichen Informationsaustausch reichen die § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BBG und § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BeamStG. Bei Mitteilung an andere Behörden bedarf es, wenn es um Informationen von Bürgerinnen und Bürgern geht, die etwa durch § 30 VwVfG oder strafrechtliche Schweigepflichten geschützt werden, seit dem Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1 ff.) einer gesetzlichen Grundlage, *Schünemann*, in: LK § 203 Rn. 145, 150. Bis dahin hatte man in der Verwaltung mittels einer Güter- und Interessenabwägung, die auf eine analoge Anwendung des § 193 StGB hinauslief, entschieden, ob das jeweilige Geheimnis mitgeteilt werden durfte, ebd. Rn. 145, 147. – Siehe etwa §§ 12 ff. EGGVG (Weitergabe personenbezogener Daten an öffentliche Stellen für andere Zwecke als die des jeweiligen Verfahrens); § 9 Abs. 1 S. 4 Nr. 1–20 KWG (Ausnahme von der Schweigepflicht von Beschäftigten der BaFin ggü. bestimmten staatlichen Stellen); § 48 Abs. 2 BBG (Pflicht der Amtsärzte, Gründe eines medizinischen Gutachtens mitzuteilen, sofern dies für eine Behördenentscheidung erforderlich ist). – In Australien wird die Funktionsfähigkeit der Justiz durch ein Offenbarungsinteresse bzgl. solcher Verhalten geschützt, die verfälschend auf ein Gerichtsverfahren einwirken, Sect. 29 (1) Item 3 Public Interest Disclosure Act 2013.

<sup>160</sup> Nach § 40 Abs. 4 BDSG sind den Aufsichtsbehörden bestimmte Auskünfte zu erteilen. Daraus ergibt sich aber keine Pflicht, Informationen aus einem rechtsanwaltlichen Mandatsverhältnis weiterzugeben, AG Berlin-Tiergarten, NJW 2007, 97; KG NJW 2011, 324.



durch Steuern betreffen und die den Fiskus vor Steuerhinterziehungen oder anderen vermögensschädigenden Handlungen schützen sollen. Steuerpflichtige sind zur Offenbarung der für die Besteuerung relevanten Informationen verpflichtet.<sup>161</sup> Zwischen öffentlichen Stellen sind zudem verschiedene Mitteilungspflichten geregelt, die die Besteuerung sichern und die Ahndung von Steuerstraftaten ermöglichen sollen.<sup>162</sup>

Ein allgemeines Offenbarungsrecht in diesem Bereich gibt es in Deutschland bislang nicht. Durch die Whistleblowing-Richtlinie werden allerdings Personen geschützt, die Verstöße gegen die finanziellen Interessen der Union aufdecken, die insbesondere auch betroffen sind, wenn das nationale Steueraufkommen durch Steuerstraftaten verringert wird.<sup>163</sup> Zudem werden EU-Rechtsverstöße im Bereich des „öffentlichen Auftragswesens“ erfasst.<sup>164</sup> Zur Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie sind entsprechende Regelungen im geplanten Hinweisgeberschutzgesetz vorgesehen.<sup>165</sup>

Der EGMR hat in seiner Entscheidung *Soares gegen Portugal* ausgeführt, dass eine (vermeintlich) missbräuchliche Verwendung öffentlicher Gelder eine wichtige Frage von öffentlichem Interesse sei.<sup>166</sup>

Im anglophonen Rechtsraum gibt es spezifische Vorschriften, die ein Offenlegungsinteresse bezüglich der Verschwendung oder anderweitigen missbräuchlichen Verwendung öffentlicher Gelder und Mittel regeln. So werden etwa in den USA Personen geschützt, die Fälle von Missmanagement oder grober Verschwendung öffentlicher Mittel aufdecken.<sup>167</sup> In Irland, Neuseeland und Kanada sind privat und öffentlich Angestellte rechtlich geschützt, die eine gesetzeswidrige oder unangemessene Verwendung öffentlicher Gelder offenbaren.<sup>168</sup> Auch in Australien werden Offenbarungen rechtlich geschützt, die sich auf die Verschwendung öffentlicher Gelder oder öffentlichen Eigentums beziehen.<sup>169</sup>

<sup>161</sup> Siehe insb. § 93 Abs. 1 S. 1 AO. Weitere steuerrechtliche Auskunftspflichten sind etwa in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 EstG und §§ 33, 34 ErbStG geregelt.

<sup>162</sup> Siehe dazu bereits 1. Teil § 7 III. (Offenbarungsbefugnisse bei Steuergeheimnissen).

<sup>163</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. b) WBRL; EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – C-617/10 (*Akerberg Fransson*), Rn. 26 f.; s. bereits 1. Teil § 7 III. 3.

<sup>164</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) i) WBRL.

<sup>165</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 4, Nr. 6–7, Abs. 2 HinSchG-RegE.

<sup>166</sup> EGMR, *Soares ./. Portugal*, Urt. v. 21.6.2016 – 79972/12, § 44.

<sup>167</sup> 5 U.S.C. § 2301(9)(B) (Civil Service Reform Act 1978): „mismanagement, a gross waste of funds [...]“. – Siehe zum US-amerikanischen False Claims Act bereits die Angaben und Nachweise in der Einleitung Fn. 74.

<sup>168</sup> Sect. 5 (3)(f) Protected Disclosure Act 2014 (Irland): „unlawful or otherwise improper use of funds or resources of a public body“; Sect. 5 (b), Sect. 6 (1)(a), Sect. 3: „serious wrongdoing“ (a) „an unlawful, corrupt, or irregular use of funds or resources of a public organisation“ Protected Disclosure Act 2000 (Neuseeland); Sect. 8 (b) Public Servants Disclosure Protection Act 2005 (Kanada): „a misuse of public funds or a public asset“.

<sup>169</sup> Sect. 29 Item 7 Public Interest Disclosure Act (Australien).

## V. Finanzdienstleistungen, Finanzmarktstabilität, Geldwesen

In der Finanzbranche beschäftigte Personen werden seit wenigen Jahren vor nachteiligen Konsequenzen rechtlich geschützt, wenn sie Rechtsverstöße in diesem Bereich aufdecken. Die verschiedenen gesetzlichen Offenbarungsbefugnisse beruhen auf EU-Rechtsakten, die in Reaktion auf die Finanzmarktkrise 2008 im Bereich der Finanzdienstleistungen und der Finanzaufsicht beschlossen und anschließend in Deutschland umgesetzt wurden.<sup>170</sup> Zu nennen sind insbesondere die Melderechte des im Juli 2016 in Kraft getretenen § 4d Abs. 6 FinDAG sowie der seit Juni 2017 geltende § 3b Abs. 5 BörsG und § 53 Abs. 5 GwG, die bei potenziellen oder tatsächlichen Verstößen gegen Vorschriften einschlägig sind, deren Einhaltung die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die Börsenaufsicht bzw. die jeweils zuständige Aufsichtsbehörde überwacht.<sup>171</sup> Sie erfassen ausdrücklich anonyme Meldungen, sind ohne eine Interessenabwägung bei einschlägigen Rechtsverstößen anwendbar und setzen weder einen innerbetrieblichen Abhilfeversuch noch eine bestimmte Motivation der hinweisgebenden Person voraus, weshalb auch Meldungen aus rein maliziöser Gesinnung geschützt werden.<sup>172</sup>

Die Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie schützen Personen, die Verstöße gegen Unionsrecht in den Bereichen „Finanzdienstleistungen, Finanzprodukte und Finanzmärkte“ offenlegen.<sup>173</sup> Zur Umsetzung dieser Vorgaben sieht das geplante Hinweisgeberschutzgesetz Regelungen vor.<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> Eingehender dazu *Helm*, BB 2018, 1538 ff.; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 174 f.

<sup>171</sup> Des Weiteren sind „Wertpapierdienstleistungsunternehmen, andere Kreditinstitute, Kapitalverwaltungsgesellschaften und Betreiber von außerbörslichen Märkten, an denen Finanzinstrumente gehandelt werden“ nach § 23 Abs. 1 S. 1 WpHG zur Anzeige gegenüber der BaFin verpflichtet, wenn sie Tatsachen feststellen, die den Verdacht begründen, dass gegen Vorschriften der EU-Verordnung über Leerverkäufe (u. a.) verstoßen wird. In § 23 Abs. 3 WpHG (identisch mit § 10 Abs. 3 WpHG a. F.) wird klargestellt, dass die Person „wegen dieser Anzeige nicht verantwortlich gemacht werden“ darf, „es sei denn, die Anzeige ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr erstattet worden.“ – Wird „das Allgemeininteresse an der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Geldverkehrs“ oder des Rechtsverkehrs mit bestimmten Wertpapieren durch eine Geld- oder Wertpapierfälschung verletzt (*Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 146 Rn. 1.), kommt ein besonders hohes Offenbarungsinteresse durch die Anzeigepflichten aus § 138 Abs. 1 Nr. 4 StGB i. V. m. §§ 146, 151, 152 StGB zum Ausdruck.

<sup>172</sup> Siehe § 4d Abs. 1 S. 2, Abs. 4 FinDAG; *Eufinger*, WM 2016, 2336 (2340); *Schenkel*, Whistleblowing, S. 175.

<sup>173</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a) ii) WBRL. Allgemeiner die Entwürfe von Bündnis 90/Die Grünen eines Whistleblower-Schutzgesetzes: Vorrangiges Offenlegungsinteresse an Informationen bzgl. einer Gefahr für „die Stabilität des Finanzsystems“, § 612b Abs. 2 S. 3 Nr. 1, Abs. 3 S. 2 BGB-E sowie § 67a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BBG-E und § 37a Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 S. 2 BeamtStG-E, BT-Drs. 18/3039 und 19/4558.

<sup>174</sup> Siehe § 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. n), Nr. 5 HinSchG-RegE.



### 3. Teil: Strafbarkeitsausschlussgründe

Eine Strafbarkeit wegen Whistleblowings kann neben speziellen Offenbarungspflichten oder -befugnissen auch nach den im Folgenden untersuchten allgemeinen Gründen ausgeschlossen sein. In Betracht kommt dabei gerade nach der Rechtsprechung die Meinungsfreiheit (§ 1). Sie wird bei der Auslegung der strafrechtlichen Vorschriften berücksichtigt oder als eigenständiger Ausnahmetatbestand bzw. Rechtfertigungsgrund konzipiert. Alternativ sind die grundrechtlichen Wertungen zumindest bei der Interpretation der anschließend untersuchten strafrechtlichen Rechtfertigungsgründe, d. h. den Notstandsvorschriften (§ 2) oder der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 3) zu berücksichtigen. Da die Notstandsvorschriften sich aber nur bedingt eignen, Geheimnisverletzungen und Whistleblowing zu rechtfertigen, wird diskutiert, ob die Wahrnehmung berechtigter Interessen auf geheimnisschützende Straftatbestände angewendet werden könnte. Das ist in Österreich gesetzlich vorgesehen und wird in der Schweiz durch die Rechtsprechung praktiziert. Ähnlich wird in einigen anglophonen Rechtsordnungen vorgegangen, die im Kontext des Whistleblowings verstärkt auf eine vergleichbare *public interest defence* setzen. Weiterhin wird untersucht, ob Hinweisgeber aufgrund des Konzepts des zivilen Ungehorsams, das sich wesentlich mit dem Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen überschneidet, strafrechtlich privilegiert sein können (§ 4). Abschließend (§ 5) werden die rechtspolitischen Erwägungen zusammengefasst.



## § 1 Meinungsfreiheit

Der juristische Diskurs, die Rechtsprechung und auch die Gesetzgebung verweisen regelmäßig auf die Meinungsäußerungsfreiheit, um Whistleblowing vor negativen rechtlichen Sanktionen zu schützen. Der Deutsche Bundestag hat z. B. einen auf das Whistleblowing zugeschnittenen Ausnahmetatbestand zu der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen beschlossen, der ausdrücklich auf dieses Grundrecht Bezug nimmt, § 5 Nr. 1 GeschGehG. Gerichte haben geheimnisschützende Straftatbestände schon mehrmals einschränkend im Lichte der Meinungsfreiheit ausgelegt, sie beim Whistleblowing als eigenen Rechtfertigungsgrund angewendet oder Verurteilungen als unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht gewertet.

Im Fall *Pätsch*, in dem die Bestrafung für Whistleblowing aus dem Bundesamt für Verfassungsschutz verhandelt wurde, hat der BGH ein abgestuftes Rückgerecht aus Art. 5 Abs. 1 Hs. 1 GG entwickelt, das eine Verletzung von Staats- und Amtsgeheimnissen rechtfertigen kann.<sup>1</sup> In der Spiegel-Affäre hat das BVerfG die Landesverratsvorschriften nach seiner „Wechselwirkungslehre“ im Lichte der Meinungsfreiheit restriktiv ausgelegt.<sup>2</sup> Der EGMR erkannte im Jahr 2013 in der Entscheidung *Bucur und Toma gegen Rumänien* in der Bestrafung eines Geheimdienstmitarbeiters und Whistleblowers wegen der Veröffentlichung staatlicher Geheimnisse eine Verletzung seiner durch Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützten Meinungsäußerungsfreiheit.<sup>3</sup> Und Luxemburger Gerichte haben die Rechtsprechung des EGMR in der Lux-Leaks-Affäre zum Anlass genommen, dieses Menschenrecht als Rechtfertigungsgrund *sui generis* auf Straftatbestände anzuwenden, die Unternehmensgeheimnisse schützen.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> BGHSt 20, 342 (*Pätsch*), s. dazu bereits 1. Teil § 3 VII. 1., § 4 II. 3.

<sup>2</sup> BVerfGE 20, 162 (177 ff.) (*Spiegel-Affäre*), s. dazu bereits 1. Teil § 3 VII. 1.

<sup>3</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Ur. v. 8.1.2013 – 40238/02. Die Rechtskraft der Urteile des EGMR erstreckt sich nur auf die beteiligten Parteien; Gerichte von Konventionsstaaten, die nicht am Verfahren beteiligt waren, werden durch die Entscheidung des EGMR nicht, jedenfalls nicht unmittelbar gebunden. Allerdings sind alle innerstaatlichen Stellen nach BVerfGE 111, 307 (317) verpflichtet, nationale Vorschriften konventionskonform auszulegen und anzuwenden, s. dazu etwa *Hecker*, Europäisches Strafrecht, Abschn. 3.3.1.3 Rn. 30.

<sup>4</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Ur. v. 15.3.2017 – 117/17 X; Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Ur. v. 11.1.2018 – 3912; s. dazu bereits 1. Teil § 9 II. 2. Antoine Deltour wurde freigesprochen, während man die Geldstrafe gegen

Die Ansätze des BGH und des EGMR werden im Folgenden systematisch angelehnt an das Schema strafrechtlicher Rechtfertigungsgründe eingehender untersucht. Unter dem Begriff der Erforderlichkeit wird etwa erörtert, inwieweit die Gerichte als milderes Mittel zunächst eine interne oder externe Meldung von Missständen verlangen. Alsdann wird dargelegt, unter welchen Voraussetzungen sie eine unmittelbare Veröffentlichung für zulässig halten, bevor die dem subjektiven Rechtfertigungselement entsprechende Frage nach der Motivation des Whistleblowers vertieft wird. Anhand des in den Abwägungsentscheidungen wie selbstverständlich verwendeten Topos des öffentlichen Interesses wird gezeigt, dass die Auflösung der konfligierenden Interessen nicht allein durch einen Rekurs auf individuelle Gehalte subjektiver Rechte erreicht werden kann. Insgesamt zeigt sich, dass mit den aus der Meinungsfreiheit entwickelten Schutzkonzepten noch kein hinreichend konturierter rechtlicher Mechanismus entwickelt wurde, um legitimes Whistleblowing von negativen Sanktionen auszunehmen. Sofern die Rechtsanwendung mangels legislativer Entscheidungen auf Grundrechtslösungen angewiesen bleiben sollte, wird abschließend dafür plädiert, die Grundrechte bereits bei der Auslegung der Straftatbestände, d. h. der strafrechtlichen Verschwiegenheitspflichten, und nicht erst auf der Rechtfertigungsebene zu berücksichtigen.

## I. Anwendbarkeit

Der sachliche Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit ist beim Whistleblowing prinzipiell eröffnet.

### 1. Informationsweitergabe als Meinungsäußerung

Die Offenbarung eines strafrechtlich geschützten Geheimnisses mag sich zwar „im allgemeinen auf die Mitteilung tatsächlicher Vorgänge oder Zustände beschränken“<sup>5</sup>, weshalb das traditionell vorausgesetzte „Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens, des Meinens im Rahmen einer geistigen Auseinandersetzung“ fehle, dies ist jedoch nach Auffassung des BVerfG unbeachtlich, wenn die Mitteilung Voraussetzung der Bildung grundrechtlich geschützter Meinungen ist.<sup>6</sup> Dem Äußern einer Meinung geht der innere Vorgang ihres

---

Raphaël Halet aufrechterhielt. Letzterer erhob eine Individualbeschwerde zum EGMR, die als unbegründet zurückgewiesen wurde, *Halet ./.* Luxemburg, Urt. v. 11.5.2021 – 21884/18.

<sup>5</sup> BVerfGE 28, 191 (199 f.) (*Pätsch*), bzgl. § 353b StGB.

<sup>6</sup> BVerfGE 61, 1 (8); 94, 1 (7). – Nicht geschützt werden „bewußt unwahre Tatsachenbehauptungen und solche, deren Unwahrheit bereits im Zeitpunkt der Äußerung unzweifelhaft feststeht. Alle übrigen Tatsachenbehauptungen mit Meinungsbezug genießen den Grundrechtsschutz, auch wenn sie sich später als unwahr herausstellen“, BVerfGE 99, 185 (197) (*Scientology*).

Bildens voraus. Dieser Vorgang ist, wenn er Gegenstände der Außenwelt betrifft, prinzipiell von der vorherigen Aufnahme von Informationen abhängig. Wenn diese Informationen erst zugänglich werden, indem sie jemand aufdeckt, dann wird die Offenbarung grundrechtlich auch als Vorbedingung der Meinungsäußerung der anderen Person geschützt. So werden Diskussionen über Missstände in staatlichen oder privaten Organisationen oft erst durch Whistleblowing ermöglicht.<sup>7</sup>

Eine Mitteilung von Fakten lässt sich zudem häufig kaum von einer Meinungsäußerung trennen, was dafür spricht, auch die bloße Weitergabe von Informationen durch das Grundrecht zu schützen.<sup>8</sup> Außerdem wird der Meinungsäußerungsfreiheit „besonderer Schutz“ zugesprochen, wenn sich Bürgerinnen und Bürger für die Abstellung von Missständen einsetzen, denn darin besteht „eine wesentliche Voraussetzung für den Bestand der freiheitlichen demokratischen Grundordnung“.<sup>9</sup>

Schließlich ist in Art. 11 Abs. 1 S. 2 GRCh und in Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK ausdrücklich vorgesehen, dass die Meinungsfreiheit das Weitergeben von Informationen schützt.<sup>10</sup> Die Unionsgrundrechte gelten jedenfalls in europarechtlichen Kontexten (Art. 51 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GRCh). Zudem wird grundsätzlich

---

<sup>7</sup> Schon aus diesem Grund trägt öffentliches Whistleblowing zu öffentlichen Debatten bei, das belegen auch die in dieser Arbeit behandelten Fälle. Diese Diskurswirkung kontrafaktisch als „Romantisierung“ abzutun, *Leite*, GA 2021, 129 (138), überzeugt nicht. Anders ist das beim internen oder externen Whistleblowing, das gegenüber Stellen erfolgt, die für die Abhilfe respektive Ahndung der Missstände nach organisationsinternen oder gesetzlichen Regelungen zuständig sind. Es geht in diesen Fällen nicht darum, die Bildung einer Meinung zu ermöglichen, sondern Maßnahmen auszulösen, mit denen die zuständigen Stellen den Missständen abhelfen. Dementsprechend hat das BVerfG die Meinungsfreiheit beim Strafanzeigengrundrecht (s. dazu bereits 1. Teil § 5 IV. 1.) überhaupt nicht thematisiert, sondern es aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG hergeleitet, BVerfG NJW 2001, 3474 ff. (sowie bereits BVerfGE 74, 257). Es ging nicht darum, durch die Strafanzeige eine öffentliche Diskussion über Missstände in einem Unternehmen anzustoßen, sondern darum, strafrechtliche Ermittlungen einzuleiten, zu denen die StA wegen des Legalitätsprinzips gesetzlich verpflichtet ist.

<sup>8</sup> Zweifelnd z. B. BVerfGE 28, 191 (200). Wer etwa behauptet, die Erde kreise um die Sonne, teilt zugleich mit, dass er auch meint, dass dies der Fall ist; vgl. bereits *Wiedmann*, Inwieweit widerspricht § 97b StGB allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen, S. 58: „jede Offenbarung eines Staatsgeheimnisses unabhängig von einer gleichzeitig erfolgten, von der Tatsachenmitteilung untrennbaren Wertung dieses Staatsgeheimnisses [stelle] eine Meinungsäußerung“ dar; s. auch *Fechner*, in: Stern/Becker Art. 5 Rn. 93 m. w. N., wegen der vorgelagerten Auswahl und der Darstellung der Informationen lasse sich keine Tatsachenbehauptung ohne Wertung übermitteln.

<sup>9</sup> BVerfGE 28, 191 (202) (*Pätsch*).

<sup>10</sup> Deshalb ging etwa im Fall *Guja gegen die Republik Moldau* der Einwand der moldawischen Regierung fehl, der Schutz der Meinungsfreiheit sei nicht einschlägig, weil der Whistleblower, Herr Guja, zwei von ihm veröffentlichte Briefe nicht selbst verfasst hatte, EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, §§ 52, 70.



vermutet, dass die Grundrechte des Grundgesetzes das Schutzniveau der Unionsgrundrechte mitgewährleisten.<sup>11</sup> Die Konventionsrechte sind bei der Interpretation des deutschen Rechts, auch der Grundrechte, zu berücksichtigen.<sup>12</sup>

## 2. Meinungsfreiheit am Arbeitsplatz

Die Meinungsfreiheit endet nicht am Arbeitsplatz, sondern gilt auch für Personen, die in öffentlichen und in privaten Dienstverhältnissen beschäftigt sind und sich in diesem Zusammenhang äußern.<sup>13</sup> Sie wird zwar durch allgemeine Gesetze im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG eingeschränkt, etwa durch die beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflichten aus § 67 BBG bzw. § 37 BeamStG, doch sind diese ihrerseits, der Wechselwirkungslehre des BVerfG entsprechend, restriktiv im Lichte der Meinungsfreiheit auszulegen.<sup>14</sup>

## 3. Schutz anonymer Meldungen

Für den rechtlichen Schutz einer hinweisgebenden Person vor negativen Sanktionen macht es keinen Unterschied, ob sie sich zu erkennen gibt oder Missstände anonym meldet.<sup>15</sup> Würde es sich rechtlich nachteilig auswirken, wenn sich die Person nicht identifiziert, entstünde ein im Strafprozess unzulässiger

---

<sup>11</sup> BVerfGE 152, 152 (176 Rn. 59) (*Recht auf Vergessen I*) = juris Rn. 59; 152, 216 (234 Rn. 44) (*Recht auf Vergessen II*) = juris Rn. 44.

<sup>12</sup> Die EMRK hat in der BRD, im Gegensatz etwa zu Österreich, keinen Verfassungsrang. Während sie in den meisten Vertragsstaaten auf der Normenpyramide zwischen Gesetz und Verfassung angesiedelt ist, kommt ihr hierzulande gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG eigentlich nur der Rang eines einfachen Gesetzes zu, s. im Einzelnen *Grabenwarter/Pabel*, EMRK § 3. Allerdings misst das BVerfG der Konvention bei der Auslegung des GG eine hohe Bedeutung zu, was sich insb. darin zeigt, dass es die Rspr. des EGMR als Auslegungshilfe bei Grundrechten und rechtsstaatlichen Garantien heranzieht, *Hecker*, Europäisches Strafrecht, Abschn. 3 Rn. 22 m. w. N., s. etwa BVerfGE 152 (176 Rn. 58) (*Recht auf Vergessen I*) = juris Rn. 58. Die Konventionsrechte sind zudem bei der Auslegung der Unionsgrundrechte zu berücksichtigen, denn gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die in der EMRK geschützten Freiheiten. Vor diesem Hintergrund wird im Kontext des Whistleblowings auch vom „quasi-konstitutionellen Rang“ der EMRK gesprochen, *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 48 (53).

<sup>13</sup> Nach einer inzwischen wohl nicht mehr vertretenen Ansicht sollte in „Sonderstatusverhältnissen“, wie dem Beamtenverhältnis, kein oder ein nur sehr eingeschränkter Grundrechtsschutz gewährleistet werden, Nachweise bei *Grabenwarter*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 150 Fn. 3.

<sup>14</sup> Außerdem sind konkurrierende beamtenrechtliche Pflichten zu berücksichtigen (eingehend bereits I. Teil § 5 II. 3.), etwa „strafbare Handlungen anzuzeigen“ und für die Erhaltung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung einzutreten, BGHSt 20, 342 (369) (*Pätsch*); BVerfGE 28, 191 (202) (*Pätsch*).

<sup>15</sup> Zur Behauptung der Schutz anonymen Whistleblowings würde einen „Anreiz für ungerechtfertigte Anzeigen bis hin zu Denunziationen und falschen Verdächtigungen“ schaffen, *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 39, s. bereits die Ausführungen in der Einleitung.

Zwang zur Selbstbelastung, denn nach dem Prinzip *nemo tenetur se ipsum accusare* ist niemand verpflichtet, an der eigenen Überführung mitzuwirken. Die Strafbarkeit wegen der Offenbarung eines strafrechtlich geschützten Geheimnisses kann daher nicht davon abhängen, dass die Person mit der Offenbarung ihre Identität preisgibt.

Auch nach der überwiegend vertretenen Grundrechtsinterpretation sind anonyme Meinungsäußerungen durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützt.<sup>16</sup> Individuen könnten sonst, aus Furcht vor Repressalien, von Meinungskundgaben absehen. In einer liberalen Demokratie, die vom freien Meinungs Austausch lebt, gilt es, derartige einschüchternde Effekte, sogenannte *chilling effects*, zu verhindern.<sup>17</sup> Die Meinungsfreiheit als „eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt“<sup>18</sup> ist „für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung [...] schlechthin konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist“.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> H. M. BGHZ 181, 328 (341); OLG Hamm, Beschl. v. 12.9.2011 – 13 U 196/10, juris Rn. 4; OLG Frankfurt, NJW 2012, 2896 (2897); *Ballhausen/Roggenkamp*, K&R 2008, 403 (406); *Braam*, Die anonyme Meinungsäußerung, S. 118 ff.; *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 433 f.; für Differenzierungen, aber eine „weite Interpretation der Meinungsäußerungsfreiheit“, *Fechner*, in: Stern/Becker Art. 5 Rn. 88; *Grabenwarter*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 86; *Heckmann*, NJW 2012, 2631 (2632); *Kersten*, JuS 2017, 193 (196 f.); *Lorenz*, VuR 2014, 83 (86 f.), unter Verweis auf die durch Anonymität ermöglichte Organisation des „Arabischen Frühlings“; *Schröder*, VerwArch 2010, 205 (221); *Schulz*, in: Paschke/Berlit/Meyer Abschn. 5 Rn. 19; *Schwander*, ZRP 2019, 207 (208); *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck Art. 5 Rn. 32; nach BVerfGE 95, 28 (36) (*Werkzeitungen*), schützt die Pressefreiheit das Abdrucken anonymer Zuschriften; auch Art. 10 EMRK schützt anonyme Äußerungen, s. etwa *Lorenz*, VuR 2014, 83 (86 a. E.); *Schiedermair*, in: Pabel/Schmahl EMRK Art. 10 Rn. 14; EGMR, *De Haes und Gijssels ./. Belgien*, Urt. v. 24.2.1997 – 19983/92, § 48; a. A. BAG, NJW 2004, 1547 (1549), es fehle bei einer anonymen Anzeige „gerade an dem konstituierenden Element der Subjektivität“. „Ohne die deutlich erkennbare persönliche Zuordnung kann eine anonyme Äußerung nicht an der geistigen Auseinandersetzung teilnehmen.“; *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 120, allerdings gegen eine Auswirkung auf die Strafbarkeit bei anonymer Whistleblowing.

<sup>17</sup> *Grabenwarter*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 86, 103; *Kersten*, JuS 2017, 193 (196, 197, 202); *Lorenz*, VuR 2014, 83 (87); vgl. auch *Schwander*, ZRP 2019, 207 (208); zu *chilling effects* s. bereits, BVerfGE 43, 130 (136); 54, 129 (136, 139); 93, 266 (292); vgl. auch EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 91; *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 115. – Gegen *chilling effects* bzgl. „offensichtlich rechtswidrige[r] Äußerungen“ ist nichts einzuwenden, *La-deur/Gostomzyk*, NJW 2012, 710 (714).

<sup>18</sup> Vgl. bereits *Kant*, Über den Gemeinspruch, AA VIII, 304, „Palladium der Volksrechte“.

<sup>19</sup> BVerfGE 7, 198 (208) (*Lüth*); 69, 315 (344 f.) (*Brokdorf*); 93, 266 (292 f.) („Soldaten sind Mörder“).

Anonyme und pseudonyme Meinungsäußerungen können Diskussionen auslösen oder entscheidend zu ihrem Verlauf beitragen.<sup>20</sup> Gerade der digitale Meinungsaustausch findet trotz staatlicher und unternehmerischer Identifikationsmöglichkeiten und -zwänge nach wie vor häufig anonym bzw. unter Verwendung von Pseudonymen statt. Der Schutz von „anonymem“ politischem Aktivismus ist dem Grundgesetz immanent<sup>21</sup> und erscheint als ein „essenzieller Bestandteil“ der repräsentativ-demokratischen Verfassungsordnung.<sup>22</sup>

Die Gewährleistung von Anonymität ist durch den Strukturwandel, der sich mit der Digitalisierung vollzieht, bedeutsamer geworden. Noch in der zweiten Hälfte des 20. Jh. war im vertikalen Verhältnis zwischen Individuum und Staat wegen hoher Kosten und des vergleichsweise geringen Nutzens einer Identifikation der Kommunizierenden eine hohe „de-facto-Anonymität“ gewährleistet.<sup>23</sup> Demgegenüber ist es heute, angesichts der technischen, insbesondere durch das Internet ermöglichten Überwachungs- und Lokalisierungsmöglichkeiten durch Staaten und Unternehmen sowie durch von ihnen auferlegte Identifikationspflichten, deutlich schwieriger, anonym zu kommunizieren.<sup>24</sup> Um diesem faktischen Ausbau der Ausspäh- bzw. Identifikationsmöglichkeiten zu begegnen, müssen anonyme Meinungsäußerungen rechtlich geschützt werden.

---

<sup>20</sup> Z. B. die Programmschrift „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“, die Hermann Kantorowicz unter dem Pseudonym „Gnaeus Flavius“ im Jahr 1906 publizierte und „die damals wie ein Paukenschlag auf die selbstsichere [...] Jurisprudenz gewirkt und damit den Weg frei gemacht hat für eine Zeit vehementer Diskussion über die grundsätzliche Frage nach der Stellung der Rechtswissenschaft und des Juristen in der Gesellschaft.“ *Kramer*, ZRP 1970, 82 (82).

<sup>21</sup> *Kersten*, JuS 2017, 193 (195, 201), vgl. auch *Schwander*, ZRP 2019, 207 (208): „Die Grundannahme, der Verfassung sei ein Leitbild des offenen Visiers immanent, verwechselt politische Wünsche mit verfassungsrechtlicher Realität.“

<sup>22</sup> *Kersten*, JuS 2017, 193 (203), diese integrative These versteht er in Abgrenzung (ebd. S. 194, 201) zu einem anarchistisch geprägten, politischen Weltbürgerrecht auf Anonymität, das *de Lagasnerie*, Die Kunst der Revolte, S. 150, 159 f., bzgl. der Gruppe „Anonymous“ entwickelt. Doch auch *Kersten*, a. a. O., (195), spricht sich für ein „bürgerliche[s] Grundrecht auf Anonymität“ aus; so bereits *Heckmann*, NJW 2012, 2631 (2632); für ein derartiges Menschenrecht auch, *Thiele*, zfmr 1|2016, 7 (18) m. w. N.; a. A., *Bernreuther*, AfP 2011, 218 (222); *Grabenwarter*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 5 Abs. 1–2 Rn. 86 Fn. 2.

<sup>23</sup> Jedenfalls in liberalen Gesellschaften; für Unternehmen ist die Identifizierung der Verbraucher zu dieser Zeit noch nicht zentral für ihre Geschäftsinteressen, *Thiele*, zfmr 1|2016, 7 (13).

<sup>24</sup> Ebd. S. 14, 15, 16.

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass anonymen Äußerungen auf der Abwägungsebene ein geringeres Gewicht beizumessen sei als offenen Äußerungen.<sup>25</sup> Im Kontext von Bewertungsportalen wird moniert, der von einer anonym abgegebenen Bewertung betroffenen Person werde die Möglichkeit der Gegenwehr genommen.<sup>26</sup> Die anonyme Äußerung generiere dadurch eine asymmetrische Kommunikationssituation.<sup>27</sup> Der betroffenen Person bleibe nichts anderes übrig, als „die Bewertung hinzunehmen.“<sup>28</sup> Der Kritiker genieße „den Schutz der Anonymität und noch so unsinnige, unfaire und unsubstanzierte Äußerungen fallen nicht auf ihn zurück. Das Objekt der Kritik stehe dagegen im teils grellen Licht der Öffentlichkeit.“<sup>29</sup> Die gegen die Person zielende Stoßrichtung kann das Bedürfnis erklären, sich mit Äußerungen wehren zu wollen, die ihrerseits gegen die kritisierende Person gerichtet sind, etwa indem ihre Glaubwürdigkeit oder die Glaubhaftigkeit ihrer Äußerungen erschüttert wird.<sup>30</sup> Der ehemalige US-Präsident Donald Trump twitterte etwa in der sogenannten „Ukraine-Affäre“.<sup>31</sup>

---

<sup>25</sup> So im Kontext der Bewertungsportale *Greve/Schärdel*, MMR 2008, 644 (648 f.); *Kühling*, NJW 2015, 447 (448); in diese Richtung auch *Petruzzelli*, MMR 2017, 800 (802); allgemein für eine regelmäßig schwächere Gewichtung anonymer Meinungsäußerungen *Braam*, Die anonyme Meinungsäußerung, S. 193 ff.; *Söder*, in: BeckOK-Informations- und Medienrecht, BGB § 823 Rn. 100; *G. Wiese*, JZ 2011, 608 (612, 614); a. A. *Kersten*, JuS 2017 193 (196 f.); *Ohly*, AfP 2011, 428 (436); vgl. auch BGHZ 181, 328 (343 ff.).

<sup>26</sup> *Bernreuther*, AfP 2011, 218 (220, 221, 222); *Greve/Schärdel*, MMR 2008, 644 (648 f.); *Kühling*, NJW 2015, 447 (448); *G. Wiese*, JZ 2011, 608 (614); vgl. für das Whistleblowing, *Reufels/Deviard*, CCZ 2009, 201 (204), sie wenden zudem ein, die anonyme Berichterstattung sei problematisch, da die hinweisgebende Person nicht befragt werden könne und weisen auf die Unschuldsvermutung hin. Allerdings bezweckt diese den Schutz des Individuums und lässt sich nicht ohne Weiteres auf Organisationen übertragen, die im Fokus des Whistleblowings stehen.

<sup>27</sup> *Kühling*, NJW 2015, 447 (448).

<sup>28</sup> *Greve/Schärdel*, MMR 2008, 644 (648); so auch *Bernreuther*, AfP 2011, 218 (223).

<sup>29</sup> *Kühling*, NJW 2015, 447 (448); *Petruzzelli*, MMR 2017, 800 (802).

<sup>30</sup> Dementsprechend werden anonyme Zeugenaussagen, gegen die sich eine angeklagte Person nur eingeschränkt wehren kann, da sie dem Zeugen keine Fragen stellen und seine Glaubwürdigkeit nicht erschüttern kann, in der Beweiswürdigung wegen Art. 6 EMRK geringer gewichtet, *Wessely*, in: Whistleblowing, S. 85 (87); EGMR, *Dzelili ./.* *Deutschland*, Urt. v. 29.9.2009 – 15065/05.

<sup>31</sup> Eine unbekannt Person, vermutlich ein Mitarbeiter der CIA, hatte durch Angestellte im Weißen Haus Informationen über ein Telefonat zwischen Trump und dem ukrainischen Präsidenten Volodymyr Zelenski erhalten. In dem Gespräch, das ist unstrittig, thematisierte Trump strafrechtliche Ermittlungen gegen Hunter Biden, die in der Ukraine eingeleitet, aber eingestellt worden waren. Trump äußerte dabei die Vermutung, dass Joe Biden, Hunters Vater und damaliger US-Präsidentschaftskandidat der Demokratischen Partei, auf die Einstellung hingewirkt habe, und regte an, die Sache durch den ukrainischen Generalstaatsanwalt wieder aufrollen zu lassen. Zudem behauptete der Whistleblower, dass Trump eine Überweisung von 400 Millionen US-Dollar Militärhilfen an die Ukraine von einem Vorgehen gegen die Bidens abhängig gemacht haben soll. Diese Bedingung soll Zelenksy über einen

„Like every American, I deserve to meet my accuser, especially when this accuser, the so-called ‚Whistleblower‘, represented a perfect conversation with a foreign leader in a totally inaccurate and fraudulent way.“<sup>32</sup>

Beim Whistleblowing geht es aber regelmäßig nicht darum, Individuen zu bewerten oder zu verunglimpfen, sondern Informationen über Missstände in einer Organisation zu offenbaren, weshalb dort ein gegen die Person zielendes Recht zur Gegenwehr nicht angezeigt ist. Abgesehen davon ist bei der Kritik von Personen des öffentlichen Lebens zu berücksichtigen, dass sie nicht denselben Schutz beanspruchen können wie private Individuen. Erstere müssen sich daher, was wiederum mit potentiellen *chilling effects* zu begründen ist, anonyme Äußerungen eher gefallen lassen.<sup>33</sup> Zudem kann man sich argumentativ prinzipiell auch mit „einem namentlich nicht gekennzeichneten Sprecher“ auseinandersetzen.<sup>34</sup> Die betroffene Person oder Organisation wird in keiner Weise darin beschränkt, ihre Einschätzung zu den offenbarten Informationen mitzuteilen, einen Verdacht zu widerlegen oder den Sachverhalt durch weitere Informationen zu ergänzen.

Schließlich sind anonyme Äußerungen grundrechtlich insbesondere dann zu schützen, wenn Anonymität als eine Voraussetzung der freien Meinungsäußerung erscheint.<sup>35</sup> Davon ist auszugehen, wenn ein „Machtgefälle“ zwischen der meinenden und der betroffenen Person besteht – etwa im Arbeitsverhältnis – und sich die möglichen Nachteile einer Meinungsäußerung damit qualitativ von einem unabhängigen Verhältnis unterscheiden.<sup>36</sup> Wenn die Person in einer solchen Situation nur geschützt wäre, wenn sie sich offen äußern würde, bestünde die Gefahr der Selbstzensur, d. h. sie könnte von einer Äußerung absehen, um befürchteten Nachteilen zu entgehen.<sup>37</sup> Auch deshalb ist beim Whistleblowing, bei dem regelmäßig ein Arbeits-, Beamten- oder ein vergleichbares

---

inoffiziellen Kanal, durch Trumps persönlichen Anwalt, Rudy Giuliani, übermittelt worden sein, *Cassidy*, SZ v. 23.10.2019, S 7. Der Whistleblower informierte den General Counsel der CIA mit einem anonymen Schreiben über die Vorgänge, bestellte sich einen Rechtsanwalt und reichte beim Office of the Inspector General of the Intelligence Community (ICIG) eine neuseitige Beschwerde ein, die Ende September 2019 freigegeben und veröffentlicht wurde.

<sup>32</sup> *Trump*, Twitter, 29.9.2019, 15:53 Uhr (Mitteleuropäische Zeit); sowie später, 14.10.2019, 3:39 Uhr (Mitteleuropäische Zeit): „We must determine the Whistleblower’s identity to determine WHY this was done to the USA.“

<sup>33</sup> *Ballhausen/Roggenkamp*, K&R 2008, 403 (406); *Glaser*, NVwZ 2012, 1432 (1434); *Kersten*, JuS 2017, 193 (197).

<sup>34</sup> *Ohly*, AfP 2011, 428 (436).

<sup>35</sup> *Bernreuther*, AfP 2011, 218 (219); zust. *Braam*, Die anonyme Meinungsäußerung, S. 195.

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> Ebd.

Weisungsverhältnis vorliegt, eine Einschränkung der Meinungsfreiheit wegen der Anonymität der Weitergabe der Informationen abzulehnen.<sup>38</sup>

Dies entspricht auch den in den letzten Jahren verabschiedeten Vorschriften zum Schutz des Whistleblowings im Finanzbereich, die nicht zwischen anonymer und offener Meldung unterscheiden, s. § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG und § 53 Abs. 5 GwG. Weiterhin genießen Personen, die Informationen über Verstöße anonym melden, nach Art. 6 Abs. 3 der Whistleblowing-Richtlinie denselben rechtlichen Schutz wie Personen, die ihre Identität preisgeben.<sup>39</sup>

## II. Erforderlichkeit

In den einschlägigen Entscheidungen zur Meinungsfreiheit geht es häufig um die beim Whistleblowing zentrale Frage, ob und inwieweit von der hinweisgebenden Person ein alternatives Meldeverhalten, insbesondere zunächst eine interne Anzeige, zu erwarten war. Dies kann gerade aus strafrechtsdogmatischer Perspektive nur verlangt werden, wenn die interne Meldung oder die gegenüber einer Veröffentlichung mildere externe Meldung geeignet erschien, das legitime Ziel, etwa die Abhilfe eines Rechtsverstoßes, in gleich wirksamer Weise zu erreichen.

### 1. Stufenmodell des BGH (*Pätsch*)

Die Meinungsäußerungsfreiheit umfasst nach der Entscheidung des BGH im Fall *Pätsch* das Recht, Missstände „im öffentlichen Leben, insbesondere Gesetzes- und Verfassungsverstöße von Behörden, mit dem Ziel ihrer Abstellung“ zu rügen.<sup>40</sup> Sofern dabei Staats- oder Amtsgeheimnisse offenbar werden, handelt nicht rechtswidrig, wer „die Preisgabe auf das Notwendige beschränkt und

---

<sup>38</sup> Sofern bei anonymen Meinungsäußerungen eine geringere Authentizität und Glaubhaftigkeit und deshalb ein geringerer Grundrechtsschutz angenommen wird (vgl. BVerfGE 97, 391 (399); ZUM 2007, 463 (466)), wäre auf Abwägungsebene zu berücksichtigen, dass sie deshalb auch mit geringerer Intensität als offene Äußerungen in die betroffenen Gegenrechte eingreifen. Beim Whistleblowing werden zudem regelmäßig authentische Informationen offengelegt, die Missstände glaubhaft darlegen. – Etwas anderes mag für Äußerungen gelten, bei denen das „anonyme negative Werturteil“ (*Bernreuther*, AfP 2011, 218 (223)) dominiert, etwa auf Bewertungsportalen oder i. R. v. von Shitstorms, Trolling, Hate Speech, Cyberbullying, Mobbing, Stalking etc. *Heckmann*, NJW 2012, 2631 (2632), gibt zu bedenken: „Es kann keine Anonymität geben, die nur die Guten schützt.“

<sup>39</sup> So auch S. 93 der Begründung des geplanten Hinweisgeberschutzgesetzes (Regierungsentwurf 7/2022). Allerdings lässt Art. 6 Abs. 2 WBRL offen, ob bestimmte Stellen verpflichtet sind, anonymen Meldungen nachzugehen. Im HinSchG-Reg ist dies nicht vorgesehen.

<sup>40</sup> BGHSt 20, 342, Ls. 1. (*Pätsch*); in BVerfGE 28, 191 (203 f.) (*Pätsch*), wird dieser Ansatz als „Stufentheorie“ bezeichnet; hier wird der Begriff „Stufenmodell“ verwendet.

[...] zunächst die (auch in Art. 17 GG genannten) Wege über die zuständige Stelle und die Volksvertretung geht, bevor er die Öffentlichkeit anruft.<sup>41</sup> Demgegenüber dürfe die Öffentlichkeit bei schweren (nicht nur unbedeutenden) Verstößen gegen die verfassungsmäßige Ordnung (im Sinne von freiheitlicher demokratischer Grundordnung) unmittelbar angerufen werden.<sup>42</sup> Dabei lässt der BGH offen, ob bei einem derart schweren Verstoß bereits die Tatbestandsmäßigkeit oder erst die Rechtswidrigkeit der Handlung zu verneinen sei.<sup>43</sup>

#### a) Vorrang innerstaatlicher Meldung

Nicht jedes Staatsgeheimnis dürfe wegen eines Rechtsverstößes unmittelbar veröffentlicht werden,<sup>44</sup> denn die „Verschiedenartigkeit denkbarer Verfassungs- und Gesetzesverstöße [...] und die unterschiedliche Empfindlichkeit der von ihnen berührten staatlichen Belange“ ließen eine derart „starre Ausweitung des Rügerechts“ nicht zu.<sup>45</sup> „Die Entscheidung des Widerstreits der Belange des Staates und des Grundrechts des Staatsbürgers“ könne „nur in einem nach Güter- und Pflichtenabwägung vorgenommenem Ausgleich liegen“.<sup>46</sup> Dieser Abwägung werde eine Anzeige gerecht, die sich an die in Art. 17 GG bezeichneten Stellen, also die zuständige Behörde oder ihre Aufsichtsstelle oder an ein Mitglied einer Volksvertretung richte.<sup>47</sup> Bevor der „Rügefürer“ die Öffentlichkeit anrufen dürfe, müsse er zunächst alle sich nach Art. 17 GG und § 100

---

Schon in diesem Ls. „tritt der Öffentlichkeitsbezug der Meinungsfreiheit zutage“, Häberle, Öffentliches Interesse, S. 363.

<sup>41</sup> BGHSt 20, 342, Ls. 2. Der Senat betont, dass das Rügerecht, soweit es nicht um schwere Verfassungsverstöße geht, nicht die Tatbestandsmäßigkeit, „sondern lediglich die Rechtswidrigkeit beseitigt und die Beschränkung auf das zur Verteidigung Erforderliche sowie den Willen zur Verteidigung voraussetzt.“ Ebd. S. 368.

<sup>42</sup> Ebd. Ls. 3.1.

<sup>43</sup> Ebd. S. 368. Mit rechtsstaatlichem Denken erscheine es kaum vereinbar, dass derartige Informationen auf Tatbestandsebene als Staatsgeheimnisse geschützt würden. Dazu Häberle, Öffentliches Interesse, S. 365 Fn. 63: „Von einem die substantiellen Gehalte der Verfassung per se umschließenden Gemeinwohl- und Öffentlichkeitsverständnis aus [...] kann es nicht zweifelhaft sein, daß es bereits an der ‚Tatbestandsmäßigkeit‘ fehlt.“ Die Gesetzgebung hat sich mit § 93 Abs. 2 StGB dem Tatbestandsmodell angeschlossen.

<sup>44</sup> BGHSt 20, 342 (362).

<sup>45</sup> Ebd. S. 363.

<sup>46</sup> Ebd. Der Gedanke einer solchen Abwägung sei schon in RGSt 62, 65 (67) angelegt.

<sup>47</sup> BGHSt 20, 342 (363 f.). Dabei sei gleich, welcher dieser Wege eingeschlagen werde, wobei der größtmögliche „Schutz der zu erörternden Geheimnisse“ anzustreben sei, indem „der Kreis der Einzuweihenden auf möglichst wenige zuverlässige Personen beschränkt“ werde.

Abs. 3 StGB a. F.<sup>48</sup> bietenden Möglichkeiten erfolglos ausschöpfen.<sup>49</sup> Der „Grundrechtsträger“ sei verpflichtet (so dann auch das BVerfG) „zunächst die in der institutionellen Ordnung der Verwaltung und des demokratischen Staates liegenden Abhilfemöglichkeiten auszuschöpfen, bevor er den in seinen Folgen von ihm nicht übersehbaren und beherrschbaren Weg in die Öffentlichkeit beschreitet.“<sup>50</sup> Das BVerfG begründete dies mit der „Pflicht zur Treue und Loyalität gegenüber dem Dienstherrn sowie“ der „Achtung der berechtigten Belange der Verwaltung“, d. h. dem öffentlichen Interesse an ihrer „ungestörten und möglichst wirksamen Tätigkeit“.<sup>51</sup>

### b) Geeignetheit und relativ mildestes Mittel

Ein abgestuftes Anzeigerecht erscheint zunächst sinnvoll, denn es gewährleistet, dass grundsätzlich möglichst schonend in die rechtlich geschützte Geheimnissphäre eingegriffen wird. Dies leuchtet auch aus der Perspektive der strafrechtlichen Rechtfertigungsdogmatik ein, denn prinzipiell darf nur das erforderliche, d. h. relativ mildeste von mehreren gleich wirksamen Mitteln ergriffen werden.<sup>52</sup> Zunächst muss das Mittel aber überhaupt geeignet sein, den jeweiligen Rechtfertigungszweck zu erreichen. Denn das Recht kann eine Handlung nur verlangen, wenn der mit ihr intendierte Zweck auch erreichbar ist. Vor einer Veröffentlichung könnte eine interne oder eine externe Anzeige daher von der hinweisgebenden Person nur verlangt werden, wenn damit der Zweck der Anzeige, insbesondere die Abhilfe der Missstände, erreicht werden kann. Ist aber von vornherein zu erwarten oder steht sogar fest, dass eine interne Anzeige mit großer Wahrscheinlichkeit bzw. mit Sicherheit nicht zur Abhilfe der Missstände führen wird, wäre es sinnlos, eine solche zu erwarten.

Zunächst ist dem BVerfG im Fall *Pätsch* daher zuzustimmen, wenn es ausführt, dass vom mildesten Mittel abgesehen werden könne, wenn:

„die Vorgesetzten nicht so reagieren, wie es die Sachlage erfordert, oder [...] ihre Unterrichtung offensichtlich keinen Erfolg [verspricht], etwa weil sich das beanstandete Verhalten der

---

<sup>48</sup> Siehe zu dieser Vorschrift bereits 1. Teil § 4 IV. 2. a).

<sup>49</sup> BGHSt 20, 342 (364), es sei also grds. „mit dem unschädlichsten Mittel“ zu beginnen; BVerfGE 28, 191 (204), zunächst müsse „bei der Rüge von Verfassungswidrigkeiten mit dem schonendsten Mittel“ begonnen werden; s. bereits BDHE 1, 32 (33).

<sup>50</sup> BVerfGE 28, 191 (204 f.). Zunächst solle also die „staatliche Öffentlichkeit“ angerufen werden, bevor es zur Anrufung der „(nichtstaatlichen) Öffentlichkeit“ komme, *Häberle*, Öffentliches Interesse, S. 363. Dieses Stufenverhältnis ergebe sich aus dem Modell der repräsentativen Demokratie: „Zuständige Instanzen (Beamte) und Volksvertretung ‚repräsentieren‘, d. h. nehmen verfassungsrechtlich begründete Gemeinwohlverantwortung wahr.“ Ebd. S. 364.

<sup>51</sup> BVerfGE 28, 191 (204).

<sup>52</sup> Vgl. BGHSt 20, 342 (368 unten). Zur Geeignetheit und Erforderlichkeit bzw. Nichtanders-Abwendbarkeit s. zudem noch die Ausführungen zum rechtfertigenden Notstand, § 2 III.



Behörde bereits zu einer Übung ausgeweitet hat, deren Umfang eine Änderung auf Grund bloßer Vorstellungen eines einzelnen Bediensteten nicht erwarten läßt<sup>53</sup>.

Die maßgeblich von Edward Snowden aufgedeckte Massenüberwachung durch die NSA und den GCHQ stellt zweifellos eine derartige Übung dar.<sup>54</sup> Mangels Abhilfeaussichten einer internen Anzeige kann bei solchen Praktiken folglich keine interne Anzeige erwartet werden.<sup>55</sup>

Selbst wenn das schonendere Mittel geeignet war, den Missständen abzu- helfen, kann darauf nur verwiesen werden, wenn es im Vergleich zu der schär- feren Maßnahme *ex ante* betrachtet gleich wirksam erscheint, was im Strafpro- zess wegen des Zweifelssatzes, *in dubio pro reo*, zu beweisen ist.<sup>56</sup> Der vom BVerfG skizzierte Beschwerdeweg über die jeweils höhere Beschwerdestelle, etwa vom Abteilungsleiter über den Behördenleiter zum Minister, könnte dem- nach nur verlangt werden, wenn diese internen Rügen *ex ante* betrachtet im Vergleich zu einschneidenderen Mitteln wie Weitergaben an externe Stellen oder einer unmittelbaren Veröffentlichung der Informationen gleich wirksam gewesen wäre. Demgegenüber klingt es nach einer gegen den Zweifelssatz ver- stoßenden Beweislastverschiebung, wenn das BVerfG im Fall *Pätsch* ausführt: „Da er nicht einmal versucht hat, diese Wege zu beschreiten, ist sein pauschaler und durch nichts belegter Einwand, die Einschaltung dieser Stellen würde nichts genutzt haben, unbeachtlich.“<sup>57</sup>

### c) Kein Vorrang interner Anzeigen gegenüber Parlamentspetitionen

In dem Stufenmodell werden drei Beschwerdewege unterschieden. Auf der ers- ten Stufe kommen die zwei durch Art. 17 GG vorgezeichneten Anlaufstellen

<sup>53</sup> BVerfGE 28, 198 (204) (Hervorh. d. R. B.). Abzulehnen ist hingegen der anschließende Satz, nach dem in einem solchen Fall der „Dienstweg bis zu dem für die Tätigkeit der Be- hörde parlamentarisch verantwortlichen Minister weiterzuverfolgen“ sei. Wenn sich die Missstände zu einer Übung ausgeweitet haben und die Rüge eines Einzelnen gerade keine Abstellung erwarten lässt, wie vom BVerfG angenommen, ist unverständlich, weshalb trotz- dem eine Pflicht bestehen soll, Missstände mehrmals intern auf dem Dienstweg zu rügen.

<sup>54</sup> Vgl. *Walden*, *Secret Sources – Whistleblowers, National Security and Free Expression*, S. 4, 12. Abgesehen davon, dass sich Snowden vor der Aufdeckung um Abhilfe bemühte, *Herold*, KJ 2019, 336 (343).

<sup>55</sup> Für eine Anzeige gegenüber externen Stellen, wie eine die Geheimdienste überwa- chende in der Legislative verortete Stelle – etwa das Parlamentarische Kontrollgremium (Deutschland) bzw. spezielle Gerichte wie dem United States Foreign Intelligence Sur- veillance Court (USA) oder das Investigatory Powers Tribunal (UK) – mag etwas Anderes gelten, wenn die begründete Aussicht besteht, dass rechtswidrige Überwachungen eingestellt werden. Doch auch bei einer Anzeige gegenüber derartigen Institutionen stellt sich die Frage, ob sie im Vergleich zu einer Meldung gegenüber anderen externen Stellen oder einer Veröffentlichung gleich wirksam wäre, zumal die Befugnisse des PKGr sehr limitiert sind und seine Mitglieder zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, s. bereits 2. Teil § 3 III. 1.

<sup>56</sup> Siehe dazu auch noch die Ausführungen zum rechtfertigenden Notstand unter § 2 III.

<sup>57</sup> BVerfGE 28, 191 (205).

in Betracht: Eine interne Rüge der Missstände gegenüber Vorgesetzten und eine externe Anzeige gegenüber Parlamentsmitgliedern. Dabei stellt sich die Frage, ob sie ihrerseits in einem Stufenverhältnis stehen, d. h., ob Mitglieder des Bundestages bzw. der Landtage erst informiert werden dürfen, wenn sich der interne Beschwerdeweg als erfolglos erweist. Der BGH hat ausdrücklich offengelassen, ob der im öffentlichen Dienst tätige „Rügeföhrer [...]“ zunächzt die ‚zuständige Stelle‘ anzurufen hat und sich sodann erst an die ‚Volksvertretung‘ wenden darf.<sup>58</sup> Demgegenüber meint das BVerfG, Missstände müsslen grundsätzlich zunächzt gegenüber den Vorgesetzten gerügt werden.<sup>59</sup>

Der Wortlaut des Art. 17 GG lässt eher vermuten, dass die beiden Beschwerdewege gleichrangig und nicht in einem Stufenverhältnis zueinander stehen. Allerdings kann die Petitionsfreiheit, die auch verbeamtete Personen berechtigt, sofern es um dienstliche und nicht nur private Anliegen geht, durch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) beschränkt werden.<sup>60</sup> Hierbei sollen wiederum die beamtenrechtlichen Treu- und Verschwiegenheitspflichten zu berücksichtigen sein.<sup>61</sup> Zudem sind Beamtinnen und Beamte nach § 125 BBG zwar verpflichtet, bei Anträgen und Beschwerden den Dienstweg einzuhalten,<sup>62</sup> diese Pflicht hält sie jedoch nach zutreffender Ansicht nicht davon ab, sich unmittelbar an Mitglieder der Parlamente zu wenden.<sup>63</sup> Die Gegenansicht meint zwar, dadurch würde die Dienstwegpflicht umgangen,<sup>64</sup> dieser Einwand überzeug jedoch nicht, da es keinen Dienstweg gibt, der zu den Volksvertretungen föhrt.<sup>65</sup> In § 125 BBG wird das

---

<sup>58</sup> BGHSt 20, 342 (364), für „Beamte“, ebd. S. 369; BVerfGE 28, 191 (204).

<sup>59</sup> BVerfGE 28, 191 (204).

<sup>60</sup> *Brenner*, in: Mangoldt/Klein/Starck Art. 17, Rn. 66.

<sup>61</sup> Ebd. Wegen der Verschwiegenheitspflicht (§ 67 BBG bzw. § 37 BeamtStG), sei es etwa untersagt, „dienstlich erlangtes Wissen an Dritte“ weiterzugeben, „um diesen die Möglichkeit zu geben, sie zum Gegenstand einer Petition zu machen.“ *Klein*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 17 Rn. 125 m. w. N.

<sup>62</sup> Siehe auch das Remonstrationsrecht in § 63 Abs. 2 BBG: „Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen haben Beamtinnen und Beamte unverzüglich bei der oder dem unmittelbaren Vorgesetzten geltend zu machen.“ Sowie § 36 Abs. 2 S. 1 BeamtStG: „Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit dienstlicher Anordnungen haben Beamtinnen und Beamte unverzüglich auf dem Dienstweg geltend zu machen.“

<sup>63</sup> *Klein*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 17 Rn. 125; *Köhler*, in: Hummel/Köhler/Mayer/Baunack BDG B. II. 9. Rn. 22; *Sieveking*, in: GKÖD I L § 125 Rn. 31; *Terbille*, Das Petitionsrecht, S. 132, jeweils m. w. N. zu beiden Ansichten.

<sup>64</sup> *Burmeister*, in: HdbStaatsR II § 32 Rn. 42; so auch BayDStH, ZBR 1962, 396 (398). Innerhalb der Gegenauffassung wird allerdings vertreten, dass wegen der Nichteinhaltung des Dienstwegs vorgesehene Sanktionen wegen der „Ausstrahlungswirkung des Grundrechts der Petitionsfreiheit“ im Wege einer „Güterabwägung“ ausgeschlossen sein könnten, *Stettner*, in: BK Art. 17 Rn. 106.

<sup>65</sup> *Terbille*, Das Petitionsrecht, S. 132; *Klein*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 17 Rn. 125.

Recht, sich mit einer Eingabe an die Volksvertretung zu wenden, nicht angesprochen, weshalb es den Beamten uneingeschränkt zusteht.<sup>66</sup> Zudem kann sich eine Petition „gerade auf den dienstlichen Instanzenweg beziehen.“<sup>67</sup> Es sei auch kein „wirklich triftiger Grund“ ersichtlich, „dem Beamten den ‚Direktverkehr‘ mit der Volksvertretung zu verwehren.“<sup>68</sup> Beamte können folglich wählen, ob sie Missstände auf dem Dienstweg rügen oder sich an Mitglieder der Volksvertretungen wenden. In beiden Fällen werden sie durch Art. 5 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 17 Abs. 1 GG vor Sanktionen geschützt.<sup>69</sup> Dieses Ergebnis deckt sich mit der Auffassung, dass keinen Landesverrat begeht, wer einem Mitglied des Bundestages ein Staatsgeheimnis mitteilt.<sup>70</sup>

## 2. Alternative Meldewege in der EGMR-Rechtsprechung

Der EGMR prüft in seinen Entscheidungen zum Whistleblowing, ob die hinweisgebende Person durch die jeweilige Entlassung, Kündigung oder Bestrafung in ihrer Meinungsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 EMRK verletzt ist.<sup>71</sup> Dabei

---

<sup>66</sup> *Battis*, BBG § 125 Rn. 4; *Lemhöfer*, in: Plog/Wiedow § 125 Rn. 3; a. A. *Stettner*, in: BK Art. 17 Rn. 106; *Langenfeld*, in: HdbStaatsR III § 39 Rn. 51, für die Einhaltung des Dienstweges auch bei einer Petition, jeweils ohne Angabe von Gründen.

<sup>67</sup> *Terbille*, Das Petitionsrecht, S. 132; *Klein*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 17 Rn. 125.

<sup>68</sup> *Klein*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein GG Art. 17 Rn. 125.

<sup>69</sup> Angehörige der Nachrichtendienste können sich an das Parlamentarische Kontrollgremium wenden, § 8 Abs. 2 S. 1 PKGrG.

<sup>70</sup> Siehe 1. Teil § 4 VI. 1.

<sup>71</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04 (Entlassung eines GenStA konventionswidrig, der 2003 Informationen über regelmäßige und nepotistische Einflussnahmen einflussreicher Politiker auf Strafverfahren an die Presse weitergab); (2) *Marchenko ./. Ukraine*, UrT. v. 19.2.2009 – 4063/04 (Bestrafung eines Lehrers wegen Verleumdung aufgrund einer Strafanzeige gegen Schuldirektorin wegen Veruntreuung öffentlicher Gelder und Unterschlagung humanitärer Hilfe konventionswidrig); (3) *Heinisch ./. Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08 = NJW 2011, 3501 ff. (fristlose Arbeitgeberkündigung privat beschäftigter Altenpflegerin wegen Strafanzeige und öffentlicher Rüge von Missständen in Altenpflegeheim konventionswidrig); (4) *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02 (Bestrafung eines rumänischen Geheimdienstmitarbeiters u. a. wegen Geheimnisverletzungen konventionswidrig; er hatte missbräuchliche Überwachungspraktiken in Pressekonzern offengelegt); (5) *Soares ./. Portugal*, UrT. v. 21.6.2016 – 79972/12 (Bestrafung eines Soldaten wegen schwerer Verleumdung rechtmäßig, der Kommandanten der Veruntreuung von Geldern für Weihnachtessen gegenüber externer Stelle verdächtigt hatte); (6) *Guja ./. Moldau II*, UrT. v. 27.2.2018 – 1085/10 = NJW 2019, 1273 ff. (erneute Entlassung von Iacob Guja (s. o.) im Jahr 2008, weil Stelle inzwischen neu besetzt worden war, konventionswidrig); (7) *Gawlik ./. Liechtenstein*, UrT. v. 16.2.2021 – 23922/19 (fristlose Arbeitgeberkündigung stellvertretenden Chefarztes wegen Strafanzeige aktiver Sterbehilfe gegen leitenden Chefarzt rechtmäßig); (8) *Halet ./. Luxemburg*, UrT. v. 11.5.2021 – 21884/18 (Geldstrafe für Lux-Leaks-Whistleblower verhältnismäßig).

bejaht der Gerichtshof stets einen Eingriff in das Menschenrecht und einen legitimen Zweck desselben. Das Kernstück der Entscheidungen bildet die Frage, ob der Eingriff gemäß der Schrankenregelung in Art. 10 Abs. 2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war. Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung stellt der EGMR seit der Leitentscheidung *Guja gegen die Republik Moldau*, mit der die Große Kammer den Grundstein der Whistleblowing-Rechtsprechung des Gerichtshofes gelegt hat, auf sechs Kriterien ab.<sup>72</sup>

An dieser Stelle interessiert nur das erste Merkmal, die Frage nach alternativen Möglichkeiten, die Missstände zu melden.<sup>73</sup> Privat oder öffentlich beschäftigte Personen sollen aufgrund ihrer Diskretionspflicht zunächst gehalten sein, die jeweiligen Informationen an die vorgesetzte Person oder eine andere zuständige Stelle oder Einrichtung weiterzugeben.<sup>74</sup> Nur wenn dies eindeutig unpraktikabel<sup>75</sup> sei, dürften die Informationen als letztes Mittel gegenüber der Öffentlichkeit preisgegeben werden. Daher sei zu prüfen, ob andere wirksame Mittel zur Verfügung standen, um dem Fehlverhalten abzuwehren.<sup>76</sup>

#### a) Kasuistik: *Guja, Heinisch, Soares, Bucur*

Die Frage nach einem alternativen Meldeverhalten stellte sich gleich in der ersten Entscheidung, denn Iacob Guja, Generalstaatsanwalt und leitender Pressesprecher der moldauischen Generalstaatsanwaltschaft, hatte Informationen unmittelbar an eine Zeitung weitergegeben, die regelmäßige, nepotistische Einflussnahmen moldauischer Politiker auf Ermittlungsverfahren dokumentierten. Dazu stellte der Gerichtshof fest, dass weder das moldauische Recht noch die internen Vorschriften der Generalstaatsanwaltschaft Regelungen über das Melden von Unregelmäßigkeiten vorsahen.<sup>77</sup> Daher sei für eine interne Meldung allein der vorgesetzte Generalstaatsanwalt als Adressat einer Anzeige in Betracht gekommen. Dieser habe durch sein Verhalten allerdings den Eindruck vermittelt, dass er dem Druck, der auf ihn und seine Behörde durch hochrangige Politiker ausgeübt wurde, nicht widerstehe.<sup>78</sup> Zudem sei der Vortrag

<sup>72</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, §§ 73 ff., sog. „Guja-Kriterien“.

<sup>73</sup> Ebd. § 73. Die Merkmale zwei bis sechs werden in einer Abwägungsentscheidung verbunden (s. § 75 „balancing exercise“), die noch unter III. 2. gesondert untersucht wird.

<sup>74</sup> Ebd. § 73, „to the person’s superior or other competent authority or body.“

<sup>75</sup> In der englischen Originalfassung „clearly impracticable“, was teils als „eindeutig unpraktikabel“ (juris.de), teils als „praktisch völlig unmöglich“ (NJW 2019, 1273 (1275 Rn. 73) (*Guja II*)) und teilweise als „eindeutig unmöglich“ (NJW 2011, 3501 (3503 Rn. 65) (*Heinisch*)) übersetzt wird. Der Begriff „unmöglich“ passt nicht, da eine interne Anzeige wohl immer möglich sein wird, fraglich ist allein, ob überhaupt eine Aussicht besteht, dass ihr abgeholfen wird.

<sup>76</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 73.

<sup>77</sup> Ebd. § 81.

<sup>78</sup> Ebd. § 82.

des Beschwerdeführers nicht entkräftet worden, dass die von der Regierung vorgeschlagenen alternativen Meldeverhalten keine wirksamen Mittel zur Abhilfe der Missstände dargestellt hätten.<sup>79</sup> Angesichts dieser Umstände könne eine Weitergabe der Informationen an eine Zeitungsredaktion gerechtfertigt sein.<sup>80</sup>

In der Rechtssache *Heinisch gegen Deutschland* berücksichtigte der EGMR, dass sich die als Altenpflegerin tätige Beschwerdeführerin bereits mehrfach wegen gravierender Missstände in dem Altenpflegeheim an die Heimleitung gewendet hatte, bevor sie Strafanzeige erstattete und sich mutmaßlich an einer Flugblattaktion beteiligte.<sup>81</sup> Zudem verwies der Gerichtshof auf die Rechtsprechung des BAG, nach der eine vorherige innerbetriebliche Klärung nicht erforderlich sei, wenn mit einer Abhilfe berechtigterweise nicht zu rechnen ist.<sup>82</sup> Falls die Arbeitgeberin einer rechtswidrigen Praxis nicht abhelfe, obwohl sie von der Arbeitnehmerin hierauf hingewiesen wurde, sei die Arbeitnehmerin nicht länger durch eine Loyalitätspflicht gegenüber der Arbeitgeberin gebunden.<sup>83</sup> Diese Erwägung findet sich auch in den Leitsätzen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates über den Schutz der Whistleblower,<sup>84</sup> nach denen externes Whistleblowing geschützt werden sollte, wenn berechtigterweise nicht erwartet werden kann, dass interne Meldekanäle ordnungsgemäß funktionieren.<sup>85</sup> Der Vortrag der Beschwerdeführerin, dass weitere innerbetriebliche Anzeigen keine wirksamen Mittel gewesen wären, um eine Untersuchung und Abhilfe der Pflegemängel zu erreichen, sei nicht widerlegt worden.<sup>86</sup> Zudem berücksichtigte der Gerichtshof, dass das deutsche Recht zu dieser Zeit keine speziellen Mechanismen vorsah, mit denen Untersuchungen von angezeigten Missständen und deren Abhilfe durchgesetzt werden könnten.<sup>87</sup> Die Beschwerdeführerin habe sich auch nicht zunächst an den Medizinischen Dienst der Krankenkassen wenden müssen, da dessen frühere Berichte über die Mängel im Heim an der Situation nichts geändert hatten.<sup>88</sup>

---

<sup>79</sup> Ebd. § 83.

<sup>80</sup> Ebd. § 84.

<sup>81</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 72.

<sup>82</sup> Ebd. § 73.

<sup>83</sup> Ebd.

<sup>84</sup> Ziff. 6.2.3. Resolution 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates v. 29.4.2010: „Where internal channels either do not exist, have not functioned properly or could reasonably be expected not to function properly given the nature of the problem raised by the whistle-blower, external whistle-blowing, including through the media, should likewise be protected.“

<sup>85</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 73.

<sup>86</sup> Ebd. § 74.

<sup>87</sup> Ebd. § 75.

<sup>88</sup> Ebd. § 84.

In der Rechtssache *Soares gegen Portugal* meinte der EGMR demgegenüber, dem Soldaten und Beschwerdeführer hätten interne Beschwerdewege innerhalb der Republikanischen Nationalgarde offen gestanden, um Gerüchte über die Veruntreuung von Geldern für Weihnachtsessen durch den Kommandanten seiner Einheit zu melden.<sup>89</sup> Er hätte sich etwa an den Kommandanten seines Stützpunkts oder an den Kommandanten einer anderen Einheit wenden können.<sup>90</sup>

Zu der Veröffentlichung von missbräuchlichen und wohl rechtswidrigen Überwachungspraktiken des rumänischen Informationsdienstes (SRI) durch den Geheimdienstmitarbeiter Constantin Bucur stellte der EGMR zunächst fest, dass weder im rumänischen Recht noch innerhalb der Einheiten des SRI offizielle Meldewege vorgesehen waren, um Missstände anzuzeigen, weshalb der Beschwerdeführer sich nur an seine Vorgesetzten wenden konnte.<sup>91</sup> Diese waren allerdings mit allen Unregelmäßigkeiten, die der Beschwerdeführer entdeckt hatte, unmittelbar verbunden. Es sei daher sehr unwahrscheinlich gewesen, dass eine interne Anzeige zu einer Untersuchung der Vorfälle geführt hätte.<sup>92</sup> Wegen der aufgezeigten persönlichen Verbindungen zwischen dem Vorsitzenden des parlamentarischen Kontrollgremiums und dem Leiter des SRI bezweifelte der EGMR, dass eine an das Gremium gerichtete Anzeige eine wirksame Maßnahme gewesen wäre, um die Unregelmäßigkeiten zu beheben.<sup>93</sup> Der EGMR ging also zutreffend davon aus – ordnet man seine Ausführungen rechtfertigungsdogmatisch ein –, dass eine vorherige interne Anzeige zur Abstellung nicht geeignet bzw. im Vergleich zu der erfolgten Veröffentlichung, kein gleich wirksames Mittel war.

### b) Kritik: Beweislastverteilung, Uneindeutigkeit

Aus den zitierten Entscheiden geht allerdings nicht hervor, mit welcher Gewissheit die fehlende Abhilfeaussicht der internen oder externen Meldung feststehen muss, bevor die Informationen veröffentlicht werden dürfen und wer hierfür die Beweislast trägt. Im Strafprozess liegt es jedenfalls an der Justiz,

---

<sup>89</sup> EGMR, *Soares ./. Portugal*, UrT. v. 21.6.2016 – 79972/12, § 48.

<sup>90</sup> Ebd.

<sup>91</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 96. Der Gerichtshof prüfte hier erstmals mittels der Guja-Kriterien, ob eine Bestrafung wegen geheimnisschützender Straftatbestände die Meinungsfreiheit in unverhältnismäßiger Weise verletze. In einer früheren Entscheidung des EGMR ging es zwar bereits um die Vereinbarkeit einer Bestrafung wegen einer Geheimnisverletzung mit Art. 10 Abs. 1 S. 1 EMRK, allerdings nicht um Whistleblowing. Ein griechischer Luftwaffenoffizier hatte Informationen bzgl. eines experimentellen Raketenprogramms an ein privates Unternehmen verkauft und wurde deshalb zu zwei Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, EGMR, *Hadji-anastassiou ./. Griechenland*, UrT. v. 16.12.1992 – 12945/87, § 46.

<sup>92</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 97.

<sup>93</sup> Ebd. § 98.

nachzuweisen, dass die Meldung geeignet und erforderlich, d. h. gegenüber einer Veröffentlichung gleich wirksam war. Mit dieser strafprozessualen „Beweislastverteilung“ ist es unvereinbar, wenn der EGMR meint, allein, wenn sie „evident unpraktikabel“ sei, dürfe von einer internen bzw. externen Anzeige abgesehen werden.<sup>94</sup>

Problematisch ist zudem, dass unklar bleibt, ob der Gerichtshof einen Vorrang einer internen gegenüber einer externen Anzeige aus Art. 10 EMRK herleitet oder ob der hinweisgebenden Person diesbezüglich ein Wahlrecht zusteht. In der deutschen Literatur werden die Entscheidungen des Gerichtshofs überwiegend dahingehend interpretiert, dass Missstände zunächst intern gerügt werden müssen, bevor sie extern angezeigt oder veröffentlicht werden dürfen.<sup>95</sup> Allerdings wird auch vertreten, dass der EGMR in seinen Entscheidungen keinen pauschalen Vorrang der internen Anzeige aus der Meinungsfreiheit abgeleitet habe.<sup>96</sup>

Für die letztgenannte Auffassung spricht, dass sich aus der einschlägigen Passage der Grundlagenentscheidung der Großen Kammer im Fall *Guja* kein Vorrang einer internen Anzeige ergibt.<sup>97</sup> Dort heißt es, Informationen sollten zunächst „to the person’s superior or other competent authority or body“ weitergeben werden.<sup>98</sup> Nach einer inoffiziellen Übersetzung ins Deutsche soll die Offenbarung hingegen zunächst gegenüber „dem Vorgesetzten oder einer anderen *innerbetrieblichen* Stelle oder Einrichtung“ erfolgen.<sup>99</sup> In der zitierten Originalfassung ist allerdings nur von einer zuständigen Stelle oder Einrichtung die Rede, nicht aber von einer *innerbetrieblichen*, weshalb der EGMR hier wohl eher einen Vorrang der internen oder externen Meldung vor einer Veröffentlichung, aber kein Primat der internen vor der externen Anzeige formuliert.

Auch in der Heinisch-Entscheidung hat der EGMR keinen Vorrang der internen Anzeige aus Art. 10 EMRK hergeleitet.<sup>100</sup> Er nimmt dort zwar auf die Rechtsprechung des BAG Bezug,<sup>101</sup> zeigt damit aber lediglich, dass die von ihm formulierten Grundsätze und die BAG-Rechtsprechung zumindest in dem

---

<sup>94</sup> Immerhin geht der EGMR – was etwa im Beamten- und Arbeitsrecht bedeutsam sein kann – bzgl. der fehlenden Abhilfeaussicht einer Anzeige von einer Umkehr der Beweislast aus, wenn der Beschwerdeführer hierzu etwas vorgetragen hat, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 83.

<sup>95</sup> Siehe etwa: *Garden/Hieramente*, BB 2019, 963 (964); *Dann/Markgraf*, NJW 2019, 1774 (1777); *Reinhardt-Kasperek/Kaindl*, BB 2018, 1332 (1334); *Schiemann*, FS Wessing, 569 (573); *Schmidt*, RdA 2017, 365 (367); *Schubert*, in: Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht RL 2016/943/EU Art. 5 Rn. 11.

<sup>96</sup> *Colneric*, SR 2018, 232 (234, 238 f.); *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, S. 409 Fn. 1890, 1894.

<sup>97</sup> *Colneric*, SR 2018, 232 (234, 238 f.).

<sup>98</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 73.

<sup>99</sup> So etwa in NJW 2011, 3501 (3503 Rn. 64).

<sup>100</sup> Eingehend, *Colneric*, SR 2018, 232 (235 ff.).

<sup>101</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 35.

konkreten Fall nicht konfliktieren.<sup>102</sup> Den in der deutschen Rechtsprechung formulierten Vorrang der internen Meldung macht sich der EGMR damit nicht zu eigen. Das ergibt sich daraus, dass der Gerichtshof im Abschnitt zu den „Relevant international law and practice“ auch Art. 24 der revidierten Europäischen Sozialcharta zitiert, nach deren Absatz 3 lit. c) Anzeigen gegenüber „competent administrative authorities“ keine Kündigung rechtfertigen.<sup>103</sup> Zudem nennt er dort auch Art. 5 der „Termination of Employment Convention“ der Internationalen Arbeitsorganisation, durch den eine Kündigung wegen einer Anzeige gegenüber staatlichen Stellen ebenfalls ausgeschlossen ist. Zwar hat Deutschland die beiden Abkommen nicht ratifiziert, jedoch hätte der EGMR keine Entscheidung treffen können, die im Widerspruch zu den Regelungen der genannten Abkommen beschäftigte Personen verpflichtet hätte, Missstände zunächst intern zu rügen.<sup>104</sup>

Allerdings scheint der EGMR in der Entscheidung *Soares gegen Portugal* dann doch von einem Vorrang der internen Anzeige auszugehen. Dem Beschwerdeführer sei bewusst gewesen, dass ihm andere interne Meldewege innerhalb der Republikanischen Nationalgarde offenstanden.<sup>105</sup> Er hätte sich daher zunächst an seine Vorgesetzten wenden müssen, um den Dienstweg einzuhalten, bzw. die Befehlskette („chain of command“) beachten müssen.<sup>106</sup> Doch dürften diese Ausführungen dahingehend zu deuten sein, dass der EGMR hier keinen allgemeinen Vorrang der internen Anzeige aus Art. 10 EMRK herleiten wollte, sondern ein derartiger Vorrang durch das nationale Recht in einer Weise vorgeschrieben werden kann, die im Einzelfall nicht mit dem Konventionsrecht konfliktiert.<sup>107</sup>

Die jüngste Entscheidung in der Rechtssache *Gawlik gegen Liechtenstein* bringt in dieser Frage auch keine abschließende Klarheit.<sup>108</sup> Zunächst erkennt der Gerichtshof, dass von Lothar Gawlik, stellvertretender Chefarzt des Landesspitals Liechtenstein, nicht erwartet werden konnte, den Verdacht, der leitende Chefarzt praktiziere aktive Sterbehilfe, über das interne Hinweisgebersystem des Spitals zu melden, da letzterer für derartige Meldungen zuständig war.<sup>109</sup> Alsdann lässt er die Frage ausdrücklich offen, ob der Beschwerdeführer den Verdacht zunächst dem Stiftungsrat oder dem Direktor des Spitals hätte

---

<sup>102</sup> *Colneric*, SR 2018, 232 (237).

<sup>103</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 38.

<sup>104</sup> *Colneric*, SR 2018, 232 (236).

<sup>105</sup> EGMR, *Soares ./. Portugal*, UrT. v. 21.6.2016 – 79972/12, § 48.

<sup>106</sup> Ebd.

<sup>107</sup> Hierfür spricht wiederum, dass sich aus dem Teil der Entscheidung, in dem „The principles established by the Court’s case-law“ erläutert werden, kein Vorrang einer internen vor einer externen Anzeige ergibt, *Colneric*, SR 2018, 232 (238).

<sup>108</sup> EGMR, *Gawlik ./. Liechtenstein*, UrT. v. 16.2.2021 – 23922/19.

<sup>109</sup> Ebd. § 81.



melden müssen, da er die Strafanzeige anhand des Merkmals der Authentizität der Informationen für unzulässig erachtet.<sup>110</sup>

Dies widerspricht allerdings dem Schutzkonzept der EU-Whistleblowing-Richtlinie, nach der interne und externe Meldungen hinweisgebender Personen unter denselben Voraussetzungen geschützt werden, womit die Unionsgesetzgebung das lange verteidigte Primat der internen Anzeige kassiert hat.<sup>111</sup> Die Richtlinie ist auch vom EGMR bei der Interpretation der Meinungsfreiheit zu berücksichtigen, denn der Gerichtshof darf die Konvention nach Art. 53 EMRK nicht restriktiver auslegen als es das positive Recht des jeweiligen Mitgliedstaats vorsieht. Hiergegen würde er verstoßen, wenn er die Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK so auslegen würde, dass prinzipiell ein Vorrang einer internen Anzeige besteht, denn im positiven Recht, d. h. der Whistleblowing-Richtlinie und den Umsetzungsgesetzen in den EU-Mitgliedstaaten ist ein Wahlrecht zwischen interner und externer Anzeige vorgesehen.

Diese Interpretation ist nicht nur in den 27 EU-Mitgliedstaaten gesperrt, sondern dürfte sich sogar in den Konventionsstaaten verbieten, die wie Liechtenstein, Großbritannien, die Türkei oder Russland keine Mitglieder der EU sind. Denn der EGMR berücksichtigt bei der Auslegung der Konvention nicht nur nationale und internationale Rechtsquellen, die den jeweiligen Konventionsstaat binden, sondern auch solche Abkommen, die dieser (noch) nicht ratifiziert hat.<sup>112</sup> Es reicht, wenn die internationalen Bestimmungen eine kontinuierliche Entwicklung anzeigen, die im Recht der Konventionsstaaten mehrheitlich angewendet wird.<sup>113</sup> Die Whistleblowing-Richtlinie markiert eine derartige Entwicklung, die schon vor einigen Jahren mit unionsrechtlichen Regelungen, welche interne und externe Meldungen in unterschiedlichen Bereichen gleichermaßen schützen, eingesetzt hat. Diese Regelungen gelten in 27 und damit in der Mehrheit der 47 Mitgliedstaaten des Europarates.<sup>114</sup> Außerdem hat der Europarat selbst die Whistleblowing-Richtlinie und das Wahlrecht zwischen interner und externer Anzeige ausdrücklich begrüßt.<sup>115</sup>

---

<sup>110</sup> Ebd. § 82 a. E., zur Authentizität § 74 sowie hier noch unter III. 2. b).

<sup>111</sup> Vgl. außerdem die bereits eingebrachten allgemeinen Argumente, die dafür sprechen, dass Beschäftigte Rechtsverstöße bzw. einen entsprechenden Verdacht u. a. wegen des Rechtsstaatsprinzips unmittelbar an die zuständigen staatlichen Stellen melden dürfen, 1. Teil § 6 II.

<sup>112</sup> EGMR, *Demir und Baykara ./. Türkei*, Urt. v. 12.11.2008 – 34503/97, § 86.

<sup>113</sup> Ebd.

<sup>114</sup> Inwieweit es problematisch ist, dass es die EU-Mitgliedstaaten hiernach in der Hand haben, den Menschenrechtsschutz in Nicht-EU-Mitgliedstaaten des Europarates anzuheben, würde hier zu weit vom Thema wegführen und muss deshalb an anderer Stelle untersucht werden.

<sup>115</sup> Council of Europe, Resolution 2300 (2019) v. 1.10.2019, S. 1. Zudem hat sich der Europarat in der Recommendation 2162 (2019) ebenfalls v. 1.10.2019 dafür ausgesprochen eine Whistleblowing-Konvention zu entwickeln, die auf der EU-Richtlinie aufbaut.

Schließlich ist gegenüber internen Meldeverfahren eine allgemeine Skepsis angebracht, die sich auch in der Interpretation der Meinungsfreiheit reflektieren sollte. Bei internen Anzeigen besteht die Gefahr, dass von Seiten der Organisation interveniert wird, um Missstände zu vertuschen, etwa indem Informationen unterdrückt, der hinweisgebenden Person Zugangsrechte entzogen oder sie innerhalb der Organisation versetzt wird. Interne Meldewege können zudem dazu genutzt werden, kritische Beschäftigte „einzuschüchtern und sie vom Gang an die Öffentlichkeit abzuhalten“, gerade wenn sich keine absolute Anonymität gewährleisten lässt.<sup>116</sup> Daher verhielten „sich interne und externe Meldeverfahren nicht komplementär zueinander“, sondern erstere untergraben „die Effektivität der externen Meldeverfahren und letztlich den Schutz der Meinungsfreiheit“.<sup>117</sup>

### III. Veröffentlichungen

Eine Veröffentlichung ist nach der Rechtsprechung des BGH bei bestimmten Missständen wegen der Meinungsäußerungsfreiheit erlaubt, und zwar unabhängig von einer vorherigen internen oder externen Meldung und ihren Abhilfeaussichten. Auch der EGMR hat entschieden, dass unmittelbare Veröffentlichungen durch dieses Menschenrecht geschützt sein können.

#### *1. Recht zu öffentlicher Rüge des BGH (Pätsch)*

Der in der Pätsch-Entscheidung aufgestellte Vorrang der innerstaatlichen Meldung (s. o. unter II. 1.) gilt nicht ausnahmslos, sondern wird durch das Recht zur unmittelbaren Veröffentlichung schwerer Verfassungsverstöße durchbrochen.

#### *a) Grund und Reichweite*

Der BGH leitet das Veröffentlichungsrecht aus der dem Rechtsstaat inhärenten Idee des Rechts ab. Sie stehe über den mit der Geheimhaltung von Staatsgeheimnissen intendierten politischen Zwecksetzungen.<sup>118</sup>

„In einem Verfassungsgefüge, das wie das Grundgesetz von der Rechtsidee beherrscht wird, ist aber das Rangverhältnis zwischen den obersten Rechtswerten [...] und den politischen Werten eindeutig festgelegt: Alles politische Wirken ist der höheren Idee des Rechts unterworfen und durch sie begrenzt; denn das Recht ist kein Werkzeug der Macht. Nur dieses Rangverhältnis entspricht dem Wesen eines Rechtsstaates, wie er durch das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland geschaffen worden ist. Die Wahrung dieser obersten Rechts-

---

<sup>116</sup> Fischer-Lescano, AuR 2016, 4 (6).

<sup>117</sup> Ebd.

<sup>118</sup> BGHSt 20, 342 (364).

und Verfassungswerte geht allen politischen Zweckmäßigkeitserwägungen vor. Es gibt deshalb einen Kernbereich des Verfassungsrechts, bei dessen Verletzung jeder das Recht haben muß, sofort und ohne jeden Umweg die Öffentlichkeit anzurufen, auch wenn dies zwingend zur Preisgabe von Staats- oder Amtsgeheimnissen führt. Dieser Bereich deckt sich im Wesentlichen mit dem Begriff der ‚verfassungsmäßigen Ordnung‘, der auch vom Strafgesetzbuch wiederholt verwendet wird“.<sup>119</sup>

Erforderlich sei ein „Verstoß von einer gewissen Bedeutung, also von einer gewissen Schwere“.<sup>120</sup>

„Die Rücksichtnahme auf die staatlichen Lebensnotwendigkeiten verlangt, daß nicht etwa unbedeutende Verstöße gegen die verfassungsmäßige Ordnung zur Preisgabe von vielleicht höchsten Geheimnissen führen können. Ob ein ‚schwerer‘ Verstoß vorliegt, kann nur von Fall zu Fall entschieden werden [...]“.<sup>121</sup>

### b) Anwendbarkeit des Rügerechts de lege lata

Mit der Einführung des § 93 Abs. 2 StGB wurde das Recht zur unmittelbaren Veröffentlichung schwerer Verfassungsverstöße gesetzgeberisch teils affirmiert. Denn nach dieser Vorschrift ist unter anderem die Veröffentlichung von „Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung [...] verstoßen“ nicht strafbar.<sup>122</sup> Dadurch hat sich das Stufenmodell der Rechtsprechung allerdings nur zum Teil „erledigt“, denn es können auch nach aktuell geltendem Recht Situationen eintreten, in denen es zur Anwendung kommt.<sup>123</sup> Das ist der Fall, wenn ein Staatsgeheimnis vorliegt, welches zwar einen Rechtsverstoß oder sonstigen Missstand belegt, aber nicht die Schwelle des § 93 Abs. 2 StGB erreicht. In diesem Fall muss der Täter nach dem Stufenmodell zunächst die ihm durch Art. 17 GG vorgezeichneten Wege erfolglos ausschöpfen, bevor er die Öffentlichkeit anrufen darf.<sup>124</sup> Nach den Entscheidungsgründen im Fall *Pätsch* findet das Stufenmodell auch auf den Straftatbestand

---

<sup>119</sup> Ebd. S. 365. Demgegenüber ließ das BVerfG offen, in welchen Fällen eine Rüge unmittelbar gegenüber der Öffentlichkeit erfolgen darf. Es brauche „nicht entschieden zu werden, ob gegen diese ‚Stufentheorie‘ in ihrer allgemeinen und abstrakten Fassung Einwände möglich wären, ob namentlich die Abgrenzung der Verfassungsverstöße, bei denen sie zu beachten sein soll, gegenüber denen, die zu unmittelbarer öffentlicher Rüge berechtigten, gebilligt werden können.“ BVerfGE 28, 191 (203 f.).

<sup>120</sup> BGHSt 20, 342 (366).

<sup>121</sup> BGHSt 20, 342 (366 f.).

<sup>122</sup> Die Weitergabe eines „illegalen“ Staatsgeheimnisses an eine fremde Macht bzw. eine ihrer Mittelspersonen kann zwar nach § 97a StGB strafbar sein, die Veröffentlichung jedoch nicht.

<sup>123</sup> So etwa *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 33.

<sup>124</sup> So auch *Beer*, DDB 1985, 99 (100 f.); vgl. auch *Paeffgen*, in: NK § 93 Rn. 41, der zumindest „gewisse verständige Direktiven“ in dem *Pätsch*-Urteil erkennt; eine „Rechtfertigung von Grundrechts wegen“ sei zwar schwer vorstellbar, aber nicht gänzlich ausgeschlossen, *Barthe/Schmidt*, in: LK § 93 Rn. 33; so bereits die Gesetzesbegründung zu § 95 StGB,

der Verletzung von Amtsgeheimnissen (§ 353b StGB) Anwendung.<sup>125</sup> Dies gilt noch heute, da die Strafvorschrift bislang keine eigene Regelung zu „illegalen“ Amtsgeheimnissen vorsieht.<sup>126</sup>

### c) Rezeption und Stellungnahme

Zeitgenössische Anmerkungen hielten das Recht zur unmittelbaren Veröffentlichung schwerer Verfassungsverstöße für zu beschränkt und plädierten dafür, es auf Rechtsverstöße auszuweiten, die nicht die Qualität eines schweren Verfassungsverstößes erreichen.<sup>127</sup> „Da alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht“, habe „im Zweifel die Öffentlichkeit das erste Recht der Unterrichtung, nicht jene Personen oder Stellen, deren Befugnisse von jener Macht derivieren.“<sup>128</sup> In erster Linie hätte im Fall *Pätsch* „geprüft werden müssen, ob die Öffentlichkeit nicht ein begründetes Interesse und deshalb *ein Recht* darauf hatte, über die (realen oder unterstellten) Mißbräuche unterrichtet zu werden, als Grundlage für die laufende demokratische Meinungs- und Willensbildung.“<sup>129</sup> Wenn ein „öffentliches Interesse“ oder „demokratisches öffentliches Interesse“ an der Unterrichtung bestehe, korrespondiere damit ein Recht, die Öffentlichkeit

---

BT-Drs. V/2860, S. 18; a. A. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT II § 85 Rn. 34: „der Gesetzgeber [habe] auch hier die Interessenabwägung zwischen Geheimnisschutz und Pressefreiheit endgültig vorgenommen.“

<sup>125</sup> *Puschke*, in: MK § 353b Rn. 56; *Vormbaum*, in: LK § 353b Rn. 35.

<sup>126</sup> Durch Anwendung der vom BGH aufgestellten Grundsätze oder analoge Anwendung von § 93 Abs. 2 StGB, s. bereits 1. Teil § 5 IV. 3. – Zumindest zur Prävention schwerer Verfassungsverstöße bzw. Verstößen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung dürfte dem Stufenmodell entsprechend auch bei § 203 StGB ein Recht zur öffentlichen Rüge bestehen, denn auch diese Schweigepflicht gilt nicht absolut (s. etwa § 138 StGB).

<sup>127</sup> *Baumann*, JZ 1966, 329 (334 f.); *R. Schmid*, JZ 1970, 683 (686); „als viel zu eng“ kritisiert *Stree*, ZStW 1966, 663 (691), das Stufenmodell des BGH; s. zudem kurz vor der *Pätsch*-Entscheidung, *Stratenwerth*, Publizistischer Landesverrat, S. 46, für die prinzipielle Zulässigkeit der Offenlegung von Rechtsverstößen; *A. Arndt*, Landesverrat, S. 15 und *ders.*, NJW 1963, 465 (467), für ein Veröffentlichungsrecht auch bei „einfachen“ Verfassungsverstößen. Siehe weiterhin die Nachweise zu den Reformdiskussionen in der Weimarer Republik und der jungen BRD im 1. Teil § 4 IV. Abl. hingegen *von Weber*, JZ 1966, 249 (251), die Rspr. gehe „zu weit; mit der Anrufung des Abgeordneten müssen die Rechte desjenigen, der ein verfassungswidriges Staatsgeheimnis festgestellt zu haben glaubt, ein Ende haben. Hat er Recht, so wird der verfassungsmäßige Zustand, äußerstenfalls durch Bekanntgabe des Bundestagsabgeordneten im Parlament abgestellt. Aber unbelehrbare Fanatiker und Querulanten hätten die Möglichkeit, sich über die Entscheidung der zuständigen Stellen, insbesondere auch die parlamentarische Kontrolle der Exekutive hinwegzusetzen.“

<sup>128</sup> *R. Schmid*, JZ 1970, 683 (687). Hiergegen wird eingewendet, dass die Staatsgewalt zwar vom Volke ausgehe, es aber in dem grundgesetzlich vorgesehenen repräsentativen System erst dann der Adressat sein könne, wenn die innerstaatlichen Mechanismen zur Abhilfe versagten, vgl. *Häberle*, Öffentliches Interesse, S. 363.

<sup>129</sup> *R. Schmid*, JZ 1970, 683 (687) (Hervorh. d. R. B.); zust. *U. Behm*, KJ 2002, 441 (447).

zu informieren, „ein Recht, das jedem Bürger in gleicher Weise“ zustehe.<sup>130</sup> Ein vorgehendes Offenbarungsinteresse, das nicht als „bloßes Sensationsinteresse“ verstanden werden dürfe, bestehe, wenn, wie im Fall *Pätsch*, „ein ethisch-politisches Problem erster Ordnung aufgeworfen“ werde, „das ernsthafte Kreise und Meinungen in Bewegung“ setze.<sup>131</sup> In ähnlicher Weise wird betont, dass „wo es nur um rechtswidrige Vorgänge in Behörden geht, deren Bekanntwerden unmittelbar die Behördentätigkeit nicht beeinträchtigt“, die „demokratische Öffentlichkeit ein legitimes Interesse“, daran habe, „von den Missständen unmittelbar zu erfahren, sich über deren Ausmaß eine Meinung zu bilden und öffentliche Kritik zu üben, die die Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände erstrebt, begünstigt und vielfach erst ermöglicht.“<sup>132</sup>

Mit diesen und anderen Argumenten wird auch im ersten Teil dieser Arbeit dafür eingetreten, die Landesverratsdelikte demokratie- und transparenzfreundlicher zu reformieren.<sup>133</sup> Was die Reichweite des auf die Meinungsfreiheit gestützten unmittelbaren Veröffentlichungsrechts angeht, hätte es schon von den normativen Bezugspunkten aus, an denen der BGH angesetzt hat, weiter gezogen werden können. Es hätte näher gelegen, auf der Grundlage der rechtsstaatlichen Idee des Rechts und dem Aufruf an „verantwortungsbewußte Staatsbürger [...] zu tätiger Mitarbeit am Staate“ ein Veröffentlichungsrecht anzuerkennen, das nicht erst bei einem Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, sondern bereits bei niedrighschwelligeren Verstößen aktiviert wird, insbesondere wenn außerdem demokratieprinzipielle Aspekte, namentlich das Publizitätsprinzip, stärker einbezogen und akzentuiert worden wären. Das Modell des BGH ist hinsichtlich solcher Situationen defizitär in denen zwar kein schwerer Verfassungsverstoß, aber ein gewichtiges und verfassungsrechtlich fundiertes Informationsinteresse der Öffentlichkeit besteht.

Doch auch wenn das vor über 50 Jahren anerkannte Rügerecht nicht weit genug reicht, ist seine Stoßrichtung vor dem Hintergrund der Überlegungen zum Publizitätsprinzip im 2. Teil dieser Arbeit grundsätzlich zu begrüßen, denn es setzt der staatlichen Arkansphäre Grenzen und anerkennt eine Kontrollkompetenz des Einzelnen bei staatlichem Machtmissbrauch. Entsprechend wird die

---

<sup>130</sup> R. Schmid, JZ 1970, 683 (687); ähnl. Grünwald, KJ 1979, 291 (300), er meint, es dürfe kein Verbot geben, die Öffentlichkeit über Verfassungsverstöße und Sachverhalte, die die Öffentlichkeit angehen, zu informieren, bzgl. der „Lauschauffäre Traube“, dazu Augstein, Der Spiegel v. 28.2.1977, S. 29 ff.; N. N., Der Spiegel v. 28.2.1977, S. 20 f.

<sup>131</sup> R. Schmid, JZ 1970, 683 (687), er kritisiert die vom BGH gezogene Grenze wegen ihrer unscharfen Formulierungen. Es sei etwa schwierig festzustellen, ob ein Verfassungsverstoß als „schwer“ oder „besonders schwer“ zu charakterisieren sei, die Nuance zwischen diesen beiden Begriffen scheine nicht fassbar, ebd. S. 686. Wobei die von Schmid vorgeschlagene Grenze eines „ethisch-politischen Problems erster Ordnung“ ebenfalls vage und nicht trennschärfer erscheint.

<sup>132</sup> U. Behm, KJ 2002, 441 (447).

<sup>133</sup> Siehe 1. Teil § 4 VII.

Entscheidung des BGH positiv gewürdigt, da sie „den gebotenen Zusammenhang“ zwischen „Öffentlichkeit und Verfassung“ hergestellt habe.<sup>134</sup> Die Öffentlichkeit werde mithilfe „ihres ‚Mediums‘, der Presse“, selbst als Hüterin „der Verfassung in ihren substantiellen Gehalten“ eingesetzt, notfalls auch „gegen kompetente staatliche Instanzen, die ihren Gemeinwohlaufrag hier verfehlen.“<sup>135</sup> Kraft ihres öffentlichen Status träfen Bürgerinnen und Bürger „[e]ine ‚kompetente‘ Vorentscheidung über den In-Sich-Konflikt“ der öffentlichen Interessen, d. h. der Geheimhaltungs- und Publizitätsinteressen.<sup>136</sup>

## 2. Abwägungsmodell des EGMR (*Guja bis Halet*)

Der EGMR hat bereits in mehreren Situationen entschieden, dass sich der Schutz der Meinungsfreiheit aus Art. 10 Abs. 1 EMRK auch auf öffentliches Whistleblowing erstreckt.<sup>137</sup> So entschied der Gerichtshof etwa, dass die Verurteilung des rumänischen Geheimdienstmitarbeiters Constantin Bucur wegen geheimnisschützender Straftatbestände unverhältnismäßig in dessen Meinungsfreiheit eingriff und deshalb rechtswidrig war. Herr Bucur hatte in einer von ihm anberaumten Pressekonferenz ohne vorherige interne oder externe Meldung aufgedeckt, dass der rumänische Geheimdienst seine Kompetenzen zur Telefonüberwachung häufig missbrauchte, um Politiker, Journalisten und Unternehmer zu überwachen.<sup>138</sup>

Das erste Mal ist der EGMR in der Rechtssache *Guja* anhand seines Abwägungsmodells<sup>139</sup> zu dem Ergebnis gelangt, dass Veröffentlichungen, die er prinzipiell als *ultima ratio* einordnet, in dem konkreten Fall durch die Meinungsfreiheit geschützt waren. In der Abwägungsentscheidung verbindet der EGMR fünf der sechs *Guja*-Kriterien:<sup>140</sup> das öffentliche Interesse an den Infor-

---

<sup>134</sup> Häberle, Öffentliches Interesse, S. 364; ähnl. Beer, DDB 1985, 99 (101), es seien „doch wenigstens Ansatzpunkte zur rechtlichen Durchsetzung von Öffentlichkeit“ erkennbar, der „Strafanspruch des Staates“ werde „wenigstens der Idee nach, eingegrenzt und der öffentlichen Meinungsäußerung von Staatsdienern über illegales Handeln ihrer Behörde einen Türspalt geöffnet“.

<sup>135</sup> Häberle, Öffentliches Interesse, S. 364.

<sup>136</sup> Ebd.

<sup>137</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04; *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02; *Heinisch ./. Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08.

<sup>138</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02. In *Bargão et Domingos Correia ./. Portugal*, UrT. v. 15.11.2012 – 53.579/09 erkannte der EGMR in einer strafrechtlichen Verurteilung wegen übler Nachrede eine Verletzung der Meinungsfreiheit. Die Beschwerdeführer hatten in einem Brief an das Gesundheitsministerium einem Angestellten eines öffentlichen Gesundheitszentrums vorgeworfen (was z. T. erwiesen werden konnte), er halte seine Arbeitszeiten nicht ein und nutze die Verletzlichkeit der Nutzer des Zentrums aus, um sich persönliche Vorteile zu verschaffen.

<sup>139</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 75: „balancing exercise“.

<sup>140</sup> Zunächst prüft der EGMR das Merkmal der alt. Meldewege, s. dazu bereits II. 2.

mationen, deren Authentizität, etwaige Schäden für die betroffene Organisation bzw. Person, die Motive der hinweisgebenden Person und die Schwere und Konsequenzen der verhängten Sanktion.<sup>141</sup> Im Gegensatz zum Stufenmodell des BGH wird keine Schwelle angegeben, ab der ein Missstand oder Rechtsverstoß stets veröffentlicht werden darf.<sup>142</sup> Da durch die bisherigen Entscheidungen auch keine anderen Vorrangrelationen gebildet wurden, handelt es sich um ein sehr flexibles Abwägungsmodell.<sup>143</sup>

#### a) Öffentliches Interesse an den Informationen

Zunächst prüft der EGMR, ob ein öffentliches Interesse an den weitergegebenen Informationen bestand und betont, dass diesem Merkmal besondere Aufmerksamkeit zu widmen sei.<sup>144</sup> Für eine Beschränkung der Meinungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 EMRK bestehe wenig Raum, wenn über Fragen debattiert werde, die öffentliche Interessen betreffen.<sup>145</sup> In einem demokratischen System müssten die Handlungen oder Unterlassungen der Regierung nicht nur zum Gegenstand einer genauen Überprüfung durch die Legislative und Judikative, sondern auch durch die Medien und die öffentliche Meinung gemacht werden.<sup>146</sup> Hierin kommt – parallel zur Rechtsprechung des BVerfG<sup>147</sup> – ein regel-

---

<sup>141</sup> EGMR, *Guja ./ Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, §§ 74 ff. Die Motivation wird dem strafrechtsdogmatischen Aufbau entsprechend wie das subjektive Rechtfertigungselement separat geprüft, bildet aber eines der vom Gerichtshof angelegten Abwägungsmerkmale.

<sup>142</sup> Der EGMR berücksichtigt nicht schon auf einer ersten Ebene, ob die jeweiligen Geheimnisse überhaupt durch das Recht geschützt werden sollten. Das leuchtet ein, denn diese Frage ist aus der Interpretation der nationalen geheimnisschützenden Vorschriften heraus zu beantworten, zu deren Auslegung der Gerichtshof nicht ermächtigt ist.

<sup>143</sup> Die Methode der Einzelfallabwägung unter besonderer Berücksichtigung öffentlicher Interessen ähnelt der Rspr. des BVerfG zum Verhältnis von Meinungsfreiheit und straf- (§ 185 StGB) respektive deliktsrechtlichem (§ 823 BGB) Ehr- und Persönlichkeitsrechtsschutz, s. BVerfGE 93, 266 (292 f.) („Soldaten sind Mörder“). Bei der Abwägung der widerstreitenden Belange seien „alle wesentlichen Umstände zu berücksichtigen“, ebd. S. 293.

<sup>144</sup> EGMR, *Guja ./ Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 74.

<sup>145</sup> EGMR, *Guja ./ Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 74.

<sup>146</sup> Ebd. § 74.

<sup>147</sup> Es nimmt eine „Vermutung zugunsten der Freiheit der Rede“ an, wenn von der Meinungsfreiheit „im Zusammenhang mit einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage Gebrauch gemacht wird.“ BVerfGE 93, 266 (294) = juris Rn. 123 („Soldaten sind Mörder“). D. h., wenn es sich „bei der umstrittenen Äußerung um einen Beitrag zur öffentlichen Meinungsbildung“ handelt, ebd.; s. bereits BVerfGE 7, 198 (208, 212); 61, 1 (11); später etwa NJW 2006, 3266 (3267). Bei Äußerungen, die „zur öffentlichen Auseinandersetzung über gesellschaftlich oder politisch relevante Fragen“ beitragen, sei das „Gewicht“ der Meinungsfreiheit „besonders hoch zu veranschlagen, weil das Grundrecht gerade aus dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik erwachsen ist und darin unverändert seine Bedeutung findet.“ BVerfGE 93, 266 (292 f.).

mäßiger Vorrang der freien Rede in öffentlichen respektive politischen Angelegenheiten zum Ausdruck, der den Abwägungsvorgang beim Whistleblowing eigentlich vorbestimmen sollte, geht es doch in den paradigmatischen Fällen stets um die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen.<sup>148</sup>

Der Gerichtshof beantwortet zwar nicht, wie sich das Merkmal der öffentlichen Interessen bemessen lässt,<sup>149</sup> jedoch hat er ein solches in allen bisherigen Entscheidungen zum Whistleblowing bezüglich folgender Sachverhalte bzw. Informationen bejaht:<sup>150</sup> Die Einstellung der Regierung gegenüber Polizeibrutalität; das Gewaltenteilungsprinzip tangierendes Verhalten wie Einflussnahmen eines hochrangigen Politikers auf staatsanwaltliche Ermittlungen;<sup>151</sup> Fehlverhalten von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes;<sup>152</sup> Missstände in der Pflege<sup>153</sup> oder der medizinischen Behandlung in einem Krankenhaus;<sup>154</sup> missbräuchliche Telekommunikationsüberwachung durch einen Geheimdienst.<sup>155</sup>

#### b) Authentizität der Informationen

Als zweites Merkmal berücksichtigt der EGMR in seinen Abwägungsentscheidungen die Authentizität der offengelegten Informationen.<sup>156</sup> Die hinweisgebende Person müsse sorgfältig prüfen, ob die Informationen präzise und verlässlich seien.<sup>157</sup>

#### aa) Strafanzeigen

Im Rahmen dieses Merkmals problematisiert der Gerichtshof Strafanzeigen von Arbeitnehmern gegen Vorgesetzte, wenn sich der mitgeteilte Verdacht im Ermittlungsverfahren nicht bestätigt. In der Rechtssache *Heinisch* meinte der

<sup>148</sup> Im ethischen Diskurs qualifiziert *Lindblom*, J. Bus. Eth. 76 (2007), 413 (416, 423), Whistleblowing als politische Meinungsäußerung und spricht sich für deren Vorrang aus.

<sup>149</sup> *Fischer-Lescano*, in: Transnationales Recht, S. 435 (441).

<sup>150</sup> Zu den vom EGMR anerkannten und weiteren öffentlichen Interessen an Offenbarungen s. bereits 2. Teil § 3.

<sup>151</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 88.

<sup>152</sup> EGMR, *Marchenko ./. Ukraine*, Urt. v. 19.2.2009 – 4063/04, § 45; *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 103; *Soares ./. Portugal*, Urt. v. 21.6.2016 – 79972/12, § 44.

<sup>153</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 71.

<sup>154</sup> EGMR, *Gawlik ./. Liechtenstein*, Urt. v. 16.2.2021 – 23922/19, § 73.

<sup>155</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 101.

<sup>156</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 75.

<sup>157</sup> Ebd.: „accurate and reliable“; teils wird *accurate* auch als „zutreffend“ übersetzt, s. etwa NJW 2011, 3501 (3503, Rn. 67 ff.). Da der EGMR an dieser Stelle von dem zweiten Abwägungskriterium spricht, scheinen nur die Merkmale (2)-(6) als Abwägungsmerkmale zu fungieren. Das Merkmal des Vorrangs der internen Anzeige wird schon vor der Abwägung geprüft.



EGMR, bezugnehmend auf die Entscheidung des BVerfG zum Strafanzeigegrundrecht,<sup>158</sup> dass die Kündigung der Beschwerdeführerin wegen ihrer Strafanzeige gegen die Leitung des Pflegeheims nur gerechtfertigt gewesen wäre, wenn sie wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht hätte.<sup>159</sup> Weil die Strafanzeige nicht ohne hinreichende tatsächliche Grundlage erfolgt war, verneinte der Gerichtshof dieses Merkmal.<sup>160</sup> Er betonte weiterhin, dass es Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden sei, den Wahrheitsgehalt der mit einer Strafanzeige erhobenen Anschuldigungen zu ermitteln.<sup>161</sup> Von einer Person, die eine Strafanzeige gutgläubig erstatte, könne nicht erwartet werden, vorherzusehen, ob die Ermittlungen zu einer Anklage oder einer Einstellung führen werden.<sup>162</sup> Die Leitsätze der Parlamentarischen Versammlung des Europarates über den Schutz von Whistleblowern beruhen auf ähnlichen Erwägungen, denn nach ihnen handele ein Whistleblower „in gutem Glauben [...], soweit er vernünftige Gründe für die Annahme hatte, dass die offengelegten Informationen wahr waren, selbst wenn sich später herausstellt, dass dies nicht der Fall war, und vorausgesetzt, dass er keine gesetzeswidrigen oder unethischen Ziele verfolgt hat.“<sup>163</sup>

Der EGMR beteuert in seiner jüngsten Entscheidung, der Rechtssache *Gawlik*, zwar an diesen Grundsätzen festzuhalten, doch obwohl der Beschwerdeführer subjektiv gutgläubig handelte,<sup>164</sup> sich seine Strafanzeige auf echte Informationen stützte und für die Ermittlung des Sachverhalts wiederum die Strafverfolgungsbehörden zuständig waren, gelangt der Gerichtshof nun zu dem Ergebnis, dass die fristlose Kündigung konventionskonform erfolgt sei.

---

<sup>158</sup> BVerfG NJW 2001, 3474 ff.

<sup>159</sup> EGMR, *Heinisch ./ Deutschland*, Ur. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 78. So macht sich etwa wegen falscher Verdächtigung nach § 164 StGB strafbar, wer einen anderen Menschen wider besseren Wissens gegenüber Strafverfolgungsbehörden einer rechtswidrigen Tat verdächtigt.

<sup>160</sup> Ebd. § 79. Insb. waren die von Frau Heinisch aufgedeckten Missstände auch Gegenstand der Kritik des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen gewesen.

<sup>161</sup> EGMR, *Heinisch ./ Deutschland*, Ur. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 80.

<sup>162</sup> Ebd., s. auch § 81.

<sup>163</sup> Ziff. 6.2.4. Resolution 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarates v. 29.4.2010, hier zitiert aus der Übersetzung, die auf der Homepage des Europarats veröffentlicht wurde (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108773>).

<sup>164</sup> EGMR, *Gawlik ./ Liechtenstein*, Ur. v. 16.2.2021 – 23922/19, § 83: „acted in the belief that the information was true“. Der Begriff der Gutgläubigkeit wird in den einschlägigen Entscheidungen des EGMR unterschiedlich verwendet. Zum einen wird er faktisch-subjektiv verstanden, wenn bei der Authentizität der Informationen berücksichtigt wird, ob die Person mutwillig Unwahres gemeldet hat. Diesem Verständnis entsprechend findet sich der Begriff aber auch i. R. d. Merkmals der Motivation des Whistleblowers. Andererseits wird die Gutgläubigkeit bei der Authentizität der Informationen auch nach objektivem Maßstab beurteilt, wenn sie davon abhängig gemacht wird, ob vernünftige Gründe für die Annahme bestanden, dass die Informationen wahr waren.

Er argumentiert, der Beschwerdeführer habe seine Pflicht – die bereits in der Guja-Entscheidung formuliert wurde (s. o.) – verletzt, sorgfältig zu prüfen, ob die Informationen präzise und verlässlich seien.<sup>165</sup> Der Beschwerdeführer und ehemalige stellvertretende Chefarzt des Landesspitals Liechtenstein hatte den leitenden Chefarzt wegen aktiver Sterbehilfe in einer Vielzahl von Fällen bei der Staatsanwaltschaft angezeigt und dazu Informationen aus den elektronischen Patientenakten vorgelegt. Der Gerichtshof meint, bezugnehmend auf die Entscheidungen der liechtensteinischen Instanzengerichte, der Verdacht sei offensichtlich unbegründet gewesen und hätte sich bei einem Blick in die jederzeit zugänglichen Papierakten unmittelbar zerstreut.<sup>166</sup>

Abgesehen davon, dass Zweifel an den beiden zuletzt genannten Tatsachen bestehen,<sup>167</sup> weist die Entscheidung rechtlich in die falsche Richtung.<sup>168</sup> Denn sie scheint zu verlangen, Beschäftigte sollten grundsätzlich zu eigenen, privatdetektivischen Ermittlungen verpflichtet werden, selbst wenn nach den bereits vorliegenden Informationen ein strafprozessualer Anfangsverdacht bezüglich begangener und bevorstehender Tötungsdelikte besteht. Die Pflicht, den Sachverhalt weiter, auch in entlastender Hinsicht zu erforschen, sollte dem Legalitätsprinzip entsprechend allein bei den Strafverfolgungsbehörden liegen. Im Einklang mit den bisherigen Grundsätzen sollte maßgeblich bleiben, ob bewusst oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden; was bei einer gutgläubig erstatteten Strafanzeige, die auf echten Informationen beruht und einen strafprozessualen Anfangsverdacht begründet, nicht der Fall ist – und was auch der Gerichtshof im Fall *Gawlik* nicht annimmt. Schließlich geht es bei dem Merkmal nicht um die *ex post* widerlegte Authentizität des Verdachts, sondern um die Authentizität der aufgedeckten verdachtsbegründenden Informationen, die hier zweifellos gegeben war.

Der EGMR hätte nach hier vertretener Ansicht auch die Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie in der Rechtssache *Gawlik* berücksichtigen müssen.<sup>169</sup> Nach Art. 6 WBRL dürfen „Informationen über bestimmte Rechtsver-

---

<sup>165</sup> EGMR, *Gawlik ./.* *Liechtenstein*, UrT. v. 16.2.2021 – 23922/19, § 77.

<sup>166</sup> Ebd. § 77 f.

<sup>167</sup> In tatsächlicher Hinsicht ist einerseits zweifelhaft, ob sämtliche betroffenen Papierakten in kurzer Zeit hätten eingesehen werden können, und andererseits, ob sich der Tatverdacht dadurch unmittelbar zerstreut hätte. Die StA musste hierzu erst verschiedene medizinische Expertengutachten einholen. Weiterhin erscheint es widersprüchlich, wenn der EGMR zwar die integrale Motivation des Beschwerdeführers anerkennt (§ 83) und an keiner Stelle an dessen Kompetenzen zweifelt, zugleich aber von einem offensichtlich unbegründeten Tatverdacht ausgeht.

<sup>168</sup> Siehe bereits *Brockhaus*, LTO v. 23.2.2021.

<sup>169</sup> Zur Begründung s. bereits II. 2. b).

stöße“ extern gemeldet werden, was die Meldung begründeter Verdachtsmomente gemäß Art. 5 Nr. 2 WBRL einschließt.<sup>170</sup> Zudem muss nach Art. 6 WBRL hinreichender Grund zu der Annahme bestehen, dass die gemeldeten Informationen über Verstöße zum Zeitpunkt der Meldung der Wahrheit entsprechen;<sup>171</sup> auch das war in der Rechtssache *Gawlik* der Fall.

### bb) Verschlussachen

Während der EGMR in der Rechtssache *Gawlik* hinter dem Schutz, den die Whistleblowing-Richtlinie vermittelt, zurückbleibt, weist seine frühere Entscheidung in der Rechtssache *Bucur und Toma gegen Rumänien* hinsichtlich eines anderen Aspekts über den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus: Während die Vorschriften der Richtlinie nicht auf die Meldung von Verschlussachen Anwendung finden (s. Art. 3 Abs. 3 lit. a) WBRL), erstreckt der EGMR den Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit inzident über das Merkmal der Authentizität der Informationen auf das öffentliche Whistleblowing selbst streng geheimer Verschlussachen.

Der Geheimdienstmitarbeiter Constantin Bucur hatte wohl rechtswidrige Überwachungspraktiken des Rumänischen Informationsdienstes offengelegt, die als streng geheim klassifiziert waren.<sup>172</sup> Die Rechtswidrigkeit ergab sich nach dem Vortrag des Beschwerdeführers daraus, dass die Überwachungen nicht genehmigt worden waren. Die in den Akten befindlichen Abhör genehmigungen seien nachträglich gefälscht worden. Außerdem hätten die Genehmigungen nicht erteilt werden dürfen, da es an einer Bedrohung der nationalen Sicherheit fehlte.<sup>173</sup>

Im Rahmen des Authentizitätsmerkmals stellte der EGMR fest, dass einige Indizien für die Rechtswidrigkeit der aufgedeckten Abhörmaßnahmen des SRI sprächen und eine Bedrohung der nationalen Sicherheit, die die Überwachungen von Politikern, Journalisten und Unternehmern hätte rechtfertigen können, wohl nicht vorgelegen habe.<sup>174</sup> Die rumänischen Gerichte hätten konkret prüfen müssen, ob die Überwachungen wegen einer Bedrohung der nationalen Sicherheit gerechtfertigt erfolgt sei.<sup>175</sup> Zwar betont der Gerichtshof, dass es nicht

---

<sup>170</sup> Dadurch sollen bloße Spekulationen und Gerüchte ausgeschlossen werden, ErwG (43) WBRL.

<sup>171</sup> Das Merkmal dient dem Schutz vor böswilligen oder missbräuchlichen Meldungen, da es dafür Sorge, dass Personen, die willentlich und wissentlich falsche oder irreführende Informationen melden, nicht geschützt werden, ErwG (32) WBRL. Auf der anderen Seite gewährleiste es, dass geschützt werde, wer in gutem Glauben ungenaue Informationen über Verstöße meldet.

<sup>172</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Ur. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 3, 111.

<sup>173</sup> Ebd. § 105 f.

<sup>174</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Ur. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 108.

<sup>175</sup> Ebd. § 109.

seine Aufgabe sei, anstelle der Konventionsstaaten deren nationalen Sicherheitsinteressen, die zum Kern der staatlichen Souveränität zählen, zu definieren.<sup>176</sup> Er moniert allerdings anhand des Rechts auf ein faires Verfahren, Art. 6 EMRK, dass die rumänischen Gerichte es abgelehnt hatten, einerseits zu prüfen, ob die Informationen zu Recht als streng geheim eingestuft worden waren und andererseits, ob das Geheimhaltungsinteresse das öffentliche Interesse von den mutmaßlich rechtswidrigen Abhörmaßnahmen zu erfahrene, überwogen habe.<sup>177</sup> Die rumänischen Gerichte hatten schlicht auf die gesetzlichen Vorschriften verwiesen, ohne den Fall insgesamt und im Einzelnen zu prüfen.<sup>178</sup> In Straßburg hatte die Regierung keine überzeugenden Beweismittel vorgelegt, die eine Einstufung der Informationen als streng geheim gerechtfertigt hätten und sich geweigert dem EGMR die gesamte betreffende Akte vorzulegen.<sup>179</sup>

Festzuhalten bleibt, dass sogar die Offenlegung „streng geheimer“ Verschlussachen durch die Meinungsäußerungsfreiheit geschützt sein kann. Deshalb stünde ein Gesetz zur Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie, welches auf die Meldung oder Offenlegung von Verschlussachen pauschal keine Anwendung findet, im Widerspruch zur Meinungsfreiheit und erscheint wegen Verletzung des Untermaßverbots verfassungswidrig.<sup>180</sup>

### c) Schäden

Weiterhin berücksichtigt der EGMR etwaige Schäden oder Nachteile, die Infolge der Aufdeckung für die betroffene Organisation eingetreten sind und prüft, ob sie das Interesse der Öffentlichkeit an den aufgedeckten Informationen überwiegen.<sup>181</sup>

In der Rechtssache *Guja gegen Moldau* nahm der Gerichtshof zwar an, das öffentliche Interesse an der Wahrung des Vertrauens in die Unabhängigkeit und politische Neutralität der Strafverfolgungsbehörden sei durch die Presseberichterstattung negativ beeinflusst worden, jedoch überwiege das entgegengesetzte öffentliche Interesse daran, von unzulässigen Einflussnahmen und

---

<sup>176</sup> Ebd. § 110. – Siehe dazu auch *Engelhart/Arslan*, Schutz von Staatsgeheimnissen im Strafverfahren, Teil 2 I.

<sup>177</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Ur. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 110 f.

<sup>178</sup> Ebd. § 111.

<sup>179</sup> Ebd. § 112.

<sup>180</sup> So aber § 5 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-E des BMJV (11/2020); und auch der jüngere Regierungsentwurf des BMJ (7/2022) nimmt Verschlussachen weiterhin fast ausnahmslos vom Anwendungsbereich aus, § 5 Abs. 2 Nr. 1 HinSchG-RegE. Die genauere verfassungsrechtliche Prüfung wird noch an anderer Stelle vorgenommen. Gegen eine derartige Regelung sprechen außerdem gewichtige rechtspolitische Gründe, *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, Verfassungsblog v. 7.1.2021.

<sup>181</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Ur. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 76 „damage“; *Heinisch ./. Deutschland*, Ur. v. 21.7.2011 – 28274/08, vor § 88: „detriment to the employer“.

Fehlverhalten in der Staatsanwaltschaft zu erfahren.<sup>182</sup> Ein öffentliches Interesse bestehe auch darin, meinte der Gerichtshof in der Rechtssache *Bucur und Toma*, das Vertrauen der Bürgerinnen und Bürger in die Gesetzmäßigkeit der Nachrichtendienste zu wahren.<sup>183</sup> Das zugleich bestehende Interesse an Unregelmäßigkeiten in einer öffentlichen Einrichtung, genauer, von Rechtsverstößen durch den Rumänischen Informationsdienstes zu erfahren, überwiege in einer demokratischen Gesellschaft allerdings das Interesse an der Erhaltung des öffentlichen Vertrauens in diese Institution.<sup>184</sup>

In der Rechtssache *Heinisch* hob der EGMR hervor, dass die Beschuldigung wegen Betrugs in einem Berliner Pflegeheim sicherlich nachteilig für den geschäftlichen Ruf und die wirtschaftlichen Interessen der Vivantes GmbH, Deutschlands größtem kommunalen Krankenhauskonzern, gewesen sei.<sup>185</sup> In ähnlicher Weise wurden in der Rechtssache *Gawlik* die wirtschaftlichen Interessen des Landesspitals Liechtenstein hervorgehoben.<sup>186</sup> Dabei erscheint es schon bedenklich, bezüglich der öffentlichen Gesundheitsversorgung ausgerechnet den wirtschaftlichen Interessen der jeweiligen Einrichtung besondere Bedeutung beizumessen. Außerdem drängt sich die Frage auf, ob zu Gunsten der Organisation ein Schaden berücksichtigt werden kann, für dessen Entstehung sie selbst verantwortlich ist.<sup>187</sup> Nachteile wie Beeinträchtigungen des Rufs eines Unternehmens oder des Ansehens einer Behörde werden sich weiterhin regelmäßig nicht sinnvoll messen und beziffern lassen.

Letztlich ging der Gerichtshof in der Rechtssache *Heinisch* aber zutreffend davon aus, dass das öffentliche Interesse von Missständen in einem Altenpflegeheim eines staatlichen Unternehmens zu erfahren, in einer demokratischen Gesellschaft so wichtig sei, dass es entgegenstehende geschäftliche Interessen überwiege. Dabei stellte er darauf ab, dass die Qualität unverzichtbarer Dienste der öffentlichen Daseinsvorsorge entscheidend für das Funktionieren und das wirtschaftliche Wohl der gesamten Branche sei.

Bei dieser Betrachtung, die sich insbesondere auf die wirtschaftlichen Nachteile konzentriert, kommen die Schäden und Grundrechtsbeeinträchtigungen der Menschen nicht oder jedenfalls nicht angemessen zum Ausdruck, die unter den Missständen in dem Pflegeheim litten. Es gehe, wird treffend konstatiert, „um wesentlich mehr als um die Information der Öffentlichkeit über den Um-

---

<sup>182</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 91. Ganz ähnlich wie in dem Fall des sächsischen Datenschutzbeauftragten, s. 1. Teil § 5 III. 3. a).

<sup>183</sup> EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 115.

<sup>184</sup> Ebd.

<sup>185</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08, Überschrift vor § 88.

<sup>186</sup> EGMR, *Gawlik ./. Liechtenstein*, UrT. v. 16.2.2021 – 23922/19, § 79. Wobei dort auch die Interessen des angeschuldigten leitenden Chefarztes berücksichtigt wurden.

<sup>187</sup> Der Gedanke, dass beim Whistleblowing regelmäßig eine Defensivnotstandssituation besteht, wird noch im Kontext des Notstands belegt und vertieft, § 2 IV. 1.

gang mit alten Menschen, es geht um deren zentralen grundrechtlichen Anspruch auf ein menschenwürdiges Dasein“.<sup>188</sup> Wenn etwa „alte Menschen aus Mangel an Pflegepersonal stundenlang in ihren eigenen Exkrementen liegen“, hierauf hatte Frau Heinisch ebenso aufmerksam gemacht wie auf rechtswidrige Fixierungen von Patienten an Betten und Rollstühlen, unzureichende Ernährung der Heimbewohner und überlastetes Pflegepersonal,<sup>189</sup> erscheine „es fast schon zynisch, [...] von PflegehelferInnen zu verlangen, genaue Überlegungen dazu anzustellen, ob ein externes Whistleblowing vielleicht überschießend sei.“<sup>190</sup>

In seiner jüngsten Whistleblowing-Entscheidung, der Rechtssache *Halet*, nimmt der Gerichtshof an, das Interesse der Unternehmensberatung Price Waterhouse Coopers an der Wahrung des geschäftlichen Rufs überwiege das öffentliche Interesse an den aufgedeckten Informationen.<sup>191</sup> Das Unternehmen habe infolge der Berichterstattung über die Lux-Leaks-Affäre, der Presse zufolge, ein schweres Geschäftsjahr erlitten, wobei allerdings kein langfristiger Schaden eingetreten sei.<sup>192</sup> Der Gerichtshof stellt der Begründung der Luxemburger Gerichte folgend darauf ab, dass die Praxis der *tax rulings* bereits durch den freigesprochenen anderen Whistleblower, Antoine Deltour, umfänglich aufgedeckt worden sei.<sup>193</sup> Die von Halet an die Presse lancierten Informationen hätten nichts Neues zu der Diskussion bezüglich der Steuervermeidungspraktiken beigetragen. Sie seien weder von wesentlicher Bedeutung noch neu und bislang unbekannt gewesen.<sup>194</sup> Diese Ansicht führt dazu, was paradox erscheint, dass Informationen bezüglich eines Missstands zwar zu einem ersten Zeitpunkt aufgedeckt werden dürfen, aber andere Informationen bezüglich desselben Missstands zu einem späteren Zeitpunkt rechtlich wieder stärker vor einer Offenlegung geschützt werden, weil der Missstand bereits bekannt ist. Außerdem wird außer Acht gelassen, dass die Missstände aus der Sphäre des Unternehmens stammten.

#### d) Kritik gerichtlicher Grundrechtsabwägungen und legislativer Auftrag

Der EGMR hat in den besprochenen Entscheidungen zwar mittels der Guja-Kriterien Leitlinien vorgegeben, die den Gerichten der Konventionsstaaten

---

<sup>188</sup> Weichselbaum, in: Jahrbuch Menschenrechte 2012/2013, S. 213 (224).

<sup>189</sup> Brzoska, Berliner Morgenpost v. 21.7.2011, S. 2; Heinisch, Satt und Sauber?; Klein-schroth, taz v. 2.10.2008.

<sup>190</sup> Weichselbaum, a. a. O., (224). Nach zutreffender Ansicht kann sich bereits keine rechtliche Schweigepflicht auf derartige Missstände erstrecken, vgl. bereits 1. Teil § 6 II.

<sup>191</sup> EGMR, *Halet* ./ *Luxemburg*, Urt. v. 11.5.2021 – 21884/18, §§ 94 ff.

<sup>192</sup> Ebd. §§ 100, 102.

<sup>193</sup> Ebd. § 105.

<sup>194</sup> EGMR, *Halet* ./ *Luxemburg*, Urt. v. 11.5.2021 – 21884/18, § 109.

eine gewisse Orientierung bieten, aber keinen rechtlich belastbaren Mechanismus zum Schutz des Whistleblowings entwickelt. Das ist maßgeblich auf die diffusen, da weder explizierten noch von außen einsehbaren Abwägungsvorgänge zurückzuführen, denen sich insbesondere keine klaren Vorrangregeln entnehmen lassen.<sup>195</sup>

Zwar benennt der EGMR fünf Abwägungsmerkmale, die bei der rechtlichen Bewertung des Whistleblowings maßgeblich berücksichtigt werden sollten und subsumiert die jeweiligen Tatsachen unter diese. Genau betrachtet wägt er dann allerdings allein zwei Merkmale, nämlich öffentliche Interessen an den aufgedeckten Informationen und etwaige Schäden oder Nachteile für die betroffene Organisation gegeneinander ab, sodass das Abwägungsergebnis jeweils schon beim Schadensmerkmal ausgeworfen wird.<sup>196</sup> Der Abwägungsvorgang, der eigentlich alle fünf Merkmale einschließen müsste, wird nicht erläutert<sup>197</sup> und erscheint deshalb als „ad hoc balancing“,<sup>198</sup> das für Außenstehende ein „Mysterium“ bleibt.<sup>199</sup> Das eigentliche Abwägen bleibt dem prüfenden Blick wie durch eine „Black Box“ entzogen.<sup>200</sup>

Unklar ist etwa, wie die Merkmale im Einzelnen gewichtet werden.<sup>201</sup> Der Gerichtshof skaliert sie je nach Bedarf und eröffnet damit ein Meer unerschöpflicher Differenzierungsmöglichkeiten, auf dem er mit frei bestimmtem Kurs jeweils zum anvisierten Entscheidungsziel flottieren kann. Er konkretisiert die Merkmale nur kasuistisch, also für den Einzelfall, weshalb die Bindungswirkung für künftige Entscheidungen, deren Sachverhalte durch andere Umstände

---

<sup>195</sup> Abwägungskritisch im Whistleblowing-Kontext: *Abraham*, ZRP 2012, 11; zur BAG-Rspr.: *Becker*, Whistleblowing, S. 62, 64 f., 83 f.; *Berka*, in: Whistleblowing, S. 37 (48); *Brockhaus*, JRE 2018, 429 (439 ff.); *ders.*, ZIS 2020, 102 (114); *Deiseroth*, ZRfC 2012, 66 (72); zur EGMR-Rspr.: *Fischer-Lescano*, in: Transnationales Recht, S. 435 (440).

<sup>196</sup> Siehe EGMR, *Guja ./. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 91; *Heinisch ./. Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 90; *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 115. Das trifft auch auf die Entscheidung *Gawlik ./. Liechtenstein*, UrT. v. 16.2.2021 – 23922/19, § 80, zu, in der der Gerichtshof wesentlich das Merkmal der Authentizität der Informationen zu Lasten des Beschwerdeführers berücksichtigte, §§ 74 ff.

<sup>197</sup> Eine solche Erklärung würde zeigen, dass die rhetorisch als notwendig ausgewiesenen Abwägungsergebnisse wegen der vagen und dehnbaren Abwägungsmerkmale und des intransparenten Abwägungsvorgangs in nicht unerheblichem Maße kontingent sind.

<sup>198</sup> *Berka*, in: Whistleblowing, S. 37 (47).

<sup>199</sup> *Fischer-Lescano*, in: Transnationales Recht, S. 435 (441).

<sup>200</sup> *Jestaedt*, FS Isensee, 253 (265), zu grundrechtlichen Abwägungen.

<sup>201</sup> Darauf zielt der Vorwurf, dass der EGMR nicht thematisiere, „[w]as die Einheiten der Abwägung sind“, *Fischer-Lescano*, in: Transnationales Recht, S. 435 (441). – Dass es an einer Methode fehlt, um Abwägungsmerkmale rational zu gewichten, wurde insb. in der abwägungskeptischen verfassungsrechtlichen Literatur herausgearbeitet, grundlegend: *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht; *Camilo de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik.

geprägt sein werden, gering ist.<sup>202</sup> Auf diese Weise bleiben „höchstrichterliche[r] Zugriff und unauffällige Rechtsprechungskorrekturen in Einzelfällen“ möglich, was einer „stabilisierungsfähige[n] Dogmatik und damit einem verlässlichen Schutz des Whistleblowings abträglich [ist], weil das Ergebnis der Abwägung unvorhersehbar bleibt [...]“.<sup>203</sup>

Die Beliebigkeit und die damit einhergehende mangelnde Vorhersehbarkeit der Einzelfallabwägungen tangiert die rechtsstaatliche Garantie der Rechtssicherheit, welche die Aspekte der Rechtsklarheit und der Rechtsbestimmtheit einschließt.<sup>204</sup> Gerade im Strafrecht wiegt dieser Einwand schwer, denn nach dem in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Gesetzlichkeitsprinzip müssen Strafvorschriften möglichst bestimmt sein, damit Bürgerinnen und Bürger vorhersehen können, ob ein Verhalten strafbar ist.<sup>205</sup> Zwar sollen die Anforderungen an die Bestimmtheit von den Täter entlastenden Vorschriften, wie Rechtfertigungsgründe, nach h. M. nicht so streng sein wie bei strafbegründenden Normen.<sup>206</sup> Allzu lax sollten die Bestimmtheitsanforderungen jedoch auch wieder nicht sein, denn durch die Rechtfertigung wird die betroffene Person immerhin zur Duldung des Eingriffs verpflichtet.<sup>207</sup>

---

<sup>202</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (440). Vgl. etwa die Diskontinuitäten der Rspr. des EGMR zu Strafanzeigen in der Rechtssache *Heinisch* und der Rechtssache *Gawlik*, oben unter b) aa).

<sup>203</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (440). Allgemein wird moniert, dass „rechtsdogmatische Bestände“ abgebaut und „durch das flexible bis nichtssagende Paradigma der Interessen- oder Wertabwägung“ ersetzt würden, *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 539. „[D]ie Formel von der ‚Interessenabwägung‘“ müsse angesichts dogmatischer und methodischer Zweifel „als Rechtsprinzip aufgegeben werden“. Sie sei „[v]erfassungsrechtlich [...] bedenklich, wenn nicht schlicht verfassungswidrig.“ Ebd. S. 397.

<sup>204</sup> *Brockhaus*, JRE 2018, 429 (442 m. w. N. in Fn. 70); vgl. bereits, *Deiseroth*, ZRfC 2012, 66 (72): Die „praktizierte Abwägung von Einzelfallgesichtspunkten beinhaltet strukturell ein erhebliches Maß an Unbestimmtheit und Rechtsunsicherheit“; *Berka*, in: *Whistleblowing*, S. 37 (48): „Darin, in der Unbestimmtheit der Entscheidungssituation, liegt auch die Schwäche des verfassungsrechtlichen Schutzes, den das Grundrecht der Meinungsfreiheit dem Whistleblower gibt.“ – Für den teilweise vergleichbaren Kontext der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, *Schünemann*, in: LK § 201 Rn. 29: „die vom BVerfG kultivierte Abwägung des Einzelfalles mit Hilfe generalklauselartiger Formeln führt im Strafrecht zu einer ständigen Friktion mit der lex-certa-Garantie“. – Vgl. auch aus transparenzskeptischer Richtung, *Geiger*, *Gewissen*, S. 147: Die Wechselwirkungslehre des BVerfG zwingt den Strafrichter zu einer „schwierigen und gefährlichen Güterabwägung“ in Fällen, in denen eine Person aus nonkonformistischem Eifer dazu verleitet werde, „geheimzuhaltende Tatsachen der Öffentlichkeit preiszugeben“.

<sup>205</sup> *Brockhaus*, JRE 2018, 429 (443).

<sup>206</sup> *Sternberg-Lieben*, in: *Sch/Sch* vor § 32 Rn. 25 m. w. N.

<sup>207</sup> Sie macht sich deshalb ggf. selbst strafbar, wenn sie sich gegen den gerechtfertigten Eingriff wehrt. Die Rechtfertigung der einen Person kann sich also, da sie ihr Notrechte abschneidet, wie eine Strafbarkeitsbegründung darstellen, die hinreichend bestimmt sein



Eine Vorschrift, die allein „das Prinzip der Wertabwägung aufstellen und umschreiben würde“, wäre deshalb zu unbestimmt.<sup>208</sup> Zum Teil wird in ähnlicher Weise geäußert, dass Strafvorschriften für zu unbestimmt und verfassungswidrig erklärt werden müssten, wenn es für eine Strafbarkeit „auf eine Güterabwägung unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 GG“ ankomme.<sup>209</sup> Denn diese Abwägung könne „mit ebenso vertretbaren Gründen zu einer völligen Verneinung des Rechtes auf Preisgabe wie zu uneingeschränkter Bejahung oder zu Zwischenlösungen führen.“<sup>210</sup> Was rechtens wäre, „müßte auf so schwankender Grundlage die Mehrheit eines Senats des BGH oder des BVerfG bestimmen und sich damit einer Aufgabe unterziehen, die nur dem Gesetzgeber zukommt.“<sup>211</sup> Zudem bedarf es besonders dort spezifischer und bestimmter, *idealiter* gesetzlicher Regelungen, wo sich regelmäßig und typischerweise, so wie beim Whistleblowing, die Frage nach einem Strafbareitsausschluss stellt.

Diese Bedenken sprechen also nicht nur gegen den spezifischen Ansatz des EGMR, sondern allgemeiner: gegen menschen- bzw. grundrechtliche Lösungsmodelle, die auf Einzelfallabwägungen hinauslaufen, zumal in ihnen die zunächst mittels der Schutzbereiche der Menschen- bzw. Grundrechte postulierten Schutzmechanismen leer zu laufen drohen.<sup>212</sup> In einem ersten Schritt werde Whistleblowing zwar als schützenswert affirmiert und mittels der Eröffnung der grundrechtlichen Schutzbereiche als Recht qualifiziert, die zunächst anerkannte Freiheit werde dann jedoch „unter den generellen und unqualifizierten Vorbehalt gestellt [...], dass als gleichrangig konzipierte Eigentumsrechte nicht beeinträchtigt werden.“<sup>213</sup> Die zunächst eingeräumten Freiheiten würden durch „kollidierende Individual- und Gemeinschaftswerte“ im Wege von „Abwägung, Verhältnismäßigkeit und praktische[r] Konkordanz“ wieder zurückgenommen.<sup>214</sup> „Unter einen globalen Abwägungsvorbehalt gestellt, bleibt damit vom Tempel der Freiheit des Whistleblowings nur noch eine Ruine übrig.“<sup>215</sup>

Zwar lassen sich Interessenkollisionen beim Whistleblowing – das hat sich im Rahmen dieser Arbeit bereits an mehreren Stellen gezeigt – nicht stets ohne

---

sollte, s. etwa *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, S. 102 m. w. N.

<sup>208</sup> *Noll*, ZStrR 80 (1964), 160 (168).

<sup>209</sup> *Woesner*, NJW 1964, 1877 (1878).

<sup>210</sup> *Woesner*, NJW 1964, 1877 (1878).

<sup>211</sup> Ebd.

<sup>212</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (442).

<sup>213</sup> Ebd. S. 440.

<sup>214</sup> Ebd. S. 442; s. zudem bereits, *Becker*, Whistleblowing, S. 83 f., an „dem Versuch, flexible und praxisnahe Leitsätze für die Handhabung des Einzelfalls aufzustellen,“ lasse sich exemplarisch „die Gefahr erkennen, dass die letztlich abstrakten verfassungsrechtlichen Überlegungen“ „durch eine traditionelle und diffuse Güterabwägung“ (ebd. S. 62, 65), „in ihrer Bedeutung wieder relativiert werden.“ (ebd. S. 83 f.).

<sup>215</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (442).

Abwägungen auflösen, doch gilt es diese so weit wie möglich zu restringieren, d. h. ihre Anwendungssituationen zu verringern und den Vorgang des Abwägens durch präzisere Merkmale und Mechanismen wie absolute und prinzipielle Vorrangregeln genauer zu steuern.<sup>216</sup>

Den Einwänden kann entgegnet werden, dass der EGMR durch den rechtsordnungsübergreifenden Geltungsanspruch seiner Konventionsinterpretation geradezu gezwungen ist, mit möglichst allgemeinen Merkmalen zu operieren, mittels derer sich kein ausdifferenzierter Schutzmechanismus für alle Konventionsstaaten, sondern eben nur ein flexibles leitlinienartiges Modell entwickeln lässt. Dem Gerichtshof ist auch zugutezuhalten, dass er zumindest im Ausgangspunkt meint, die Informationsinteressen der demokratischen Öffentlichkeit seien besonders zu berücksichtigen, worin ein Vorrang derselben vor Geheimhaltungsinteressen wenigstens anklingt.<sup>217</sup> Es wäre aber möglich, präzisere und starre oder zumindest grundsätzliche Vorrangregeln anhand des Konventionsrechts zu entwickeln.<sup>218</sup> So lässt sich das rechtsstaatliche Argument, dass das Recht Informationen bezüglich Rechtsverstößen prinzipiell nicht als Geheimnisse schützen sollte, auf jeden Rechtsstaat übertragen, genauso wie in jedem Verfassungsstaat zumindest bei schweren Verfassungsverstößen ein Recht zur unmittelbaren Veröffentlichung bestehen sollte. Dass präzisere rechtsordnungsübergreifende Schutzmechanismen möglich sind, hat auch das Europaparlament mit der Whistleblowing-Richtlinie gezeigt, die für alle Mitgliedstaaten verbindliche Vorschriften für das interne, externe und öffentliche Whistleblowing enthält.

Hier zeigt sich erneut deutlich, dass die Forderung nach rechtlich belastbaren Kriterien zwar einerseits an den Gerichtshof, in erster Linie aber an die Gesetzgebung zu adressieren ist, denn sie ist maßgeblich für die beim Whistleblowing auftretende prekäre Entscheidungssituation verantwortlich.<sup>219</sup> Erst nach längerem Zögern und erst aufgrund europarechtlicher Vorgaben, ist die deutsche Gesetzgebung dazu übergegangen, einzelne Vorschriften zum Schutz

---

<sup>216</sup> Ebd.: „Die juristische Aufgabe besteht darin, die jeweiligen Sphärenkonstellationen genau zu bestimmen und sachgerechte Kollisionsregeln zu entwickeln, die sich nicht in der Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit erschöpfen, sondern jeweils ein Generalisierungspotential aufweisen, das wiederum Möglichkeitsbedingung von rechtsdogmatischen Stabilisierungen darstellt.“; *Brockhaus*, JRE 2018, 429 (446).

<sup>217</sup> EGMR, *Guja v. Moldau*, UrT. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 74; *Heinisch ./ Deutschland*, UrT. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 66; *Bucur und Toma v. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 93.

<sup>218</sup> Vgl. etwa die bereits die behandelte, wenn auch „nur“ nationale, Pätsch-Rspr.

<sup>219</sup> *Berka*, in: Whistleblowing, S. 37 (48): „Oder [...] wir und damit auch die potenziellen Whistleblower leben mit dieser prekären Lage und nehmen die damit verbundenen Unsicherheiten in Kauf“.

hinweisgebender Personen, etwa im Bereich der Finanzdienstleistungen, zu regeln.<sup>220</sup> Ein umfassendes Änderungs- oder Stammgesetz, das alle wesentlichen Bereiche des Phänomens adressiert und bestehende Schutzlücken schließt, ist bislang nicht in Sicht.<sup>221</sup> Zwar könnte der Bedarf eines umfassenden Gesetzes zum Hinweisgeberschutz mit Verweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Meinungsäußerungsfreiheit verneint werden. Die grundrechtlichen, in Einzelfallabwägungen endenden Ansätze, sollten allerdings nur als Provisorien fungieren. Ihr Verdienst besteht darin, eine Grundlage für weitergehende Diskussionen und Regelungsvorschläge geebnet und den Bedarf nach spezifischen, das Phänomen regelnden Gesetzen, aufgezeigt zu haben. Durch sie wurde auch im juridischen Diskurs anerkannt und unterstrichen, dass es um drängende, grundrechtswesentliche Fragen geht, auf die sich das an die Legislative adressierte Regelungsgebot erstreckt.<sup>222</sup>

Von den allgemeinen Vorbehalten gegenüber der Abwägungspraxis des EGMR einmal abgesehen, ist insbesondere zu begrüßen, dass sich der Gerichtshof des Themas angenommen hat, hierbei die Interessen der demokratischen Öffentlichkeit an den aufgedeckten Informationen besonders berücksichtigt – wofür im Rahmen dieser Arbeit zentral plädiert wird<sup>223</sup> – und weniger auf die oftmals ungewisse, weil in der Zukunft liegende, Abhilfe der Missstände rekurriert. Für künftige Regelungen im deutschen Recht ist noch einmal daran zu erinnern, dass der EGMR sein Modell zum Schutz des Whistleblowings nicht nur auf das Aufdecken von Rechtsverstößen in bestimmten Bereichen begrenzt, sondern auch auf die in der Whistleblowing-Richtlinie aus kompetenziellen Gründen ausgeklammerten Verschlussachen und den Bereich der nationalen Sicherheit erstreckt.

## IV. Motivation

Der EGMR berücksichtigt als ein weiteres Abwägungsmerkmal das Motiv, aus dem die hinweisgebende Person die Informationen aufgedeckt hat.<sup>224</sup> Wer aus

---

<sup>220</sup> Siehe dazu 2. Teil § 3 V.

<sup>221</sup> Der BMJ-Entwurf des HinSchG geht zwar über die Brüsseler Vorgaben hinaus, klammert aber den Bereich der nationalen Sicherheit und auch Verschlussachen fast vollständig aus, s. dazu *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, Verfassungsblog v. 8.8.2022.

<sup>222</sup> Vgl. bereits *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (114); *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4 (5) und 48 (54, 55): der Gesetzgeber müsse die „Abwägungsentscheidung gesetzlich vorstrukturieren“. Zu diesem Gebot s. BVerfGE 77, 170, 230 f.; 49, 89 (126).

<sup>223</sup> Siehe dazu insb. den 2. Teil der Arbeit.

<sup>224</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 77. Gegen eine Berücksichtigung der Motivlage statt vieler: *Herold*, Whistleblower, S. 45 m. w. N. in Fn. 115, S. 343; *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 ff. (452 f.); *ders.*, *Blätter* 10/2013, 63 (70).

persönlichem Groll oder aus Feindschaft handele oder sich persönliche Vorteile, etwa finanzieller Art, verspreche, der verdiene keinen besonderen Schutz.<sup>225</sup> Neben dem Motiv soll auch maßgeblich sein, ob die Person davon ausging, dass ihre Offenlegung im öffentlichen Interesse erfolgte und keine anderen diskreteren Mittel zur Verfügung standen, um dem Fehlverhalten abzuwehren.<sup>226</sup>

Letztgenannter Aspekt ist mit dem vergleichbar, was in der Strafrechtsdogmatik für das subjektive Rechtfertigungselement überwiegend vorausgesetzt wird: die Kenntnis der rechtfertigenden Umstände.<sup>227</sup> Darüber hinaus kann zur Rechtfertigung des Whistleblowings bzw. für einen entsprechenden Ausnahmetatbestand keine altruistische Motivation verlangt werden, sonst würde man in ein systemfremdes Gesinnungsstrafrecht abdriften.<sup>228</sup> Es ist also unbeachtlich, wenn die Person durch ein pekuniäres oder maliziöses Motiv geleitet wird.<sup>229</sup> Die Rechtsprechung des EGMR ist daher, insoweit sie ein bestimmtes Motiv fordert, abzulehnen.<sup>230</sup>

---

<sup>225</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 77.

<sup>226</sup> Ebd.

<sup>227</sup> Siehe etwa *Roxin/Greco*, AT I § 14 Rn. 97 m. w. N.

<sup>228</sup> Ebd. Rn. 99. Aus der Päscht-Entscheidung des BGH geht nicht eindeutig hervor, inwieweit ein subjektives Rechtfertigungselement erforderlich ist. Bzgl. der Frage, ob bei einem schweren Verfassungsverstoß bereits die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung entfalle, meint der BGH, eine Rechtfertigungslösung böte den Vorteil, dass eine „unerwünschte Begünstigung des echten Verräters“ durch „den Einbau von Sicherungen (Wille zur Abstellung des gerügten Mangels [...])“ verhindert werde, BGHSt 20, 342 (368). Schon in früheren Entscheidungen wurde für eine Rechtfertigung ein Verteidigungswille vorausgesetzt, BGHSt 2, 114; 3 198; 5, 247. Doch auch wenn die Meinungsfreiheit als Ausnahmetatbestand konzipiert wird, muss sich der Tatbestandsvorsatz auf dessen Nichtvorliegen beziehen, es sei denn, die positiven Merkmale des geheimnisschützenden Straftatbestands werden bereits restriktiv, im Lichte der Meinungsfreiheit, ausgelegt.

<sup>229</sup> Die Strafrechtsprechung verlangt zwar, dass der Täter durch den Rechtfertigungszweck motiviert sein müsse, allerdings sei „ein Verteidigungswille auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv anzuerkennen, wenn andere Beweggründe (Vergeltung für frühere Angriffe, Feindschaft etc.) hinzutreten. Erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille, das Recht zu wahren, ganz in den Hintergrund tritt, kann von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein“ BGH NJW 2013, 2133 (2135), st. Rspr., s. bereits BGHSt 3, 194 (198); GA 1980, 67.

<sup>230</sup> Vgl. bereits *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (452 f.); *Hans*, Whistleblowing durch Beamte, S. 55 f.; *Kreis*, Whistleblowing, S. 173 f.; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 171 f.; a. A. etwa *Rudkowski*, CCZ 2013, 204 (206): Unbeachtlichkeit des Motivs nur bei erheblichen Rechtsverstößen. Etwas anderes gilt in den Fällen, in denen „haltlose Vorwürfe aus verwerflichen Motiven“ erhoben werden, s. BVerfG NJW 2001, 3474 und vgl. § 164 StGB. Dann handelt es sich aber nicht um Whistleblowing, weshalb sich die hier behandelte Frage nach der Motivation nicht mehr stellt.

Gegen eine Gesinnungsprüfung sprechen auch die in den letzten Jahren für Teilrechtsbereiche durch die deutsche Gesetzgebung geschaffenen Vorschriften zum Schutz des Whistleblowings, § 4d Abs. 6 FinDAG, § 3b Abs. 5 BörsG, § 53 Abs. 5 GwG und § 5 GeschGehG, die allesamt kein derartiges subjektives Merkmal voraussetzen.<sup>231</sup> Dies gilt auch für die Whistleblowing-Richtlinie, die ausdrücklich klarstellt, dass es keine Rolle spielt, aus welchen Gründen die Rechtsverstöße aufgedeckt werden.<sup>232</sup> Der EGMR sollte diese rechtsordnungsübergreifende Entwicklung, die sich in der Mehrheit der Mitgliedstaaten des Europarates vollzieht, künftig berücksichtigen<sup>233</sup> und von der bislang praktizierten Gesinnungsprüfung Abstand nehmen, zumal die parlamentarische Versammlung des Europarats die Vorgaben der Whistleblowing-Richtlinie ausdrücklich begrüßt hat.<sup>234</sup> Schließlich spricht auch eine praktische Erwägung dagegen, ein bestimmtes Motiv zu fordern: Oft wird sich nicht klären lassen, welches Motiv die Person bei der Offenbarung geleitet hat bzw. welches von mehreren Motiven dominierte.

## V. Kritik subjektiv-rechtlicher Konzeptionen

Andreas Fischer-Lescano hinterfragt den Ansatz, über die Legalität des Whistleblowings mittels der Meinungsfreiheit zu entscheiden, weil es dabei nicht nur um die individuelle Freiheit geht, sich in irgendeiner Weise äußern zu dürfen, sondern darum, wesentliche gesellschaftliche und damit die öffentliche Sache betreffende Probleme, wie drängende globale Gerechtigkeitsfragen, zu adressieren.<sup>235</sup>

---

<sup>231</sup> *Brockhaus*, ZIS 2020, 102 (115). In § 5 GeschGehG war ein derartiges Absichtsmerkmal ursprünglich vorgesehen, im Gesetzgebungsverfahren wurde es ganz bewusst gestrichen, ebd. S. 114 f.

<sup>232</sup> Vgl. Art. 7, 10, 16 WBRL sowie ausdrücklich ErwG 32 WBRL a. E. Dementsprechend wird etwa auch bei pekuniären Interessen von Whistleblowern Schutz durch die Richtlinie gewährt.

<sup>233</sup> Auch wenn er dies leider in seiner jüngsten Entscheidung (noch?) nicht getan hat, EGMR, *Gawlik ./ Liechtenstein*, Urf. v. 16.2.2021 – 23922/19, §§ 71, 83.

<sup>234</sup> Council of Europe, Resolution 2300 (2019) v. 1.10.2019; Recommendation 2162 (2019) v. 1.10.2019.

<sup>235</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (444 ff.). Grundlegend: *Menke*, *Kritik der Rechte*; zur Rezeption durch den juristischen Diskurs s. insb. den Sammelband „Gegenrechte“. Während das vormoderne Recht an Tugend, Vernunft und Sittlichkeit gebunden und damit auf eine objektive Gerechtigkeitsordnung gerichtet war – so Menkes Genealogie des modernen subjektiven Rechts – hat das moderne Recht, genauer, die Rechtsform des subjektiven Rechts, hiermit gebrochen. Das moderne Recht legalisiert den Naturzustand, indem es von der Sittlichkeit abstrahiert und nunmehr normativ als schützenswert ausweist, was bislang als egoistisch und amoralisch disqualifiziert wurde. Für die Zukunft

### I. „Fehlrahmung“ des Whistleblowing-Konfliktes

Der einleuchtenden Kritik zufolge bilden Gerichte die gesellschaftliche Bedeutung und das gemeinwohlorientierte Anliegen des Whistleblowings nicht adäquat ab und gewichten es unzureichend, wenn sie den unternehmerischen oder behördlichen Geheimhaltungsinteressen „nur“ ein Individualrecht vermeintlich querulantischer Personen gegenüberstellen. Fischer-Lescano nennt es daher eine „Fehlrahmung des Konflikts“, wenn „subjektive Freiheitsrechte mit kollidierenden Subjektiv- oder Kollektivrechten ins Verhältnis gesetzt werden.“<sup>236</sup>

Die Frage der Legalität des Whistleblowings von der Meinungsfreiheit ausgehend zu beantworten, vermittelt den Eindruck, es würde allein die Freiheit Einzelner verhandelt, nur das Interesse *eines* Subjekts sich zu äußern, sei betroffen, dessen Gewicht gegenüber unternehmerischen und staatlichen Kollektivinteressen intuitiv stark abfällt.<sup>237</sup> Hierdurch wird verschleiert, dass es beim Whistleblowing regelmäßig nicht allein um ein subjektives Recht und weniger um subjektive Interessen geht, als vielmehr um ein öffentliches Interesse oder sogar ein Recht der Öffentlichkeit, von den Missständen zu erfahren. Der subjektiv-rechtliche Ansatz stellt das Problem durch seinen minimalistischen personalen Ausgangspunkt verkürzt dar und kommt im Widerstreit zu den Geheimhaltungsinteressen zu leichtgewichtig daher. Das zeigt sich deutlich, wenn

---

schwebt Menke ein antibürgerliches, antipositivistisches neues Recht in Gestalt der „Gegenrechte“ vor, *Menke*, a. a. O., S. 395 ff. Wobei aus juristischer Perspektive fraglich ist, wie sich diese in ein System integrieren lassen, das in erster Linie aus geschriebenen Regeln und Prinzipien besteht. Rechtswissenschaftlich erscheinen die Vorschläge transsubjektiver Rechte, *Teubner*, in: *Gegenrechte*, S. 357 (360), oder subjektloser Rechte, *Fischer-Lescano*, in: *Gegenrechte*, S. 377 ff., anschlussfähiger, da sie nicht mit der Form des Habens von Rechten und ihrer positivierten Gestalt brechen, sondern darauf abzielen, den Begriff des Rechtssubjekts zu erweitern, indem nicht nur natürliche oder juristische Einzelpersonen, sondern auch eine Mehrzahl von Subjekten wie bestimmte Minderheiten und auch Tiere oder Sachen berechtigt werden.

<sup>236</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (445).

<sup>237</sup> Ebd. S. 445: „Es ist eben nicht einfach so, dass beim Whistleblowing ein individuelles Freiheitsrecht (Meinungs- bzw. Pressefreiheit der Whistleblower) mit individuellen (Urheberrecht als Ausdruck des Eigentumsrechts) oder kollektiven (Staatsräson, Staatssicherheit etc.) Gegenrechten kollidiert. Diese Subjektivierung wird der Komplexität des Konfliktes nicht gerecht. Denn es geht beim Schutz des Whistleblowings nicht um die individualfreiheitssichernde Auflösung der Kollision subjektiver Rechte oder Prinzipien und ihrer Gegenrechte, sondern um Schutz und Selbstbegrenzung inpersonalen Autonomieräume der Kommunikation. Das subjektive Recht selbst ist dann das Problem, das einer angemessenen Thematisierung des Whistleblowings im Wege steht.“; *ders.*, *AuR* 2016, 48 (55): Es gehe beim Whistleblowing nicht nur um einen „bilateralen Konflikt“, sondern es bestünden „polygonale Interessendifferenzen“; s. bereits, *Kreis*, in: *Arbeitsrecht – Für wen und wofür?*, S. 131 ff.

die Arbeitsgerichtsrechtsprechung Whistleblowing in allererster Linie als Widerstreit subjektiver Interessen darstellt.

Fischer-Lescano moniert, dass die Meinungsfreiheit mittels der Technik des Abwägens im Rahmen von Verhältnismäßigkeitsprüfungen sowie der Technik zur Herstellung praktischer Konkordanz<sup>238</sup> von kollidierenden Gemeinschaftsgütern wie öffentlichen Sicherheitsinteressen regelrecht erdrückt werde, was sich teilweise in der Rechtsprechung des EGMR oder im Rechtsdiskurs zu Veröffentlichungen auf WikiLeaks widerspiegele.<sup>239</sup> In der Abwägung würden „nicht einfach Rechts- und Prinzipienfragen entschieden [...], sondern die jeweilige Fassung der Abwägungslage“ stelle das „Ergebnis einer rechtsinternen Reformulierung gesellschaftlicher Konflikte“ dar.<sup>240</sup> Diese „subtile Technik juridischer Halluzination“<sup>241</sup> sei durch das subjektive Recht bzw. den „Schutzbereich des kompakten Individualgrundrechts“ bedingt,<sup>242</sup> das nicht „komplexitätsadäquat“ operiere, das „keinen Begriff von Sozialität“ habe und „keinen Raum für ökologische und soziale Fragen“ lasse sowie „keine Sprache für institutionelle Konflikte“ kenne.<sup>243</sup>

## 2. Öffentliche Interessen in der Rechtsprechung

Die Gerichte setzen, insofern ist die Kritik zu ergänzen, nicht allein subjektive Interessen der hinweisgebenden Person mit entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen ins Verhältnis. Sie beginnen zwar mit einem rein subjektivrechtlichen Ansatz, indem sie zunächst vom meinungsäußernden Subjekt als alleinigen personalen Bezugspunkt ausgehen; jedoch widmen sie dann im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfungen dem „öffentlichen Interesse“ an den weitergegebenen Informationen,<sup>244</sup> dem „legitime[n] Interesse an der öffentlichen Diskussion“, dem „Anrecht der Öffentlichkeit an der Information und Diskussion der betreffenden Fakten“,<sup>245</sup> dem „Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit“, dem „öffentliche[n] Interesse an voller Klärung des Falles“<sup>246</sup>,

<sup>238</sup> Siehe dazu auch *Fischer-Lescano*, KJ 2008, 166 ff.

<sup>239</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (440 f.); *ders.*, *Blätter* 10/2013, 63 (65). Ähnl., zu Abwägungsentscheidungen von ArbG, *Kramme*, *Recht und Politik* 2/2012, 78.

<sup>240</sup> *Fischer-Lescano*, in: *Transnationales Recht*, S. 435 (443).

<sup>241</sup> Ebd. S. 443.

<sup>242</sup> Ebd. S. 446.

<sup>243</sup> Ebd. S. 447.

<sup>244</sup> EGMR, *Guja ./. Moldau*, Urt. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 74; *Heinisch ./. Deutschland*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 66; *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Urt. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 93.

<sup>245</sup> BVerfGE 20, 162 (181) (*Spiegel-Affäre*), abweichendes Votum.

<sup>246</sup> BVerfGE 20, 162 (214) (*Spiegel-Affäre*), tragendes Votum.

dem „erhebliche[n] allgemeine[n] Interesse“ an der Aufklärung eines Verdachts<sup>247</sup> usw. besondere Aufmerksamkeit.<sup>248</sup>

Die Gerichte verharren also nicht in einem rein subjektiv-rechtlichen Ansatz, denn sie bestimmen die Gehalte subjektiver Rechte, unter anderem im Kontext des Whistleblowings, nicht nur anhand individueller, sondern regelmäßig auch mittels transsubjektiver oder kollektiver Interessen. Gerade in den Kommunikationsgrundrechten finden sich mit den Informationsinteressen der Öffentlichkeit bereits deutlich sichtbar transsubjektive Gehalte, die eine nicht-individuelle Dimension der subjektiven Rechte ausweisen.<sup>249</sup> Allgemein ist zu beobachten, dass die Rechtsprechung mittels des Topos der öffentlichen Interessen<sup>250</sup> ständig normatives Material in Abwägungsentscheidungen hineinträgt, das über individuelle Interessen, etwa der hinweisgebenden Person, hinausgeht.<sup>251</sup>

### 3. Paradox individuell-öffentlicher Rechte

Die Einbeziehung des Öffentlichen erscheint allerdings methodisch verschleiert, da die subjektiven Rechte erst im Rahmen der Abwägung mit Allgemeinwohlgehalten aufgeladen werden, beispielsweise wenn der Meinungsfreiheit eines Whistleblowers ein transsubjektives Informationsinteresse der Öffentlichkeit untergeschoben wird.<sup>252</sup> Durch diese Technik geschieht etwas Eigentümliches: Etwas – eine Handlung – wird als subjektives Recht geschützt, weil ein nicht-subjektives, nämlich öffentliches Interesse an dieser Handlung besteht. Dem subjektiven Recht wird also etwas eigentlich Artfremdes, weil vom Subjekt losgelöstes,<sup>253</sup> hinzugefügt, das über das Individualrecht hinausreicht,

---

<sup>247</sup> Ebd. S. 215.

<sup>248</sup> Oder, sofern es um die Anzeige von Straftaten geht, ein „Interesse der Allgemeinheit“ an einer funktionsfähigen Strafrechtspflege, BVerfG, NJW 2001, 3474 (3475), wobei dort auf die allgemeine Handlungsfreiheit i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip und nicht die Meinungsfreiheit abgestellt wird.

<sup>249</sup> Teubner, in: Gegenrechte, S. 357 (361); dazu bereits 1. Teil § 4 I. 4. b); vgl. weiterhin Honneth, Die Idee des Sozialismus, S. 128 f.

<sup>250</sup> Der auch tausendfach als gesetzliches Tatbestandsmerkmal verwendet wird, Uerpmann, Das öffentliche Interesse, S. 3.

<sup>251</sup> Darauf wurde im Kontext des Whistleblowings für Art. 5 und 17 GG bereits hingewiesen, s. Becker, Whistleblowing, S. 78.

<sup>252</sup> So wie der EGMR in seinen Verhältnismäßigkeitsprüfungen insb. auf das „öffentliche Interesse“ an den aufgedeckten Informationen abstellt, EGMR, *Guja v. Moldau*, Urte. v. 12.2.2008 – 14277/04, § 74; *Heinisch ./. Deutschland*, Urte. v. 21.7.2011 – 28274/08, § 66; *Bucur und Toma ./. Rumänien*, Urte. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 93; *Vasilakis ./. Griechenland*, Urte. v. 17.1.2008 – 25145/05, § 39.

<sup>253</sup> Vgl. bereits Kreis, Whistleblowing, S. 109, bei der Anzeige von Rechtsverstößen gehe es „um die Wahrung der Rechtsordnung als überindividuelles Interesse.“ Auch wenn es sich mit dem „Interesse des Arbeitnehmers decken“ möge, so sei „es doch vom Arbeitnehmer zu entpersonalisieren.“



da sich das öffentliche Interesse gerade nicht, zumindest nicht allein, durch das Subjekt und seine Interessen, sondern erst durch einen Bezug auf das Öffentliche bzw. das Allgemeinwohl konstituiert. Die Reichweite des subjektiven Rechts wird also nicht allein durch die Interessen des Subjekts, sondern maßgeblich durch öffentliche Interessen mitbestimmt. Das Subjekt wird nicht allein deshalb geschützt, weil es ein Interesse an der Weitergabe der Informationen, sondern insbesondere, weil die Allgemeinheit ein Interesse hieran hat.

Die Trennung der individuellen von der öffentlichen Sphäre, Errungenschaft und Schwäche des modernen und subjektiven Rechts zugleich, ist praktisch nicht durchzuhalten. Stattdessen verschmelzen die Gerichte das subjektive Recht mit öffentlichen Interessen. Das geschieht erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, indem sie dort – meist ohne nähere Begründung – öffentliche Interessen einführen. Dadurch bleiben Zweifel an der subjektiv-rechtlichen Konzeption verdeckt, die erst bei genauerem Hinsehen aufkommen. Sie führen zu der Frage, ob es nicht einer anderen Konzeption der Rechte bedarf, ob nicht eine andere Form der Rechte anerkannt und entwickelt werden sollte, die die Kritik unter den Begriffen der Gegenrechte,<sup>254</sup> der transsubjektiven oder der subjektlosen Rechte diskutiert.<sup>255</sup>

#### 4. Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch Einzelne

Auf der Grundlage derartiger Konzeptionen der Rechte könnte Individuen verstärkt die Möglichkeit eröffnet werden, nicht nur individuelle Freiheiten, sondern auch transsubjektive Rechtspositionen „geschäftsführend“ wahrzunehmen – in ähnlicher Weise, wie es in § 679 Hs. 2 BGB vorgesehen ist –, um negative rechtliche Sanktionen für Individualverhalten wie legitimes Whistleblowing auszuschließen.<sup>256</sup> Die öffentliche Sache würde nach diesem Ansatz

---

<sup>254</sup> Menke, Kritik der Rechte, S. 381 ff.

<sup>255</sup> Teubner, in: Gegenrechte, S. 357 (360); Fischer-Lescano, in: Gegenrechte, S. 377 ff. Dagegen, Kreis, Whistleblowing, S. 111: „Ein Anzeigerecht, das sich auf Rechtsverstöße zulasten fremder Rechtsgüter erstreckt, muss dogmatisch in das System subjektiver Rechte eingeordnet werden.“ Imperativ, aber ohne überzeugende Begründung, da das subjektive Recht selbst unhinterfragt bleibt: „Denn grundsätzlich hat nur derjenige die Rechtsmacht, bestimmte Interessen zu befriedigen, dessen Interesse schutzwürdig ist und der selbst unmittelbar und direkt in eigenen Interessen betroffen ist.“ Dass auch an das subjektive Recht anzuknüpfen ist, lässt sich eher damit begründen, dass es darum geht, individuelle Sanktionen von der hinweisgebenden Person abzuwenden.

<sup>256</sup> Siehe dazu Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, S. 585: „Das öff. Interesse, das hier nichtrechtliche Züge trägt und dynamisch wechselnder Art ist, dringt in den normativen Bereich ein. Was jeweils nach Meinung der Presse und der Öffentlichkeit ex post für die Gerichte von öff. Interesse ist, schwankt und wechselt; es ist eine dem Tatsächlichen verhaftete Frage und läßt sich rechtlich nicht voll einfangen. Um so bedeutender ist, daß die Rechtsordnung dieses öff. Interesse als berechtigtes Interesse hinnimmt.“

in stärkerem Maße als etwas alle Angehendes und potentiell durch alle Gestaltbares begriffen, wodurch emanzipatorische Anreize freigesetzt werden könnten. Den Rechten würde mit dieser Funktion die ständige, auf Veränderung dringende Auseinandersetzung mit bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen und damit ein sich im politischen Prozess entfaltendes (rechts-)evolutives Potential stärker eingeschrieben als bisher.<sup>257</sup>

Dieser Gedanke klingt schon in der Pätsch-Entscheidung des BGH an, wenn der Gerichtshof bezüglich des aus der Meinungsfreiheit hergeleiteten Rechts, Missstände im öffentlichen Leben zu rügen, ausführt: „Der verantwortungsbewußte Staatsbürger sieht darin nicht nur ein Recht, sondern einen Aufruf zu tätiger Mitarbeit am Staate.“<sup>258</sup> Das Recht der Meinungsfreiheit wird an dieser Stelle so konzipiert, dass es über einen rein subjektiv-rechtlichen Gehalt hinauswächst. Der „Bürger“ erhalte: „ein Stück öffentlicher Kompetenz gegenüber rechtswidrig ausgeübter staatlicher Kompetenz und das heißt, er erhält Gemeinwohlkompetenz – über ein Grundrecht! Denn die öffentliche Rüge von rechtswidrigen Mißständen im öff. Leben geschieht im Gemeinwohlinteresse“.<sup>259</sup> Das Rügerecht „ergibt sich aus einer entsprechenden Gemeinwohlvertretung der Verfassung, die in ihrer institutionellen und individualrechtlichen Sicherung öffentlicher und privater Meinungsfreiheit und in der institutionellen Gewährleistung eines öff. Bereiches liegt.“<sup>260</sup>

Auch im Strafgesetzbuch ist dieser Ansatz mit der ganz überwiegend anerkannten Notstandshilfe zum Schutz von Interessen der Allgemeinheit (vgl. § 34 StGB) und der in § 193 StGB geregelten Wahrnehmung berechtigter (Allgemein-)Interessen zu finden.<sup>261</sup> Im anglophonen Rechtsraum können sich Angeklagte mittels einer *public interest defence* verteidigen, die insbesondere beim Whistleblowing an sich strafrechtlich geschützter Geheimnisse diskutiert wird.<sup>262</sup> Und auch das Konzept des zivilen Ungehorsams erfasst die Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch individuelles Verhalten.

### 5. Transparenzgrundrecht

Anknüpfend an den Gedanken der Wahrnehmung öffentlicher Interessen, könnten Grundrechte im Zusammenspiel mit transsubjektiven Rechtspositionen, insbesondere den permanent eingeflochtenen Allgemeininteressen, über

---

<sup>257</sup> Eventuell liegt hier ein Potential von Rechten, der durch die moderne Rechtsform ermöglichten „Appropriation des Sozialen“ zu widerstehen, Menke, Kritik der Rechte, S. 199. Der Ausbau solcher Rechte darf allerdings nicht dazu führen, und darin dürfte eine der Hauptschwierigkeiten bestehen, (gewalttätigen) Vigilantismus zu legalisieren, s. dazu Delmas, A Duty to Resist, S. 95 ff.

<sup>258</sup> BGHSt 20, 342 (361 f.) (Pätsch).

<sup>259</sup> Häberle, Öffentliches Interesse, S. 363.

<sup>260</sup> Ebd.

<sup>261</sup> Zu diesen Rechtfertigungsgründen s. noch § 2 und § 3.

<sup>262</sup> Siehe dazu noch § 3 III. 2.

ihr klassisches Verständnis als Abwehrrechte hinaus, derart transformiert und institutionalisiert werden, dass sie sich stärker als bisher durch eine „Horizontal-Wirkung gegen gesellschaftliche Machtkonstellationen“ auszeichnen.<sup>263</sup> Anstatt zunächst allein auf das subjektive Recht der Meinungsfreiheit abzustellen, sollte schon im Ausgangspunkt durch einen impersonalen Bezugspunkt deutlicher artikuliert werden, dass die Wahrnehmung öffentlicher und nicht nur subjektiver Interessen verhandelt wird. Dies würde die argumentative Ausgangslage tektonisch verschieben, wenn etwa der Schutz des Whistleblowings nicht über die indifferente, weil vom „Wert“ der Äußerung abstrahierende und deshalb schwache Position des subjektiven Meinens, sondern aus einem Interesse der Allgemeinheit entfaltet wird, das notwendig normative Züge aufweist. Die Meinungen der Einzelnen träten dadurch rechtlich nicht nur als bloß kontingente Partikularinteressen, sondern von vornherein als Ausdruck der öffentlichen Sache in Erscheinung.<sup>264</sup>

Diesem Ansatz kommt das vom BVerfG aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG entwickelte Strafanzeigegrundrecht sehr nah. Denn es wird nicht nur aus dem subjektiven Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit abgeleitet, sondern zugleich mit dem Rechtsstaatsprinzip begründet. Dadurch wird von Anfang an deutlich, dass es nicht nur um den rechtlichen Schutz eines beliebigen Wollens geht, das sich in der Handlung eines Subjekts manifestiert, sondern um ein Verhalten, das im öffentlichen Interesse erfolgt, an dessen Vornahme ein rechtsstaatliches Interesse besteht, weil es den zuständigen Behörden ermöglicht, den Rechtsverstößen abzuhelpen und das es daher besonders zu schützen gilt.<sup>265</sup> Ähnliches gilt auch für die Petitionsfreiheit, die keine subjektive Betroffenheit voraussetzt, sondern das Recht einräumt, rechtserheblich für andere bzw. die Allgemeinheit einzutreten.<sup>266</sup>

Damit das aus dem Rechtsstaatsprinzip begründete Grundrecht anwendbar ist, muss zumindest ein Gesetzesverstoß vorliegen.<sup>267</sup> Fehlt ein solcher, lässt sich aus der Handlungsfreiheit in Verbindung mit dem verfassungsrechtlich anerkannten Publizitätsprinzip ein Transparenzgrundrecht begründen. Denn

---

<sup>263</sup> Teubner, in: Gegenrechte, S. 357 (369).

<sup>264</sup> Ablehnend zu einem „status procuratoris [...]“, der es ermöglicht, an Normwahrung und -durchsetzung teilzuhaben“, Kreis, Whistleblowing, S. 111.

<sup>265</sup> Das subjektive Recht nimmt in dieser Konzeption eine Zwischenform an, die als Kitt zwischen Subjekt und öffentlichem Interesse fungiert. Sie dient dazu, das Subjekt vor einer Sanktion zu bewahren. Nicht allein, um dessen spezifische Freiheit zu schützen, sondern insbesondere, weil die Offenbarungshandlung im öffentlichen Interesse liegt.

<sup>266</sup> Colneric, AiB 1987, 260 (264) m. w. N. Der Petitionsfreiheit „läßt sich die Wertung entnehmen, daß es legitim ist, für den Schutz anderer und die Interessen der Allgemeinheit einzutreten.“, ebd. S. 265.

<sup>267</sup> Bislang hat das BVerfG dieses Grundrecht nur bei der Anzeige von Straftaten angewendet. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte es auch bei anderen Rechtsverstößen Anwendung finden, 1. Teil § 5 IV. 2.

aus diesem Prinzip, das sich aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) herleitet, lässt sich ein Offenbarungsrecht begründen, auf das sich eine einzelne Person im Namen der Allgemeinheit berufen kann und das sich, wenn man an der zumindest teilweisen subjektiv-rechtlichen Konstruktion festhält, wiederum über die allgemeine Handlungsfreiheit mit dem Subjekt verbinden lässt.

## VI. Für eine Berücksichtigung auf Tatbestandsebene

Wo und wie Grundrechte im Straftataufbau zu berücksichtigen sind, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>268</sup> Hier wird dafür plädiert, bereits die Straftatbestände grundrechtskonform auszulegen bzw. die Grundrechte als Ausnahmetatbestände anzuwenden. Vertreten wird aber auch, erst die Rechtfertigungsgründe im Lichte der Grundrechte zu interpretieren oder sie selbst als Rechtfertigungsgründe anzuwenden.

Nicht nur allgemein, sondern auch spezifisch hinsichtlich des Verhältnisses der Meinungsfreiheit zu den geheimnisschützenden Straftatbeständen und den in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründen, ergibt sich aus Rechtsprechung, Literatur und einzelnen Vorschriften ein bruchstückhaftes Bild.<sup>269</sup> Das BVerfG hat die Tatbestände des Landesverrats in der Spiegel-Entscheidung restriktiv, im Lichte der Meinungsfreiheit, ausgelegt.<sup>270</sup> Nach § 5 Nr. 1 GeschGehG stellt die Meinungsfreiheit einen Ausnahmetatbestand dar, bei dessen Vorliegen bereits keine tatbestandsmäßige Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses im Sinne des § 23 GeschGehG gegeben ist. Im Fall *Pätsch* hat der BGH einen Rechtfertigungsgrund aus der Meinungsfreiheit entwickelt, der auf

---

<sup>268</sup> Grundlegend dazu: *Appel*, Verfassung und Strafe, S. 165 f.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 464 ff.; *Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Eine bestimmte Dogmatik hat sich in diesen Fragen noch nicht etabliert, vgl. etwa *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 65a.

<sup>269</sup> Dasselbe trifft auf die Frage zu, ob sich die Meinungsfreiheit schon i. R. d. § 185 StGB auswirkt (s. etwa *Valerius*, in: BeckOK StGB § 185 Rn. 31), erst bei § 193 StGB heranzuziehen ist (s. etwa *Fischer*, StGB § 193 Rn. 17; BVerfGE 24, 278 (282); 42 143 (152); 61, 1 (12); vgl. auch *Eisele/Schittenhelm*, in: Sch/Sch § 193 Rn. 15), sich auf beiden Ebene auswirken kann (BVerfGE 93, 266 (292 f.) („Soldaten sind Mörder“)) oder § 193 StGB durch Art. 5 GG fast vollständig konsumiert werde und daher kaum noch eine eigenständige Bedeutung habe, weshalb die Meinungsfreiheit „nicht nur den Maßstab für die Konkretisierung des § 193 [liefert], sondern [...] selbst der in Frage kommende Rechtfertigungsgrund“ sei, *Hilgendorf*, in: LK, § 193 Rn. 4; a. A. *Zaczyk*, in: NK § 193 Rn. 6, die Vorschrift sei aus sich heraus auszulegen und stelle keine Ausprägung der Meinungsfreiheit dar. Aus einem „Freiheitsgrundrecht des einen“ könne kein „Eingriffsrecht in ein Rechtsgut des anderen“ abgeleitet werden.

<sup>270</sup> BVerfGE 20, 162 (177 ff.).

die §§ 93 ff. StGB und § 353b StGB Anwendung findet.<sup>271</sup> Auch Luxemburger Gerichte haben die EGMR-Rechtsprechung zu Art. 10 EMRK und damit die Meinungsfreiheit in der Lux-Leaks-Affäre als Rechtfertigungsgrund angewendet.<sup>272</sup> Weiterhin wird in der Literatur vertreten, die höchstrichterlichen grundrechtlichen Wertungen zum Whistleblowing sollten bei der Prüfung von § 34 StGB berücksichtigt werden, namentlich im Rahmen der Erforderlichkeit oder der Interessenabwägung.<sup>273</sup> Bezüglich § 203 StGB wird außerdem vorgeschlagen, die grundrechtlichen Wertungen über eine analoge Anwendung von § 193 StGB ins Strafrecht zu tragen.<sup>274</sup>

Auch wenn diese strafverfassungsrechtliche Frage hier nicht abschließend beantwortet wird, gerade weil die Arbeit für eine gesetzliche Regelung eintritt,<sup>275</sup> wird für eine Berücksichtigung der Meinungsfreiheit schon auf der Ebene der geheimnisschützenden Straftatbestände plädiert.

---

<sup>271</sup> Siehe oben unter II. 1. Bzgl. schwerer Verfassungsverstöße hat er offengelassen, ob nicht bereits die Tatbestandsmäßigkeit entfällt, BGHSt 20, 342 (368).

<sup>272</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 15.3.2017 – 117/17 X; Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 11.1.2018 – 3912.

<sup>273</sup> *Reinbacher*, in: Leitner/Rosenau UWG § 17 Rn. 43; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 177. Für eine Berücksichtigung auf Rechtfertigungsebene, offenlassend, ob bei § 34 StGB oder als Rechtfertigungsgrund eigener Art, *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 120.

<sup>274</sup> So etwa *Tiedemann*, JZ 1969, 717 (721 f.); abl. etwa *Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, S. 49 ff.

<sup>275</sup> Die unterschiedliche Verortung der Grundrechte im Delikttaufbau dürfte sich grds. materiell- und prozessrechtlich nicht unterschiedlich auswirken. Ausnahmsweise gilt etwas anderes, etwa wenn der Täter in Unkenntnis der Umstände handelt, die seine Strafbarkeit wegen des Grundrechts ausschließen. Wird das Grundrecht tatbestandlich berücksichtigt, etwa als Ausnahmetatbestand, würde er dann zwar nicht den objektiven Tatbestand erfüllen, könnte sich aber wegen eines untauglichen Versuchs strafbar machen. Berücksichtigt man es erst auf Rechtfertigungsebene, würde das subjektive Rechtfertigungselement fehlen und es wäre nach der Rspr. von einer Vollendungsstrafbarkeit auszugehen, s. etwa BGH NSTZ 2005, 332 (334); für eine Versuchsstrafbarkeit hingegen die Lit., s. etwa *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 15 m. w. N. Unterschiede können sich auch ergeben, wenn der Täter irrig Umstände annimmt, die eine Strafbarkeit ausschließen würden. Es läge dann entweder ein Tatbestandsirrtum und damit eine nicht teilnahmefähige Tat vor oder ein Erlaubnistatbestandsirrtum, bei dem die Teilnahmefähigkeit etwa nach der sog. rechtsfolgenverweisenden eingeschränkten Schuldtheorie (so auch BGH NSTZ 2012, 272 ff.) bejaht wird. Prozessual kann sich die Verortung eigentlich nicht unterschiedlich auswirken, weil wegen der Grundregel *in dubio pro reo* im Zweifelsfall Merkmale eines Ausnahmetatbestands genauso unterstellt werden müssten wie Merkmale eines Rechtfertigungsgrundes. Denkbar ist höchstens, dass Gerichte den Zweifelssatz eher auf Tatbestands- als auf Rechtfertigungsebene anwenden, denn wenn einmal die Hürde der Begründung der Strafbarkeit genommen, d. h. der Straftatbestand bejaht wurde, wird die Rechtswidrigkeit als „indiziert“ angesehen. Diese „Indizwirkung“ „erinnert an eine Beweislastregel“, *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel des § 34 StGB, S. 48.

Die Differenzierung zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit wird unter anderem mit der „Apellfunktion des Tatbestandes“ begründet.<sup>276</sup> Mit dem Tatbestand werde der Täter wie durch ein „Warnsignal“ dazu angehalten, sich besondere Gedanken über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu machen.<sup>277</sup> Durch den Tatbestandsvorsatz könne der Täter „die strafrechtliche Relevanz (generelle Rechtswidrigkeit) seiner Handlung“ erkennen und „sorgfältig [...] prüfen, ob ausnahmsweise die Handlung rechtfertigende Umstände vorliegen.“<sup>278</sup>

Erlaubt die Meinungsfreiheit Whistleblowing, sollten die Straftatbestände gerade keine derartige Appell- oder Warnfunktion entfalten. Bei einem eindeutig strafunwürdigen Verhalten sollten potentielle hinweisgebende Personen gerade nicht durch eine Warnung verunsichert werden. Denn insbesondere beim Whistleblowing besteht die Gefahr, dass sich Personen von einer Offenbarung abschrecken lassen, wenn sie es für möglich halten, dass ihr Verhalten einen geheimnisschützenden Straftatbestand erfüllt.<sup>279</sup> Derartige *chilling effects* gilt es zu vermeiden. Entfällt bei eindeutig nicht strafwürdigem Whistleblowing erst die Rechtswidrigkeit, geht hiervon das falsche Signal für potentielle Hinweisgeber aus, denn es wird der Eindruck erweckt, etwas grundsätzlich Falsches zu tun, das nur im Ausnahmefall gerechtfertigt werden könne.

Wird eine Offenbarung von Informationen grundrechtlich geschützt, dann erscheint es auch normtheoretisch widersprüchlich, die gegenüber dem Grundrecht inferiore strafrechtliche Verschwiegenheitspflicht als verletzt anzusehen. Vielmehr leuchtet es ein, dass die höherrangige Grundrechtsnorm das einfachgesetzliche strafrechtliche Verbot verdrängt, wenn sie das in Rede stehende Verhalten erlaubt.<sup>280</sup> Auf diesem Verständnis scheint auch die Wechselwir-

---

<sup>276</sup> Jescheck, AT § 31 I 2; Naka, JZ 1961, 210 ff.: „Apellfunktion des Tatbestandsvorsatzes“.

<sup>277</sup> Jescheck, AT § 31 I 2.

<sup>278</sup> Naka, JZ 1961, 210.

<sup>279</sup> Diese Erwägung wurde schon im Gesetzgebungsverfahren zum Geschäftsgeheimnisgesetz eingebracht, s. dazu Brockhaus, ZIS 2020, 102 (111); vgl. auch BVerfGE 93, 266 (292) („Soldaten sind Mörder“), die Meinungsfreiheit verbiete eine Auslegung der §§ 185 ff. StGB, „von der ein abschreckender Effekt auf den Gebrauch des Grundrechts ausgeht, der dazu führt, daß aus Furcht vor Sanktionen auch zulässige Kritik unterbleibt“, st. Rspr., s. auch BVerfGE 43, 130 (136) (*Flugblatt*).

<sup>280</sup> Vgl. bereits Heinitz, in: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, S. 10 f., der sich gegen einen auf die Meinungsfreiheit gestützten Rechtfertigungsgrund und unter Verweis auf die Rspr. des BVerfG für eine Tatbestandsauslegung im Lichte des Grundrechts ausspricht; auf eine Abwägung käme es dann nicht an. Wenn der Straftatbestand grundrechtskonform ausgelegt werden könne, stelle sich die Frage einer Normenkollision, in der das Grundrecht vorgehen müsse, nicht. Siehe auch A. Arndt, Landesverrat, S. 78: „Ist es nach Art. 5 Abs. 1 GG ein sogar verfassungskräftig verbürgtes Recht, etwas zu tun, so kann es nicht nach § § 99, 100 StGB [a. F.] rechtlich erforderlich sein, dasselbe zu unterlassen.“

kungslehre des BVerfG zu beruhen, bei deren Anwendung die Meinungsfreiheit bereits bei der Auslegung des Straftatbestands berücksichtigt wird.<sup>281</sup> Für eine Verortung der grundrechtlichen Wertungen auf Tatbestandsebene spricht weiterhin, dass auch die Gesetzgebung diesen Ansatz jüngst mit § 5 Nr. 1 GeschGehG gewählt hat. Nach dieser als Ausnahmetatbestand konzipierten Vorschrift ist die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses erlaubt, wenn sie zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung erfolgt. Greift der Ausnahmetatbestand ein, ist eine Strafbarkeit wegen § 23 GeschGehG ausgeschlossen.

## VII. Zusammenfassung

Whistleblowing von Überschreitungen geheimdienstlicher Überwachungsbefugnisse kann nach der Rechtsprechung des BGH und des EGMR von der Meinungsfreiheit geschützt sein. Danach erlaubt das Grundrecht in bestimmten Fällen die unmittelbare Veröffentlichung strafrechtlich zumindest *prima facie* geschützter Staatsgeheimnisse. Die Schwierigkeit besteht darin, im Vorhinein zu erkennen, ob das Gericht die Aufdeckung als grund- bzw. menschenrechtlich geschützt ansehen wird. Aus der Pätsch-Rechtsprechung geht etwa nicht eindeutig hervor, ob Missstände prinzipiell zunächst intern zu rügen sind oder alternativ direkt mittels Petition gegenüber Mitgliedern der Parlamente gerügt werden dürfen. Auch den Entscheidungen des EGMR lässt sich ein Vorrang interner Meldungen nicht zweifelsfrei entnehmen. Ein strikter Vorrang der internen Meldung widerspräche den Rechtsentwicklungen der letzten Jahre, insbesondere der Whistleblowing-Richtlinie, wäre aber auch vor dem Hintergrund der strafrechtlichen Rechtfertigungsdogmatik nicht zu halten, denn es muss nachgewiesen werden, dass das gegenüber einer externen Meldung oder einer Veröffentlichung mildere Mittel auch geeignet und gleich wirksam war. Beide Gerichte begründen mittels Abwägungen für bestimmte Situationen ein Recht zur unmittelbaren Veröffentlichung.<sup>282</sup>

Der BGH hat aus seiner Abwägungsentscheidung ein starres Modell entwickelt, bei dessen künftiger Anwendung keine Abwägung erforderlich ist, da die Zulässigkeit der Offenbarungsart von der Schwere des aufgedeckten Rechtsverstoßes abhängt. Bei Verstößen gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung ein unmittelbares Veröffentlichungsrecht anzuerkennen, war

---

<sup>281</sup> BVerfGE 20, 162 (177 f., 180 f.). Unter Verweis auf diese Rspr. hat sich auch *Stree*, ZStW, 1966, 663 (688), für eine Tatbestandslösung ausgesprochen; vgl. bereits *ders.*, JZ 1963, 527 (530).

<sup>282</sup> Der BGH meint: „Bei Abwägung der im Widerstreit liegenden Belange ergibt sich, dass keinem von beiden der unbedingte Vorrang eingeräumt werden kann.“ BGHSt 20, 342 (362). „Die Entscheidung des Widerstreits der Belange des Staates und des Grundrechts des Staatsbürgers kann nur in einem nach Güter- und Pflichtenabwägung vorgenommenem Ausgleich liegen“ ebd. S. 363.

ein wichtiger Schritt, der in der Regelung der „illegalen“ Staatsgeheimnisse in § 93 Abs. 2 StGB aufgegangen ist. Allerdings werden Veröffentlichungen auf der Grundlage dieser Rechtsprechung faktisch fast nie erlaubt sein, denn derart gravierende Rechtsverstöße sind selten, und was unter einem Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung zu verstehen ist, darüber werden die Meinungen im Einzelfall weit auseinandergehen – bislang ist etwa kein Fall bekannt, in dem ein Gericht diese Voraussetzungen bejaht hat.<sup>283</sup>

Demgegenüber beschränkt sich der EGMR, was durch die rechtsgebietsübergreifende Geltung der EMRK teils nachvollziehbar ist, auf Einzelfallabwägungen, die aber kaum vorhersehbar sind und deren Abwägungsvorgänge auch retrospektiv undurchsichtig bleiben.

Die Rechtsprechung beider Gerichtshöfe hat weiterhin gezeigt, dass sich der Interessenwiderstreit nicht in einem Konflikt zwischen Grundrecht und Geheimhaltungsinteressen erschöpft, sondern, dass insbesondere öffentliche Interessen an den Informationen zu berücksichtigen sind,<sup>284</sup> weshalb ein rein subjektiv-rechtlicher Ansatz zu kurz greift. Das regt an, über neue Rechte und Rechtsformen nachzudenken, im hiesigen Zusammenhang über ein Transparenzgrundrecht.

Neben den hervorgehobenen positiven Entwicklungen in der Judikatur und neben der Kritik hat sich insgesamt einmal mehr gezeigt, dass mit dem Whistleblowing grundrechtswesentliche Fragen verhandelt werden, die schon aus Gründen der Vorhersehbarkeit der Rechtspraxis nicht länger durch grundrechtliche Einzelfallabwägungen entschieden, sondern gesetzlich ausdifferenziert werden sollten. Der Schutz von Whistleblowing und vergleichbaren Handlungsweisen sollte darüber hinaus auch verfassungsrechtlich ausdrücklich verankert werden. Das skizzierte Transparenzgrundrecht, welches sich normativ aus dem demokratieprinzipiellen Publizitätsprinzip herleitet, eignet sich dazu besonders.

---

<sup>283</sup> Auch wenn dies im Fall *Pätsch* angezeigt gewesen wäre, s. 1. Teil § 4 II. 3.

<sup>284</sup> Der BGH verwendet die Begriffe „öffentliches Interesse“ oder „Informationsinteresse der Öffentlichkeit“ in der *Pätsch*-Entscheidung zwar nicht, jedoch zeigt sich ein solches Interesse deutlich in dem von ihm entwickelten „Rügerecht“, vgl. *Häberle*, Öffentliches Interesse, S. 368.





## § 2 Rechtfertigender Notstand

Ist der Geheimnisschutz nicht schon tatbestandlich ausgeschlossen und ist auch keine spezielle Anzeigepflicht oder Offenbarungsbefugnis einschlägig,<sup>1</sup> wird beim externen und öffentlichen Whistleblowing insbesondere der rechtfertigende Notstand gemäß § 34 StGB bzw. § 228 BGB (analog) als Rechtfertigungsgrund diskutiert.<sup>2</sup> Das erscheint naheliegend, weil bei diesem Rechtfertigungsgrund eine Interessenabwägung vorzunehmen ist, in der Geheimhaltungs- und Offenlegungsinteressen gegeneinander abzuwägen wären. Bei genauerer Betrachtung steht eine Rechtfertigung des Whistleblowings wegen Notstands jedoch vor einer Reihe von Problemen, die im Folgenden näher untersucht werden.

### I. Whistleblowing im öffentlichen Dienst

Deutsche Gerichte haben § 34 StGB im Kontext des Whistleblowings, soweit ersichtlich, bislang nur in einer Entscheidung thematisiert. In anderen Ländern

---

<sup>1</sup> Zu diesen s. bereits 2. Teil § 3.

<sup>2</sup> Siehe etwa *Brammsen*, Lauterkeitsstrafrecht, UWG § 17 Rn. 61 m. w. N.; *Erb*, FS Roxin, 1103 (1104); *Eufinger*, ZRP 2016, 229 (230); *Kasiske*, ZJS 2016 628 (634); *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 93 ff.; *Reinbacher*, KriPoZ 2018, 115 (117 f.); *ders.*, in: *Leitner/Rosenau* UWG § 17 Rn. 43; *Rengier*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG § 17 Rn. 47; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 139. – Es ist aber bereits eine Rechtfertigung wegen *Notwehr* bzw. *Notwehrhilfe* in Betracht zu ziehen, wenn das Whistleblowing dazu dient, einen Angriff auf Individualrechtsgüter abzuwenden (s. dazu noch unter II. 2. d)). § 32 StGB setzt nicht voraus, sich oder andere eigenhändig und gewaltsam zu verteidigen. Erfasst wird auch die Inanspruchnahme hoheitlicher oder privater Hilfe, *Erb*, in: *MK* § 32 Rn. 116. Zu beachten ist aber, dass sich die Verteidigung gegen die Rechtsgüter des Angreifers richten muss. Nach gängiger Dogmatik können nur Menschen Angreifer sein, weshalb juristische Personen nicht „als Angreifer in Erscheinung treten“ könnten, *ebd.* Rn. 58 m. w. N. Es sei auch kein „Angriff der juristischen Person zu fingieren, wenn die für sie tätigen natürlichen Personen fremde Rechtsgüter beeinträchtigen“, so die h. M. Beim Whistleblowing liegt regelmäßig die Situation vor, dass Geheimnisse einer juristischen Person aufgedeckt werden. Eine Rechtfertigung der Geheimnisverletzung wegen Notwehr scheidet dann auf der Grundlage der h. M. aus. Die Verantwortlichkeit einer juristischen Person für Missstände wird aber i. R. d. Defensivnotstands berücksichtigt, s. noch unter IV.

wurde eine Rechtfertigung wegen vergleichbarer Rechtsfiguren, etwa einer *defence of necessity* (Großbritannien) oder einem *état de nécessité* (Luxemburg) in verschiedenen Strafprozessen verhandelt, im Ergebnis aber abgelehnt.

### 1. Deutsche Gerichtsentscheidungen (Pätsch, Sächsischer Datenschutzbeauftragter)

Ob der rechtfertigende Notstand beim Whistleblowing durch Beamte anwendbar ist, haben deutsche Gerichte bislang nicht klar beantwortet. In der grundlegenden Pätsch-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1965 wurde das Grundrecht der Meinungsfreiheit als Rechtfertigungsgrund eingeführt (s. o. unter § 1 II. 1.). Eine Rechtfertigung durch (übergesetzlichen) Notstand – die Vorschrift des § 34 StGB trat erst zehn Jahre nach der Entscheidung in Kraft<sup>3</sup> – wurde allerdings nicht geprüft,<sup>4</sup> obwohl der Sachverhalt dafür Anhaltspunkte bot. Denn der Geheimdienstmitarbeiter Pätsch wollte durch die Offenlegung erreichen, dass die verfassungswidrigen Überwachungspraktiken<sup>5</sup> beendet werden.

Demgegenüber hat das LG Dresden, im Fall des Sächsischen Datenschutzbeauftragten, die Anwendbarkeit und Voraussetzungen des § 34 StGB bejaht.<sup>6</sup> Allerdings handelte es sich dabei um eine überschießende Begründung, da der Angeklagte durch die Veröffentlichung schon keine wichtigen öffentlichen Interessen im Sinne des § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB gefährdet hatte und das LG deshalb bereits die Straftatbestandsmäßigkeit verneinte.

In der Revision bestätigte der BGH die Entscheidung,<sup>7</sup> hob allerdings hervor, dass mangels Straftatbestandsmäßigkeit offenbleiben könne, ob der Angeklagte durch § 34 StGB gerechtfertigt gewesen sei. Dazu meinte der Senat noch: „Die vom Landgericht getroffenen Feststellungen tragen diesen Schluß nicht ohne weiteres.“<sup>8</sup> Whistleblower in Behörden können deshalb eher nicht damit rechnen, dass Gerichte sie wegen § 34 StGB als gerechtfertigt ansehen werden.

---

<sup>3</sup> Am 1.1.1975 (2. Strafrechtsreformgesetz, BGBl. I. 1969, S. 717). Schon in der Weimarer Republik wurde die Einführung einer entsprechenden Vorschrift diskutiert und in verschiedenen Entwürfen vorgeschlagen, s. im Einzelnen, *Zieschang*, in: LK § 34 Entstehungsgeschichte sowie Rn. 1 ff. Zudem war der rechtfertigende Notstand auch schon in § 39 StGB-E1962 vorgesehen. Im Jahr 1968 galt bereits die Notstandsvorschrift des § 12 OWiG a. F. (heute § 16).

<sup>4</sup> Der Begriff wird nur einmal beiläufig bei der Wiedergabe einer Ansicht verwendet, BGHSt 20, 342 (358) = juris Rn. 208.

<sup>5</sup> Siehe eingehend dazu 1. Teil § 4 II. 3.

<sup>6</sup> LG Dresden, Urt. v. 7.11.2011 – 420 Js 49212/00, S. 20 ff. (unveröffentlichte Entscheidung); zu Sachverhalt und Entscheidungsgründen s. bereits 1. Teil § 5 III. 3. a), 2. Teil § 3 III. 2.

<sup>7</sup> BGHSt 48, 126 (131 unten) = juris Rn. 18.

<sup>8</sup> Ebd. S. 131 = juris Rn. 17.

## 2. Persönlicher Anwendungsbereich des § 34 StGB

Allgemein ist schon die Frage umstritten, ob sich Beamte im Dienst überhaupt auf § 34 StGB berufen können.<sup>9</sup> Die Literatur vertritt teilweise, die Notstandsvorschrift sei unanwendbar, wenn eine Person als Amtsträger handle.<sup>10</sup> Andernfalls würden öffentlich-rechtliche Vorschriften relativiert, die staatliche Gewaltausübung an gesetzlich geregelte Voraussetzungen binden und dadurch begrenzen.<sup>11</sup> Der rechtfertigende Notstand sei zu unbestimmt, um dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes zu genügen, der für staatliches Handeln gelte.<sup>12</sup> Nach dieser Ansicht wären hinweisgebende Beamte, die eine an sich strafbare Geheimnisverletzung begehen, wohl nicht durch § 34 StGB gerechtfertigt. Es sei denn, ihr Handeln wird, gerade weil sie „auf eigene Faust“ und damit außerhalb staatlich-institutionalisierter Strukturen handeln, als „privat“ bewertet.<sup>13</sup> Die Argumentation mit dem Gesetzesvorbehalt überzeugt beim Whistleblowing aber nicht, denn dort geht es nicht um einen Eingriff des Staates in Bürgerrechte, sondern um einen Eingriff eines Beamten in die Geheimnisphäre des Staates. Durch die Offenlegung des Geheimnisses werden nicht die Interessen von Bürgerinnen und Bürgern verletzt, sondern sie erfolgt vielmehr in deren Interesse.<sup>14</sup>

Die h. M. hält den rechtfertigenden Notstand jedenfalls für grundsätzlich anwendbar, solange keine abschließenden öffentlich-rechtlichen Sonderregelungen vorliegen, die § 34 StGB als spezialgesetzliche Eingriffsnormen vorgehen.<sup>15</sup> So kann etwa eine heimliche Telekommunikationsüberwachung, die in Persönlichkeitsrechte der Betroffenen eingreift, normalerweise nur durch die spezifischen gesetzlichen Vorschriften (z. B. § 100a StPO) gerechtfertigt sein.<sup>16</sup> Auf der Grundlage der h. M. könnte auch vertreten werden, dass beamtenrechtliche Vorschriften zur Einhaltung des Dienstwegs (§ 125 BBG) dazu verpflichten, Missstände zunächst intern zu melden und der Notstandsvorschrift damit als Spezialgesetz grundsätzlich vorgehen.<sup>17</sup>

---

<sup>9</sup> Siehe dazu etwa *Pawlik*, Notstand, S. 186 ff.; *Zieschang*, in: LK § 34 Rn. 34 ff. Zur parallelen Diskussion bei der Notwehr, *Roxin/Greco*, AT I § 15 Rn. 108 ff.

<sup>10</sup> Etwa *Pawlik*, Notstand, S. 207. Allerdings mit Ausnahmen, siehe S. 213 ff.

<sup>11</sup> Ebd. S. 189.

<sup>12</sup> Ebd. S. 198 f., 201.

<sup>13</sup> Vgl. bereits I. Teil § 5 II. 3.

<sup>14</sup> *Pawlik*, Notstand, S. 207 f., ist hingegen der Ansicht, § 34 StGB sei selbst dann gesperrt, wenn nur Rechtsgüter der Allgemeinheit betroffen wären.

<sup>15</sup> So die st. Rspr.: etwa BGH NSTZ 2005, 31, und Teile der Lit., u. a. *Roxin/Greco*, AT I § 16 Rn. 104.

<sup>16</sup> *Roxin/Greco*, AT I § 16 Rn. 104. In außergewöhnlichen Fällen komme jedoch ausnahmsweise auch eine Rechtfertigung durch § 32 oder § 34 StGB in Betracht, s. BGHSt 31, 304 (307).

<sup>17</sup> Siehe hierzu noch III. 3. b).

Weiterhin vertritt die Literatur zum Teil, dass der rechtfertigende Notstand stets anwendbar sei. Da Amtsträger den Straftatbeständen wie andere Personen unterworfen seien, müssten für sie spiegelbildlich dieselben Rechtfertigungsgründe gelten wie für andere Personen.<sup>18</sup>

Der Streit wird an dieser Stelle nicht weiter vertieft. Hier reicht es, festzustellen, dass beim Whistleblowing durch Beamte schon bezüglich der persönlichen Anwendbarkeit des § 34 StGB Zweifel bestehen und die Vorschrift angesichts des dargestellten Meinungsspektrums keine – auch nicht nach der h. M. – hinreichende Rechtssicherheit vermittelt.

### 3. Britische Rechtspraxis (*Shayler, Gun*)

Die Unsicherheit bezüglich der Anwendbarkeit des rechtfertigenden Notstands beim Whistleblowing durch Beamte hat sich auch in Großbritannien gezeigt. In zwei prominenten britischen Strafprozessen der 2000er-Jahre ging es um die Frage, ob die vergleichbare *defence of necessity*<sup>19</sup> beim Whistleblowing durch Geheimdienstmitarbeiter anwendbar ist.

Bei dieser *defence* macht die Verteidigung vereinfacht gesagt Umstände geltend, aufgrund derer sich die angeklagte Person zum Gesetzesbruch entschlossen hat, um ein größeres Übel zu verhindern.<sup>20</sup> Wie beim Notstand muss eine akute Gefahr vorliegen. Zudem ist auch bei der *defence* zu prüfen, ob ein milderes Mittel zur Verfügung stand. Außerdem zeichnet sich diese, wie § 34 StGB, durch eine Abwägung der beeinträchtigten und der geschützten Interessen aus.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Siehe etwa für die Notwehr *Schmidhäuser*, JZ 1991, 937 (938). Weitere Nachweise bei *Pawlik*, Notstand, S. 191 f. und *Zieschang*, in: LK § 34 Rn. 35.

<sup>19</sup> Begründung, Anwendungsbereich und Voraussetzungen dieser (ungeschriebenen) *defence* des Common Law sind nach wie vor umstritten. Siehe überblicksartig Law Com No 230, S. 76 ff. Rn. 3.125 ff. und im Einzelnen *R (Nicklinson) v. Ministry of Justice* [2013] EWCA Civ 961; [2014] 2 All ER 32 Rn. 25. Beim Whistleblowing kommen außerdem spezifische in den jeweiligen Strafvorschriften vorgesehene *defences* in Betracht. Zudem enthalten einige Strafgesetze zum Schutz geheimer Informationen tatbestandliche Ausnahmen (*exemptions*).

<sup>20</sup> *Brudner*, Oxford Journal of Legal Studies 7 (1987), 339 (340). Eine *defence* ist allerdings nur bedingt mit einem Rechtfertigungsgrund nach deutscher Strafrechtsdogmatik vergleichbar. Während ungeschriebene Rechtfertigungsgründe hierzulande die Ausnahme bilden, ergeben sich die *defences* in Großbritannien in erster Linie aus dem Common Law, etwa auch die *self-defence*. Sie werden nicht von Amts wegen berücksichtigt, sondern müssen von der Verteidigung erhoben werden. Zudem hat sich eine bestimmte Dogmatik zur Unterscheidung von rechtfertigenden und entschuldigenden *defences* noch nicht etabliert, s. etwa *Ormerod/Laird*, Smith and Hogan's, Text, Cases, and Materials on Criminal Law, S. 437.

<sup>21</sup> Folglich wird § 34 StGB in der englischen Literatur als *justifying necessity* übersetzt, s. *du Bois-Pedain*, in: *Homicide Law in Comparative Perspective*, S. 59.

Im Strafprozess gegen David Shayler wurde die Frage in drei Instanzen unterschiedlich beantwortet. Der Angeklagte war als Mitarbeiter des Inlandsgeheimdienstes MI5 tätig gewesen und hatte aufgedeckt, dass der Secret Service drei Minister der Labour Partei überwacht hatte.<sup>22</sup> Mit der Weitergabe der Informationen wollte Shayler den „institutionellen Machtmissbrauch“ und „weit verbreitete Rechtswidrigkeiten“ innerhalb des Geheimdienstes aufdecken.<sup>23</sup> Eine interne Rüge hielt er für aussichtslos und befürchtete, dass sie zu einer Verschleierung der Überwachungen führen würde. Daher gab er die Informationen direkt an die Redaktion der *Mail on Sunday* weiter.

Shayler wurde wegen Verstößen gegen den Official Secrets Act 1989 (i. F. OSA) angeklagt. Dieses Gesetz stellt die Offenlegung von staatlichen Geheimnissen unter anderem aus den Bereichen der Sicherheit und der Geheimdienste (Sect. 1) unter Strafe stellt.<sup>24</sup> Shayler erhob eine *defence of necessity* gegen die Anklage. Während die erste Instanz meinte, eine *defence of necessity* sei bei den angeklagten Straftatbeständen des OSA gesperrt,<sup>25</sup> hielt das Berufungsgericht sie für anwendbar, sah aber deren Voraussetzungen als nicht erfüllt.<sup>26</sup> Die Revisionsinstanz hingegen, das House of Lords, bedauerte, dass sich die Berufung eingehend mit dieser *defence* auseinandergesetzt hatte, da sie evident nicht erfüllt sei.<sup>27</sup>

Weiterhin hat auch die Law Commission, die die britische Regierung unter anderem bei der Reform des OSA berät, in ihrem Consultation Paper von 2017 bezweifelt, dass eine *necessity defence* auf die Straftatbestände des OSA Anwendung finde. Jedenfalls sei zweifelhaft, ob beim Whistleblowing die strengen Voraussetzungen der *defence* überhaupt erfüllt sein könnten.<sup>28</sup>

Da alle drei Instanzen die *defence of necessity* im Fall *Shayler* zurückwiesen und auch keine andere *defence* einschlägig war, diskutierten die britischen Gerichte, ob die Meinungsfreiheit einer Verurteilung entgegenstünde.<sup>29</sup> Dieses

---

<sup>22</sup> Shayler quittierte den Dienst gemeinsam mit seiner Kollegin und Lebenspartnerin Annie Machon, um verschiedene Missstände innerhalb des Geheimdienstes aufzudecken. Angeklagt wurde allein Shayler, weshalb sich die folgenden Ausführungen auf ihn konzentrieren.

<sup>23</sup> *R v Shayler* [2001] All ER (D) 99 (Sep), Rn. 34, 41.

<sup>24</sup> Das Gesetz enthält in erster Linie Amtsdelikte, sieht aber auch Allgemeindelikte vor, Sect. 1–6 OSA.

<sup>25</sup> Zur erstinstanzlichen Entscheidung des High Court of Justice durch Richter Alan Moses v. 16.5.2001 s. die Wiedergabe in der Berufungsentscheidung des Court of Appeal, *R v Shayler* [2001] All ER (D) 99 (Sep), Rn. 9, 43.

<sup>26</sup> *R v Shayler* [2001] All ER (D) 99 (Sep), Rn. 1, 68 ff. Die Begründung wird noch weiter unten thematisiert.

<sup>27</sup> *R v Shayler* [2002] UKHL 11, [2003] 1 AC 247, Rn. 17.

<sup>28</sup> Law Com No 230, S. 77 Rn. 3.130 f.

<sup>29</sup> *R v Shayler* [2001] All ER (D) 99 (Sep), Rn. 71 ff.; *R v Shayler* [2002] UKHL 11, [2003] 1 AC 247, Rn. 21 ff.; s. dazu auch die Zusammenfassung Law Com No 395, S. 200 ff. Rn. 9.46 ff.

Vorgehen ähnelt der Entscheidung des BGH im Fall *Pätsch*: Mangels eines geeigneten Rechtfertigungsgrundes entwickelte der Gerichtshof ein auf die Meinungsfreiheit gestütztes Rechtfertigungsmodell.

Mittlerweile vertritt die Law Commission in ihrem Abschlussbericht zur Reform des OSA vom September 2020, dass der Fall *Shayler* unter Umständen heute anders entschieden würde, wenn der Supreme Court mit ihm befasst wäre.<sup>30</sup> Sie bezieht sich auf Rechtsexpertinnen und -experten, die der Ansicht sind, die Shayler-Rechtsprechung wäre mit Art. 10 EMRK unvereinbar, weil sich angeklagte Personen nicht mit einer *public interest defence* verteidigen könnten.<sup>31</sup> Bislang gilt die Shayler-Rechtsprechung im Common Law System von England und Wales jedoch nach wie vor.<sup>32</sup>

In dem anderen in diesem Kontext relevanten britischen Strafprozess kündigte die Verteidigung von Katherine Teresa Gun eine *defence of necessity* an. Gun war Mitarbeiterin des GCHQ und wurde 2003 angeklagt, weil sie eine interne E-Mail an einen befreundeten Journalisten weitergegeben hatte, die in der Wochenzeitung *The Observer* veröffentlicht wurde.<sup>33</sup> In der E-Mail bat ein Vorgesetzter darum, die US-Geheimdienste bei der Überwachung der sogenannten *swing nations* (Angola, Bulgarien, Kamerun, Chile, Guinea und Pakistan) im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen zu unterstützen, mit deren Stimmen die Invasion des Irak (Dritter Golfkrieg) durch ein UN-Mandat hätte legitimiert werden können. Der E-Mail zufolge sollten alle möglichen Informationen beschafft bzw. ausgewertet werden, die für US-Entscheidungsträger von Vorteil sein könnten, um mit den Zielen der USA übereinstimmende Ergebnisse zu erreichen oder ihnen widersprechende Überraschungen zu vermeiden.

Gun machte geltend, sie habe versucht, den illegalen Irakkrieg und die damit verbundenen Tötungen und Verletzungen zu verhindern.<sup>34</sup> Ihr Strafverteidiger kündigte eine *defence of necessity* an und verlangte als Beweismittel ein Gutachten des britischen Attorney General (Generalstaatsanwalt, oberster Rechtsberater der Regierung und Mitglied des Kabinetts) über die Rechtmäßigkeit der Invasion hinzuzuziehen.<sup>35</sup> Zu einer Entscheidung des Gerichts kam es aber

---

<sup>30</sup> Law Com No 395, S. 206 Rn. 9.70, S. 223 Rn. 9.151, sowie den ganzen Abschnitt „How would Shayler be decided today?“ S. 199 ff. Rn. 9.45 ff.

<sup>31</sup> Zu den Expertenmeinungen s. Law Com No 395, S. 216 Rn. 9.114. Die Law Commission selbst ist zwar grds. a. A., jedoch meint auch sie (ebd. S. 247 Rn. 11.13), dass in manchen Situationen eine *public interest defence* für eine mit Art. 10 EMRK vereinbare Rspr. notwendig sei.

<sup>32</sup> Law Com No 395, S. 215 Rn. 9.106.

<sup>33</sup> US plan to bug Security Council: the text, in: Iraq: Observer special, v. 2.3.2003.

<sup>34</sup> *Cobain, The History Thieves*, S. 57.

<sup>35</sup> Ebd. Das Gutachten wurde später im Guardian v. 28.4.2005 veröffentlicht: „The full text of the advice about the legality of war with Iraq given by the attorney general, Lord Goldsmith, to the prime minister, Tony Blair, on March 7 2003“.

nicht, weil die Staatsanwaltschaft die Anklage mit einer überraschenden Begründung zurückzog:<sup>36</sup> Sie habe die von der Verteidigung angekündigte *defence of necessity* nicht widerlegen können.<sup>37</sup> Das scheint zunächst für die Anwendbarkeit der *defence* zu sprechen. Allerdings ließ die Staatsanwaltschaft die Anklage wohl eher aus politischen Gründen fallen, um zu verhindern, dass das Gutachten des Attorney General als Beweismittel in den Prozess eingeführt wird.<sup>38</sup>

## II. Notstandslage

Wie ungewiss eine Rechtfertigung des Whistleblowings durch § 34 StGB in vielen Situationen ist, wird noch deutlicher und konkreter bei der Notstandslage, die der objektive Rechtfertigungstatbestand zunächst voraussetzt. Eine Notstandslage ist nach § 34 S. 1 StGB gegeben, wenn eine gegenwärtige Gefahr für ein Rechtsgut besteht.<sup>39</sup>

### 1. Gefahr

Beim Whistleblowing geht es oft darum, Missstände aufzudecken, die gerade stattfinden oder unmittelbar bevorstehen. In solchen Situationen kann eine Gefahr für rechtlich geschützte Interessen von den Missständen ausgehen. Sie werden aufgedeckt, um einen Schadenseintritt oder weitere Schäden zu verhindern (*prospektives Whistleblowing*). Wird ein gerade stattfindender oder unmittelbar bevorstehender Rechtsverstoß offengelegt, kann dadurch eine Gefahr

---

<sup>36</sup> Law Com No 230, S. 76 Rn. 3.124.

<sup>37</sup> *Bailin*, Criminal Law Review 2008, 625 (627).

<sup>38</sup> Vermutlich hätte die StA ansonsten versucht, eine *public interest immunity order* zu erwirken. Danach kann ein Gericht, auf Antrag der staatlichen Partei verfügen, dass ein Beweismittel zurückgehalten wird, wenn seine Verwendung im Prozess öffentliche Interessen verletzen könnte, s. dazu *Glover*, Murphy on Evidence, Kap. 13.4, S. 487 ff. Hiergegen hätte Gun eine Verletzung des aus dem *fair-trial*-Grundsatz abgeleiteten Prinzips der Waffengleichheit (Art. 6 Abs. 2 EMRK) geltend machen können. Allerdings können *public immunity orders* nach der Rspr. des EGMR zulässig sein, wenn sie zum Schutz eines wichtigen öffentlichen Interesses unbedingt notwendig sind, s. etwa EGMR, *Rowe und Davies v. Großbritannien*, Urt. v. 16.2.2000 – 28901/95.

<sup>39</sup> Bei der Frage, ob eine Notstandslage vorlag, ist der Zeitpunkt vor der Tathandlung maßgeblich, sodass ein Whistleblower auch gerechtfertigt sein kann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass keine Notstandslage gegeben war. Umstritten ist hingegen, ob die *ex ante* zu berücksichtigenden Tatsachen objektiv oder subjektiv, aus der Sicht der Täterperson, zu bestimmen sind, s. dazu *Erb*, in: MK § 34 Rn. 76 ff.



für das Rechtsgut, das die verletzte Vorschrift schützen soll, abgewendet werden.<sup>40</sup> Deshalb liegt bei einer präventiven Strafanzeige eine Notstandslage vor.<sup>41</sup> Eine solche besteht etwa auch, wenn ohne gesetzliche Grundlage, die Telekommunikation überwacht und dadurch Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen sowie das strafrechtliche Rechtsgut der Unverletzlichkeit des Wortes (§ 201 StGB) in nicht gerechtfertigter Weise verletzt wird.

Andererseits werden durch Whistleblowing oft auch Missstände offengelegt, die als abgeschlossene Sachverhalte in der Vergangenheit liegen, ohne dass eine akute Gefahr oder eine hinreichend konkrete Wiederholungsgefahr besteht. Missstände werden etwa offengelegt, um sie einem öffentlichen Diskurs zuzuführen oder eine Ahndung von Rechtsverstößen zu erreichen und die verantwortlichen Personen zur Rechenschaft zu ziehen (*retrospektives Whistleblowing*). Hier ist es schwieriger, eine Notstandsgefahr zu begründen.<sup>42</sup> Denn von in der Vergangenheit liegenden Missständen, mit deren (zeitnaher) Wiederholung nicht zu rechnen ist, geht eigentlich keine Gefahr im Sinne des § 34 StGB aus. Deshalb wird beim retrospektiven Whistleblowings nicht selten ein Rekurs auf den rechtfertigenden Notstand grundsätzlich abgelehnt,<sup>43</sup> auch wenn bei der Anzeige von bereits begangenen Straftaten Ausnahmen anerkannt sind.<sup>44</sup>

Werden Informationen über einen bereits begangenen Rechtsverstoß offenbart – soweit sie strafatbestandlich überhaupt geschützt werden –, hat sich die Gefahr des Rechtsverstoßes mit der Verletzungshandlung bereits verwirklicht.

---

<sup>40</sup> Insoweit das „illegale“ Geheimnis überhaupt strafatbestandlich geschützt wird, s. dazu 1. Teil §§ 4 ff.

<sup>41</sup> Strafanzeigen sind allerdings regelmäßig bereits wegen des Strafanzeigengrundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG bzw. wegen § 158 Abs. 1 StPO erlaubt, s. dazu 1. Teil § 5 IV. 1.

<sup>42</sup> Siehe bereits *Soppa*, Die Strafbarkeit des Whistleblowers, S. 150, 219.

<sup>43</sup> Siehe etwa *Hoyer*, JR 2003, 513 (515); *Koch*, ZIS 2008, 500 (503); *Leite*, GA 2021, 129 (138); *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 96 f.; *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, 4. Kap. Rn. 40; *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell UWG, § 17 Rn. 47 f. – *Hoyer*, a. a. O., meint zum Fall des Sächsischen Datenschutzbeauftragten, es habe weder eine gegenwärtige Gefahr noch eine Dauergefahr für ein konkret individualisierbares Gefährdungsobjekt bestanden, weshalb (bei unterstellter Tatbestandsmäßigkeit) eine Rechtfertigung wegen § 34 StGB zu verneinen sei (a. A. LG Dresden, Urt. v. 7.11.2011 – 420 Js 49212/00, s. o. I. 1.). *Hoyer* vertritt aber, der Datenschutzbeauftragte sei durch einen Informationsanspruch der Presse aus Art. 5 Abs. 2 S. 2 GG und aus § 4 Abs. 1 SächsPresseG gerechtfertigt gewesen. Zu Presseansprüchen und strafrechtlichem Geheimnisschutz s. bereits 1. Teil § 5 II. 1.

<sup>44</sup> Siehe etwa *Brammsen*, Lauterkeitsstrafrecht, UWG § 17 Rn. 60, eine Rechtfertigung durch § 34 StGB sei nur bei „gravierenden Straftaten“ möglich. Zur Diskussion sogleich noch unter 2. c).

Ist auch keine Wiederholung der Verletzungshandlung zu erwarten,<sup>45</sup> besteht jedenfalls für das (konkrete) Rechtsgut, das die verletzte Rechtsnorm schützen sollte, keine gegenwärtige Gefahr mehr.

Eine Gefahr kann also allenfalls dadurch begründet werden, dass die jeweiligen Informationen geheim gehalten werden bzw. bestimmten Personen oder der Öffentlichkeit nicht bekannt sind. Für die nachträgliche Strafanzeige wird etwa angenommen, durch sie könne eine Gefahr für das allgemeine Strafverfolgungsinteresse abgewendet werden.<sup>46</sup> Zudem kann ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit bestehen, dass in der Vergangenheit liegende Sachverhalte aufgedeckt werden, und zwar auch dann, wenn es nicht um einen Rechtsverstoß geht.<sup>47</sup> Die Gefahr würde dann abgewendet, indem die Öffentlichkeit in Kenntnis bezüglich der jeweiligen Informationen gesetzt wird.

Ob sich aus der Geheimhaltung dieser Informationen eine notstandsfähige Gefahr für das Informationsinteresse der Öffentlichkeit konstruieren lässt, erscheint allerdings fraglich.<sup>48</sup> Es wird etwa eingewendet, ein Schaden für ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit könne nicht eintreten, weil dieses Interesse durch die Geheimhaltung nicht in seinem bisherigen Bestand vermindert, sondern „nur“ nicht befriedigt werde.<sup>49</sup> Hierzu passt die Vorschrift des § 34 StGB nicht, denn sie bezweckt den Schutz des *status quo*, nicht aber die Schaffung neuer Werte.<sup>50</sup>

Diesen Erwägungen ähnelnd wurde im Fall *R v. Shayler* eine *defence of necessity* zurückgewiesen. Im Gegensatz zu den anderen Instanzen hielt das Berufungsgericht die Anwendung der von Shayler erhobenen *defence* zwar nicht von vornherein für ausgeschlossen,<sup>51</sup> allerdings hätte der Angeklagte eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für Leib oder Leben abwenden müssen.<sup>52</sup> Shayler habe die Informationen jedoch nicht weitergegeben, um eine solche Gefahr abzuwenden, sondern um auf ein *vergangenes* Verhalten von Angehörigen des MI5 aufmerksam zu machen.<sup>53</sup>

---

<sup>45</sup> Siehe bzgl. einer Wiederholungsgefahr im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts und der Korruption, Lutterbach, Whistleblowing, S. 96; Reinbacher, in: Leitner/Rosenau UWG § 17 Rn. 46; Schenkel, Whistleblowing, S. 148.

<sup>46</sup> Dies wird sogleich noch näher bei den notstandsfähigen Rechtsgütern diskutiert, 2. c).

<sup>47</sup> So etwa LG Dresden, Urt. v. 7.11.2011 – 420 Js 49212/00, S. 22, der Angeklagte habe durch „die sachliche und vollständige Unterrichtung der Öffentlichkeit über die Medien das angemessene und erfolgreiche Mittel“ gewählt, um „die Gefahr einseitiger, unrichtiger Darstellung sowie der Vermischung von tendenziöser Meinungsäußerung und Berichterstattung“ zu verhindern. – Zur Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern s. noch 2. a).

<sup>48</sup> Abl. Edwards, Whistleblowing, S. 100; Schenkel, Whistleblowing, S. 170.

<sup>49</sup> Edwards, Whistleblowing, S. 100.

<sup>50</sup> Ebd.

<sup>51</sup> *R v Shayler* [2001] All ER (D) 99 (Sep), Rn. 68 ff.

<sup>52</sup> Ebd. Rn. 62.

<sup>53</sup> Ebd. Rn. 65, auch wenn es ihm darum gegangen sei, ähnliche Handlungen für die Zukunft zu verhindern.

## 2. Rechtsgüter

Eine Notstandslage setzt nach § 34 S. 1 StGB eine Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut, d. h. ein rechtlich geschütztes Interesse, voraus.

### a) Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern

Notstandsfähig sind nach unstrittener, aber überwiegend vertretener und im Folgenden verteidigter Ansicht nicht nur Individualrechtsgüter, sondern auch Rechtsgüter der Allgemeinheit.<sup>54</sup> Bei einer Rechtfertigung des Whistleblowings sind insbesondere diejenigen rechtlich geschützten öffentlichen Interessen zu berücksichtigen, die an der jeweiligen Offenlegung bestehen und die im 2. Teil herausgearbeitet wurden. Zu ihnen zählen insbesondere das allgemeine Rechtswahrungs- und Strafverfolgungsinteresse sowie rechtlich geschützte Informationsinteressen der Öffentlichkeit.

In dem Streit um die Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern führt eine Wortlautauslegung nicht weit, denn in § 34 S. 1 StGB werden zwar mit Leben, Leib, Freiheit und Eigentum allein Individualrechtsgüter aufgezählt, erfasst werden jedoch auch Gefahren für „ein anderes Rechtsgut“ und damit anscheinend auch Rechtsgüter der Allgemeinheit. Demgegenüber wird vertreten, damit seien nur unbenannte Individualrechtsgüter gemeint.<sup>55</sup> Werde ein Allgemeinrechtsgut wie die Sicherheit des Straßenverkehrs gefährdet, müsse es sich auf ein individuelles Rechtsgut zurückführen lassen, etwa Leib und Leben der am Verkehr teilnehmenden und jeweils gefährdeten Personen.<sup>56</sup>

Zudem wird das Merkmal der Abwendung einer Gefahr von „einem anderen“ hervorgehoben. Gemeint sein könne nur ein anderes Individuum, also ein anderer Mensch oder auch ein Tier<sup>57</sup>, nicht aber die Allgemeinheit.<sup>58</sup> Andererseits könnte letztgenanntes Merkmal – so die h. M. – nur klarstellen, dass auch die Situation der Notstandshilfe erfasst wird.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Siehe etwa *Erb*, in: MK § 34 Rn. 65; *Fischer*, StGB § 34 Rn. 5; *Perron*, in: Sch/Sch § 34 Rn. 9; *Zieschang*, in: LK § 34 Rn. 49, 54, jeweils m. w. N. Werden sie verteidigt, liegt ein Fall der Notstandshilfe vor, *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 93; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 139 m. w. N.

<sup>55</sup> *Engländer*, in: Matt/Renzikowski § 34 Rn. 17; *Neumann*, in: NK § 34 Rn. 22.

<sup>56</sup> *Neumann*, in: NK § 34 Rn. 22 m. w. N.

<sup>57</sup> So für §§ 32, 34 StGB LG Magdeburg, StV 2018, 335 Rn. 21 ff.; *Greco*, JZ 2019, 390 (393); für eine analoge Anwendung von § 34 StGB ist *Neumann*, in: NK § 34 Rn. 31a.

<sup>58</sup> *Engländer*, in: Matt/Renzikowski § 34 Rn. 17. Interessant ist, dass die h. M. mit diesem Argument bei dem insoweit gleichlautenden § 32 StGB die Notwehrfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern ablehnt, s. etwa *ders.*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 19 ff.; *ders.*, in: HdbStrafR II § 38 Rn. 18 jeweils m. w. N.

<sup>59</sup> Siehe *Perron*, in: Sch/Sch § 34 Rn. 10; *Zieschang*, in: LK § 34 Rn. 54.

In teleologischer Hinsicht befürchtet die Gegenauffassung, dass § 34 StGB zu einer Art „Superermächtigungsnorm“ erstarken und spezialgesetzliche Zuständigkeits-, Verfahrens- und Eingriffsvoraussetzungen verdrängen würde.<sup>60</sup> Das Institut des rechtfertigenden Notstands würde auf diese Weise tendenziell in einen „allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen“ verkehrt.<sup>61</sup> Da fast jedes legitime Interesse an irgendeiner Stelle durch die Rechtsordnung geschützt werde, gerate die Interessendurchsetzung, entgegen den allgemeinen Spielregeln, unter den allgemeinen Vorbehalt des wesentlich überwiegenden Interesses.<sup>62</sup> Solidarität mit dem Notstandstäter bzw. dem Erhaltungsrechtsgut könne nur dort gefordert werden, wo die Rechtssphäre des Einzelnen gefährdet, aber nicht schon dort, wo bloß seine Interessensphäre betroffen sei.<sup>63</sup> Es bestehe eine „bedenkliche Tendenz“ in der Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums, den rechtfertigenden Notstand „als Instrument der Rechtfertigung einer gesetzeswidrigen Durchsetzung politischer Ziele und Interessen zu missbrauchen.“<sup>64</sup> Wenn die Vorschrift als „rechtliche Institutionalisierung einer moralischen Solidaritätspflicht“ verstanden werde, hänge es „sehr von den jeweiligen Moralvorstellungen ab, ob und inwieweit ein Individuum der Allgemeinheit im Falle einer Interessenkollision moralisch Solidarität schuldet.“<sup>65</sup>

Die Notstandsvorschrift wird folglich subjektiv-rechtlich konzipiert und dementsprechend als „strafrechtliche Konsequenz“ der Pflicht des Staates zum Schutz der Grundrechte verstanden.<sup>66</sup> Um einen möglichst umfangreichen Grundrechtsschutz zu gewährleisten, müsse der Staat denjenigen Personen Rechtfertigungsgründe zur Seite stellen, die ihre verfassungsrechtlich geschützten Güter verteidigen.<sup>67</sup> Aus dem Grundgesetz ließen sich demgegenüber „keine verfassungsrechtlich begründeten Schutzpflichten des Einzelnen gegenüber dem Staat oder der Allgemeinheit entnehmen“.<sup>68</sup> Allerdings sollen Rechtsgüter der Allgemeinheit auch nach dieser Ansicht zumindest bei einer Defensivnotstandslage – die, wie noch unter IV. 1. gezeigt wird, beim Whistleblowing regelmäßig vorliegt – notstandsfähig sein, „denn der Grundsatz, dass der Störer zur Gefahrenabwehr in Anspruch genommen werden darf, gilt für

---

<sup>60</sup> Hoyer, in: SK § 34 Rn. 7 m. w. N.

<sup>61</sup> Neumann, in: NK § 34 Rn. 24; dagegen: Erb, in: MK, § 34 Rn. 67 f.; Zieschang, in: LK § 34 Rn. 52.

<sup>62</sup> Neumann, in: NK, § 34 Rn. 24.

<sup>63</sup> Ebd. Rn. 25.

<sup>64</sup> Ebd. Rn. 30.

<sup>65</sup> Hoyer, in: SK § 34 Rn. 8 m. w. N.

<sup>66</sup> Ebd. Rn. 9.

<sup>67</sup> Ebd.

<sup>68</sup> Ebd.

die Gefährdung von Individualrechtsgütern und Kollektivrechtsgütern gleichermaßen.“<sup>69</sup>

Die h. M. setzt dem entgegen, dass § 34 StGB unzulässig, nämlich zu Lasten des Täters, eingeschränkt werde, wenn Allgemeinrechtsgüter exkludiert würden.<sup>70</sup> Es sei gesetzlich nicht geregelt, nach welchen Kriterien ein Interesse normativ zum Rechtsgut erstarke, weshalb Allgemeinrechtsgüter nicht von vornherein als notstandsunfähig ausgenommen werden könnten.<sup>71</sup> Einer „Einforderung von Solidarität zur Verfolgung beliebiger Interessen“ werde schon dadurch vorgebeugt, dass der rechtfertigende Notstand nur dort Anwendung finde, „wo es um die Erhaltung eines vorhandenen Wertebestandes geht, *nicht* hingegen dort, wo die *Schaffung neuer Werte* im Raum steht“.<sup>72</sup> Außerdem wird die Erforderlichkeit beim Notstand zur Verteidigung von Allgemeinrechtsgütern restriktiv ausgelegt. Auf dieser Grundlage kann von einer „Superermächtigungsnorm“ nicht die Rede sein. Werden Allgemeinrechtsgüter mittels einer Notstandshilfe geschützt und dabei individuelle Rechtsgüter beeinträchtigt, werde die eingreifende Person als Bürgerin tätig und die Person, in deren Rechte eingegriffen wird, als Bürgerin „in Anspruch genommen“.<sup>73</sup> Beide trügen kraft ihres Bürgerstatus:

„eine unmittelbare Mitverantwortung für das Allgemeine, und mit dem Begriff einer solchen Mitverantwortung ist die Befugnis, in Notfällen als Vertreter der Allgemeinheit auftreten zu dürfen, sowie eine Pflicht des Inhalts, unter Umständen eigene Güter zugunsten der Allgemeinheit aufopfern zu müssen, zwanglos vereinbar.“<sup>74</sup>

Weiterhin blendet die Gegenauffassung aus, dass insbesondere dann nicht auf staatliche Stellen verwiesen werden kann, wenn diese entgegen ihrer Zuständigkeit untätig bleiben oder aufgrund der Notsituation nicht rechtzeitig erreichbar sind.<sup>75</sup> Die Befürchtung, das Gewaltmonopol des Staates würde unterminiert, wenn Einzelne zur Verteidigung von Allgemeinrechtsgütern an sich strafbare Handlungen begehen und der Rechtsfriede werde hierdurch aufs Spiel gesetzt, scheint empirisch schon dadurch widerlegt, dass bereits das Reichsgericht den übergesetzlichen Notstand zu Gunsten von Allgemeinrechtsgütern als

---

<sup>69</sup> *Engländer*, in: Matt/Renzikowski § 34 Rn. 50. Während in einer Aggressivnotstandslage allein der Staat entscheide, ob „jemandem zum Schutze der Allgemeinheit ein Sonderopfer aufzuerlegen“ sei.

<sup>70</sup> *Zieschang*, in: LK § 34 Rn. 52.

<sup>71</sup> *Erb*, in: MK § 34 Rn. 67.

<sup>72</sup> Ebd. Rn. 67, 68, daher werde § 34 StGB nicht in einen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen umgedeutet.

<sup>73</sup> *Pawlik*, Notstand, S. 181.

<sup>74</sup> *Pawlik*, Notstand, S. 181. Der Notstandskonflikt erschöpfe sich nicht nur, wie Hegel meine, „in intersubjektivistischen“ Kategorien, also in einem Konflikt zweier Subjekte. Diese Annahme beruhe darauf, dass Hegel das Notrecht in seinem System innerhalb der Moralität verorte, ebd. S. 179.

<sup>75</sup> Dazu noch eingehend unter III. 2.

Rechtfertigungsgrund angewendet hat und die friedliche Ordnung hierdurch nicht gefährdet wurde, zumal die weiteren bislang von der Rechtsprechung anerkannten Fälle überschaubar sind.<sup>76</sup>

Für die Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern spricht außerdem die bereits an verschiedenen Stellen dieser Untersuchung, insbesondere im Abschnitt zur Meinungsfreiheit, entfaltete Kritik eines rein-subjektivrechtlichen Ansatzes: Die beim Whistleblowing auftretenden Interessenkonflikte sind gesellschaftlich relevant, dadurch komplex und lassen sich folglich nicht in einer schlichten Gegenüberstellung von Geheimhaltungsinteressen und individuellen Interessen der hinweisgebenden Personen adäquat abbilden. Die Interpretation der involvierten Grundrechte durch die Rechtsprechung weist deshalb zu Recht über deren subjektiven Gewährleistungsgehalt hinaus, weil zu Gunsten der Rechteinhabenden berücksichtigt wird, ob das jeweilige Verhalten Interessen der Allgemeinheit dient. Gerade das Whistleblowing ist regelmäßig auf den Schutz öffentlicher Interessen gerichtet, das haben die Untersuchungen der Offenlegungsinteressen und der einschlägigen Fälle gezeigt. Aus diesem Grund ist es oft legitim, Geheimnisse – sofern sie rechtlich überhaupt geschützt werden – offenzulegen.<sup>77</sup>

Diese Erwägung spricht auch im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes gegen eine rein subjektiv-rechtliche und für eine transsubjektive Konstruktion, in der Allgemeinrechtsgüter notstandsfähig sind. Die Gegenauffassung hängt dem überkommenen Verständnis an, Grundrechte erschöpften sich in ihrer Abwehrfunktion gegenüber dem Staat, und blendet ihre transsubjektiven Dimensionen aus. Staat und Individuum erscheinen in dieser Deutung tendenziell als dichotomisch getrennt: mit den öffentlichen Angelegenheiten sind allein der Staat und seine Organe betraut, die Einzelnen hingegen sollen atomistisch in ihren individuellen, privaten Freiheitsphären verharren. Zwar obliegen der Einzelperson „keine verfassungsrechtlich begründeten Schutzpflichten [...] gegenüber dem Staat oder der Allgemeinheit“,<sup>78</sup> doch wenn das Recht negiert wird, zumindest ausnahmsweise in einer Notstandslage für Allgemeinrechtsgüter eintreten zu dürfen, wird der bürgerliche Status in unzulässiger Weise beschnitten. Anstatt die Identifikation mit der *res publica* und das Rechtsbewusstsein zu fördern, leistet die Gegenauffassung eher der Apolitizität und der Distanzierung von Angelegenheiten der Allgemeinheit Vorschub. Allgemeinrechtsgüter sind auch aus diesen Gründen als notstandsfähig anzusehen.

---

<sup>76</sup> Dazu noch sogleich unter b).

<sup>77</sup> Anders *Brammsen*, Lauterkeitsstrafrecht, UWG § 17 Rn. 61a: „Die latente Gefahr einer schleichenden Umfunktionalisierung der Zivilgesellschaft in ein unter dem Mantel und unter eines allgemeinen (?) öffentlichen Interesses wohlmeinend gegenseitiges Bespitzelungs- und Überwachungssystem ist in ihrer Eigendynamik keinesfalls zu unterschätzen“. Siehe zu diesem Vorwurf bereits die Ausführungen in der Einleitung sowie zum inversen Panoptismus, 2. Teil § 1 II. 3. b).

<sup>78</sup> *Hoyer*, in: SK § 34 Rn. 9.

## b) Beispiele aus Rechtsprechung und Literatur

Als notstandsfähige Allgemeinrechtsgüter hat die Rechtsprechung unter anderen bereits folgende Interessen anerkannt: das Interesse an der Aufrechterhaltung der Wirtschaft und der Lebensmittelversorgung<sup>79</sup> in einem besetzten Gebiet,<sup>80</sup> die „Bekämpfung des Betäubungsmittelhandels“<sup>81</sup>, das „Interesse an der Erhaltung der Arbeitsplätze in einem Betrieb“,<sup>82</sup> „die Interessen der Beiträge zahlenden Versicherten, nicht solche Hinterbliebenenrenten mitzufinanzieren, die den Empfängern versicherungsrechtlich nicht zustanden“<sup>83</sup>, die „Sicherheit des Lufttransports“<sup>84</sup>, die Sicherheit des Straßenverkehrs<sup>85</sup> und den „Tierschutz“<sup>86</sup>.

Nicht notstandsfähig sollen nach der Literatur hingegen Allgemeininteressen sein, die sich nicht hinreichend konkretisieren lassen, etwa „die Markttransparenz oder der medizinische Fortschritt“ und das „Interesse der Allgemeinheit an der öffentlichen Identifizierung des Beschuldigten“.<sup>87</sup> Neben den eingangs genannten Interessen sieht die Literatur folgende Interessen als hinreichend konkret an: die „Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens“, die „Vermögensinteressen der Krankenversicherungsträger“,<sup>88</sup> die „Funktionsfähigkeit und Lauterkeit von Verwaltung und Justiz“, das „Allgemeininteresse an einem freien und fairen Wettbewerb“<sup>89</sup> und der „Gesundheitsschutz der Verbraucher“<sup>90</sup>. Weiterhin solche Interessen, für die soziale, ökologische und feministische Protestaktionen eintreten, etwa die Interessen an der Erhaltung von Wohnraum, des Friedens und der Pflanzen- und Tierwelt sowie die sexuelle

---

<sup>79</sup> RGSt 77, 113, (116).

<sup>80</sup> RGSt 62, 35 (46 f.).

<sup>81</sup> BGH, NStZ 1988, 558; OLG München, NJW 1972, 2275 (2276); a. A. Neumann, in: NK § 34 Rn. 31.

<sup>82</sup> BGH, MDR 1975, 723; so bereits OLG Hamm, NJW 1952, 838; BayObLG, NJW 1953, 1602; OLG Köln, NJW 1953, 1844 f. Dessen rechtlicher Schutz ergebe sich aus arbeitsplatzschützenden Vorschriften und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), Perron, in: Sch/Sch § 34 Rn. 9; a. A. etwa Neumann, in: NK § 34 Rn. 26.

<sup>83</sup> OLG Frankfurt, JZ 1975, 379.

<sup>84</sup> OLG Düsseldorf, NStZ 2006, 243 (244), ein TV-Journalist hatte nach den Anschlägen vom 11.9.2001 auf das World Trade Center ein Messer durch eine Sicherheitskontrolle am Flughafen geschleust, um auf Sicherheitslücken bei den Kontrollen aufmerksam zu machen.

<sup>85</sup> Mit ähnl. Formulierungen: OLG München, MDR 1956, 565; OLG Koblenz, NJW 1963, 1991; OLG Düsseldorf, VRS 30 (1966), 39 (40); OLG Hamm, Beschl. v. 19.1.1996 – 2 Ss OWi 890/95, juris Ls. 1.

<sup>86</sup> Siehe etwa AG Haldensleben, Urt. v. 26.9.2016 – 3 Cs 224/15; LG Magdeburg, ZUR 2018, 172 (173); OLG Naumburg, NJW 2018, 2064 (2065), s. dazu bereits 1. Teil § 9 III.

<sup>87</sup> Kühl, AT § 8 Rn. 31, mit Verweis auf Fincke, NJW 1977, 1094 (1095).

<sup>88</sup> Kühl, AT § 8 Rn. 31.

<sup>89</sup> Schenkel, Whistleblowing, S. 143; ähnl. bereits Brammsen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, S. 77 (92).

<sup>90</sup> Schenkel, Whistleblowing, S. 145, „Aufdeckung von Lebensmittelskandalen“.

Selbstbestimmung.<sup>91</sup> Die genannten Allgemeininteressen überschneiden sich mit einigen der im letzten Kapitel kategorisierten Offenlegungsinteressen (2. Teil § 3), die ihrerseits hinreichend konkrete Allgemeinrechtsgüter im Sinne des § 34 StGB darstellen.

### c) Rechtswahrungs- und Strafverfolgungsinteresse

Als notstandsfähiges Allgemeinrechtsgut wird weiterhin das allgemeine „Interesse an der Beseitigung eines illegalen Zustandes“<sup>92</sup> genannt und auch das Strafverfolgungsinteresse überwiegend als notstandsfähiges Rechtsgut anerkannt.<sup>93</sup> Durch die nachträgliche Anzeige einer bereits begangenen Straftat könne eine Gefahr für das Strafverfolgungsinteresse abgewendet werden, etwa wenn die Täterperson aufgrund der offengelegten Geheimnisse überführt werden kann oder zumindest die Ermittlungen vorangetrieben werden.<sup>94</sup>

Bei der Anzeige von Straftaten und anderen Rechtsverstößen ist allerdings zu beachten, dass „illegale“ *Geschäftsgeheimnisse* nach der hier vertretenen Ansicht strafatbestandlich nicht geschützt werden, weshalb sich die Frage nach einer Rechtfertigung der Offenlegung durch § 34 StGB bei ihnen überhaupt nicht stellt.<sup>95</sup> Zudem ist eine Strafbarkeit stets ausgeschlossen, d. h. auch bei Dienst- und Staatsgeheimnissen, wenn Straftaten oder andere Gesetzesverstöße gegenüber den für die Strafverfolgung bzw. den sonst zuständigen staatlichen Stellen angezeigt werden.<sup>96</sup>

Eine Rechtfertigung durch § 34 StGB wegen der Gefährdung des allgemeinen Strafverfolgungs- oder Rechtswahrungsinteresses kommt in Betracht,

<sup>91</sup> *Kühl*, AT § 8, Rn. 30.

<sup>92</sup> Ebd. Dies gelte insb., wenn für den verdeckten Rechtsbruch eine Ahndung oder Sanktionierung rechtlich vorgesehen ist, so *Becker*, Whistleblowing, S. 80, für das Arbeitsrecht: Dem Allgemeininteresse komme „immer dann eine gesteigerte Bedeutung“ zu, „soweit dem Staat bezüglich des angezeigten Verhaltens [...] eine Sanktionskompetenz zusteht.“ Diese sei „als vom Gesetzgeber vorgegebenes Indiz für die Relevanz des bedrohten Allgemeininteresses“ zu verstehen, „sodass in der Folge der Arbeitnehmer hinsichtlich dieses Aspekts berechtigt ist, als Sachwalter dieses Allgemeininteresses in Erscheinung zu treten.“

<sup>93</sup> So etwa *Brammsen*, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93*, S. 77 (92); *Kühl*, AT § 8 Rn. 29; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 147; *Perron*, in: *Sch/Sch § 34 Rn. 11*; *Reinbacher*, in: *Leitner/Rosenau, UWG § 17 Rn. 46*; a. A. etwa *R. Keller*, Grenzen der Provokation im Strafrecht, 286 ff.; zust. *Neumann*, in: *NK § 34 Rn. 31*. Für das Arbeitsrecht etwa *ArbG Hannover*, BB 1966, 1453. Bei einer Strafanzeige des Arbeitgebers gehe das Allgemeininteresse an der Strafverfolgung dem Individualinteresse des Arbeitnehmers vor.

<sup>94</sup> Erst wenn ein Strafverfolgungshindernis wie Verjährung eintrete, werde das Strafverfolgungsinteresse nicht mehr gefährdet, *Schenkel*, Whistleblowing, S. 147.

<sup>95</sup> Siehe im Einzelnen 1. Teil § 6 II. und § 8 II.

<sup>96</sup> Das ergibt sich aus dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG und auch aus § 158 Abs. 1 StPO, s. 1. Teil § 5 IV. 1.-2. Für eine Rechtfertigung etwa *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 111; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 165 f., sei das Grundrecht einschlägig, müsse die Interessenabwägung i. R. d. Notstands zu Gunsten des Täters ausgehen.



wenn „illegale“ Amts- oder Staatsgeheimnisse veröffentlicht werden, die *de lege lata* strafatbestandlich geschützt sind, nämlich wenn der jeweilige verdeckte Rechtsverstoß die Schwelle des § 93 Abs. 2 StGB nicht erreicht.<sup>97</sup>

Zudem kann gegebenenfalls durch Notstand gerechtfertigt sein, wer „illegale“ persönliche Privatgeheimnisse aufdeckt, die keine Geschäftsgeheimnisse sind und die durch § 203 StGB geschützt werden. Das Grundrecht zur Anzeige von Straftaten und Gesetzesverletzungen ist dort nicht ohne Weiteres anwendbar. Denn aus den Zeugnisverweigerungsrechten des § 53 StPO ergibt sich, dass die Gesetzgebung das Interesse, die aus § 203 StGB resultierenden Schweigepflichten zu wahren, höher bewertet als das Strafverfolgungsinteresse und dabei auch nicht nach der Schwere der verdeckten Straftat differenziert.<sup>98</sup> Eine *präventive* Strafanzeige durch Berufsgeheimnisträger kann hier nur bei schweren Straftaten über § 34 StGB gerechtfertigt sein. *Nachträgliche* Strafanzeigen hingegen, sind nur erlaubt, wenn die Berufsgeheimnisträger von ihrer Schweigepflicht entbunden wurden (§ 53 Abs. 2 S. 1 StPO).<sup>99</sup>

Teilweise wird zwar vertreten, dass eine Rechtfertigung auch in Betracht kommt, wenn bereits begangene schwere Verbrechen wie Tötungsdelikte, terroristische Gewaltakte etc. angezeigt werden.<sup>100</sup> Dies gilt jedoch nicht, wenn die Kenntnis der schweigepflichtigen Person gerade darauf beruht, dass die Täterperson ihr die jeweiligen Informationen als Patient, Mandant usw. anvertraut hat,<sup>101</sup> es sei denn, die Informationen verdichten sich zu einer hinreichend konkreten Wiederholungsgefahr.<sup>102</sup> Hat hingegen eine dritte Person die Straftat begangen und werden durch die Strafanzeige notwendig auch durch § 203 StGB geschützte Geheimnisse offengelegt, ist der Berufsgeheimnisträger regelmäßig durch § 34 StGB gerechtfertigt.<sup>103</sup>

<sup>97</sup> Siehe z. B. auch *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 93 Rn. 27.

<sup>98</sup> *Michalowski*, ZStW, 109 (1997), 519 (531). Mit Ausnahme von § 53 Abs. 2 S. 2 StPO, bei dem es aber um die Durchbrechung des Zeugnisverweigerungsrechts von Journalisten, nicht um das der Berufsgeheimnisträger i. S. d. § 203 StGB, geht.

<sup>99</sup> So etwa *Schünemann*, in: LK § 203 Rn. 141 m. w. N.: „ein Bruch der Schweigepflicht zum Zweck der Strafverfolgung [kann] niemals gerechtfertigt sein“. Allerdings dürften „der Arzt oder der Verteidiger ihre Schweigepflicht brechen [...], um einen Unschuldigen vor einer Verurteilung zu retten.“ Ebd. Rn. 142.

<sup>100</sup> Siehe etwa *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 58 m. w. N.

<sup>101</sup> *Michalowski*, ZStW 109 (1997), 519 (533).

<sup>102</sup> *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 58: „Offenbarungsbefugnis nur bei hochgradiger Gefährlichkeit (nur) für die Zukunft.“

<sup>103</sup> Wenn etwa X seiner Ärztin erzählt, dass T auf ihn und O geschossen hat und O getötet wurde, während X nur leicht verwundet wurde, dann würde die Ärztin, wenn sie diesen Sachverhalt der StA schildert, zwar den Straftatbestand des § 203 StGB erfüllen, wäre jedoch gem. § 34 StGB gerechtfertigt. Es kann zudem sein, dass schon eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zu verneinen ist, weil allein die dritte Person von der Offenlegung betroffen ist.

*d) Individualrechtsgüter und Überschneidungen mit öffentlichen Interessen*

Beim Whistleblowing sind häufig auch rechtlich geschützte Individualinteressen betroffen, die sich nicht selten mit öffentlichen Interessen an einer Offenlegung überschneiden. Decken couragierte Beschäftigte beispielsweise Missstände im Gesundheits- und Pflegewesen auf, wie Frau Heinisch in einem Vivantes-Altenpflegeheim<sup>104</sup> oder in einem Krankenhaus oder einer anderen medizinischen Einrichtung, lassen sich Gefahren für die körperliche Unversehrtheit, das körperliche Wohlbefinden und die Würde der Patientinnen und Patienten abwenden. Werden verdorbene oder infizierte Lebensmittel, wie „Gammelfleisch“ oder Fleisch von an BSE erkrankten Rindern – wie von Margrit Herbst aufgedeckt – oder Tieren, die von anderen Seuchen betroffen sind, in Umlauf gebracht, sind nicht allein Allgemeinrechtsgüter, sondern auch die individuelle Gesundheit von Fleischkonsumentin und Fleischkonsument in Gefahr.<sup>105</sup>

Weiterhin können einige öffentliche Interessen auch als Individualrechtsgüter betroffen sein, wenn sie einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zugeordnet sind.<sup>106</sup> Bei Umweltverschmutzungen kann etwa das Eigentum an einem Wald, einem Fluss, einem See etc. der jeweiligen Gebietskörperschaft, etwa der Bundesrepublik oder eines Bundeslandes usw. betroffen sein. Auch fiskalische Interessen des Staates, also insbesondere das Steueraufkommen, sind notstandsfähig,<sup>107</sup> weil das Vermögen ein rechtlich geschütztes Individualinteresse ist.

Individuelle und öffentliche Interessen sind also oft zugleich betroffen und lassen sich dann nicht strikt voneinander trennen. Sie stehen nicht *kontra-variant*, d. h. im logischen Verhältnis eines Entweder-Oder, sondern *disjunktiv* zueinander, sodass entweder eines der beiden oder beide zugleich betroffen sein können. Dadurch wird der Streit um die Notstandsfähigkeit von (Allgemein-)Rechtsgütern etwas entschärft.

---

<sup>104</sup> EGMR, *Heinisch ./. Deutschland*, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08.

<sup>105</sup> Zumindest derjenigen, die an dem Ort Fleisch kaufen wollen, an dem das gefährliche Lebensmittel feilgeboten wird.

<sup>106</sup> Denn die „andere“ in §§ 32, 34 StGB kann auch eine juristische Person sein, s. etwa *Roxin/Greco*, AT § 15 Rn. 34, und notstandsfähig sind staatliche, „rechtlich geschützte Interessen, die in gleicher Weise auch ein Privater haben könnte.“ *Perron*, in: Sch/Sch § 34 Rn. 11.

<sup>107</sup> *Schenkel*, Whistleblowing, S. 145; *Hoyer*, in: SK § 34 Rn. 9; *Perron*, in: Sch/Sch § 34 Rn. 11; a. A. *Neumann*, in: NK § 34 Rn. 22.

*e) Nicht-notstandsfähige Interessen*

Nicht durch den Rechtsgutsbegriff erfasst sein sollen rein politische, wirtschaftliche oder moralische Interessen.<sup>108</sup> Allerdings überlagern sich politische und moralische Interessen nicht selten mit rechtlich geschützten öffentlichen Interessen, gerade wenn mittels politischen Protests für sie eingetreten wird.<sup>109</sup>

Dies haben die Luxemburger Strafgerichte im Fall *Lux-Leaks* verkannt, weil sie ein öffentliches Interesse an der Offenlegung ausblendeten und das Offenlegungsinteresse auf die individuelle Gesinnung und politische Haltung des Whistleblowers reduzierten. In dem Strafverfahren gegen den Whistleblower Antoine Deltour lehnten sie einen *état de nécessité* ab, weil das Merkmal einer real drohenden Gefahr („danger réel et imminent“) nicht vorgelegen habe.<sup>110</sup> Die Gefahr müsse physischer, moralischer oder materieller Art sein, nicht ausreichend seien hingegen bloße alltägliche Unannehmlichkeiten oder ein Ungechtigkeitsgefühl. Die von Deltour geltend gemachte Gefahr sei mit Ungechtigkeit und Intransparenz in Steuersachen begründet worden. Diese Gefahr habe sich jedoch aus seinen politischen Überlegungen und moralischen Bedenken ergeben und eben keine Gefahr im Sinne des Rechtfertigungsgrundes dargestellt.<sup>111</sup>

Zwar begründeten Deltours politische Ansichten keine Notstandslage, die Luxemburger Gerichte ließen jedoch außer Acht, dass eine gerechte und transparente Finanzverwaltung eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ist und unter diesem Aspekt eine Notstandslage zumindest hätte diskutiert werden müssen. Es ging mit anderen Worten nicht um ein singuläres Interesse, das sich in einer spezifischen Weltanschauung Deltours erschöpfte, sondern um eines

---

<sup>108</sup> Abgrenzungsschwierigkeiten können sich zur Glaubens- und Gewissensfreiheit ergeben, die durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützt und als notstandsfähige Individualrechtsgüter angesehen werden, *Perron*, in: Sch/Sch § 34 Rn. 9; a. A. etwa *Erb*, in: MK § 34 Rn. 66; *Neumann*, in: NK § 34 Rn. 24.

<sup>109</sup> Zu Freisprüchen bei politisch motivierten Taten in Großbritannien, *Norrie*, *Crime, Reason and History*, S. 217. Im Jahr 1996 wurden zwei Aktivistinnen freigesprochen, die einen Kampfjet beschädigten, der in einem völkerrechtswidrigen Einsatz gegen Osttimor verwendet werden sollte. In einem anderen Fall hatten die Angeklagten im Jahr 2007 versucht, zwei Militärflugzeuge daran zu hindern, in den Irak abzufliegen. Auch sie wurden von der Jury freigesprochen. Im Jahr 2000 sprach ein Gericht Greenpeace-Aktivisten frei, die gentechnisch veränderte Feldfrüchte zerstörten. Die Verteidigung berief sich auf Sect. 5 (2)(b) Criminal Damage Act 1971, der die Zerstörung von Eigentum erlaubt, wenn ein unmittelbarer Schutzbedarf besteht und die angewendeten Mittel angemessen sind. Zudem wurden Greenpeace-Aktivisten aufgrund einer *necessity defence* freigesprochen, die ein Kraftwerk besetzten und Schäden i. H. v. 30.000 £ verursachten, *Brownlee*, *Conscience and Conviction*, S. 179. Zur Zerstörung von Gen-Weizenpflanzen durch Umweltaktivisten und § 34 StGB s. OLG Sachsen-Anhalt, NSStZ 2013, 718.

<sup>110</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 15.3.2017 – 117/17 X sowie Kassationsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 11.1.2018. – 3912.

<sup>111</sup> Berufungsgericht des Großherzogtums Luxemburg, Urt. v. 15.3.2017 – 117/17 X.

der Luxemburger Gesellschaft als solcher. In der Entscheidung wurde außerdem nicht berücksichtigt, dass die EU-Kommission in diesem Fall von Verstößen gegen EU-Wettbewerbsrecht ausging, weshalb sich die Luxemburger Gerichte wohl auch mit einem Offenlegungsinteresse wegen eines Rechtsverstößes hätten auseinandersetzen müssen.

### III. Nicht-anders-Abwendbarkeit der Gefahr

Liegt eine Notstandslage vor, darf die Gefahr gemäß § 34 S. 1 StGB nicht anders abwendbar sein, d. h. die Notstandshandlung muss zur Gefahrabwendung geeignet und das relativ mildeste Mittel sein.<sup>112</sup>

#### 1. Geeignetheit: Kann eine Offenbarung eine Gefahr abwenden?

Geeignet ist eine Notstandshandlung, wenn sie die Gefahr abwendet. Beim Whistleblowing besteht die Besonderheit, dass Missstände nicht durch ihre Offenlegung, sondern nur möglicherweise durch Folgemaßnahmen anderer Personen beseitigt werden.<sup>113</sup> Die Offenlegung führt regelmäßig nur mittelbar zu einer Abhilfe von Missständen, indem ein Kausalverlauf in Gang gesetzt wird, der andere Personen möglicherweise zum Einschreiten motiviert, was unter anderem von Reaktionen der betroffenen Organisation, der Öffentlichkeit und der Politik abhängt.<sup>114</sup> Werden etwa Missstände in einem Altenpflegeheim aufgedeckt, ändert sich hierdurch zunächst nichts für die Patienten, sondern erst, wenn die verantwortlichen Personen oder Stellen eingreifen und für Abhilfe sorgen.

Ob dieser nur mittelbare Zusammenhang zwischen Offenlegung und Gefahrabwendung den Anforderungen des § 34 StGB genügt, erscheint fraglich. Denn die Vorschrift rechtfertigt typischerweise Handlungen, durch die eine gegenwärtige Gefahr unmittelbar abgewendet wird. So deutet der Wortlaut der Notstandsvorschriften darauf hin, dass das Gesetz von einem gewissen Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen Notstandshandlung und Gefahrabwendung ausgeht, s. § 34 S. 1 StGB: „nicht anders abwendbaren Gefahr [...], um die Gefahr [...] abzuwenden“ und § 34 S. 2 StGB „[...] die Gefahr abzuwenden“; s. auch § 228 S. 1 BGB. Wird die Gefahr nicht durch die jeweils geprüfte

---

<sup>112</sup> Erb, in: MK § 34 Rn. 127; Hoyer, in: SK § 34 Rn. 30; Zieschang, in: LK § 34 Rn. 90.

<sup>113</sup> Siehe bereits Lutterbach, Whistleblowing, S. 96.

<sup>114</sup> Eine Offenlegung ist jedoch geeignet, ein Informationsdefizit bei den zuständigen Behörden oder der Öffentlichkeit zu beheben. Doch ob diesbezüglich noch von einer Gefahrabwendung die Rede sein kann, ist zweifelhaft. Zwar sind Informationsinteressen der Öffentlichkeit rechtlich geschützt. Wer ein Informationsdefizit behebt, verteidigt aber nicht den rechtlich geschützten *status quo*, sondern schafft einen darüberhinausgehenden Zustand, s. bereits oben unter II. 1. und im Einzelnen auch noch unter § 3 I. 3.-4.

Handlung, sondern nur möglicherweise in der Zukunft durch Handlungen anderer Personen abgewendet, entspricht dies dem Schema des Notrechts nur noch bedingt.<sup>115</sup>

Obwohl der Gefahrabwendungszusammenhang beim Whistleblowing zu meist nur ein mittelbarer sein kann, wird die Geeignetheit in der einschlägigen Literatur bejaht,<sup>116</sup> was auch mit der gängigen Interpretation des Merkmals regelmäßig vereinbar sein wird. Denn es sollen auch solche Handlungen erfasst werden, die nur eine „messbare Chancenerhöhung“ für die Rettung des jeweiligen Rechtsgutes begründen.<sup>117</sup> Ausscheiden sollen hingegen Handlungen, die nur eine „ganz entfernte, vage Rettungschance“ begründen oder „die Rettungschance nur ganz unwesentlich erhöhen“.<sup>118</sup> Eine Offenlegung wird danach also schon als zur Gefahrabwendung geeignet angesehen, wenn *ex ante* betrachtet ein Kausalverlauf in Gang gesetzt wird, der eventuell zu einer Abhilfe durch andere Personen führt. Werden Rechtsverstöße gegenüber den für ihre Abstellung zuständigen Behörden aufgedeckt, lässt sich wegen des Legalitätsprinzips vermuten, dass wahrscheinlich Abhilfemaßnahmen ergriffen werden. Dieselbe Vermutung soll auch bei einer Veröffentlichung bzw. einer Weitergabe von Informationen über Missstände an die Presse gelten, denn durch den öffentlichen Druck bestehe sogar eine hohe Chance, dass Missstände abgestellt oder zumindest unterbrochen werden.<sup>119</sup>

Zweifel an der Geeignetheit entstehen allerdings, wenn die Missstände oder Fehlverhalten auch nach ihrer Offenlegung nicht abgestellt werden. Zudem kann zwischen der Aufdeckung und der Beendigung der Missstände ein langer Zeitraum liegen und deshalb fraglich sein, ob *ex ante* betrachtet von einer Kausalität zwischen Offenlegung und Abhilfe ausgegangen werden konnte. Prinzipiell gilt bei Zweifeln bezüglich der Prognosestatsachen, die den Rechtfertigungstatbestand begründen, der Grundsatz *in dubio pro reo*.<sup>120</sup> Wobei nicht

---

<sup>115</sup> Zweifelnd bzgl. der *defence of necessity*, Law Com No 230, S. 77 Rn. 3.130.

<sup>116</sup> Siehe etwa Kölbl/Herold, GA 2022, 377 (387); Lutterbach, Whistleblowing, S. 97; Schenkel, Whistleblowing, S. 149, 155.

<sup>117</sup> Zieschang, in: LK, § 34 Rn. 91 m. w. N.

<sup>118</sup> Ebd.; Neumann, in: NK § 34 Rn. 60; Perron, in: Sch/Sch § 34 Rn. 19. Das Risiko des Misslingens sei dann erst im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

<sup>119</sup> Lutterbach, Whistleblowing, S. 97; a. A. Brammsen, Lauterkeitsstrafrecht, UWG § 17 Rn. 61a: „Einer [...] öffentlichkeitswirksamen Kundgabe an Massenmedien (Presse, Funk, Fernsehen, Internet) oder Interessenvereinigungen wie Gewerkschaften, Umweltschutzverbände etc. ist bereits mangels hinreichender Eignung zur Gefahrenabwehr [...] der Rückgriff auf § 34 StGB zu versagen.“

<sup>120</sup> Stree, In dubio pro reo, S. 19; Zopfs, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, S. 101 f.; Erb, in: MK, § 32 Rn. 131; Rönnau, in: LK vor § 32 Rn. 399; ders./Hohn, in: LK § 32 Rn. 290; Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 134. Dies gilt jedoch nicht für die Prognoseentscheidung, die eine Schlussfolgerung darstellt.

ganz klar ist, ob nur unsichere, den Täter belastende Tatsachen unberücksichtigt bleiben oder auch ihn begünstigende Tatsachen als erwiesen zu unterstellen sind.<sup>121</sup>

War zum Zeitpunkt der Handlung aber nicht zu erwarten, dass die Offenlegung zu einer Abhilfe der Missstände führen würde, weil etwa absehbar war, dass die Unternehmens- oder Behördenleitung die gerügten Praktiken nicht einschränken würde, wäre die Eignung zur Gefahrabwendung zu verneinen. Bezüglich der Snowden-Enthüllungen könnte beispielsweise argumentiert werden, dass von vornherein abzusehen war, dass die Nachrichtendienste ihre Praxis der anlasslosen Massenüberwachung infolge der Offenlegung der verschiedenen Programme nicht einstellen würden.<sup>122</sup>

## 2. Relativ mildere Mittel: Vorrang interner Meldungen?

Weiterhin kann fraglich sein, ob die gewählte Art der Weitergabe der Informationen, insbesondere deren Veröffentlichung, das mildeste unter mehreren gleich wirksamen Mitteln darstellte. Externes Whistleblowing soll nach einer Ansicht erst dann erforderlich sein, wenn eine interne Anzeige der Missstände nicht (mehr) erfolgsversprechend erscheint.<sup>123</sup> Grundsätzlich sei davon auszugehen, dass internes Whistleblowing ein milderer gleich wirksames Mittel darstelle.<sup>124</sup> Deshalb müssten sich Whistleblower prinzipiell zunächst an ihre Vorgesetzten oder andere Personen bzw. Stellen innerhalb der Organisation wenden. Gerade wenn eine Organisation ein internes Hinweisgebersystem eingerichtet habe, sei das zur Anzeige von Missständen vorgesehene Verfahren zu wählen.<sup>125</sup>

Dieses Primat der internen Anzeige, das auch von der deutschen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung vertreten und dem EGMR unterstellt wird – auch wenn dies aus seiner Rechtsprechung nicht zweifelsfrei hervorgeht<sup>126</sup> – ist inzwischen als überholt zu bezeichnen, denn die Vorschriften der EU-Whistleblowing-Richtlinie, die für privat und öffentlich Angestellte gleichermaßen

---

<sup>121</sup> Zopfs, a. a. O., S. 102, 105. Allerdings soll es dem Täter obliegen, sich zu ihn entlastenden Sachverhalten einzulassen, jedenfalls wenn sie sich nicht schon aus anderen Beweismitteln ergeben.

<sup>122</sup> Andererseits gab es, *ex post* betrachtet, neben dem breiten öffentlichen Diskurs, den Snowden angestoßen hat, durchaus relevante Reaktionen, so wurden schon innerhalb eines Jahres zehn Gesetzesänderungen in den US-Senat eingebracht, *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (302); vgl. auch *Herold*, KJ 2019, 336 (344).

<sup>123</sup> *Schenkel*, Whistleblowing, S. 152; *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG § 17 Rn. 47a.

<sup>124</sup> *Schemmel*, Hinweisgebersysteme, 4. Kap. Rn. 42; zust. *Schenkel*, Whistleblowing, S. 150, milder sei die Anzeige ggü. einer Veröffentlichung wegen der „kaum vorhersehbaren wirtschaftlichen Folgen“ für Unternehmen, ebd. S. 155.

<sup>125</sup> *Schenkel*, Whistleblowing, S. 151.

<sup>126</sup> Siehe bereits § 1 II. 2. b).

gelten, stellen es der meldenden Person frei, ob sie Missstände oder Fehlverhalten zunächst intern rügen oder sogleich extern bei den zuständigen Behörden anzeigen.<sup>127</sup> Dieses Wahlrecht ist auch im geplanten Hinweisgeberschutzgesetz vorgesehen, § 7 HinSchG-RegE.

Strafrechtsdogmatisch kann eine primäre interne Anzeige ohnehin nur verlangt werden, wenn sie gegenüber einer externen Anzeige bzw. einer Veröffentlichung der Missstände zur Gefahrabwendung *gleich wirksam* erscheint.<sup>128</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch das Merkmal der Erforderlichkeit *ex ante* einzuschätzen ist und für die Prognosefaktoren – wie schon zur Geeignetheit ausgeführt – der In-dubio-Satz gilt. Der Täter kann nicht auf eine mildere Maßnahme verwiesen werden, wenn diese prognostisch betrachtet, nur möglicherweise gleich wirksam erschien.<sup>129</sup> So wie sich in einigen Fällen kaum vorhersehen lässt, ob den jeweiligen Missständen aufgrund der Enthüllungen überhaupt ganz oder teilweise abgeholfen werden wird, lässt sich entsprechend kaum prognostizieren, welche Art der Weitergabe bzw. Offenbarung gleich wirksam gewesen wäre.

Es kann also nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass eine interne Anzeige gleich wirksam gewesen wäre, sondern dies muss zu Lasten des Täters bewiesen werden. Diese „Beweislast“ wird oft in unzulässiger Weise umgekehrt, wenn interne Anzeigen pauschal als gleich wirksam erachtet werden und der Eindruck erweckt wird, es sei Sache des Whistleblowers darzulegen, weshalb eine interne Anzeige nicht erfolgsversprechend gewesen wäre. Stattdessen wird regelmäßig zu vermuten sein, dass eine Anzeige gegenüber Vorgesetzten nicht so wirksam ist wie eine externe Anzeige gegenüber zuständigen staatlichen Stellen oder wie eine Veröffentlichung. Für diese Vermutung sprechen unter anderem die zahlreichen Fälle, in denen interne Meldungen ignoriert bzw. nicht weiterverfolgt werden. Nicht selten negativ reagiert der Arbeitgeber negativ, etwa indem die meldende Person versetzt oder sonst wie sanktioniert wird.<sup>130</sup>

Eine andere Regelvermutung könnte also nur zulässig sein, wenn ein nachweislich effektives Hinweisgebersystem in dem Unternehmen oder der Behörde eingerichtet ist (und die Whistleblowing-Richtlinie bzw. das HinSchG nicht anwendbar ist, denn dann besteht ohnehin ein Wahlrecht zwischen interner und externer Meldung, s. o.). Geht es allerdings nicht nur um vereinzelte

---

<sup>127</sup> Art. 7 und 10 WBRL. Nur eine Veröffentlichung ist an strengere Voraussetzungen geknüpft, Art. 15 WBRL.

<sup>128</sup> Allerdings sollen mildere Mittel, die weniger erfolgsversprechend erscheinen, i. R. d. Interessenabwägung berücksichtigt werden, *Erb*, in: MK § 34 Rn. 127.

<sup>129</sup> Vgl. *Rönnau/Hohn*, in: LK § 32 Rn. 174; s. auch *Erb*, in: MK § 32 Rn. 131; *Hoyer*, in: SK § 34 Rn. 30, anders: *Erb*, in: MK § 34 Rn. 128, nach dem i. R. d. Interessenabwägungsformel auf mildere weniger effektive Mittel verwiesen werden könne.

<sup>130</sup> Vgl. i. R. d. Untersuchung u. a. die Fälle von Constantin Bucur, Thomas Drake, Iacob Guja, Brigitte Heinisch, Margrit Herbst.

Misstände, etwa um ein Fehlverhalten einer einzelnen Person, sondern haben die Misstände innerhalb der Organisation systemischen Charakter,<sup>131</sup> kann auch bei eingerichteten Meldekanälen nicht unterstellt werden, dass eine interne Anzeige gleich wirksam gewesen wäre. An einer eingeübten Geschäftspraktik oder einer etablierten Behördenpolitik ändert eine interne Anzeige einer einzelnen Person regelmäßig nichts. Deshalb ist bei Misständen und Fehlverhalten systemischen Charakters regelmäßig zu vermuten, dass eine interne Anzeige nicht so wirksam gewesen wäre, wie eine externe Anzeige oder eine Veröffentlichung.<sup>132</sup>

Weiterhin ist eine interne gegenüber einer externen Anzeige oder einer Publikation, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BAG, nicht gleich wirksam, wenn die Informationen die Unternehmensführung selbst belasten oder die Abstellung der Misstände bereits abgelehnt wurde.<sup>133</sup> Dies gilt auch, wenn aufgrund früherer Erfahrungen nicht damit zu rechnen ist, dass gegen gemeldete Misstände eingeschritten wird.<sup>134</sup>

Im Verhältnis zu einer Veröffentlichung stellt eine externe Anzeige von Rechtsverstößen gegenüber den zuständigen Behörden prinzipiell das relativ mildere und oft auch effektivere Mittel dar.<sup>135</sup> Denn es obliegt der Behörde, den jeweiligen Rechtsverstoß abzustellen oder zu ahnden und damit die Gefahr für das Rechtsgut zu beseitigen.<sup>136</sup> Eine Veröffentlichung kann hier sogar

---

<sup>131</sup> Etwa der „Abgasskandal“ bei VW, der trotz seines Ausmaßes und eines bestehenden Hinweisgebersystems erst durch US-amerikanische Behörden aufgedeckt wurde; oder die Massenüberwachungsprogramme der NSA und des GCHQ. Eine interne Anzeige hätte mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nicht zu einer Änderung oder Einstellung der Programme geführt, vgl. *Walden*, *Secret Sources – Whistleblowers*, *National Security and Free Expression*, S. 4, 12 und auch *Pozen*, in: *Whistleblowing Nation*, S. 327 (329). Das zeigt etwa der Fall von Thomas Drake, einem ehemaligen NSA-Mitarbeiter, der sich zunächst intern gegen das *Trailblazer Project* einsetzte, mit dem die umfassende Auswertung von Daten aus Kommunikationsnetzwerken, insbesondere dem Internet, angestrebt wurde. Drake meinte, der vierte Verfassungszusatz, der u. a. die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger vor staatlichen Eingriffen schützt, würde durch das Programm verletzt. Nachdem er die Überwachungspraktiken erfolglos intern gerügt hatte, wendete er sich schließlich an die Presse. Trotzdem wurde er verurteilt.

<sup>132</sup> Vgl. *Bock*, *ZStW* 133 (2019), 555 (568 f.), zu sog. Stalleinbrüchen.

<sup>133</sup> BAG, *NZA* 2004, 427 (430); *NZA* 2017, 703; *Schenkel*, *Whistleblowing*, S. 152.

<sup>134</sup> *Schemmel*, *Hinweisgebersysteme*, 4. Kap. Rn. 42; zust. *Schenkel*, *Whistleblowing*, S. 152; s. auch *Köbel/Herold*, *GA* 2022, 377 (388).

<sup>135</sup> Sofern diesbezügliche Informationen überhaupt als Geheimnis geschützt werden. – So für die Anzeige von Straftaten: *Engländer/Zimmermann*, *NZWiSt* 2012, 328 (331); *Rahimi Azar*, *JuS* 2017, 930 (935); *Reinbacher*, *KriPoZ* 2018, 115 (118); *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzka*, *UWG* § 17 Rn. 30; *Schemmel*, a. a. O., 4. Kap. Rn. 43; *Schenkel*, a. a. O., S. 154, 156, 168.

<sup>136</sup> Vgl. *Schenkel*, a. a. O., S. 155 f.



schädlich sein, etwa wenn dadurch Ermittlungen in einem Strafverfahren gefährdet werden.<sup>137</sup> Demgegenüber kann eine Anzeige bei der betreffenden Behörde nicht verlangt werden, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sie entgegen ihren gesetzlichen Pflichten, etwa dem strafprozessualen Legalitätsprinzip, untätig bleiben wird.<sup>138</sup>

In Bezug auf „illegale“ Staatsgeheimnisse, die die Schwelle des § 93 Abs. 2 StGB nicht erreichen, wird eine Rechtfertigung durch § 34 StGB überwiegend für möglich gehalten.<sup>139</sup> Das BVerfG meinte im Fall *Pätsch*, Angehörige des öffentlichen Dienstes müssten sich mit den Informationen zunächst, d. h. vor einer Veröffentlichung, auf dem Dienstweg an Vorgesetzte wenden und die Behördenleiter gegebenenfalls weiter emporklimmen sowie alsdann ein Mitglied des Bundestages anrufen oder eine Petition beim Parlament einreichen.<sup>140</sup> Unter Bezugnahme auf § 97b Abs. 1 S. 2 StGB wird dafür plädiert, dass sich nicht nur Angehörige des öffentlichen Dienstes, sondern jede Täterperson zunächst an ein Mitglied des Bundestages wenden müsse.<sup>141</sup> Nach dieser Vorschrift stellt der „Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses [...] in der Regel kein angemessenes Mittel [dar], wenn der Täter nicht zuvor ein Mitglied des Bundestages um Abhilfe angerufen hat.“ Nur wenn der illegale Zustand auf diesen Wegen nicht beseitigt werde, komme als letztes Mittel die Veröffentlichung in Betracht.<sup>142</sup>

Allerdings kann es auch bei „illegalen“, aber noch durch § 93 Abs. 1 StGB geschützten Staatsgeheimnissen der Fall sein, dass eine Anzeige bei den zuständigen Behörden *ex ante* betrachtet aussichtslos erscheint. Es mag dem Gedanken der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive eher entsprechen, zunächst Mitglieder des Bundestages zu informieren, doch ist zweifelhaft, ob diese Weitergabe der Informationen an einzelne Personen so wirksam ist wie eine Veröffentlichung. Den Abgeordneten stehen keine gesetzlichen Befugnisse zur Verfügung, gegen die Rechtsverstöße einzuschreiten. Deshalb meinte auch Josef Augstein, der Werner Pätsch verteidigte:

---

<sup>137</sup> Siehe etwa bereits ebd. S. 154.

<sup>138</sup> Ebd. S. 156. Der Whistleblower könne auch ein Klageerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO) betreiben, falls Ermittlungen zu Unrecht unterlassen würden. Erst danach sei Whistleblowing gegenüber der Öffentlichkeit das zur Gefahrabwendung erforderliche Mittel, ebd. S. 157. Gleich wirksam wäre dies jedoch kaum. Vgl. für das Arbeitsrecht etwa *Becker*, Whistleblowing, S. 126.

<sup>139</sup> *Paeffgen*, in: NK § 95 Rn. 8; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 95 Rn. 18; *Wolter*, in: SK § 95 Rn. 14.

<sup>140</sup> BVerfGE 28, 191 (204) = juris Rn. 34, s. dazu bereits § 1 II. 1. b).

<sup>141</sup> *Wolter*, in: SK § 95 Rn. 16, dies gelte auch für Journalisten; die Pressefreiheit stehe dem nicht entgegen, da sie gem. Art. 5 Abs. 2 GG durch die §§ 93 ff. StGB beschränkt werde; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch § 95 Rn. 18.

<sup>142</sup> *Wolter*, in: SK § 95 Rn. 15 m. w. N.

„Die Unterrichtung eines Bundestagsabgeordneten wäre nutzlos gewesen, denn ein einzelner Abgeordneter hätte an den herrschenden Zuständen nichts ändern können. Insbesondere der Mißstand, der in der Beschäftigung von nationalsozialistisch belasteten Personen im Bundesamt für Verfassungsschutz zu erblicken sei, habe nur durch öffentlichen Druck beseitigt werden können.“<sup>143</sup>

Die mit dem Verweis auf § 97b Abs. 1 S. 2 StGB begründete Pflicht zur Konsultation eines Mitglieds des Bundestages stellt überdies eine die Täterperson belastende und damit nach Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB unzulässige Analogie dar.<sup>144</sup> Es bleibt daher dabei, dass auch bei der Offenlegung von Staatsgeheimnissen durch die Anklage bewiesen werden muss, dass eine interne Anzeige oder eine Weitergabe an Mitglieder des Bundestages so wirksam gewesen wäre wie eine Veröffentlichung.

Als milderes Mittel kann in Betracht kommen, nur einen Teil der erlangten Informationen offenzulegen, etwa nur solche, die nötig sind, um den mit der Offenlegung intendierten Zweck, d. h. im Rahmen des Notstands die Gefahrabwendung, zu erreichen.<sup>145</sup> Dies gilt insbesondere dann, wenn die Möglichkeit besteht, dass durch die Offenlegung Rechtsgüter Dritter, etwa von Informanten, Geheimdienstmitarbeitern etc., gefährdet werden könnten. Dementsprechend wurde in Absprache mit Edward Snowden nur etwa 1 % der von ihm gesammelten Daten durch die Presse veröffentlicht.<sup>146</sup>

### 3. Einschränkungen bei Allgemeinrechtsgütern

Allgemeinrechtsgüter sind nach der zutreffenden Ansicht notstandsfähig (s. o. unter II. 2. a)). Ist aber ein rechtliches Verfahren zur Abwendung der Gefahr durch staatliche Stellen vorgesehen, soll eine Rechtfertigung einer Straftat zum Schutz eines öffentlichen Guts durch § 34 StGB grundsätzlich gesperrt sein.<sup>147</sup> Die Gefahr sei dann anders, nämlich durch die primär zuständigen staatlichen Stellen abwendbar.<sup>148</sup> Und selbst wenn kein derartiges rechtliches Verfahren

<sup>143</sup> BVerfGE 28, 191 (196) = juris Rn. 10.

<sup>144</sup> Paeffgen, in: NK § 95 Rn. 8.

<sup>145</sup> Vgl. etwa auch OG Zürich, UrT. v. 16.8.2017 – SB160259-O/u/cw, S. 105 (*Affäre Hildebrand*), bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Tat sei zu berücksichtigen, dass „keine unnötigen Informationen, sondern lediglich solche, die für den mutmasslichen Missbrauch von Insiderwissen von Relevanz waren“, mitgeteilt worden waren. Siehe zum Sachverhalt bereits 1. Teil § 6 IV. 2. sowie zum berücksichtigten Offenbarungsinteresse 2. Teil § 3 III. 2.

<sup>146</sup> National Public Radio v. 3.12.2013, „Guardian Editor: We’ve Published 1 Percent of Snowden Files“.

<sup>147</sup> Pawlik, Notstand, S. 182, 219 f.; Erb, in: MK § 34 Rn. 182; Perron, in: Sch/Sch § 34 Rn. 10, sog. „Rückgriffssperre“.

<sup>148</sup> Zieschang, in: LK § 34 Rn. 53.

vorgesehen ist, soll eine Notstandshilfe zum Schutz von Allgemeinrechtsgütern nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein.<sup>149</sup> Auch wenn Bürgerinnen und Bürger „zur Sorge um die Belange der Allgemeinheit berechtigt und verpflichtet“ seien, müssten sie sich bewusst sein, dass ihre Einschätzung des allgemein Besten vorläufig und fehlbar sei und die Regelung und Beurteilung des Allgemeinwohls primär bei den „Repräsentanten des organisierten Staats“ liege.<sup>150</sup> Daher könne es ihnen lediglich gestattet sein, „institutionell ungebundene Güter als eine Art Geschäftsführer ohne Auftrag, d. h. unter Respektierung der gesetzlichen Zielvorgaben“ mittels Notstandshilfe zu erhalten.<sup>151</sup> Dies könne jedoch nur erlaubt sein, „wo dies nicht eine Infragestellung des Kompetenzvorrangs der ‚eigentlich‘ zuständigen Institutionen bedeutet.“<sup>152</sup>

Auf der Grundlage dieser Dogmatik erscheint es fast unmöglich, dass Straftaten zum Schutz von Allgemeinrechtsgütern durch rechtfertigenden Notstand gerechtfertigt sein können. Damit wird einmal mehr fraglich, ob § 34 StGB das adäquate Rechtsinstrument ist, um legitimes Whistleblowing zum Schutz öffentlicher Interessen zu rechtfertigen. Die folgenden Überlegungen zeigen allerdings, dass eine Notstandsrechtfertigung des Whistleblowings durch die „Rückgriffssperre“ bei Allgemeinrechtsgütern nicht schlechthin ausgeschlossen ist.

#### a) Zum Vorwurf des Vigilantismus

Zunächst ist hervorzuheben: Whistleblower sind keine Vigilanten, die sich außerhalb der staatlichen Kompetenzordnung nach eigenem Gutdünken zu Hütern öffentlicher Interessen aufschwingen.<sup>153</sup> Zutreffend wird Whistleblowing als rechtlich zu förderndes Verfahren effektiver Rechtsdurchsetzung angesehen, das innerhalb und nicht außerhalb der demokratisch-rechtsstaatlichen Kompetenzordnung angesiedelt ist. Diese Auffassung verfestigt sich allmählich politisch, vor allem aber auch rechtlich. Sie wird von der europäischen Gesetzgebung geteilt, die in den Erwägungsgründen zur Whistleblowing-

---

<sup>149</sup> Pawlik, Notstand, S. 183: „nur in seltenen Ausnahmefällen“; Perron, in: Sch/Sch § 34 Rn. 10, „nur im äußersten Notfall“, die Vorschrift des § 34 StGB begründe kein „allgemeines Unrechtsverhinderungsrecht“ und liefere „in einem demokratischen Rechtsstaat keine Legitimation für Straftaten, die zur Beseitigung (angeblicher oder wirklicher) öffentlicher Missstände begangen werden“; Roxin/Greco, AT I § 16 Rn. 13: „Denn erstens ist die Gefahr meist auf andere Weise, nämlich durch Anrufung der Obrigkeit, abwendbar; [...] Und zweitens darf man die Notwehrunfähigkeit von Rechtsgütern der Allgemeinheit nicht durch Gewährung eines Notstands im praktischen Ergebnis unterlaufen.“

<sup>150</sup> Pawlik, Notstand, S. 183, der Staatsbürger werde zum „dulde und liquidiere“ angehalten, S. 230.

<sup>151</sup> Ebd. S. 225, 226.

<sup>152</sup> Ebd. S. 234.

<sup>153</sup> Vgl. bereits die Diskussion zur Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern, oben unter II. 2. a), sowie die Ausführungen unter § 1 V. 4.

Richtlinie vielfach darauf hinweist, dass diese auch bezweckt, die Rechtsdurchsetzung zu fördern.<sup>154</sup> Da sich nationales, europäisches und internationales Recht stetig in Richtung eines differenzierteren und adäquaten Hinweisgeberschutzes entwickeln, erscheint der Vorwurf des Vigilantismus inzwischen außerdem etwas antiquiert.

*b) Rückgriffssperre wegen des Dienstwegprinzips?*

Trotz der eben genannten Rechtsentwicklungen gibt es im deutschen Recht bislang noch kein allgemeines rechtlich ausgestaltetes Verfahren bezüglich des Whistleblowings,<sup>155</sup> das einen Rückgriff auf den Notstand sperrt.<sup>156</sup> Das wird sich zwar durch das HinSchG bald ändern, mit dem die Whistleblowing-Richtlinie umgesetzt werden soll (dazu sogleich unter c)), jedoch finden diese auf die §§ 93 ff. StGB und teilweise auch auf § 353b StGB keine Anwendung.<sup>157</sup>

Man könnte aber meinen, dass Beamtinnen und Beamte Informationen über Missstände nur unter Einhaltung des Dienstwegs (§ 125 BBG, § 36 Abs. 2 S. 1 BeamtStG) weitergeben dürfen. Allerdings wurde bereits gezeigt, dass das Dienstwegprinzip nicht ausnahmslos gilt. Beamtinnen und Beamte können z. B. Straftaten unmittelbar bei den Strafverfolgungsbehörden anzeigen, denn der persönliche Anwendungsbereich des Grundrechts zur Anzeige von Straftaten erstreckt sich auch auf sie.<sup>158</sup> Zudem kann ihr Petitionsrecht aus Art. 17 GG der Dienstwegpflicht vorgehen, sodass sie Missstände auch unmittelbar bei Mitgliedern des Bundestags melden dürfen.<sup>159</sup> Bei schweren Verfassungsverstößen sind sie nach der Pätsch-Rechtsprechung zur unmittelbaren Veröffentlichung berechtigt, was durch § 93 Abs. 2 StGB reflektiert wird. Vor diesem

---

<sup>154</sup> Siehe allein die ErwG 2, 3, 5, 6 WBRL.

<sup>155</sup> Die beamtenrechtlichen Regelungen bzgl. des Whistleblowings für unzureichend haltend etwa *Bäcker*, Die Verwaltung 2015, 499 (521); *Gerdemann*, ZBR 2020, 12 (14); *Günther*, NVwZ 2018, 1109 (1112); *Hans*, Whistleblowing durch Beamte, 104 f., 121 ff.; *Herold*, ZBR 2013, 8 (13 f.); *Passarge*, NVwZ 2015, 252 (253); für das Arbeitsrecht: *Deiseroth*, ZRP 2007, 25 (28); *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 48 (56); *Gerdemann*, RdA 2019, 16 (17 f.); *L. Schmitt*, RdA 2017, 365 ff.; s. auch *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, NVwZ 2021, 204 (205).

<sup>156</sup> Von den in der Rechtsordnung verstreuten Offenlegungsbefugnissen und -pflichten einmal abgesehen.

<sup>157</sup> Da sie weder auf den Bereich der nationalen Sicherheit noch auf Verschlussachen anwendbar sind (abgesehen von einer marginalen Ausnahme im HinSchG), s. bereits Einleitung unter II.

<sup>158</sup> Siehe bereits 1. Teil § 5 IV. 1., wenn sie nicht sogar dazu verpflichtet sind, s. dazu 2. Teil § 3 I 1.

<sup>159</sup> Siehe oben unter § 1 II. 1. c).

Hintergrund kann das Dienstwegprinzip nicht als ein abschließend regelndes Verfahren des Whistleblowings bezeichnet werden.<sup>160</sup>

c) *Allgemeines Verfahren zum Whistleblowing: WBRL bzw. HinSchG*

Allerdings ist ein allgemeines rechtlich geregeltes Verfahren zur Aufdeckung von bestimmten EU-Rechtsverstößen in der Whistleblowing-Richtlinie vorgesehen. Das geplante Hinweisgeberschutzgesetz erfasst darüber hinaus auch Verstöße gegen nationales Recht verschiedener Bereiche.<sup>161</sup> Whistleblower können wählen, ob sie Missstände unmittelbar intern oder extern anzeigen, das ergibt sich aus Art. 7, 10 WBRL bzw. § 7 HinSchG-RegE, und zwar unabhängig davon, ob sie im öffentlichen Dienst oder in privaten Arbeitsverhältnissen beschäftigt sind.

Zudem ist in Art. 15 WBRL bzw. § 32 HinSchG-RegE auch geregelt, unter welchen Voraussetzungen Informationen veröffentlicht werden dürfen. Zum einen ist eine Veröffentlichung zulässig, wenn innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens nach der internen oder externen Meldung keine geeigneten Abhilfemaßnahmen ergriffen wurden, Art. 15 Abs. 1 lit. a) WBRL bzw. § 32 Abs. 1 Nr. 1 HinSchG-RegE.

Doch auch ohne vorherige interne oder externe Meldung kann eine unmittelbare Veröffentlichung zulässig sein. Dies ist nach Art. 15 Abs. 1 lit. b) i) WBRL der Fall, wenn „hinreichender Grund zu der Annahme“ bestand, dass „der Verstoß eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann, so z. B. in einer Notsituation oder bei Gefahr eines irreversiblen Schadens“. Entsprechend heißt es in § 32 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) HinSchG-RegE, der Whistleblower müsse „hinreichenden Grund zu der Annahme“ gehabt haben, dass „der Verstoß wegen eines Notfalls, der Gefahr irreversibler Schäden oder vergleichbarer Umstände eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses<sup>162</sup> darstellen kann“. Dieser Offenlegungstatbestand wird regelmäßig erfüllt sein, wenn es um schwere und (bzw. oder) systematische Verstöße geht.

Weiterhin ist eine direkte Veröffentlichung nach Unterabsatz ii) erlaubt, wenn bei einer vorherigen „externen Meldung Repressalien zu befürchten sind oder aufgrund der besonderen Umstände des Falls geringe Aussichten bestehen, dass wirksam gegen den Verstoß vorgegangen wird“. Insoweit harmonisiert die Vorschrift mit der Dogmatik zu § 34 StGB, denn der Notstandstäter kann nicht auf staatliche Stellen verwiesen werden, wenn *ex ante* zu vermuten ist,

---

<sup>160</sup> Die Regelung erscheint dafür auch zu pauschal, denn es wird weder nach der Art noch nach der Schwere des Missstands bzw. Gegenstands der Anzeige oder Beschwerde differenziert.

<sup>161</sup> Siehe zum Anwendungsbereich des HinSchG bereits Einleitung II.

<sup>162</sup> Zu der vorausgesetzten Gefährdung siehe bereits die öffentlichen Interessen, die im 2. Teil der Arbeit unter § 3 konkretisiert wurden.

dass staatliches Eingreifen zu spät käme oder Behörden entgegen ihrer Zuständigkeit untätig bleiben.<sup>163</sup>

Für den Bereich, auf den sich die Richtlinie bzw. das HinSchG sachlich erstreckt, ist die Aufdeckung von Rechtsverstößen abschließend und spezialgesetzlich geregelt, weshalb sich die Frage einer Rechtfertigung durch § 34 StGB dort nicht mehr stellt. Werden hingegen Rechtsverstöße oder sonstige Missstände aufgedeckt, die nicht in die betreffenden sachlichen Anwendungsbereiche fallen, stellt sich die Frage, ob bei der Auslegung von § 34 StGB aus Gründen der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) die Vorschriften der WBRL heranzuziehen sind. Das ist zu bejahen, wenn kein sachlicher Differenzierungsgrund für die Ungleichbehandlung der verschiedenen Rechtsverstöße ersichtlich ist. An einem solchen Grund fehlt es regelmäßig, wenn der Unrechtsgehalt des aufgedeckten Rechtsverstoßes nicht über den Unrechtsgehalt derjenigen Rechtsverstöße hinausgeht, die der sachliche Anwendungsbereich der WBRL bzw. des HinSchG erfasst.<sup>164</sup>

#### IV. Interessenabwägung

Sofern die bislang thematisierten Merkmale des rechtfertigenden Notstands trotz der aufgeworfenen Schwierigkeiten in einer Whistleblowing-Situation bejaht werden, sind die involvierten Interessen zu ermitteln und alsdann gegeneinander abzuwägen. Als Eingriffsrechtsgut wäre das jeweilige strafrechtliche Geheimhaltungsinteresse gegenüber dem jeweils einschlägigen rechtlich geschützten Offenbarungsinteresse als Erhaltungsrechtsgut abzuwägen. Während die hierbei zu berücksichtigenden Interessen bereits im 1. und 2. Teil dieser Arbeit behandelt wurden, gilt es noch, die maßgebliche Interessenabwägungsformel festzulegen, die zu berücksichtigenden Abwägungsfaktoren näher zu bestimmen sowie typisierte Vorrangrelationen zu entwickeln, um den Abwägungsvorgang möglichst rational zu gestalten.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> *Erb*, in: MK § 34 Rn. 183 f.; *Zieschang*, in: LK § 34 Rn. 53. – Dies wurde bereits bei der Frage gleich wirksamer Mittel thematisiert. – Im Fall *R v. Shayler*, in dem eine *defence of necessity* diskutiert wurde, meinte das Revisionsgericht, der Angeklagte könne sich nicht darauf berufen, dass ein innerdienstlicher Antrag auf Genehmigung der Weitergabe geheimer Informationen nicht berücksichtigt worden oder eine Reaktion höchstwahrscheinlich ausgeblieben wäre, *R v Shayler* [2002] UKHL 11, [2003] 1 AC 247 Rn. 36. Daran wurde kritisiert, dass das Gericht zu Lasten des Angeklagten unterstelle, dass die Prozeduren zur Autorisierung der Weitergabe effektiv funktionierten, woran erhebliche Zweifel bestanden, *Fenwick/Phillipson*, *Media Freedom under the Human Rights Act*, S. 941.

<sup>164</sup> *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, NVwZ 2021, 204 (210).

<sup>165</sup> Zur Abwägungskritik s. bereits unter § 1 III 2. d).

### 1. Abwägungsformel des Defensivnotstands

Eine wesentliche dogmatische Erkenntnis zum Whistleblowing besteht darin, dass sich die hinweisgebende Person regelmäßig in einer Defensivnotstandslage befindet, weil nicht sie die Gefahr für das Erhaltungsrechtsgut zu verantworten hat, sondern die Gefahr der betroffenen Organisation zuzurechnen ist.<sup>166</sup>

Der Defensivnotstand richtet sich gegen die Rechtsgüter derjenigen Person, aus deren „Rechtssphäre die Gefahr herrührt“,<sup>167</sup> während beim Aggressivnotstand zur Gefahrabwendung in Rechtsgüter einer unbeteiligten Person eingegriffen wird. Die Duldungspflicht derjenigen Person, die durch eine Notstandshandlung in ihren Rechtsgütern verletzt wird, ist beim Defensivnotstand höher, weil sie für die Gefahr selbst verantwortlich oder ihr die Gefahr aus anderen Gründen zuzurechnen ist. Deshalb ist beim Defensivnotstand eine andere Interessenabwägungsformel maßgebend als beim Aggressivnotstand.<sup>168</sup>

Die Rechtfertigung eines Eingriffs beim Aggressivnotstand setzt nach § 34 S. 1 StGB und in ähnlicher Formulierung auch in § 904 S. 1 BGB voraus, dass das geschützte Interesse das beeinträchtigte Interesse wesentlich überwiegt.<sup>169</sup> Beim Defensivnotstand gilt wegen der erhöhten Duldungspflicht der betroffenen Person hingegen, dass der Eingriff nur dann nicht gerechtfertigt ist, wenn das beeinträchtigte Interesse das geschützte Interesse wesentlich überwiegt. Dies leitet sich aus der in § 228 S. 1 BGB niedergelegten Formel ab, denn nach ihr darf der durch die Notstandshandlung verursachte Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr stehen.

---

<sup>166</sup> Für die Landesverratsvorschriften s. bereits *Stree*, JZ 1963, 527 (531); ausdrücklich aber wohl erstmals *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1113), für den Ankauf sog. Steuer-CDs; *ders.*, in: MK § 34 Rn. 203 f.; zudem *Engländer/Zimmermann*, NZWiSt 2012, 328 (331); *Köbel/Herold*, GA 2022, 377 (389); *Leite*, GA 2021, 129 (142); *Rahimi Azar*, JuS 2017, 930 (935); *Schenkel*, Whistleblowing, S. 159; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., § 33 Rn. 52a; *Rengier*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG § 17 Rn. 47a („zumindest als Abwägungsfaktor“). So auch für geheimnisschützende Schweizer Straftatbestände im Kontext der Cum-Ex-Geschäfte, *Pieth/Schnyder/Zerbes*, Gutachten Seith, S. 45 m. w. N. Ohne den Defensivnotstand zu thematisierten stellen hingegen *Koch*, ZIS 2008, 500 (503), und *Spernath*, NStZ 2010, 307 (308), auf die Formel des Aggressivnotstands ab.

<sup>167</sup> *Joerden*, Logik im Recht, S. 140.

<sup>168</sup> So die h. M., *Joerden*, Logik im Recht, S. 141 m. w. N.; nach a. A. ist die Defensivnotstandslage zumindest als ein Abwägungsfaktor zu berücksichtigen, s. etwa *Roxin/Greco*, AT I § 16 Rn. 75. Dies jedoch für eine analoge Anwendung des § 228 BGB, wenn die Gefahr weder von einem Menschen noch von einem Tier ausgeht, ebd. § 16 Rn. 114.

<sup>169</sup> *Joerden*, Logik im Recht, S. 141. In anderen Ländern wie Polen, Türkei und Japan reicht bereits ein „einfaches“, also nicht „wesentliches“ Überwiegen aus, *ders.*, in: Hdb-StrafR II § 39 Fn. 49. Auch im Kanadischen Security of Information Act, der Staatsgeheimnisse schützt, ist in Sect. 15 eine „Public Interest Defence“ vorgesehen, nach deren Abs. 2 b) das öffentliche Interesse an der Offenbarung das öffentliche Interesse an der Nicht-Offenbarung „nur“ einfach überwiegen muss.

Die Vorschrift des § 228 BGB dürfte zwar beim Whistleblowing selten direkt anwendbar sein, weil die gefahrbezüglichen Missstände regelmäßig von menschlichem Verhalten und nicht von Sachen ausgehen, allerdings kommt § 228 BGB wegen der strukturanalogen Gefahrenlage entweder zu entsprechender Anwendung oder die Interessenabwägungsformel des § 34 Abs. 1 S. 1 StGB wird bei einer Defensivnotstandsfrage entsprechend angepasst.<sup>170</sup>

Beim Whistleblowing sind die Missstände sehr häufig in den Strukturen der jeweiligen Organisationen angelegt und auf diese zurückzuführen.<sup>171</sup> Schon aus diesem Grund trifft sie eine höhere Duldungspflicht als unbeteiligte Dritte. Die Organisation kann sich deshalb der Verantwortung für die Missstände in aller Regel nicht entziehen, indem sie nur auf das konkrete individuelle Fehlverhalten verweist. Dies gilt auch, wenn die Leitung der Organisation, etwa ein Unternehmensinhaber, keine Kenntnis des jeweiligen Missstands oder Fehlverhaltens besitzt. Entscheidend ist, dass der verdeckte Missstand der Organisation zuzurechnen ist. Für diese Zurechnung spricht insbesondere, dass die Missstände regelmäßig auf Fehlverhalten von Personen zurückzuführen sind, die in der betroffenen Behörde oder dem Unternehmen beschäftigt und somit durch ein besonderes Rechtsverhältnis mit der Organisation verbunden sind.<sup>172</sup> Daher besteht beim Whistleblowing regelmäßig eine Defensivnotstandssituation, die zu der für den Notstandstäter günstigeren Interessenabwägungsformel führt.<sup>173</sup>

Eine Offenlegung ist folglich nur dann nicht gerechtfertigt, wenn das beeinträchtigte Geheimhaltungsinteresse das geschützte Offenlegungsinteresse wesentlich überwiegt. Dementsprechend hat in den 1960er Jahren schon Stree für die Landesverratsvorschriften vertreten, dass eine Rechtfertigung einer Veröffentlichung nur ausscheide, „wenn die Unterrichtung des Volkes von wesentlich geringerem Wert ist als die Geheimhaltung vor fremden Mächten.“<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> Beide Wege werden diskutiert, der Streit hat für die hiesige Untersuchung keine weitergehende Bedeutung. Für die analoge Anwendung von § 228 BGB zunächst *Lampe*, NJW 1968, 88 ff.; alsdann *Hruschka*, FS Dreher, 189 (203 ff.); *ders.*, JuS 1979, 385 (391 f.). Beim Whistleblowing für die Abwägungsmaßstäbe des § 34 StGB hingegen *Leite*, GA 2021, 129 (144).

<sup>171</sup> *Erb*, in: MK § 34 Rn. 203.

<sup>172</sup> Siehe bereits *Schenkel*, Whistleblowing, S. 159. Sie verweist auf den Rechtsgedanken des § 130 OWiG. Danach kann ein Bußgeld verhängt werden, wenn ein Betriebsinhaber Aufsichtspflichten verletzt und infolgedessen Straftaten begangen werden.

<sup>173</sup> Vgl. auch *Erb*, in: MK § 34 Rn. 203.

<sup>174</sup> *Stree*, JZ 1963, 527 (531), respektive, „wenn das Informationsinteresse des Volkes nur minimal ist.“ Für ein „einfaches“ Überwiegen hingegen *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (12): bei den Landesverratsvorschriften „würde eine verfassungskonforme Interpretation erfordern, die Rechtfertigung nicht auf den Fall des Notstandes zu beschränken, [...] sondern die Tat immer dann als rechtmäßig anzusehen, wenn die Interessen an der öffentlichen Erörterung der Tatsachen gewichtiger sind als die Interessen an der Geheimhaltung.“



Auch im Arbeitsrecht wird der Defensivnotstandsgedanke unbewusst reflektiert, wenn es heißt, die arbeitsrechtliche Verschwiegenheitspflicht werde nicht verletzt, wenn „der Arbeitgeber kein Vertrauen verdient und dementsprechend nicht schutzwürdig ist.“<sup>175</sup> Weiterhin wird das Argument in der jüngeren politischen Philosophie von Geoffrey de Lagasnerie formuliert, wenn anhand der prekären Existenzen Mannings, Snowdens und Assanges exemplarisch gezeigt wird, dass Whistleblower und Publizisten riskieren, geächtet, degradiert, entlassen oder auch bestraft zu werden, obwohl sie keine Verantwortung für die jeweilige Fehlfunktion im Staatswesen tragen.<sup>176</sup>

## 2. Abwägungsfaktoren

Es gibt verschiedene „Standardmerkmale“, die bei einer Interessenabwägung im Rahmen des Notstands berücksichtigt werden.<sup>177</sup> Dazu zählen der Grad der drohenden Gefahr, der Rettungschance und der Erforderlichkeit des Eingriffs, die zu erwartenden Schäden, wenn die Gefahr abgewendet wird, im Vergleich zu den Schäden, die einzutreten drohen, wenn nicht eingeschritten wird, sowie die Rangordnung der involvierten Rechtsgüter. Strafrechtlich geschützte Rechtsgüter sollen in der Regel schwerer wiegen als durch sonstiges Recht protegierte Rechtsgüter.<sup>178</sup> Das Rangverhältnis der strafrechtlichen Rechtsgüter soll sich indiziell an den jeweiligen Strafraumen ablesen lassen.<sup>179</sup>

Für das Whistleblowing kann weiterhin relevant sein, dass auf einer oder beiden Seiten mehrere Interessen zu berücksichtigen sind. Ein Geheimhaltungsinteresse soll etwa an Bedeutung gewinnen, wenn es an mehreren Stellen durch die Rechtsordnung geschützt wird.<sup>180</sup> Auch der Rang des betroffenen Staatsorgans kann zumindest indiziell für eine stärkere oder schwächere Gewichtung des Geheimhaltungsinteresses sprechen. Allgemein ist etwa zu vermuten, dass das Interesse, Geheimnisse von Bundes- und Sicherheitsbehörden

---

<sup>175</sup> *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 337. Dieser Gedanke wird aus der BAG-Rspr. abgeleitet.

<sup>176</sup> *de Lagasnerie*, *Die Kunst der Revolte*, S. 97.

<sup>177</sup> *Meißner*, *Die Interessenabwägungsformel bei § 34 StGB*, S. 25 m. w. N. Neben den folgenden Merkmalen nennt er das Vorliegen einer Defensivnotstandssituation, die nach hier geteilter Ansicht bereits die Abwägungsformel bestimmt. Die i. F. genannten Prinzipien der Interessenintensität (Gewicht und Bedeutung), der Interessenrangfolge, der Interessenhäufung und der Interessendichte werden in ganz ähnlicher Weise bei der Frage berücksichtigt, ob ein wichtiges öffentliches Interesse an einer Geheimhaltung i. S. d. § 353b StGB besteht, *Brischke*, *Öffentliche Interessen in § 353b*, S. 99 ff. Ähnl. Merkmale finden sich etwa auch im Kanadischen *Security of Information Act*, der in Sect. 15 eine „Public Interest Defence“ vorsieht, s. dazu noch § 3 III. 2. a).

<sup>178</sup> Siehe etwa *Brammsen*, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93*, S. 77 (93); *Schenkel*, *Whistleblowing*, S. 160.

<sup>179</sup> Siehe etwa *Schenkel*, *Whistleblowing*, S. 160 m. w. N.

<sup>180</sup> *Düwel*, *Das Amtsgeheimnis*, S. 165 f.

zu wahren, höher einzustufen ist als die Geheimhaltungsinteressen von unteren Behörden, etwa eines regionalen Fischereiamtes.

Des Weiteren wird zwischen modalen und materialen Geheimhaltungsgründen unterscheiden.<sup>181</sup> Dient die Geheimhaltung primär einer effektiven Aufgabenerfüllung handelt es sich um einen modalen Geheimhaltungsgrund.<sup>182</sup> Demgegenüber sollen materiale Geheimhaltungsgründe in der Abwägung mehr Gewicht entfalten; das sind solche, die primär den Schutz eines bestimmten Rechtsgutes bezwecken.<sup>183</sup>

Ein Geheimhaltungsinteresse verliert verhältnismäßig zur Schwere der Missstände an Gewicht. Geht es etwa um „illegale“ Geheimnisse, die ausnahmsweise strafatbestandlich geschützt sind (z. B. solche, die die Schwelle des § 93 Abs. 2 StGB nicht erreichen), so schwindet das Geheimhaltungsinteresse an ihnen proportional zur Schwere des verdeckten Rechtsverstoßes.

Die Verletzung einer Loyalitäts- oder Treuepflicht ist beim Whistleblowing nach hier vertretener Ansicht prinzipiell nicht als Abwägungsfaktor zu berücksichtigen, insbesondere, weil es keine Rechtspflicht zum Beistand im Unrecht gibt und sich individuelle Treueversprechen außerdem nicht ohne Weiteres in die konsequentialistisch zu interpretierende Abwägungsklausel einfügen.<sup>184</sup>

Als mögliche Schäden auf Unternehmensseite kommen vermögenswerte Einbußen und gegebenenfalls auch ein Reputationsverlust in Betracht,<sup>185</sup> wobei dieser sich in der Regel kaum beziffern und deshalb nur schlecht abwägen lässt. Letzteres gilt auch für Beeinträchtigungen „des Betriebsfriedens und sozialen Zusammenlebens“<sup>186</sup> in einem Unternehmen. Derartige Allgemeinplätze auf der Seite des Eingriffsrechtsguts zu berücksichtigen, erscheint strafrechtlich zu undifferenziert. Es wäre auch paradox, Whistleblowern eine Gefährdung des Betriebsklimas vorzuhalten, die auf die Missstände zurückzuführen ist, die dem Unternehmen zuzurechnen sind. Weiterhin kann ein vermeintlicher Verlust des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Verschwiegenheit der Behörden nicht als Schaden im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden, denn ein derartiges Vertrauen beruht auf einer Fiktion und stellt kein Interesse dar, das rechtlich geschützt wird.<sup>187</sup>

Theoretisch könnte eine Offenlegung zu derart erheblichen Schäden führen, dass eine Rechtfertigung ausgeschlossen wäre. Ist etwa absehbar, dass durch

---

<sup>181</sup> *Jestaedt*, AöR 2001, 204 (222 ff.).

<sup>182</sup> Z. B. bei § 353b StGB die Funktionsfähigkeit der Verwaltung als wichtiges öffentliches Interesse der Geheimhaltung.

<sup>183</sup> Z. B. die äußere Sicherheit der Bundesrepublik bei den §§ 93 ff. StGB.

<sup>184</sup> Zu Grund und Grenzen von Loyalitätspflichten im Recht s. im Einzelnen bereits 1. Teil § 2, § 4 V., § 5 II. 3., § 6 II. 3 a) bb).

<sup>185</sup> So etwa *Schenkel*, Whistleblowing, S. 161.

<sup>186</sup> *Brammsen*, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93*, S. 77 (93), für deren Berücksichtigung.

<sup>187</sup> Eingehend dazu bereits 1. Teil § 5 III. 3. b) („Lehre der mittelbaren Gefährdung“).

die Offenlegung Leib und Leben von Menschen konkret gefährdet werden, ist sie zu unterlassen bzw. derart zu begrenzen, dass eine Gefährdung ausgeschlossen ist, etwa indem nur manche Dokumente weitergegeben werden und (bzw. oder) persönliche Daten geschwärzt werden.<sup>188</sup> Eine solche Gefährdung von Menschenleben wurde etwa bei den Veröffentlichungen durch Chelsea Manning auf WikiLeaks behauptet. Durch die offengelegten Informationen seien Leben afghanischer Informanten sowie von Personen gefährdet worden, die bei den US-Streitkräften und Geheimdiensten beschäftigt waren. Ob diese Behauptungen zutreffen, erscheint allerdings sehr zweifelhaft. Bislang wurde auch nicht versucht, nachzuweisen, dass eine derartige Gefährdung tatsächlich eingetreten sei, geschweige denn sich verwirklicht hat.<sup>189</sup>

Auch wenn diese Merkmale eine gewisse Orientierung bieten, werden die grundlegenden mit Abwägungen verbundenen Probleme dadurch nicht ausgeräumt, denn welche Faktoren in jedem Fall bei der Abwägung zu berücksichtigen und wie die Interessen im Einzelfall zu gewichten sind, bleibt offen.<sup>190</sup> Der Abwägungsvorgang erscheint insbesondere dann in nicht unerheblichem Maße unbestimmt und infolgedessen unvorhersehbar und diffus, wenn pauschal auf eine „Gesamt abwägung“ aller Umstände des Einzelfalles verwiesen wird.<sup>191</sup>

## V. Angemessenheitsklausel

Die Offenlegung des jeweiligen Geheimnisses muss nach § 34 S. 2 StGB auch ein angemessenes Mittel sein, um die Gefahr abzuwenden. Dies soll nach der Gesetzesbegründung der Fall sein, wenn „das Verhalten des Notstandstäters auch nach den anerkannten Wertvorstellungen der Allgemeinheit als eine sachgemäße und dem Recht entsprechende Lösung der Konfliktlage“ erscheint.<sup>192</sup> Wird die Klausel dementsprechend als eigenständige Wertungsstufe begriffen

---

<sup>188</sup> Die Verletzung von Leib und Leben würde schon zu einer Strafbarkeit wegen Körperverletzungs- und Tötungsdelikten führen, die in aller Regel nicht durch Offenlegungsinteressen gerechtfertigt wären. Deshalb stellt sich die Frage, ob diese Rechtsgüter bei einer Rechtfertigung an sich strafbarer Geheimnisverletzungen zu berücksichtigen wären, zumal geheimnisschützende Straftatbestände grundsätzlich nicht den Schutz von Leib und Leben bezwecken.

<sup>189</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (294); sowie in Bezug auf die Enthüllungen Daniel Ellsbergs und Edward Snowdens, *Delmas*, Crim Law and Philos 11 (2017), 195 (209 f.); *Pozen*, in: Whistleblowing Nation, S. 327 (330).

<sup>190</sup> *Brockhaus*, JRE 26 (2018), 429 (441 f.); *Pawlik*, Notstand, S. 135.

<sup>191</sup> *Meißner*, Die Interessenabwägungsformel bei § 34 StGB, S. 26; *Pawlik*, Notstand, S. 136, 135, 131, 248.

<sup>192</sup> BT-Drs. IV/650, S. 159, dieser „zweiten Wertungsstufe“ zust. etwa *Erb*, in: MK § 34 Rn. 244.

– entgegen der wohl dominierenden Literaturansicht, die § 34 S. 2 StGB für überflüssig hält<sup>193</sup> – lässt sich ein Mittel als unangemessen ausweisen, wenn es bei einer generellen Erlaubnis und einer daraus resultierenden allgemeinen Praxis „zu erheblichen negativen Konsequenzen für das gesellschaftliche Miteinander führen“ würde.<sup>194</sup> Dabei könnte wieder, letztlich unfundiert, eingewendet werden, Whistleblowing begünstige Denunziantentum und befeueere eine Kultur der Überwachung und Bespitzelung. Doch dieser Einwand wurde schon an verschiedenen Stellen als im Wesentlichen unbegründet zurückgewiesen, insbesondere weil sich Whistleblowing nicht gegen das Individuum, sondern gegen Machtakkumulationen richtet.<sup>195</sup> Gerade wenn es um Rechtsverstöße in Organisationen geht, ist nicht ersichtlich, wie deren Offenlegung eine dem Recht widersprechende bzw. eine Praxis darstellen soll, die erhebliche negative Konsequenzen nach sich zieht.<sup>196</sup>

## VI. Subjektives Rechtfertigungselement: Bewusstsein der Notstandslage

Die Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement sind umstritten. Zum Teil wird unter Verweis auf den Wortlaut des § 34 S. 1 StGB („eine Tat begeht, *um* die Gefahr [...] abzuwenden“) vertreten, der Notstandstäter müsse stets mit Gefahrabwendungsabsicht handeln.<sup>197</sup> Demgegenüber wird von der Rechtsprechung und der Literatur überwiegend nur ein „Rettungswille“ verlangt, der bereits bejaht wird, wenn der Täter im Bewusstsein der Notstandslage handelt, d. h. die sie begründenden Tatsachen kennt.<sup>198</sup>

Beim Whistleblowing wird der Zweck, etwa die Abhilfe von Missständen, nicht schon durch die Offenlegung, sondern erst durch sukzessive Handlungen

---

<sup>193</sup> Perron, in: Sch/Sch § 34 Rn. 46 m. w. N.

<sup>194</sup> Joerden, GA 1991, 411 (427).

<sup>195</sup> Siehe in der Einleitung und etwa auch zum inversen Panoptismus, 2. Teil § 1 II. 3. b).

<sup>196</sup> Vgl. auch Schenkel, Whistleblowing, S. 171, zumindest für internes und externes Whistleblowing gegenüber staatlichen Stellen.

<sup>197</sup> Zieschang, in: LK § 34 Rn. 80 f.

<sup>198</sup> OLG Naumburg, NStZ 2013, 718 (719); OLG Karlsruhe JZ 1984, 240 (241) (zu § 16 OWiG), zust. Anm. Hruschka, ebd.; Roxin/Greco, AT I § 16 Rn. 105 (zu § 34 StGB) sowie § 14 Rn. 97 (allgemein) jeweils m. w. N.; Schenkel, Whistleblowing, S. 171 f.; Erb, in: MK § 34 Rn. 289; Fischer, StGB § 34 Rn. 27; Neumann, in: NK § 34 Rn. 106; Perron, in: Sch/Sch § 34 Rn. 48. Vgl. bereits Kant, MdS, Einleitung Rechtslehre, AA VIII, S. 218 f.: Das Recht könne nur zur äußeren Übereinstimmung mit dem Gesetz („Legalität“) und nicht auch zur inneren Übereinstimmung („Moralität“ oder „Sittlichkeit“) mit demselben verpflichtet. Im Gegensatz zur Moralität sei die Triebfeder der Handlung für die Legalität unbeachtlich, ebd. 219.

erreicht. Das Phänomen stellt sich somit als unvollkommen zweiaktiges Rechtfertigungsgeschehen dar, weshalb nach einer speziellen Ansicht eine Abhilfeabsicht der hinweisgebenden Person erforderlich wäre.<sup>199</sup> Zur Begründung dieser Auffassung wird paradigmatisch das Festnahmerecht aus § 127 Abs. 1 StPO angeführt. Wer eine Person, die auf frischer Tat ertappt wird, festnimmt und damit der Freiheit beraubt, könne nur gerechtfertigt sein, wenn sie die anschließende Feststellung der Identität und die Strafverfolgung intendiert.<sup>200</sup> Jedoch hat bereits *Roxin* darauf hingewiesen, dass es auf der Grundlage der eingangs genannten dominierenden Ansicht ausreicht, wenn der festnehmenden Person bewusst ist, dass die Festnahme zur Identitätsfeststellung bzw. Überführung der verdächtigen Person führen wird.<sup>201</sup> In voluntativer Hinsicht kann die festnehmende Person von ganz anderen Motiven bestimmt sein. Es kann ihr etwa allein darum gehen, dass durch die Festnahme ein Gegner aus dem Weg geräumt wird.<sup>202</sup>

Die Ansicht, nach der allgemein das Bewusstsein der Rechtfertigungslage bzw. die Kenntnis der Notstandslage im Besonderen für eine Rechtfertigung ausreicht, harmoniert mit der Auffassung, die sich im internationalen und europäischen Diskurs zum Whistleblowing durchgesetzt hat, nach der die Motivation des Whistleblowers unbeachtlich ist.<sup>203</sup> Insbesondere bedarf es keines besonderen Motivs, um durch die Vorschriften der Whistleblowing-Richtlinie geschützt zu werden.<sup>204</sup> Dafür spricht, dass es beim Whistleblowing regelmäßig um die Wahrung öffentlicher Interessen geht, weshalb es nebensächlich ist, wenn die hinweisgebende Person zugleich eigene Interessen verfolgt.<sup>205</sup> Weiterhin würden sich zwangsläufig Beweisschwierigkeiten ergeben, wenn der rechtliche Schutz des Whistleblowings ein bestimmtes Motiv voraussetzen würde. Die Motivlage ist bei diesem Phänomen oftmals komplex und es können neben einem Gefahrabwendungswillen weitere Beweggründe vorliegen. Zu Recht wird deshalb auch in der deutschen strafrechtlichen Literatur zum Whistleblowing die Ansicht vertreten, dass mit der Offenlegung verbundene

---

<sup>199</sup> *Lampe*, GA 1978, 7 ff., zust. *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 16. Siehe dazu bereits I. Teil § 9 II. 4.

<sup>200</sup> *Graf*, in: BeckOK-StPO § 127 Rn. 10: „Der Zweck der Festnahme darf nur darin bestehen, den Täter der Strafverfolgung zuzuführen“.

<sup>201</sup> *Roxin/Greco*, AT I § 14 Rn. 103.

<sup>202</sup> Ebd. Zutreffend wird deshalb konstatiert, dass die sog. „unvollkommen zweiaktigen Rechtfertigungsgründe“ nur eine „scheinbare Ausnahme“ von dem Grundsatz bilden, nach dem das Handeln im Bewusstsein der Rechtfertigungslage ausreicht.

<sup>203</sup> So etwa die Vorschriften der United Nations Convention Against Corruption, *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 48 (50).

<sup>204</sup> Siehe ErWG (32) WBRL: „Aus welchen Gründen der Hinweisgeber Informationen meldet, sollte bei der Entscheidung, ob die Person Schutz erhalten sollte, keine Rolle spielen.“ Vgl. etwa auch die englische Fassung: „The motives of the reporting persons in reporting should be irrelevant in deciding [...]“

<sup>205</sup> So bereits *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1108).

malizöse oder pekuniäre Motive das subjektive Rechtfertigungselement nicht ausschließen, sondern das Bewusstsein der zum Whistleblowing berechtigenden Umstände ausreicht.<sup>206</sup>

Die teilweise vertretene Gegenansicht, die eine Rechtfertigung in derartigen Situationen verneint,<sup>207</sup> weist gesinnungsstrafrechtliche Züge auf,<sup>208</sup> widerspricht der hier überzeugenden, überwiegend vertretenen Strafrechtsdogmatik sowie dem Willen der EU-Gesetzgebung und überspannt damit die Anforderungen an das subjektive Rechtfertigungselement.

## VII. Zwischenergebnis

Insgesamt eignet sich der rechtfertigende Notstand nur bedingt, um legitimes Whistleblowing zu rechtfertigen. Zwar ist es vertretbar, Geheimnisverletzungen wegen der Notstandsvorschriften zu rechtfertigen, angesichts der aufgezeigten Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten kann diese Lösung jedoch nicht als rechtssicher bezeichnet werden. Problematisch ist insbesondere, wie Situationen zu bewerten sind, in denen die Missstände zum Zeitpunkt der Offenlegung eigentlich keine (Wiederholungs-)Gefahr begründen. Da häufig ungewiss ist, ob die Missstände infolge der Offenlegung tatsächlich abgestellt oder zumindest dahingehende Maßnahmen eingeleitet werden, kann auch das Merkmal der Geeignetheit problematisch sein. Weiterhin stellt sich im Rahmen der Erforderlichkeit häufig die Frage, die faktisch regelmäßig nicht leicht zu beantworten ist, ob eine interne Anzeige als milderer Mittel gleich wirksam gewesen wäre.

Umstritten ist, welche Güter im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt werden und wie sie zu gewichten sind. Nach dominierender Ansicht sind Allgemeinrechtsgüter zwar notstandsfähig, Einschränkungen werden jedoch insbesondere diskutiert, wenn es um eine Rechtfertigung von Beamtinnen und Beamten geht. Weiterhin ist ungewiss, ob sich die Rechtsprechung der zutreffenden Ansicht anschließen würde, dass beim Whistleblowing in der Regel eine Defensivnotstandssituation vorliegt, sodass § 228 S. 1 BGB (analog) angewendet oder zumindest dessen (tätergünstigere) Interessenabwägungsformel bei der Anwendung von § 34 StGB berücksichtigt wird. In den Pätsch-Entscheidungen kam der Aspekt der Defensivnotstandssituation beispielsweise nicht zur Sprache.

---

<sup>206</sup> *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1114 f.); *Satzger*, FS Achenbach, S. 447 (453); *Schenkel*, Whistleblowing, S. 171.

<sup>207</sup> *Rahimi Azar*, JuS 2017, 930 (935); *Trüg*, StV 2011, 111 (112); so in der Tendenz auch *Sieber*, NJW 2998, 881 (884).

<sup>208</sup> *Erb*, FS Roxin 2011 II, 1103 (1114 f.), zust. *Schenkel*, Whistleblowing, S. 171.

Bezüglich des subjektiven Rechtfertigungselements wird für Notstandshandlungen, die ihren Zweck wie beim Whistleblowing nicht unmittelbar, sondern erst mittelbar durch Folgemaßnahmen erreichen, in der Literatur eine Rettungsabsicht verlangt und es ist nicht ausgeschlossen, dass sich die Rechtsprechung dem anschließen würde.

Der rechtfertigende Notstand bietet nach dieser Zusammenschau gerade kein hinreichend differenziertes und adäquates Konzept, um legitimes Whistleblowing rechtssicher von einer Strafbarkeit auszunehmen. Es bedarf stattdessen einer Regelung, die sich nicht auf den Rechtsgedanken der Gefahrabwendung beschränkt, die Anforderungen der Erforderlichkeit konkretisiert und bei einer Interessenabwägung Situationen, in denen Missstände dem Geheimnisträger zuzurechnen sind, hinreichend klar berücksichtigt.

### § 3 Wahrnehmung berechtigter Interessen

Eine Rechtfertigung des Whistleblowings durch die Notstandsvorschriften erscheint vor den herausgearbeiteten dogmatischen Schwierigkeiten und der verschiedenen umstrittenen Einzelfragen rechtsunsicher und unvorhersehbar. Allerdings könnte der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen, wie es die Rechtsprechung bezüglich der Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) praktiziert, auf geheimnisschützende Straftatbestände angewendet werden.<sup>1</sup> In der Literatur wird teilweise für eine analoge Anwendung des § 193 StGB auf weitere geheimnisschützende Straftatbestände wie § 353b StGB plädiert oder sogar für einen allgemeinen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen geworben. Dies beruht auf der noch genauer zu entfaltenden Annahme, dass der Notstand nicht ausreicht, um legitime Geheimnisverletzungen von der Strafbarkeit auszunehmen.

Die Whistleblowing-Situation stellt sich regelmäßig als strukturdifferent zur Notstandslage und strukturanalog zu Sachverhalten dar, die durch die Wahrnehmung berechtigter Interessen erfasst werden. Gerade das evolutive und nicht nur konservierende Anliegen des Whistleblowings verdeutlicht dies. Der Gesetzgebung zufolge lässt sich das Prinzip der Wahrnehmung berechtigter Interessen, wie § 201 Abs. 2 S. 2 StGB und § 201a Abs. 4 StGB zeigen, auch auf andere Straftatbestände übertragen. Dies wurde für geheimnisschützende Straftatbestände mit verschiedenen Gesetzentwürfen zur Reform des StGB seit dem Kaiserreich und insbesondere in der Weimarer Republik immer wieder vorgeschlagen. Umgesetzt wurden die Vorschläge nicht. In Österreich hingegen, ist man diesen legislativen Schritt gegangen und im Schweizer Strafrecht ist die Wahrnehmung berechtigter Interessen als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund für strafbare Geheimnisverletzungen anerkannt. Im Bereich der nationalen Sicherheit wird der strafrechtliche Schutz von Geheimnissen in Kanada durch eine vergleichbare *public interest defence* durchbrochen. Eine entsprechende Regelung soll in Großbritannien eingeführt werden, wird in den *Tshwane Principles* vorgeschlagen und auch für das US-Strafrecht erwogen.

---

<sup>1</sup> Zu dieser Rechtsfigur im Kontext des Whistleblowings, s. bereits *Brockhaus*, JRE 2018, 429 (437 f.); *Schenkel*, Whistleblowing, S. 178 ff. – Nachweise zur Rspr. sogleich unter I. 1.



## I. Zur Anwendbarkeit auf geheimnisschützende Straftatbestände

Der Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen wird von der Rechtsprechung zum Teil schon jetzt auf geheimnisschützende Straftatbestände angewendet, was in der Literatur eher auf Ablehnung stößt. Im Folgenden geht es weniger darum, eine der Ansichten als überzeugender auszuweisen, sondern in der Zusammenschau mit der Voruntersuchung zum rechtfertigenden Notstand wird weiter entwickelt, dass die Notrechte (§§ 32, 34 StGB) eher ungeeignet sind, strafatbestandsmäßige, aber legitime Geheimnisverletzungen zu rechtfertigen. Aus strafrechtsdogmatischen und grundrechtlichen Überlegungen ist stattdessen ein anderer Rechtfertigungsgrund oder Ausnahmetatbestand zu fordern, für den die Wahrnehmung berechtigter Interessen wegen ihrer engen Verbindungen mit der für den Whistleblowing-Konflikt zentralen Meinungsäußerungsfreiheit Orientierung bietet.

### 1. Streitstand in Literatur und Rechtsprechung

Der in § 193 StGB geregelte Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen erstreckt sich nach seinem zweiten Halbsatz und seiner systematischen Stellung im 14. Abschnitt des StGB nur auf die Beleidigungsdelikte. Dementsprechend lehnt die im Schrifttum dominierende Auffassung eine (analoge) Anwendung der Vorschrift auf andere strafbare Handlungen allgemein<sup>2</sup> und spezifisch auf geheimnisschützende Straftatbestände (§§ 203<sup>3</sup>, 353b StGB<sup>4</sup>) ab. Es bestehe keine Regelungslücke, mit der sich eine analoge Anwendung des § 193 StGB begründen ließe, weil für eine Rechtfertigung strafatbestandsmäßiger Geheimnisverletzungen § 34 StGB zur Verfügung stehe.<sup>5</sup> Wenn

---

<sup>2</sup> Siehe etwa *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 119; *Roxin/Greco*, AT I § 18 Rn. 39; *Fischer*, StGB § 193 Rn. 4; *Herdegen*, in: LK, 11. Aufl., § 193 Rn. 11; *Hilgendorf*, in: LK § 193 Rn. 11; *Regge/Pegel*, in: MK § 193 Rn. 8; *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 304; *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 79/80; *Zaczyk*, in: NK § 193 Rn. 12.

<sup>3</sup> So etwa *Bohnert*, NStZ 2004, 301 (305); *Brammsen*, Die Anzeige von Kartellverstößen, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1992/93, 77 (89); *Everts*, NJW 2002, 3136 (3138); *Kretschmer*, Strafrechtlicher Ehrenschatz, S. 75; *Lenckner*, GS Noll, 243 (252); *Otto*, wistra 1999, 201 (204); *Schmitz*, JA 1996, 949 (953); *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (61 f.); *Cierniak/Niehaus*, in: MK § 203 Rn. 92; *Eisele*, in: Sch/Sch § 203 Rn. 56; *Fischer*, StGB § 203 StGB Rn. 86; *Hoyer*, in: SK § 203 Rn. 94.

<sup>4</sup> Siehe etwa *Fischer*, StGB Rn. 18; *Kuhlen*, in: NK Rn. 51; *Perron/Hecker*, in: Sch/Sch Rn. 21a; *Puschke*, in: MK Rn. 54; nur grds. ausschließend, *Vormbaum*, in: LK Rn. 29.

<sup>5</sup> Z. B. *Bohnert*, NStZ 2004, 301 (305); *Edwards*, Whistleblowing, S. 96; *Kretschmer*, Strafrechtlicher Ehrenschatz, S. 74; *Lutterbach*, Whistleblowing, S. 119; *Schenkel*, Whistleblowing, S. 183 f.

die Grenzen des rechtfertigenden Notstands nicht zu eng gezogen, sondern verfassungskonform ausgelegt würden, reiche die Vorschrift zur Rechtfertigung an sich strafbarer, aber legitimer Geheimnisverletzungen aus.<sup>6</sup>

Demgegenüber meinen andere Teile des Schrifttums, die Wahrnehmung berechtigter Interessen sei auch auf andere Straftaten anzuwenden, weil und wenn die Notstandsvorschrift nicht ausreiche, um nicht strafwürdige Handlungen zu rechtfertigen. Insbesondere sei die Vorschrift des § 34 StGB oft nicht hinreichend, um Interessenkollisionen, die sich bei straftatbestandsmäßigen Geheimnisverletzungen ergeben, adäquat aufzulösen. Dabei wird entweder von einem allgemeinen, übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund ausgegangen<sup>7</sup> oder für eine analoge Anwendung des § 193 StGB auf andere Straftatbestände plädiert.<sup>8</sup> Der Rechtfertigungsgrund soll auf § 203 StGB Anwendung finden<sup>9</sup> oder auch auf andere geheimnisschützende Straftatbestände wie § 17 UWG a. F.<sup>10</sup> Außerdem wird eine Anwendung auf § 202 StGB, die Verletzung des Briefgeheimnisses,<sup>11</sup> und auf den Hausfriedensbruch, § 123 StGB,<sup>12</sup> befürwortet.

Zwar haben Gerichte eine Anwendung des Rechtfertigungsgrundes auf § 123 und § 111 StGB abgelehnt,<sup>13</sup> jedoch hält die Rechtsprechung Verletzungen von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) durch eine Wahrnehmung berechtigter Interessen für rechtfertigbar. Der BGH meint, die Verletzung von Privat-

---

<sup>6</sup> Siehe etwa *Everts*, NJW 2002, 3136 (3138).

<sup>7</sup> *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 42, 58 ff. m. w. N. auf S. 15 f.; *Schäfer*, wistra 1993, S. 284 f.; *Schwalm*, FS Küchenhoff, 681 (709); *Tiedemann*, JZ 1969, S. 717 (721), sieht in § 193 StGB einen Unterfall des „rechtfertigenden Notstandes bzw. des insoweit anerkannten Güterabwägungsgrundsatzes“ und hält daher eine Ausweitung auf Straftatbestände „mit besonders gemeinschaftsbezogenen Rechtsgütern“ durch eine vorsichtige Verallgemeinerung oder eine analoge Anwendung der Vorschrift für möglich.

<sup>8</sup> *Noll*, ZStrR 80 (1964), 160 (185 ff.); *ders.*, ZStW 77 (1965), 1 (32).

<sup>9</sup> *Geppert*, Die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug, S. 26 ff.; *ders.*, Jura 1985, 25 (28 f.); *Rogall*, NStZ 1983, 1 (6); *Ulsenheimer*, in: Hdb des Arztrechts § 141 Rn. 27.

<sup>10</sup> *Tuffner*, Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen, S. 61 m. w. N., der rechtfertigende Notstand werde vom spezielleren § 193 StGB verdrängt, ebd. Fn. 41.

<sup>11</sup> *Leinveber*, GRUR 1968, 81 (84), etwa wenn die Veröffentlichung dazu dient, „geschichtliche Tatsachen aufzuhellen oder ein zutreffendes Bild von Vorgängen zu geben, über die unterrichtet zu werden die Öffentlichkeit einen berechtigten Anspruch hat.“

<sup>12</sup> *Krüger*, Vorlesungsstörungen, S. 65 ff.

<sup>13</sup> OLG Stuttgart, NStZ 1987, 121 (122), bzgl. § 123 StGB „Besetzung eines US-Militärgebiets“; AG Berlin-Tiergarten, NStZ-RR 2000, 108 (109), bzgl. § 111 StGB „Aufforderung zur Befehlsverweigerung im Kosovo-Einsatz“ mittels Flugblatt und Zeitungsanzeige; OLG Düsseldorf, NStZ 2006, 243 (244 Rn. 11), bzgl. strafbaren Mitführens von Waffen (Butterfly-Messer) in Luftfahrzeugen durch einen Pro7-Reporter, um Sicherheitslücken aufzudecken; sowie bereits RGSSt 31, 63 (66), bzgl. einer Strafbarkeit aus § 7 UWG a. F. wegen einer der Wahrheit widersprechenden Anzeige bei der Polizei, ein Händler verkaufe eine Waggonladung verdorbener Eier.

geheimnissen könne nach den „Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen“<sup>14</sup> bzw. „unter dem Gesichtspunkt der berechtigten Wahrnehmung eigener Interessen“<sup>15</sup> gerechtfertigt sein. Dabei hält der Gerichtshof den rechtfertigenden Notstand anscheinend, zumindest in manchen Situationen, nicht für ausreichend, um legitime Geheimnisverletzungen zu rechtfertigen, denn noch nach dem Inkrafttreten des § 34 StGB zum 1. Januar 1975 hat er eine Verletzung von § 203 StGB über die Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt.

In den einschlägigen Entscheidungen ging es mehrmals darum, dass Berufsgeheimnisträger Honorarforderungen gerichtlich geltend machten und hierbei notwendig Privatgeheimnisse im Sinne des § 203 StGB offenbarten, etwa Behandlungsdaten, die einen Anspruch auf ein ärztliches Behandlungsentgelt begründeten.<sup>16</sup> In Anlehnung an diese Rechtsprechung wird die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht gemäß § 2 Abs. 3 lit. b) BORA nicht verletzt, wenn das Verhalten zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist. Nach den dort genannten Regelbeispielen nimmt berechnigte Interessen wahr, wer Geheimnisse aufdeckt, um eigene Ansprüche aus dem Mandatsverhältnis abzuwehren oder durchzusetzen, oder um sich in eigener Sache zu verteidigen.<sup>17</sup>

Dementsprechend wurde ein Rechtsanwalt für gerechtfertigt gehalten, der sich in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren nur sachgemäß verteidigen konnte, indem er ihm anvertraute Privatgeheimnisse offenbarte.<sup>18</sup> In einem weiteren Fall, in dem ein Strafverteidiger längst getilgte Vorstrafen einer Zeugin in den Strafprozess eingeführt hatte, um deren Glaubwürdigkeit zu erschüt-

---

<sup>14</sup> BGHSt 1, 366 (368) = NJW 1952, 151; 9, 61 = NJW 1956, 599 (600); JR 1956, 430; NJW 1968, 2288 (2290). Die Gesetzgebung spricht bzgl. dieser Rspr. von „einer stillschweigenden oder ausdrücklichen analogen Anwendung der Grundsätze des § 193 StGB“ BT-Drs. IV, S. 650.

<sup>15</sup> BGH, NJW 1993, 2371 (2372); OLG Karlsruhe, NJW 1984, 676. Da der BGH § 193 StGB nicht zitiert, scheint er von einem allgemeinen ungeschriebenen Rechtfertigungsgrund auszugehen.

<sup>16</sup> BGH, NJW 1993, 2371 (2372 m. w. N.), in dieser Entscheidung ging es jedoch um die Abtretung der Forderung, die der Gerichtshof wegen § 134 BGB i. V. m. § 203 StGB für unwirksam erachtete.

<sup>17</sup> Der Ausnahmetatbestand wurde wegen des dort genannten Regelbeispiels geschaffen, *Römermann/Praß*, in: BeckOK-BORA § 2 Rn. 30. Die Berufsordnung (hier zit. in der Fassung v. 1.7.2015) ist eine Satzung, die die gesetzliche anwaltliche Verschwiegenheitspflicht aus § 43a Abs. 2 BRAO nicht unterläuft, sondern in zulässigem Umfang ausdifferenziert, vgl. etwa *Böhnlein*, in: Feuerich/Weyland, BORA § 2 Rn. 1, BRAO § 43a Rn. 23 ff.; *Kleine-Cosack*, in: BRAO, BORA § 2 Rn. 4, er hält die Regelung aber für „überflüssig“, da sich die Schweigepflicht wegen des Vorrangs des Gesetzes nach § 203 StGB und eine Rechtfertigung wegen Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB richte, ebd. BRAO § 43a Rn. 56.

<sup>18</sup> BGHSt 1, 366 (368) = NJW 1952, 151.

tern, hielt das OLG Köln schon den „rechtliche[n] Ausgangspunkt der Strafkammer“ für „unzutreffend“, dass als Rechtfertigungsgrund nur § 34 StGB in Betracht komme.<sup>19</sup> Denn „[i]nsbesondere durch das Erfordernis des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses in § 34 StGB wird der Bereich strafloser Offenbarungsmöglichkeiten zu weit eingeschränkt [...]“.<sup>20</sup> Zu erwägen sei deshalb auch eine Rechtfertigung nach den „die Rechtsordnung allgemein beherrschenden – Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten oder Interessen“.<sup>21</sup>

Eine Rechtfertigung nach diesen Grundsätzen wurde von der Rechtsprechung zudem nicht nur bezüglich *eigener*, sondern auch zum Schutz *öffentlicher* Interessen bejaht. Beispielsweise wurde eine Rechtfertigung eines Arztes angenommen, der zur Gewährleistung der Sicherheit des Straßenverkehrs eine Verkehrsbehörde über eine psychische Erkrankung einer Patientin, „Restschizophrenie (paranoid-halluzinatorische Form)“, informiert hatte.<sup>22</sup> Eine Rechtfertigung wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen wurde zudem bejaht – wenn auch nur als hilfsweise Erwägung –, bei der Auskunft einer im Krankenhaus beschäftigten Person gegenüber der fahndenden Polizei, dass eine bestimmte Person verletzt eingeliefert worden sei.<sup>23</sup> Weiterhin meinte der BGH in einer Entscheidung, dass die Verletzung der beamtenrechtlichen Verschwiegenheitspflicht wegen einer „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ gerechtfertigt sein könne.<sup>24</sup> Nach dieser Entscheidung kommt anscheinend

---

<sup>19</sup> OLG Köln, NJW 2000, 3656. Der RA hatte von den Vorstrafen durch Akteneinsicht in das frühere Strafverfahren Kenntnis erlangt, weshalb das OLG meinte, ihm seien die Informationen zwar nicht „anvertraut“, aber „sonst bekanntgeworden“, s. § 203 Abs. 1 StGB a. E. Das Gericht anerkennt also, dass Informationen nicht nur im Verhältnis zu Mandanten, sondern auch zu Dritten, geschützt sein können, ebd. S. 3657. Siehe zu dieser Frage bereits 1. Teil § 8 I.

<sup>20</sup> Ebd. S. 3657, mit Verweis auf *Rogall*, NStZ 1983, 1 (6).

<sup>21</sup> OLG Köln, NJW 2000, 3657.

<sup>22</sup> BGH, NJW 1968, 2288 (2290). Zur „Wahrnehmung höherer Interessen“ durch Ärzte s. auch *Spengler*, Die Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, S. 44 ff.

<sup>23</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1984, 676: „ein schutzwürdiges Einzelinteresse an der Verhinderung der Weitergabe einer derart allgemein gehaltenen Information ist schon für sich, jedenfalls aber im Rahmen einer Interessenabwägung, zu verneinen (vgl. hierzu *Rogall*, NStZ 1983, 6).“ Letzterer plädiert für eine analoge Anwendung von § 193 StGB.

<sup>24</sup> BGH, NJW 1981, 675 (677 a. E.). Das Bundesministerium des Innern hatte einen BKA-Bericht „über die Scientology-Bewegung“, der auf nicht gesicherten von Scotland Yard übermittelten Erkenntnissen beruhte, an das Max-Planck-Institut für Psychiatrie weitergeleitet, was als eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht gewertet wurde. Es bestand hier jedoch eine Parallele zu den Ehrschutzdelikten für die § 193 StGB gilt, denn es ging auch um die Frage, ob die klagenden Vereine „als juristische Personen [...] in ihrer Ehre als Teil ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts“ verletzt worden seien, ebd. S. 675 a. E. Der BGH meinte, das Berufungsgericht müsse prüfen, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Weitergabe des Berichts bestanden habe, ebd. S. 678.

auch bei der Verletzung von Dienstgeheimnissen (§ 353b StGB) eine Rechtfertigung auf der Grundlage dieser Rechtsfigur in Betracht.

Des Weiteren hat der EGMR den nationalen Gerichten bezüglich der Bestrafung eines Geheimdienstmitarbeiters aufgetragen, zu prüfen, ob die in den jeweiligen Sicherheitsgesetzen artikulierten Staatsinteressen gegenüber anderen berechtigten Interessen im Rahmen einer Rechtfertigung aufgrund der Wahrung berechtigter Interessen („Protection d'intérêts légitimes“) abgewogen werden können.<sup>25</sup>

## 2. Strukturdivergenz und Insuffizienz des Notstands

Rückhalt findet die eben skizzierte Rechtsprechung in Teilen der Literatur. Die einer Rechtfertigung würdigen Offenlegungen strafrechtlich geschützter Geheimnisse – dabei wird insbesondere § 203 StGB thematisiert – würden durch § 34 StGB nicht hinreichend erfasst, denn die Voraussetzungen des Notstands seien in den einschlägigen Konstellationen regelmäßig nicht erfüllt.<sup>26</sup> Die Merkmale der Gegenwärtigkeit der Gefahr und des wesentlichen Überwiegens des geschützten Interesses würden Offenlegungen, mit denen berechnete Interessen wahrgenommen werden, übermäßig hemmen und damit den „Bereich strafloser Offenbarungsmöglichkeiten“ „unvertretbar weit“ beschränken.<sup>27</sup>

Auch die vorgehende Untersuchung zum Notstand hat gezeigt, dass sich die Annahme einer Notstandslage in einigen typischen Whistleblowing-Situationen zwar noch vertreten, doch nur mit ungelenker Argumentation bejahen lässt.<sup>28</sup> Wegen eines in der Vergangenheit liegenden Missstands lässt sich eine gegenwärtige Gefahr, etwa für das allgemeine Strafverfolgungsinteresse oder

<sup>25</sup> EGMR, *Bucur und Toma / Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 110.

<sup>26</sup> *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 12 ff., insb. Fn. 13 (im Jahr 1969 zum übergesetzlichen Notstand); *Rogall*, NStZ 1983, 1 (6); *Schmidt*, ZStW 79 (1967), 741 (807).

<sup>27</sup> *Rogall*, NStZ 1983, 1 (6) m. w. N.; so bereits *Schmidt*, ZStW 79 (1967), 741 (807); s. zudem bereits *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 14 Fn. 13: Bei Verletzungen von Privatgeheimnissen würde es meist an einer Notstandslage fehlen. Zudem sei fraglich, ob, etwa in den Fällen des Einklagens von Honorarforderungen, ein überwiegendes Interesse i. S. d. Notstands bestehe. Vgl. auch *Erdsiek*, NJW 1966, 1385 (1387): „die erste Voraussetzung für die Annahme eines solchen Notstandes, eine akute, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr [liegt] bei der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB in der Regel gar nicht [vor] [...], sondern lediglich eine Beeinträchtigung des wahrgenommenen Interesses“. Vgl. auch *Ohly*, GRUR 2019, 441 (448), bzgl. der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen seien die Voraussetzungen des § 34 StGB möglicherweise zu streng gewesen.

<sup>28</sup> So hat auch der BGH im Fall *Pätsch*, in dem es um die Verletzung von Dienst- und Staatsgeheimnissen ging, nicht auf den (damals noch übergesetzlichen) rechtfertigenden Notstand rekurriert, sondern aus der Meinungsfreiheit einen neuen Rechtfertigungsgrund entwickelt.

ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit,<sup>29</sup> weitaus schwieriger annehmen, als wenn Missstände rechtlich geschützte Interessen aktuell bedrohen. Eine gegenwärtige Gefahr auf diese Weise zu konstruieren, höhlt das Merkmal bis zur Unkenntlichkeit aus und steht deshalb auf dogmatisch tönernen Füßen. Geht es nicht um eine Abhilfe, sondern darum, staatliche Stellen oder die Öffentlichkeit zu informieren, lässt sich Whistleblowing nur bei extensiver Auslegung des § 34 StGB in das Notstandsschema pressen.

Doch eine solche Interpretation wird wegen der Grundrechte aus Art. 5 GG nicht nur für möglich, sondern bei Geheimnisverletzungen sogar für geboten gehalten.<sup>30</sup> Denn wer eine Gefahrenlage verneint, spricht einigen Offenlegungen eine Rechtfertigung durch § 34 StGB ab, die sich im Schutzbereich des Art. 5 GG bewegen und die wegen der Freiheit der politischen Rede grundrechtlich besonders schützenswert sind. Dieser Weg mag *de lege lata* angezeigt sein, stellt aber *de lege ferenda* nicht das Mittel der Wahl dar. Denn Interpretationen, die den Normtext des § 34 StGB fast transzendieren, schrammen nicht nur an der Wortlautgrenze der Vorschrift,<sup>31</sup> sondern führen in die grundrechtliche Abwägungsdogmatik, die bereits an verschiedenen Stellen gerade für den strafrechtlichen Kontext kritisiert wurde.

Grundrechtsabwägungen sind weitgehend unbestimmt, damit schlecht vorhersehbar und auch vor dem Hintergrund eventuell bestehender Gegenrechte problematisch. Weiterhin darf die Beantwortung grundrechtswesentlicher Fragen nicht dauerhaft auf die Judikative delegiert werden. Whistleblower müssten sich schließlich bezüglich einer Notstandsrechtfertigung darauf verlassen, dass Gerichte § 34 StGB derart extensiv interpretieren und auch bezüglich der anderen ausgemachten problematischen Aspekte stets die sie begünstigende Ansicht vertreten.

Stattdessen wird schon seit Längerem vorgeschlagen, einen besonderen Rechtfertigungsgrund zu schaffen, „der dem Gedanken der Interessenwahrnehmung Rechnung trägt.“<sup>32</sup> Andernfalls werde sich die Rechtsprechung, in den

---

<sup>29</sup> Siehe bereits *Schmidt*, ZStW 79 (1967), 741 (807): „Es sind aber Fälle denkbar, in denen das Geheimhaltungsinteresse und ein anderes rechtlich schutzwürdiges Interesse miteinander in Konflikt geraten, ohne daß für letzteres eine Gefahrensituation gegeben ist.“; sowie *Soppa*, Die Strafbarkeit des Whistleblowers, S. 150, 219.

<sup>30</sup> *Everts*, NJW 2002, 3136 (3138), für abschließenden Charakter des § 34 StGB und verfassungskonforme Auslegung desselben; *Lenckner*, GS Noll, 243 (251), meint, ein weiterer Rechtfertigungsgrund werde bei den §§ 201 ff. StGB v. a. deshalb für nötig gehalten, weil die Grenzen des § 34 StGB vielfach zu eng gezogen würden; s. auch *Schünemann*, ZStW 90 (2009), 11 (61).

<sup>31</sup> Weitergehend bzgl. der Landesverratsvorschriften *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (12): „eine verfassungskonforme Interpretation [würde] erfordern, die Rechtfertigung nicht auf den Fall des Notstandes zu beschränken, [...] sondern die Tat immer dann als rechtmäßig anzusehen, wenn die *Interessen an der öffentlichen Erörterung der Tatsachen* gewichtiger sind als die Interessen an der Geheimhaltung.“ (Hervorh. d. R. B.).

<sup>32</sup> *Schmidt*, ZStW 79 (1967), 741 (807).

vom Notstand nicht erfassten Interessenkollisionen, zu einer analogen Anwendung des § 193 StGB gedrängt sehen.<sup>33</sup> Diese Einschätzung teilte bereits die Große Strafrechtskommission zum Entwurf eines StGB von 1962.<sup>34</sup> Sie hat sich in der oben skizzierten Rechtsprechung des BGH, der § 203 StGB wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen für rechtfertigbar hält, bestätigt. Weiterhin wurden Ausnahmen von der nach § 30 VwVfG und § 203 Abs. 2 StGB grundsätzlich untersagten Offenlegung von Privatgeheimnissen durch staatliche Stellen, mittels einer ungeschriebenen Güter- und Interessenabwägung ermittelt, die auf eine analoge Anwendung des § 193 StGB hinauslief.<sup>35</sup> Auch im Arbeitsrecht wird die Rechtsfigur der Wahrnehmung berechtigter Interessen bei der Offenlegung von Geheimnissen durch Beschäftigte thematisiert.<sup>36</sup>

In anderen Ländern wird der Notstand ebenfalls für insuffizient gehalten, um legitime Geheimnisverletzungen von einer Strafbarkeit auszunehmen. Britische Gerichte haben im Fall *Shayler* eine dem Notstand äquivalente *defence of necessity* ausdrücklich verneint und Luxemburger Gerichte in der Lux-Leaks-Affäre einen *état de nécessité* abgelehnt.<sup>37</sup> In Großbritannien wird derzeit über die Einführung einer *public interest defence* diskutiert, die eher mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen vergleichbar ist. Weiterhin haben Schweizer Strafgerichte in einschlägigen Whistleblowing-Situationen die Wahrnehmung berechtigter Interessen als übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund für anwendbar erachtet und teilweise auch bejaht.<sup>38</sup> In Deutschland wurde zu verschiedenen Zeiten vorgeschlagen, was in Österreich schon längst

<sup>33</sup> Ebd. bzgl. der in § 39 StGB-E1962 vorgesehen Notstandsvorschrift.

<sup>34</sup> BT-Drs. IV/650, 340, da die Notwehr und der rechtfertigende Notstand „wegen ihrer engen Fassung für die Lösung dieser Fälle nicht ausreichen“. Im vorigen Entwurf von 1960 hieß es hingegen, dass „die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Offenbaren eines Privatgeheimnisses im Falle einer Interessenkollision unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt oder entschuldigt sein kann, zunächst nach den allgemeinen Vorschriften des Entwurfs, insbesondere § 39 [Notstand], zu beantworten sei“, ebd. S. 339 a. E. Letzterem zust. AE-StGB BT II, Zu § 186 a E 1962, S. 46, es sei nicht zu befürchten, dass sich die Notstandsvorschrift als zu eng erweise, weil in ihr das „auch hier in Betracht kommende Rechtfertigungsprinzip in seiner allgemeinsten Form“ umschrieben werde, S. 46. Die Notwendigkeit eines Rechtfertigungsgrundes der Wahrnehmung berechtigter Interessen finde in der oben im Haupttext skizzierten und im E 1962 zit. Rspr. „keinerlei Bestätigung.“

<sup>35</sup> *Schünemann*, in: LK § 203 Rn. 145, 147, seit der Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das „Volkszählungsurteil“ (BVerfGE 65, 1) ist jedoch eine gesetzliche Eingriffsermächtigung erforderlich, ebd. Rn. 145, 147, 150.

<sup>36</sup> *Peter/Rohde-Liebenau*, AuR 2004, 429 (430); vgl. auch *Hinrichs*, in: Arbeitsrecht Gegenwart 18 (1980), S. 35, (44): Es bleibe „zu prüfen, ob der anzeigende Arbeitnehmer – über die Berufung auf das Gebrauchmachen von seinen Grundrechten hinaus – berechnete Interessen für sein Vorgehen geltend machen kann.“

<sup>37</sup> Siehe bereits § 2 II. 2. e).

<sup>38</sup> Dazu noch unter III. 1.

gilt: ein gesetzlicher Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen für geheimnisschützende Straftatbestände.<sup>39</sup>

Schließlich unterscheiden sich nicht nur die Gefahrenlagen beim Notstand häufig strukturell von solchen Situationen, die beim Whistleblowing vorliegen. Während eine Notstandshandlung typischerweise unmittelbar auf die Abwendung einer Gefahr gerichtet ist, erscheint es atypisch, wenn nicht gar unmöglich, eine Gefahr durch die Offenlegung eines Geheimnisses unmittelbar abzuwenden.<sup>40</sup> Missständen wird nur mittelbar abgeholfen, weil die Offenbarung auf Maßnahmen zielt, die sukzessive wahrscheinlich ergriffen werden und prospektiv geeignet erscheinen, die Missstände zu beseitigen.<sup>41</sup> Gerade wenn die Offenlegung eine Strafverfolgung bezweckt oder eine öffentliche Diskussion zu den Missständen angestoßen werden soll, lässt sie sich kaum noch als Gefahrenabwendung im Sinne des Notstands charakterisieren.

### 3. Strukturanalogie zum Whistleblowing

In diesem mittelbaren Zusammenhang zwischen Offenlegung und intendiertem Zweck zeichnet sich ein gestuftes Moment oder auch ein evolutiver Wesenszug ab, der nicht nur Whistleblowing, sondern auch die Rechtsfigur der Wahrnehmung berechtigter Interessen<sup>42</sup> und das Konzept des zivilen Ungehorsams prägt.<sup>43</sup> Die Wahrnehmung berechtigter Interessen ist im Gegensatz zu den meisten anderen Rechtfertigungsgründen wie den Notrechten der §§ 32, 34 StGB nicht darauf beschränkt, einen Wertebestand zu konservieren, einen Rechtsgüterbestand vor Angriffen und Gefahren zu schützen,<sup>44</sup> sondern erlaubt

---

<sup>39</sup> Dazu ebenfalls noch unter III. 1.

<sup>40</sup> Dagegen wird eingewendet: Die Grenzen des Notstands würden „vielfach zu eng gezogen, weil der Begriff des Notstands, entwicklungsgeschichtlich durchaus erklärbar, immer noch mit dem Vorverständnis einer echten ‚Not‘ für einige wenige, scharf umrissene und mehr oder weniger existenzielle Rechtsgüter belastet ist.“ *Lenckner*, GS Noll, 243 (251); s. auch *Schünemann*, ZStW 90 (1978), 11 (61 f.).

<sup>41</sup> Vgl. *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 29 f.: „bei Beschränkung der Wahrnehmung berechtigter Interessen auf wirklichen Notstand [blieben] gerade die Fälle rechtswidrig, in denen es bspw. dem Journalisten allein darum geht, das unlautere Wettbewerbsverhalten eines Unternehmers oder die dubiosen Machenschaften eines Beamten ans Tageslicht zu bringen. Denn von einem anderweitig unabwendbaren ‚Gutsnotstand‘ [...] kann bei § 193 StGB regelmäßig keine Rede sein.“

<sup>42</sup> Für einen derartigen Rechtfertigungsgrund im Kontext strafrechtlich geschützter Staatsgeheimnisse, EGMR, *Bucur und Toma ./. Rumänien*, UrT. v. 8.1.2013 – 40238/02, § 110. Vgl. auch für die BAG-Rspr. zum Whistleblowing, *Peter/Rohde-Liebenau*, AuR 2004, 427 (430).

<sup>43</sup> Zum zivilen Ungehorsam s. noch § 4. Zu dieser Parallele vgl. *Eser*, a. a. O., S. 5: Nicht selten werde „gegen die ‚etablierte Ordnung‘ im Zeichen einer ‚Wahrnehmung berechtigter Interessen‘“ aufbegehrt; vgl. zudem *Laker*, Ziviler Ungehorsam, S. 227.

<sup>44</sup> *Eser*, a. a. O., S. 51. Die Notrechte sind „durchwegs mehr auf Abwehr und Sicherung des Bestehenden ausgerichtet, so daß ihnen das dynamische Element der Schaffung und



es, einen bestehenden Zustand zu ändern, indem neue Werte „evolutiv“ oder „dynamisch“ geschaffen und durchgesetzt werden.<sup>45</sup> Dies ergibt sich aus den in § 193 Hs. 1 StGB genannten Beispielen:<sup>46</sup> „Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden“, sind geschützt, ohne dass eine Gefahr, etwa im Sinne einer Notstandslage, vorliegen müsste. Zudem werden die Äußerungen auch dann geschützt, wenn der mit ihnen intendierte Zweck, etwa ein wissenschaftlich verfolgtes Ziel, nicht unmittelbar erreicht werden soll, sondern noch in ferner Zukunft liegt.<sup>47</sup>

Auch Offenlegungen von Missständen erschöpfen sich regelmäßig nicht darin, den *status quo* zu bewahren.<sup>48</sup> Wer ein Geheimnis aufdeckt, schafft etwas Neues: Der adressierte Personenkreis erlangt infolge der Offenlegung Kenntnis ihm bislang verborgener Informationen. Es wird also nicht eine Gefahr von einem rechtlich geschützten *positiv* bestehenden Zustand oder Bestand an Rechten abgewendet, etwa eine Gefahr für das Haben eines Lebens oder von Eigentum, das Verfügen über körperliche Unversehrtheit oder Vermögen etc., sondern durch die Offenlegung wird zunächst allein ein *negativer* Zustand beseitigt, der Zustand der Unkenntnis. Anders gewendet wird mit der Inkenntnissetzung ein kognitiver Zustand herbeigeführt, der im Kontrast zum bisherigen Zustand ein „mehr“ darstellt und der entweder selbst einen eigenen neuen Wert verkörpert oder zumindest zu einem solchen, etwa durch einen öffentlichen Diskurs, hinführen soll. Das, worauf sich der rechtfertigende Notstand als sta-

---

Durchsetzung neuer Werte weithin abgeht.“ Sowie S. 67: „[...] der Wahrnehmung berechtigter Interessen [fällt] bei Schutzgütern mit einer besonders starken Sozialverflochtenheit zugleich eine evolutive Funktion zu: in größtmöglicher Förderung der Entfaltungsfreiheit und der darauf beruhenden Fortentwicklung der Gesellschaft soll sie – über die bloße Abwehr etwaiger Werteinbußen hinaus – auch der Schaffung neuer Werte dienen. Insofern ist sie [...] ein Durchsetzungsrecht zum ‚status ad quem‘.“

<sup>45</sup> *Leckner*, GS Noll, 244.; *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (32); *ders.*, ZStrR 1964, 160 (188): „Wer in Ausübung verfassungsmässig garantierter Freiheitsrechte Werte schafft oder bedeutende Interessen wahrnimmt, handelt rechtmässig, auch wenn er dabei weniger bedeutende Werte bzw. Interessen in Erfüllung eines Straftatbestandes verletzt“, nicht nur Ehrverletzungen, sondern auch andere Straftatbestände könnten hiernach gerechtfertigt sein; *Tiedemann*, JZ 1969, 717 (721), Notwehr und Notstand („Bewahrung“) mit § 193 StGB („Durchsetzung einer Veränderung“) kontrastierend; zust. *Krüger*, Vorlesungsstörungen, S. 66; s. zudem *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 51, 54, 67.

<sup>46</sup> *Eser*, a. a. O., S. 30.

<sup>47</sup> *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 30, die Rechtfertigung sei nicht zu versagen, wenn die Tat „einer erst noch zu verwirklichenden Idee oder einer gewerblich erst noch durchzusetzenden Erfindung“ diene.

<sup>48</sup> So bzgl. § 5 Nr. 2 GeschGehG *Leite*, GA 2021, 129 (137).

tisches Abwehrrecht nicht erstreckt, nämlich die „Durchsetzung zukunftsgerichteter Ziele, seien sie nun wirtschaftlicher, wissenschaftlich-künstlerischer oder allgemein politischer Natur“,<sup>49</sup> ist dem Whistleblowing wesensimmanent.

Eine weitere Ähnlichkeit zwischen der Wahrnehmung berechtigter Interessen und dem Whistleblowing besteht darin, dass das strafrechtlich geschützte und das wahrgenommene Interesse erst durch die Willkür des Täters zu einem Konflikt verknüpft werden, im Gegensatz zu den Notrechten, bei denen die Interessenkollision prinzipiell durch andere Personen, Tiere, Sachen oder sonstige äußere Umstände herbeigeführt wird.<sup>50</sup>

#### 4. Notwendigkeit rechtsevolutiver Rechtssätze

Es bedarf daher Rechtsvorschriften, die es den Mitgliedern einer Gesellschaft erlauben, unter bestimmten Voraussetzungen in rechtlich geschützte Interessen einzugreifen, nicht nur um den *status quo* zu verteidigen, sondern auch, um darüberhinausgehende Veränderungen herbeizuführen. Denn eine weltoffene, nach Gerechtigkeit strebende und nicht-ideale Gesellschaft wird notwendig permanent verändert, und zwar nicht allein durch die staatlichen Repräsentativorgane.<sup>51</sup> Dies darf durch das an sich statische Recht nicht unberücksichtigt bleiben, sondern es muss sich hierzu angemessen verhalten können. Es ist zu einem gewissen Maß vor die schwierige, nahezu paradoxe Aufgabe gestellt, der Mobilität den nötigen Raum zu geben, ohne die erforderliche Stabilität aufzugeben.<sup>52</sup> Das Recht wird mit anderen Worten „in unaufhebbarer Spannung zwischen Beharrungs- und Wandlungstendenzen“ gehalten.<sup>53</sup> Bezüglich der Anpassungen des *status quo* kann nicht allein auf legislative Korrekturen verwiesen werden, schon weil diese nicht selten zu spät kämen.<sup>54</sup> Stattdessen müssen im Recht Räume bestehen, in denen sich eine „rechtzeitige und zeitgerechte Evolution“ vollziehen kann.<sup>55</sup>

Das Delikts- und Strafrecht müsse „Gleitklauseln“ bereithalten, wie eine solche schon in § 193 StGB vorgesehen ist, um den bestehenden (Rechts-)Status evolutiv „den Bedürfnissen und Wertvorstellungen der jeweiligen Zeit anzupassen.“<sup>56</sup> Derartige Tatbestände würden „als Schaltstellen der gesellschaftlichen Erneuerung“ fungieren.<sup>57</sup> Von zentraler Bedeutung „für den ungestörten Ablauf dieses ständigen Anpassungsprozesses“ sind hierbei natürlich die durch

---

<sup>49</sup> Eser, a. a. O., S. 30.

<sup>50</sup> Tiedemann, JZ 1969, 717 (721).

<sup>51</sup> Eser, a. a. O., S. 51.

<sup>52</sup> Eser, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 53.

<sup>53</sup> Ebd.

<sup>54</sup> Ebd. S. 53 f.

<sup>55</sup> Ebd. S. 53: „die beste Prophylaxe gegen die Revolution“.

<sup>56</sup> Ebd. S. 54.

<sup>57</sup> Ebd.

Art. 5 GG gewährleisteten Grundrechte, insbesondere die Meinungsäußerungsfreiheit.<sup>58</sup> Auch diejenigen, die einen allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen ablehnen, bestätigen zumindest, dass § 193 StGB eine evolutive Funktion zukommt, wenn sie sich „als Konkretisierung des Art. 5 GG darstellt“.<sup>59</sup>

### 5. Übertragbarkeit auf geheimnisschützende Straftatbestände

Ein Rechtfertigungsgrund oder Ausnahmetatbestand mit entsprechender Funktion ist auch für geheimnisschützende Straftatbestände zu entwickeln, damit Whistleblower die aus dem positiven Recht abgeleiteten Offenbarungsinteressen wahrnehmen können.<sup>60</sup> Auf diese Weise könnten legitime, durch Art. 5 GG erfasste Offenbarungen, hinreichend bestimmt und rechtssicher von der Strafbarkeit ausgenommen werden.<sup>61</sup> Das Recht muss sich gegenüber jenen Offenbarungsinteressen im Sinne der „gesamtgemeinschaftlichen Entwicklung“<sup>62</sup> durchlässig zeigen, weil sie grundlegende demokratische Anliegen verkörpern und auch nur öffentlich, „innerhalb der Rechtsgemeinschaft aktualisiert werden können.“<sup>63</sup> Das ist bislang nicht gewährleistet, denn insbesondere die Informationsinteressen der Öffentlichkeit, die erst durch den öffentlichen Diskurs bedient werden, lassen sich nur schwer in das Schema der Notrechte integrieren. Aus subjektiv-rechtlicher Perspektive formuliert, aktualisiert sich auch die politische Meinungsäußerung erst im öffentlichen Diskurs, denn sie wird erst durch die öffentliche Auseinandersetzung zu einer politischen.

Eine Übertragung der Wahrnehmung berechtigter Interessen auf § 203 StGB, wie sie die Rechtsprechung seit Langem praktiziert, liegt nahe, weil der Straftatbestand, wie die Ehrschutzdelikte (§§ 185 ff. StGB), den Schutz des

---

<sup>58</sup> Ebd. S. 55. Zu nennen sind außerdem die Wissenschafts- und Kunstfreiheit sowie die Entfaltungs- und Demonstrationsfreiheit. Wahrscheinlich besteht „eine der bedeutsamsten gesamtpolitischen Funktionen dieser Freiheitsrechte [...] gerade darin, die gesellschaftliche Entwicklung davor zu bewahren, daß sie [...] im dichten Gehege bereits ‚etablierter Interessen‘ stecken bleibt.“

<sup>59</sup> *Roxin/Greco*, AT § 18 Rn. 39; so bereits *Lenckner*, GS Noll, 243 (255): „Mit Recht hat deshalb Noll die Rechtfertigung einer Wertverletzung durch eine schöpferische Wertverwirklichung an die weitere Voraussetzung geknüpft, dass sie ‚in Ausübung der allgemeinen Freiheitsrechte‘ – genauer: der die Freiheit der geistigen Auseinandersetzung des Menschen mit der Welt gewährleistenden Grundrechte des Art. 5 GG – erfolgt. Davon abgesehen aber dürfen bestehende Werte nicht schon deshalb verletzt werden, damit neue und bedeutendere Werte entstehen können.“; so auch *Kretschmer*, Strafrechtlicher Ehrenschatz, S. 73.

<sup>60</sup> Ablehnend: *Leite*, GA 2021, 129 (138 f.).

<sup>61</sup> *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 (31 f.), für eine Übertragung der Wahrnehmung berechtigter Interessen auf Straftatbestände, die andere Rechtsgüter schützen; s. auch *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen, S. 67.

<sup>62</sup> *Eser*, a. a. O., S. 50.

<sup>63</sup> Ebd. S. 54. Deshalb für eine Beschränkung „einer evolutiven Wahrnehmung berechtigter Interessen [...] auf besondere gemeinschaftsbezogene Rechtsgüter“, S. 67.

allgemeinen Persönlichkeitsrechts bezweckt.<sup>64</sup> Diese rechtsgutsfundierte Sachnähe wurde schon vor der Entwicklung des grundrechtlichen Persönlichkeitsrechts reflektiert. In verschiedenen Reformentwürfen eines StGB wurden „Ehrverletzung und Verletzung fremder Geheimnisse“ in einem Abschnitt zusammengefasst und ein gemeinsamer Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgeschlagen.<sup>65</sup> An eine Rechtfertigung einer Verletzung von Privatgeheimnissen sind allerdings strengere Anforderungen zu stellen als bei einer Beleidigung. Denn im Gegensatz zu den §§ 185 ff. StGB wird in § 203 StGB ein besonderes rechtliches Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsheimnisträger und der betroffenen Privatperson vorausgesetzt.<sup>66</sup>

Für eine Übertragung der Wahrnehmung berechtigter Interessen auf geheimnisschützende Delikte spricht noch eine Parallele zu den Ehrschutzdelikten, und zwar die vergleichbaren Handlungsmodalitäten: Die §§ 185 ff. StGB werden regelmäßig, wie die geheimnisschützenden Delikte, durch die Kundgabe von Informationen begangen.

Der Sachnähe der Rechtsgüter entsprechend hat die Gesetzgebung den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen inzwischen auf andere Straftatbestände übertragen, die den Schutz der persönlichen Geheimnissphäre bezwecken. Nach § 201 Abs. 2 S. 2 StGB ist eine Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes nicht rechtswidrig, „wenn die öffentliche Mitteilung zur Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen gemacht

---

<sup>64</sup> Vgl. bereits BT-Drs. IV/650, 340; s. auch *Eser*, a. a. O., S. 10 ff., unter Verweis auf die zivilrechtliche Rspr. zu „gewerbestörenden Werturteilen“ und dem Persönlichkeitsrecht; abl. *Schünemann*, ZStW 90 (2009), 11 (61), die konventionellen Rechtfertigungsgründe reichten; *Hoyer*, in: SK § 203 Rn. 94, meint, § 193 StGB sei aus gutem Grund auf die Ehrdelikte beschränkt worden, denn bei tadelnden Werturteilen und nicht erweislich wahren Tatsachenaussäuerungen (§ 186 StGB), verlange Art. 5 GG besondere Rechtfertigungsmöglichkeiten, was auf § 203 StGB nicht zutrefte.

<sup>65</sup> So etwa der 21. Abschnitt im Vorentwurf zu einem deutschen StGB von 1909 sowie der 20. Abschnitt im Gegenentwurf zum Vorentwurf zu einem Deutschen StGB von 1911. In der Begründung heißt es dazu, S. 271 f.: „Der GE. hat es daher in gewissen Fällen für notwendig gehalten, ausdrücklich zu erklären, daß in gewissen Fällen die Offenbarung von Privatgeheimnissen straflos bleibt [...] Bei der Abgrenzung dieser Fälle hat die Strafflosigkeit der Beleidigung bei Wahrung berechtigter Interessen als Vorbild gedient; ist ja doch derselbe legislative Grundgedanke hier wie dort entscheidend.“ Im Kommissionsentwurf von 1913 war die Beleidigung im 23. sowie die Verletzung fremder Geheimnisse im 24. Abschnitt geregelt. Heute ist die Nähe beider Deliktsarten systematisch dadurch erkennbar, dass dem 14. Abschnitt der Beleidigungsdelikte der 15. Abschnitt der Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs folgt.

<sup>66</sup> Siehe bereits BT-Drs. IV/650, 340; vgl. auch *Bohnert*, NSTZ 2004, 301 (305): Die „geringe Wertigkeit“, die die Gesetzgebung dem strafrechtlichen Ehrschutz zugesprochen habe, lasse sich an der Strafandrohung der §§ 185 ff. StGB und den §§ 374, 380, 376 StPO ablesen. Dabei wird allerdings nicht erwähnt, dass die Strafandrohung bei § 203 Abs. 1 StGB bei nur maximal einem Jahr Freiheitsstrafe liegt, bei § 185 StGB jedoch sogar bei bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe.

wird.<sup>67</sup> Zudem sind bestimmte Verletzungen des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nach § 201a Abs. 4 StGB nicht strafbar, wenn sie „in Wahrnehmung überwiegender berechtigter Interessen erfolgen“. Beide Vorschriften<sup>68</sup> zeigen, dass ein Ausschluss der Strafbarkeit wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen nach dem Willen der Gesetzgebung nicht prinzipiell auf die Beleidigungsdelikte beschränkt ist, sondern die Rechtsfigur auf andere Straftatbestände übertragen werden kann. Und beide Regelungen wurden eingeführt, um einen adäquaten Schutz der in Art. 5 GG geregelten Grundrechte zu gewährleisten. Sie sollen „einen angemessenen Ausgleich“ zwischen dem strafrechtlich geschützten Rechtsgut, d. h. bei §§ 201, 201a StGB dem Persönlichkeitsrechtsschutz, und der Meinungsfreiheit bzw. der Pressefreiheit herstellen.<sup>69</sup>

Ein evolutiver, grundrechtsadäquater Rechtfertigungsgrund oder Ausnahmetatbestand sollte auch für die Straftatbestände eingeführt werden, die staatliche Geheimnisse schützen. Zwar werden mit der äußeren Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland (§§ 93 ff. StGB) und mit der Amtsverschwiegenheit bzw. den wichtigen öffentlichen Interessen (§ 353b StGB) Rechtsgüter geschützt, die im Vergleich zur Ehre (§§ 185 ff. StGB) schwerer wiegen, was sich unter anderem an der höheren Strafandrohung ablesen lässt, jedoch bestehen gerade bezüglich dieser Geheimnisse oft profunde demokratisch-begründete Offenbarungsinteressen, die mit einer auf Geheimnisverletzungen zugeschnittenen Ausnahmenvorschrift, adäquat akzentuiert werden sollten. Erst eine solche Vorschrift ermöglicht, die dem demokratischen Gemeinwesen eingeschriebenen Offenbarungsinteressen rechtlich geschützt zu effektuieren. Hinzu kommt, dass die staatliche Informationssphäre dem Defensivnotstandsgedanken entsprechend nur einen deutlich niedrigeren Schutz verdient, wenn die Missstände den jeweiligen staatlichen Stellen zuzurechnen sind.

Die Abstraktion des Rechtsgüterschutzes auf der einen Seite muss sich außerdem, auch aus Gründen der „Waffengleichheit“, zu einem gewissen Maß auf der anderen Seite, d. h. in den Möglichkeiten eines Strafbarkeitsausschlusses widerspiegeln. Bei den Landesverratstatbeständen wird mit der äußeren Sicherheit der BRD ein sehr abstraktes Rechtsgut von gesamtstaatlicher Bedeutung geschützt. Geht es in diesem Bereich um Missstände, kann es geboten sein, sie gegenüber dem gesamtstaatlichen öffentlichen Forum aufzudecken. Bei § 353b StGB ist das geschützte Rechtsgut mit den „wichtigen öffentlichen

---

<sup>67</sup> Von einem „überragenden öffentlichen Interesse“ sei grds. auszugehen, wenn etwa eine der in § 129a Abs. 1 oder § 138 Abs. 1 StGB genannten Katalogstraftaten oder „schwerwiegende Verstöße gegen das Außenwirtschaftsgesetz (§ 34 AWG), etwa illegale Lieferungen an eine ausländische C-Waffen-Fabrik“ aufgedeckt werden, BT-Drs. 11/7414, S. 5.

<sup>68</sup> Auf die bereits bei evtl. strafbaren Vorbereitungshandlungen eingegangen wurde, s. 1. Teil § 9 II. 3.

<sup>69</sup> BT-Drs. 11/7414, S. 4 zu § 201 StGB; 18/2601, S. 39 zu § 201a StGB.

Interessen“ besonders unbestimmt und äußerst flexibel. Wenn selbst das (fiktive) Vertrauen der Bevölkerung in die Verschwiegenheit einer Behörde von der Rechtsprechung als schützenswertes Geheimhaltungsinteresse bewertet wird, müssen die im letzten Kapitel erörterten, aus dem positiven Recht abgeleiteten Offenlegungsinteressen erst recht im Rahmen eines Ausnahmetatbestands oder eines Rechtfertigungsgrundes angemessen berücksichtigt werden können.

## II. Historische Ansätze zur Einführung eines Rechtfertigungsgrundes

Ein Strafbarkeitsausschluss der Wahrnehmung berechtigter Interessen für geheimnisschützende Straftatbestände wurde in verschiedenen Gesetzesentwürfen zur Reform des Strafgesetzbuchs aus der Zeit des Kaiserreichs, der Weimarer Republik und der Bundesrepublik vorgeschlagen.<sup>70</sup> Die Rechtsfigur des Notstands wurde dementsprechend nicht für ausreichend gehalten, um alle strafunwürdigen Geheimnisverletzungen von einer Strafbarkeit auszunehmen.<sup>71</sup>

### 1. Verletzung von Privatgeheimnissen

Für den Straftatbestand der Verletzung von Privatgeheimnissen war schon in § 291 Abs. 4 E1911, dem „Gegenentwurf zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch“, ein Strafbarkeitsausschluss für die Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgesehen: „Hat der Täter eine Pflicht zu erfüllen oder ein öffentliches oder sein oder eines Dritten berechtigtes Interesse zu wahren beabsichtigt, so bleibt die Handlung straflos“.<sup>72</sup>

Ein derartiger Rechtfertigungsgrund wurde auch für den Straftatbestand der Verletzung von Privatgeheimnissen in § 354 Abs. 2 E1913 und dann wortlautgleich in § 355 Abs. 3 des Folgeentwurfs von 1919<sup>73</sup> vorgeschlagen: „Die Offenbarung ist nicht rechtswidrig, wenn sie zur Wahrnehmung berechtigter privater oder öffentlicher Interessen erforderlich war, vorausgesetzt, daß dabei die sich gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig berücksichtigt worden sind.“

---

<sup>70</sup> Dazu *Güllich*, Die Entwicklung des Begriffs Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne des § 193 RStGB in den Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch; *Steiger*, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse nach künftigem Strafrecht, S. 43 ff. Zu diesen Entwürfen s. bereits I. Teil § 3 III. 3 und V. 2.-3.

<sup>71</sup> Siehe etwa in der BRD ausdrücklich, BT-Drs. IV/650, S. 339 f.

<sup>72</sup> Gegenentwurf zum Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, S. 80, Begründung, S. 272. Der Vorentwurf (E1909) sah noch keine Klausel zur Wahrnehmung berechtigter Interessen für die Verletzung von Privatgeheimnissen vor.

<sup>73</sup> Entwürfe II. E1919, S. 78 = Quellen I.1. E1919, S. 78.

Auch der „Entwurf Radbruch“ von 1922/1924 hielt mit § 291 Abs. 3 eine entsprechende Regelung beim Verrat von Privatgeheimnissen bereit.<sup>74</sup> Hieran wurde im Entwurf von 1927 festgehalten, der mit § 325 Abs. 3 eine äquivalente Fassung vorsah, die man um das Merkmal der Erforderlichkeit und eine Interessenabwägungsklausel erweitert hatte.<sup>75</sup> Die Klauseln zur Wahrnehmung berechtigter Interessen wurden unter anderem damit begründet, dass die „beteiligten Kreise, insbesondere die Ärzteschaft“ in der Reformdiskussion großen Wert darauf gelegt hatten, dass die Voraussetzungen zur Durchbrechung des Berufsgeheimnisses gesetzlich geregelt werden.<sup>76</sup> „Durch die Einbeziehung der öffentlichen Interessen“ sollte sichergestellt werden, „daß das ärztliche Berufsgeheimnis unter Umständen auch aus Gründen der öffentlichen Gesundheitspflege, z. B. zur Bekämpfung von Volksseuchen, durchbrochen werden darf.“<sup>77</sup>

Ausdrücklich in Anlehnung an die seit 1911 vorgelegten Entwürfe schlug auch die Große Strafrechtskommission in ihrem abschließenden Entwurf eines StGB von 1962 vor, bezüglich des Bruchs von Privatgeheimnissen einen Rechtfertigungsgrund der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ in § 186a Nr. 2 zu normieren.<sup>78</sup> Danach sollte sich nicht strafbar machen, wer ein Geheimnis:

„zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und die Tat unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen und der dem Täter nach den Umständen obliegenden Prüfungspflicht ein angemessenes Mittel ist, den angestrebten Zweck zu erreichen.“<sup>79</sup>

In der Begründung wurde nicht nur auf die älteren Entwürfe rekurriert, sondern auch auf die einschlägige Rechtsprechung (s. o. I. 1.) zur Rechtfertigung der

---

<sup>74</sup> „Wer ein Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig abgewogen hat, ist nicht strafbar.“ Quellen I.1. E1925, S. 32 o. Ob es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund oder einen Ausnahmetatbestand handelt, ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Begründung des Entwurfs, ebd., S. 149, mit Verweis auf S. 74 (Begründung zu § 133 Abs. 3 des Entwurfs).

<sup>75</sup> RT-Drs. III/3390, S. 34: „Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches [Geheimnis] zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart, das nicht auf andere Weise gewahrt werden kann, und wenn das gefährdete Interesse überwiegt.“

<sup>76</sup> Entwürfe III. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, S. 298; Quellen I.1. E1925, Begründung, S. 149; so auch die Begr. zu E1927, in: RT-Drs. III/3390, S. 162.

<sup>77</sup> Entwürfe III. Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, S. 298; RT-Drs. III/3390, S. 162.

<sup>78</sup> BT-Drs. IV/650, S. 43, 339 f. Dadurch nehme man „einen in allen Entwürfen seit 1911 enthaltenen Gedanken“ auf und gestalte ihn in Anlehnung an die Vorschrift zur Wahrnehmung berechtigter Interessen bei den Beleidigungsdelikten aus, ebd. S. 340.

<sup>79</sup> BT-Drs. IV/650, S. 43.

Verletzung von Privatgeheimnissen wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen verwiesen.<sup>80</sup> Zur Übertragung des Rechtfertigungsgrundes vom Ehrschutz auf den Geheimnisschutz wurde hervorgehoben, dass die Verletzung von Privatgeheimnissen oft mit einer Verletzung der Privatsphäre einhergehe und damit eine entscheidende Parallele zum strafrechtlichen Ehrschutz durch die Beleidigungsdelikte bestehe.<sup>81</sup>

Ablehnend gegenüber einer derartigen Regelung haben sich jedoch zum einen der akademische Alternativ-Entwurf eines StGB<sup>82</sup> und zum anderen die Gesetzgebung im Rahmen der weiteren Strafrechtsreform geäußert, nämlich in der Begründung zum EGStGB,<sup>83</sup> das am 1. Januar 1975 in Kraft trat.<sup>84</sup> Die in § 186a Nr. 2 StGB E1962 vorgesehene Lösung würde, „gewisse Spannungen“ zwischen „§ 34 StGB [...] sowie zu § 193 StGB [...] hervorrufen und damit Auslegungsschwierigkeiten begründen“.<sup>85</sup> Was genau damit gemeint ist, wurde nicht weiter ausgeführt. Aus der Begründung geht jedoch hervor, dass man die weitere Rechtsentwicklung der Rechtsprechung überlassen wollte. Denn „so weit besondere gesetzliche Regelungen über die Grenzen der Verschwiegenheitspflicht fehlen“, soll es der Rechtsprechung überlassen sein, diese über das Merkmal „unbefugt“ bei § 203 StGB zu bestimmen.<sup>86</sup>

Die über einen Zeitraum von 50 Jahren immer wieder aktualisierte Bestrebung, einen Strafbarkeitsausschluss der Wahrnehmung berechtigter Interessen in die Vorschrift zum Schutz von Privatgeheimnissen einzuführen, die zuletzt wie viele andere Reformvorhaben während des Nationalsozialismus im Sande verlaufen war, wurde mit dem Verweis auf den rechtfertigenden Notstand und die Kasuistik makuliert. Zwar wird hier nicht dafür plädiert, die relativ unbestimmten oben zitierten Klauseln in § 203 StGB zu integrieren.<sup>87</sup> Im Ausgangspunkt verfolgten die verschiedenen Entwürfe mit der Suche nach einem geeig-

---

<sup>80</sup> BT-Drs. IV/650, S. 340.

<sup>81</sup> Ebd.; s. dazu bereits die Ausführungen unter I. 5.

<sup>82</sup> AE-StGB BT II, Zu § 186a E1962, S. 45 f., bei der eben genannten Vorschrift handele es sich um einen „Anwendungsfall des allgemeinen, in § 15 AE (bzw. § 39 E1962) formulierten Prinzips der Wahrung überwiegender und nicht, wie die Begründung zum E1962 annimmt, um eine der Wahrnehmung berechtigter Interessen bei der Beleidigung (§ 193 StGB) vergleichbare Situation [...]“. Mit Recht sei daher noch der E 1960 davon ausgegangen, daß die fraglichen Fälle nach den Grundsätzen, wie sie in § 39 E 1960 (vgl. § 15 AE) ihren Ausdruck gefunden haben, zu beurteilen seien.“

<sup>83</sup> Mit dem EGStGB wurden u. a. die BT-Vorschriften des StGB, und damit auch die geheimnisschützenden Straftatbestände, dem Zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 4.7.1969 (BGBl. I, S. 717) angeglichen, mit dem der AT völlig neu gestaltet und § 34 StGB eingeführt worden war.

<sup>84</sup> BT-Drs. 7/550, S. 236.

<sup>85</sup> Ebd.

<sup>86</sup> Ebd.

<sup>87</sup> Zu vage etwa auch: § 121 Abs. 5 und § 122 Abs. 4 Ö-StGB, dazu noch unter III. 1.



neten Strafbarkeitsausschluss aber ein berechtigtes Anliegen. Hieran anknüpfend werden im 1. Teil dieser Arbeit unter § 8 II. 5. speziell auf die Verletzung von Privatgeheimnissen zugeschnittene Ausnahmetatbestände vorgeschlagen, um bestimmte legitime Offenbarungen, durch die berechnigte Interessen wahrgenommen werden, von einer Strafbarkeit auszunehmen.

## 2. Verletzung von Amtsgeheimnissen

Die Verletzung von Amtsgeheimnissen (heute: Dienstgeheimnissen) wurde erst durch die Nationalsozialisten mit § 353b StGB unter Strafe gestellt. Es lässt sich zwar nicht pauschal sagen, dass es sich dabei um eine spezifisch-nationalsozialistische Idee handelte, denn entsprechende Straftatbestände waren schon in den Entwürfen der Weimarer Republik vorgesehen.<sup>88</sup> Jedoch enthielt die Verletzung von Dienstgeheimnissen im „Entwurf Radbruch“ von 1922/1924, im Gegensatz zu dem im Jahr 1936 verabschiedeten § 353b StGB<sup>89</sup>, eine Klausel zur Wahrnehmung berechtigter Interessen. In dem Straftatbestand der Verletzung des Amtsgeheimnisses war in § 133 Abs. 2 E1922/1924 vorgesehen: „Wer ein Geheimnis zur Wahrnehmung eines berechtigten öffentlichen oder privaten Interesses offenbart und dabei die einander gegenüberstehenden Interessen pflichtmäßig abgewogen hat, ist nicht strafbar.“<sup>90</sup> Wie bei der Verletzung von Privatgeheimnissen seien auch „hier Fälle denkbar, in denen die Mitteilung zwar ein berechtigtes öffentliches oder privates Interesse gefährdet und doch um deswillen nicht strafwürdig ist, weil sie durch ein anderes nicht minder berechtigtes öffentliches oder privates Interesse gefordert war.“<sup>91</sup> Auf eine Bestrafung könne allerdings „nur dann verzichtet werden, wenn das Interesse an der Offenbarung überwiegt.“ Grundsätzlich habe der Beamte davon auszugehen, dass „das Amtsgeheimnis unverletzlich ist und daß nur ganz besondere Ausnahmefälle seine Verletzung im einzelnen Falle als nicht strafbar erscheinen lassen können.“<sup>92</sup> Zudem müsse er sicherstellen, dass das wahrgenommene Interesse nicht auf anderem Wege gewahrt werden könne.<sup>93</sup>

In dem wenige Jahre später vorgelegten Entwurf war die Klausel zur Wahrnehmung berechtigter Interessen in der Verletzung von Amtsgeheimnissen (§ 140 E1927) zwar nicht mehr vorgesehen,<sup>94</sup> jedoch hatte man dafür den Straftatbestand im Vergleich zum Entwurf von 1922/1924 viel enger gefasst. Der

<sup>88</sup> Siehe § 133 E1922/1924.

<sup>89</sup> Strafrechtsnovelle v. 2.7.1936, RGBl. I 532.

<sup>90</sup> Quellen I.1. E1925, S. 16 f.

<sup>91</sup> Ebd. S. 74.

<sup>92</sup> Quellen I.1. E1925, S. 74.

<sup>93</sup> Ebd.

<sup>94</sup> Siehe § 140 E1927, RT-Drs. III/3390, S. 15 f. Auch im Entwurf von 1962 war für den Straftatbestand des Bruchs des Dienstgeheimnisses (§ 471 E1962) keine Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgesehen, BT-Drs. IV/650, S. 89, dies würde „zu weit gehen“. Die Interessenskollision sei eine ganz andere als bei § 186a E1962, denn es stünden nicht nur

„Entwurf Radbruch“ habe auch Fälle mit Strafe bedroht, „die nach allgemeinem Rechtsempfinden nicht strafwürdig sind und höchstens Ahndung im Dienstaufsichtsweg erfordern.“<sup>95</sup> Deshalb sollte sich nur strafbar machen, wer ein Geheimnis „gegen Entgelt oder in der Absicht offenbart, sich oder einem anderen unrechtmäßig einen Vorteil zu verschaffen oder jemand Nachteil zuzufügen“.<sup>96</sup>

Vor diesem Hintergrund wirkt der strafrechtlich geschützte staatliche Geheimbereich, den die NS-Gesetzgebung insbesondere der Verwaltung mit dem noch heute geltenden § 353b StGB gesichert hat, doch ziemlich weitreichend. Deshalb erscheint es sogar diskutabel, die Verletzung von Dienstgeheimnissen aus dem StGB zu streichen.<sup>97</sup> Zumindest sollten die Entwürfe aus der Weimarer Republik aber veranlassen, über die Einführung eines Rechtfertigungsgrundes bzw. Ausnahmetatbestandes nachzudenken, wenn eine Offenlegung legitim erscheint, insbesondere wenn sie öffentlichen Interessen dient.<sup>98</sup>

### 3. Verletzung von Staatsgeheimnissen

In der Weimarer Republik plädierten Teile der Literatur auch bezüglich der Landesverratstatbestände dafür, eine Klausel zur Wahrnehmung berechtigter Interessen einzuführen.<sup>99</sup> Zudem vertraten einige Autoren die Ansicht, dass „illegale“ Geheimnisse *per se* vom strafrechtlichen Schutz durch die Landesverratsvorschriften ausgenommen werden sollten.<sup>100</sup> Auch später, in der Bundesrepublik, wurde vorgeschlagen, den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung

---

Geheimhaltungsinteressen einzelner oder mehrerer Rechtsgenossen entgegen, sondern in erster Linie „das Geheimhaltungsinteresse der Allgemeinheit“, S. 662 (als geschütztes Rechtsgut wird „das Interesse der Allgemeinheit an der Verschwiegenheit der Amtsträger“ genannt, S. 661 a. E.). Auch auf den Notstand kann dem Entwurf zufolge wohl nicht abgestellt werden, sondern „der allgemeine Gedanke der Güter- und Interessenabwägung“ müsse speziell ausgestaltet sein, was „vorwiegend dem Nebenrecht überlassen bleiben“ müsse, S. 662.

<sup>95</sup> RT-Drs. III/3390, Begründung, S. 79.

<sup>96</sup> RT-Drs. III/3390, Entwurf, S. 15 f.

<sup>97</sup> Siehe dazu bereits 1. Teil § 5 V. m. w. N.

<sup>98</sup> Siehe dazu die Vorschläge im 1. Teil unter § 5 V.

<sup>99</sup> *Friedensburg*, DJ I (1925/1926), 464 (471 f.), in Anlehnung an § 133 Abs. 2 E1922/1924 (Wahrnehmung berechtigter Interessen bei der Verletzung von Amtsgeheimnissen); *ders.*, *Vossische Zeitung* v. 28.9.1927, Nr. 458, S. 1 (2); *Löwenthal*, DJ III (1927/1928), 120 (134), in Anlehnung an § 325 Abs. 3 E1927 (Wahrnehmung berechtigter Interessen bei der Verletzung von Privatgeheimnissen).

<sup>100</sup> Siehe etwa die folgenden in DJ III (1927/1928) veröffentlichten Beiträge: *Löwenthal*, 120 (135); *Radbruch*, 103 (108 f.); *ders.*, 384 (385); *Schücking*, 509 (515); bzgl. Verstößen gegen das Völkerrecht *Wegner*, *Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht*, S. 78 ff. Im Einzelnen s. bereits die Darstellung der Reformdiskussion zu den Landesverratstatbeständen, 1. Teil § 4 IV. 1.

berechtigter Interessen auf die Landesverratsvorschriften anzuwenden.<sup>101</sup> Letztlich schuf man mit § 93 Abs. 2 StGB zwar eine wichtige Begrenzung des Straftatbestandes. Für Missstände, die diese hohe Schwelle, etwa einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, nicht erreichen, wurde allerdings keine Regelung getroffen. Damit ist bis heute kaum zu prognostizieren, ob die Gerichte, auf der Grundlage der über 50 Jahre alten Pätisch-Rechtsprechung des BGH, die Offenlegung derartiger Missstände wegen Art. 5 GG als tatbestandslos oder gerechtfertigt erachten werden. Auch für diesen Bereich bedarf es einer gesetzlichen Regelung, mit der eine Strafbarkeit bei legitimen Offenbarungen rechtssicher ausgeschlossen wird.<sup>102</sup>

### III. Rechtsvergleichende Betrachtungen

Auch in anderen Ländern geht man davon aus, dass die Rechtsfigur des Notstands nicht ausreicht, um möglichst alle strafunwürdigen Geheimnisverletzungen von einer Strafbarkeit auszunehmen. In den deutschsprachigen Schwesterrechtsordnungen Österreichs und der Schweiz, können Geheimnisverletzungen wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein. Ein äquivalenter Strafbareitsausschluss, der zum Schutz von *lanceurs d'alerte* (gemeint sind Whistleblower) entwickelt wurde, ist Ende 2016 mit dem französischen Art. 122-9 Code pénal in Kraft getreten.<sup>103</sup> Im anglophonen Rechtsraum gilt in Kanada im Bereich der nationalen Sicherheit schon des Längeren eine der Wahrnehmung berechtigter Interessen vergleichbare *public interest defence*. Die Einführung einer solchen Klausel wird auch in Großbritannien von der Law Commission befürwortet und in den Tshwane Principles angeregt.

#### 1. Österreich und Schweiz: Wahrnehmung berechtigter Interessen

In Österreich ist für geheimnisschützende Straftatbestände bereits ein Strafbareitsausschluss wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen für die Straftatbestände der Verletzung von Berufs- sowie der Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in den § 121 Abs. 5 und § 122 Abs. 4 Ö-StGB vorgesehen. Danach ist der Täter „nicht zu bestrafen, wenn die Offenbarung oder

---

<sup>101</sup> Dieter Posser, in: Ruge (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit, S. 97.

<sup>102</sup> Siehe dazu bereits die Vorschläge im 1. Teil unter § 4 VII.

<sup>103</sup> „Eine Person, die ein gesetzlich geschütztes Geheimnis verletzt, macht sich nicht strafbar, wenn die Offenlegung zur Wahrung der betreffenden Interessen notwendig und verhältnismäßig ist, wenn sie in Übereinstimmung mit den gesetzlich festgelegten Meldeverfahren erfolgt und wenn die Person die Kriterien für die Definition eines Hinweisgebers gemäß Artikel 6 des Gesetzes Nr. 2016-1691 vom 9. Dezember 2016 über Transparenz, Korruptionsbekämpfung und Modernisierung des Wirtschaftslebens erfüllt.“

Verwertung nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist“.

Die Schweizer Rechtsprechung erkennt in der Wahrnehmung berechtigter Interessen einen allgemeinen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund und hat ihn bereits bei verschiedenen geheimnisschützenden Straftatbeständen und in Whistleblowing-Situationen angewendet.<sup>104</sup> Insbesondere bei der Verletzung von Amtsgeheimnissen (Art. 320 Schw-StGB) wurde der Rechtfertigungsgrund schon in verschiedenen Entscheidungen geprüft.<sup>105</sup>

Das Bundesgericht zog eine Wahrnehmung berechtigter Interessen etwa im Fall des „Detektivwachtmeisters Meier“ aus dem Jahr 1968 in Betracht. Der angeklagte Polizist hatte interne Dokumente an die Presse weitergegeben, um aufzudecken, dass die Polizei bekannte Zürcher Persönlichkeiten systematisch von Verkehrsbußen verschonte.<sup>106</sup> In einem jüngeren Fall wurden die Angestellten Margrit Zopfi und Esther Wyler des Zürcher Sozialdepartements angeklagt, weil sie Dokumente der Behörde zu systematischem Sozialleistungsmissbrauch an Journalisten der *Weltwoche* lanciert hatten. Während das Bezirksgericht Zürich eine Rechtfertigung der Whistleblowerinnen wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen bejahte,<sup>107</sup> da sie ihr Vorgehen unter den

---

<sup>104</sup> Konopatsch, NZWiSt 2012, 217 (219 f.). Die Straftat muss nach der Rspr. des Bundesgerichts „zur Erreichung des Ziels notwendig und angemessen und den einzig möglichen Weg“ darstellen, BG, Urt. v. 12.12.2011 – 6B\_305/2011, Ziff. 4.; s. auch BGE 126 IV 236 (250).

<sup>105</sup> BGE 94 IV 68 (70 f.) (*Detektivwachtmeister Meier*); 115 IV 75 (80); 127 IV 122 (135); Urt. v. 12.12.2011 – 6B\_305/2011, Ziff. 4. Während das BG eine Rechtfertigung in den zit. Entscheidungen verneinte, hat das Zürcher Bezirksgericht eine Rechtfertigung in einem anderen Fall bejaht, Urt. v. 10.7.1987, Schweizerische Juristen-Zeitung 83/1987, 343 f.; s. auch Bezirksgericht Bülach v. 12.11.1986, Schweizerische Juristen-Zeitung 83/1987, 101 ff.

<sup>106</sup> BGE 94 IV 68 ff. Die Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand sei nicht anwendbar, weil sie „nur den individuellen Notstand erfasst und die Wahrung allgemeiner Rechtsgüter, wie die hier in Frage stehende Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, nicht darunter fällt.“ (S. 70), s. Art. 17 Schw-StGB: „um ein eigenes oder das Rechtsgut einer anderen Person [...] zu retten“. Wie beim gesetzlich geregelten Notstand müsse die Gefahr durch das Tatmittel nicht anders abwendbar sein, was im vorliegenden Fall nicht gegeben sei, weil dem Angeklagten der Dienstweg offen gestanden habe (auch wenn sich Meier „vergeblich um eine Besprechung bemüht [...]“ hatte), S. 71. Eine „Flucht in die Öffentlichkeit“ dürfe ein Beamter nicht antreten, „solange er nicht mit allen ihm zur Verfügung stehenden gesetzlichen, insbesondere dienstlichen Mitteln versucht hat, gegen die Amtspflichtverletzungen oder sonstigen Missstände anzukämpfen“.

<sup>107</sup> Bezirksgericht Zürich, Urt. v. 17.9.2009 – GG090260/U, forumpoenale 3/2010, 134 (135 f.).

gegebenen Umständen als den einzig möglichen Weg ansehen durften, verneinte das Bundesgericht dieses der Erforderlichkeit äquivalente Merkmal und lehnte damit eine Rechtfertigung ab.<sup>108</sup>

Die Wahrnehmung berechtigter Interessen zog das Bundesgericht auch im Fall *Stoll* bezüglich des Straftatbestands der Veröffentlichung amtlich geheimer Verhandlungen (Art. 293 Schw-StGB) in Betracht.<sup>109</sup> Ähnlich zu den von der deutschen Rechtsprechung anerkannten Fällen kann weiterhin die Verletzung von Berufsgeheimnissen (Art. 321 Schw-StGB) wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen gerechtfertigt sein, etwa wenn Rechtsanwälte eine Schadensersatzforderung nur abwehren können, indem sie Geheimnisse aus dem Mandatsverhältnis preisgeben.<sup>110</sup>

Auch bezüglich der Weitergabe von Informationen über Cum-Ex-Geschäfte durch einen Schweizer Bankmitarbeiter wird der Rechtfertigungsgrund in einem Rechtsgutachten bejaht und dafür plädiert, ihn auf andere geheimnisschützende Straftatbestände wie die Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 162 Schw-StGB) sowie den wirtschaftlichen Nachrichtendienst (Art. 273 Schw-StGB) anzuwenden.<sup>111</sup>

Das Obergericht Zürich hat den Rechtfertigungsgrund in seiner Entscheidung zur Affäre Hildebrand (auch: Dollar-Affäre) bezüglich der Straftatbestände einer Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 Schw-BankG) und der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen (Art. 162 Schw-StGB) geprüft und für manche der angeklagten Handlungen bejaht.<sup>112</sup> Das Gericht berücksichtigte dabei, dass ein moralisch höchst verwerfliches Verhalten des Nationalbankpräsidenten im Raum stand.<sup>113</sup> Die Weitergabe an die Medien sei „als ultima ratio“ erlaubt gewesen, weil auch die Kenntnisnahme der zuständigen Aufsichtsbehörde zu keiner Abhilfe führte.<sup>114</sup> Der Beschuldigte habe mit der „vollständigen und der Öffentlichkeit angemessen kommunizierten Überprüfung der Rechtmässigkeit dieser Transaktionen“, „ein berechtigtes Interesse von hohem Gewicht“ verfolgt. Das Gericht meinte, dem „Interesse der Öffentlichkeit, durch die Medien über einen entsprechenden Verdacht angemessen informiert

---

<sup>108</sup> BG, Urt. v. 12.12.2011 – 6B\_305/2011, Ziff. 4.2, das Vorgehen habe nicht den einzig möglichen Weg dargestellt, um „den Kampf gegen den Sozialhilfemissbrauch und die diesbezüglichen Kontrollen deutlich zu verstärken.“ Vgl. zudem bereits die Berufungsentscheidung des OG Zürich, Urt. v. 11.1.2011 – SB090757/U/kw/lS.

<sup>109</sup> BGE 126 IV 236 (250), s. zum Sachverhalt bereits 2. Teil § 2 Fn. 38.

<sup>110</sup> *Pieth/Schnyder/Zerbes*, Gutachten Seith, S. 47 m. w. N.

<sup>111</sup> Ebd. Weiterhin wäre der Rechtfertigungsgrund etwa auch auf den Straftatbestand der Verletzung des Bankgeheimnisses (Art. 47 Schw-BankG) anwendbar, so auch das OG Zürich im sogleich besprochenen Fall.

<sup>112</sup> OG Zürich, Urt. v. 16.8.2017 – Gf-Nr.: SB160259-O/u/cw; s. zum Sachverhalt bereits 1. Teil § 6 IV. 2. und genauer zum berücksichtigten Offenbarungsinteresse 2. Teil § 3 III. 2.

<sup>113</sup> OG Zürich, a. a. O., S. 103.

<sup>114</sup> Ebd. S. 104.

zu werden“ komme „eine erhebliche (staats-)politische und rechtsstaatliche Bedeutung zu“ und es überwiege „das private Interesse [...] [am] Schutz einzelner persönlicher, unter das Bankgeheimnis fallender Informationen.“<sup>115</sup> Daher sei die „Handlung des Beschuldigten [...] als ein legales Whistleblowing zu qualifizieren, das vom Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen gedeckt ist.“<sup>116</sup>

## 2. *Public interest defence* und analoge Konzeptionen

Im anglophonen Rechtsraum wird mit der *public interest defence* ein Strafbarkeitsausschlussgrund diskutiert, der mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen vergleichbar ist. Der Bezug auf öffentliche Interessen ist der *defence* bereits begrifflich eingeschrieben, wodurch sie sich von den bislang dominierenden subjektiv-rechtlichen von der Meinungsfreiheit ausgehenden Ansätzen unterscheidet.<sup>117</sup> Ausgangspunkt ist, wie im deutschen Recht, die Überlegung, dass legitime Geheimnisverletzungen durch die Rechtsfigur des Notstands nicht hinreichend von der Strafbarkeit ausgenommen sind. Insbesondere anhand des Falles *R v. Shayler* wurde für Großbritannien bereits gezeigt, dass eine *defence of necessity* bei Geheimnisverletzungen vor ganz ähnlichen Schwierigkeiten steht wie eine Rechtfertigung durch Notstand hierzulande. Deshalb wird auch im Vereinigten Königreich schon länger diskutiert, einen anderen Rechtfertigungsgrund, nämlich eine *public interest defence*, für die Strafvorschriften des Official Secrets Act einzuführen. Eine derartige *defence* ist bereits im kanadischen Security of Information Act 2001 vorgesehen. Der Grundgedanke einer solchen *defence* ist dem deutschen Recht nicht fremd, sieht es doch bereits vereinzelt Regelungen vor, die es erlauben, Geheimnisse offenzulegen, um öffentliche Interessen wahrzunehmen.<sup>118</sup>

### a) Kanada: *Security of Information Act 2001*

Die kanadische Gesetzgebung hat mit dem Security of Information Act 2001 (SOIA), der insbesondere dem Schutz von Informationen aus dem geheimdienstlichen und militärischen Komplex dient, mit Sect. 15 eine „Public interest defence“ eingeführt.<sup>119</sup> Personen, die permanent zur Geheimhaltung ver-

<sup>115</sup> OG Zürich, Urt. v. 16.8.2017 – Gf-Nr.: SB160259-O/u/cw, S. 104.

<sup>116</sup> Ebd. S. 105.

<sup>117</sup> Siehe etwa auch *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (305), für seine „public accountability defense“: „the defense is public and systemic, rather than individual-rights based.“ Hier wird die britische Schreibweise *defence* verwendet.

<sup>118</sup> Siehe etwa § 5 Nr. 2 GeschGehG und § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO.

<sup>119</sup> Die erste Fassung des Gesetzes ist bereits 1985 in Kraft getreten. I. F. wird die jüngste Fassung vom 22.9.2020 zitiert.

pflichtet sind, etwa Angehörige der Bundesverwaltung und der Nachrichtendienste,<sup>120</sup> machen sich wegen einer Geheimnisverletzung nach dem SOIA nicht strafbar,<sup>121</sup> wenn die Voraussetzungen der *defence* vorliegen.

Als Missstand muss nach Sect. 15 (2)(a) ein Gesetzesverstoß offengelegt werden, der von einer Person bei der vermeintlichen Erfüllung ihrer Pflichten und Funktionen für oder im Namen der kanadischen Regierung begangen wurde, gerade begangen wird oder künftig begangen werden wird. Zudem muss das öffentliche Interesse an der Offenlegung das öffentliche Interesse an der Geheimhaltung gemäß Sect. 15 (2)(b) überwiegen. Bei dieser Abwägung sind die in Sect. 15 (4) aufgelisteten Merkmale zu berücksichtigen, nämlich, 1) ob sich die Veröffentlichung auf die Informationen beschränkt, die notwendig waren, um die behaupteten Missstände aufzudecken, 2) die Schwere der Missstände, 3) ob die Person vor der Veröffentlichung versucht hat, eine Abstellung der Missstände auf anderen gesetzlich vorgesehenen Wegen zu erreichen,<sup>122</sup> 4) ob vernünftige Gründe bestanden, von einem öffentlichen Interesse an der Offenlegung auszugehen, 5) das öffentliche Interesse dem die Offenlegung dient, 6) das Ausmaß der mit der Veröffentlichung einhergehenden (drohenden) Schäden, 7) die Dringlichkeit der Offenlegung.

Dabei handelt es sich sämtlich um Aspekte, die bereits in dieser Arbeit analysiert wurden, nur fehlt im deutschen Recht eben bislang eine Regelung, die solche Merkmale angemessen umsetzt. Die kanadische Vorschrift wird derzeit auch bei den britischen Reformüberlegungen berücksichtigt.

#### b) Großbritannien: Reform des *Official Secrets Act*

In Großbritannien wird seit Jahrzehnten über die Einführung einer *public interest defence* in den *Official Secrets Act* (OSA) gestritten.<sup>123</sup> Inzwischen spricht sich sogar die Law Commission, die die britische Regierung bei der Reform des Gesetzes berät, für eine solche *defence* aus.

---

<sup>120</sup> Siehe die Legaldefinition der „person permanently bound to secrecy“ sowie die Liste mit Institutionen, die dem Gesetz angehängt ist, S. 22 f.

<sup>121</sup> Sect. 13 und 14 SOIA. Dort ist die Weitergabe oder Bestätigung von Informationen unter Strafe gestellt, die „special operational information“, d. h. im Wesentlichen, Informationen aus dem geheimdienstlichen und militärischen Bereich betreffen.

<sup>122</sup> Die (1) und (3) entsprechen in etwa dem hierzulande angelegten Merkmal der Erforderlichkeit.

<sup>123</sup> Siehe etwa schon der Shawcross report: Justice and the British Committee of the International Press Institute, *The Law and the Press*, London 1965, Abs. 74. Der Shawcross report ging davon aus, dass die Weitergabe von Informationen, die die Sicherheit des Staates nicht beeinträchtigen, nicht unter Strafe gestellt werden solle, die arbeitsrechtlichen Sanktionen würden ausreichen, ebd. Abs. 69. Die Kommission empfahl, dass bei jeder Anklage nach dem *Official Secrets Act* eine *public interest defence* möglich sein müsse. Zusammenfassend Law Com No 230, S. 160 Rn. 7.1.

Die Allgemein- und Amtsdelikte des OSA sollen zum Schutz öffentlicher Interessen<sup>124</sup> die unautorisierte Weitergabe von Informationen aus den Bereichen Sicherheit und Geheimdienste,<sup>125</sup> Verteidigung,<sup>126</sup> Internationale Beziehungen,<sup>127</sup> Verbrechen und besondere Überwachungsbefugnisse<sup>128</sup> verhindern sowie von Informationen, die vertraulich an andere oder von anderen Staaten oder internationalen Organisationen überlassen wurden.<sup>129</sup>

Während für manche Straftatbestände in anderen britischen Gesetzen eine *public interest defence* bereits vorgesehen ist,<sup>130</sup> enthält die aktuelle Fassung des OSA von 1989 keine derartige Verteidigungsmöglichkeit. Allerdings wurde aufgrund einer Passage in einer früheren Fassung des Gesetzes vertreten,<sup>131</sup> dass eine derartige *defence* erhoben werden könnte.<sup>132</sup> Auf diese Formulierung stütze sich die Verteidigung in den Fällen *R v. Aitken*<sup>133</sup> und *R v. Ponting*<sup>134</sup>, in denen die Angeklagten jeweils freigesprochen wurden.

Jonathan Aitken war ein Kandidat der Tories für das House of Commons. Er hatte Informationen bezüglich britischer Waffenlieferungen, die im Nigerianischen Bürgerkrieg (1967–1970) an die dortige Regierung erfolgten, an den

---

<sup>124</sup> Siehe etwa Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911 (1988) Cm 408, Abs. 24: „it is necessary to identify those areas in which the disclosure of at least some information may be sufficiently harmful to the public interest to justify the application of criminal sanctions.“

<sup>125</sup> Sect. 1 OSA.

<sup>126</sup> Sect. 2 OSA.

<sup>127</sup> Sect. 3 OSA.

<sup>128</sup> Sect. 4 OSA.

<sup>129</sup> Sect. 6 OSA.

<sup>130</sup> Siehe etwa die *defence*, die durch Sect. 78 Criminal Justice and Immigration Act 2008 in Sect. 55 des Data Protection Act 1998 eingefügt wurde, der die ungesetzliche Einholung und Weitergabe personenbezogener Daten mit Strafe bedroht (in etwa mit § 42 BDSG vergleichbar). Die *defence* ist erfüllt, wenn nach den „besonderen Umständen das Erlangen, Weitergeben oder Beschaffen durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt ist.“ Zudem wird nicht bestraft werden, wer „bei der Veröffentlichung journalistischer, literarischer oder künstlerischer Inhalte von der begründeten Vermutung ausgeht, dass das Erlangen, Offenbaren oder Beschaffen im öffentlichen Interesse war.“ Weitere gesetzliche Beispiele außerhalb des Strafrechts: Sect. 4 Defamation Act 2013; Sect. 32 Data Protection Act 1998; Sect. 2, 17 (3), 19 (3) Freedom of Information Act 2000.

<sup>131</sup> Sect. 2 (1)(a) OSA 1911. Danach war eine Strafbarkeit ausgeschlossen, wenn der Täter durch die Weitergabe der Informationen nur seine, sich aus den Staatsinteressen ergebende, Mitteilungspflicht erfüllte („[...] a person to whom it is in the interests of the State his duty to communicate [...]“).

<sup>132</sup> Dafür etwa *Lord Hutchinson of Lullington*, in: Hansard (HL), Debatte v. 18.4.1989, Vol. 506, cc 698-756 (705); *Hobby*, Protection of Official Data, S. 7.

<sup>133</sup> Ein Gerichtsreport liegt zu diesem Fall nicht vor, s. aber *Bartlett/Everett*, The Official Secrets Acts and Official Secrecy, S. 34 Abs. 5.3.

<sup>134</sup> *R. v Ponting* [1985] Crim. L. R. 318; s. zu diesem Fall auch *Cobain*, The History Thieves, S. 53 f.



*Sunday Telegraph* weitergegeben. Zu dieser Zeit wollte die britische Regierung die Erdölförderung in Nigeria, die im Wesentlichen von einer Kooperation zwischen British Petrol und Shell kontrolliert wurde, sichern und weiter ausbauen, weshalb sie die nigerianische Regierung gegen die Sezessionisten unterstützte. Aitken berief sich darauf, er habe nur seine, sich aus den Interessen des britischen Staates ergebenden Pflichten erfüllt und wurde von der Jury freigesprochen.

Clive Ponting war ein Beamter des Verteidigungsministeriums, der nach Sect. 2 des OSA 1911 angeklagt wurde. Im März 1984 war er damit betraut worden, den Verteidigungsminister bei der Beantwortung von Fragen britischer Abgeordneter bezüglich des gesunkenen argentinischen Kreuzers *General Belgrano* zu beraten. Das Schlachtschiff wurde während des Falklandkrieges durch ein britisches U-Boot versenkt, wobei 368 Matrosen der 1.100-köpfigen Besatzung starben. Während des Angriffs befand sich der Kreuzer außerhalb der 200 Meilen-Sperrzone, die die britische Regierung um die Falklandinseln errichtet hatte.<sup>135</sup> Als die Regierung den Abgeordneten irreführende Auskünfte zu dem Vorfall erteilte, war Ponting entrüstet.<sup>136</sup> Er kopierte zwei Dokumente, die die wahre Geschichte belegten, und sandte sie an einen Abgeordneten, wodurch sie letztlich öffentlich wurden.

Im Strafprozess erhoben Pontings Anwälte eine *public interest defence*. Nach einer, Beobachtern zufolge, sehr einseitigen Zusammenfassung des Prozessstoffs, machte der Richter der Jury deutlich, dass sie der Anklage folgen und Ponting verurteilen sollten. Der Richter meinte, ob ein öffentliches Interesse an der Geheimhaltung bestehe, richte sich nach dem Willen des zuständigen Ministeriums. Zudem äußerte er, die Jury habe in dieser Frage kein Ermessen, sondern sei an die Erwägungen des Richters gebunden. Entgegen dieser Weisung entschied sich die Jury, Ponting freizusprechen.

In der letzten großen Reform des OSA von 1989 wurden in den Debatten im House of Lords eingebrachte Vorschläge zur Einführung einer *public interest defence* nicht umgesetzt.<sup>137</sup> Auch der im House of Commons debattierte Vorschlag,<sup>138</sup> die Weitergabe von Dokumenten an Abgeordnete von der Strafbarkeit auszunehmen, wurde abgelehnt. Allerdings wird seit Anfang 2017 wieder intensiv über eine grundlegende Reform des OSA diskutiert. Der zentralen Forderung nach einer *public interest defence* hat sich inzwischen auch die Law

---

<sup>135</sup> *Cobain*, *The History Thieves*, S. 53.

<sup>136</sup> *Ebd.* S. 53 f.

<sup>137</sup> Siehe etwa die Vorschläge von *Lord Bethell*, in: Hansard (HL), Debatte v. 18.4.1989, Vol. 506, cc 698-756 (733), und von *Lord Elwyn-Jones*, *ebd.*, cc 725, und in: Hansard (HL), Debatte v. 24.4.1989, Vol. 506, cc 1065-1106 (1065).

<sup>138</sup> *Robert MacLennan*, in: Hansard (HC), Debatte v. 16.2.1989, Vol. 147 cc 505 ff.

Commission in ihrem Abschlussbericht zur geplanten Reform angeschlossen.<sup>139</sup> Zunächst hatte sie eine derartige *defence* noch abgelehnt und allein für das Modell eines unabhängigen Beauftragten plädiert, der bei gemeldeten Missständen verpflichtet ist zu ermitteln.<sup>140</sup> In ihrem Abschlussbericht spricht sie sich nun allerdings dafür aus, insbesondere mit Hinblick auf die Whistleblowing-Rechtsprechung des EGMR zu Art. 10 EMRK, zusätzlich zum unabhängigen Beauftragten eine *public interest defence* einzuführen,<sup>141</sup> die sich auch auf den Bereich der nationalen Sicherheit erstrecken soll.<sup>142</sup> Eine solche *defence* würde eine mit Art. 10 EMRK vereinbare Rechtsprechung gerade in solchen Fällen gewährleisten, in denen wie im Fall *Bucur und Toma gegen Rumänien* die vorgeschriebenen Meldewege ineffektiv sind und zu keiner Abhilfe führen.<sup>143</sup>

Zur konkreten Ausgestaltung der *defence* macht die Commission wenig Angaben,<sup>144</sup> schlägt allerdings vor, verschiedene Zwecke in der *defence* aufzulisten, bei denen eine Offenlegung eindeutig im öffentlichen Interesse liegen soll, nämlich wenn sie dazu dient, 1) schwere physische Verletzungen oder 2) Verletzungen menschlichen Lebens zu verhindern, 3) vulnerable Erwachsene und Kinder zu schützen, 4) auf einen Notfall zu reagieren, 5) die nationale Sicherheit zu schützen.<sup>145</sup> Diese Liste könne mit einem Negativkatalog kombiniert werden, der vorsieht, in welchen Fällen eine Offenlegung nicht im öffentlichen Interesse liegt.<sup>146</sup> Das Motiv der Whistleblower soll unbeachtlich sein, sodass die *defence* auch bei eigennützigem oder maliziösem Motiven erfüllt sein kann.<sup>147</sup> Zudem zeigt sich die Commission in ihrem Abschlussbericht durchaus

---

<sup>139</sup> Law Com No 395, Ch. 8 S. 162 ff. Im Jahr 2017 hatte die Law Commission in ihrem Consultation Paper eine derartige *defence* noch abgelehnt, Law Com No 230, S. 160 Rn. 7.2. Auch eine Orientierung an der kanadischen *public interest defence* lehnte sie ab, ebd. S. 186 ff.; so auch die Haltung früherer Regierungen, s. etwa Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911 (1988) Cm 408, Abs. 58 ff.

<sup>140</sup> Law Com No 230, S. 175 Rn. 7.65.

<sup>141</sup> Law Com No 395, S. 164 Rn. 8.11, S. 244 Rn. 10.108 ff. („Recommendation 32“), S. 245 Rn. 11.1.

<sup>142</sup> Ebd. S. 162 f. Rn. 8.4 f.; im Einzelnen Ch. 11 S. 245 ff. Rn. 11.1 ff.

<sup>143</sup> Ebd. S. 247 Rn. 11.13. Die Gesetzgebung ist nach Ansicht der Commission aber nicht verpflichtet, eine *public interest defence* einzuführen, S. 246 Rn. 11.10, S. 219 Rn. 9.130, sowie S. 214 ff. Rn. 9.100 ff. („Does Article 10 mandate a public interest defence?“). – Eine Erwägung, die auch die deutsche Gesetzgebung bei der Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie berücksichtigen sollte, vgl. bereits *Brockhaus/Kafteranis*, Verfassungsblog v. 10.7.2020.

<sup>144</sup> Siehe Law Com No 395, S. 261 Rn. 11.81.

<sup>145</sup> Ebd. S. 256 f. Rn. 11.55, 11.57, in Anlehnung an Sect. 41 (2)(k) Digital Economy Act 2017.

<sup>146</sup> Ebd. S. 257 Rn. 11.59.

<sup>147</sup> Ebd. S. 248 Rn. 11.17.

offen gegenüber der oben beschriebenen kanadischen Vorschrift,<sup>148</sup> nach der Gerichte eine Abwägungsentscheidung vornehmen sollen, bei der öffentliche Interessen an der Offenlegung gegen öffentliche Interessen an der Geheimhaltung abzuwägen sind.<sup>149</sup>

### c) *International: Tshwane Principles*

Weiterhin wird in den Tshwane Principles ein ausdifferenziertes Regelungsmodell vorgeschlagen, das mit der Wahrnehmung berechtigter Interessen bzw. einer *public interest defence* vergleichbar ist. Diese Prinzipien sollen nach zwei Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates von den Mitgliedstaaten, und damit auch von Deutschland, bei Reformen im Bereich der nationalen Sicherheit und der Informationsfreiheit berücksichtigt werden.<sup>150</sup> Sie enthalten einige wertvolle Aspekte, die auch bei den *de lege ferenda* im 1. Teil dieser Arbeit entworfenen Strafbarkeitsausschlussgründen bezüglich der Verletzung von Staats- und Dienstgeheimnissen einbezogen wurden. Neben spezifischen Regelungsvorschlägen, die den Gedanken der Erforderlichkeit betreffen, halten sie ein durch Vorrangrelationen restringiertes Abwägungsmodell bereit. Es differenziert zwischen Informationen, bezüglich derer ein hohes Publizitätsinteresse vermutet wird, und solchen, bei denen ein zwingendes Publizitätsinteresse anzunehmen ist.<sup>151</sup>

#### aa) *Erfasste Fehlverhalten*

Whistleblowing durch Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes soll unter bestimmten Voraussetzungen zwingend von einer Strafbarkeit ausgenommen sein.<sup>152</sup> In Principle 37 sind verschiedene Typen von Fehlverhalten aufgelistet, die für eine Veröffentlichung durch im öffentlichen Dienst beschäftigte Personen in Betracht kommen, unabhängig davon, ob es sich um vergangene, bestehende oder künftige Fehlverhalten handelt. Erfasst werden Straftaten, Menschenrechtsverletzungen, Verletzungen des humanitären Völkerrechts, Korruption, Gefahren für die Gesundheit, Sicherheit oder Umwelt, Missbrauch öffentlicher Ämter, Fehlverhalten durch die Justiz („miscarriages of justice“), wie Rechtsbeugung, sowie Misswirtschaft und Verschwendung von Ressourcen. Außerdem sollen als Fehlverhalten das absichtliche Verschweigen solcher Missstände und Vergeltungsmaßnahmen für die Offenlegung derartiger Missstände erfasst werden.

<sup>148</sup> Ebd. S. 257 ff. Rn. 11.60 ff.

<sup>149</sup> Eine Orientierung an der kanadischen *public interest defence* hatten schon mehrere Personen in England empfohlen, s. etwa *Hobby*, Protection of Official Data, S. 8.

<sup>150</sup> Resolution 1954 (2013) Abs. 8 und 9.5; Resolution 2060 (2015) Abs. 3 und 9. Allgemein zu diesen Prinzipien, 2. Teil § 3 Fn. 24, 41.

<sup>151</sup> Siehe Tshwane Principle 10.

<sup>152</sup> Siehe Tshwane Principles 37, 40, 41.

*bb) Rechtsgedanke der Erforderlichkeit*

Nach Principle 40 ist eine Person, die ein derartiges Fehlverhalten veröffentlicht, geschützt, unter anderem vor einer Strafverfolgung,<sup>153</sup> wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind. Zunächst wird in Absatz (a) dem Gedanken der Erforderlichkeit Rechnung getragen, denn eine unmittelbare Veröffentlichung der Missstände ist nur zulässig, wenn eine der Fallgruppen einschlägig ist, die in den folgenden Unterabsätzen geregelt sind.

Nach Unterabsatz (1) ist eine Veröffentlichung erforderlich<sup>154</sup>, wenn dieselben oder im wesentlichen gleichen Informationen zunächst an eine interne Stelle oder an eine unabhängige Aufsichtsstelle weitergegeben wurden und (i) diese Stelle es ablehnt oder versäumt, die Informationen im Einklang mit internationalen Standards wirksam zu untersuchen oder (ii) der Person kein vernünftiges und angemessenes Ergebnis einer Untersuchung innerhalb einer angemessenen und gesetzlich festgelegten Zeitspanne mitgeteilt wird. Eine Veröffentlichung ist nach Unterabsatz (2) auch erforderlich, wenn die Person vernünftigerweise annahm, dass durch die Offenlegung gegenüber einer internen Stelle oder unabhängigen Aufsichtsstelle die Zerstörung oder Unterdrückung von Beweismitteln, die Beeinträchtigung von Zeugen oder Vergeltungsmaßnahmen gegen die meldende Person oder Dritte riskiert worden wäre. Weiterhin ist eine Veröffentlichung nach Unterabsatz (3) zulässig, wenn es keine eingerichtete interne Stelle oder unabhängige Aufsichtsstelle gab, gegenüber der eine Offenlegung hätte erfolgen können. Zuletzt ist eine unmittelbare Veröffentlichung gemäß Unterabsatz (4) auch dann zulässig, wenn sich die Offenlegung auf eine Handlung oder Unterlassung bezog, die eine schwere und unmittelbar drohende Gefahr für das Leben, die Gesundheit, die Sicherheit von Personen oder für die Umwelt begründete.

Alsdann wird die Erforderlichkeit der Offenlegung durch Absatz (b) ausdifferenziert, denn es dürfen nur solche Informationen offengelegt werden, die vernünftigerweise notwendig waren, um das Fehlverhalten ans Licht zu bringen.<sup>155</sup>

*cc) Interessenabwägung*

Zuletzt ist in Absatz (c) eine Interessenabwägung vorgesehen, die als objektiv-subjektiv gemischte Prüfung beschrieben wird. Danach muss die Person vernünftigerweise davon ausgegangen sein, dass das öffentliche Interesse an der

---

<sup>153</sup> Siehe Tshwane Principle 41 A (1).

<sup>154</sup> Dieses Wort wird hier der deutschen Rechtfertigungsdogmatik entsprechend verwendet, ist im Originaltext aber nicht enthalten.

<sup>155</sup> Wobei die Person auch dann geschützt werden soll, wenn sie mehr Informationen als notwendig offenlegt, solange die durch die Offenlegung verursachten Schäden das öffentliche Interesse an der Offenlegung nicht überwiegen, s. den Zusatz unter Principle 40 (b).

Offenlegung der Informationen die eventuell mit ihr einhergehenden Beeinträchtigungen öffentlicher Interessen überwiegt. Objektiv ist die Prüfung insoweit, als tatsächliche Gründe vorliegen müssen, die die subjektive Annahme begründet haben und vernünftig erscheinen lassen.<sup>156</sup> Insoweit besteht kein wesentlicher Unterschied zur deutschen Strafrechtsdogmatik, nach der sich der Tatbestandsvorsatz bzw. das subjektive Rechtfertigungselement auf den objektiv vorliegenden Ausnahmetatbestand erstrecken muss.

#### *dd) Vorrangrelationen*

Bei dieser noch recht allgemeinen Interessenabwägungsklausel bleibt es jedoch nicht. Denn in Principle 10 sind Informationen kategorisiert, die wegen ihrer Bedeutung für den Prozess demokratischer Aufsicht und die Rechtsstaatlichkeit von besonderem öffentlichen Interesse sind. Bei diesen Informationen besteht zumindest eine hohe Vermutung, dass sie öffentlich zugänglich sein sollten.<sup>157</sup> Diese Vermutung kann nur unter besonders außergewöhnlichen Umständen („most exceptional circumstances“) aus Gründen der nationalen Sicherheit und nur für einen bestimmten Zeitraum widerlegt werden, wenn diese Gründe mit dem Recht vereinbar sind, sowie nur dann, wenn keine Maßnahmen in Betracht kommen, um etwaige mit einer Veröffentlichung einhergehende Schäden auszuschließen. Außerdem gibt es Informationen, bei denen das öffentliche Interesse an ihrer öffentlichen Zugänglichkeit so hoch ist, dass es entgegenstehenden Interessen zwingend vorgeht. Ein derart hohes öffentliches Interesse kann auch nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit ausgeräumt werden.<sup>158</sup>

In vergleichbarer Form zeigt sich so ein abgestuftes Modell, das nach der Art der Informationen differenziert, auch schon teilweise im deutschen Recht, denkt man daran, dass „illegale“ Staatsgeheimnisse nach § 93 Abs. 2 StGB schon tatbestandlich nicht geschützt werden, während weniger gewichtige „illegale“ Staatsgeheimnisse tatbestandlich geschützt sind, ihre Offenlegung aber gerechtfertigt sein kann. Eine genauere Differenzierung, die dem abgestuften Regelungsmechanismus der Tshwane Principles noch näher kommt, wurde im 1. Teil dieser Arbeit für die Staats- und die Dienstgeheimnisse vorgeschlagen.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> Siehe den Zusatz unter Principle 40 (c).

<sup>157</sup> Auf diese Interessen wurde schon im 2. Teil unter § 3 an verschiedenen Stellen Bezug genommen.

<sup>158</sup> Z. B. Informationen bzgl. schwerer Verstöße gegen Menschenrechte oder das humanitäre Völkerrecht, Principle 10 A (1), sowie Informationen über illegale Überwachungsmaßnahmen, Principle 10 E (3).

<sup>159</sup> 1. Teil § 4 VII.

d) USA: *public accountability defense*

Vor dem Hintergrund des „post 9-11 state of emergency“ und den damit einhergehenden Enthüllungen, insbesondere durch Edward Snowden und Chelsea Manning,<sup>160</sup> schlägt Yoichai Benkler für das US-amerikanische Strafrecht eine gesetzliche „public accountability defense“ vor.<sup>161</sup> Es handelt sich dabei um einen Strafbarkeitsausschlussgrund, der spezifisch auf Offenlegungen von Staatsgeheimnissen zugeschnitten ist. Die *defense* sieht eine Abwägungsregel vor, die die eben (unter c) dd)) dargestellten Vorrangrelationen der Tshwane Principles konkretisiert.<sup>162</sup> Da sie auf *public accountability*, d. h. auf öffentliche Rechenschaft bzw. Verantwortung gerichtet ist, stellt sie eine spezielle Ausgestaltung einer *public interest defense* dar. Sie setzt keine Notlage im Sinne einer *defense of necessity* (bzw. des § 34 StGB) voraus und lässt sich am ehesten als ein konkretisierter Strafbarkeitsausschlussgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen begreifen.

Im Ausgangspunkt beschreibt Benkler eine Kluft zwischen empirisch gehäuftem Leaking und Whistleblowing im nachrichtendienstlichen und militärischen Sektor einerseits und fehlenden rechtlichen Schutzmechanismen andererseits. Mit dem „War on Terror“ der von Folter, Entführungen, zeitlich unbegrenzten Inhaftierungen, sogenannten zivilen Kollateralschäden und rechtswidrigen Überwachungen im Inland geprägt ist, habe sich der Staat in eine Legitimationskrise begeben, die ihrerseits Gewissenskrisen von Personen nach sich ziehe, die im Bereich der nationalen Sicherheit tätig sind, und sie vermehrt zu Leaking und Whistleblowing veranlasse.<sup>163</sup>

Das US-Recht schütze Whistleblowing zwar prinzipiell als kritischen, gegen destruktive Dynamiken in Organisationen gerichteten Mechanismus, jedoch ist der Bereich der nationalen Sicherheit hiervon weitgehend ausgenommen.<sup>164</sup> Dabei verschleierte der Topos der nationalen Sicherheit, dass er in erster Linie ein System aus Bürokratien militärischer- und nachrichtendienstlicher Einrichtungen umfasst, welches nicht weniger anfällig für Fehler und Missstände sei

<sup>160</sup> Zum Fall *Snowden* s. bereits I. Teil § 4 II. 2.; zum Fall *Manning* 2. Teil § 3 III. 1.

<sup>161</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281; krit. etwa. *Croner*, *The Rule of Law Post v. 29.4.2022*. – Nur in diesem Abschnitt wird die US-amerikanische Schreibweise *defense* verwendet, andernorts die britische Schreibweise: *defence*.

<sup>162</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (282, 285 f., 308 ff.). Im Einzelnen beleuchtet Benkler 16 Fälle des Whistleblowings im Bereich der nationalen Sicherheit in der US-Geschichte von 1942 bis 2011, ebd. S. 311 ff. Vgl. auch die Forderung von *Delmas*, *Soc. Theory Prac.* 41 (2015), 77 (105): „something like a ‚public’s right to know’ defense should be available in court for government whistleblowers“.

<sup>163</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (283). Die These, dass die erhöhte Zahl von Leaking und Whistleblowing in diesem Bereich auf die fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten, Datensätze zu kopieren und zu übersenden, zurückzuführen sei, wird empirisch widerlegt (282 f.) m. w. N.

<sup>164</sup> Ebd. S. 285.

als Organisationen anderer Bereiche.<sup>165</sup> Da es organisationssoziologisch ausgewiesen sei, dass alle großen Organisationen von destruktiven Dynamiken betroffen seien, sollte für den Bereich der nationalen Sicherheit keine magische Ausnahme angenommen werden.<sup>166</sup> Vielmehr müsse Whistleblowing als kritischer Pfeil im Köcher der Demokratie auch oder gerade für diesen nach außen besonders abgeschirmten Bereich griffbereit sein und rechtlich geschützt werden.<sup>167</sup>

Die kontrollierende und demokratische Funktion des Whistleblowings (s. dazu 2. Teil § 2 III.) werde durch die aggressive Strafverfolgung von Hinweisgebern aus dem Bereich der nationalen Sicherheit, die unter der Obama-Administration aufgenommen wurde, unterminiert.<sup>168</sup> Dabei werde mit zweierlei Maß gemessen: Einerseits würden Offenlegungen geduldet, die der Regierung nützlich erscheinen („normal leaks“), und geheimnisschützende Vorschriften allenfalls lax angewendet.<sup>169</sup> Andererseits würden Offenlegungen systemischer Rechtswidrigkeiten und anderer Missstände eine Herausforderung für das Sys-

---

<sup>165</sup> Ebd. S. 284, 287 f.

<sup>166</sup> Eine solche Ausnahme ist aus kompetenziellen Gründen in der Whistleblowing-Richtlinie für den Bereich der nationalen Sicherheit vorgesehen, Art. 3 Abs. 2 WBRL; außerdem leider in § 5 Nr. 1 HinSchG-RegE, dazu *Brockhaus/Gerdemann/Thönnies*, Verfassungsblog v. 8.8.2022.

<sup>167</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (285).

<sup>168</sup> Unter dem 44. US-Präsidenten, Barak Obama, wurden mehr Strafverfahren gegen „leaker“ eingeleitet als unter allen vorherigen US-Präsidenten zusammen, *Benkler*, *The New Republic* v. 1.5.2013; *Carr*, *NYT* v. 27.2.2012, S. B1; *Moberly*, 16 *Emp. Rts. & Emp. Pol’y J.* 2012, 51 ff.; *Downie*, *The Obama Administration and the Press*. Ein besonderes Exempel wurde an Chelsea Manning statuiert, die u. a. zu 35 Jahren Haft verurteilt wurde, s. im Einzelnen 2. Teil § 3 III. 1. *Benkler* stützt die Überlegungen zu seiner *defense* maßgeblich auf diesen Fall und wurde in dem gegen Manning geführten Strafprozess als Gutachter angehört. – Unter dem 45. US-Präsidenten, Donald Trump, wurde etwa Reality Leigh Winner nach dem Espionage Act angeklagt und zu 5 Jahren und drei Monaten Haft verurteilt. Winner war Mitarbeiterin eines Dienstleisters der NSA gewesen und hatte einen internen Bericht des Dienstes an die Enthüllungsplattform *The Intercept* lanciert, *C. Savage*, *NYT* v. 6.6.2017, S. A4. Der Bericht soll einen Hackerangriff Russlands belegen, der sich einen Tag vor der 58. US-amerikanischen Präsidentschaftswahl ereignet haben soll.

<sup>169</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (303); eingehend dazu *Pozen*, Harv. L. Rev. 127 (2013), 512 ff. („The Leaky Leviathan“). Jesselyn Radack, eine ehemalige Justiziarin des Justizministeriums, die als Anwältin mehrere Whistleblower vertreten hat, meint in einem Interview, die US-Regierung selbst würde die meisten Geheimnisse enthüllen, sofern dies ihren Interessen diene. Demgegenüber würden andere, öffentlichen Interessen dienende *leaks* regelmäßig rechtlich verfolgt, *Walden*, *Secret Sources – Whistleblowers*, *National Security and Free Expression*, S. 25 Fn. 247, S. 55.

tem darstellen („accountability leaks“), das hierauf mit intensiver (Straf-)Verfolgung von Verstößen gegen die einschlägigen Geheimnisschutzvorschriften reagiere.<sup>170</sup>

Die „public accountability defense“<sup>171</sup> soll 1) anwendbar sein, wenn erhebliche Rechtsverletzungen oder nicht rechtswidrige, doch erhebliche systemische Fehler, Inkompetenzen oder Vergehen einer Prüfung durch die Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden;<sup>172</sup> wobei es ausreiche, dass die aufdeckende Person vernünftige Gründe hatte, vom Vorliegen dieser Voraussetzung auszugehen.<sup>173</sup> Dieser Anwendungsbereich deckt sich mit der hier vertretenen Auffassung, nach der sich der rechtliche Whistleblower-Schutz, auch im Bereich der nationalen Sicherheit, nicht auf die Meldung von Rechtsverstößen beschränken sollte.<sup>174</sup>

Sodern 2) durch die Offenlegung unmittelbare, konkretisierbare und erhebliche Schäden drohen, müssten Maßnahmen ergriffen werden, um sie möglichst weit zu begrenzen.<sup>175</sup> In Betracht komme dabei, nur die für die Aufdeckung des Missstands notwendigen Informationen zu veröffentlichen bzw. sie zu einem Zeitpunkt offenzulegen, zu dem sie keinen signifikanten Schaden mehr anrichten können. Entsprechendes wurde bereits im Rahmen der Erforderlichkeit bzw. Nicht-anders-Abwendbarkeit zum rechtfertigenden Notstand ausgeführt<sup>176</sup> und müsste auch für einen neuen Strafbarkeitsausschlussgrund im deutschen Recht gelten.<sup>177</sup>

Denkbar sei weiterhin, die Informationen zur Schadensbegrenzung an eine Organisation zu übermitteln, die über Kapazitäten verfügt bzw. sich in der Vergangenheit als fähig erwiesen hat, mit Dokumenten sensiblen Inhalts umzugehen.<sup>178</sup> Dazu zählen zum einen die traditionellen Medienhäuser, aber auch andere Personen, die dem „networked fourth estate“, also der „Vierten Gewalt“

---

<sup>170</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (303), derartige *accountability leaks* träten nur auf, wenn die Kluft zwischen dem dem System zuzurechnenden Fehlverhalten und der Stimme des Gewissens der eingeweihten Individuen so groß werde, dass diese die mit einer Enthüllung verbundenen persönlichen Risiken auf sich nähmen; bspw. im Zusammenhang mit dem Vietnam Krieg, dem Kalten Krieg, der Friedens- und Bürgerrechtsbewegung und nun als Reaktion auf die „more extreme post 9-11 tactics and strategies.“

<sup>171</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (285 f., 302 ff.).

<sup>172</sup> Ebd. S. 286, 305.

<sup>173</sup> Ebd. S. 305; krit. etwa *Croner*, *The Rule of Law Post v.* 29.4.2022.

<sup>174</sup> Siehe 1. Teil § 4 VII. sowie 2. Teil § 2 III.

<sup>175</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (286, 306).

<sup>176</sup> Siehe § 2 III. 2. am Ende.

<sup>177</sup> Siehe den Vorschlag im 1. Teil unter § 4 VII.

<sup>178</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (306); allerdings weist *ders.*, *The New Republic v.* 1.5.2013, treffend, auf das Problem eines derartigen Merkmals hin: „No court will welcome a rule where culpability for a capital offense like aiding the enemy depends on the judge’s evaluation of the quality of the editorial practices, good faith, or loyalty of the



zuzurechnen sind,<sup>179</sup> andernfalls würden deren Vertreterinnen und Vertreter, im Kontrast zur Presse und vor dem Hintergrund des First Amendment, d. h. der Meinungs- und Pressefreiheit, als Bürgerinnen und Bürger zweiter Klasse behandelt.<sup>180</sup> Beispielsweise sei WikiLeaks, zumindest zeitweise, als zuverlässiger Kanal zur Prüfung und gegebenenfalls nur partiellen Verbreitung sensibler Informationen einzustufen gewesen.<sup>181</sup> Jedenfalls im Jahr der Manning-Enthüllungen (2010), sei die Enthüllungsplattform im Ökosystem des vernetzten investigativen Journalismus zu verorten gewesen, vergleichbar mit anerkannten Institutionen wie ProPublica oder dem Bureau of Investigative Journalism.<sup>182</sup>

Die Informationen müssten 3) zudem über einen Kanal weitergegeben werden, bei dem davon auszugehen sei, dass er in eine Veröffentlichung der Missstände mündet.<sup>183</sup> Deshalb dürften sie nicht an solche Personen und Stellen weitergegeben werden, bei denen kein Interesse an einer Veröffentlichung bestehe, etwa an Geheimdienste fremder Mächte. Diese Differenzierung ist im Ansatz bereits in den Landesverratsvorschriften enthalten, denn eine Person macht sich zwar nicht strafbar, wenn sie ein „illegales“ Staatsgeheimnis im Sinne des § 93 Abs. 2 StGB veröffentlicht, sie kann aber wegen des Verrats illegaler Geheimnisse bestraft werden, wenn sie ein derartiges Geheimnis allein „einer fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner mitteilt“, § 97a StGB.

Sofern diese Voraussetzungen 1)–3) vorlägen, sei die *defense* nur dann nicht erfüllt, wenn 4) die Anklage beweise, dass die spezifischen, unmittelbar bevorstehenden und erheblichen Schäden die vernünftigerweise erwarteten Vorteile der Veröffentlichung überwögen.<sup>184</sup> Zur Steuerung dieser Abwägung seien die in den Tshwane Principles geregelten Vorrangrelationen heranzuziehen, sodass die Zulässigkeit der Offenlegung unter anderem zu vermuten sei bei:<sup>185</sup> groben Menschenrechtsverletzungen, erheblichen Bürgerrechtsverletzungen, Verletzungen der verfassungsmäßigen Ordnung, etwa durch Überwachungspraktiken, oder Entscheidungen bezüglich lebensgefährdender Maßnahmen.<sup>186</sup> Bei Rechtsverstößen und Missständen geringerer Intensität seien als abschließende

---

media organization to which the information was leaked. Nor could a court develop such a rule without severely impinging on the freedom of the press.“

<sup>179</sup> Siehe dazu bereits 2. Teil § 2 III. 5.

<sup>180</sup> Benkler, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (306).

<sup>181</sup> Ebd. S. 307.

<sup>182</sup> Ebd. S. 307; *ders.*, The New Republic v. 1.5.2013.

<sup>183</sup> Benkler, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (286).

<sup>184</sup> Benkler, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (307). Das entspricht dem Zweifelsgrundsatz im deutschen Strafprozessrecht, auf den i. R. d. Überlegungen zum Notstand eingegangen wurde, s. § 2 III. 1. und 2.

<sup>185</sup> Für derartige Regelvermutungen wird auch hier plädiert, s. bereits 1. Teil § 4 VII.

<sup>186</sup> Benkler, a. a. O., S. 308 f.

Beweise eines öffentlichen Interesses an den Offenlegungen zu berücksichtigen: Gerichtsentscheidungen, die die Rechtswidrigkeit der offengelegten Praktiken feststellen; Parlamentsgesetze, die in Reaktion auf die Enthüllungen eingeführt und beschlossen werden; Berichte von Aufsichtsstellen, Ausschüssen, Kommissionen etc., dass die in Frage gestellten Praktiken geändert werden sollten; sowie eine ablehnende öffentliche Meinung gegenüber den Missständen, die etwa durch Medienstudien und Umfragen ermittelt werden könne.<sup>187</sup>

Hierbei dürften – was an den Defensivnotstandsgedanken erinnert – solche Schäden nicht berücksichtigt werden, die sich unmittelbar in Reaktion auf den offengelegten Missstand ergeben.<sup>188</sup> Andernfalls entstünde die paradoxe Situation, dass die *defense* proportional zur steigenden Schwere der Missstände umso seltener erfüllt wäre. Beispielsweise dürfte bei groben Menschenrechtsverletzungen wie den Folterungen im Abu-Ghraib-Gefängnis oder Folterprogrammen der CIA, der beeinträchtigte internationale Ruf der USA oder gewalttätige Ausschreitungen in den Ländern, die von den Menschenrechtsverletzungen betroffen sind, nicht als Schäden berücksichtigt werden.<sup>189</sup>

Zudem sei solchen Schäden wenig Gewicht beizumessen, die sich nur sehr allgemein und nicht konkret beziffern ließen und nicht unmittelbar bevorstünden.<sup>190</sup> Beispielsweise seien mit der Veröffentlichung der US-Botschaftsdepechen auf WikiLeaks (sog. Cablegate-Affäre) einhergehende Unannehmlichkeiten in den internationalen Beziehungen der USA zu allgemein und unbestimmt, um als unmittelbar bevorstehender Schaden beziffert und berücksichtigt werden zu können.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Ebd. S. 309 f.

<sup>188</sup> Ebd. S. 307.

<sup>189</sup> Ebd.

<sup>190</sup> Ebd.

<sup>191</sup> *Benkler*, Harv. L. & Pol'y Rev. 2014, 281 (307).



## § 4 Ziviler Ungehorsam

Im politischen und philosophischen Diskurs wird Whistleblowing, wie die Weitergabe der *Pentagon Papers* durch Daniel Ellsberg an die *New York Times* im Jahr 1971<sup>1</sup> oder die Snowden-Enthüllungen aus dem Jahr 2013,<sup>2</sup> gerade in den letzten Jahren vermehrt als Ausdruck zivilen Ungehorsams bewertet. Darunter ist, vereinfacht gesagt, eine legitime auf eine Veränderung zielende Gesetzesverletzung zu verstehen. Den Ungehorsamen stellt sich dabei die drängende Frage, ob etwas und, wenn ja, was aus dieser Einschätzung für die (straf-)rechtliche Bewertung des Whistleblowings folgt. Selbst wohlgesonnene Stimmen aus den Geisteswissenschaften, die zivilen Ungehorsam prinzipiell begrüßen und als politisch oder moralisch legitim bewerten, sprechen sich gegen dessen Legalisierung aus.

Im Rechtsdiskurs wird zwar mehrheitlich gegen eine Rechtfertigung argumentiert, allerdings wohl ausnahmslos für eine rechtliche Privilegierung zivilen Ungehorsams gegenüber „normalen“ Straftaten plädiert. Zum Teil wird das Konzept als Rechtfertigungsgrund begriffen, der sich aus den Grundrechten ableitet und durch den BGH implizit im Fall des Whistleblowers Werner Päscher anerkannt wurde.<sup>3</sup> Dabei ist für die folgenden Überlegungen zu unterstellen, dass geheimnisschützende Rechtsvorschriften durch Whistleblowing verletzt und die jeweilige Aufdeckung auch nicht durch den zur Verfügung stehenden Kanon juridischer Rechtfertigungsgründe erlaubt wird. Für diese Annahme

---

<sup>1</sup> Siehe etwa *Nesson*, *Indiana Law Journal* 49 (1974), 399 (406). – Ellsberg arbeitete im Auftrag der US-Regierung, kopierte tausende als geheim klassifizierte Dokumente, die die Realität des Vietnam-Krieges und „das fundamentale Problem“ der Täuschung des US-Kongresses und der Öffentlichkeit durch die Politik belegten (*Arendt*, in: *In der Gegenwart*, S. 322), und gab sie an die *New York Times* weiter. – Siehe zudem *Elliston*, *J. Bus. Ethics* 1 (1982), 23 ff. (Vergleiche zwischen Whistleblowing und zivilem Ungehorsam).

<sup>2</sup> Siehe etwa *Deiseroth*, *Neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte* 1/2|2014, 4 ff.; *Delmas*, *Soc. Theory Prac.* 41 (2015), 77 (104); *Kröpil*, *RuP* 2013, 193 ff.; *Kumar*, *For Whom the Whistle blows?*, S. 127 ff.; *P. Lewis*, *The Guardian* v. 7.8.2013; abwägend: *Pozen*, in: *Whistleblowing Nation*, S. 327 ff.; *Radack*, *Daily Kos* v. 11.6.2011; *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 ff.; *ders.*, *Civil Disobedience*, S. 122; *Schieder*, *Ethisch motivierter Rechtsungehorsam*, S. 7, 212 f.; *Züger*, *Internet Policy Review* 2 (2013), 1 ff.

<sup>3</sup> *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (71); *ders.*, *FS Scupin*, 573 (591); *Laker*, *Ziviler Ungehorsam*, S. 274, 309 ff.; *Schieder*, a. a. O., S. 212 f.

spricht die bereits herausgearbeitete Rechtsunsicherheit bezüglich der Auslegung der geheimnisschützenden Straftatbestände und der in Betracht kommenden Rechtfertigungsgründe.

## I. Whistleblowing als ziviler Ungehorsam

Die Vorstellungen, was unter dem Konzept des zivilen Ungehorsams zu verstehen ist, gehen im Einzelnen weit auseinander.<sup>4</sup> Häufig werden unterschiedliche Merkmale vorausgesetzt oder dieselben Merkmale unterschiedlich interpretiert. Ausgegangen wird hier von John Rawls' häufig rezipierter Definition des zivilen Ungehorsams, „als einer öffentlichen, gewaltlosen, gewissenbestimmten, aber politischen gesetzwidrigen Handlung, die gewöhnlich eine Änderung der Regierungspolitik herbeiführen soll.“<sup>5</sup> Durch diese im Folgenden

---

<sup>4</sup> Geistiger Urheber des Begriffs war der US-amerikanische Schriftsteller und Philosoph Henry David Thoreau, der 1849 die Abhandlung „Civil Disobedience“ veröffentlichte. Er hatte sich aus Gewissensgründen geweigert, Steuerschulden zu begleichen, um damit gegen die Sklaverei sowie den Krieg der USA gegen Mexiko zu protestieren. Später beriefen sich die indische Unabhängigkeitsbewegung Mahatma Gandhis und die US-amerikanische Bürgerrechtsbewegung Martin Luther Kings auf Thoreaus Konzept des zivilen Ungehorsams. Seit den 1950er Jahren wurde v. a. in den USA über dessen Voraussetzungen diskutiert, s. etwa (chronologisch): *Walzer*, *The Obligation to Disobey* (1967), *Dworkin*, *On Not Prosecuting Civil Disobedience*, in: *New York Review of Books* v. 6.6.1968, wieder abgedr. in: *ders.*, *Taking Rights Seriously*, Ch. 8; *Zinn*, *Disobedience and Democracy* (1968); *Arendt*, *Ziviler Ungehorsam* (1969), *Cohen*, *Civil Disobedience* (1971), *Rawls*, *A Theory of Justice* (1971). Im Kontext von Protestaktionen gegen die Stationierung von Pershing-II-Raketen des NATO-Bündnisses wurde das Konzept auch in der BRD vermehrt diskutiert, s. die verschiedenen Aufsätze in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*. Parallele Erwägungen wurden in Deutschland bis dahin unter dem Begriff des Widerstandsrechts angestellt, s. dazu noch III. 4. b). Instrukтив zur Entwicklung der Diskurse in der BRD und den USA, *Braune*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 9 ff.; *Dreier*, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 39 ff. – Das Phänomen der bewussten Gesetzesverletzung oder Befehlsverweigerung aus Gewissensgründen wurde schon in der Antike thematisiert. Sokrates führte als Regierungsmitglied unter der Herrschaft der Dreißig den Befehl nicht aus, Leon, den Salaminier, gefangen zu nehmen und ihn hinrichten zu lassen. Stattdessen ging er unverrichteter Dinge nach Hause: „Mich nämlich brachte jene Herrschaft, so gewaltig sie auch war, nicht so ausser Fassung, dass ich etwas Ungerechtes verübt hätte [...]“. *Platon*, *Verteidigung des Sokrates*, in: *Sämtliche Werke I*, S. 1 (28). Auf Sokrates haben Viele Bezug genommen, etwa *King*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 79 (89).

<sup>5</sup> *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 320 = *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 401. Der ungehorsame Akt muss sich – auch wenn das strit. ist, vgl. *Pozen*, in: *Whistleblowing Nation*, S. 327 (332 f.) – nicht unmittelbar gegen den Protestgegenstand selbst (direkter ziviler Ungehorsam), sondern kann sich auch mittelbar gegen ihn richten, indem ein Gesetz verletzt wird, das mit dem Protestgegenstand nicht in Zusammenhang steht (indirekter ziviler Ungehorsam). Thoreau etwa befreite keine Sklaven und beteiligte sich nicht an einem Aufstand.

näher untersuchten Merkmale und die zusätzlichen Voraussetzungen, die Rawls an eine Rechtfertigung stellt, ist sein Modell relativ klar und eher eng umgrenzt.<sup>6</sup> Aufgrund seiner normlogischen Struktur und seines Bezugs auf Recht und Gerechtigkeit gilt Rawls' Modell zudem als liberal-konstitutionell<sup>7</sup> und rechte- oder gerechtigkeitsbasiert.<sup>8</sup> Es ist damit aus der Perspektive der Rechtswissenschaften eher geeignet, auch rechtliche Implikationen aus ihm abzuleiten.

### *1. Gewaltlos, gewissensbestimmt, politisch*

Whistleblowing erfüllt die begrifflichen Merkmale der Rawlsschen Definition in vielen Konstellationen. Whistleblowing ist *gewaltlos*, weil es durch die Offenlegung von Informationen vollzogen wird. Etwas anderes kann für Beschaffungshandlungen gelten, etwa wenn physische Hindernisse überwunden werden (z. B. § 303 StGB), um an die zu veröffentlichenden Informationen zu gelangen. Diesbezüglich soll hier der Hinweis ausreichen, dass ziviler Ungehorsam nach der zutreffenden Ansicht Vieler nicht auf völlige Gewaltlosigkeit zu beschränken ist.<sup>9</sup> Diese Position scheint im Hinblick auf § 34 StGB, der die Anwendung von Gewalt einschließt, strafrechtsdogmatisch nicht fernliegend. Weiterhin handeln Whistleblower sehr häufig aus *Gewissensgründen*. Es geht ihnen in aller Regel darum, eine Abstellung von Missständen zu erreichen, durch die Aufdeckung in der Vergangenheit liegender Fehlverhalten auf eine Änderung der bestehenden Zustände hinzuwirken oder allgemein darum, einen Diskurs zu einem Thema von grundlegendem öffentlichen Interesse anzustoßen. Derartige Informationen offenzulegen, ist deshalb auch als *politischer Akt* zu bewerten. Edward Snowden ging es etwa darum, die Öffentlichkeit über die extensiven geheimdienstlichen Überwachungspraktiken in Kenntnis zu setzen und zu deren Beendigung beizutragen bzw. dafür zu sorgen, sie wieder in kontrollierte und vor allem gesetzliche Bahnen zu lenken.<sup>10</sup> An der Politizität der Handlung und ihrer prospektiven Ausrichtung ändert sich wegen des gesellschaftlichen Bezugs der Aufdeckungen aber auch dann nichts, wenn durch Whistleblowing unternehmerisches Fehlverhalten adressiert wird.

---

<sup>6</sup> Dreier, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 53: „ziemlich enge[r] Begriff des zivilen Ungehorsams“.

<sup>7</sup> Braune, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 9 (16).

<sup>8</sup> Celikates, *RphZ* 3 (2017), 31 (32, 38).

<sup>9</sup> Siehe etwa Brian, in: ebd., 189 (202 ff.); Brownlee, *Conscience and Conviction*, S. 21 ff., 198; dies., „Civil Disobedience“, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 1.1 Abs. 9 ff.; Celikates, *RphZ* 3 (2017), 31 (37 f., 41 f.); Dreier, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 65; Raz, in: *Civil Disobedience in focus*, S. 159 (160 ff.); Zinn, *Disobedience and Democracy*, S. 39 ff., 120; das Merkmal der Gewaltlosigkeit hinterfragend auch Arendt, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 132 (147).

<sup>10</sup> Snowden, *Statement am Flughafen Moskau Scheremetjewo v. 12.7.2013*.

## 2. Öffentlichkeit, Identifikation, Ablehnung des Märtyrerischen Schemas

Die Veröffentlichung von Missständen erscheint auf den ersten Blick paradigmatisch als *öffentliche* Handlung. Allerdings wird zu bedenken gegeben, dass die ungehorsame Person die Handlung öffentlich vollziehen und sich dadurch vor dem öffentlichen Forum mit ihr identifizieren müsse.<sup>11</sup> Deshalb sei ein heimliches Verhalten, wie anonymes Whistleblowing, etwa im Fall von Chelsea Manning, nach der klassischen Konzeption nicht als ziviler Ungehorsam zu qualifizieren.<sup>12</sup> Die das Gesetz verletzende Person müsse ihre Gesetzestreue durch die Bereitschaft zum Ausdruck bringen, die rechtlichen Konsequenzen ihres Verhaltens zu tragen.<sup>13</sup> Durch diese Gesetzestreue könne die Öffentlichkeit erkennen, dass das ungehorsame Subjekt tatsächlich gewissenhaft und aufrichtig handle und an den Gerechtigkeitsinn der Öffentlichkeit appelliere.<sup>14</sup> Hieran fehle es bei heimlich vollzogenen Handlungen, weshalb anonymes Whistleblowing, wie im Fall von Chelsea Manning, mit den klassischen Definitionen des zivilen Ungehorsams unvereinbar erscheine.<sup>15</sup> Ihnen zufolge vollziehe sich ziviler Ungehorsam eben in der Sequenz, sich ungehorsam zu verhalten, sich verhaften und anschließend bestrafen zu lassen.<sup>16</sup> Diesem Märtyrerischen Schema fügen sich die Handlungen Edward Snowdens und Julian

<sup>11</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, S. 321 = *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 403.

<sup>12</sup> *de Lagasnerie*, *Die Kunst der Revolte*, S. 73 ff.; *A. Savage*, *Leaks, Whistleblowing and the Public Interest*, S. 17.

<sup>13</sup> Rawls, *A Theory of Justice*, S. 322 = *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 403.

<sup>14</sup> Ebd. Diese Treue- oder Märtyrer-Eigenschaft wird von Vielen vorausgesetzt, s. bereits *Thoreau*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 42 (51): „Unter einer Regierung, die irgendjemanden zu Unrecht einsperrt, ist der einzige richtige Ort für einen gerechten Menschen auch das Gefängnis.“ *Gandhi* meint, der „gewöhnliche Gesetzesbrecher“ verletze das Gesetz heimlich und versuche der Strafe zu entgehen, während der Ungehorsame das Gesetz „offen und höflich“ breche und die Strafe still erdulde, *Gandhi*, *Satyagraha*, in: ebd., S. 63 (67). Die Widerständler müssten bereit sein, „die schlimmsten Härten zu ertragen“, denn der zivile Ungehorsam gründe auf der „unbedingten Wirksamkeit des unschuldigen Leidens“, *Gandhi*, *Ziviler Ungehorsam*, in: ebd., S. 73 (76). Auch King schreibt, dass der gewissenhafte Gesetzesbrecher „bereitwillig die Strafe auf sich nimmt und ins Gefängnis geht, um damit das Gewissen seiner Mitbürger wachzurütteln.“ *King*, in: ebd., S. 79 (89). Arendt differenziert: Der Kriminelle scheue „das Licht der Öffentlichkeit“, während der „zivile[ ] Gehorsamsverweigerer [...] in offener Herausforderung das Gesetz in seine eigenen Hände“ nehme, *Arendt*, in: ebd., S. 132 (146); so auch *Cohen*, *Civil Disobedience*, S. 87 und 88: „the self-sacrificial element“, *Dreier*, in: ebd., S. 54 (61); *Geis*, *Hdb Rechtsphilosophie*, „Ziviler Ungehorsam“, S. 534 (536); *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 29 (35); *Sagar*, *Secrets and Leaks*, S. 135; *von der Pfordten*, in: *Widerspruch 2014*, 38 (42).

<sup>15</sup> *de Lagasnerie*, *Die Kunst der Revolte*, S. 73 f.; *A. Savage*, *Leaks, Whistleblowing and the Public Interest*, S. 17.

<sup>16</sup> *de Lagasnerie*, a. a. O., S. 70, die Sequenz beruhe auf der strategischen Überlegung, eine öffentliche Bühne zu errichten, auf der die Gewaltlosigkeit der Ungehorsamen der Gewaltanwendung durch den repressiven Staat gegenübergestellt und die öffentliche Meinung

Assanges nicht nahtlos ein, denn sie haben sich zwar öffentlich mit ihren Handlungen identifiziert, jedoch haben sich beide, Snowden durch die Flucht ins Ausland und Assange durch seinen mehrjährigen Aufenthalt in der ecuadorianischen Botschaft in London, einer Strafverfolgung aufgrund des US-amerikanischen Espionage Act bewusst entzogen.<sup>17</sup> Sie waren gerade nicht bereit, die ihnen drohenden drakonischen, negativen rechtlichen Sanktionen, man denke nur an Mannings Verurteilung zu 35 Jahren Freiheitsstrafe, zu tragen.

Das klassische Verständnis des Merkmals der Öffentlichkeit des ungehorsamen Aktes, das die Bereitschaft der ungehorsamen Person einschließt, sich bestrafen zu lassen, ist allerdings zurückzuweisen.<sup>18</sup> Aufgrund der folgenden sieben Argumente überzeugt es nicht, dass die ungehorsame Person ein Martyrium durchlaufen muss, bevor ihre Handlung als legitim anerkannt wird:

Für das Merkmal der öffentlichen Handlung in der Konzeption des zivilen Ungehorsams ist *zunächst* entscheidend, dass in öffentlich wahrnehmbarer Weise Belange der Allgemeinheit adressiert werden.<sup>19</sup> Dazu muss sich das ungehorsame Subjekt jedoch nicht notwendig mit dieser Handlung öffentlich identifizieren. In vielen Situationen wird es vielmehr notwendig sein, den ungehorsamen, sich kommunikativ an die Öffentlichkeit richtenden Akt im Geheimen vorzubereiten und vorzunehmen, damit der Protest nicht schon von vornherein durch staatliche Stellen oder Privatpersonen verhindert wird.<sup>20</sup>

*Zweitens* wurde die von Rawls und anderen postulierte Voraussetzung den historischen Erscheinungsformen des zivilen Ungehorsams entlehnt und muss vor dem Hintergrund neuer ungehorsamer Praktiken überdacht werden. Im Zeitalter der Digitalisierung und des Internets hat sich, dialektisch zu staatlicher und unternehmerischer Ausspähung privater Daten, eine Vielzahl neuer Protestformen entwickelt, die auch aus Gründen der „Waffengleichheit“ Anonymität beanspruchen.

---

dazu angehalten wird, die jeweiligen Ungerechtigkeiten wahrzunehmen und sich hiergegen zu mobilisieren

<sup>17</sup> *de Lagasnerie*, a. a. O., S. 74; *Brownlee*, *Philos. Soc. Crit.* 42 (2016), 965 (966); *Pozen*, in: *Whistleblowing Nation*, S. 327 (334) weist allerdings auf die einschneidenden (auch rechtlichen) Konsequenzen hin, die Snowden in Kauf genommen hat.

<sup>18</sup> So bereits *Brian*, in: *Civil Disobedience in focus*, 189 (206 f.); *Brownlee*, *Conscience and Conviction*, S. 23 f.; *dies.*, „Civil Disobedience“, in: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 1.1 Abs. 7 und 1.2 Abs. 3; *dies.*, *Philos. Soc. Crit.* 42 (2016), 965 (966); *Delmas*, *Soc. Theory Prac.* 41 (2015), 77 (104 f.); *de Lagasnerie*, *Die Kunst der Revolte*, S. 73 f., 97 f.; *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (618); *ders.*, *Civil Disobedience*, 132 f.; *Zinn*, *Disobedience and Democracy*, S. 27, 31, 121.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Brownlee*, *Conscience and Conviction*, S. 28; *Delmas*, *Soc. Theory Prac.* 41 (2015), 77 (104); *Scheuerman*, a. a. O., (618).

<sup>20</sup> *Brian*, in: *Civil Disobedience in focus*, S. 189 (206), erst nach Durchführung des ungehorsamen Aktes sei die Intention bekannt zu machen; *Brownlee*, *Conscience and Conviction*, S. 23.



De Lagasnerie weist zudem darauf hin, dass das anonym handelnde oder sich den rechtlichen Konsequenzen entziehende Subjekt unsere unbewusste Vorstellung politischen Handelns und des öffentlichen Raums hinterfrage, nach der das politische Subjekt öffentlich aufzutreten, seine Identität preiszugeben und sich damit der rechtlichen Verantwortung für seine Protesthandlungen zu unterwerfen habe.<sup>21</sup> Die Forderung nach der öffentlichen Identifikation und dem Erdulden der negativen Sanktionen decke eine unsichtbare „Zensur und Verknappung der sprechenden Subjekte“ auf.<sup>22</sup> Denn Viele seien nicht bereit, die mit der Identifikation und Ahndung einhergehenden persönlichen Kosten wie die soziale Ächtung und die rechtlichen Sanktionen und Risiken (Kündigung, Bestrafung, Verleumdungsklagen etc.) zu tragen.<sup>23</sup> Das *dritte* Argument lautet deshalb: Durch die Anerkennung anonymer Handlungen als politische Akte werden die „Bühne der Politik umgestaltet“, die Zugangsschwelle demokratischer Partizipation abgesenkt und die politischen Subjekte infolgedessen potenziert.<sup>24</sup>

Wird dem Subjekt hingegen abverlangt, sich mit dem ungehorsamen Akt zu identifizieren, auferlegt man ihm, *viertens*, ein Risiko, für das es – hier tritt einmal mehr der Defensivnotstandsgedanke hervor – nicht verantwortlich ist. Denn die Missstände wurden nicht durch das Subjekt verursacht, sondern sind der jeweiligen privaten oder staatlichen Organisation zuzurechnen.<sup>25</sup> Allgemein zum zivilen Ungehorsam, doch vor allem auch treffend zum Whistleblowing, hat dies Martin Luther King formuliert:

„Actually, we who engage in nonviolent direct action are not the creators of tension. We merely bring to the surface the hidden tension that is already alive.“<sup>26</sup> Sowie: „you asserted that our actions, even though peaceful, must be condemned [...] Isn't this like condemning the robbed man because his possession of money precipitated the evil act of robbery?“<sup>27</sup>

*Fünftens* überzeugt der am Rechtsstaatsprinzip ausgerichtete Vorwurf, die Ungehorsamen, die sich einer Bestrafung entziehen, erwiesen sich als rechtsuntreu, jedenfalls dann nicht, wenn an der Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens begründete Zweifel bestehen, etwa weil die Straftatbestände auf unbestimmten Merkmalen beruhen, die Verfahren exzessiv politisiert werden und zu drakonischen Strafen – vgl. wiederum den Fall *Manning* – führen.<sup>28</sup>

<sup>21</sup> *de Lagasnerie*, Die Kunst der Revolte, S. 73 f.

<sup>22</sup> Ebd. S. 97.

<sup>23</sup> Ebd. S. 97 f.; *Delmas*, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (104, 105).

<sup>24</sup> *de Lagasnerie*, Die Kunst der Revolte, S. 98.

<sup>25</sup> Ebd. S. 97.

<sup>26</sup> *King*, in: Civil Disobedience, S. 68 (75 f.).

<sup>27</sup> Ebd. S. 76.

<sup>28</sup> *Scheuerman*, Philos. Soc. Crit. 40 (2014), 609 (619); *ders.*, Civil Disobedience, S. 132, Snowden hat immer wieder betont, dass er sich einem rechtsstaatlichen Strafverfahren in den USA stellen würde. Der US Attorney General Eric Holder stellte bereits in Aussicht, Snowden müsse wenigstens mit einer 30-jährigen, wenn nicht lebenslangen Freiheitsstrafe

*Sechstens* wurde in der Untersuchung bereits gezeigt, dass das positive Recht anonyme Protestformen schützt und insbesondere die Legalität des Whistleblowings nicht davon abhängig gemacht werden sollte, ob die Person ihre Identität preisgibt.<sup>29</sup> Denn einerseits werden auch anonyme Äußerungen durch die Meinungsfreiheit geschützt und andererseits kann einer Person wegen des Prinzips *nemo tenetur se ipsum accusare* nicht abverlangt werden, sich der Strafverfolgung zu stellen, um einer Bestrafung zu entgehen. Folglich kann die Identifikation mit der devianten Handlung, gerade wenn ziviler Ungehorsam als Rechtsfigur etabliert werden soll, nicht zu einer ihrer Voraussetzungen erhoben werden.<sup>30</sup> Es wäre schlichtweg paradox, wenn ein Verhalten nur dann als legitimer ziviler Ungehorsam eingestuft würde, wenn und weil die Person für ihre Handlung negativ sanktioniert werden will. Mit anderen Worten würde die Person nur dann nicht bestraft werden, wenn sie bestraft werden wollte.<sup>31</sup>

Das vom ungehorsamen Subjekt geforderte „ich stelle mich“ und das Erleiden der sozialen und rechtlichen negativen Konsequenzen sollen seine Gesetzestreue und Gewissenhaftigkeit belegen. Es handelt sich bei dem Martyriums-Merkmal also eher um einen prozessualen Mechanismus, der eine bestimmte Motivation unter Beweis stellen soll, deshalb aber, so das *siebte* Argument, keine konstitutive materielle Voraussetzung des zivilen Ungehorsams sein kann. Die Konzeption des zivilen Ungehorsams hängt somit nicht vom Willen der Ungehorsamen ab, ein Martyrium zu durchlaufen.

## II. Legitimität

Neben den Definitionsmerkmalen stellt *Rawls* vier Voraussetzungen einer Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams auf.<sup>32</sup> Diese Rechtfertigung soll hier

---

rechnen, *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (620). – Vgl. auch *Zinn*, *Disobedience and Democracy*, S. 27: „Why must the citizen ‚accept the result‘ of a decision he considers immoral? To support ‚the rule of law‘ in the abstract? [...] to support a wrong rule of law does not automatically strengthen the right rule of law, indeed may weaken it.“ Wenn ungerechte Entscheidungen akzeptiert würden, werde Ungerechtigkeit sanktioniert und perpetuiert, ebd. S. 29.

<sup>29</sup> Siehe bereits § 1 I. 3. Für Schutz anonymen Whistleblowings statt vieler *Elliston*, in: *J. Bus. Ethics* 1 (1982), 23 (24); *Kumar*, *For whom the Whistle blows?*, S. 165; *ders./Santoro*, *Philos. Soc. Crit.* 43 (2017), 669 (678, 673 f. m. w. N.).

<sup>30</sup> Auch ohne Rekurs auf die Rechtsdogmatik leuchtet dieser Gedanke ein, denn „why should unwillingness to suffer imprisonment for the breaking of a (to him) repressive law automatically impugn his honesty?“, *Brian*, in: *Civil Disobedience in focus*, S. 189 (207).

<sup>31</sup> Krit. auch *Pozen*, in: *Whistleblowing Nation*, S. 327 (334).

<sup>32</sup> *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 326 ff. = Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 409 ff. Dabei weist er darauf hin, dass es Situationen geben könne, in denen sich neben den von ihm genannten Voraussetzungen auch andere Argumente zur Rechtfertigung finden ließen.

zunächst nur als Legitimität im Sinne einer außerrechtlichen oder überpositiven Rechtfertigung verstanden werden.

Mit dem ungehorsamen Akt muss, erstens, eine schwere Verletzung von Grundsätzen der Gerechtigkeit adressiert werden, wobei Rawls auf die von ihm herausgearbeiteten Grundsätze der gleichen Freiheit aller und der fairen Chancengleichheit verweist.<sup>33</sup> Es ist denkbar, dass derartige schwere Verletzungen durch Whistleblowing aufgedeckt werden. Allerdings erscheint die Beschränkung auf die von Rawls genannten speziellen Gerechtigkeitssätze als zu eng. Nicht erfasst wäre wohl die von Edward Snowden aufgedeckte anlasslose Massenüberwachung der US-Bürger, die potentiell alle betrifft und insoweit gleich behandelt.<sup>34</sup> Allerdings ist die erste Voraussetzung und materielle Eintrittsschwelle offen für andere normative Maßstäbe, etwa andere Gerechtigkeitsbegriffe, „schwerwiegendes Unrecht“,<sup>35</sup> „schwere (nicht nur unbedeutende) Verstöße gegen die ‚verfassungsmäßige Ordnung‘“<sup>36</sup> oder auch moralische Prinzipien.<sup>37</sup> Whistleblowing ist in der Regel darauf gerichtet, solche Missstände aufzudecken, die ungerecht sind bzw. mit deren Offenlegung – was auch für Rawls von entscheidender Bedeutung ist – an den Gerechtigkeitssinn der Öffentlichkeit appelliert wird.<sup>38</sup>

Der Bezug auf die Gerechtigkeitsidee wird von Winfried Hassemer als rechtstheoretisches Dilemma kritisiert, das die Theorien zur Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams nicht überwinden könnten: „Ihre notwendige Voraussetzung ist zu anspruchsvoll; sie besteht in nichts weniger als in einem erkennbaren überpositiven Recht.“<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> Ebd. S. 326 = S. 409. Der Bezug der protestierenden Minderheit auf Gerechtigkeitsmaßstäbe wird teilweise als antidemokratisch kritisiert, *Starck*, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 246, da der Minderheit eine „tiefere Einsicht und höheres Wissen um das Gemeinschaftsleben“ unterstellt werde, „kurzum sanior pars im Gegensatz zur maior pars der Gesellschaft ist“. Zu diesem Argument des Mehrheitsprinzips s. noch III. 4. c) cc).

<sup>34</sup> Gegen staatliche Massenüberwachung könne ziviler Ungehorsam als *ultima ratio* ethisch rechtfertigen, *von der Pfordten*, Widerspruch 2014, 27 (42 f.); *Knoll*, ebd., 27 (37), meint diesbezüglich bestehe ein aus Art. 20 Abs. 4 GG abgeleitetes *Recht* zum Widerstand.

<sup>35</sup> *Dreier*, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (67); *von der Pfordten* anerkennt zivilen Ungehorsam als *ultima ratio*, wenn er sich „gegen schwere Menschenrechtsverletzungen, etwa Verletzungen der Menschenwürde, von Leib, Leben, körperlicher Unversehrtheit oder grundsätzlicher Gleichheit vor dem Gesetz“ richtet, Widerspruch 2014, 38 (42).

<sup>36</sup> BGHSt 20, 342 Ls. 3 (*Pätsch*).

<sup>37</sup> *Habermas*, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29 (39): „Maßgebend sind allein die für alle einsichtigen moralischen Prinzipien, auf die der moderne Verfassungsstaat die Erwartung gründet, von seinen Bürgern aus freien Stücken anerkannt zu werden.“

<sup>38</sup> *Rawls*, A Theory of Justice, S. 327 = Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 410.

<sup>39</sup> *Hassemer*, FS Wassermann, 325 (339).

Allerdings haben Strafgerichte, wenn auch selten, übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, etwa den Notstand, vor dem Inkrafttreten von § 34 StGB, angewendet.<sup>40</sup> Die Rechtspraxis hält es demnach für möglich, einen Strafbarkeitsausschluss ausnahmsweise überpositiv zu begründen. Zudem verflüchtigt sich die von Hassemer aufgezeigte Schwierigkeit bezüglich des Whistleblowings, wenn die verdeckten Missstände rechtswidrig sind oder sich aus dem positiven Recht Gründe abzeichnen, die für eine Rechtfertigung der Offenlegung sprechen. Die Geheimhaltung von Missständen wird weniger aufgrund überpositiven Rechts als ungerecht bewertet, sondern leitet sich aus den im positiven Recht enthaltenen Offenbarungsinteressen ab, insbesondere dem Aspekt der diskursiven Machtkontrolle, der aus dem Demokratieprinzip und Grundrechten entwickelt wurde.<sup>41</sup>

Die gerechtigkeitsbezogene Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams ist beim Whistleblowing folglich mit der demokratietheoretischen Legitimation komplementär verschränkt.<sup>42</sup> Zudem lässt sich ein Recht zum zivilen Ungehorsam, mit Ralf Dreiers grundrechtlicher Konzeption, aus dem positiven Recht ableiten.<sup>43</sup> Weiterhin hält Claus Roxin zivilen Ungehorsam nicht nur für legitim, wenn er „mit beachtlichen Gründen als verfassungswidrig beurteilte Gesetze“ betreffe, sondern auch dann, wenn „der regelverletzende Protest existenzielle, die Gesamtbevölkerung angehende Fragen (z. B. der Rüstung, der Atomkraftnutzung, der Ökologie)“ adressiere.<sup>44</sup>

Der ungehorsam Akt, so die zweite Voraussetzung in Rawls' Modell, muss notwendig sein.<sup>45</sup> Zunächst seien die zur Verfügung stehenden legalen Mittel auszuschöpfen, die etwa durch die Rede- und Demonstrationsfreiheit erfasst werden. Wenn die Kritik bereits durch derartige Protestformen, etwa durch eine Gesetzesänderung, berücksichtigt werde, sei ziviler Ungehorsam unnötig.<sup>46</sup> Rawls meint in diesem Zusammenhang auch, dass die freie Rede immer

---

<sup>40</sup> Auch der Einwand der mangelnden Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) würde nicht durchgreifen, da es sich um eine strafbefreiende Konzeption handelt, an die nach h. M. geringere Bestimmtheitsanforderungen anzulegen sind als an eine strafbegründende Norm, s. etwa *Sternberg-Lieben*, in: Sch/Sch vor § 32 Rn. 25 m. w. N.

<sup>41</sup> Siehe 2. Teil § 2 III.

<sup>42</sup> Vgl. etwa auch die Einleitung der Redaktion, in: *Widerspruch* 2014, 10: „Wo beginnt das Recht auf Widerstand, wenn staatliche Entscheidungen sich öffentlicher Kontrolle entziehen?“ – Allgemein für eine demokratietheoretische Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams bei deliberativer Trägheit, etwa wenn bestimmte Agenden und Diskussionen aus der öffentliche Sphäre ferngehalten werden und sie durch den ungehorsamen Akt der Deliberation (wieder) zugeführt werden, *Smith*, *Civil Disobedience and Deliberative Democracy*, S. 68 ff.; spezifisch für das Whistleblowing, *Delmas*, *Crim Law and Philos* 11 (2017), 195 (208 f.).

<sup>43</sup> Siehe dazu noch III. 4. b).

<sup>44</sup> *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 441 (456).

<sup>45</sup> *Rawls*, *A Theory of Justice*, S. 327 = *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, S. 410.

<sup>46</sup> Ebd. S. 327 f. = S. 410 f.

möglich sei.<sup>47</sup> Allerdings geht es beim Whistleblowing gerade um die Frage, ob das Aufdecken der Missstände von der Redefreiheit geschützt wird, denn ihr Gebrauch, in Gestalt der Weitergabe der Informationen, ist nicht ohne die Verletzung des Geheimnisses möglich. Die Rechtfertigung einer unmittelbaren Veröffentlichung kann ausgeschlossen sein, wenn adäquate und effektive Verfahren zur Meldung von Rechtsverstößen zur Verfügung stehen. Allerdings gilt hier, was bereits zur Erforderlichkeit im Rahmen des rechtfertigenden Notstandes herausgearbeitet wurde: Wenn eine interne oder externe Meldung von vornherein, wie etwa im Fall von Edward Snowden,<sup>48</sup> nicht erfolgversprechend oder sogar kontraproduktiv erscheint, kann eine Meldung der Missstände nicht erwartet werden.

Als dritte Bedingung zur Rechtfertigung nennt Rawls die Begrenzung der Frequenz ungehorsamer Akte.<sup>49</sup> Ziviler Ungehorsam könne seine Wirkung nur entfalten, wenn er punktuell ausgeübt werde, denn wenn alle, die nach den ersten beiden Voraussetzungen gerechtfertigt sind, von ihm Gebrauch machen würden, könne „die Ordnung ernsthaft gestört“ und „das Funktionieren einer gerechten Verfassung“ gefährdet sein.<sup>50</sup> Empirisch betrachtet mag Whistleblowing häufiger auftreten als früher, es handelt sich jedoch nicht um eine hochfrequente Praktik, durch die die gesellschaftliche Ordnung oder Verfassung gefährdet wird, weshalb die Berechtigung dieses Merkmals hier nicht vertieft wird.

Zuletzt seien bei der Rechtfertigung mögliche Schäden für Dritte einschränkend zu berücksichtigen.<sup>51</sup> Diese Voraussetzung wurde bereits an verschiedenen Stellen der vorliegenden Untersuchung, insbesondere im Zusammenhang mit Interessenabwägungen bei der Rechtsanwendung, thematisiert.<sup>52</sup> Genauso können zu erwartende Schäden auch beim zivilen Ungehorsam dazu führen, eine Rechtfertigung des Whistleblowings abzulehnen.<sup>53</sup>

### III. Legalität

Während die prominenten Protesthandlungen Mahatma Gandhis, Rosa Parks' und Martin Luther Kings retrospektiv wohl einhellig als legitim und richtig bewertet werden und ziviler Ungehorsam zumindest in einem außerrechtlichen Wertesystem als gerechtfertigt gilt, wird die Frage nach einer rechtlichen

---

<sup>47</sup> Ebd. S. 328 = S. 411.

<sup>48</sup> So etwa *Delmas*, Soc. Theory Prac. 41 (2015), 77 (99 f.).

<sup>49</sup> *Rawls*, a. a. O., S. 328 f. = a. a. O., S. 411 f.

<sup>50</sup> *Rawls*, A Theory of Justice, S. 329 = Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 411.

<sup>51</sup> Ebd. S. 330 = S. 413.

<sup>52</sup> Siehe § 3 III. 2. und § 2 IV. 2. und § 1 III. 2. c).

<sup>53</sup> Jedenfalls wenn die Gefahren oder Schäden hinreichend nachgewiesen und ggf. beziffert werden können, s. *Benkler*, Harv. L. & Pol'y Rev. 2014, 281 (307).

Rechtfertigung weitaus kontroverser diskutiert. Ziviler Ungehorsam bewegt sich, um mit Rawls zu beginnen, zwischen Formen des legalen Protests und der Schaffung von Testfällen, also rechtlich noch nicht entschiedenen Konstellationen, zu denen Gerichte erst noch Stellung nehmen müssen.<sup>54</sup> Die ungehorsame Aktion liege noch im Rahmen, wenn auch am äußeren Rand der Gesetzestreue.<sup>55</sup> Zudem bezeichnet Rawls zivilen Ungehorsam als ein *Recht*,<sup>56</sup> dessen Wahrnehmung konsequenterweise rechtlich nicht negativ sanktioniert werden dürfte. Zwar könne die Mehrheit einer Gesellschaft durch den ungehorsamen Akt zu einer scharfen Vergeltung herausgefordert werden, doch sei, prognostiziert Rawls, „unter fast gerechten Verhältnissen Rache gegen berechnete Nonkonformität unwahrscheinlich“.<sup>57</sup>

Im Umkehrschluss deutet eine (straf-)rechtliche Ahndung zivilen Ungehorsams, etwa von Whistleblowing, auf eine ungerechte oder noch nicht ganz gerechte Rechtsordnung bzw. Rechtspraxis hin.<sup>58</sup> Trotzdem scheint Rawls sich nur für eine Rechtfertigung in der überpositiven Sphäre seiner Gerechtigkeits-theorie auszusprechen, also einer nahezu vollkommen gerechten Gesellschafts- und Rechtsordnung, und nicht auch für eine Rechtfertigung bei der Rechtsanwendung der gegenwärtigen konkreten Ordnung.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> Rawls, A Theory of Justice, S. 322 = Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 404.

<sup>55</sup> Ebd.

<sup>56</sup> Ebd. S. 329, 330 = S. 411, 413; *Gandhi*, in: Die Lehre vom Schwert, S. 141, er beschreibt zivilen Ungehorsam naturrechtlich als das „angeborene Recht eines jeden Bürgers“, das er „nicht preisgeben“ könne, „ohne sein Menschsein preiszugeben.“

<sup>57</sup> Rawls, A Theory of Justice, S. 330 = Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 413.

<sup>58</sup> Ähnlich lässt sich *Raz*, in: Civil Disobedience in focus, S. 159 (165 f.) lesen. Er meint zwar, in einem liberalen Staat, der sich dadurch auszeichne, dass allen ein begrenztes Recht zur politischen Partizipation zustehe, gebe es kein Recht auf zivilen Ungehorsam. Jedoch bestehe ein derartiges Recht im illiberalen Staat als Teil des moralischen Rechts zu politischer Partizipation, welches durch das positive Recht nicht anerkannt werde. Wird Whistleblowing als Teil des Rechts zu politischer Partizipation begriffen, jedoch nicht durch das positive Recht geschützt, erweist sich die Rechtsordnung insoweit als illiberal und bedingt dadurch zumindest ein moralisches Recht zu zivilem Ungehorsam.

<sup>59</sup> *Dreier*, Recht-Staat-Vernunft, S. 56, schreibt von einer rechtsethischen Theorie Rawls', in der es „nicht um die rechtliche, sondern um die moralische Rechtfertigungsfähigkeit zivilen Ungehorsams“ gehe; so auch *Starck*, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 245. Gegen eine „nur“ moralische Rechtfertigung spricht allerdings der Bezug auf die dem Recht inhärente Gerechtigkeitsidee. *Hassemer*, FS Wassermann, 325 (331), verortet Rawls' Rechtfertigungskonzept „im vor- oder überpositivrechtlichen Bereich“. Siehe dazu Rawls, a. a. O., S. 322 = a. a. O., S. 404: „Man kann sich zweifellos ein Gesetzssystem vorstellen, in dem die gewissenhafte Ansicht, ein Gesetz sei ungerecht, als Entschuldigungsgrund für Ungehorsam gilt. [...] Doch, so wie die Dinge nun einmal liegen, wäre eine solche Regelung wahrscheinlich sogar unter fast gerechten Verhältnissen instabil. Man muß dafür bezahlen, andere davon zu überzeugen, daß unsere Handlungen nach sorgfältiger Erwägung eine ausreichende moralische Grundlage in den politischen Überzeugungen der Gesellschaft haben.“

Eine solche rechtliche Rechtfertigung zivilen Ungehorsams wird im juristischen, aber auch im rechtsphilosophischen und polittheoretischen Diskurs mehrheitlich abgelehnt.<sup>60</sup> Zugleich wird allerdings fast ausnahmslos, wenn auch in ganz unterschiedlichem Umfang, für eine rechtliche Privilegierung gegenüber „gewöhnlichen“ Straftaten plädiert. Im Folgenden werden zunächst die Gründe dargelegt, die für eine rechtliche Privilegierung sprechen. Alsdann werden verschiedene Möglichkeiten eines Strafbarkeitsausschlusses diskutiert. Abschließend wird eine Lösung auf der Rechtfertigungs- bzw. bereits der Tatbestandsebene befürwortet.

### 1. Gründe für eine rechtliche Privilegierung

Verletzt ein Akt zivilen Ungehorsams zumindest *prima facie* ein Strafgesetz, ist das Verhalten gegenüber einer gewöhnlichen Straftat aus mehreren Gründen rechtlich zu privilegieren: Prinzipiell fällt die ungehorsame Tat in den Schutzbereich des Grundrechts der Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG). Zudem wird der Protest regelmäßig durch die Grundrechte der Meinungs- (Art. 5 Abs. 1 GG) oder der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 GG) geschützt.<sup>61</sup> Für die in Deutschland schwerpunktmäßig diskutierten Sitzblockaden ist vor allem die Versammlungsfreiheit relevant. Beim Whistleblowing ist das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit von zentraler Bedeutung (s. dazu § 1).

Mit dem ungehorsamen Akt wird weiterhin gegen Unrecht bzw. Ungerechtigkeit protestiert und für den Schutz anerkannter öffentlicher Interessen eingetreten. In dieser Orientierung auf das Allgemeinwohl erscheint das Verhalten als eine schätzenswerte Form unmittelbarer demokratischer Partizipation, die sich aufgrund ihrer grundrechtlichen Fundierung und Verfassungstreue in rechtsstaatlichen Grenzen bewegen kann.<sup>62</sup>

#### a) Gewissensentscheidung und Allgemeinwohlbezug

Der ungehorsame Akt wird von Vielen, etwa von Rawls, als Gewissenstat charakterisiert und bezieht nach Thoreau gerade aus diesem individualistischen Moment seine Legitimation. Die Gewissensfreiheit wird grundrechtlich, nach dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 Var. 1 GG schrankenlos, geschützt. In der Strafrechtsdogmatik wird teilweise vertreten, die Gewissensfreiheit könne

---

<sup>60</sup> Siehe etwa *Arendt*, in: Ziviler Ungehorsam, S. 132 (134): „Eine juristische Rechtfertigung gerade dieses ‚indirekten Ungehorsams‘ ist anscheinend unmöglich“; *Cohen*, Civil Disobedience, S. 76, 94.

<sup>61</sup> Art. 5 und 8 GG sind insbesondere in Dreiers grundrechtlichem Rechtfertigungsmodell zentral, dazu noch unter 4. b). *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 441 (454); *ders./Greco*, AT I § 22 Rn. 130, sprechen sich u. a. unter Rekurs auf Art. 5 und 8 GG für einen Verantwortungsausschluss auf Schulebene aus, dazu noch eingehender unter 3.

<sup>62</sup> Vgl. dazu unter § 1 V. 2. die Rspr. zur Privilegierung allgemeinwohlbezogener Meinungsäußerungen.

strafrechtlich rechtfertigen.<sup>63</sup> Dies wird zwar überwiegend abgelehnt, jedoch könne die Gewissensfreiheit einen Schuldausschluss begründen.<sup>64</sup> Parallelen zwischen diesem Grundrecht und dem zivilen Ungehorsam bestehen in der „altruistischen Motivation“ bzw. dem „Einsatz für ideelle Ziele von existenzieller Bedeutung bei insgesamt systemkonformer Orientierung“.<sup>65</sup> Auch beim Whistleblowing bildet der Druck des Gewissens regelmäßig die Triebfeder der Handlungskette, die zur Offenlegung der Missstände führt.<sup>66</sup>

Natürlich kann eine Strafbarkeit nicht stets ausgeschlossen sein, wenn sich die Täterperson auf ihre Gewissensfreiheit beruft. Doch wird es sich dabei nicht um eine bloße Schutzbehauptung handeln, wenn die Merkmale des zivilen Ungehorsams vorliegen.<sup>67</sup> Bei genauerer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass ziviler Ungehorsam in den Schutzbereich der Gewissensfreiheit fällt:<sup>68</sup> Sie schützt nach der Auslegung des BVerfG „jede ernste sittliche, dh an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung [...], die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.<sup>69</sup>

Zudem setzt sich die Ansicht durch, dass nicht nur die Gewissensbildung und -entscheidung, sondern auch die Gewissensbetätigung als eine Form privilegierter Handlungsfreiheit geschützt wird und somit nicht nur Unterlassungen, sondern auch Handlungen erfasst werden.<sup>70</sup> Die Entscheidung, zivilen Ungehorsam auszuüben, ist regelmäßig durch die Überzeugung geprägt, das Gute

---

<sup>63</sup> *Frisch*, GA 2006, 273 (277); oder über eine Auslegung von § 34 StGB im Lichte des Grundrechts, *Böse*, ZStW 113 (2001), 40 ff., zust. *Perron*, in: Sch/Sch § 34 Rn. 9; eine Berücksichtigung auf der Schuldebene soll nur in Betracht kommen, wenn „der Täter die Grenzen der Gewissensfreiheit als Recht überschritten hat.“ *Frisch*, a. a. O., 278; *Günther*, FS Spindel, 189 (193); *Hirsch*, Überzeugungstäter, S. 11 ff. (für den vom Überzeugungstäter abzugrenzenden Gewissenstäter, allerdings in manchen Fällen „nur“ für eine Schuldminde- rung, ebd. S. 21 ff.).

<sup>64</sup> Siehe z. B. jeweils m. w. N.: *Roxin/Greco*, AT I § 22 Rn. 121; *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 143; a. A. *Starck*, in: Mangoldt/Klein/Starck Art. 4 Rn. 98, auf zivilen Ungehorsam bezugnehmend: „Um des inneren Friedens willen kann der Staat die Geltung des Strafrechts grundsätzlich nicht unter Gewissensvorbehalt stellen.“

<sup>65</sup> *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 441 (454).

<sup>66</sup> Siehe etwa *Benkler*, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (283).

<sup>67</sup> Das Grundrecht ist dann bei der Bewertung der Tat zu berücksichtigen; a. A. *Fateh-Moghadam*, Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, S. 280 ff., 317, der jedwede strausschließende oder strafmildernde Berücksichtigung der Gewissensfreiheit ablehnt, wenn das jeweilige Strafgesetz allgemein mit Art. 4 GG vereinbar ist.

<sup>68</sup> Siehe etwa *Bayer*, Gewissensfreiheit, S. 232 ff., 236 m. w. N., 240; *Laker*, Ziviler Ungehorsam, S. 254.

<sup>69</sup> St. Rspr.: BVerfGE 12, 45 (55); 48, 127 (163); 127, 302 (303) = NJW 2006, 77.

<sup>70</sup> *Di Fabio*, in: Herzog/Scholz/Herdegen/Klein, Art. 4 Rn. 74; *Geiger*, Gewissen, S. 72; *Laker*, Ziviler Ungehorsam, S. 252 f.; z. T. wird vertreten, die Gewissensfreiheit entbinde nur von Handlungspflichten, etwa (in Anlehnung an Thoreau) von der Pflicht Steuern zu



und das Richtige zu tun, und diese Überzeugung kann sich zu einem innerlich erlebten Handlungsdruck verdichten, der sich im ungehorsamen Akt manifestiert.

Aus der Perspektive der politischen Theorie hält Hannah Arendt es in ihrer Kritik der Thoreauschen Konzeption des zivilen Ungehorsams aber für den größten Fehler anzunehmen, „wir hätten es nur mit Einzelpersonen zu tun, die sich subjektiv und aufgrund ihres Gewissens gegen die Gesetze und Bräuche des Gemeinwesens stellen“.<sup>71</sup> Der zivile Ungehorsam trete „niemals als Handlung eines einzelnen Individuums in Erscheinung [...]. Der Protagonist des zivilen Ungehorsams kann nur als Mitglied einer Gruppe auftreten.“<sup>72</sup> Das individuelle Gewissen sei zudem „unpolitisch“, weil es sich nicht auf die „moralische Beziehung des Bürgers zum Gesetz“ berufe und weder „an der Welt interessiert [sei], in der Unrecht begangen wird, noch an den Folgen, welche dieses Unrecht für den künftigen Lauf der Welt hat.“<sup>73</sup> Die „Verweigerung aus Gewissensgründen“ erlange nur dann „politische Bedeutung [...], wenn eine Reihe von Menschen in ihrem Gewissen übereinstimmen und sich diese Verweigerer entschließen, an die Öffentlichkeit zu gehen und sich Gehör zu schaffen.“<sup>74</sup>

In ähnlicher Weise wird auch aus juristischer Perspektive eingewendet, dass das Grundrecht der Gewissensfreiheit zwar den rein individuellen Protestakt, jedoch nicht die für den zivilen Ungehorsam charakteristische kollektive Gewissensbetätigung schütze.<sup>75</sup> Dabei wird allerdings ausgeblendet, dass die Grundlage vieler Gewissensentscheidungen intersubjektiv, etwa in „mehr oder minder großen gesellschaftlichen Gruppen und Verbänden, entwickelt, gelehrt und damit stabilisiert“ wird.<sup>76</sup> Die Gewissensentscheidung ist regelmäßig das Resultat eines intersubjektiven Entstehungsprozesses und kann sich auch in

---

zahlen oder Wehrdienst zu leisten, *A. Arndt*, NJW 1968, 2370; i. E. zust. *Karpen*, JZ 1984, 249 (252); vgl. auch *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 132 (139): „Die Vorschriften des Gewissens“ seien „gänzlich negativer Art“, denn sie stellten „keine Prinzipien für das Handeln auf, sondern markieren Grenzen, die nicht überschritten werden sollten.“

<sup>71</sup> *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 132 (155).

<sup>72</sup> Ebd. S. 133. Individueller ziviler Ungehorsam wird dadurch nicht zurückgewiesen, sondern es wird vielmehr die Ansicht entwickelt, dass er „in seiner Wirksamkeit und politischen Realität – von der Einbettung in und das Aufgreifen durch das Handeln anderer abhängt.“, *Celikates*, RphZ 3 (2017), 31 (35); vgl. auch *Pozen*, in: *Whistleblowing Nation*, S. 327 (331 f.).

<sup>73</sup> *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 132 (136).

<sup>74</sup> Ebd. S. 143.

<sup>75</sup> *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 441 (454), zudem sei „schwer vorstellbar, daß das Gewissen nicht nur einen Protest an sich, sondern eine bestimmte illegale Form des Protestes gebieten soll.“

<sup>76</sup> *Herzog*, in: *Herzog/Scholz/Herdegen/Klein*, Art. 4 Rn. 125 (bis Lfg. 27), z. B. könne auch die Rede- und Handlungsfreiheit kollektiv ausgeübt werden; vgl. auch *Karpen*, JZ 1984, 249 (252).

grundrechtlich durch die Gewissensfreiheit geschützten, gemeinsam vorgenommenen Handlungen manifestieren.

Zudem weist die Gewissensentscheidung noch eine andere intersubjektive Dimension auf, denn sie ist beim zivilen Ungehorsam auf eine gesellschaftliche Veränderung gerichtet. Whistleblowing kann verschiedenste öffentliche Interessen schützen – wie im 2. Teil gezeigt wurde – und ist damit auf das bezogen, „was alle angeht“, das Gemeinwohl.<sup>77</sup>

Die starke Betonung des Gewissens in der Konzeption des zivilen Ungehorsams mag auf den ersten Blick zu individualistisch erscheinen, um die politischen und soziologischen Zusammenhänge des Protestes adäquat zu erfassen. Dies sollte jedoch nicht dazu führen, das Gewissen bei der rechtlichen Privilegierung des zivilen Ungehorsams gänzlich unberücksichtigt zu lassen, gerade weil auch die Gewissensfreiheit intersubjektive Dimensionen aufweist.

### b) Konstitutioneller Protest gegen Unrecht und Ungerechtigkeit

Dem Einwand von der Individualität und Apolitizität der Gewissensentscheidung ist aber insoweit beizupflichten, als sich ziviler Ungehorsam, wie tendenziell im „romantisch-individualistischen Modell“ Thoreaus, nicht allein aus der Gewissensfreiheit legitimieren lässt.<sup>78</sup> Im „liberal-konstitutionalistischen Modell“<sup>79</sup> entspringt die konkrete Protesthandlung zwar dem Gewissen, die Legitimation bezieht sie jedoch daraus, dass sich der ungehorsame Akt gegen Gesetze oder Praktiken richtet, die gegen anerkannte normative Maßstäbe wie die Verfassung, die Gerechtigkeitsidee oder verbreitete Moralvorstellungen verstoßen. Der Protest wird daher, wenn auch als *ultima ratio*, so doch als Affirmation der verfassungsmäßigen Ordnung interpretiert. Deshalb „haben Thoreau und Martin Luther King, indem sie sich gegen Sklavenherrschaft und Menschenrechtsverletzungen zur Wehr setzten, nicht ihre privaten Überzeugungen verabsolutiert, sondern geltende Verfassungsprinzipien eingeklagt.“<sup>80</sup>

Diesem konstitutionellen Paradigma wird das Whistleblowing insbesondere gerecht, wenn Rechtsverletzungen aufgedeckt werden, denn dann wird in

<sup>77</sup> *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 29 (44).

<sup>78</sup> *Celikates*, in: *Das Politische und die Politik*, S. 274 (282 f.). Hier setzt auch das Argument an, die zivil Ungehorsamen würden aus dem Gewissen „die Überlegenheit der eigenen Ansicht“ und daraus ein Recht ableiten, s. etwa *Rönnau*, in: *LK* vor § 32 Rn. 142.

<sup>79</sup> *Celikates*, a. a. O. Dieses Modell vertreten u. a. Rawls, Dworkin, Habermas und Dreier. Parallel und in kritischer Auseinandersetzung dazu wurden (neo-)marxistische (Marcuse), radikaldemokratische oder republikanische (Arendt, Zinn, Walzer, Celikates) und anarchistische Ansätze (Balibar, Graeber, de Lagasnerie) entwickelt, die im Zuge der postdemokratischen Krise vermehrt rezipiert und weiterentwickelt werden, *Braune*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 9 (16 f., 25, 32); vgl. auch *Züger*, *Reload Disobedience*, S. 11 f. Anstatt des neutraleren „republican“ (s. etwa *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (615)) ist in Deutschland der Begriff „radikaldemokratisch“ beliebter.

<sup>80</sup> *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 29 (44).

rechtsstaatlicher Zwecksetzung auf die Einhaltung des Rechts gedrungen.<sup>81</sup> Doch auch wenn, dem Gedanken der diskursiven Machtkontrolle entsprechend, Angelegenheiten aufgedeckt werden, die zwar nicht formal gegen Gesetze verstoßen, deren Deliberation jedoch von allgemeinem öffentlichen Interesse ist, wird dem konstitutionellen Paradigma über das dem Demokratieprinzip inhärente Publizitätsprinzip entsprochen.<sup>82</sup> Zugleich lassen sich derartige Offenlegungen vor allem auch mit den republikanischen Ansätzen<sup>83</sup> legitimieren, da mit dem intendierten öffentlichen Diskurs ein kollektiver politischer Willensbildungsprozess angestoßen werden soll.<sup>84</sup>

### c) Demokratieförderlich statt -feindlich

In der BRD der 1980er Jahre haben sich einige Autoren emphatisch gegen den zivilen Ungehorsam und seine Legalisierung ausgesprochen.<sup>85</sup> Mehr polemisch als inhaltlich überzeugend, kritisieren sie den zivilen Ungehorsam als prinzipiell staatsgefährdend, demokratiefeindlich und -schädlich. Gegenstand der Diskussion waren insbesondere politisch motivierte Sitzblockaden, um gegen den Nato-Doppelbeschluss bzw. die Stationierung von Pershing-II-Raketen in Deutschland oder die zivile Nutzung der Atomenergie zu protestieren. Auch Hausbesetzungen, die auf Wohnungsknappheit aufmerksam machen sollten und einen sozialer geregelten Wohnungsmarkt einforderten, wurden thematisiert. Der Staatsrechtler Josef Isensee meinte etwa:

„Wer zum Widerstand gegen staatliche Entscheidungen aufruft, die politisch bestreitbar, aber verfassungsrechtlich gültig, demokratisch legitimiert sind, pervertiert das Widerstandsrecht des Grundgesetzes: Das Instrument zum Schutz der parlamentarischen Demokratie soll zu ihrer Zerstörung dienen; zum Oktroi des Minderheitswillens gegenüber der Mehrheit; zur Aufrichtung der Oligarchie einer selbsternannten Elite, die von sich aus diktiert, wie die Probleme der inneren Sicherheit und der Rüstung zu lösen sind.“<sup>86</sup>

<sup>81</sup> Siehe etwa *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung.

<sup>82</sup> *Scheurman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (615); zust. *Braune*, a. a. O., S. 36: „das ‚Whistleblowing‘ eines Edward Snowden [sei] durchaus in der Tradition des konstitutionellen Paradigmas zu verstehen“.

<sup>83</sup> Siehe zu den verschiedenen Ansätzen bereits Fn. 79.

<sup>84</sup> So z. B. *Leinen*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 23 (24); vgl. auch *Scheurman*, a. a. O.

<sup>85</sup> Siehe insb. die von dem CDU-Politiker Rainer Barzel im Jahr 1983 herausgegebene Aufsatzsammlung „Frieden im Lande“, gewissermaßen als „Gegenentwurf“ zu der von dem SPD-Politiker Peter Glotz bei Suhrkamp herausgegebenen Aufsatzsammlung „Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat“.

<sup>86</sup> *Isensee*, in: *Frieden im Lande*, S. 155 (165 f.). Auf das hier anklingende zentrale Argument des Verstoßes gegen das Mehrheitsprinzip wird noch unter 4. c) cc) eingegangen. – Ähnl. *Scholz*, *NJW* 1983, 705 (707), der wie Isensee darlegt, dass das Widerstandsrecht aus Art. 20 Abs. 4 GG sich nicht auf zivilen Ungehorsam erstreckt, was jedoch, soweit ersicht-

Ähnlich scharf äußerte Ulrich Karpen, „[w]enn das Sonderinteresse einer Minderheit auf diese Weise über das Allgemeininteresse siegt“, werde die Demokratie „zugunsten anderer Staatsformen mit einer Tendenz zum Missionarisch-Totalitären“, nämlich der „Oligarchie“ aufgegeben.<sup>87</sup> Er vermengt zivilen Ungehorsam zudem mit revolutionären Handlungen, die darauf abzielen „einen anderen Verfassungstypus an die Stelle des bestehenden zu setzen“.<sup>88</sup> Den Ungehorsamen unterstellt er, sie würden in Kauf nehmen oder beabsichtigen, „den Staat auseinanderzusprenge“<sup>89</sup> und wollten sogar „die Verfassung [...] beseitigt wissen.“<sup>90</sup> Sie würden den „Grundkonsens der Verfassung“ nicht mehr anerkennen und ihr „kühne[r] Schritt über die Verfassungsgrenze“ könne gar „die Auflösung der Einheit des Staates zur Folge haben.“<sup>91</sup> Der kalkulierte Rechtsbruch raube den politischen Instanzen die Freiheit der Entscheidung und löse eine „Sogwirkung“ aus, die „die Gefahr von Verfassungsdurchbrechung, Revolte und Verfassungsumsturz“ erhöhe.<sup>92</sup>

Die infernaln Kräfte, die dem zivilen Ungehorsam zugeschrieben wurden, stehen im augenfälligen Kontrast zu seinen historischen Erscheinungen. Die vermeintliche demokratiedestabilisierende Wirkung entbehrt jedweder empirischer Grundlage und erschöpft sich in Behauptungen. Stattdessen haben die indische Unabhängigkeitsbewegung oder die Bürgerrechtsbewegung in den USA deutlich gezeigt, dass ziviler Ungehorsam viel eher als Beitrag einzuordnen ist, die Demokratie zu beleben und zu stärken. Die behauptete Gefährlichkeit einer Legalisierung des Ungehorsams überschätzt zudem den Einfluss der fachjuristischen Bewertung des Ungehorsams auf das „gesellschaftlich-politische[ ] Protestverhalten“.<sup>93</sup>

Irreführend ist auch, Zivil-Ungehorsame mit Revolutionären gleichzusetzen. Während *diese* eine Aufhebung der bestehenden Ordnung anstreben, wollen *jene* Veränderungen evolutiv und im Rahmen der bestehenden (Verfassungs-)Ordnung erreichen. Dies wird bei Whistleblowern besonders deutlich, die mit ihren Offenlegungen auf die Einhaltung des Rechts und gesellschaftlich

---

lich, auch niemand behauptet. Ein „kleines“ Widerstandsrecht, das zivilen Ungehorsam einschließt, wird gerade nicht aus Art. 20 Abs. 4 GG, sondern aus den Grundrechten hergeleitet, s. dazu noch unter 4. b).

<sup>87</sup> Karpen, JZ 1984, 249 (259).

<sup>88</sup> Ebd. S. 262.

<sup>89</sup> Ebd. S. 261.

<sup>90</sup> Ebd. S. 258.

<sup>91</sup> Ebd. S. 257.

<sup>92</sup> Ebd. S. 256.

<sup>93</sup> Dreier, Recht-Staat-Vernunft, S. 69, was etwa auch dadurch belegt wird, dass sich die Befürchtungen in Bezug auf das im Jahr 1968 eingeführte Widerstandsrecht in Art. 20 Abs. 4 GG nicht bestätigt haben.

anerkannter Werte dringen. Ziviler Ungehorsam appelliert an staatliche Institutionen und die Gesellschaft. Er ist nicht darauf gerichtet, staatliches Handeln zu ersetzen, sondern anzuregen.

Auch der Vorwurf, die Ungehorsamen träten als selbstherrliche, paternalistische Elite auf, ist zurückzuweisen. Vielmehr leisten sie einen wesentlichen Beitrag im demokratischen Willensbildungsprozess. Der polemisch aufgeladene Vorhalt trifft eher auf Bestrebungen zu, die versuchen, abseits der Wahlurne gestaltend auf Politik und Recht einzuwirken, namentlich die Aktivitäten gut situierter und vernetzter Lobbyvereinigungen wie Wirtschaftsverbände.<sup>94</sup> Auf den Druck von Lobbyisten kann die Politik gute Gründe, die eigentlich der repräsentativen Deliberation zugeführt werden sollten, ausklammern.<sup>95</sup> Um derartige „Demokratiedefizite“ in den Bereichen „Repräsentation, Partizipation und Deliberation“ zu korrigieren, dem „Einfluss von Machtasymmetrien auf die öffentliche Debatte“ zu begegnen und auf vernachlässigte Themen aufmerksam zu machen, stellt ziviler Ungehorsam ein relativ moderates Mittel dar.<sup>96</sup> Gerade Minderheiten und Einzelpersonen, man denke etwa nur an Rosa Parks, stehen regelmäßig keine mildereren Mittel zur Verfügung, um ihr Anliegen öffentlichkeitswirksam in den Diskurs einzubringen.<sup>97</sup>

Da es unwahrscheinlich ist, dass die „strukturellen und für real existierende Demokratien charakteristischen Demokratiedefizite [...] aus den existierenden Institutionen heraus adressiert werden“,<sup>98</sup> nimmt der zivile Ungehorsam „eine für die Demokratie zentrale Rolle“ ein. Er erscheint „als eine Form des demokratischen empowerment [...], die auf intensivere und/oder extensivere Formen der demokratischen Selbstbestimmung zielt“.<sup>99</sup> Wer hierin einen Verstoß gegen das Repräsentationsprinzip zu erkennen meint,<sup>100</sup> blendet die unmittelbar-demokratischen Mittel aus, die das Grundgesetz auch enthält. Ziviler Ungehorsam erscheint deshalb eher „als sinnvolles Element“ der Ergänzung des Repräsentationsprinzips.<sup>101</sup>

---

<sup>94</sup> Vgl. *Brownlee*, *Conscience and Conviction*, S. 175 f.

<sup>95</sup> Ebd. S. 176.

<sup>96</sup> *Celikates*, *RphZ* 3 (2017), 31 (36 m. w. N.); *Brownlee*, a. a. O., S. 176; vgl. zudem bereits *Dreier*, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 71.

<sup>97</sup> *Brownlee*, a. a. O., S. 177.

<sup>98</sup> *Celikates*, a. a. O.; vgl. bereits *Hall*, *Ethics* 81 (1971), 128 (129): „civil disobedience is necessary to the growth of democracy, since without the impetus of direct action governments become less democratic.“

<sup>99</sup> *Celikates*, *RphZ* 3 (2017), 31 (36).

<sup>100</sup> Siehe etwa *Karpen*, *JZ* 1984, 249 (259).

<sup>101</sup> *Laker*, *Ziviler Ungehorsam*, S. 282 f. Vgl. etwa auch die Äußerung des nicht für seine Radikalität bekannten BGH im Pätsch-Urteil aus dem Jahre 1965: „Der verantwortungsbeußte Staatsbürger sieht [in seinem Grundrecht der freien Meinungsäußerung] [...] nicht nur ein Recht, sondern einen Aufruf zu tätiger Mitarbeit am Staate“. BGHSt 20, 342 (361 f.) = juris Rn. 223.

Die oben zitierten Polemiken konzentrieren sich zudem, bedingt durch die konkreten Protestaktionen in der Bundesrepublik der 1980er Jahre, nur auf einen Teilausschnitt des Phänomens, den Protest gegen formal legale Entscheidungen der staatlichen Repräsentativorgane. Dabei bleiben jene Situationen, in denen sich der Ungehorsam gegen evidentes Unrecht richtet, beispielsweise die Protestaktionen gegen das britische Kolonialregime oder die rassistischen Jim-Crow-Gesetze der USA, weitgehend unberücksichtigt.

Isensee selbst räumte dann, angelehnt an das vom BVerfG in der Entscheidung zum KPD-Verbot skizzierte Widerstandsrecht,<sup>102</sup> ein, dass in seltenen Fällen ein „Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten“ bestehe. Widerstand sei erlaubt, wenn er der „Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung“ diene, offenkundiges Unrecht bekämpfe und das „letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts“ sei, weil die „von der Rechtsordnung bereitgestellten Rechtsbehelfe“ keine Aussicht auf Abhilfe bieten.<sup>103</sup> Karpen äußerte zwar, ziviler Ungehorsam sei als ein die Friedenspflicht verletzender, undemokratischer „Rechtsbruch abzuwehren und zu bestrafen“, im selben Absatz heißt es dann jedoch, der gewissensgeleitete, begrenzte und gewaltlose Regelverstoß bewege sich „im Grenzbereich des verfassungsmäßig (noch) Tragbaren“. Man komme nicht umhin, „illegales Handeln – gegen illegitimes (Verfassungs-)Recht gerichtetes auch gewaltsames Handeln – für gerechtfertigt zu halten.“<sup>104</sup>

Abschließend ist festzuhalten, dass ziviler Ungehorsam konsensual, jedenfalls wenn er sich gegen Rechtsverletzungen richtet, strafrechtlich gegenüber „gewöhnlichen“ Straftaten zu privilegieren ist. Die dargelegten Gründe zeigen: Zivil-Ungehorsame sind keine „gewöhnlichen“ Kriminellen und ihre Aktionen keine „gewöhnlichen“ Straftaten.<sup>105</sup> Es stellt deshalb auch keine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Ungleichbehandlung dar, wenn man zivilen Ungehorsam rechtlich gegenüber anderen Gesetzesverletzungen privilegiert.<sup>106</sup>

---

<sup>102</sup> BVerfGE 5, 85 Ls. 10. Zur Verfassungsrechtsprechung und zivilem Ungehorsam s. noch 4. a).

<sup>103</sup> *Isensee*, in: *Frieden im Lande*, S. 155 (166 f.).

<sup>104</sup> *Karpen*, JZ 1984, 249 (262); es könne zwar keinen „Generalpardon nach Art eines allgemeinen Rechtfertigungs- oder Schuldaußschließungsgrundes (wie beim Widerstandsrecht) geben“, allerdings müsse eine „durchgängige Kriminalisierung allen zivilen Ungehorsams [...] aber ebenso vermieden werden“ ebd. S. 251.

<sup>105</sup> *Schüler-Springorum*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 76 (82); s. auch *Arthur Kaufmann*, NJW 1988, 2581 (2583); *Roxin*, FS *Schüler-Springorum*, 441 (453) m. w. N.

<sup>106</sup> Ziviler Ungehorsam wird zudem durch verschiedene Merkmale begrenzt, u. a. durch seinen Bezug auf normative Maßstäbe wie die Gerechtigkeit. Auch deswegen bestehen wesentliche Unterschiede zu einer „normalen“ Gesetzesverletzung; a. A. *Starck*, *Der demokratische Verfassungsstaat*, S. 250: „schwere[r] Fall rechtlicher Ungleichbehandlung“; ähnl. *Scholz*, NJW 1983, 705 (709). Zudem meint *Starck*, FS *Carstens*, 867 (887), das Konzept

## 2. Opportunitäts- und Rechtsfolgenlösung

Zur rechtlichen Privilegierung des zivilen Ungehorsams wurden diverse Vorschläge eingebracht, die im Folgenden zu drei Ansätzen zusammengefasst werden. Nach dem ersten Ansatz sollen Staatsanwaltschaften und Strafgerichte ihre normativen Spielräume ausschöpfen, d. h. Verfahren aus Opportunitätsgründen einstellen (§§ 153 ff. StPO) oder den zivilen Ungehorsam auf der Rechtsfolgenseite, insbesondere bei der Strafzumessung (§ 46 StGB), berücksichtigen.<sup>107</sup>

Für die Ausnutzung normativer Spielräume durch Anklagebehörden und Gerichte haben unter anderen Dworkin und Habermas plädiert. In der Zeit des Vietnam-Kriegs sprach sich Dworkin dafür aus, Wehrdienstverweigerer nicht anzuklagen bzw. sie nicht zu verurteilen.<sup>108</sup> Habermas meinte, jede „rechtsstaatliche Demokratie, die ihrer selbst sicher [sei], betrachte den zivilen Ungehorsam als normalisierten, weil notwendigen Bestandteil ihrer politischen Kultur“.<sup>109</sup> Nach dem konstitutionellen Paradigma des zivilen Ungehorsams könne der Staat „darauf verzichten, sein Sanktionspotential auszuschöpfen, weil durch zivilen Ungehorsam die Existenz und der Sinn der Rechtsordnung insgesamt nicht in Frage gestellt werden.“<sup>110</sup> Vielmehr müssten die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte erkennen lassen, dass ziviler Ungehorsam keines der üblichen Delikte sei und von den Spielräumen Gebrauch machen, die bei Entscheidungen über Anklageerhebung und Verurteilung bestehen.<sup>111</sup> Die Ungehorsamen träten als Hüter der Legitimität des demokratischen Rechtsstaats in Erscheinung, wenn die Repräsentativverfassung versage, weil sich der Staat ins Unrecht setzt oder in Ungerechtigkeit verstrickt. Der zivile Ungehorsam beziehe:

---

privilegiere bestimmte politische Anschauungen gegenüber anderen, zust. *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 142.

<sup>107</sup> Für eine Strafzumessungslösung: *Frankenberg*, JZ 1984, 275; *Hirsch*, Überzeugungstäter, S. 34, das sei die h. M. (S. 31 m. w. N.); *Rönnau*, in: LK vor § 32 Rn. 142; *Schüler-Springorum*, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (92 f.); vgl. zudem bereits *Cohen*, Civil Disobedience, S. 76 f. – Frankenberg, Hirsch und Schüler-Springorum halten auch die Opportunitätslösung für möglich; s. auch *Radtke*, GA 2000, 19 (31). – Für eine Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) AG Bremen, StV 1985, 19. Denkbar auch: Ein Absehen von Strafe nach § 60 StGB, etwa bei schweren beruflichen Konsequenzen für einen Whistleblower, soziale Ächtung innerhalb der Organisation etc. – Auch das Instrument der Amnestie wurde vorgeschlagen, Deutscher Bundestag (Hg.), Jugendprotest im demokratischen Staat (II), S. 59 f., exemplarisch für Besetzungen leer stehender Häuser.

<sup>108</sup> In dem Aufsatz „On Not Prosecuting Civil Disobedience“, *New York Review of Books* v. 6.6.1968, wieder abgedr. in: *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 206 ff. Im Einzelnen s. S. 220 f.; zust. *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (620).

<sup>109</sup> *Habermas*, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29 (32).

<sup>110</sup> Ebd. S. 42.

<sup>111</sup> Ebd. S. 43.

„seine Würde aus diesem hochgesteckten Legitimationsanspruch des demokratischen Rechtsstaats. Wenn Staatsanwälte und Richter diese Würde nicht respektieren, den Regelverletzer als Kriminellen verfolgen und mit den üblichen Strafen belegen, verfallen sie einem autoritären Legalismus.“<sup>112</sup>

Gegen diese „Empfehlung einer flexiblen Antwort“ auf an sich strafbare „Handlungen zivilen Ungehorsams“ wird eingewendet, sie zielen „auf eine Zerstörung des Legalitätsprinzips“.<sup>113</sup> So weit muss nicht gegangen werden, um die rechtliche Beliebigkeit zu erkennen, die mit dem Ansatz verbunden ist. Zwar wird ziviler Ungehorsam überzeugend als notwendiger Bestandteil einer emanzipierten demokratischen Kultur affirmiert, doch entzieht sich dieser Ansatz der konkreten (straf-)rechtlichen Bewertung des ungehorsamen Aktes, auf die es hier gerade ankommt. Es bleibt dem Ermessen der Staatsanwaltschaften und Gerichte überlassen, das von Habermas ausgemachte Spannungsverhältnis zwischen Legitimität und Legalität des Ungehorsams aufzulösen. Daher stellt sich die Frage, ob die Rechtsdogmatik nicht doch eine klarere Aussage treffen kann und sollte, anstatt auf eine milde Justiz zu hoffen.<sup>114</sup>

### 3. Schuldlösung

Der zweite Ansatz geht weiter, da er die Schuld bzw. die strafrechtliche Verantwortlichkeit verneint und damit eine Strafbarkeit insgesamt ausschließt.<sup>115</sup> Roxin hat einen grundrechtlichen Verantwortungsausschluss entwickelt, nach dem die Strafbarkeit auf der Schuldebene entfällt.<sup>116</sup> Er argumentiert unter Bezugnahme auf Dreiers Rechtfertigungsmodell, die ungehorsamen Akte würden

---

<sup>112</sup> Ebd.

<sup>113</sup> Hassemer, FS Wassermann, 325 (345); s. bereits Scholz, NJW 1983 705 (709); Schüler-Springorum, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 76 (93), hält eine Einstellung aus Opportunitätsgründen für möglich, gibt aber bzgl. § 153 StPO zu bedenken: „Worin solch öffentliches Interesse besteht, weiß niemand so genau“.

<sup>114</sup> Vgl. etwa Hall, Ethics 81 (1971), 128 (135): „To leave the problem of response to civil disobedience entirely to the goodwill of government officials would amount to counting upon the least likely element of society to produce a solution.“

<sup>115</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (451 ff.); ders./Greco, AT I § 22 Rn. 130 ff.

<sup>116</sup> Ebd.; ebenfalls für einen Schuldausschluss: Zabel, Schuldtypisierung, S. 462, jedenfalls wenn Individualrechtsgüter betroffen sind; für möglich haltend: Geis, Hdb Rechtsphilosophie, „Ziviler Ungehorsam“, S. 534 (537); für den anglophonen Rechtsraum meint Brownlee, Conscience and Conviction, S. 240 ff., es bestehe ein moralisches Recht zu zivilem Ungehorsam, das eine Freiheits- bzw. Autonomiesphäre begründe, die vor allen Formen zwangsweiser Eingriffe schütze und somit eine Bestrafung ausschließe. Dabei kämen zwei defences, eine entschuldigende und eine rechtfertigende, in Betracht. Die entschuldigende defence wird humanistisch fundiert aus der Anerkennung persönlicher Autonomie und der Wertschätzung psychologischer Integrität entwickelt, ohne dass der ungehorsame Akt auf konkrete (gesellschaftliche) Bedürfnisse bezogen sein muss, ebd. S. 155 ff. Im Einzelnen zu den Gründen, S. 167 ff. Zu einem aus humanistischen Gedanken abgeleiteten Recht auf Schutz des Gewissens vor Zwang s. bereits Raz, The Authority of Law, S. 286 ff.



in den Schutzbereich der Grundrechte aus Art. 5 und 8 GG fallen.<sup>117</sup> Auch wenn eine Abwägung nicht zu einer Rechtfertigung des strafrechtswidrigen Ungehorsams führe, komme zumindest eine Exkulpation in Gestalt eines strafrechtlichen Verantwortungsausschlusses in Betracht, „wenn die demonstrativen Akte der öffentlichen Meinungsbildung in lebenswichtigen Fragen dienen und die Behinderungen keine ernsthaften anderen Belange des Gemeinwohls gefährden.“<sup>118</sup> Die Möglichkeit eines Schuldausschlusses aufgrund eines Verhaltens, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, die Regelverletzung jedoch nicht rechtfertigt, bejaht Roxin am Beispiel des Gewissenstäters, dessen Strafbarkeit nach dominierender Ansicht wegen der grundrechtlich geschützten Gewissensfreiheit auf der Schuldebene ausgeschlossen sein kann.<sup>119</sup> Zwar meint Roxin, entgegen der oben dargestellten Ansicht (III. 1. a)), dass ziviler Ungehorsam regelmäßig keine Gewissenstat sei, jedoch ähnele die Gewissenstat „dem altruistisch motivierten zivilen Ungehorsam immerhin“.<sup>120</sup>

Zudem bezieht Roxin kriminalpolitische und strafzwecktheoretische Erwägungen mit ein, da im Rahmen der Schuld auch die „präventive Bestrafungsnotwendigkeit“ nachzuweisen sei.<sup>121</sup> Weil die Ungehorsamen keine Kriminellen seien, bestehe kein spezialpräventives Strafbedürfnis.<sup>122</sup> Eine Bestrafung sei sogar kontraindiziert, weil sie geeignet sei, „den Täter in eine Isolierung und Radikalisierung zu treiben, die ihn dazu führen könnte, von symbolischen Regelverstößen zu wirklich kriminellen und staatsgefährdenden Handlungen überzugehen.“<sup>123</sup> Auch aus generalpräventiver Sicht sei sie nicht geboten, weil die „Konfliktbereinigung [...] besser durch einen Strafverzicht als durch eine Bestrafung zu erreichen“ sei.<sup>124</sup> Es sei „wünschenswert, das grundsätzlich systemkonforme Protestpotential unserer Gesellschaft zu integrieren, anstatt es durch eine Kriminalbestrafung zu diskriminieren und auszugrenzen. Die Stärke

<sup>117</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (454).

<sup>118</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (454). Im Einzelnen nennt er, ebd. S. 456, die folgenden sechs Voraussetzungen: (1) „[D]er regelverletzende Protest“ müsse zunächst „existenzielle, die Gesamtbevölkerung angehende Fragen (z. B. der Rüstung, der Atomkraftnutzung, der Ökologie) oder mit beachtlichen Gründen als verfassungswidrig beurteilte Gesetze“ betreffen. (2) Die Täterperson müsse aus „Sorge um das Gemeinwohl“ handeln. (3) Es müsse ein einsehbarer „Zusammenhang mit dem Adressaten des Protests“ bestehen. (4) Die Person müsse „sich eindeutig zur parlamentarischen Demokratie“ bekennen. (5) „Gewalttätigkeit und [...] Widerstand gegen Ordnungskräfte“ müsse gemieden werden. (6) Die „aus dem Protest erwachsende Behinderung und Belästigung [müsse] geringfügig und zeitlich begrenzt“ bleiben.

<sup>119</sup> Dazu Roxin/Greco, AT I § 22 Rn. 122 ff.

<sup>120</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (454).

<sup>121</sup> Ebd. S. 454 f. Gegen Berücksichtigung von Präventionsaspekten i. R. d. Schuld: Hirsch, Überzeugungstäter, S. 32

<sup>122</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (455).

<sup>123</sup> Ebd.

<sup>124</sup> Ebd.

einer Demokratie erweist sich nicht in ihrem Bestrafungseifer, sondern in der Toleranz“.<sup>125</sup> Und aus Sicht der negativen Generalprävention lässt sich noch ergänzen, dass bei einem Freispruch der zivil Ungehorsamen, etwa eines Whistleblowers wie Edward Snowden, nicht mit einem Anstieg unverantwortlicher Gesetzesübertreter zu rechnen ist.<sup>126</sup>

Einer Schuldlösung wird allerdings entgegengehalten, dass sie ein „Element der Entmündigung“ aufweise, „welches denjenigen, der sich mittels einer Rechtsverletzung politisch Gehör verschaffen will, intensiver verletzen kann, als dies eine Verurteilung – unter Zubilligung persönlicher Verantwortung – zuwege gebracht hätte.“<sup>127</sup> Zudem stellt sich die Frage, ob die Schuld, die maßgeblich durch die persönliche Vorwerfbarkeit charakterisiert wird, der richtige Anknüpfungspunkt für Handlungen ist, die gerade eine überindividuelle Berechtigung für sich in Anspruch nehmen, weil sie im Sinne öffentlicher Interessen ausgeführt werden. Ihre Gemeinwohlbezogenheit ist ein Anhaltspunkt, die Handlung gegenüber der ganzen Gesellschaft als rechtmäßig zu bewerten, also zu rechtfertigen oder bereits die Tatbestandsmäßigkeit zu verneinen. Dieser Weg ist gerade dann angebracht, wenn sich der Protest gegen Rechtswidrigkeiten richtet. Auf den Fall des Whistleblowers Werner Pätch bezugnehmend, meint schließlich auch Roxin, dass in atypischen Fällen zivilen Ungehorsams eine Rechtfertigung in Betracht komme.<sup>128</sup>

#### 4. Rechtfertigungs- oder Tatbestandslösung

Der dritte Ansatz besteht darin, ein Recht auf zivilen Ungehorsam anzuerkennen. Eine Bestrafung wegen eines auf den ersten Blick verletzten Straftatbestands wäre danach schon auf der ersten oder zweiten Ebene des Deliktaufbaus ausgeschlossen, je nachdem, ob dieses Recht bereits den Tatbestand ausschließt<sup>129</sup> oder als Rechtfertigungsgrund<sup>130</sup> konzipiert wird.

---

<sup>125</sup> Ebd. S. 456.

<sup>126</sup> *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (619); auch *Brownlee*, *Conscience and Conviction*, S. 204 ff., weist in diesem Kontext „Slippery Slopes“, also Dambruchargumentationen, als unfundiert zurück.

<sup>127</sup> *Hassemer*, *FS Wassermann*, 325 (335); zust. *Laker*, *Ziviler Ungehorsam*, S. 221.; abl. ggü. einem Schuldabschluss auch *Schüler-Springorum*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 76 (91 f.).

<sup>128</sup> *Roxin*, *FS Schüler-Springorum*, 441 (449), dazu noch näher unter c) cc).

<sup>129</sup> *BVerfGE* 73, 206 (258) (*Sitzblockade I*), abweichendes Votum; *Laker*, *Ziviler Ungehorsam*, S. 221 ff., bei unmittelbarem, ggf. aber auch bei mittelbarem zivilem Ungehorsam, etwa Hausbesetzungen als Protest „gegen staatlicherseits geduldete Wohnraumnot und -spekulation“; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 459; für möglich haltend *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (64 f.); vgl. auch *Rönnau*, in: *LK* vor § 32 Rn. 141.

<sup>130</sup> *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (65 f.); *ders.*, *FS Scupin*, 573 (589 ff.); *ders.*, *JZ* 1985, 353 (358); *ders.*, *FS Wassermann*, 299 (308); *ders.*, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 63; *Laker*, *Ziviler Ungehorsam*, S. 238 ff.; *Zabel*, *Schuldtypisierung*, S. 461;

## a) Tatbestandsansatz des BVerfG (Sitzblockade I)

Deutsche Gerichte haben sich schon mit dem Konzept des zivilen Ungehorsams auseinandergesetzt. So hat das BVerfG in der Vier-zu-vier-Entscheidung, die „Sitzblockade I“ genannt wird, explizit zum zivilen Ungehorsam Stellung genommen.<sup>131</sup> Der Senat war bezüglich der Frage nach der rechtlichen Wirkung des zivilen Ungehorsams zweigeteilt: Während die eine Hälfte seiner Mitglieder eine Berücksichtigung des zivilen Ungehorsams grundsätzlich ablehnte, meinte die andere Hälfte, das Konzept führe dazu, dass bereits der Straftatbestand der Nötigung nicht erfüllt sei. Demonstrierende waren wegen § 240 StGB verurteilt worden, weil sie Zufahrten zu militärischen Einrichtungen durch bloßes Verweilen auf der Fahrbahn versperrt hatten, um gegen Nachrüstungen von Nuklearwaffen im Jahr 1979 zu protestieren. Die hiergegen erhobenen Verfassungsbeschwerden hatten keinen Erfolg, weil sie zwar von der Hälfte, nicht aber der Mehrheit des Senats für begründet erachtet wurden. Nach der das Urteil tragenden Auffassung stellte die Verurteilung durch die Strafgerichte, insbesondere die Bejahung des Tatbestandsmerkmals „Gewalt“, keinen Verfassungsverstoß dar.<sup>132</sup>

In der Entscheidung definierte der Senat zivilen oder bürgerlichen Ungehorsam als „ein Widerstehen des Bürgers gegenüber einzelnen gewichtigen staatlichen Entscheidungen [...], um einer für verhängnisvoll und ethisch illegitim gehaltenen Entscheidung durch demonstrativen, zeichenhaften Protest bis zu aufsehenerregenden Regelverletzungen zu begegnen“.<sup>133</sup> Diesbezüglich meinte die eine Hälfte des Senats, die Sitzblockaden ließen sich „nicht unter dem Ge-

---

vgl. auch *Kühl*, AT § 9 Rn. 114; sowie *Brownlee*, Conscience and Conviction, S. 180; *Freeman*, Civil Disobedience, S. 9, bereits 1966 für ein aus dem First Amendment abgeleitetes Recht; *Hall*, Ethics 81 (1971), 128 (139); *Zinn*, Disobedience and Democracy, S. 120.

<sup>131</sup> BVerfGE 73, 206 (250 ff.) (*Sitzblockade I*); schon in 5, 85 (376 ff.) (*KPD-Verbot*), hatte es ein Widerstandsrecht im Rechtsstaat gegen einzelne Rechtswidrigkeiten und damit außerhalb von Art. 20 Abs. 4 GG anerkannt, dazu noch unter b).

<sup>132</sup> Die Interpretation des Gewaltbegriffs in § 240 StGB durch Strafgerichte wurde allerdings in der späteren Entscheidung, BVerfGE 92, 1 ff. (*Sitzblockade II*) = NJW 1995, 1141 ff., als verfassungswidrig bewertet (dort wurde nicht mehr auf den Begriff des zivilen Ungehorsams eingegangen). Gewalt werde nicht schon dann ausgeübt, wenn eine Person „durch die Anwesenheit des Täters psychisch an der Durchsetzung seines Willens gehemmt wird“. Bestätigt wurde eine Strafbarkeit wegen Nötigung in BVerfGE 104, 92 ff. (*Sitzblockade III*) = NJW 2002, 1031 ff. sowie BVerfG NJW 2011, 3020 ff., wobei dort eine physische Zwangswirkung des Protestes angenommen wurde. – *Hirsch*, Überzeugungstäter, S. 32 f., meint, „das juristische Trauerspiel der Sitzblockaden [eigne sich] wenig zur grundsätzlichen strafrechtlichen Beurteilung der Fälle zivilen Ungehorsams“, da § 240 StGB schon tatbestandlich nicht erfüllt sei.

<sup>133</sup> BVerfGE 73, 206 (250).

sichtspunkt des zivilen Ungehorsams als zulässige Ausübung staatsbürgerlicher Rechte bewerten.<sup>134</sup> Sie verwiesen unter anderem auf die *Laepple-Entscheidung* des BGH, in der eine Strafbarkeit von Studierenden, die eine Straßenbahn sitzend oder stehend zu Protestzwecken am Weiterfahren gehindert hatten, wegen § 240 StGB bejaht worden war.<sup>135</sup> Im Gegensatz zum BGH erteilten sie einer rechtlichen Rechtfertigung zivilen Ungehorsams jedoch keine kategorische Absage, sondern nur für den Fall, dass die „Aktionen des zivilen Ungehorsams wie bei Verkehrsbehinderungen in die Rechte Dritter eingreifen, die ihrerseits unter Verletzung ihres Selbstbestimmungsrechts als Instrument zur Erzwingung öffentlicher Aufmerksamkeit benutzt werden.“<sup>136</sup> Sie schlossen also nicht allgemein aus, dass andere Formen zivilen Ungehorsams rechtlich erlaubt sein könnten.

Die andere Hälfte des Senats meinte demgegenüber, der Straftatbestand der Nötigung sei bei Sitzblockaden nicht erfüllt, wenn die Voraussetzungen des zivilen Ungehorsams vorlägen. Sie hoben zunächst die ständige Rechtsprechung des BVerfG hervor, nach der der Meinungsfreiheit „um so größeres Gewicht“ zukomme, „je mehr es sich um einen Beitrag zum Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage handelt“.<sup>137</sup> Der eigentliche Anlass der Sitzblockade und das Motiv der Akteure müssten berücksichtigt werden und führten dazu, dass die Sitzblockaden in verfassungskonformer Anwendung des § 240 StGB nicht als verwerfliche Nötigung qualifiziert werden dürften.<sup>138</sup>

„Das muß jedenfalls gelten, wenn und soweit die erwähnten strengen Voraussetzungen für zivilen Ungehorsam eingehalten werden und wenn die Verwerflichkeitsklausel im Licht der grundlegenden Bedeutung des Art. 8 GG ausgelegt und angewendet wird. Von kriminell motivierten Nötigungen unterscheiden sich die hier zu beurteilenden Sitzblockaden bereits dadurch charakteristisch, daß die Teilnehmer – wie erwähnt – nicht eigennützig handeln und daß ihre Gewaltanwendung – sofern die Aktionen überhaupt als Nötigung mit dem Mittel der Gewaltanwendung beurteilt werden können an der untersten Grenze bleibt [...]. Kenn-

---

<sup>134</sup> Ebd.

<sup>135</sup> BGHSt 23, 46 (53 ff.) (*Laepple-Urteil*), der Protest sei, so der zweite Senat unter Vorsitz des ehem. NS-Funktionärs Paulheinz Baldus, unvereinbar „mit dem demokratischen Prinzip im allgemeinen und seiner Ausgestaltung im Sinne der repräsentativen Demokratie“. Würde das Demonstrationsrecht auf derartige Proteste erstreckt, liefe dies „auf die Legalisierung eines von militanten Minderheiten geübten Terrors [sic!] hinaus, welcher mit der auf dem Mehrheitsprinzip fußenden demokratischen Verfassung, letztlich aber auch als Verstoß gegen das Prinzip der Gleichheit aller vor dem Gesetz mit den Grundsätzen der freiheitlichen demokratischen Grundordnung schlechthin unverträglich“ sei.

<sup>136</sup> BVerfGE 73, 206 (252). Whistleblowing richtet sich demgegenüber unmittelbar gegen den Geheimnisträger. Grundsätzlich wird durch die Offenlegung nur das rechtlich geschützte Geheimnis verletzt und nicht auch Rechte Dritter.

<sup>137</sup> Ebd. S. 258.

<sup>138</sup> Ebd. S. 258 f.

zeichnend ist ferner, daß die Aktionen Angelegenheiten von wesentlicher allgemeiner Bedeutung und nicht bloße gruppenspezifische oder finanzielle Interessen zum Gegenstand haben, daß sie sich nach vorheriger Ankündigung in aller Öffentlichkeit abspielen, daß die Teilnehmer im Prozeß der öffentlichen Meinungsbildung durch symbolische Handlungen im eigentlichen Sinne des Wortes Stellung beziehen wollen und nicht [...] eine effektive Zwangswirkung auf einen Entscheidungsträger anstreben [...].<sup>139</sup>

Festzuhalten ist, dass nach der Ansicht der einen Hälfte des Senats ein Straftatbestand aufgrund des zivilen Ungehorsams restriktiv im Licht der Grundrechte auszulegen und deshalb eine Strafbarkeit ausgeschlossen sein kann. Die andere Hälfte des Senats hat dieses Vorgehen nicht *per se*, sondern nur für Situationen ausgeschlossen, in denen durch den Protest in Rechte Dritter eingegriffen wird.

#### b) Rechtfertigungslösung (Ralf Dreier)

Ralf Dreier hat mit einem „Recht auf zivilen Ungehorsam“<sup>140</sup> einen anderen grundrechtlich fundierten Ansatz entwickelt. Dieses Recht versteht er als eine Unterform des „kleinen“ Widerstandsrechts, das aus dem Grundgesetz und maßgeblich aus den Grundrechten abgeleitet wird und an sich strafbare ungehorsame Akte rechtfertigt.<sup>141</sup>

Im Gegensatz zu den „großen“ Widerstandsrechten, d. h. einem überpositiven Widerstandsrecht gegen Tyrannen sowie dem Widerstandsrecht aus Art.

<sup>139</sup> Ebd. S. 258.

<sup>140</sup> Dreier, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 63.

<sup>141</sup> Dreier, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 ff.; *ders.*, FS Scupin, 573 (589 ff.); *ders.*, JZ 1985, 353 (358 f.); *ders.*, FS Wassermann, 299 (308); *ders.*, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 39 ff.; *zust.* und weiterführend Laker, *Ziviler Ungehorsam*, S. 238 ff.; für eine Rechtfertigung durch Grundrechte auch Köhl, AT § 9 Rn. 114; Zabel, *Schuldtypisierung*, S. 461, meint, es komme eine Rechtfertigung oder ein Schuldausschluss in Betracht, je nach Art der tangierten Rechtsgüter und der Intensität ihrer Beeinträchtigungen. Eine Rechtfertigung sei v. a. bei Allgemeinrechtsgütern möglich, ggf. „mit Ausstrahlungswirkung auf einzelne Individualrechtsgüter“ (etwa § 240 StGB); *abl.* etwa Habermas, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 29 (42); Roxin/Greco, AT I § 16 Rn. 55; Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat*, S. 250 f. – Dreiers Ansatz ähnl. bereits Freeman, *Civil Disobedience*, S. 9, für einen Schutz unter dem First Amendment; Zinn, *Disobedience and Democracy*, S. 120, meint, der Protestakt könne verfassungsrechtlich oder völkerrechtlich als rechtmäßig bewertet werden; weiterhin wird vertreten, ziviler Ungehorsam könne durch eine *defence of necessity* gerechtfertigt sein, Brownlee, *Conscience and Conviction*, S. 180; vgl. bereits Hall, *Ethics* 81 (1971), 128 (139), für eine „Conscientious disobedience [...] special defense [...] beside such defenses as insanity or self-defense.“; für Rechtfertigungsmöglichkeiten aufgrund von § 34 StGB: Schüler-Springorum, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 76 (87 ff.), bzgl. der atomaren Nachrüstung eine „Lebensgefahr für viele Bevölkerungsmillionen“ annehmend, ebd. S. 88; ähnl. Laker, *Ziviler Ungehorsam*, S. 230 f., i. E. aber skeptisch bzgl. einer Rechtfertigung durch § 34 StGB, ebd., S. 235 f.; gegen die Annahme einer Gefahr, da strittig sei, ob die Atomwaffen nicht gerade Gefahren abwenden oder mindern, Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (445 f.); *ders./Greco*, AT I § 16 Rn. 55.

20 Abs. 4 GG, ist das kleine oder „gebändigte“ Widerstandsrecht ein „Recht der rechtsstaatlichen ‚Normallage‘, nämlich [ein] [...] Recht auf Widerstand gegen rechtswidrige Ausübung hoheitlicher Gewalt mit den Mitteln und in den Formen des Rechts“.<sup>142</sup> Ein derartiges Widerstandsrecht ist in den Verfassungen Hessens, Bremens und Berlins verankert.<sup>143</sup> Auch für das Grundgesetz war ein solches Widerstandsrecht ursprünglich vorgesehen, es wurde zwar letztlich nicht aufgenommen,<sup>144</sup> aber das BVerfG hat in der Entscheidung zum KPD-Verbot ein äquivalentes Widerstandsrecht anerkannt.<sup>145</sup>

Das „kleine“ Widerstandsrecht wird zum Teil aus Art. 20 Abs. 2 GG, d. h. aus dem Gedanken der Volkssouveränität abgeleitet.<sup>146</sup> Das Volk tritt als Träger der Staatsgewalt wieder in seine originären Rechte ein, wenn die Repräsentativordnung versagt. Nach der anderen, grundrechtlichen Begründung tritt der Widerstandsfall ein, wenn der Staat unveräußerliche Menschenrechte verletzt und Abhilfe nur durch Widerstand möglich ist. Letztgenannte Ansicht stützt sich neben Art. 1 Abs. 2 GG auf den Grundrechtskatalog insgesamt oder speziell auf die im jeweils ersten Absatz geregelten Grundrechte der Art. 1, 2, 4, 5 und 8 GG. Sinnvoll erscheint eine Begründung, die beide Ansätze berücksichtigt, also das „politische[ ] Widerstandsrecht des status activus, das im Gemeininteresse, und ein privates Widerstandsrecht des status negativus, das im Individualinteresse eingeräumt ist. [...] Denn eine scharfe Grenze zwischen Übergriffen in die bürgerliche Freiheitssphäre, die lediglich Individualinteressen berühren, und solchen, die zugleich das Gesamtinteresse betreffen, läßt sich nicht ziehen.“<sup>147</sup>

---

<sup>142</sup> Dreier, *Recht-Staat-Vernunft*, S. 40; *ders.*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (57).

<sup>143</sup> In den ersten beiden Ländern wurde sogar auch eine entsprechende Pflicht formuliert: Art. 147 Abs. 1 *VerfHess*: „Widerstand gegen verfassungswidrig ausgeübte öffentliche Gewalt ist jedermanns Recht und Pflicht.“; Art. 19 *VerfBrem*: „Wenn die in der Verfassung festgelegten Menschenrechte durch die öffentliche Gewalt verfassungswidrig angetastet werden, ist Widerstand jedermanns Recht und Pflicht.“; Art. 36 Abs. 3 *VerfBln*: „Werden die in der Verfassung festgelegten Grundrechte offensichtlich verletzt, so ist jedermann zum Widerstand berechtigt.“

<sup>144</sup> Scheiterte jedoch insb. am *Votum Carlo Schmid*, *Dreier, Recht-Staat-Vernunft*, S. 43. Das Widerstandsrecht in Art. 20 Abs. 4 GG wurde erst 1968 im Zusammenhang mit den Notstandsgesetzen eingefügt, ebd. S. 49.

<sup>145</sup> BVerfGE 5, 85 (376 ff.), dessen Voraussetzungen es schon in den Leitsätzen nennt: „Das Widerstandsrecht kann nur im konservierenden Sinne benutzt werden, d. h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung. Das mit dem Widerstand bekämpfte Unrecht muß offenkundig sein. Alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe müssen so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, daß die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechts ist.“

<sup>146</sup> Zu den verschiedenen Ansichten *Dreier, Recht-Staat-Vernunft*, S. 49.

<sup>147</sup> Ebd. S. 59 f.

Während Habermas im zivilen Ungehorsam ein Spannungsverhältnis zwischen Legalität und Legitimität ausmacht,<sup>148</sup> beschreibt Dreier die Konfliktlage, auf Art. 20 Abs. 2 GG bezugnehmend, als ein Spannungsverhältnis „zwischen Gesetz und Recht“.<sup>149</sup> Ziviler Ungehorsam sei jenseits eines „Gesetz ist Gesetz-Positivismus“ darauf gerichtet, „Ungerechtigkeiten anzuprangern und dadurch den Gerechtigkeitsgehalt des Grundgesetzes zur Geltung zu bringen.“<sup>150</sup> Der Konflikt zwischen Recht und Moral habe sich durch die Inkorporation vernunftrechtlicher Prinzipien, wie dem Würdeschutz und dem Demokratie- und Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip „zu einem gewissen Grad in das positive Recht verlagert“ und äußere sich in Spannungsverhältnissen zwischen den Verfassungsprinzipien und Vorschriften verschiedener Rangstufen.<sup>151</sup> „Das Problem des Widerstandsrechts im Rechtsstaat“ wird auf dieser Grundlage als „Problem der am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausgerichteten Güterabwägung“ beschrieben.<sup>152</sup> Zunächst sei bei allen Handlungen, die die Begriffsmerkmale des Rawlschen zivilen Ungehorsams erfüllen, der Schutzbereich der Meinungs- oder der Versammlungsfreiheit eröffnet.<sup>153</sup> Sodann sei zu prüfen, ob das Protest- bzw. Widerstandsverhalten als berechtigte Grundrechtsausübung anzusehen sei:<sup>154</sup>

„Wer allein oder gemeinsam mit anderen öffentlich, gewaltlos und aus politisch-moralischen Gründen den Tatbestand einer Verbotsnorm erfüllt, handelt grundrechtlich gerechtfertigt, wenn er dadurch gegen schwerwiegendes Unrecht protestiert und sein Protest verhältnismäßig ist.“<sup>155</sup>

---

<sup>148</sup> Habermas, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29 ff.

<sup>149</sup> Dreier, JZ 1985, 353 (358).

<sup>150</sup> Ebd.

<sup>151</sup> Dreier, Recht-Staat-Vernunft, S. 41.

<sup>152</sup> Dreier, Recht-Staat-Vernunft, S. 42.

<sup>153</sup> Dreier, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (64). Das „kleine“ Widerstandsrecht sei daher eng verklammert mit der Ausübung der Meinungs- und der Demonstrationenfreiheit, *ders.*, Recht-Staat-Vernunft, S. 51.

<sup>154</sup> Dreier, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (59 f.).

<sup>155</sup> Ebd. S. 60. Bzgl. der von Dreier vorgeschlagenen Verhältnismäßigkeitsprüfung, d. h. der Geeignetheit, Erforderlichkeit usw., vgl. bereits die Ausführungen zu Rawls und zum rechtfertigenden Notstand. Gegen eine Lösung über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Scholz, NJW 1983, 705 (709 f.), u. a. wegen der „Gefahr eines überdehnten und in der Konsequenz nicht mehr zu vertretenden Subjektivismus in der konkreten gerichtlichen Entscheidung“ und „eines ordnungsauflösenden Rechtsrelativismus“ sowie aus Gründen der Gewaltenteilung (s. S. 710). Zudem dürfe das strafprozessuale Legalitätsprinzip nicht über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausgehebelt werden, ebd. Hassemer, FS Wassermann, 325 (341 f.), meint, Dreiers Vorschlag lasse „kaum noch eine reale gerechtfertigte Ungehorsamshandlung“ zu, denn sie bleibe mit den Merkmalen der Erforderlichkeit und Angemessenheit, die in der Verhältnismäßigkeit enthalten sind, in der bestehenden Rechtfertigungsdogmatik „stecken“ und verkenne „die Verfahrensbezogenheit ihres Gegenstands.“

Als Unrechtsmaßstab kämen „hauptsächlich die Grundrechts- und die Staatszielbestimmungen in Betracht.“<sup>156</sup>

Bezüglich der strafrechtlichen Bewertung des zivilen Ungehorsams seien alsdann zwei Wege möglich. Entweder werden die Straftatbestände restriktiv im Lichte des jeweiligen Grundrechts ausgelegt oder der ungehorsame Akt wird als an sich strafbar, aber ausnahmsweise grundrechtlich gerechtfertigt bewertet.<sup>157</sup> Der erste Ansatz wird mit der Wechselwirkungslehre verfolgt, die das BVerfG für Art. 5 Abs. 1 GG seit der Lüth-Entscheidung vertritt und die auch der BGH in der Pätsch-Entscheidung angewendet hat.<sup>158</sup> Die letztgenannte Entscheidung ordnet *Dreier* (wie Roxin) als eine durch die Rechtsprechung anerkannte Fallgruppe des zivilen Ungehorsams ein.<sup>159</sup>

### c) Zu den Einwänden gegen eine Rechtfertigung

Gegen ein Recht auf zivilen Ungehorsam werden verschiedene Argumente vorgebracht. Die drei zentralen Einwände der Paradoxie einer Legalisierung zivilen Ungehorsams, der abgeschnittenen Gegenrechte und der Verletzung der Mehrheitsregel sollen im Folgenden widerlegt oder zumindest weitgehend entkräftet werden.<sup>160</sup>

#### aa) Paradoxie der Legalisierung?

Weil eine Gesetzesverletzung für das Konzept des zivilen Ungehorsams konstitutiv ist, wird dessen rechtliche Rechtfertigung von verschiedenen Stimmen als widersinnig kritisiert.<sup>161</sup> Die Begriffe „legaler ziviler Ungehorsam“ oder „Recht auf zivilen Ungehorsam“, werden als Oxymora zurückgewiesen. Doch auch wenn die Verletzung eines (Straf-)Gesetzes zunächst, auf der ersten Normebene, bejaht wird, kann ziviler Ungehorsam auf der zweiten Normebene

<sup>156</sup> *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (67); *ders.*, *Recht-Staat-Verunft*, S. 64.

<sup>157</sup> *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (65 f.); *ders.*, *Recht-Staat-Verunft*, S. 60 f.

<sup>158</sup> BGHSt 20, 342 (362) = juris Rn. 224. Auch in der oben untersuchten Sitzblockaden-Entscheidung ist dieser Ansatz der restriktiven Straftatbestandsauslegung enthalten.

<sup>159</sup> *Dreier*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (71).

<sup>160</sup> Zum allg. Einwand der Demokratiefeindlichkeit und Staatsgefährdung, s. bereits 1. c).

<sup>161</sup> BVerfGE 73, 206 (252) (*Sitzblockade I*); zust. etwa *Hirsch*, *Überzeugungstäter*, S. 31; s. auch *Geis*, *Hdb Rechtsphilosophie*, „Ziviler Ungehorsam“, S. 534 (537); *Kühl*, AT § 9 Rn. 111; *Perron*, in: *Sch/Sch* § 34 Rn. 41a; *Rönnau*, in: *LK vor § 32 Rn. 142*; vgl. zudem bereits *Arendt*, in: *Ziviler Ungehorsam*, S. 132 (156), der „Rechtsbruch“ durch zivilen Ungehorsam könne „nicht gesetzlich gerechtfertigt werden“.



gerechtfertigt sein und sich somit im Ergebnis als legal erweisen.<sup>162</sup> Die bürgerliche Gehorsamspflicht wird nur *prima facie* verletzt, denn sie gilt unter den Voraussetzungen zivilen Ungehorsams ausnahmsweise nicht.<sup>163</sup> Schon rechtsdogmatisch betrachtet ist i. E. legaler ziviler Ungehorsam deshalb keineswegs paradox.

In diesem Zusammenhang wird auch eingewendet, die mit der ungehorsamen Aktion verfolgten Ziele, etwa die Einwirkung auf den öffentlichen Diskurs, würden gerade mittels der Symbolik des Rechtsbruchs verwirklicht.<sup>164</sup> Habermas meint: „Wenn jedes persönliche Risiko entfällt, wird die moralische Grundlage des regelverletzenden Protests fragwürdig; auch dessen Appellwirkung wird entwertet.“<sup>165</sup> Die Effektivität des Protests hänge gerade davon ab, dass die Ungehorsamen eine Bestrafung bewusst in Kauf nähmen. Es wird sogar behauptet, sie würden den ungehorsamen Akt gerade deshalb ausführen, weil er strafbar sei, und eine Verurteilung regelmäßig anstreben.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> Allg. zu Prima-facie-Illegalität und Rechtfertigung bereits *Dreier*, JZ 1985, 353 (358); *ders.*, Recht-Staat-Vernunft, S. 41, 57 f.; spezifisch strafrechtlich *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 441 (443, 447).

<sup>163</sup> Der auf die Gehorsamspflicht verweisende Einwand (s. etwa *Isensee*, in: *Frieden im Lande*, S. 155 (160)), überzeugt nicht, denn die Gehorsamspflicht kann wegen überwiegender anderer Interessen suspendiert sein (s. etwa § 34 StGB). Krit. ggü. einer abstrakten Gehorsamspflicht, *Zinn*, *Disobedience and Democracy*, S. 119 f.: „There is no social value to a general obedience to the law, any more than there is value to a general disobedience to the law. Obedience to bad laws as a way of inculcating some abstract subservience to ‚the rule of law‘ can only encourage the already strong tendencies of citizens to bow to the power of authority, to desist from challenging the status quo.“; vgl. auch *Brownlee*, *Conscience and Conviction*, S. 192 ff.; sowie Edward Snowdens Statement am Flughafen Moskau Sheremetevo v. 12.7.2013: „I believe in the principle declared at Nuremberg in 1945: Individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience. Therefore, individual citizens have the duty to violate domestic laws to prevent crimes against peace and humanity from occurring.“

<sup>164</sup> BVerfGE 73, 206 (252), die symbolische Regelverletzung gehöre „zum Wesen des zivilen Ungehorsams“, sodass der Akt „per definitionem Illegalität mit dem Risiko entsprechender Sanktionen einschließt als Mittel, auf den öffentlichen Willensbildungsprozeß einzuwirken.“ Es erscheine deshalb „widersinnig“, „den Gesichtspunkt des zivilen Ungehorsams als Rechtfertigungsgrund für Gesetzesverletzungen geltend zu machen.“; zust. *Kühl*, AT § 9 Rn. 111; *Perron*, in: *Sch/Sch* § 34 Rn. 41a; *Rönnau*, in: *LK* vor § 32 Rn. 142.

<sup>165</sup> *Habermas*, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 29 (42 f.). Aus diesem Grund lehnt er eine „Legalisierung des Tatbestandes zivilen Ungehorsams“ etwa im Wege einer „radikalen Auslegung“ der Grundrechte oder „moral- und rechtstheoretischer Begründungen“ ab, ebd. S. 42.

<sup>166</sup> *Cohen*, *Civil Disobedience*, S. 88: „Indeed, it is just because it is a crime, and known by actor and public to be punishable, that the act is chosen and serves as a dramatic form as protest.“, S. 87: „They expect to be arrested and charged with a crime. Normally they intend from the outset to plead guilty to that charge if it is accurate.“

Doch müsste dann nicht Farbe bekannt und konsequenterweise eine Bestrafung der angeklagten ungehorsamen Person verlangt werden, damit deren Protest nicht durch gerichtliche Milde entkräftet wird? Dass ziviler Ungehorsam theoretisch affirmiert, letztlich aber für eine Bestrafung der Ungehorsamen plädiert wird, stellt allerdings ein merkwürdiges Ergebnis dar.<sup>167</sup> Und dementsprechend nennt Scheuerman das Insistieren auf Bestrafung durch die Theorie aufgrund von strategischen oder taktischen Überlegungen noch unverschämter als die analoge und oben zurückgewiesene Argumentation zur Märtyrer-Eigenschaft (die gezeigt hat, dass Bestrafung kein konzeptueller Bestandteil des zivilen Ungehorsams ist).<sup>168</sup>

Strafe dient weiterhin nicht dem Zweck, politische Ziele der Täterperson zu verwirklichen, weshalb der den Ungehorsamen pauschal unterstellte Wunsch, bestraft zu werden, kein Grund sein kann, eine Rechtfertigung abzulehnen. Es ist auch fraglich, ob die Unterstellung, die Ungehorsamen würden auf ihrer Bestrafung bestehen, empirisch überhaupt zutrifft, denn zumindest hierzulande haben sich angeklagte Ungehorsame wohl regelmäßig für einen Freispruch eingesetzt.<sup>169</sup> Auch Manning hat anonym gehandelt und Snowden sich einem Strafverfahren entzogen, beide haben also versucht, ihre Bestrafung zu verhindern. Dasselbe trifft auch auf Thoreau zu, der sich keineswegs für seine Bestrafung ausgesprochen hat.<sup>170</sup>

In praktischer Hinsicht ist außerdem zweifelhaft, ob die mit dem Protest intendierte Wirkung nur erzielt werden kann, wenn Anklage und Bestrafung folgen.<sup>171</sup> Und selbst wenn bestrafte ziviler Ungehorsam effektiver wäre, führte dies nicht aus dem Widerspruch heraus, dass etwas als legitim und damit zumindest in einem außerrechtlichen Wertesystem gerechtfertigt wird, man aber zugleich auf einer Bestrafung oder zumindest der Illegalität beharrt, weil diese Rechtfertigung keine Rechtswirkung entfalten soll.<sup>172</sup> Es würde außerdem ei-

---

<sup>167</sup> Vgl. auch *Hall*, *Ethics* 81 (1971), 128 (129): „Why must a conscientious man suffer for an act which ultimately benefits for society?“.

<sup>168</sup> *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (618). Zur Märtyrer-Eigenschaft s. bereits o. unter I. 2.

<sup>169</sup> *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 441 (443).

<sup>170</sup> *Scheuerman*, *Philos. Soc. Crit.* 40 (2014), 609 (619).

<sup>171</sup> *Roxin*, FS Schüler-Springorum, 441 (442).

<sup>172</sup> Vgl. bereits *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, S. 206: „Many lawyers and intellectuals come to the same conclusion, however, on what looks like a more sophisticated argument. They recognize that disobedience to law may be morally justified, but they insist that it cannot be legally justified, and they think that it follows from this truism that the law must be enforced.“ – Wird eine grundrechtliche Rekonstruktion abgelehnt, könnte eine rechtliche Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams auch aus seiner ethischen Berechtigung abgeleitet werden, zumindest dann, wenn „Recht und Ethik nicht als vollständig getrennt angesehen werden“, *Hassemer*, FS Wassermann, 325 (331).

nen strafrechtsdogmatischen Fehlschluss darstellen, eine Rechtfertigung abzulehnen, weil das Mittel (der ungehorsame Akt) bei Straffreiheit nicht geeignet wäre, den intendierten Zweck (das jeweilige Protestziel) zu erreichen.

Grundlegender ist der Widerspruch, den Hannah Arendt zwischen der Natur des Rechts und dem zivilen Ungehorsam ausmacht und der einer juristischen Rechtfertigung im Weg stehe. Die antagonistischen Bedürfnisse des Menschen nach Veränderung einerseits und Stabilität andererseits hätten „sich immer wechselseitig eingeschränkt und die Waage gehalten“. <sup>173</sup> Während das Recht gerade in der Absicht entworfen werde, „Stabilität zu gewährleisten“, sei der zivile Ungehorsam auf Veränderungen gerichtet, die auf herkömmlichen Wegen nicht zu erreichen seien. <sup>174</sup> Die Auffassung, dass „Veränderungen durch Gesetze herbeigeführt werden“, beruhe auf „einer irrigen Vorstellung von der Leistungsfähigkeit des Rechts“. <sup>175</sup> Gerade den rechts- bzw. gerechtigkeitsbasierten liberalen bzw. konstitutionellen Modellen wird vorgehalten, den zivilen Ungehorsam auf der Grundlage dieser Fehlvorstellung zu zähmen, zu juridifizieren, seines evolutiven Potentials zu berauben und damit letztlich zu entpolitizieren. <sup>176</sup> Das Recht, so Arendt, könne zwar „Veränderungen, wenn sie einmal vollzogen sind, stabilisieren und legalisieren, doch die Veränderungen an sich sind immer das Ergebnis von Handlungen außerrechtlicher Natur.“ <sup>177</sup> Aus diesen Gründen stoße der Versuch, den zivilen Ungehorsam in ein „Rechtssystem einzugliedern, und ihn auf rein gesetzlicher Grundlage zu rechtfertigen, [...] auf unüberwindliche Schwierigkeiten“, die aus der „Natur des Rechts im allgemeinen“ resultierten. <sup>178</sup>

Zwar lassen sich „politische Freiheit und demokratische Ansprüche auf Selbstbestimmung“ nicht restlos in „staatlich organisierte Verfahren der Rechtssetzung“ übersetzen, <sup>179</sup> doch gibt es auch im Recht Rechte, deren Wahrnehmung sich rechtsevolutiv auswirken kann, etwa jene Grundrechte, die Formen der politischen Partizipation absichern, d. h. insbesondere die Meinungs- und die Versammlungsfreiheit, sowie die Möglichkeit, berechnete Interessen wahrzunehmen (§ 193 StGB) und damit über den Erhalt des rechtlichen *status*

---

<sup>173</sup> Arendt, in: Ziviler Ungehorsam, S. 132 (148).

<sup>174</sup> Ebd. S. 148, 145.

<sup>175</sup> Ebd. S. 149; zust. *Celikates*, RphZ 3 (2017), 32; vgl. auch *Hassemer*, FS Wassermann, 325 (338): „Theorien zur Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams teilen [...] eine starke Erwartung in die Tauglichkeit des Rechts zur gerechten Lösung gesellschaftlicher Konflikte. Wer hingegen gewohnt ist, Recht von Moral und das Recht, wie es ist, von dem Recht, wie es sein sollte, schärfer zu unterscheiden, wird dem Gesetz eine solche Potenz nur mit Vorbehalt zutrauen, die Gerechtigkeitsfrage an das positive Gesetz zögernder formulieren“.

<sup>176</sup> *Celikates*, RphZ 3 (2017), 31 (32 m. w. N.).

<sup>177</sup> Arendt, in: Ziviler Ungehorsam, S. 132 (149).

<sup>178</sup> Das „bestmögliche Heilmittel gegen dieses letztendliche Scheitern juristischer Überprüfung“ sei die „politische Institutionalisierung“ des zivilen Ungehorsams, ebd. S. 156.

<sup>179</sup> *Celikates*, RphZ 3 (2017), 31.

quo hinauszugehen.<sup>180</sup> Die Schwierigkeit, Stabilität und zugleich Veränderung in einer Verhaltensnorm zu erfassen, zeigt sich am Abstraktionsgrad der exemplarisch genannten Vorschriften. Diese Generalklauseln räumen das Risiko bestraft zu werden nicht aus, weil Gerichte sie so auslegen können, dass eine Rechtfertigung des Ungehorsams im Einzelfall ausgeschlossen ist. Das persönliche Risiko bestraft zu werden entfällt also nicht, wenn ziviler Ungehorsam erst im Gerichtssaal ausnahmsweise als gerechtfertigt bewertet wird. Und gezähmt wird der zivile Ungehorsam erst, wenn das jeweilige Verhalten hinreichend bestimmt und gesetzlich von einer Strafbarkeit ausgenommen ist. Ein legislativ ausdrücklich gestattetes Verhalten wird man hingegen in der Tat nicht mehr zivilen Ungehorsam nennen können. Bis zu einer derartigen Positivierung des jeweiligen Protestverhaltens lässt sich ziviler Ungehorsam *praeter legem* bzw. anhand von Generalklauseln rechtfertigen.

#### bb) Abgeschnittene Gegenrechte

Zum Teil wird eine Rechtfertigung auch mit dem Einwand abgelehnt, dass andernfalls Gegenrechte ausgeschlossen wären. Roxin meint etwa, durch eine Legalisierung von Sitzblockaden, die zumindest früher von Vielen als strafbare Nötigung bewertet wurden, würde das Wegtragen der Sitzenden durch Ordnungskräfte einen rechtswidrigen Angriff darstellen, gegen den die Protestierenden Notwehr üben könnten.<sup>181</sup> Dagegen könnte, ausweichend, eingewendet werden, dass der zivile Ungehorsam zwar die – hier unterstellten – Nötigungen rechtfertigt, aber keinen allgemeinen und aus jeder Perspektive rechtmäßigen Zustand begründet. Ein Einschreiten gegen die Ungehorsamen müsste nicht schlechthin rechtlich ausgeschlossen, sondern könnte etwa gefahrenabwehrrechtlich angezeigt sein.<sup>182</sup> Konsistenter erscheint es allerdings, nicht nur eine strafrechtliche, sondern eine allgemein rechtfertigende Wirkung anzunehmen, sodass prinzipiell nicht gegen gerechtfertigten zivilen Ungehorsam, wie Whistleblowing, eingeschritten werden darf.<sup>183</sup> Sollte es zu einer Eskalation, d. h. zu einem Angriff auf den Whistleblower kommen, was bei diesem Phänomen ohnehin atypisch erscheint, wären drastische Reaktionen über die Gebotenheit einzuschränken. Wie sich sogleich zeigen wird, plädiert Roxin selbst bezüglich des hier maßgeblichen Whistleblowings für eine Rechtfertigung.

---

<sup>180</sup> Vgl. auch Dreier, Recht-Staat-Vernunft, S. 68, der meint, im zivilen Ungehorsam und den zitierten StGB-Vorschriften könne ein Rechtsgedanke erkannt werden. Überflüssig sei das in seinen Voraussetzungen konkretere Konzept jedoch nicht.

<sup>181</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (448).

<sup>182</sup> Vgl. Dreier, JZ 1985, 353 (358).

<sup>183</sup> Siehe dazu bereits I. Teil § 10 IV. und § 9 III.

## cc) Verstoß gegen das Mehrheitsprinzip

Eine rechtliche Rechtfertigung zivilen Ungehorsams wird außerdem von der deutschen Strafrechts- und Staatsrechtslehre ganz überwiegend mit dem Argument abgelehnt, ziviler Ungehorsam verstoße gegen ein Grundprinzip der Demokratie: das Mehrheitsprinzip.<sup>184</sup> Roxin fasst dies in folgendem Widerspruch zusammen: Wenn der Staat etwas in legaler Weise beschließe, etwa indem sich das Parlament mittels einer Mehrheitsentscheidung für eine Nachrüstung oder die zivile Nutzung der Kernenergie entscheide, könne der hiergegen gerichtete strafatbestandsmäßige Ungehorsam (z. B. §§ 240, 132, 303 StGB) nicht zugleich staatlicherseits gerechtfertigt werden, etwa indem der gegen die Mehrheitsentscheidung gerichteten Straftat ein „wesentlich überwiegendes Interesse“ im Sinne des § 34 StGB zugesprochen werde.<sup>185</sup>

Das zunächst einleuchtende Argument beruht allerdings auf zwei Prämissen, die bei genauerer Betrachtung nur auf wenige Formen des zivilen Ungehorsams und insbesondere nicht auf das Whistleblowing zutreffen. Zunächst kann das Argument nur für solche staatlichen Maßnahmen geltend gemacht werden, die legal sind bzw. in legaler Weise beschlossen wurden. Ziviler Ungehorsam richtet sich jedoch oft gegen Maßnahmen oder Praktiken, die entweder nicht rechtlich formal beschlossen wurden oder sogar selbst rechtswidrig sind – paradigmatisch ist wieder auf die von Mahatma Gandhi und Martin Luther King angestoßenen Protestaktionen zu verweisen, die sich gegen schwerwiegendes und strukturelles staatliches Unrecht richteten.<sup>186</sup> In solchen Situationen kann der ungehorsamen Aktion die Mehrheitsregel offensichtlich nicht entgegengehalten werden,<sup>187</sup> und dies gilt insbesondere auch, wenn durch Whistleblowing Rechtsverstöße aufgedeckt werden.

---

<sup>184</sup> Hassemer, FS Wassermann, 325 (336 f.); Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (443 f.); Rönnau, in: LK vor § 32 Rn. 142, jeweils m. w. N.; vgl. zudem bereits die Zitate von Isensee und Karpen unter 1. c). – Diese Frage thematisiert auch Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, S. 400: „An welchem Punkt ist die Pflicht, sich den von einer Gesetzgebungs-Mehrheit beschlossenen Gesetzen (oder den von ihr unterstützten Handlungen der ausführenden Gewalt) zu fügen, angesichts des Rechtes zur Verteidigung seiner Freiheiten und der Pflicht zum Widerstand gegen Ungerechtigkeit nicht mehr bindend? Diese Frage rührt an den Sinn und die Grenzen der Mehrheitsregel. Daher ist das Problem des zivilen Ungehorsams ein Prüfstein für jede Theorie der moralischen Grundlage der Demokratie“.

<sup>185</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (444, 446); ders./Greco, AT I § 16 Rn. 55.

<sup>186</sup> In Betracht kommt dabei auch der unmittelbare zivile Ungehorsam gegen Gesetze, die zwar durch das Mehrheitsprinzip legitimiert, aber aus anderen Gründen verfassungswidrig sind, z. B. NS-Gesetze, die Juden Rechte aberkannten, oder die ehemaligen Rassentrennungsgesetze in Südstaaten der USA, Laker, Ziviler Ungehorsam, S. 221 f.; s. auch Hassemer, FS Wassermann, 325 (339): „Die Mehrheit kann Unrecht nicht zu Recht machen, ein ordnungsgemäß zustandekommenes, aber ungerechtes Gesetz kann keinen Gehorsam verlangen.“

<sup>187</sup> Vgl. auch Hassemer, FS Wassermann, 325 (341).

Das ist eine Einschätzung, die auch Roxin teilt, der in Bezug auf den Fall *Pätsch* pointiert zusammenfasst, dass dort „ein legaler Zustand nicht aus den Angeln gehoben werden, sondern gerade wieder hergestellt werden“ sollte.<sup>188</sup> Wenn Sachverhalte wie der Fall *Pätsch* unter den Begriff des zivilen Ungehorsams gebracht werden, „wird man die Tat für gerechtfertigt halten müssen“. „Da hier keine ‚Mehrheitsregel‘ angegriffen wird, liegt das entscheidende Bedenken gegen die Möglichkeit einer Rechtfertigung nicht vor.“<sup>189</sup> Dementsprechend hat der BGH in der *Pätsch*-Entscheidung eine Form des zivilen Ungehorsams, das Whistleblowing schwerer Verfassungsverstöße, unter bestimmten Voraussetzungen als durch Art. 5 Abs. 1 GG rechtfertigbar angesehen.<sup>190</sup>

Auch die zweite Prämisse, dass die Mehrheitsregel eine Rechtfertigung zivilen Ungehorsams gegen legales staatliches Handeln stets ausschließt, erweist sich bei genauerem Hinsehen als nur selten tragfähig, denn es gibt kaum staatliche Maßnahmen, die in einem demokratischen Verfahren unmittelbar aufgrund einer Mehrheitsentscheidung zustande kommen.<sup>191</sup> Das Argument trägt nur in den wenigen Situationen, auf die Roxin Bezug nimmt, in denen sich der zivile Ungehorsam unmittelbar gegen etwas richtet, das aufgrund der Mehrheitsregel beschlossen wurde und deshalb gilt, d. h. insbesondere gegen Gesetze.

Beim Whistleblowing geht es jedoch nicht um den Protest gegen ein öffentlich bekanntes Gesetz oder eine öffentlich bekannte Praxis, sondern um das Aufdecken bislang geheim gehaltener Missstände, die als rechtswidrige oder sonstige Missstände nicht durch eine Mehrheitsentscheidung legitimiert sind. Zwar könnte bezüglich nicht rechtswidriger Missstände argumentiert werden, dass sich das staatliche Handeln über die demokratische Legitimationskette bis zur Wahlentscheidung und damit auf eine Mehrheitsentscheidung zurückführen lässt.<sup>192</sup> Diese juristische Metapher verliert jedoch an Überzeugungskraft, einerseits je weiter die konkrete staatliche Handlung von der Wahlentscheidung entfernt ist und andererseits je unwahrscheinlicher es ist, dass diese Maßnahme in der demokratischen Öffentlichkeit auf Zustimmung stoßen würde.

---

<sup>188</sup> Roxin, FS Schüler-Springorum, 441 (449); in Bezug auf *Pätsch* meint er, dessen Enthüllung stelle keinen typischen Fall des zivilen Ungehorsams dar. Zudem vertritt er die Ansicht, der Fall hätte über § 34 StGB gelöst werden können, wenn die Vorschrift schon 1965 gegolten hätte. Die Rspr. hatte den Notstand schon vorher als übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund angewendet, tat dies aber im Fall *Pätsch* nicht. Fraglich ist, ob nach Roxins eigenen Ausführungen § 34 StGB nicht verneint werden müsste, vgl. ebd. S. 445 f.

<sup>189</sup> Ebd. S. 449.

<sup>190</sup> Dreier, in: *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, S. 54 (71); Laker, *Ziviler Ungehorsam*, S. 309 ff.

<sup>191</sup> Siehe im Kontext des zivilen Ungehorsams bereits *Delmas*, *Criminal Law and Philosophy* 11 (2017), 195 (199 f.), sie zeigt, dass sich eine Gehorsamspflicht nur bzgl. mancher staatlicher Handlungen mit demokratischen Verfahren begründen lässt.

<sup>192</sup> Siehe etwa *Karpen*, *JZ* 1984, 249 (259 f.).

Vielmehr blendet das naive Vertrauen in die Rechtmäßigkeit staatlichen Handelns negative Dynamiken in staatlichen Stellen aus. Fragwürdiges staatliches Handeln am Rande der Legalität wird *per se* als vom Mehrheitswillen getragen angesehen, was auf strukturelle Missstände gerade nicht zutreffen wird. Beispielsweise ist die Behauptung, Edward Snowden hätte sich gegen eine Mehrheitsentscheidung gewendet, weil er die der Öffentlichkeit unbekannte anlasslose Massenüberwachung von US-Bürgern aufgedeckt hat, als fernliegend zurückzuweisen. Unterstellt man die Rechtmäßigkeit dieser Programme (entgegen einiger Gerichtsentscheidungen<sup>193</sup>), so kann schwerlich behauptet werden, dass die Überwachungsmaßnahmen im Einzelnen durch eine demokratische Mehrheitsentscheidung getragen wurden. Vielmehr wurde versucht, die evidenten demokratischen Legitimationsdefizite der nachrichtendienstlichen Praktiken durch die Einrichtung eines Geheimgerichts, des United States Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC), zu kompensieren, was missglückt ist.<sup>194</sup>

Die stärkeren Argumente, die bereits im Kapitel zum Publizitätsprinzip herausgearbeitet wurden (2. Teil § 2 III.), sprechen dafür, dass durch derartige Enthüllungen ein ur-demokratischer Dienst geleistet wird. Durch ihn werden essentielle Informationsdefizite behoben und die Öffentlichkeit in den Stand gesetzt, grundlegend über die jeweiligen staatlichen Maßnahmen zu deliberieren. In diese Richtung weisen auch Erwägungen Hassemers, der sich wegen der Mehrheitsregel zwar prinzipiell gegen eine Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams ausspricht, jedoch nur dann, „wenn die Mehrheitsregel von der jeweiligen Mehrheit und auch von ihren Repräsentanten selber geachtet und befolgt wird.“ Die „Partizipation der Bürger an staatlicher Mehrheitsentscheidung“ setze eine „breite gesellschaftliche Auseinandersetzung über Entscheidungsprogramme“ voraus, die ihrerseits auf Informationen und den Verzicht strafrechtlicher Beschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit angewiesen sei.<sup>195</sup> Nur so könne die Mehrheit das Entscheidungsprogramm mittragen. Wenn hingegen „die Mehrheitsentscheidung und deren Konsequenzen“ durch politische Taktiken verschleiert würden, sei die Berufung „auf das Ethos des Mehrheitsprinzips“ abgeschnitten.<sup>196</sup>

Beim Whistleblowing staatlicher Geheimnisse geht es darum, der Öffentlichkeit Informationen zugänglich zu machen, die es ihr erst ermöglichen, von der Verwaltung und der Regierung getroffene Entscheidungen zu reflektieren. Auch in diesen Situationen darf das Argument der Mehrheitsregel nicht dazu

---

<sup>193</sup> Siehe die Nachweise in der Einleitung unter I. sowie 1. Teil § 4 II. 2.

<sup>194</sup> Benkler, Harv. L. & Pol’y Rev. 2014, 281 (301).

<sup>195</sup> Hassemer, FS Wassermann, 325 (348).

<sup>196</sup> Ebd.

instrumentalisiert werden, eine Rechtfertigung der Verletzung geheimnisschützender Vorschriften zu verneinen.<sup>197</sup>

### 5. Resümee und Folgerungen

Whistleblowing erscheint in einigen Situationen als legitimer ziviler Ungehorsam, der rechtlich zu privilegieren ist. Geht es um die Verletzung geheimnisschützender Strafvorschriften, kommt ein Strafbarkeitsausschluss auf allen drei Ebenen des dreistufigen Deliktsaufbaus in Betracht. Nach der hier vertretenen Ansicht kann bereits die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein. Die hiergegen erhobenen Einwände wurden jedenfalls in Bezug auf das Whistleblowing entkräftet. Weiterhin könnte, in Anlehnung an die Radbruchsche Formel, eine Differenzierung nach der Schwere der aufgedeckten Missstände vorgenommen werden: Bei der Offenlegung von Rechtsverstößen erscheint eine Lösung auf Tatbestands- oder Rechtswidrigkeitsebene besonders plausibel, denn hier greift der zentrale Einwand des Verstoßes gegen das Mehrheitsprinzip evident nicht ein. Geht es um die Aufdeckung von Missständen, die sich zumindest formal noch im Rahmen des positiven Rechts bewegen, ist das Argument der Mehrheitsregel nicht völlig unbegründet, weshalb erwogen werden könnte, das Konzept des zivilen Ungehorsams in diesen Fällen erst auf der Schuldebene zu berücksichtigen. Allerdings wurde auch für diese Art von Missständen gezeigt, dass ein Rekurs auf die Mehrheitsregel sehr oft nicht überzeugt. Eine derartige zwischen Rechtfertigungs- und Schuldebene differenzierende Lösung müsste noch eingehender, im Rahmen einer eigenständigen Untersuchung zu den strafrechtlichen Wirkungen zivilen Ungehorsams erforscht werden.

Das Ergebnis einer solchen Untersuchung kann hier allerdings dahin gestellt bleiben, denn Whistleblowern wäre durch einen Strafbarkeitsausschluss wegen zivilen Ungehorsams *ex ante* nur wenig geholfen. Selbst wenn Gerichte das Konzept als Rechtfertigungsgrund anwenden würden, müssten die Angeklagten darauf vertrauen, dass im Einzelfall aufgrund eines in den Voraussetzungen

---

<sup>197</sup> Siehe bereits *Laker*, *Ziviler Ungehorsam*, S. 280. Zudem weist er darauf hin, dass sich ziviler Ungehorsam zwar gegen eine mehrheitlich getroffene Entscheidung richten könne, aber nicht das Mehrheitsprinzip selbst in Frage stelle. Außerdem könne „ziviler Ungehorsam als Grundrechtsausübung Funktionsschwächen der Mehrheitsregel in symbolisch-appellativer Weise aufzeigen und zur Beseitigung hieraus erwachsender Mißstände beitragen“, ebd. S. 281. – Es könnte noch der Einwand erhoben werden, dass das jeweils verletzte Strafgesetz durch das Parlament mehrheitsmäßig beschlossen wurde und Durchbrechungen durch die Gesetzgebung geregelt werden müssen. Allerdings ist allgemein anerkannt, dass Gerichte ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anwenden können, etwa den übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand bis zum Inkrafttreten des § 34 StGB. Zudem wäre es befremdlich bzgl. solcher Gesetze auf die Mehrheitsregel zu verweisen, die schon vor sehr langer Zeit, etwa (wie § 353b StGB) durch den NS-Gesetzgeber beschlossen wurden.



umstrittenen und aus der Perspektive der Rechtsanwendung eher vagen Konzepts der jeweiligen Protestakt als nicht strafbar erachtet werden würde. Für die Ungehorsamen bestünde nach wie vor ein nicht unerhebliches Risiko, ob dessen Voraussetzungen auch bezüglich eines anderen Sachverhalts bejaht würden.<sup>198</sup> Ziviler Ungehorsam als Rechtfertigungsgrund gibt Whistleblowern also eher „Steine statt Brot“<sup>199</sup> und kommt deshalb nur als eine Notlösung in Betracht, um nicht strafwürdiges Whistleblowing, solange das Phänomen gesetzlich noch nicht gerecht geregelt ist, von der Strafbarkeit auszunehmen.

Der Diskurs zum Whistleblowing als ziviler Ungehorsam vermittelt dennoch weitere wesentliche Einsichten: Das Konzept wird nur deshalb als Strafbarkeitsausschluss in Betracht gezogen, weil das Recht bislang in vielen Bereichen und Ländern noch keine adäquaten Regelungen für das Phänomen Whistleblowing vorsieht. Die Diskussion um den zivilen Ungehorsam wird sich deshalb erst dann erübrigen, wenn Whistleblowing hinreichend klar und interessengerecht gesetzlich geregelt ist. Schon jetzt wird Whistleblowing, gerade im international weitgehend unregulierten Bereich der Staatsgeheimnisse und der nationalen Sicherheit, von Vielen auf der Grundlage des zivilen Ungehorsams zumindest als *legitim*, also jedenfalls als außerrechtlich gerechtfertigt, und damit als *richtig* bewertet. Hierzu steht das Recht im Widerspruch, wenn es dieses *richtige* Verhalten mit negativen rechtlichen Sanktionen belegt. Durch Whistleblowing werden folglich nicht nur faktische Missstände aufgedeckt, sondern es wird auch ein Spannungsverhältnis zwischen Legitimität und Legalität (Habermas) sichtbar gemacht, das durch eine Änderung des positiven Rechts aufzulösen ist, indem die geheimnisschützenden Vorschriften restrigiert, oder zumindest adäquate Rechtfertigungstatbestände und gegebenenfalls komplementäre Entschuldigungstatbestände geschaffen werden.

---

<sup>198</sup> Dreier, in: Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 54 (70); auch Rawls, A Theory of Justice, S. 320 f., hat auf diese Ungewissheit hingewiesen.

<sup>199</sup> Dreier, a. a. O. S. 70; vgl. auch Hassemer, FS Wassermann, 325 (346): „Nicht-Eindeutigkeit rechtlicher Reaktion auf zivilen Ungehorsam wäre im übrigen – sowohl auf der Ebene der Ermittlungen als auch auf der Ebene des richterlichen Urteils – bestenfalls ein Pyrrhus-Sieg“. – Deshalb ist die These von Habermas, Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, S. 29 (43), der zivile Ungehorsam müsse „zwischen Legitimität und Legalität in der Schwebe bleiben“, weil sonst ein unerwünschter Normalisierungseffekt drohe, letztlich unbegründet.

## § 5 Zusammenfassung der Reformvorschläge

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen sollten Strafbarkeitsausschlussgründe für geheimnisschützende Straftatbestände geschaffen werden, die es erlauben, Geheimnisse zur Wahrnehmung berechtigter, insbesondere öffentlicher Interessen aufzudecken. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Notstandsvorschriften nicht ausreichen, um legitimes Whistleblowing hinreichend klar und rechtssicher von einer Strafbarkeit auszunehmen. Die Idee des Notstands liegt in der unmittelbaren Gefahrabwendung, um bestehende Rechtsgüter zu schützen. Demgegenüber erreicht Whistleblowing den intendierten Zweck nur mittelbar, wenn überhaupt, und ist in einigen Situationen nicht auf die Abwendung einer Gefahr ausgerichtet. Außerdem geht Whistleblowing regelmäßig über den Schutz bestehender Rechtsgüter hinaus, indem der Öffentlichkeit zuvor nicht bestehendes Wissen vermittelt und eine öffentliche Diskussion von Missständen erst ermöglicht wird. Dementsprechend haben Gerichte in Deutschland und in anderen Ländern einen Strafbarkeitsausschluss wegen Notstands ganz überwiegend abgelehnt oder überhaupt nicht thematisiert.

Die bestehenden Lücken im strafrechtlichen Hinweisgeberschutz werden zum Teil durch die höchstrichterliche Grundrechte-Rechtsprechung reflektiert. Mittels des Grundrechts der Meinungsfreiheit ist man mit an sich begrüßenswerten Ansätzen bemüht, eine Grenze zu ziehen, zwischen erlaubtem Whistleblowing und strafwürdigen Geheimnisverletzungen. Allerdings erscheint die weit über 50 Jahre alte Pöschl-Rechtsprechung des BGH zu restriktiv und unzeitgemäß, weil sie bislang nicht an die geänderten Vorzeichen der auf Informationsfreiheit und Transparenz gepolten Demokratie des 21. Jh. angepasst wurde. Die Whistleblowing-Rechtsprechung des EGMR wiederum ist durch ihren rechtsgebietsübergreifenden Geltungsanspruch, der das nationale Recht transzendiert, in seiner Allgemeinheit für die strafrechtliche Bewertung zu unspezifisch. Gerade die jüngeren besprochenen Unterscheidungen lassen aber deutlich ein Bewusstsein für den beschriebenen Vorzeichenwechsel erkennen und unterstreichen, dass es sich um ein grundrechtswesentliches Problem erster Ordnung handelt. Ein Problem, das gesetzlich geregelt werden sollte, um die Unvorhersehbarkeiten, die mit den Grundrechtsabwägungen verbundenen sind, einzuhegen.

Der Strafbarkeitsausschluss sollte im Zusammenhang mit den Straftatbeständen geregelt werden, um den Besonderheiten der jeweils geschützten Rechtsgüter bzw. der Art der jeweiligen Verschwiegenheitspflicht gerecht zu werden. D. h. es sollten insbesondere für die Landesverratsvorschriften, für die Verletzung von Dienstgeheimnissen und Steuergeheimnissen sowie die Verletzung von Privatgeheimnissen Tatbestandsrestriktionen bzw. Strafbarkeitsausschlussgründe normiert werden. Konkrete Vorschläge hierzu wurden im 1. Teil der Arbeit entwickelt.

Vorzugsweise sollten die Neuregelungen bereits die Straftatbestandsmäßigkeit und nicht erst die Rechtswidrigkeit ausschließen. Die Frage, welche Informationen rechtlich als Geheimnis geschützt werden sollen, ist in besonderem Maße von Wertungen abhängig, denn Geheimnisse sind immaterielle Güter. Bei der Frage, was rechtlich geheimhaltungsbedürftig ist, sollten deshalb bereits im Recht angelegte Wertungen berücksichtigt werden, die gegen den Geheimnisschutz sprechen. Ein Strafbarkeitsausschluss erst auf Rechtswidrigkeitsebene würde außerdem eher zu *chilling effects* führen als eine Tatbestandslösung. Aus strafverfassungsrechtlicher Perspektive erscheint es weiterhin konsistenter, die von der Rechtsprechung entwickelten grundrechtlichen Wertungen bereits auf der Tatbestandsebene zu berücksichtigen.

Die Geheimnisbegriffe sind auf einer *ersten Stufe* zu begrenzen, indem Informationen exkludiert werden, die keinen strafrechtlichen Geheimnisschutz verdienen. Bezüglich der Staats- und Amtsgeheimnisse sollten zumindest schwere Rechtsverstöße, wie systematische Grundrechtsverletzungen oder schwere Straftaten, von vornherein nicht als Geheimnisse geschützt werden, was über die bestehende Regelung in § 93 Abs. 2 StGB hinausgeht. Hinsichtlich der Privatgeheimnisse sollte der Schutz „illegaler“ Geheimnisse juristischer Personen ausgeschlossen werden, während bei natürlichen Personen das strafrechtliche Geheimhaltungsbedürfnis nur dann von vornherein zu verneinen ist, wenn eine Aufdeckung von Tatsachen erforderlich ist, um einen schweren Rechtsverstoß, insbesondere die in § 100a Abs. 2 StPO genannten Straftaten, zu verhindern. Für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen gilt nach zutreffender Ansicht bereits jetzt, dass Informationen über Rechtsverstöße (straf-)rechtlich nicht geschützt sind; eine entsprechende Klarstellung könnte im Geschäftsgeheimnisgesetz erfolgen.

Durch eine *zweite Stufe* sollten externe Meldungen von Rechtsverstößen an die zuständigen Behörden stets von einer Strafbarkeit wegen den §§ 94 ff. und § 353b StGB ausgenommen sein. Unabhängig davon, ob die jeweiligen Informationen als Geheimnis geschützt sein könnten, handeln Personen nicht unbefugt, wenn sie sich mit Informationen über Rechtsverstöße an die zuständigen staatlichen Stellen wenden. Es sollte klargestellt werden, dass sie in diesen Fällen keine strafrechtliche Schweigepflicht verletzen.

Weiterhin sollten mittels einer *dritten Stufe* Informationen ausgenommen werden, die nicht schon auf der ersten Stufe ausscheiden, denen aber aufgrund

von Interessenabwägungsformeln, die mittels Vorrangrelationen gesteuert werden, der Geheimnisschutz zu versagen ist. Darin sollte zum Ausdruck kommen, dass an der Geheimhaltung von Informationen bezüglich Rechtsverstößen prinzipiell kein rechtlich geschütztes Geheimhaltungsinteresse besteht. Ausnahmsweise kann der Geheimnisschutz allerdings bejaht werden, wenn die gegebenenfalls eintretenden Gefahren bzw. zu erwartenden Schäden – in Anlehnung an die Interessenabwägungsformel des Defensivnotstands – außer Verhältnis zum zu erwartenden Nutzen der Offenbarung stehen oder, mit anderen Worten, wenn das Geheimhaltungsinteresse das Offenbarungsinteresse wesentlich überwiegt. Auch bei sonstigen Missständen, die formal keinen Rechtsverstoß darstellen, sollte eine tatbestandliche Abwägung vorgenommen werden, wobei dort das Offenbarungs- das Geheimhaltungsinteresse wesentlich überwiegen muss. Denn im Gegensatz zu Informationen bezüglich Rechtsverstößen ist das Geheimhaltungsinteresse hier nicht von vornherein kontraindiziert. Zudem wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Begriff des sonstigen Missstands weniger bestimmt ist als der des Rechtsverstoßes, und deshalb ein deutliches Überwiegen des Offenbarungsinteresses erforderlich ist. Bei diesen Abwägungen sind die im zweiten Teil der Arbeit kategorisierten Offenbarungsinteressen zu berücksichtigen, die als Anwendungsbeispiele in den jeweiligen Strafbarkeitsausschlussgrund aufgenommen oder in der Gesetzesbegründung aufgeführt werden könnten.

Im Hinblick auf den Gedanken der Erforderlichkeit und etwaige Schäden sollte außerdem geregelt werden, dass bei einer Weitergabe oder Veröffentlichung von Informationen darauf zu achten ist, Gefährdungen, insbesondere von Dritten, auszuschließen, etwa durch eine Begrenzung der Weitergabe auf die wesentlichen Informationen, eine Selektion der Informationen oder etwa auch durch Schwärzungen bestimmter Textpassagen. Eine bestimmte Motivation darf nicht verlangt werden, es genügt, wenn sich der Eventualvorsatz auf den Ausnahmetatbestand bezieht (bzw. bei einer Ausgestaltung als Rechtfertigungsgrund ein entsprechender Rechtfertigungsvorsatz vorliegt).

Auf der Grundlage der vorstehenden Reformüberlegungen werden die folgenden, bereits im 1. Teil der Arbeit *en détail* begründeten<sup>1</sup> und hier noch einmal synoptisch zusammengefassten Rechtsänderungen vorgeschlagen:

#### § 93 StGB a. F.

(1) Staatsgeheimnisse sind Tatsachen, Gegenstände oder Erkenntnisse, die nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich sind

#### § 93 StGB n. F.

(1) <sup>1</sup>Staatsgeheimnisse sind Tatsachen, *einschließlich Gegenständen und Erkenntnissen*, die nur einem begrenzten Personenkreis

---

<sup>1</sup> Zu den §§ 93 ff. StGB s. 1. Teil § 4 VII., zu § 353b s. 1. Teil § 5 V., zu § 355 StGB s. 1. Teil § 7 II., zu § 203 StGB s. 1. Teil § 8 II. 5.

und vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden.

(2) Tatsachen, die gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder unter Geheimhaltung gegenüber den Vertragspartnern der Bundesrepublik Deutschland gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen verstoßen, sind keine Staatsgeheimnisse.

zugänglich sind und vor einer fremden Macht geheimgehalten werden müssen, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland abzuwenden. <sup>2</sup>*Solche Nachteile kommen namentlich in Betracht, wenn die Bundeswehr, ein öffentliches Sicherheitsorgan, eine Landes- oder die Bundesregierung, Tatsachen im Interesse der Landesverteidigung, insbesondere zum Schutz von Leib und Leben von Bürgerinnen und Bürgern oder von Unternehmen, Anlagen, Dienststellen, Einrichtungen und Gegenständen im Sinne des § 88 Abs. 1 StGB, vor Angriffen einer fremden Macht geheim hält.*

(2) *Tatsachen, die einen schweren Rechtsverstoß wie einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, einen Verstoß gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen oder eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO betreffen und die zur Offenlegung des Rechtsverstoßes erforderlich sind, sind keine Staatsgeheimnisse.*

(3) *Tatsachen, die einen anderen Rechtsverstoß betreffen und die zur Offenlegung des Rechtsverstoßes erforderlich sind, sind Staatsgeheimnisse, wenn der zu erwartende Nachteil das berechnete Interesse an ihrer Offenlegung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, wesentlich überwiegt.*

(4) *Betreffen die Tatsachen einen sonstigen Missstand, sind sie nur dann keine Staatsgeheimnisse, wenn ein berechtigtes Interesse an ihrer Offenlegung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, den zu erwartenden Nachteil wesentlich überwiegt und sie zur Offenlegung des Missstands erforderlich sind.*

#### § 94 Abs. 1 StGB a. F.

(1) Wer ein Staatsgeheimnis

1. einer fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner mitteilt oder

#### §§ 94 Abs. 1 StGB n. F.

(1) <sup>1</sup>Wer ein Staatsgeheimnis

1. einer fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner mitteilt oder

2. sonst an einen Unbefugten gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht, um die Bundesrepublik Deutschland zu benachteiligen oder eine fremde Macht zu begünstigen,

und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

#### § 95 Abs. 1 StGB a. F.

(1) Wer ein Staatsgeheimnis, das von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung geheimgehalten wird, an einen Unbefugten gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in § 94 mit Strafe bedroht ist.

#### § 97 Abs. 1 StGB a. F.

(1) Wer ein Staatsgeheimnis, das von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung geheimgehalten wird, an einen Unbefugten gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht und dadurch fahrlässig die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

#### § 97b StGB a. F.

2. sonst an einen Unbefugten gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht, um die Bundesrepublik Deutschland zu benachteiligen oder eine fremde Macht zu begünstigen,

und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. <sup>2</sup>*Befugte sind insbesondere Amtsträger der für einen Rechtsverstoß zuständigen Behörden, denen Tatsachen mitgeteilt werden, die für die Abhilfe oder Verfolgung des Rechtsverstoßes erforderlich sind.*

#### § 95 Abs. 1 StGB n. F.

(1) Wer ein Staatsgeheimnis, das von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung geheimgehalten wird, an einen Unbefugten gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht und dadurch die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wenn die Tat nicht in § 94 mit Strafe bedroht ist. *§ 94 Abs. 1 S. 2 StGB gilt entsprechend.*

#### § 97 Abs. 1 StGB n. F.

(1) Wer ein Staatsgeheimnis, das von einer amtlichen Stelle oder auf deren Veranlassung geheimgehalten wird, an einen Unbefugten gelangen läßt oder öffentlich bekanntmacht und dadurch fahrlässig die Gefahr eines schweren Nachteils für die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. *§ 94 Abs. 1 S. 2 StGB gilt entsprechend.*

Ersatzlos streichen

(1) Handelt der Täter in den Fällen der §§ 94 bis 97 in der irrigen Annahme, das Staatsgeheimnis sei ein Geheimnis der in § 97a bezeichneten Art, so wird er, wenn

1. dieser Irrtum ihm vorzuwerfen ist,
2. er nicht in der Absicht handelt, dem vermeintlichen Verstoß entgegenzuwirken, oder
3. die Tat nach den Umständen kein angemessenes Mittel zu diesem Zweck ist,

nach den bezeichneten Vorschriften bestraft. Die Tat ist in der Regel kein angemessenes Mittel, wenn der Täter nicht zuvor ein Mitglied des Bundestages um Abhilfe angerufen hat.

(2) War dem Täter als Amtsträger oder als Soldat der Bundeswehr das Staatsgeheimnis dienstlich anvertraut oder zugänglich, so wird er auch dann bestraft, wenn nicht zuvor der Amtsträger einen Dienstvorgesetzten, der Soldat einen Disziplinarvorgesetzten um Abhilfe angerufen hat. Dies gilt für die für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten und für Personen, die im Sinne des § 353b Abs. 2 verpflichtet worden sind, sinngemäß.

#### § 353b Abs. 1 StGB a. F.

(1) Wer ein Geheimnis, das ihm als

[...]

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, unbefugt offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Hat der Täter durch die Tat fahrlässig wichtige öffentliche Interessen gefährdet, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

#### § 353b Abs. 1 StGB n. F.

(1) <sup>1</sup>Wer ein Geheimnis, das ihm als

[...]

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, unbefugt offenbart und dadurch wichtige öffentliche Interessen gefährdet, *insbesondere internationale Beziehungen, militärische und sonstige, die äußere und innere Sicherheit betreffende Belange der Bundeswehr oder eines öffentlichen Sicherheitsorgans, die Durchführung strafrechtlicher, ordnungswidrigkeitsrechtlicher oder disziplinarischer Ermittlungen, die Staatsfinanzen, staatliche Prüfungen oder die Funktionsfähigkeit oder die Aufgabenerfül-*

lung der betroffenen Behörde erheblich gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. <sup>2</sup>Befugt offenbart ein Geheimnis insbesondere, wer einen Rechtsverstoß oder sonstigen Missstand gegenüber einer dafür zuständigen Stelle meldet. <sup>3</sup>Hat der Täter durch die Tat fahrlässig wichtige öffentliche Interessen gefährdet, so wird er mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

*(1a) Tatsachen, die einen schweren Rechtsverstoß wie einen Verstoß gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, einen Verstoß gegen zwischenstaatlich vereinbarte Rüstungsbeschränkungen oder eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO betreffen und die zur Offenlegung des Rechtsverstoßes erforderlich sind, sind keine Amtsgeheimnisse.*

*(1b) Tatsachen, die einen anderen Rechtsverstoß betreffen und zu seiner Veröffentlichung erforderlich sind, sind nur dann Dienstgeheimnisse, wenn der zu erwartende Nachteil das berechtigte Interesse an ihrer Offenlegung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, wesentlich überwiegt.*

*(1c) Betreffen die Tatsachen einen sonstigen Missstand, sind sie nur dann keine Dienstgeheimnisse, wenn ein berechtigtes Interesse an ihrer Veröffentlichung, namentlich ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit, den zu erwartenden Nachteil wesentlich überwiegt und sie zur Offenlegung des Missstands erforderlich sind.*

### § 355 StGB a. F.

Bislang enthält § 355 StGB keinen Abs. 1a.

### § 355 Abs. 1a StGB n. F.

*„(1a) Tatsachen, die erforderlich sind, um einen Rechtsverstoß aufzudecken, sind keine Steuergeheimnisse, wenn die betroffene steuerpflichtige Person eine juristische ist.“*



## § 203 Abs. 1 StGB a. F.

(1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als

[...]

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

## § 203 Abs. 1 StGB n. F.

(1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als

[...]

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

<sup>2</sup>Tatsachen, die erforderlich sind, um einen Rechtsverstoß aufzudecken, sind keine Privatgeheimnisse, wenn die betroffene Person eine juristische ist. <sup>3</sup>Ist eine natürliche Person betroffen, gilt dasselbe nur für solche Tatsachen, die erforderlich sind, um eine schwere Straftat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO zu verhindern.

## Ausblick

Mit dem Hinweisgeberschutzgesetz wird endlich die Whistleblowing-Richtlinie der EU umgesetzt. Die Umsetzungsfrist war schon am 17. Dezember 2021 abgelaufen. Leider wurden die rechtspolitischen Spielräume, die sich durch die Verzögerung ergeben hatten, nicht genutzt, um grundlegende Fragen des rechtlichen Geheimnisschutzes anzugehen. Zwar wird der sachliche Anwendungsbereich des HinSchG über den der Richtlinie hinausgehen, allerdings ist diese (im Regierungsentwurf vorgesehene) überschießende Umsetzung minimal und nicht Ausdruck gesetzgeberischen Gestaltungswillens, sondern verfassungsrechtlicher Zwänge. Herausgekommen ist eine komplizierte Regelung des sachlichen Anwendungsbereichs, die gerade für Rechtslaien schwer durchschaubar und schlecht handhabbar ist. Konsequenter, klarer und damit rechtssicherer wäre es gewesen, den Anwendungsbereich auf sämtliche Verstöße gegen das objektive Recht zu erstrecken.

Besonders kritisch zu sehen sind die Bereichsausnahmen, mit denen die Gesetzgebung externe Meldungen und Veröffentlichungen von Verschlussachen sowie das Whistleblowing von Informationen, die die nationale Sicherheit betreffen, weiterhin pauschal ausklammert. Damit bleibt es bezüglich der Landesverratsvorschriften (§§ 93 ff. StGB) und in vielen Fällen auch bei der Verletzung von Dienstgeheimnissen (§ 353b StGB) bei der bisherigen unbefriedigenden Rechtslage: Gerichte werden weiterhin kasuistisch verfahren und vermutlich wie der BGH in der Pätsch-Entscheidung oder der EGMR in seiner Whistleblowing-Rechtsprechung anhand schwer vorhersehbarer Einzelfallabwägungen entscheiden.

Es wäre wünschenswert gewesen, wenn die Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie mit den herausgearbeiteten Reformanliegen verklammert worden wäre. Die Gesetzgebung hätte damit die Entwicklungen des europäischen und internationalen Rechts aufgreifen und für die Zukunft mitgestalten können. Die Untersuchung hat zwar Leitlinien aufgezeigt, wie Gerichte mit den schwierigen Fragen des Whistleblowings staatlicher Geheimnisse umgehen können und sollten. Mit den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen wurde aber auch dargelegt, dass andere und bessere Regelungen in diesem Bereich möglich sind. Regelungen, die bestimmter sind und Entscheidungen damit vorhersehbarer machen. Regelungen also, die die Rechtssicherheit stärken und derer es gerade wegen der Grundrechtsrelevanz des Phänomens bedarf.

Die eingebrachten Reformvorschläge sollen dazu beitragen, längst überfällige Auseinandersetzungen mit der Frage anzuschieben, was im demokratischen Rechtsstaat des 21. Jahrhunderts geheim bleiben, und was transparent werden soll. Es ist an der Zeit, die unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Versprechungen des freien Zugangs zu Informationen und des transparenten Staates auch im Strafrecht anzugehen und sie damit um ein weiteres Stück einzulösen. Auf einem anderen Blatt steht, ob und wie die Gesellschaft die hinzugewonnene Transparenz und die damit verbundene Macht tatsächlich nutzt. Das bloße Wissen um Machtmissbrauch bildet nur die erste notwendige Bedingung, um sich ihm widersetzen zu können.

## Literaturverzeichnis

- Abraham, Jens*: Whistleblowing – Neue Chance für eine Kurswende!?, in: ZRP 2012, S. 11 ff.
- Adam, Jürgen/Schmidt, Karsten/Schumacher, Jörg*: Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?, in: NSTZ 2017, S. 7 ff.
- Ahlers, Conrad/Schmelz, Hans*: Bedingt abwehrbereit, in: Der Spiegel v. 9.10.1962, S. 32 ff.
- Ahrendt, Christian*: Whistleblowing: Brauchen Hinweisgeber mehr rechtlichen Schutz? Contra: Wir brauchen keine Hilfspolizisten, in: RuP 2/2012, S. 79.
- Aldoney Ramírez, Rodrigo*: Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009.
- Allen, Henry*: Whistleblowing and Crimes Against the Market: In Response to Bjørkelo and Madsen (2013), in: Psychology & Society 5 (2013), S. 41 ff.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Politisches Strafrecht, Tübingen 1968, vorgelegt von Baumann, Jürgen/Brauneck, Anne-Eva/Grünwald, Gerald/Hanak, Ernst-Walter/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich/Lampe, Ernst-Joachim/Lenckner, Theodor/Maihofer, Werner/Noll, Peter/Roxin, Claus/Schmitt, Rudolf/Schultz, Hans/Stratenwerth, Günter/Stree, Walter.
- Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, Zweiter Halbband, Tübingen 1971, vorgelegt von Arzt, Gunther/Backes, Otto/Baumann, Jürgen/Brauneck, Anne-Eva/Geppert, Klaus/Grünwald, Gerald/Hanack, Ernst-Walter/Kaufmann, Armin/Kaufmann, Arthur/Klug, Ulrich/Lampe, Ernst-Joachim/Lenckner, Theodor/Maihofer, Werner/Noll, Peter/Quensel, Stephan/Rolinski, Klaus/Roxin, Claus/Schmitt, Rudolf/Schöne, Wolfgang/Schüler Springorum, Horst/Schultz, Hans/Stratenwerth, Günter/Stree, Walter.
- Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. III, §§ 80–145 d, hg. v. Wassermann, Neuwied/Darmstadt 1986.
- Ambos, Kai*: Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme, Berlin 2010.
- Ammer, Christine*: The American Heritage Dictionary of Idioms, Boston/New York, 1997.
- Amnesty International: The ugly side of the beautiful game. Exploitation of migrant workers on a Qatar 2022 world cup site, London 2016 (<https://www.amnesty.org/en/documents/mde22/3548/2016/en/>).
- Anderson, Robert/Turner, Sarah*: Report on Trade Secrets for the European Commission, Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) MARKT/2010/20/D, London 23.9.2011 (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/068c999d-06d2-4c8e-a681-a4ee2eb0e116>).
- Angersbach, Carsten J.*: Due Diligence beim Unternehmenskauf, Baden-Baden 2002.
- anr/dpa/ddp, Ströbele fordert Wahrheit über Afghanistan-Einsatz, in: Spiegel-Online, 27.7.2010 (<https://www.spiegel.de/politik/ausland/militaerdokumente-stroebele-fordert-wahrheit-ueber-afghanistan-einsatz-a-708616.html>).

- anr/dpa/ddp: Streit über Afghanistan-Dokumente Guttenberg kontert Vertuschungsvorwürfe, in: Spiegel Online v. 27.7.2010 (<https://www.spiegel.de/politik/ausland/streit-ueber-afghanistan-dokumente-guttenberg-kontert-vertuschungsvorwurfe-a-708627.html>).
- Apel, Simon/Walling, Sebastian*: Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz: Überblick und neue Praxishinweise, DB 2019, S. 891 ff.
- Appel, Ivo*: Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Straffens, Berlin 1998.
- Arendt, Hannah*: Ziviler Ungehorsam (Ev. 1969), in: Braune (Hg.), Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy, Stuttgart 2017, S. 132 ff.
- dies.*: Das Urteilen, Texte zu Kants Politischer Philosophie (Ev. 1970), München 2016.
- dies.*: Die Lüge in der Politik (Ev. 1972), in: Ludz (Hg.), Hannah Arndt. In der Gegenwart. Übungen im politischen Denken II, 2. Aufl., München 2017, S. 322 ff.
- Arians, Knut*: Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in der Bundesrepublik Deutschland, in: Oehler (Hg.), Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses in den Ländern der Europäischen Gemeinschaft sowie in Österreich und der Schweiz I, Köln/Berlin/Bonn/München 1978, S. 351 ff.
- Arndt, Adolf*: Umwelt und Recht. 1. Das Geheimnis im Recht – 2. Das Recht auf Arbeit im Gefängnis, in: NJW 1960, S. 2040 f.
- ders.*: Demokratische Rechtsauslegung am Beispiel des Begriffes „Staatsgeheimnis“, in: NJW 1963, S. 24 ff.
- ders.*: Das Staatsgeheimnis als Rechtsbegriff und als Beweisfrage, in: NJW 1963, S. 465 ff.
- ders.*: Landesverrat, Berlin/Neuwied am Rhein 1966.
- ders.*: Umwelt und Recht, 1. Der BGH und das Selbstverständliche (§ 100 StGB). – 2. Die Kunst im Recht, in: NJW 1966, S. 25 ff.
- ders.*: Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen, in: NJW 1968, S. 2370.
- Arndt, Herbert*: Die landesverräterische Geheimnisverletzung, in: ZStW 66 (1954), S. 41 ff.
- Arzt, Gunther*: Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip in dubio pro reo. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13. November 1996, Berlin/New York 1997.
- Arztrecht, hg. v. Laufs/Katzenmeier/Lipp, 7. Aufl., München 2015.
- Augstein, Rudolf*: Atomstaat oder Rechtsstaat, in: Der Spiegel v. 28.2.1977, S. 29 ff.
- Austermühle, Gisa*: Zur Entstehung und Entwicklung eines persönlichen Geheimnisphärenschutzes vom Spätabsolutismus bis zur Gesetzgebung des Deutschen Reiches, Berlin 2002.
- Ayto, John*: Oxford Dictionary of English Idioms, New York 2010.
- Bäcker, Carsten*: Whistleblower im Amt. Zwischen Verschwiegenheitspflicht und Verfassungstreue, in: Die Verwaltung 48 (2015), S. 499 ff.
- Bailin, Alex*: The last Cold War statute, in: Criminal Law Review 2008, S. 625 ff.
- Ballhausen, Miriam/Roggenkamp, Jan Dirk*: Personenbezogene Bewertungsplattformen, in: K&R 2008, S. 403 ff.
- Bär, Oliver E.*: Informationelle Selbstbestimmung einer Partei im Gefüge der wehrhaften Demokratie, in: BayVBl 1994, 427 ff.
- Barth, Thomas*: Das „inverse Panoptikum“. Ein postmoderner Ansatz für die politische Informationsstruktur des Cyberspace, in: Informatik Forum, Nr. 2 1996, S. 68 ff.
- Bartlett, Gail/Everett, Michael*: The Official Secrets Acts and Official Secrecy, House of Commons Library, Briefing Paper Nr. CBP07422, v. 2.5.2017.
- Basten, Thomas*: Von der Reform des politischen Strafrechts bis zu den Anti-Terror-Gesetzen, Köln 1983.

- Bauer, Fritz*: Die neue Gewalt. Die Notwendigkeit der Einführung eines Kontrollorgans in der Bundesrepublik Deutschland, München 1964.
- Baumann, Jürgen*: Zur Reform des politischen Strafrechts, in: JZ 1966, S. 329 ff.
- Bäumer, Hartmut*: Die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis, in: Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht 1981, S. 337 ff.
- Bayer, Klaus Dieter*: Das Grundrecht der Religions- und Gewissensfreiheit, Baden-Baden 1997.
- Beckedahl, Markus*: Bisher nicht-öffentliches Protokoll zu #Landesverrat: Justizminister Maas vs. Ex-Generalbundesanwalt Range, in: netzpolitik.org v. 24.8.2016 (<https://netzpolitik.org/2016/bisher-nicht-oeffentliches-protokoll-zu-landesverrat-justizminister-maas-vs-ex-generalbundesanwalt-range/>).
- ders.*: Warum unsere Veröffentlichungen zum Verfassungsschutz kein Landesverrat sind, in: netzpolitik.org v. 5.10.2016 (<https://netzpolitik.org/2016/warum-unsere-veroeffentlichungen-zum-verfassungsschutz-kein-landesverrat-sind/>).
- Becker, Christian/Rönnau, Thomas*: Freiheit, Wirtschaft, Macht – Braucht der freiheitliche Staat ein marktkritisches Strafrecht?, in: ZStW 130 (2018), S. 340 ff.
- Becker, Cornelius*: Whistleblowing, Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, Frankfurt a. M. 2012.
- BeckOGK AktG, Grosskommentar zum Aktienrecht, hg. v. Henssler, München 2021.
- Beck'scher Online-Kommentar
- Arbeitsrecht, hg. v. Rofls/Giesen/Kreikebohm/Udsching, 65. Ed., München 1.9.2022
  - Beamtenrecht Bund, Brinktrine/Schollendorf (Hg.), 27. Ed., München 1.8.2022
  - BGB, hg. v. Hau/Poseck, 63. Ed., München 1.8.2022
  - BORA, hg. v. Römermann, 37. Ed. 1.9.2022
  - GeschGehG, hg. von Fuhlrott/Hiéramente, 13. Ed., München 15.9.2022
  - Informations- und Medienrecht, hg. v. Gersdorf/Paal, 37. Ed., München 1.8.2022
  - StGB, hg. v. Heintschel-Heinegg, 54. Ed., München 1.8.2022
  - StPO, hg. v. Graf, 44. Ed., München 1.4.2022.
- Beer, Klaus*: Flucht in die Öffentlichkeit als freie Meinungsäußerung und Rechtsbehelf, in: DDB 1985, S. 99 ff.
- Behm, Andreas*: Juristische Personen als Schutzobjekte von § 203 StGB?, Kiel 1985.
- Behm, Ulrich*: Anm. zu LG Ulm, Beschl. v. 17.12.1999 – Gs 1136-1137/99, in: NStZ 2001, S. 153 ff.
- ders.*: Verletzung von Dienstgeheimnissen und Beihilfe durch Journalisten? Zur Theorie der „mittelbaren Gefährdung“ bei der Verletzung von Dienstgeheimnissen gem. § 353 b StGB, in: AfP 2000, S. 421 ff.
- ders.*: Das Dresdener Giesen-Urteil und die Auslegung des § 353 b Abs. 1 StGB: Zur Notwendigkeit der Aufgabe des Dogmas sog. „mittelbarer Gefährdungen“, in: KJ 2002, S. 441 ff.
- Beling, [Ernst]*: Vertrauensmißbrauch durch die Presse, DJZ 1918, S. 457 ff.
- Benda, Ernst*: Steuergeheimnis: Kann der Bürger noch darauf vertrauen?, in: DStR 1984, S. 351 ff.
- Bender, Albrecht*: Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 8.7.1999 – 8 U 67/99, in: VersR 2000, S. 320 ff.
- Benkert, Manfred*: Der Ankauf von steuerrelevanten Informationen – rechtswidriges Verwaltungshandeln zur Durchsetzung staatlicher Steueransprüche, in: Lüderssen/Volk/Wahle (Hg.), FS für Wolf Schiller zum 65. Geb., S. 27 ff.
- Benkler, Yochai*: A Free Irresponsible Press: Wikileaks and the Battle Over the Soul of the Networked Fourth Estate, in: C.R.-C.L. L. Rev. 46 (2011), S. 311 ff.

- ders.*: The Dangerous Logic of the Bradley Manning Case, in: The New Republic v. 1.5.2013 (<https://newrepublic.com/article/112554/112554>).
- ders.*: A Public Accountability Defense For National Security Leakers and Whistleblowers, in: Harv. L. & Pol'y Rev. 2014, S. 281 ff.
- Bentham, Jeremy*: Panopticon; or the Inspection House: containing the Idea of a new Principle of Construction applicable to any Sort of Establishment, in which Persons of any Description are to be kept under Inspection; and in particular to Penitentiary-Houses (Ev. 1787), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. IV, Edinburgh/London 1843, S. 36 ff.
- ders.*: An Essay on Political Tactics, or Inquiries Concerning the Discipline and Mode of Proceeding Proper to Be Observed in Political Assemblies: Principally Applied to the Practice of The British Parliament, and to The Constitution and Situation of the National Assembly of France (Ev. 1791), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. II, Edinburgh/London 1843, S. 299 ff.
- ders.*: Taktik oder Theorie des Geschäftsganges in deliberierenden Volksstän­deversammlungen, Erlangen 1817.
- ders.*: Principles of Judicial Procedure, with the Outlines of a Procedure Code (Ev. 1795), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. II, Edinburgh/London 1843, S. 1 ff.
- ders.*: Panopticon Versus New South Wales: Or, The Panopticon Penitentiary System, And The Penal Colonization System, Compared (Ev. 1812), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. IV, Edinburgh/London 1843, S. 173 ff.
- ders.*: Introductory View of The Rationale of Evidence For The Use of Non-Lawyers As Well As Lawyers (Ev. bereits teilweise 1812), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. VI, Edinburgh/London 1843, S. 1 ff.
- ders.*: The Book of Fallacies, From Unfinished Papers (Ev. 1824), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. II, Edinburgh/London 1843, S. 375 ff.
- ders.*: Rationale of Judicial Evidence (Ev. 1827), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. VI, Edinburgh/London 1843, S. 189 ff.
- ders.*: Constitutional Code (Ev. 1831), in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. IX, Edinburgh/London 1843, S. 1 ff.
- ders.*: Deontology; or The Science of Morality, Bd. 1/2, London/Edinburgh 1834.
- ders.*: Principles of International Law, in: Bowring (Hg.), The Works of Jeremy Bentham, Bd. II, Edinburgh/London 1843, S. 535 ff.
- Berka, Walter*: Whistleblowing und Öffentliches Recht, in: Gruber/Raschauer (Hg.), Whistleblowing. Arbeitsrecht – Öffentliches Recht – Wettbewerbsrecht – Kapitalmarktstrafrecht – Strafrecht, Wien 2015, S. 37 ff.
- Bernreuther, Friedrich*: Zur Interessenabwägung bei anonymen Meinungsäußerungen im Internet, in: AfP 2011, S. 218 ff.
- Berthold, Annemarie*: Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt a. M. 2010.
- Besson, Philipp*: Das Steuergeheimnis und das Nemo-tenetur-Prinzip im (steuer-)strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1997.
- Bethge, Herbert*: Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, 3. Aufl., Heidelberg 2013, § 203, S. 1111 ff.
- Beyerbach, Hannes*: Die geheime Unternehmensinformation. Grundrechtlich geschützte Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse als Schranke einfachrechtlicher Informationsansprüche, Tübingen 2012.

- Bienert, Michael*: Adenauers Bombe, in: Tagesspiegel v. 16.12.2007 (<https://www.tagesspiegel.de/gesellschaft/geschichte/adenauers-bombe-3674713.html>).
- Bindschedler, Georges*: Der strafrechtliche Schutz wirtschaftlicher Geheimnisse, Bern 1981.
- Bjørkelo, Brita/Madsen, Ole Jacob*: Whistleblowing and neoliberalism: Political resistance in late capitalist economy, in: *Psychology & Society* 5 (2013), S. 28 ff.
- Black, Ian*: Tunisia: The WikiLeaks connection, in: *The Guardian* v. 15.1.2011 (<https://www.theguardian.com/world/2011/jan/15/tunisia-wikileaks-ghannouchi>).
- Blesenkemper, Klaus*: „Public Age“ – Studien zum Öffentlichkeitsbegriff bei Kant, Frankfurt a. M. 1987.
- Blesinger, Karl*: Steuergeheimnis im Strafverfahren, in: *wistra* 1991, S. 239 ff.
- Bock, Stefanie*: Straftaten im Dienste der Allgemeinheit – Notwehr- und Notstandsrechte als polizeiliche Generalklauseln für jedermann?, in: *ZStW* 133 (2019), S. 555 ff.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*: Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 34 S. 31 ff.
- Bodó, Balázs*: Hacktivism 1-2-3: How privacy enhancing technologies change the face of anonymous hacktivism. *Internet Policy Review* 2014 Issue 4, S. 1 ff. (DOI: 10.14763/2014.4.340).
- du Bois-Pedain, Antje*: Intentional Killings: The German Law, in: Horder (Hg.), *Homicide Law in Comparative Perspective*, Oxford/Portland 2007, S. 55 ff.
- Bok, Sissela*: Whistleblowing and professional responsibility, in: Beauchamp/Bowie (Hg.), *Ethical Theory and Business*, 2. Aufl., Englewood Cliffs 1983, S. 261 ff. (Ev., in: *New York University Education Quarterly* 1980, Heft 4, S. 2 ff.).
- dies.*: *Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation*, 2. Aufl., New York 1989 (Ev. 1983).
- Böning, Marta/Heidfeld, Birgit*: Gesetzentwurf zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) – Maulkorb zu Lasten der Beschäftigten und ihrer Interessenvertretungen, *AuR* 2018, S. 555 ff.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz, hg. v. Kahl/Waldhoff/Walter, Loseblattwerk in 25 Ordnern, Werkstand: 216. Aktualisierung September 2022.
- Borel, Simon*: Le panoptisme horizontal ou le panoptique inversé, in: *terminal* 118 | 2016, (<https://doi.org/10.4000/terminal.1457>).
- Böse, Martin*: Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), in: *ZStW* 113 (2001), S. 40 ff.
- Brammsen, Joerg*: Die Anzeige von Kartellverstößen im Widerstreit mit dem Schutz von Unternehmensgeheimnissen, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts* 1992/93, FIW-Schriftenreihe Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V. Köln, Heft 158, Köln/Berlin/Bonn/München 1994, S. 77 ff.
- ders.*: Der Fiskus als „Geheimnishehler“? Steuer-CDs im Licht des strafgesetzlichen Geheimnisschutzes, in: *BB* 2016, S. 3034 ff.
- ders.*: Reformbedürftig! – Der Regierungsentwurf des neuen Geschäftsgeheimnisschutzgesetzes, in: *BB* 2018, S. 2446 ff.
- ders.*: *Lauterkeitsstrafrecht. Sonderband zum Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht*, 1. Aufl., München 2020.
- Breitenbach, Carolin*: *Steuer-CDs, Die Strafbarkeit des Datenhändlers und der beteiligten Staatsvertreter*, Göttingen 2017.
- Brian, Smart*: *Defining Civil Disobedience*, in: Bedau (Hg.), *Civil Disobedience in Focus*, London/New York 1991, S. 189 ff.



- Brischke, Hans-Jürgen*: Die Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen in § 353b Strafgesetzbuch, Tübingen 1989.
- Brockhaus, Robert*: Zwei problematische Aspekte beim Whistleblowing: Abwägungen und der Begriff des öffentlichen Interesses, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 26 (2018), S. 429 ff.
- ders.*: Das Geschäftsgeheimnisgesetz. Zur Frage der Strafbarkeit von Hinweisgebern unter Berücksichtigung der Whistleblowing-Richtlinie, in: ZIS 2020, S. 102 ff.
- ders.*: Wie sicher muss sich ein Whistleblower sein?, in: LTO v. 23.2.2021 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-whistleblower-klinik-anzeige-bverfg-kuendigung-bmjv-entwurf-richtlinie/>).
- Brockhaus, Robert/Kaferanis, Dimitrios*: No more Piecemeal Tactics. Call for a comprehensive implementation of EU's Whistleblowing Directive, in: Verfassungsblog v. 10.7.2020 (DOI: 10.17176/20200710-235503-0).
- Brockhaus, Robert/Gerdemann, Simon/Thönnies, Christian*: Ungleicher Schutz für Whistleblower: Zu drohenden verfassungswidrigen Ungleichbehandlungen durch die Umsetzung der EU-Whistleblowing-Richtlinie, Verfassungsblog v. 29.10.2020 (DOI: 10.17176/20201029-115506-0).
- dies.*: Die verfassungsrechtlichen Grenzen unionsrechtlich induzierter Ungleichbehandlungen am Beispiel der Whistleblowing-Richtlinie, in: NVwZ 2021, S. 204 ff.
- dies.*: Alles unter Verschluss. Zur Rolle von Verschlussachen bei der Umsetzung der Whistleblowing-Richtlinie, in: Verfassungsblog v. 7.1.2021 (DOI: 10.17176/20210107-103528-0).
- dies.*: Immer noch lückenhaft. Zum aktuellen Regierungsentwurf für ein Whistleblower-Schutzgesetz, in: Verfassungsblog v. 8.8.2022 (DOI: 10.17176/20220808-181824-0).
- Brockhaus*: Kleines Konversations-Lexikon, Bd. I., 5. Aufl., Leipzig 1911.
- Browning, Linnley*: Wealthy Americans Under Scrutiny in UBS Case, in: NYT v. 6.6.2008, S. C1.
- Brownlee, Kimberley*: „Civil Disobedience“, in: Stanford Encyclopedia of Philosophy, überarbeitete Fassung v. 20.12.2013.
- dies.*: Conscience and Conviction. The Case for Civil Disobedience, Oxford 2012.
- dies.*: The civil disobedience of Edward Snowden: A reply to William Scheuerman, in: Philos. Soc. Crit. 42 (2016), S. 965 ff.
- Brudner, Alan*: A Theory of Necessity, in: Oxford Journal of Legal Studies 7 (1987), S. 339 ff.
- Bruns, Manfred*: Aids, Alltag und Recht, in: MDR 1987, S. 353 ff.
- Brzoska, Ina*: Berlinerin kämpft für Meinungsfreiheit. Pflegerin Heinisch klagt in Straßburg gegen ihre Entlassung durch Vivantes, in: Berliner Morgenpost v. 21.7.2011, S. 2.
- Buchert, Christoph/Buchert, Rainer*: Das Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – auch ein Schutz für Whistleblower?, in: ZWH 2018, S. 309 ff.
- Buchter, Heiko*: Bradley Birkenfeld. Der Panzerknacker, in: Die Zeit v. 6.4.2017, S. 28.
- Buck, Holger*: Das Geschäftsgeheimnis und sein neuer eigenständiger Schutz, in: JM 2020, S. 59 ff.
- Bullinger, Martin*: Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, § 163 S. 909 ff.
- Burkhardt, Gerd*: Vorwort, in: Stratenwerth (Hg.), Publizistischer Landesverrat, Schriften der Vereinigung Deutscher Wissenschaftler e. V., Göttingen 1965.
- Burmeister, Joachim*: Das Petitionsrecht, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1. Aufl., Heidelberg 1987, § 32 S. 94 ff.

- Busembaum, Hermann*: Medulla theologiae moralis, Rom 1844 (Ev. 1645).
- van Calker, Fritz*: Der Landesverrat. Rechtspolitische Bemerkungen zum Entwurf von 1929, in: Festgabe für Reinhard Frank zum 70. Geb., Bd. 2, Tübingen 1930, S. 245 ff.
- Calliess, Christian*: Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 83 S. 589 ff.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*: EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 5. Aufl., München 2016.
- Camilo de Oliveira, Renata*: Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, Berlin 2013.
- Carr, David*: Blurred Line Between Espionage and Truth, in: NYT v. 27.2.2012, S. B1.
- Cassidy, Alan*: Zwei Kanäle nach Kiew, in: SZ v. 24.10.2019, S. 7.
- Celikates, Robin*: „Veränderungen an sich sind immer das Ergebnis von Handlungen außerrechtlicher Natur.“ Subjektive Rechte, ziviler Ungehorsam und Demokratie nach Arendt, in: RphZ 3 (2017), S. 31 ff.
- ders.*: Ziviler Ungehorsam und radikale Demokratie – konstituierende vs. konstituierte Macht?, in: Bedorf/Röttgers (Hg.), Das Politische und die Politik, Berlin 2010, S. 274 ff.
- Chung, Hao-Feng*: „Der bestohlene Dieb“ – Diskussion über die Schutzgüter beim Diebstahl, Dissertation der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg 2016.
- Class, Wilhelm*: Der Einfluß des Ministeriums von Savigny auf das Preußische Strafgesetzbuch von 1851, Berlin 1926.
- Cobain, Ian*: The History Thieves, Secrets, Lies and the Shaping of a Modern Nation, London 2016.
- Cohen, Carl*: Civil Disobedience, New York/London 1971.
- Cohen, Joshua/Fung, Archon*: Introduction, in: dies. (Hg.), Constitution, Democracy and State Power: The Institutions of Justice. Bd. I. Constitutional Government, Cheltenham 1996, S. ix ff.
- Colheric, Ninon*: Anm. zu LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 3.2.1987 – 7 (13) Sa 95/86, in: AiB 1987, S. 260 ff.
- Conrad, Hermann*: Verrat von Staatsgeheimnissen, Berlin 1941.
- Corera, Gordon*: Only 1 % of Snowden files published – Guardian editor, in: BBC News v. 3.12.2013 (<https://www.bbc.com/news/uk-25205846>).
- Corvino, John*: Loyalty in Business?, in: J. Bus. Ethics 41 (2002), S. 179 ff.
- Criminal Compliance. Handbuch, hg. v. Rotsch, 1. Aufl., Baden-Baden 2015.
- Croner, George W.*: The Assange case shows that a „public interest“ defense to unauthorized disclosures of classified information is neither wise nor workable, in: The Rule of Law Post v. 22.4.2022, Center for Ethics and the Rule of Law, University of Pennsylvania (<https://www.penncerl.org/the-rule-of-law-post/the-assange-case-shows-that-a-public-interest-defense-to-unauthorized-disclosures-of-classified-information-is-neither-wise-nor-workable/>).
- Dammann, Klaus/Kutscha, Martin*: Meinungs- und Koalitionsfreiheit von Beamten, in: PersV 1977, S. 47 ff.
- Dann, Matthias/Markgraf, Jochen*: Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, in: NJW 2019, S. 1774 ff.
- Davies, Nick/Steele, Jonathan/Leigh, David*: Iraq war logs: secret files show how US ignored torture, in: The Guardian v. 27.10.2010 (<https://www.theguardian.com/world/2010/oct/22/iraq-war-logs-military-leaks>)
- Davis, Kevin R.*: Kantian „Publicity“ and Political Justice, in: History of Philosophy Quarterly 8 (1991), S. 409 ff.

- ders.*: Kant's Different „Publics“ and the Justice of Publicity, in: Kant-Studien 83 (1992), S. 170 ff.
- Deckstein, Dagmar*: Keine Beteiligung an Verbrechen der Militärdiktatur, in: SZ v. 19.5.2010 (<https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/mercedes-benz-argentinien-keine-beteiligung-an-verbrechen-der-militaerdiktatur-1.907789>).
- Dehler, Thomas/Schmidt, Eberhard*: Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Tübingen 1952.
- Deiseroth, Dieter*: Whistleblowing in Zeiten von BSE: der Fall der Tierärztin Dr. Margit Herbst, Berlin 2001.
- ders.*: Zivilcourage am Arbeitsplatz, in: Meyer/Dovermann/Frech/Gugel (Hg.), Zivilcourage lernen: Analysen – Modelle – Arbeitshilfen, Bonn 2004, S. 124 ff.
- ders.*: Stärkung von Zivilcourage zur Verbesserung der Qualität der stationären Pflege, in: ZRP 2007, S. 25 ff.
- ders.*: Neue Vorgaben für die dt. Gerichte aus Straßburg? Der Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten nach Art. 10 (EMRK), in: ZRFC 2012, S. 66 ff.
- ders.*: Whistleblowing und ziviler Ungehorsam im demokratischen Verfassungsstaat, Schlussfolgerungen aus der NSA-Spähaffäre, in: Frankfurter Hefte 1/2/2014, S. 4 ff.
- Deiseroth, Dieter/Derleder, Peter*: Whistleblower und Denunziatoren, in: ZRP 2008, S. 248 ff.
- Delmas, Candice*: The Ethics of Government Whistleblowing, in: Soc. Theory Prac. 41 (2015), S. 77 ff.
- dies.*: A Duty to Resist. When Disobedience Should be Uncivil, New York 2018.
- Denninger, Erhard/Frankenberger, Günter*: Grundsätze zur Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1997.
- Deutsch, Erwin*: Schweigepflicht und Infektiosität, in: VersR 2001, S. 1471 ff.
- Deutscher Bundestag (Hg.): Jugendprotest im demokratischen Staat (II), Schlußbericht 1983 der Enquete-Kommission des 9. Deutschen Bundestages, Speyer 1983.
- Di Fabio, Udo*: Gewaltenteilung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, § 27, S. 613 ff.
- ders.*: Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen. Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz, München 2016.
- Dietrich, Jan-Hendrik*: Rekonstruktion eines Staatsgeheimnisses, in: RW 2016, S. 566 ff.
- Dimmel, Nikolaus*: Gewalt und soziale Kontrolle im neoliberalen Staat des Postfordismus, in: Dimmel/Schmee (Hg.), Die Gewalt des neoliberalen Staates, Wien 2008, S. 263 ff.
- Dörr, Julian/Diersch, Verena*: Zur Rechtfertigung von Whistleblowing: Eine ordnungsethische und legitimitätstheoretische Perspektive der Whistleblower-Fälle Carl von Ossietzky und Edward Snowden, in: ZfP 2017, S. 468 ff.
- Downie, Leonard*: The Obama Administration and the Press: Leak Investigations and Surveillance in Post-9/11 America, Committee to Protect Journalists, 10/2013 (<https://cpj.org/reports/2013/10/obama-and-the-press-us-leaks-surveillance-post-911.php>).
- Dreier, Horst (Hg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl., Tübingen 2013.
- Dreier, Ralf*: Widerstand und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt a. M. 1983, S. 54 ff.
- ders.*: Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Achterberg/Krawietz/Wyduckel (Hg.), FS für Hans Ulrich Scupin, Berlin 1983, S. 573 ff.
- ders.*: Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Gesetz und Recht, in: JZ 1985, S. 353 ff.

- ders.*: Rechtsgehorsam und Widerstandsrecht, in: Broda/Deutsch/Schreiber/Vogel (Hg.), FS für Rudolf Wassermann, Neuwied/Darmstadt 1985, S. 299 ff.
- ders.*: Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt a. M. 1991.
- Dudek, Philipp*: Whistleblower gegen Korruption, Der ungeliebte Aufrechte, in: Tageszeitung v. 17.12.2007 (<https://taz.de/Whistleblower-gegen-Korruption!/5189778/>).
- Dürig, Günter*: Die konstanten Voraussetzungen des Begriffes „Öffentliches Interesse“, München 1949.
- Düsel, Jens*: Gespaltene Loyalität, Whistleblowing und Kündigungsschutz in Deutschland, Großbritannien und Frankreich, Baden-Baden 2008.
- Duska, Ronald*: Whistleblowing and Employee Loyalty, reprint in: Beauchamp/Bowie (Hg.), Ethical Theory and Business, 3. Aufl., Englewood Cliffs 1988, S. 299 ff.
- ders.*: Whistleblowing and Employee Loyalty, reprint in: Tittle (Hg.), Ethical Issues in Business Inquiries, Cases, and Readings, Peterborough (Ontario), 2000, S. 79 ff.
- Düwel, Peter*: Das Amtsgeheimnis, Berlin 1965.
- Düwell, Franz Josef* (Hg.), Nomos Kommentar, Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018.
- Dworkin, Ronald*: Taking rights seriously, Cambridge, Massachusetts 1977.
- Eberbach, Wolfram H.*: Juristische Probleme der HTLV-III-Infektion (AIDS) – Unter besonderer Berücksichtigung arztrechtlicher Fragen –, in: JR 1986, S. 230 ff.
- Edgar, Harold/Schmidt, Jr., Benno C.*: The Espionage Statutes and Publication of Defense Information, in: Columbia Law Review 73 (1973), S. 929 ff.
- Edwards, Shalene*: Die Rechtmäßigkeit von Whistleblowing in der Öffentlichkeit nach der EMRK und nach deutschem Recht. Die Gesetzeslage und Gesetzgebungsvorschläge, Frankfurt a. M. 2017.
- Eilers, Stephan*: Das Steuergeheimnis als Grenze des internationalen Auskunftsverkehrs, Köln 1987.
- Elliston, Frederick A.*: Civil Disobedience and Whistleblowing: A Comparative Appraisal of Two Forms of Dissent, in: J. Bus. Ethics 1 (1982), S. 23 ff.
- End, Heinrich*: Existentielle Handlungen im Strafrecht, München 1959.
- Engelhardt, Marc/Arslan, Mehmet*: Schutz von Staatsgeheimnissen im Strafverfahren. Eine Studie zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2020.
- Engels, Friedrich*: Vorwort zu „Das Kapital“, Bd. I, in: Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, Bd. XXIII, Berlin 1968, S. 33 ff.
- Engisch, Karl*: Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935.
- Engländer, Armin*: Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen 2008.
- Engländer, Armin/Zimmermann, Till*: Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen? – Zur Bedeutung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs für den Schutz illegaler Geheimnisse bei § 17 UWG, in: NZWiSt 2012, S. 328 ff.
- Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, Erster Teil: Entwurf der Strafrechtskommission (1913)/Zweiter Teil: Entwurf von 1919/Dritter Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, Berlin 1920 (zit. Entwürfe I.-III.).
- Erb, Volker*: Inwieweit schützt § 17 UWG ein ausländisches „Bankgeheimnis“?, in: Heinrich/Jäger Achenbach (Hg. et al.), FS für Claus Roxin zum 80. Geb., Bd. II, Berlin/New York 2011, S. 1103 ff.
- Erbs, Georg (Begr.)/Kohlhaas, Max (ehemals Hg.), Strafrechtliche Nebengesetze, hg. v. Häberle, Bd. I, Werkstand: 234. EL (01/2021).
- Erdsiek, Gerhard*: Unvollkommenheiten des zivilrechtlichen Ehrenschatzes, in: NJW 1966, S. 1385 ff.

- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, hg. v. Müller-Glöge/Preis/Schmidt, 21. Aufl., München 2021.
- Erlebach, Kimberly/Veljovic, Miguel*: Strafrechtliche Einordnung des § 5 GeschGehG, in: *wistra* 2020, S. 190 ff.
- dies.*: Das Stigma der Denunziation bei anonymen Hinweismeldungen am Beispiel des Hin-SchG-E – ein Trugschluss!, in: *KriPoZ* 2021, S. 165 ff.
- Eser, Albin*: Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1969.
- Eufinger, Alexander*: Arbeits- und strafrechtlicher Schutz von Whistleblowern im Kapitalmarktrecht, in: *WM* 49/2016, S. 2336 ff.
- Fasterling, Björn/Lewis, David*: Leaks, legislation and freedom of speech: How can the law effectively promote public-interest whistleblowing?, in: *International Labour Review* 153 (2014), S. 71 ff.
- Fateh-Moghadam, Bijan*: Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts, Tübingen 2019.
- Felix, Dagmar*: Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998.
- Fenwick, Helen/Phillipson, Gavin*: Media Freedom under the Human Rights Act, Oxford 2006.
- Ferguson, Sarah/Mc Gregor, Jeanavive*: Hillary Clinton says Julian Assange colluded with Russia to help Donald Trump win US election, in: *ABC News* v. 18.10.2017 (<https://www.abc.net.au/news/2017-10-16/hillary-clinton-says-julian-assange-helped-donald-trump-win/9047944>).
- Feuerbach, Paul Anselm von*: Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths, Erfurt 1798.
- Feuerich, Wilhelm/Weyland, Dag (Hg.), Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 8. Aufl., München 2012.
- Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hg.), Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl., München 2016.
- Fichte, Johann Gottlieb*: Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre, Zweiter Theil, in: Lauth/Gliwitsky (Hg.), *Gesammelte Werke*, Band I, 4, Stuttgart-Bad Cannstatt 1970.
- Fincke, Martin*: Strafbarkeit des „kontrollierten Versuchs“ beim Wirksamkeitsnachweis neuer Arzneimittel, in: *NJW* 1977, S. 1094 ff.
- Finger, August*: Der Geheimnisbruch. Das Eindringen in die fremde Geheimsphäre und das Preisgeben anvertrauter Geheimnisse, in: *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform, Besonderer Teil*, Bd. VIII, Berlin 1906.
- Fischer, Hans Albrecht*: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, München 1911.
- Fischer, Thomas*: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 69. Aufl. 2022.
- Fischer-Lescano, Andreas*: Kritik der praktischen Konkordanz, in: *KJ* 2008, S. 166 ff.
- ders.*: Das Recht auf Enthüllung, Warum wir Whistleblower brauchen, in: *Blätter für deutsche und internationale Politik* 10/2013, S. 63 ff.
- ders.*: Mäßigung der Verhältnismäßigkeit – Whistleblowing im transnationalen Recht, in: *Calliess* (Hg.), *Transnationales Recht*, Tübingen 2014, S. 435 ff.
- ders.*: Internationalrechtliche Regulierung des Whistleblowings – Anpassungsbedarf im dt. Recht – Teil 1 und 2, in: *AuR* 2016, S. 4 ff. und 48 ff.

- ders.*: Subjektlose Rechte, in: *ders./Franzki/Horst* (Hg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Tübingen 2018, S. 378 ff.
- Fitting, Karl* (Begr.), *Betriebsverfassungsgesetz. Handkommentar*, 29. Aufl., München 2018.
- Fletcher, George*: *Law and Morality: A Kantian Perspective*, in: *Columbia Law Review*, 87 (1987), S. 533 ff.
- ders.*: *Loyalty. An Essay on the Morality of Relationships*, New York 1993.
- Föbus, Nikolaus*: *Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 UWG*, Frankfurt a. M. 2011.
- Foucault, Michel*: *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt a. M. 1994 (Ev. 1976).
- ders.*: *Diskurs und Wahrheit. Berkeley-Vorlesungen 1983*, Berlin 1996.
- ders.*: *Discourse and Truth, and Parrësia*, Chicago 2019 (sechs Vorlesungen, gehalten in Berkeley 1983).
- Fraenkel, Ernst*: *Öffentliche Meinung und internationale Politik*, Tübingen 1962.
- Frankenberger, Günther*: *Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie*, JZ 1984, S. 268 ff.
- Freiesleben, Hans*: *Einzelne Fragen aus dem Gebiete des Landesverrats und der Spionage*, in: *ZStW* 45 (1925), S. 237 ff.
- Freeman, Harrop*: *Civil Disobedience*, Santa Barbara 1966.
- Friedel, Andreas*: *Blackbox Parlamentarisches Kontrollgremium des Bundestages. Defizite und Optimierungsstrategien bei der Kontrolle der Nachrichtendienste*, Wiesbaden 2019.
- Friedenburg, Ferdinand*: *Der neue Staat im Strafgesetzbuchentwurf*, in: *DJ Bd. I* (1925/1926), S. 464 ff.
- ders.*: *Politischer Rückschritt im Strafgesetzbuchentwurf*, in: *Vossische Zeitung (Berlinische Zeitung von Staats- und gelehrten Sachen)*, v. 28.9.1927, Nr. 458, S. 1 f.
- Friehe, Matthias/Lipp, Christopher*: *Freies Geleit für Edward Snowden?*, in: *DÖV* 2014, S. 601 ff.
- Frind, Josef Walter*: *Der Landesverrat im Deutschen Strafrecht*, Breslau 1931.
- Frisch, Wolfgang*: *Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht*, in: *GA* 2006, S. 273 ff.
- Fuss, Ernst-Werner*: *Pressefreiheit und Geheimnisschutz*, in: *NJW* 1962, S. 2225 ff.
- Gabatt, Adam*: *US will not seek death penalty for Edward Snowden, Holder tells Russia*, in: *The Guardian* v. 26.7.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/26/us-no-death-penalty-edward-snowden-russia>).
- Gandhi, Mahatma*: *Das unveräußerliche Recht auf zivilen Ungehorsam*, in: *Sternstein* (Hg.), *Mahatma Gandhi. Die Lehre vom Schwert und andere Aufsätze aus den Jahren 1919-1922*, Oberwil bei Zug 1990.
- ders.*: *Satyagraha* (Auszug aus Kap. IV des Kongress-Berichts über die Unruhen im Punjab, v. 25.3.1920), in: *Braune* (Hg.), *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, Stuttgart 2017, S. 63 ff.
- ders.*: *Ziviler Ungehorsam* (Ev.: *Young India* 4.8.1921), in: *Braune* (Hg.), *Ziviler Ungehorsam. Texte von Thoreau bis Occupy*, Stuttgart 2017, S. 73 ff.
- García-Marzá, Domingo*: *Kant's Principle of Publicity: The Intrinsic Relationship between the two Formulations*, in: *Kant-Studien* 103 (2012), S. 96 ff.
- Gazeas, Nikolaos*: *Deutschland müsste Snowden nicht an die USA ausliefern*, in: *Zeit Online* v. 8.5.2014 (<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2014-05/snowden-auslieferung-nsa-untersuchungsausschuss-gazeas?page=5>).

- Gebauer, Matthias/Fischer, Sebastian/Wittrick, Philipp*: Task Force 373, Die dreckigste Seite des Krieges, in: Spiegel Online v. 26.7.2010 (<https://www.spiegel.de/politik/ausland/task-force-373-die-dreckigste-seite-des-krieges-a-708507.html>).
- Geiger, Willi*: Gewissen Ideologie Widerstand Nonkonformismus, München 1963.
- Gellman, Barton*: U.S. surveillance architecture includes collection of revealing Internet, phone metadata, The Washington Post v. 15.6.2013 ([https://www.washingtonpost.com/investigations/us-surveillance-architecture-includes-collection-of-revealing-internet-phone-metadata/2013/06/15/e9bf004a-d511-11e2-b05f-3ea3f0e7bb5a\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/investigations/us-surveillance-architecture-includes-collection-of-revealing-internet-phone-metadata/2013/06/15/e9bf004a-d511-11e2-b05f-3ea3f0e7bb5a_story.html)).
- Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, hg. v. Wiese/Kreutz/Oetker (et al.), Bd. II, 11. Aufl., München 2018.
- Geppert, Klaus*: Die ärztliche Schweigepflicht im Strafvollzug, Berlin/New York 1983.
- De George, Richard T.*: Whistle-Blowing, in: ders., Business Ethics, 7. Aufl., Upper Saddle River 2010, S. 320 ff.
- Gerdemann, Simon*: Transatlantic Whistleblowing. Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland, Tübingen 2018.
- ders.*: Revolution des Whistleblowing-Rechts oder Pfeifen im Walde? Der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission zum Schutz von Whistleblowern, in: RdA 2019, S. 16 ff.
- ders.*: Beamtenrecht aus Brüssel – Die aktuelle Whistleblowing-Richtlinie und ihre Folgen für deutsche Beamte und Verwaltung, in: ZBR 2020, S. 12 ff.
- ders.*: Referentenentwurf für ein deutsches Hinweisgeberschutzgesetz, in: ZRP 2021, S. 37 ff.
- Gerhardt, Volker*: Immanuel Kants Entwurf „zum ewigen Frieden“. Eine Theorie der Politik, Darmstadt 1995.
- Gerland, Heinrich*: Der deutsche Strafprozess. Eine systematische Darstellung, Mannheim/Berlin/Leipzig 1927.
- Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht, hg. v. Franke/Weiß, Bd. I, Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Berlin, Loseblattsammlung, Stand 9/2022.
- Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht Praxishandbuch, hg. v. Götting/Meyer/Vormbrock, 2. Aufl., Baden-Baden 2020.
- Glover, Richard*: Murphy on Evidence, 14. Aufl., Oxford 2015.
- Göhlich, Vincent*: Whistleblowerschutz: Starker Aufholbedarf in Deutschland, in: netzpolitik.org v. 31.1.2017 (<https://netzpolitik.org/2017/whistleblowerschutz-starker-aufholbedarf-in-deutschland/>).
- Goldhammer, Michael*: Geschäftsgeheimnis-Richtlinie und Informationsfreiheit, Zur Neudefinition des Geschäftsgeheimnisses als Chance für das öffentliche Recht, in: NVwZ 2017, S. 1809 ff.
- Goltsche, Friederike*: Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch), Berlin/New York 2010.
- Goschler, Constantin/Wala, Michael*: „Keine neue Gestapo“. Das Bundesamt für Verfassungsschutz und die NS-Vergangenheit, Hamburg 2015.
- Gosepath, Stefan*: The Publicity of Reason, in: Yearbook for Eastern and Western Philosophy 1 (2016), S. 27 ff.
- Gosewinkel, Dieter*: Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945–1961), Bonn 1991.
- Gössel, Karl Heinz*: Über fehlerhafte Rechtsanwendung und den Tatsachenbegriff im Wiederaufnahmeverfahren, in: NStZ 1993, S. 565 ff.

- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina*: Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch, 6. Aufl., München 2016.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hg.)*, Das Rech der Europäischen Union, 73. Aufl., München 2021.
- Graf, Jürgen Peter/Jäger, Markus/Wittig, Petra (Hg.)*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl., München 2017.
- Greenwald, Glenn*: NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily, in: *The Guardian* v. 6.6.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order>).
- ders.*: Edward Snowden: the whistleblower behind the NSA surveillance revelations, in: *The Guardian* v. 11.6.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/09/edward-snowden-nsa-whistleblower-surveillance>).
- ders.*: XKeyscore: NSA tool collects ‚nearly everything a user does on the internet‘, in: *The Guardian* v. 31.7.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>).
- ders.*: No Place to Hide. Edward Snowden, the NSA and the Surveillance State, New York 2014.
- Greenwald, Glenn/MacAskill, Ewen*: NSA Prism program taps in to user data of Apple, Google and others, in: *The Guardian* v. 7.6.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/us-tech-giants-nsa-data>).
- Greve, Holger/Schärdel, Florian*: Der digitale Pranger – Bewertungsportale im Internet, in: *MMR* 2008, S. 644 ff.
- Grosch, Alfred/Petters, Walter*: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 13. Aufl., Berlin/München 1940.
- Großkommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen, hg. v. Teplitzky/Peifer/Leistner, 2. Aufl., Berlin/New York 2013.
- Groth, Otto*: Die Zeitung, Ein System der Zeitungskunde (Journalistik), Erster Band, Mannheim/Berlin/Leipzig 1928.
- Grünwald, Gerald*: Meinungsfreiheit und Strafrecht, in: *KJ* 1979, S. 291 ff.
- Guardian News and Media Response to Law Commission Consultation Paper no 230 on protection of Official Data, Juli 2017 (<https://infolawcentre.blogs.sas.ac.uk/files/2017/08/GNM-Law-Commission-OSA-Response-FINAL-July-2017-1.pdf>).
- Güllich, Gustav*: Die Entwicklung des Begriffs Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne des § 193 RStGB in den Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch, Forchheim 1933.
- Günther, Jörg-Michael*: Öffentlichkeitsarbeit von Behörden und externes Whistleblowing durch Beamte, in: *NVwZ* 2018, S. 1109 ff.
- Gusy, Christoph*: Der Schutz des Staates gegen seine Staatsform, Die Landesverratsrechtssprechung in der Weimarer Republik, in: *GA* 1992, S. 195 ff.
- Gyr, Marcel*: Hervé Falciani zu fünf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt, in: *NZZ* v. 27.11.2015.
- Häberle, Peter*: Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Bad Homburg 1970.
- ders.*: Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl., Berlin 1998.
- Habermas, Jürgen*: Strukturwandel der Öffentlichkeit (Habilitationsschrift 1961), 14. Aufl., Frankfurt a. M. 2015.
- ders.*: Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln, Frankfurt a. M. 1983.
- ders.*: Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik, in: Glotz (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a. M. 1983, S. 29 ff.



- Hahn, Dorothea*: Whistleblower über US-Geheimdienste: „Sie sind besessen“. Die NSA verletzt die Privatsphäre von Millionen Bürgern, sagt der Whistleblower Thomas Drake. Die nationale Sicherheit sei in den USA „Staatsreligion“, in: taz v. 18.7.2013 (<https://taz.de/Whistleblower-ueber-US-Geheimdienste!/5062978/>).
- Hahn, Henning*: The Ethics of Whistleblowing, A Justifiable Act of Global Civil Disobedience or a Misconstruction of the Global Public?, in: Yearbook for Eastern and Western Philosophy 1 (2016), S. 318 ff.
- Hajdin, Mane*: Employee Loyalty: An Examination, in: J. Bus. Ethics 59 (2005), S. 259 ff.
- Hall, Robert*: Legal Toleration of Civil Disobedience, in: Ethics 81 (1972), S. 128 ff.
- Hammer-Strnad, Eva*: Das Bestimmtheitsgebot als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Hamburg 1999.
- Han, Byung-Chul*: Transparenzgesellschaft, 3. Aufl., Berlin 2013.
- Handbuch des Arztrechts, hg. v. Laufs/Kern/Rehborn, 5. Aufl., München 2019.
- Handbuch des Wirtschaftsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrechts, hg. v. Müller-Gugenberger, 7. Aufl., Köln 2021.
- Handbuch Rechtsphilosophie, hg. v. Hilgendorf/Joerden, 2. Aufl., Berlin 2021.
- Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, hg. v. Wabnitz/Janovsky/Schmitt, 5. Aufl., München 2020.
- Hans, Armin*: Whistleblowing durch Beamte, Rechtslage und Regelungsbedarf, Hamburg 2017.
- Hansen, Eva*: Manning-Lamo chat logs revealed, in: wired v. 13.7.2011 (<https://www.wired.com/2011/07/manning-lamo-logs/>).
- Hanten, Mathias*: Publizistischer Landesverrat vor dem Reichsgericht. Zugleich ein Beitrag zur politischen Rechtsprechung in der Weimarer Republik, Frankfurt a. M./Berlin/Bern/Wien et al. 1999.
- Harte-Bravendamm, Henning/Ohly, Ansgar/Kalbfus, Björn*, GeschGehG. Kommentar, 1. Aufl., München 2020.
- Hassemer, Winfried*: Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?, in: Broda/Deutsch/Schreiber/Vogel (Hg.), FS für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geb., Neuwied/Darmstadt 1985, S. 325 ff.
- Hauck, Ronny*: Grenzen des Geheimnisschutzes, in: WRP 2018, S. 1032 ff.
- Heck, Philipp*: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1929), Nachdruck in: Ellscheid/Hassemer (Hg.), Interessenjurisprudenz, Darmstadt 1974, S. 88 ff.
- ders.*: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.
- Hecker, Bernd*: Europäisches Strafrecht. Gesamtüberblick über den aktuellen Entwicklungsstand des Europäischen Strafrechts, 5. Aufl., Berlin 2015.
- Heckmann, Dirk*: Anonymität der IT-Nutzung und permanente Datenverknüpfung als Herausforderungen für Ehrschutz und Profilschutz, in: NJW 2012, S. 2631 ff.
- Hefendehl, Roland*: Alle lieben Whistleblowing, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geb., Berlin 2009, S. 619 ff.
- ders.*: Der ungebremste Höhenflug des Whistleblowers, in: Neue Kriminalpolitik 4/2015, S. 359 ff.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*: Philosophische Enzyklopädie für die Oberklasse, in: Nürnberger und Heidelberger Schriften 1808–1817 (Lehrvortrag 1808/09), Frankfurt a. M. 1986.
- ders.*: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (Ev. 1820), Stuttgart 2009.

- Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, hg. v. Ekey/Klippel/Kotthoff et al., 2. Aufl., Heidelberg 2005.
- Heine, Günter: Entwendete und staatlich angekaufte Bankdaten: viel Lärm um nichts?, in: ASA 2010/2011, S. 525 ff.
- ders.: Der staatliche Ankauf von strafbar erlangten Steuer-Daten deutscher Steuerhinterzieher, in: Heinrich/Jäger/Schünemann et al. (Hg.), FS für Claus Roxin zum 80. Geb., Bd. I, Berlin/New York 2011, S. 1087 ff.
- Heinig, Kurt: Das Budget. Bd. I. Die Budgetkontrolle, Tübingen 1949.
- Heinisch, Brigitte: Satt und Sauber? Eine Altenpflegerin kämpft gegen den Pflegenotstand, Reinbeck bei Hamburg 2009.
- Heinitz, Ernst: Staatsgeheimnis und Pressefreiheit, Zwei Vorträge von Helmut Ridder und Ernst Heinitz, gehalten am 25. Mai 1963 auf der 3. Bundestagung der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen in Berlin, herausgegeben vom Vorstand der SPD, Bonn 1964.
- Heinrich, Bernd: Medienstrafrecht, in: Wandtke/Ohst (Hg.), Medienrecht Praxishandbuch, Bd. IV, Persönlichkeitsrecht und Medienstrafrecht, Kapitel 6, 3. Aufl., Berlin/Boston 2014.
- Helbach, Clemens: Der gestufte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen vor Parlament, Presse und jedermann, Berlin 2012.
- Helm, Leon: Whistleblowing im Finanzaufsichtsrecht – ein Überblick, in: BB 2018, S. 1538 ff.
- von Hentig, Hans: Landesverrat und „Landesverrat“, Sprechpflicht oder Schweigepflicht? – Ein Vorschlag für den Gesetzgeber, in: Berliner Tageblatt v. 19.4.1927.
- Herold, Nico: Die beamtenrechtliche Zulässigkeit des „Whistleblowing“, in: ZBR 2013, S. 8 ff.
- ders.: Whistleblower, Entscheidungsfindung, Meldeverhalten und kriminologische Bewertung, Baden-Baden 2016.
- ders.: Government-Whistleblowing – Enthüllung und Kontrolle von staatlichen Missständen, in: KJ 2019, S. 336 ff.
- Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans (Hg.): GG Kommentar, Loseblattsammlung, Werkstand: 97. EL 2022, München.
- Hinrichs, Werner: Das Beschwerde- und Anzeigerecht der Arbeitnehmer, in: Müller (Hg.), Das Arbeitsrecht der Gegenwart. Jahrbuch für das gesamte Arbeitsrecht und der Arbeitsgerichtsbarkeit, Bd. XVIII, Berlin 1980, S. 35 ff.
- von Hippel, Robert: Lehrbuch des Strafrechts, Berlin/Heidelberg 1932.
- Hirsch, Hans Joachim: Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonn 1960.
- ders.: Strafrecht und Überzeugungstäter. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 13. März 1996, Berlin/New York 1996.
- Hobby, Catherine: The Institute of Employment Rights, Protection of Official Data, Submission to a consultation by the Law Commission, 05/2017 (<https://www.ier.org.uk/wp-content/uploads/Protection-of-Official-Data.pdf>).
- Höffner, Dietmar: Zivilrechtliche Haftung und strafrechtliche Verantwortung des GmbH-Geschäftsführers bei Insolvenzverschleppung. Zugleich ein Beitrag zum ultima ratio Prinzip, Berlin 2003.
- Hohmann, Olaf/Schreiner, Ann-Kathrin: Das neue (Geschäfts-)Geheimnisschutzstrafrecht: ein Überblick, in: StraFo 2019, S. 441 ff.
- Honneth, Axel: Die Idee des Sozialismus. Versuch einer Aktualisierung, Berlin 2017.
- Hoppe, Werner: Planung, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, § 77, S. 313 ff.

- Horkheimer, Max/Adorno, Theodor W.*: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente, Leipzig 1989 (Ev. Frankfurt a. M. 1969).
- Horstkotte, Hermann*: Kein Doktorhut für Edward Snowden, in: Legal Tribune Online v. 15.6.2016 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vg-schwerin-urteil-1-a-2088-15-sn-uni-rostock-kein-ehrendoktor-snowden/>).
- Hoyer, Andreas*: Anm. zu BGH Urt. v. 9.12.2002 – 5 StR 276/02 LG Dresden, in: JR 2003, S. 511 ff.
- Hruschka, Joachim*: Extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Jescheck/Lüttger (Hg.), FS für Eduard Dreher zum 70. Geb., Berlin/New York 1977, S. 189 ff.
- ders.*: Rettungspflichten in Notstandssituationen, in: JuS 1979, S. 385 ff.
- ders.*: Pflichtenkollisionen und Pflichtenkonkurrenzen, in: Canaris/Diederichsen (Hg.), FS für Karl Larenz zum 80. Geb., München 1983, S. 257 ff.
- Huber, Bertold/de With, Hans*: Der unverzichtbare Zeuge – Recht und Pflicht zur Vernehmung Edward Snowdens vor dem NSA-Untersuchungsausschuss, in: NJW 2014, S. 2698 ff.
- Huber-Lottersmid, Sandra*: Verschwiegenheitspflichten, Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmeverbote zugunsten juristischer Personen, Baden-Baden 2006.
- Hume, David*: A Treatise of Human Nature, reprinted from the Original Edition in three volumes and edited, with an analytical index, Oxford 1896 (Ev.: 1739).
- Hummel, Dieter/Köhler, Daniel/Mayer, Dietrich/Baunack, Sebastian* (Hg.), BDG Bundesdisziplinarrecht und materielles Disziplinarrecht, 6. Aufl., Frankfurt a. M. 2016.
- Hussong, Jürg-Peter*: Die Wahrnehmung berechtigter Interessen mit besonderer Berücksichtigung der Presse, Berlin 1939.
- Ignor, Alexander/Jahn, Matthias*: Der Staat kann auch anders – Die Schweizer Daten-CDs und das deutsche Strafrecht, JuS 2010, S. 390 ff.
- Informationsfreiheitsgesetz, hg. v. Berger/Roth/Scheel/Partsch, 2. Aufl., Köln 2013.
- Insolvenzrechts-Handbuch, hg. v. Gottwald/Haas, 6. Aufl., München 2020.
- Internal Investigations, Ermittlungen im Unternehmen, hg. v. Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis, 2. Aufl., Heidelberg 2016.
- Isensee, Josef*: Ein Grundrecht auf Ungehorsam gegen das demokratische Gesetz? – Legitimation und Perversion des Widerstandsrechts, in: Barzel (Hg.), Frieden im Lande, S. 155 ff.
- Jagusch, Heinrich*: Droht ein neuer Ossietzky-Fall?, in: Der Spiegel, v. 4.11.1964.
- ders.*: Pressefreiheit, Redaktionsgeheimnis, Bekanntmachen von Staatsgeheimnissen, in: NJW 1963, S. 177 ff.
- Jakobs, Günther*: Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl. Berlin/New York 1991.
- Jarass/Pieroth (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 16. Aufl., München 2020.
- Jäschke, Moritz*: Das Schutzgut des § 203 StGB, in: ZStW 131 (2019), S. 36 ff.
- Jastrow, Serge-Daniel/Schlatmann, Arne*: Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin, 2006
- Jerschke, Hans Ulrich*: Öffentlichkeitspflicht der Exekutive und Informationsrecht der Presse, Berlin 1971.
- Jescheck, Hans-Heinrich*: Pressefreiheit und militärisches Staatsgeheimnis. Vortrag vom 11. Oktober 1963 vor der Berliner Juristischen Gesellschaft, Schriftenreihe Heft 16, Berlin 1964.

- ders.*: Die Behandlung des sog. illegalen Staatsgeheimnisses im neueren politischen Strafrecht, in: Bockelmann/Arthur Kaufmann/Klug (Hg.), FS für Karl Engisch zum 70. Geb., Frankfurt a. M. 1969, S. 584 ff.
- ders.*: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996.
- Jestaedt, Matthias*: Das Geheimnis im Staat der Öffentlichkeit: Was darf der Verfassungsstaat verbergen?, in: AöR 2001, S. 204 ff.
- ders.*: Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hg.), FS für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 253 ff.
- Joerden, Jan C.*: Anm. zu BGH, Beschl. v. 3.12.1992 – StB 6/92 (KG Berlin), in: JZ 1994, S. 582 ff.
- ders.*: Europäisierung des Strafrechts – ein Beispiel: Der Kronzeuge, in: Beichelt/Chohuj/Rowe/Wagener (Hg.), Europa-Studien, Eine Einführung, Wiesbaden 2006, S. 329 ff.
- ders.*: Staatswesen und rechtsstaatlicher Anspruch, Ethische Fragestellungen zwischen Recht und Politik, Berlin 2008.
- ders.*: WikiLeaks, Kants „Princip der Publicität“, Whistleblowing und „illegale Geheimnisse“, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 19 (2011), S. 227 ff.
- ders.*: Rechtfertigender Notstand, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. II, 1. Aufl., Heidelberg 2020, § 39 S. 525 ff.
- Johst, David*: Der Edward Snowden der Sechziger – Mithilfe der Alliierten hört der Verfassungsschutz Hunderte Bürger ab – bis 1963 der Mitarbeiter Werner Pättsch auspackt. Er wird der erste Whistleblower Deutschlands, in: Die Zeit v. 7.11.2013 (<https://www.zeit.de/2013/46/abhoer-ffaere-werner-paetsch-1963>), S. 20 (in der Printausgabe mit anderem Titel).
- Justice and the British Committee of the International Press Institute, The Law and the Press, London 1965 („Shawcross report“).
- Kaiser, Ingo*: Zulässigkeit des Ankaufs deliktisch erlangter Steuerdaten, in: NStZ 2011, S. 383 ff.
- Kalbfus, Björn*: Die EU-Geschäftsgeheimnis-Richtlinie. Welcher Umsetzungsbedarf besteht in Deutschland?, in: GRUR 2016, S. 1009 ff.
- Kant, Immanuel*: Kritik der reinen Vernunft (1. Aufl. 1781), in: AA Bd. IV, Berlin 1911, S. 1 ff.
- ders.*: Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (Ev. 1784), in: AA Bd. VIII, Berlin 1923, S. 33 ff.
- ders.*: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Ev. 1785), in: AA Bd. IV, Berlin 1911, S. 385 ff.
- ders.*: Was heißt: Sich im Denken orientieren (Ev. 1786), in: AA Bd. VIII, Berlin 1923, S. 131 ff.
- ders.*: Kritik der praktischen Vernunft (1. Aufl. 1788), in: AA Bd. V, Berlin 1913, S. 1 ff.
- ders.*: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (Ev.: 1793), in: AA Bd. VIII, Berlin 1923, S. 273 ff.
- ders.*: Zum ewigen Frieden (Ev.: 1795), in: AA Bd. VIII, Berlin 1923, S. 341 ff.
- ders.*: Die Metaphysik der Sitten (Ev. 1797), in: AA Bd. VI, Berlin 1907, S. 203 ff.
- ders.*: Der Streit der Facultäten (Ev. 1798), in: AA Bd. VII, Berlin 1907, S. 1 ff.
- Kantorowicz, Hermann*: Der Landesverrat im deutschen Strafrecht, in: DJ II (1926/1927), S. 92 ff.
- Karpen, Ulrich*: „Ziviler Ungehorsam“ im demokratischen Rechtsstaat, in: JZ 1984, S. 249 ff.
- Kasiske, Peter*: Übungsfall: Leise pfeift der Whistleblower, in: ZJS 2016, S. 628 ff.

- Kaspar, Johannes*: Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung – Zugleich ein Beitrag zur Systematisierung der Beweisverbotslehre, in: GA 2013, S. 206 ff.
- Kaufmann, Arthur*: Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht, in: Roxin (Hg.), FS für Heinrich Henkel zum 70. Geb., Berlin/New York 1974, S. 89 ff.
- ders.*: Der BGH und die Sitzblockade, in: NJW 1988, S. 2581 ff.
- Keienburg, Johannes*: Immanuel Kant und die Öffentlichkeit der Vernunft, Berlin/New York 2011.
- Keller, Rainer*: Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten, Berlin 1989.
- Keller, Simon*: Patriotism as Bad Faith, in: Ethics 115 (2005), S. 563 ff.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960.
- Kempff, Gilbert*: „Treuepflicht“ und Kündigungsschutz. Gemeinschafts- und Treuegedanke – eine Ideologie?, in: DB 1979, S. 790 ff.
- Kersten, Jens*: Anonymität in der liberalen Demokratie, in: JuS 2017, 193 ff.
- kgp/dpa/dapd*: CSU vergleicht WikiLeaks-Enthüllungen mit Stasi, in: Spiegel Online 30.11.2010 (<https://www.spiegel.de/politik/ausland/botschaftsdespeschen-csu-vergleicht-wikileaks-enthuellungen-mit-stasi-a-732068.html>).
- kgp/fab/AP/Reuters/dpa*: Putin bietet Snowden Bleiberecht an – unter einer Bedingung, in: Spiegel Online v. 1.7.2013 (<https://www.spiegel.de/politik/ausland/snowden-darf-in-russland-bleiben-unter-bedingungen-a-908849.html>).
- King, Martin Luther*: Letter from Birmingham City Jail, in: Bedau (Hg.), Civil Disobedience in Focus, London/New York 1991, S. 68 ff.
- Kirkpatrick, David D.*: Tunisia Leader Flees and Prime Minister Claims Power, in: NYT v. 15.1.2011, S. A1.
- Kirschbaum, Erik*: Snowden says NSA engages in industrial espionage: TV, in: Reuters World News v. 26.1.2014 (<https://www.reuters.com/article/us-security-snowden-germany-idUSBREA0P0DE20140126>).
- Kisker, Silke*: Die Nichtanzeige geplanter Straftaten – §§ 138, 139 StGB, Berlin 2002.
- Kißler, Leo*: Die Öffentlichkeitsfunktion des Deutschen Bundestages. Theorie – Empirie – Reform, Berlin 1976.
- Klatt, Wolfgang*: Treuepflichten im Arbeitsverhältnis. Eine rechtshistorische Untersuchung, Pfaffenweiler 1990.
- Klein, Franz* (Begr.), Abgabenordnung einschließlich Steuerstrafrecht, 15. Aufl., München 2020.
- Kleine-Cosack, Michael*: Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung, Kommentar, 7. Aufl., München 2015.
- Kleinschroth, Maria*: Missstand in der Altenpflege. Wer petzt, fliegt raus, in: taz v. 2.10.2008 (<https://taz.de/Missstand-in-der-Altenpflege/!5174919/>).
- Kloepfer, Michael*: Informationsfreiheitsgesetz und Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, in: Dix/Franßen/Kloepfer et al. (Hg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht. Jahrbuch 2011, S. 179 ff.
- Klein, Walter*: Zum Begriff des öffentlichen Interesses, Münster 1969.
- Klug, Ulrich*: Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale beim Staatsgeheimnisbegriff, in: Bockelmann/Arthur Kaufmann/Klug (Hg.), FS für Karl Engisch zum 70. Geb., Frankfurt a. M. 1969, S. 570 ff.
- ders.*: Der Ossietzky-Prozeß 1931 – Strafrechtsschutz für illegale Staatsgeheimnisse einst und jetzt –, in: Prütting (Hg.), FS für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geb., Köln/Berlin/Bonn/München 1990, S. 249 ff.

- ders.*: Überlegungen zum Versuch einer Wiederaufnahme des Carl von Ossietzky-Prozesses nach 60 Jahren, in: Seebode (Hg.), FS für Günter Spendel zum 70. Geb., Berlin/New York 1992, S. 680 ff.
- Koch, Arnd*: Denunciatio, Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts, Frankfurt a. M. 2006.
- ders.*: Korruptionsbekämpfung durch Geheimnisverrat? Strafrechtliche Aspekte des Whistleblowings, in: ZIS 2008, S. 500 ff.
- Koenig, Ulrich (Hg.), Abgabenordnung, 3. Aufl., München 2014.
- Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jörn (Hg.): Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. Aufl., München 2021.
- Kohn, Stephen M.*: The Whistle-Blowers of 1777, in: NYT v. 13.6.2011, S. A23.
- Köbel, Ralf/Herold, Nico*: Whistleblowing und das Geheimwissen des Staates, in: GA 2022, S. 377 ff.
- Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, hg. von Franzen/Gallner/Oetker, 3. Aufl., München 2020.
- Konopatsch, Catherine*: Whistleblowing in der Schweiz – Mitteilung an die Presse als ultima ratio, in: NZWiSt 2012, 217 ff.
- Kornmeier, Claudia*: Jagd auf Edward Snowden „Die USA sind bei Auslieferungen selbst sehr streng“, Interview mit Kai Peters, in: Legal Tribune Online v. 27.6.2013 (<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/snowden-prism-auslieferung-asyl/>).
- Kramer, Ernst A.*: Der Kampf um die Rechtswissenschaft, in: ZRP 1970, S. 80 ff.
- Kramme, Anette*: Whistleblowing: Brauchen Hinweisgeber mehr rechtlichen Schutz? Pro: Gesellschaft und Rechtsstaat profitieren von Hinweisgebern, in: Recht und Politik 2/2012, S. 78.
- Krauth, Hermann/Kurfess, Werner/Wulf, Helmut*: Zur Reform des Staatsschutz-Strafrechts durch das Achte Strafrechtsänderungsgesetz, in: JZ 1969, S. 609 ff.
- Kreis, Simona*: Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, Das öffentliche Informationsinteresse am Arbeitsplatz, Tübingen 2017.
- Kretschmer, Petra*: Strafrechtlicher Ehreenschutz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika. Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der strafrechtsdogmatischen Einordnung der Wahrnehmung berechtigter Interessen, Frankfurt a. M./Berlin/Bern et al. 1994.
- Krey, Volker*: Zum Begriff des „Wohls der Bundesrepublik Deutschland“ in § 99 Abs. 1 und 2 StGB, in: ZStW 79 (1967), S. 103 ff.
- Krey, Volker/Esser, Robert*: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016.
- Kröpil, Karl*: Ziviler Ungehorsam und Whistleblowing, in: RuP 4/2013, S. 193 ff.
- Krüger, Jochen*: Vorlesungsstörungen, Hausfriedensbruch und Wahrnehmung berechtigter Interessen – zur strafrechtlichen Problematik eines Universitätskonflikts, Saarbrücken 1978.
- Kühl, Christian*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München 2017.
- Kuhlen, Lothar*: Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis, in: Hilgendorf (Hg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Tübingen 2013, S. 45 ff.
- Kühling, Jürgen*: Im Dauerlicht der Öffentlichkeit – Freifahrt für personenbezogene Bewertungsportale!?, in: NJW 2015, S. 447 ff.
- Kuhn, Mirja*: Der verfassungsrechtliche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Und seine Berücksichtigung bei der Herausgabe von Verbraucherinformationen durch die Behörden in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt a. M. 2015.

- Kumar, Manohar*: For whom the Whistle blows? Secrecy, Civil Disobedience, and Democratic Accountability, Rom 2013.
- Kumar, Manohar/Santoro, Daniele*: A justification of whistleblowing, in: *Philos. Soc. Crit.* 43 (2017), S. 669 ff.
- dies.*: *Speaking Truth to Power – A Theory of Whistleblowing*, Cham 2018.
- Küper, Wilfried*: *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Berlin 1979.
- Küttner, Wolfdieter* (Begr.), *Personalbuch 2021. Arbeitsrecht. Lohnsteuerrecht. Sozialversicherungsrecht*. Hg. v. Roller, 28. Aufl., München 2021.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, hg. v. Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018.
- Ladd, John*: „Loyalty“, in: *Edwards* (Hg.): *The Encyclopedia of Philosophy*, Bd. V, New York/London 1967.
- Ladeur, Karl-Heinz/Gostomzyk, Tobias*: Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs. Geht die große Zeit des privaten Presserechts im Internet zu Ende?, in: *NJW* 2012, S. 710 ff.
- de Lagasnerie, Geoffroy*: *Die Kunst der Revolte. Snowden, Assange, Manning*, Berlin 2016 (Ev. Paris 2015).
- Lagodny, Otto*: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, S. 42 ff.
- Laker, Thomas*: *Ziviler Ungehorsam*, Baden-Baden 1986.
- Lampe, Ortrun*: *Defensiver und aggressiver übergesetzlicher Notstand*, in: *NJW* 1968, S. 88 ff.
- Langenfeld, Christine*: *Das Petitionsrecht*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. III, 3. Aufl., Heidelberg 2005, § 39 S. 263 ff.
- Langer, Claudia*: *Reform nach Prinzipien. Untersuchungen zur politischen Theorie Immanuel Kants*, Stuttgart 1986.
- Lawmer, Robert A.*: Whistleblowing and Employee Loyalty, in: *J. Bus. Ethics* 11 (1992), S. 125 ff.
- Laufs, Rainer/Laufs, Adolf*: *Aids und Arztrecht*, *NJW* 1987, S. 2257 ff.
- Law Commission, *Consultation Paper No 230, Protection of Official Data, A Consultation Paper*, London 2017.
- Law Commission, *Consultation Paper No 395, Protection of Official Data, Report*, London 2020.
- Leinen, Jo*: *Ziviler Ungehorsam als fortgeschrittene Form der Demonstration*, in: *Glötz* (Hg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt a. M. 1983, S. 23 ff.
- Leinveber, Gerhard*: *Zur Frage des persönlichkeitsrechtlichen Schutzes mündlicher und schriftlicher Äußerungen*, in: *GRUR* 1968, S. 81 ff.
- Leipziger Kommentar, *Strafgesetzbuch*:
- Bd. I, §§ 1–152, hg. v. Jagusch/Mezger/Schaefer/Werner, 8. Aufl., Berlin 1957
  - Bd. III, §§ 32–37, hg. v. Cirener/Radtke/Rissing-van-Saan/Rönnau/Schluckebier, 13. Aufl., Berlin 2019
  - Bd. VI, §§ 146–210, hg. v. Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, 12. Aufl., Berlin 2009
  - Bd. VII, §§ 80–121, hg. v. Cirener/Radtke/Rissing-van-Saan/Rönnau/Schluckebier, 13. Aufl., Berlin 2021
  - Bd. XIII, §§ 331–358, hg. v. Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, 12. Aufl., Berlin 2009.

- Leite, Alar*: Whistleblowing und das System der Rechtfertigungsgründe. Das erlaubte Whistleblowing nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz als ‚fördernder Rechtfertigungsgrund‘, in: GA 2021, 129 ff.
- Leitner, Werner/Rosenau, Henning* (Hg.), Nomos Kommentar. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Lenckner, Theodor*: Aussagepflicht, Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrecht, in: NJW 1965, S. 321 ff.
- ders.*: Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein „übergesetzlicher“ Rechtfertigungsgrund?, in: Hauser/Rehberg/Stratenwerth (Hg.), GS für Peter Noll, Zürich 1984, S. 243 ff.
- Lenz, Helmut*: Mitteilung, Arbeitstagung der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer Juristen (AsJ), NJW 1963, S. 1345 f.
- Leroy, Marie-Laure*: Le panoptique inversé: Théorie du contrôle dans la pensée de Jeremy Bentham, in: Lazzeri (Hg.), La production des institutions, S. 155 ff.
- Levey-Baker, Cooper*: Huckabee calls for execution of person who leaked diplomatic documents to WikiLeaks, in: The Florida Independent v. 30.11.2010 (<https://floridaindependent.com/huckabee-calls-for-execution-of-person-who-leaked-diplomatic-documents-to-wikileaks-news-politics-media/>).
- Lewis, David*: The EU Directive on the Protection of Whistleblowers: A Missed Opportunity to Establish International Best Practices?, in: Labour Studies 9 (2020), S. 1 ff.
- Lewis, Paul*: Veteran civil rights leader: Snowden acted in tradition of civil disobedience, in: The Guardian v. 7.8.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/aug/07/john-lewis-civil-rights-edward-snowden>).
- Liebknacht, Wilhelm*: Wissen ist Macht – Macht ist Wissen. Vortrag gehalten zum Stiftungsfest des Dresdener Bildungsvereins am 5. Februar 1872 und zum Stiftungsfest des Leipziger Arbeiterbildungsvereins am 25. Februar 1872.
- Lindblom, Lars*: Dissolving the Moral Dilemma of Whistleblowing, in: J. Bus. Ethics 76 (2007), S. 413 ff.
- Löffler, Martin*: Presserecht. Kommentar zum Reichsgesetz über die Presse, München 1955.
- Löffler, Martin* (Begr.), Presserecht. Kommentar zu den deutschen Landespressegesetzen (u. a), 6. Aufl., München 2015, hg. v. Sedelmeier/Burkhardt.
- Lorenz, Bernd*: Anonymität im Internet? – Zur Abgrenzung von Diensteanbietern und Nutzern, in: VuR 2014, S. 83 ff.
- Lotter, Konrad*: Arcana Imperii – Geheimbereiche der Macht, geschichtliche Ausformungen eines umstrittenen Begriffs der politischen Theorie, in: Widerspruch, Münchner Zeitschrift für Philosophie, Bd. 59, Jahrgang 33 (2014), S. 13 ff.
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner*, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. V.2, §§ 158–212b, hg. v. Becker/Erb/Esser et al., 27. Aufl., Berlin/Boston 2018.
- Löwenthal, Hans*: Der Landesverrat im Strafgesetzentwurf, in: DJ Bd. III (1927/1928), S. 120 ff.
- Luban, David*: The Publicity Principle, in: Goodin (Hg.), The Theory of Institutional Design, Cambridge/New York/Melbourne 1998, S. 154 ff.
- Lucas, Javier de*: Über das Verhältnis von Politik und Moral: Das Publizitätsprinzip im Werk Immanuel Kants, in: Garzón Valdés (Hg.), Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, Berlin 1990, S. 265 ff.
- Lüderssen, Klaus*: Zur Konkretisierung der Vermögensbetreuungspflicht in § 266 Strafgesetzbuch durch § 87 Abs. 1 Satz 1 Aktiengesetz. Das Problem akzessorischer Bindung strafrechtlicher Normen an kontrovers interpretierte Normen anderer Rechtsgebiete, in:



- Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hg.), FS für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geb., S. 569 ff.
- Luhmann, Niklas: Schubert, Glendon, The Public Interest. A Critique of the Theory of a Political Concept. The Free Press of Glencoe, New York 1960. 244 S. (Buchbesprechung.), in: Der Staat 1962, S. 375 ff.
- ders.: Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, Berlin 1966.
- ders.: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993.
- Lutterbach, Carolin: Die strafrechtliche Würdigung des Whistleblowings, Bremen 2010.
- Lüttger, Hans: Das Staatsschutzstrafrecht gestern und heute, in: JR 1969, S. 121 ff.
- Mac Askill, Ewen: NSA paid Millions to cover Prism Compliance Costs for Tech Companies, in: The Guardian v. 23.8.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/aug/23/nsa-prism-costs-tech-companies-paid>).
- Mac Askill, Ewen/Borger, Julian/Hopkins, Nick/Davies, Nick/Ball, James: GCHQ taps fibre-optic cables for secret access to world's communications, in: The Guardian v. 21.6.2013 (<https://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/gchq-cables-secret-world-communications-nsa>).
- dies.: How does GCHQ's internet surveillance work?, in: The Guardian v. 21.6.2013 (<https://www.theguardian.com/uk/2013/jun/21/how-does-gchq-internet-surveillance-work>).
- Mahnhold, Thilo: „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“ – Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt, in: NZA 2008, S. 737 ff.
- Maier, Antonia: Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im schwedischen, englischen und deutschen Recht, Köln/Berlin/Bonn/München, 1998.
- Maihofer, Werner: Pressefreiheit und Landesverrat, Teil I und II, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 1963, S. 26 ff. und S. 107 ff.
- Makowicz, Bartosz/Schloussen, Louisa: Der Entwurf des Hinweisgeberschutzgesetzes – eine Zeitenwende?, in: comply 2021, S. 62 ff.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Begr./Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band I: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Aufl., München 2010.
- Mansbach, Abraham: Whistleblowing as Fearless Speech: The Radical Democratic Effects of Late Modern Parrhesia, in: David Lewis/Vandekerckhove (Hg.), Whistleblowing and Democratic Values, S. 12 ff.
- Marcic, René: Skizze einer Magna Charta der Presse, in: Juristische Blätter 1955, S. 192 ff.
- ders.: Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957.
- ders.: Die Öffentlichkeit als Prinzip der Demokratie, in: Ehmke/Schmid/Scharoun (Hg.), FS für Adolf Arndt zum 65. Geb., Frankfurt a. M. 1969, S. 267 ff.
- Marx, Karl: Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie (Ev. 1927), in: Karl Marx/Friedrich Engels, Werke, Bd. I, Berlin 1981, S. 203 ff.
- Matt, Holger/Renzikowski, Joachim (Hg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., München 2020.
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil, München 1964.
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred: Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband 2, Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Aufl., Heidelberg 2012.
- Maurer, Hartmut: Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV., 3. Aufl. 2006, § 79, S. 395 ff.
- Maurer, Karl Ludwig Konrad: Neuer Jesuitenspiegel: insbesondere Beweis, dass die Jesuiten den Satz lehren: Der Zweck heiligt die Mittel, Mannheim 1868.

- Mayer, Markus A.: Geschäfts- und Betriebsgeheimnis oder Geheimniskrämerei?, in: GRUR 2011, S. 884 ff.
- McGuire, Mary-Rose: Begriff und Rechtsnatur des Geschäftsgeheimnisses – Über ungeschriebene Unterschiede zwischen altem und neuem Recht, in: Ahrens/Büscher/Goldmann (Hg.), FS für Harte-Bravendamm, München 2020, S. 367 ff.
- Meißner, Andreas: Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand (§ 34 StGB), Berlin 1990.
- Meister, Andre: Geheimer Geldregen: Verfassungsschutz arbeitet an „Massendatenauswertung von Internetinhalten“ (Updates), in: netzpolitik.org v. 25.2.2015 (<https://netzpolitik.org/2015/geheimer-geldregen-verfassungsschutz-arbeitet-an-massendatenauswertung-von-internetinhalten/>).
- ders.: Geheime Referatsgruppe: Wir enthüllen die neue Verfassungsschutz-Einheit zum Ausbau der Internet-Überwachung (Updates), in: netzpolitik.org v. 15.4.2015 (<https://netzpolitik.org/2015/geheime-referatsgruppe-wir-enthuellen-die-neue-verfassungsschutz-einheit-zum-ausbau-der-internet-ueberwachung/>).
- ders.: Liebe Landesverrat-Quelle „Unbekannt“: Die Ermittlungen gegen dich sind eingestellt, in: netzpolitik.org v. 6.7.2016 (<https://netzpolitik.org/2016/liebe-landesverrat-quelle-unbekannt-die-ermittlungen-gegen-dich-sind-eingestellt/>).
- Melzer, Nils: Der Fall Julian Assange: Geschichte einer Verfolgung – Der spektakuläre Report des UNO-Sonderberichterstatters für Folter, München 2021.
- Meyer-Gofßner, Lutz/Schmitt, Bertram, Strafprozessordnung, 65. Aufl., München 2022.
- Michalos, Alex C.: The Loyal Agent’s Argument, reprint in: Beauchamp/Bowie (Hg.), Ethical Theory and Business, Englewood Cliffs 1979, S. 338 ff.
- ders.: Loyalty Does not Require Illegality, Immorality or Stupidity, in: National Forum 61 (1981), S. 51 ff.
- Michalowski, Sabine: Schutz der Vertraulichkeit strafrechtlich relevanter Patienteninformationen, in: ZStW 109 (1997), S. 519 ff.
- Mittelbach, (Vorname unbekannt): Anm. zu OLG München, Beschl. v. 26.4.1956 – Ws 208/56 – MDR 1956, S. 565 f.
- Moberly, Richard E.: Whistleblowers and the Obama Presidency: The National Security Dilemma, in: Employee Rights and Employment Policy Journal 2012, S. 51 ff.
- Möhrenschlager, Manfred: Das Siebzehnte Strafrechtsänderungsgesetz, Zur Geschichte, Bedeutung und Aufhebung des § 353 c Abs. 1 StGB, in: JZ 1980, S. 161 ff.
- Mückenberger, Ulrich: Entscheidungen, in: KJ 1983, S. 69 ff.
- Müller, Henning: Was bedeutet „Landesverteidigung“ im StGB?, in: NSTZ 2002, S. 633 ff.
- Müller, Michael: Whistleblowing – ein Kündigungsgrund?, in: NZA 2002, S. 424 ff.
- Müller-Neuhof, Jost: Im Zweifel gegen Transparenz, in: Dix/Franßen/Kloepfer/Schaar/Schoch/Voßhoff (Hg.), Informationsfreiheit und Informationsrecht, Jahrbuch 2016, S. 9 ff.
- Müllmann, Dirk: Mehr als nur Whistleblowing: Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, in: ZRP 2019, S. 25 ff.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. I: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl., hg. v. Kiel/Lunk/Oetker, München 2018.
- Münchener Kommentar zum BGB, Bd. VII, 8. Aufl., hg. v. Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, München 2020.
- Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, hg. v. Heermann/Schlingloff – Bd. I, Grundlagen, 3. Aufl., München 2020  
– Bd. II, §§ 5–20 UWG, 2. Aufl., München 2014.

- Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., hg. v. Joecks/Schmitz, Bd. VII, Nebenstrafrecht II, München 2015.
- Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., hg. v. Joecks/Miebach,  
– Bd. III, §§ 80–184j, München 2017  
– Bd. VII, Nebenstrafrecht II, München 2019.
- Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., hg. v. Erb/Schäfer,  
– Bd. I, §§ 1–37, 4. Aufl., München 2020  
– Bd. III, §§ 80–184k, München 2021  
– Bd. IV, §§ 185–262, München 2021  
– Bd. V, §§ 263–297, München 2022  
– Bd. VI, §§ 298–358, München 2022.
- N. N.*: Der Minister und die Wanze, in: Der Spiegel v. 28.2.1977, S. 20 f. (<https://www.spiegel.de/politik/der-minister-und-die-wanze-a-6020d51e-0002-0001-0000-000040941938>).
- N. N.*: Explosive Leaks Provide Image of War from Those fighting it, in: Spiegel Online International v. 25.7.2010 (<https://www.spiegel.de/international/world/afghanistan-explosive-leaks-provide-image-of-war-a-708314.html>).
- N. N.*: Piecing Together the Reports, and Deciding What to Publish, in: NYT v. 26.7.2010, S. A8.
- N. N.*: Merkels Handy steht seit 2002 auf US-Abhörliste, in: Spiegel Online v. 26.10.2013 (<https://www.spiegel.de/politik/deutschland/nsa-ueberwachung-merkel-steht-seit-2002-auf-us-abhoerliste-a-930193.html>).
- N. N.*: Koalition scheidet bei Whistleblowing-Gesetz, SZ v. 28.4.2021 (<https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/whistleblower-lambrecht-unternehmen-1.5278761>).
- Naber, Sebastian/Peukert, Matthias/Seeger, Borge*: Arbeitsrechtliche Aspekte des Geschäftsgeheimnisgesetzes, in: NZA 2019, S. 583 ff.
- Nasu, Hitoshi*: State Secrets Law and National Security, in: International and Comparative Law Quarterly 64 (2015), S. 365 ff.
- Nathanson, Stephen*: Patriotism, Morality, and Peace, Lanham, Maryland 1993.
- ders.*: Opinion Letter – Obama’s Defense of Surveillance, in: NYT v. 13.8.2013, S. A22.
- Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des Preußischen Justizministers, Berlin 1933.
- Naucke, Wolfgang*: Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat. Eine Annäherung, Münster 2012.
- Near, Janet P./Miceli, Marcia P.*: Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing, in: Journal of Business Ethics 4 (1985), S. 1 ff.
- Nelson, Leonard*: Die Theorie des wahren Interesses und ihre rechtliche und politische Bedeutung, Göttingen 1913.
- Nešković, Wolfgang*: Verfassungsrechtliche Alphabeten, in: Telepolis v. 6.8.2015 (<https://www.heise.de/tp/features/Verfassungsrechtliche-Alphabeten-3374746.html?seite=all>).
- Nesson, Charles R.*: Aspects of the Executive's Power Over National Security Matters: Secrecy Classifications and Foreign Intelligence Wiretaps, in: Indiana Law Journal 49 (1974), S. 399 ff.
- Neuhaus, Ralf*: Compliance Systeme und Vorfeldermittlungen, in: Baums/Cahn (Hg.), Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral, Berlin/New York 2010, S. 348 ff.
- Neumann, Ulfrid*: Der Rechtfertigungsgrund der Kollision von Rettungsinteressen, in: Schünemann/Achenbach/Bottke et al. (Hg.), FS für Claus Roxin zum 70. Geb., Berlin/New York 2001, S. 421 ff.
- ders.*: Gustav Radbruchs Beitrag zur Strafrechtsreform, in: KJ 2004, S. 431 ff.

- Nida-Rümelin, Julian*: Demokratie will Öffentlichkeit. Hat Immanuel Kant von Wikileaks geträumt? Der Philosoph hielt radikale Publizität für eine Bedingung des Friedens, in: *Die Zeit* v. 16.12.2010, S. 52.
- Niese, Werner*: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Göttingen 1950.
- Nöbel, Eileen/Veljovic, Miguel*: Strafbarkeitsrisiken des Whistleblowers in Deutschland, in: *CB* 2020, S. 34 ff.
- Noll, Peter*: Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, in: *ZStrR* (80) 1964, S. 160 ff.
- ders.*: Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: *ZStW* 77 (1965), S. 1 ff.
- Norrie, Alan*: *Crime, Reason and History, A Critical Introduction to Criminal Law*, 3. Aufl., Cambridge 2014.
- Ohly, Ansgar*: Verändert das Internet unsere Vorstellung von Persönlichkeit und Persönlichkeitsrecht?, in: *AFPr* 2011, S. 428 ff.
- ders.*: Das neue Geschäftsgeheimnisgesetz im Überblick, in: *GRUR* 2019, S. 441 ff.
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf*: *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar*, 7. Aufl., München 2016.
- Ormerod, David/Laird, Karl*: *Smith and Hogan's, Text, Cases, and Materials on Criminal Law*, 11. Aufl., Oxford 2014.
- von Ossietzky, Carl*: „Rechenschaft“, in: *Die Weltbühne* v. 10.5.1932, S. 690.
- Ostendorf, Heribert*: Die Informationsrechte der Strafverfolgungsbehörden gegenüber anderen staatlichen Behörden im Widerstreit mit deren strafrechtlichen Geheimhaltungspflichten, *DRiZ* 1981, S. 4 ff.
- ders.*: Gekaufte Strafverfolgung, Die Strafbarkeit des Erwerbs von „geklauten“ Steuerdaten und ihre Beweisverwertung, in: *ZIS* 2010, S. 301 ff.
- Otto, Harro*: Strafrechtliche Konsequenzen aus der Ermöglichung der Kenntnisnahme von Bankgeheimnissen in einem öffentlich-rechtlichen Kreditinstitut durch Wartungs- und Servicepersonal eines Computer-Netzwerks, in: *wistra* 1999, S. 201 ff.
- Pabel, Katharina/Schmahl, Karl Wolfram* (Hg.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Loseblatt-Ausgabe, Werkstand: 24. EL.*, Köln 2019.
- Paeffgen, Hans-Ullrich*: Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, Berlin 1979.
- Parzeller, Markus/Bratzke, Hansjürgen*: Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht, in: *DÄBl.* 37/2000, S. A 2364 ff.
- Paschke, Marian/Berlit, Wolfgang/Meyer, Claus* (Hg.), *Hamburger Kommentar. Gesamtes Medienrecht*, 3. Aufl., Baden Baden 2016.
- Passarge, Malte*: Compliance bei Unternehmen der öffentlichen Hand, in: *NVwZ* 2015, S. 252 ff.
- ders.*: Der Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) – Das Gegenteil von gut gemacht ist gut gemeint, in: *CB* 2018, S. 144 ff.
- Pattenden, Rosemary*: *The Law of Professional-Client Confidentiality*, Oxford 2003.
- Pawlik, Michael*: *Der rechtfertigende Notstand*, Berlin/New York 2002.
- ders.*: Zur strafprozessualen Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter ausländischer Bankdaten, *JZ* 2010, S. 693 ff.
- von Pechmann, Alexander*: Der Doppelcharakter des Staates, Zur Dialektik von Öffentlichkeit und Arkanum, in: *Widerspruch, Münchener Zeitschrift für Philosophie*, Bd. 59, Jahrgang 33 (2014), S. 53 ff.

- Perron, Walter*: BGH 23.3.2001 – 2 StR 488/00. Zum Verhältnis der Tatbestandsmerkmale „Offenbarung eines Geheimnisses“ und „Verletzung wichtiger öffentlicher Interessen“, in: JZ 2002, S. 48 ff.
- Peter, Gabriele/Rohde-Liebenau, Björn*: Ausgewählte Entscheidungen, Kündigung wegen Strafanzeige, Anmerkung zu BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 23, in: AuR 2004, S. 427 ff.
- Peters, Charles/Branch, Taylor*: *Blowing the whistle: Dissent in the public interest*. New York 1972.
- Petruzzi, Michelle*: Bewertungsplattformen. Überdehnung der Meinungsfreiheit zu Lasten der Betroffenen vs. gerechtfertigte Einschränkung zu Lasten der Bewertenden, in: MMR 2017, S. 800 ff.
- Pfeiffer, Raymond S.*: Owing Loyalty to One's Employer, in: J. Bus. Ethics 11 (1992), S. 535 ff.
- Pfeifle, Theresa*: *Finanzielle Anreize für Whistleblower im Kapitalmarktrecht*, Baden-Baden 2016.
- von der Pfordten, Dietmar*: (Antworten auf die) Umfrage, Zwischen Recht und Ausnahme, drei staats- und rechtstheoretische Fragen, in: *Widerspruch*, Münchener Zeitschrift für Philosophie, Bd. 59, Jahrgang 33 (2014), S. 38 ff.
- Pilkington, Ed*: Bradley Manning a traitor who set out to harm US, prosecutor concludes, in: *The Guardian*, v. 25.7.2013 (<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/25/bradley-manning-traitor-wikileaks-prosecution>).
- Pitzer, Friedmann*: Zur Verfassungsmäßigkeit von Regierungsgutachten im Landesverratsverfahren, in: NJW 1962, S. 2235 f.
- Platon*: Verteidigung des Sokrates, in: Drescher (Hg.), *Platon, Sämtliche Werke*, Bd. 1, Berlin 1848, S. 1 ff.
- Plog, Ernst/Wiedow, Alexander (Begr.)*: *Bundesbeamtengesetz Kommentar*, Bd. I., Loseblattwerk, Werkstand: 9.10.2019.
- Poitras, Laura/Rosenbach, Marcel/Stark, Holger*: GCHQ and NSA Targeted Private German Companies and Merkel, in: *Spiegel Online* v. 29.10.2014 (<https://www.spiegel.de/international/germany/gchq-and-nsa-targeted-private-german-companies-a-961444.html>).
- Polaczy, August*: *Die Anwendung des § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen) im Beamtendisziplinarrecht*, München 1959.
- Poster, Mark*: *The Second Media Age*, Oxford 1995.
- Pozen, David E.*: The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone unlawful Disclosures of Information, in: *Harvard Law Review* 127 (2013), S. 512 ff.
- ders.*: Edward Snowden, National Security Whistleblowing, and Civil Disobedience, in: *Whistleblowing Nation. The History of National Security Disclosures and the Cult of State Secrecy*, New York 2020, S. 327 ff.
- Preis, Ulrich/Reinfeld, Roland*: Schweigepflicht und Anzeigerecht im Arbeitsverhältnis, in: AuR 1989, S. 361 ff.
- Preis, Ulrich/Seiwert, Stephan*: Geheimnisschutz im Arbeitsrecht nach dem Geschäftsheimnissgesetz, in: RdA 2019, S. 351 ff.
- Prittitz, Cornelius*: Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio?, Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate, in: *Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (Hg.), Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 1995, S. 387 ff.
- Privacy and Civil Liberties Oversight Board, *Report on the Surveillance Program Operated Pursuant to Section 702 of the Foreign Intelligence Surveillance Act* v. 2.7.2014.

- Privacy and Civil Liberties Oversight Board, Report on the Telephone Records Program Conducted under Section 215 of the USA PATRIOT Act and on the Operations of the Foreign Intelligence Surveillance Court, v. 23.1.2014 (<https://irp.fas.org/offdocs/pclob-215.pdf>).
- Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, I. Abteilung, Weimarer Republik (1918–1932), Bd. I, Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch (1919, 1922, 1924/25 und 1927), hg. v. Schubert/Regge, Berlin/New York 1995 (zit. Quellen I.1.).
- Radack, Jesselyn*: „Too Classified to Try“ Myth in Failed Drake Prosecution, in: Daily Kos, v. 11.6.2011 (<https://www.dailykos.com/stories/2011/6/11/984192/>).
- dies.*: Why Edward Snowden Wouldn't Get a Fair Trial, in: The Wall Street Journal v. 21.1.2014 (<https://www.wsj.com/articles/jesselyn-radack-why-edward-snowden-wouldn-8217t-get-a-fair-trial-1390351525?ns=prod/accounts-wsj>).
- Radbruch, Gustav*: Regierungsvorlage 1922 und Reichsratsvorlage 1924. Mitteilungen von Prof. Dr. Gustav Radbruch in Kiel, in: ZStW 45 (1925), S. 417 ff.; wieder abgedruckt, in: Arthur Kaufmann (Hg.), RGA IX (Strafrechtsreform), Heidelberg 1992, S. 211 ff.
- ders.*: Der Landesverrat im Strafgesetzentwurf, in: DJ Bd. III (1927/1928), S. 103 ff.; wieder abgedruckt, in: Arthur Kaufmann (Hg.), RGA Bd. IX (Strafrechtsreform), Heidelberg 1992, S. 262 ff.
- ders.*: Landesverrat und kein Ende, in: DJ Bd. III (1927/1928), S. 384 ff.; wieder abgedruckt in: Arthur Kaufmann (Hg.), RGA IX (Strafrechtsreform), Heidelberg 1992, S. 279 ff.
- ders.*: Fall Küster Salomon, Einige Fragen, die das Reichsgericht bei der schriftlichen Begründung des Urteils wird beantworten müssen, in: Vorwärts v. 21.3.1928; wieder abgedruckt, in: RGA XII (Politische Schriften aus der Weimarer Zeit I), Heidelberg 1992, S. 217 f.
- Radtke, Henning*: Überlegungen zum Verhältnis von ‚zivilem Ungehorsam‘ zur ‚Gewissens-tat‘, in: GA 2000, S. 19 ff.
- Rahimi Azar, Shahin*: Strafrechtliche Implikationen des Whistleblowings, in: JuS 2017, S. 930 ff.
- Rawls, John*: A theory of Justice (Ev. 1971), Revised Ed., Cambridge, Massachusetts 1999.
- ders.*: Eine Theorie der Gerechtigkeit (Ev. der Übersetzung 1979), 18. Aufl., Frankfurt a. M. 2012.
- ders.*: Justice as Fairness, Cambridge, Massachusetts/London 2001.
- Raz, Joseph*: The Authority of Law. Essays on Law and Morality, New York 1979.
- ders.*: Civil Disobedience, in: Bedau (Hg.), Civil Disobedience in Focus, London/New York 1991, S. 159 ff.
- Regan, Robert E.*: Problems of Professional Secrecy, in: Catholic Theological Society of America proceedings 10. (1955), S. 152 ff.
- Reich, Andreas*: Beamtenstatusgesetz, 3. Aufl., München 2018.
- Reichsanwaltschaft, Der Landesverrat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Denkschrift der Reichsanwaltschaft, Drucks. Nr. 110 des 21. Ausschusses des Reichstags, IV. Wahlperiode, 1928.
- Reinbacher, Tobias*: Die Strafbarkeit des Whistleblowings nach § 17 UWG im Lichte der Geheimnisschutzrichtlinie, in: KriPoZ 2018, S. 115 ff.
- ders.*: Der neue Straftatbestand des § 23 GeschGehG und das Whistleblowing, in: KriPoZ 2019, S. 148 ff.
- Reinfeld, Roland*: Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, München 2019.
- Reinhardt-Kasperek, Sarah/Kaindl, Gerd*: Whistleblowing und die EU-Geheimnisschutzrichtlinie – Ein Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Schutz der Hinweisgeber?, in: BB 2018, S. 1332 ff.

- Renzikowski, Joachim*: Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe, in: Byrd/Joerden (Hg.), *Philosophia Practica Universalis*. FS für Joachim Hruschka zum 70. Geb., Berlin 2005, S. 643 ff.
- Reufels, Martin/Deviard, Katja*: Die Implementierung von Whistleblower-Hotlines aus US-amerikanischer, europäischer und deutscher Sicht, in: CCZ 2009, S. 201 ff.
- Reuling, Raimund*: Whistleblowing im Krankenhaus. Der rechtliche Schutz des Whistleblowers und dessen Strafbarkeitsrisiko unter Berücksichtigung des Geschäftsgeheimnisgesetzes am Beispiel der Divergenz zwischen medizinischer Heilbehandlung und Ökonomisierung im Krankenhaus, Berlin 2020.
- Risen, James*: Snowden Says He Took No Files to Russia, NYT v. 18.10.2013, S. A1.
- Ritter, Johannes Martin*: Verrat und Untreue an Volk, Reich und Staat, Ideengeschichtliche Entwicklung der Rechtsgestaltung des politischen Delikts in Deutschland bis zum Erlaß des Reichsstrafgesetzbuches, Berlin 1942.
- Rody, Yasamin*: Der Begriff und die Rechtsnatur von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unter Berücksichtigung der Geheimnisschutz-Richtlinie, Baden-Baden 2019.
- Rogall, Klaus*: Die Verletzung von Privatgeheimnissen (§ 203 StGB) – Aktuelle Probleme und ungelöste Fragen –, in: NSTZ 1983, S. 1 ff.
- Rohrbeck, Felix/Salewski, Christian/Schröm, Oliver*: Wirtschaftsspionage, Die Schweizer Kavallerie schlägt zurück, in: Die Zeit v. 22.3.2018, S. 23 f.
- Rolan, Neil*: Justice Dept. Chastises UBS chairman over IRS fraud probe, Investment News v. 3.3.2009 (<https://www.investmentnews.com/justice-dept-chastises-ubs-chairman-over-irs-fraud-probe-20394>).
- Rönnau, Thomas*: Die Haftungsfreistellung des „Whistleblowers“ nach § 5 Nr. 2 GeschGehG – eine gelungene Regelung?, in: Bublitz/Bung/Grünewald et al. (Hg.), *Recht – Philosophie – Literatur*, FS für Reinhard Merkel zum 70. Geb., Bd. I, Berlin 2020, S. 909 ff.
- Rösch, Ulrich*: Geheimhaltung in der rechtsstaatlichen Demokratie. Demokratietheoretische Überlegungen zum Informationsverhältnis zwischen Staat und Bürger sowie zwischen den Staatsgewalten, Baden-Baden 1999.
- Rossi, Matthias*: Informationsfreiheitsgesetz, Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2006. von Rotteck, Karl/Welcker, Carl Theodor (Hg.), *Staats-Lexikon, Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, – Bd. X, 1. Aufl., Altona 1841 – Bd. X, 3. Aufl., Leipzig 1864.
- Roxin, Claus*: Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Albrecht/Ehlers/Lamott et al. (Hg.), FS für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geb., Köln/Berlin/Bonn/München 1993, S. 441 ff.
- ders.*: Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht, in: Hilgendorf/Liang (Hg.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich*, Tübingen 2013, S. 113 ff.
- Roxin, Claus/Greco, Luís*: Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl., München 2020.
- Royce, Josiah*: *The Philosophy of Loyalty*, New York 1908.
- Rudkowski, Lena*: Kernprobleme einer gesetzlichen Regelung zum Schutz von Whistleblowern, in: CCZ 2013, S. 204 ff.
- Rudolphi, Hans-Joachim*: Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zur Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung, in: GS für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 371 ff.
- Ruegenberg, Guido*: Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schnittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren, Köln 2001.

- Ruge, Gerd (Hg.), Landesverrat und Pressefreiheit. Ein Protokoll, Köln/Berlin 1963.
- Ruhmannseder, Felix/Behr, Nicolai/Krakow, Georg: Hinweisgebersysteme, 2. Aufl., Heidelberg 2021.
- Russel, Bertrand: Power. A new social analysis, London/New York 2004.
- Rützel, Stefan: Illegale Unternehmensgeheimnisse?, in: GRUR 1995, S. 557 ff.
- Ryser, Daniel/Bachmann, Yves: „Vor unseren Augen kreierte sich ein mörderisches System“, Erstmals spricht der Uno-Sonderberichterstatte für Folter, Nils Melzer, über die brisanten Erkenntnisse seiner Untersuchung im Fall von Wikileaks-Gründer Julian Assange, in: Republik v. 31.1.2020 (<https://www.republik.ch/2020/01/31/nils-melzer-spricht-ueber-wikileaks-gruender-julian-assange>).
- Sachs, Michael (Hg.), Grundgesetz Kommentar, 9. Aufl., München 2021.
- Sagar, Rahul: Das mißbrauchte Staatsgeheimnis Wikileaks und die Demokratie, in: Geiselerberger (Redaktion), WikiLeaks und die Folgen. Hintergründe. Die Konsequenzen, Berlin 2011, S. 201 ff.
- ders.: Secrets and Leaks. The Dilemma of State Secrecy, Princeton 2013.
- Sandkühler, Hans Jörg: Recht und Staat nach menschlichem Maß, Weilerswist 2013.
- Satzger, Helmut: Der Staat als „Hehler“? Zur Strafbarkeit des Ankaufs rechtswidrig erlangter Bankdaten durch deutsche Behörden, in: Hellman/Schröder (Hg.), FS für Hans Achenbach zum 70. Geb., Heidelberg 2011, S. 447 ff.
- Sauter, Fritz: Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz, Breslau 1910.
- Savage, Ashley: Leaks, Whistleblowing and the Public Interest, The Law of Unauthorised Disclosures, Cheltenham/Northampton, Massachusetts, 2016.
- Savage, Charlie: Intelligence Contractor Is Charged in First Leak Case Under Trump, in: NYT, v. 6.6.2017, S. A4.
- Savigny, Friedrich Carl von: Rundschreiben (von Savigny eigenhändig) an die Mitglieder der preußischen Gesetzgebungskommission vom 29.10.1846 zum Landesverrat, Acta Gen. Pens. 1 Nr. 18 Bd. 1, abgedruckt, in: Wilhelm Class, Der Einfluß des Ministeriums von Savigny auf das Preußische Strafgesetzbuch von 1851, Göttingen 1926.
- Schäfer, Ulrike: Sicherungsabtretung von Honorarforderungen und Schweigepflicht, in: wistra 1993, S. 281 ff.
- Schafheutle, Josef: Das Strafrechtsänderungsgesetz, in: JZ 1951, S. 609 ff.
- Schafheutle, Klaus: Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat im Deutschen und Schweizerischen Strafrecht, Freiburg im Breisgau 1972.
- Schemmel, Alexander/Ruhmannseder, Felix/Witzigmann, Tobias: Hinweisgebersysteme, Implementierung in Unternehmen, Heidelberg 2012.
- Schenkel, Julia-Bianka: Whistleblowing und die Strafbarkeit wegen Geheimnisverrats, Hamburg 2019.
- Scherzberg, Arno: Die Öffentlichkeit der Verwaltung, Baden-Baden 2000.
- ders.: Von den arcana imperii zur freedom of information – Der lange Weg zur Öffentlichkeit der Verwaltung, in: ThürVBI 2003, S. 193 ff.
- Scheuerman, William E.: Whistleblowing as civil disobedience: The case of Edward Snowden, in: Philos. Soc. Crit. 40 (2014), S. 609 ff.
- ders.: Civil Disobedience, Cambridge/Medford 2018.
- Schieder, Tobias: Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, Tübingen 2018.
- Schiemann, Anja: Braucht Deutschland ein Whistleblower-Schutzgesetz?, in: Ahlbrecht/Dann/Wessing et al. (Hg.), Unternehmensstrafrecht, FS für Jürgen Wessing zum 65. Geb., München 2016, S. 568 ff.



- Schindler, John R.*: Snowden ist ein Russen-Agent, in: Bild.de v. 2.7.2016 (<https://www.bild.de/politik/ausland/edward-snowden/von-russen-als-spion-angeworben-46601344.bild.html>).
- Schlink, Bernhard*: Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- ders.*: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, in: Badura/Dreier (Hg.), FS – 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 456 ff.
- Schloussen, Louisa*: Umsetzung der Richtlinie zum Schutz von Hinweisgebern. Mit welchen Herausforderungen sieht sich der Gesetzgeber konfrontiert?, in: *comply* 3/2020, S. 59 ff.
- dies.*: Interne und externe Verstoßmeldeverfahren (im Erscheinen).
- Schlund, Gerhard H.*: Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 5.10.1999 – 8 U 67/99-59, in: JR 2000, S. 375 ff.
- Schmid, Alexander/Wengenroth, Lenard*: Anm. zu LG Bochum, Beschl. v. 16.3.2016 – v6 Qs 1/16, NZWiSt 2016, S. 401 ff.
- Schmid, Richard*: Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 28.4.1970 – 1 BvR 690/65, in: JZ 1970, S. 683 ff.
- Schmidhäuser, Eberhard*: Anm. zu BayObLG, Beschl. v. 13.12.1990 – RReg. 5 St 152/90, in: JZ 1991, S. 937 ff.
- Schmidt, Gerhard*: Zur Problematik des Indiskretionsdelikts, in: ZStW 79 (1967), S. 741 ff.
- Schmidt, Heiner Christian*: Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht, Baden-Baden 2008.
- Schmidt, Sandra*: Mehraktige Rechtfertigungskonstellationen am Beispiel des Festnahme-rechts und der Notrechte, Hamburg 2007.
- Schmitt, Carl*: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (Ev. 1923), 10. Aufl., Berlin 2017.
- ders.*: Römischer Katholizismus und politische Form, München 1925.
- ders.*: Verfassungslehre (Ev. 1928), 11. Aufl., Berlin 2017.
- Schmitt, Laura*: Whistleblowing revisited – Anpassungs- und Regelungsbedarf im deutschen Recht, Zugleich ein Beitrag zu den arbeitsrechtlichen Auswirkungen der Geheimnisschutzrichtlinie, in: RdA 2017, S. 365 ff.
- dies.*: Geheimnisschutz und Whistleblowing. Aktuelle Rechtslage und Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland, in: NZA-Beilage 2020, S. 50 ff.
- Schmitz, Roland*: Verletzung von (Privat)geheimnissen – Qualifikationen und ausgewählte Probleme der Rechtfertigung, in: JA 1996, S. 949 ff.
- Schneider, Gerd/Toyka-Seid, Christiane*: „Staatsraison“, Das Junge Politik-Lexikon, 4. Aufl., Bonn 2013.
- Schoch, Friedrich*: Aktuelle Fragen des Informationsrechts, in: NJW 2009, S. 2987 ff.
- ders.*: Informationsfreiheitsgesetz. Kommentar. 2. Aufl., München 2016.
- Schönke, Adolf (Begr.)/Schröder, Horst (fortgeführt von), Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl., München 2019.
- Schreiber, Markus*: Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen – ein „Freifahrtsschein“ für Whistleblower, in: NZWiSt 2019, S. 332 ff.
- Schröder, Meinhard*: Persönlichkeitsrechtsschutz bei Bewertungsportalen im Internet, in: VerwArch 2010, S. 205 ff.
- Schröder, Thomas*: Integration des Whistleblowings in die nationale Rechtsordnung, in: ZRP 2020, S. 212 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian*: Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht: eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, München 1970.

- Schröm, Oliver*: Staatsanwälte ermitteln wegen Cum-Ex-Recherchen gegen Correctiv-Chef, in: Zeit Online v. 11.12.2018 (<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-12/oliver-schroem-cum-ex-recherchen-correctiv-chefredakteur-staatsanwaltschafts-ermittlungen>).
- ders.*: In eigener Sache. Schweizer Ermittlungen gegen Oliver Schröm eingestellt, in: Correctiv v. 6.11.2019 (<https://correctiv.org/in-eigener-sache/2019/07/12/ermittlungsverfahren-gegen-correctiv-chefredakteur-eingestellt/>).
- Schroth, Ulrich*: Ankauf und Verwertung rechtswidrig erlangter Daten, in: Hilpert/Schroth (Hg.), Politik – Recht – Ethik: Vergewisserung aus der Vergangenheit und Perspektiven für die Zukunft, Stuttgart 2011, S. 186 ff.
- Schücking, Lothar*: Landesverrat und Friedensvertrag, in: DJ Bd. III (1927/1928), S. 509 ff.
- Schuldt, Lasse*: Geheimnisverrat – die Beteiligung von Journalisten an der Verletzung von Dienstgeheimnissen, Berlin 2011.
- Schüler-Springorum, Horst*: Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsams, in: Glotz (Hg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt a. M. 1983, S. 76 ff.
- Schulte von Drach, Markus C.*: Streit um Edward Snowden „Die Regierung versucht uns für dumm zu verkaufen“, Interview mit Wolfgang Nešković, in: SZ v. 8.5.2014 (<https://www.sueddeutsche.de/politik/streit-um-edward-snowden-die-regierung-versucht-uns-fuer-dumm-zu-verkaufen-1.1954951>).
- Schumann, Heribert*: OLG Düsseldorf: Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen, Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.10.1982 – 2 Ss 347/82 – 109/82 III, in: NStZ 1985, S. 169 ff.
- Schünemann, Bernd*: Nulla poena sine lege?, Berlin/New York 1978.
- ders.*: Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen, in: ZStW 90 (1978), S. 11 ff.
- ders.*: Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in: *ders./de Figueiredo Dias* (Hg.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln/Berlin/Bonn/München 1995, S. 149 ff.
- Schwalm, Georg*: Strafrechtlicher Persönlichkeitsschutz und die Schranken der Persönlichkeitsentfaltung, in: Hablitzel/Wollenschläger (Hg.), FS für Günther Küchenhoff zum 65. Geb., Bd. II, Berlin 1972, S. 681 ff.
- Sicherheitsrecht des Bundes, hg. v. Schenke/Graulich/Ruthig, 2. Aufl., München 2019.
- Sieber, Ulrich*: Ermittlungen in Sachen Lichtenstein – Fragen und erste Antworten, in: NJW 2008, S. 881 ff.
- Siemens, Christiane*: Die Whistleblowing-Richtlinie der EU. Perspektiven für die Rechtsdurchsetzung, München 2021.
- Simitis, Spiros*: Die verordnete Sprachlosigkeit: Das Arbeitsverhältnis als Kommunikationsbarriere, in: Brandt/Gollwitzer/Henschel (Hg.), Ein Richter, ein Bürger, ein Christ, FS für Helmut Simon, Baden-Baden 1987, S. 329 ff.
- Simpson, J. A./Weiner, E. S. C.*: The Oxford English Dictionary, Second Edition, Bd. X (Moul-Ovum), Oxford 1989.
- Sinzheimer, Hugo*: Chronik, in: DJ Bd. III (1927/1928), S. 196 ff. und S. 374 ff.
- Sixt, Manuela*: Whistleblowing im Spannungsfeld von Macht, Geheimnis und Information, Wiesbaden 2020.
- Smith, William*: Civil Disobedience and Deliberative Democracy, Abingdon/New York 2013.
- Sombart, Werner*: Händler und Helden. Patriotische Besinnungen, München/Leipzig 1915.
- Sonn, Sebastian*: Strafbarkeit des privaten Entwendens und staatlichen Ankaufs inkriminierender Kundendaten. Am Beispiel der Steuer-CD-Affäre, Hamburg 2014.

- Sontheimer, Michael*: CIA-Hacker spionieren offenbar von Frankfurt aus, in: Spiegel-Online v. 8.3.2017 (<https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/wikileaks-enthuellung-vault-7-cia-soll-auch-von-deutschland-aus-spionieren-a-1137580.html>).
- Soppa, Mathias*: Die Strafbarkeit des Whistleblowers, Baden-Baden 2018.
- Sotsek, Marc*: Anm. zu LG Bochum, Beschl. v. 16.3.2016 – v6 Qs 1/16, NStZ 2016, S. 500 ff.
- Sottek, T. C.*: New PRISM slides: more than 100,000 'active surveillance targets,' explicit mention of real-time monitoring, in: The Verge v. 29.6.2013 (<https://www.theverge.com/2013/6/29/4478572/prism-slides-surveillance-targets-real-time-monitoring>).
- Spencer, Maureen/Spencer, John*: When it all goes bad: Criminal remedies, in: Brown/Lewis/Moberly/Vandekerckhove (Hg.), International Handbook on Whistleblowing Research, Cheltenham, UK/Northampton, Massachusetts 2014, S. 405 ff.
- Spengler, Alexander*: Die Grenzen der ärztlichen Schweigepflicht nach deutschem und schweizerischem Recht in rechtsvergleichender Darstellung, unter besonderer Berücksichtigung der Strafgesetzentwürfe dieser Länder und des geltenden französischen und italienischen Rechts, Coburg 1932.
- Spernath, Valentin*: Strafbarkeit und zivilrechtliche Nichtigkeit des Ankaufs von Bankdaten, in: NStZ 2010, S. 307 ff.
- Spickhoff, Andreas*: Erfolgzurechnung und „Pflicht zum Bruch der Schweigepflicht“, in: NJW 2000, S. 848 f.
- Sporer, Helga/von Pechmann, Alexander*: „Ich versuche aufzuklären, was die Geheimdienste eigentlich machen“, im Gespräch mit Christian Ströbele, in: Widerspruch, Münchener Zeitschrift für Philosophie 2014, S. 69 ff.
- Staaß, Christian*: Mord auf Bestellung?, Interview mit der Menschenrechtsaktivistin Gaby Weber, in: Die Zeit v. 10.1.2013, S. 16.
- Stähle, Peter*: Sagte Höcherl die Wahrheit? Der Verfassungsschutz bricht seit Jahren das Postgeheimnis, in: Die Zeit v. 6.9.1963, S. 3.
- Starck, Christian*: Frieden als Staatsziel, in: Börner/Jahrreiß/Stern (Hg.), Einigkeit und Recht und Freiheit, FS für Karl Carstens zum 70. Geb., Bd. II, Köln/Berlin/Bonn/München 1984, S. 867 ff.
- ders.*: Der demokratische Verfassungsstaat, Tübingen 1995.
- von Staudinger, Julius (Begr.), BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 677–704 (Geschäftsführung ohne Auftrag), hg. v. Martinek, Berlin 2015.
- Stefanowitsch, Anatol*: „Whistleblowing“, Sprachlog v. 15.1.2011 (<http://scilogs.spektrum.de/sprachlog/whistleblower/>).
- Steiger, Wilhelm*: Die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Presse nach künftigen Strafrecht, Osterode am Harz 1932.
- Stern, Klaus/Becker, Florian (Hg.), Grundrechte-Kommentar, 3. Aufl., Köln 2019.
- Steuerstrafrecht mit Zoll- und Verbrauchsteuerstrafrecht, hg. v. Joecks/Jäger/Randt, 8. Aufl., München 2015.
- Stieb, James A.*: Clearing Up the Egoist Difficulty with Loyalty, in: J. Bus. Ethics 63 (2006), S. 75 ff.
- Stolleis, Michael*: Arcana imperii und Ratio status, Bemerkungen zur politischen Theorie des frühen 17. Jahrhunderts, Hamburg 1980.
- ders.*: Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, hg. von Ruppert/Vec, Frankfurt a. M. 2011.
- Stratenwerth, Günter*: Publizistischer Landesverrat, Schriften der Vereinigung Deutscher Wissenschaftler e. V., Göttingen 1965.
- Stratenwerth, Günter/Wohlens, Wolfgang*: Schwarzgeld. Strafbarkeitsrisiken für die Mitarbeiter schweizerischer Banken, in: ZStrR 128 (2010), S. 429 ff.

- Stree, Walter*: Zur Problematik des publizistischen Landesverrats, in: JZ 1963, S. 527 ff.
- ders.*: Publizistischer Geheimnisverrat im Bereich des Staatsschutzes, in: ZStW 78 (1966), S. 663 ff.
- ders.*: Die neuen Vorschriften über Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit – eine halbherzige Reform, in: Baumann (Hg.), Mißlingt die Strafrechtsreform?, Neuwied/Berlin 1969, S. 171 ff.
- Systematischer Kommentar zum StGB, 9. Aufl., hg. v. Wolter, alle Bd. Köln 2017.
- Taeger, Jürgen*: Die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, Baden-Baden 1988.
- Teichmann, Fabian*: Whistleblowing – Verfahrensrechtliche und dogmatische Probleme bei der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1937, in: GA 2021, S. 527 ff.
- Terbille, Michael*: Das Petitionsrecht in der Bundesrepublik Deutschland. Genese, Geltungsgrund und Ausgestaltung, Münster 1980.
- Teubner, Gunter*: Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte, in: Fischer-Le-sciano/Franzki/Horst (Hg.), Gegenrechte, Tübingen 2018, S. 357 ff.
- The American heritage dictionary of the English language, 5. Aufl., Boston, Massachusetts/New York 2011.
- Thiele, Willi*: Die sogenannte Flucht in die Öffentlichkeit, in: DÖD 1985, S. 145 ff.
- Thumfahrt, Johannes*: Immanuel Kant 2.0, Mit Wikileaks wird eine alte Utopie der Aufklärung Wirklichkeit. Im Umgang mit der Affäre zeigt sich die Überlegenheit von Demokratien, in: taz v. 12.12.2010 (<https://taz.de/Debatte-Wikileaks/!5130616/>).
- Tiedemann, Klaus*: Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, in: JZ 1969, S. 717 ff.
- Tipke, Klaus/Kruse, Heinrich Wilhelm (Begr.), Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, Werkstand: 164. EL, Köln 02/2021.
- Treiber, Wilhelm*: Asyl für Snowden – zum Schutz eines Grenzen Überschreitenden gegenüber entgrenzter Verfolgung – in: DÖV 2015, S. 90 ff.
- Trüg, Gerson*: Steuerdaten-CDs und die Verwertung im Strafprozess, in: StV 2011, S. 111 f.
- Truhart, Peter*: Drei Systeme der allgemeinen Kontrolle der Staatsverwaltung durch besondere Organe der Verfassung, Bonn 1970.
- Tuffner, Martin*: Der strafrechtliche Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen im Staatsschutzrecht und Wettbewerbsrecht, Erlangen/Nürnberg 1978.
- Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse. Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen 1999.
- Ullrich, Ines*: Der Schutz von Whistleblowern aus strafrechtlicher Perspektive – Rechtslage de lege lata und de lege ferenda, in: NZWiSt 2019, S. 65 ff.
- Unger, Gerd*: Der Whistleblower im Deutschen Strafrecht, in: Bannenberg/Brettel/Freund et al. (Hg.), Über allem: Menschlichkeit, FS für Dieter Rössner zum 70. Geb., Baden-Baden 2015, S. 943 ff.
- Vandekerckhove, Wim/Commers, Ronald M. S.*: Whistle Blowing and Rational Loyalty, in: J. Bus. Ethics 53 (2004), S. 225 ff.
- Varelius, Jukka*: Is Whistle-blowing Compatible with Employee Loyalty?, in: J. Bus. Ethics 85 (2009), S. 263 ff.
- Viktas, Konstantinos*: Grenzen ärztlicher Schweigepflicht am Beispiel von Kindesmisshandlungen, Frankfurt a. M. et al. 2014.
- Viotto, Regina*: Das öffentliche Interesse. Transformationen eines umstrittenen Rechtsbegriffs, Baden-Baden 2009.
- Vladeck, Stephen I.*: The Espionage Act and National Security Whistleblowing After Garcetti, in: American Law Review 57 (2008), S. 1531 ff.

- Vogel, Jan-Patrick/Poth, Christina*: Steine statt Brot für den Whistleblower, Die neue EU-Richtlinie und ihre Vereinbarkeit mit der staatsanwaltlichen Beschlagnahmepaxis, in: CB 2019, S. 45 ff.
- Vogels, Tim*: Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 8.7.1999 – 8 U 67/99, in: MDR 1999, S. 1444 ff.
- Wagner, Markus*: Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts: Zugleich ein Beitrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts, Heidelberg 2016.
- Wagner, Walter*: Staatsschutz – Staatsraison – Rechtsstaat, in: ZStW 75 (1963), 393 ff.
- Walden, Shelley*: Secret Sources – Whistleblowers, National Security and Free Expression, in: PEN American Center, 10.11.2015 (<https://pen.org/research-resources/secret-sources/>).
- Wawrzinek, Kai*: Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Hamburg 2010.
- von Weber, Hellmuth*: Die Verbrechen gegen den Staat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Festgabe. Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben, Bd. V, Berlin 1929, S. 173 ff.
- ders.*: Zum illegalen Staatsgeheimnis, Zugleich eine Besprechung des Urteils BGH v. 8.11.1965 – 8 StE 1/65, in: JZ 1966, S. 249 ff.
- Weber, Max*: Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland. Zur politischen Kritik des Beamtentums und Parteiwesens (Ev.: 1918), zweite Auflage, Berlin 2011.
- Wedler, Simone/Bülte, Jens*: Zweifelsgrundsatz im finanzgerichtlichen Verfahren, kein Verwertungsverbot beim Ankauf von Bankdaten-CDs, Anm. zu FG Münster, Urteil v. 30.1.2014 – 2 K 3074/12 F –, in: NZWiSt 2014, S. 312 ff.
- Wegener, Bernhard Werner*: Der geheime Staat – Arkantradition und Informationsfreiheit, Göttingen 2006.
- ders.*: Informationsfreiheit und Verfassungsrecht, in: Geis/Umbach (Hg.), FS für Richard Bartlspurger zum 70. Geb., Tübingen 2009, S. 165 ff.
- ders.*: Informationsfreiheitsgesetz, Kommentar. Von *Friedrich Schoch*. 2. Aufl. (Buchbesprechung), in: NVwZ 2016, S. 1619 f.
- Weggel, Oskar*: Zentralregierung und Provinzverwaltung auf Taiwan. Selbstverwaltungsideologie und Verfassungswirklichkeit, in: VRÜ 1 (1968), S. 391 ff.
- Wegner, Arthur*: Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Heft 7, Hamburg 1925.
- Weichert, Thilo*: Weshalb Deutschland Snowden um Einreise bitten muss, in: DANA 2/2014, S. 67 ff.
- Weichselbaum, Barbara*: Whistleblowing – Der Meinungsfreiheit vertrauen und sich trauen?, in: Bielefeldt/Davy/Deile et al. (Hg.), Jahrbuch Menschenrechte 2012/2013, Wien/Köln/Weimar 2013, S. 213 ff.
- Weiß, Hans-Dietrich*: „Flucht in die Öffentlichkeit“ – Ausdeutung eines vermeintlich bekannten Tatbestands, in: ZBR 1984, S. 129 ff.
- Welzel, Hans*: Der übergesetzliche Notstand und die Irrtumsproblematik, in: JZ 1955, S. 142 ff.
- Wente, Jürgen K.*: Presserechtliche Offenbarungsbefugnisse, Anm. zu OLG Schleswig, Beschl. v. 24.9.1984 – 2 Ws 708/84, NStZ 1986, S. 366.
- Wesel, Uwe*: Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 3. Aufl., München 2006.
- Wessely, Wolfgang*: Whistleblowing und Strafrecht, in: Gruber/Raschauer (Hg.), Whistleblowing, Wien 2015.
- Wiedmann, Bernhard Robert*: Inwieweit widerspricht § 97 b StGB allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen?, München 1971.

- Wiese, Elena*: Die EU-Richtlinie über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen. Inhalt und Auswirkungen der Richtlinie (EU) 2016/943 auf den gesetzlichen Schutz des Unternehmensgeheimnisses, Frankfurt a. M. 2018.
- Wiese, Günther*: Bewertungsportale und allgemeines Persönlichkeitsrecht, in: JZ 2011, S. 608 ff.
- dies.*: Internet und Meinungsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitnehmers und Betriebsrats, in: NZA 2012, S. 1 ff.
- Wiese, Walter*, Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland, Neuwied/Berlin 1972.
- Willms, Günther*: Der Sachverständige im Landesverratsprozeß, in: NJW 1963, S. 190 f.
- Windisch, Dieter*: Die Strafverfolgung von Kritikern der illegalen Rüstung in der Weimarer Republik, Würzburg 1969.
- Wittig, Petra*: Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl., München 2017 und 5. Aufl., München 2020.
- Woesner, Horst*: Das Mosaikgeheimnis im strafrechtlichen Staatsschutz, in: NJW 1964, S. 1877 ff.
- Wolf, Fabiana*: Der Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses. Verfassungsrechtliche Grundlagen und Ausgestaltung in den modernen Informationszugangsgesetzen, Baden-Baden 2015.
- Wolff, Christian von*: Philosophia practica universalis, Verona 1739.
- Wolff, Hans J. (Begr.)/Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried*: Verwaltungsrecht, Bd. I, 13. Aufl., München 2017.
- Wolfslast, Gabriele*: Aufklärung über Aids-Erkrankung, Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 8.7.1999 – 8 U 67/99, in: NZWiSt 2001, S. 151 f.
- Zäboji, Niklas*: Zürcher Whistleblower Prozess, Der einsame Kämpfer Rudolf E., in: FAZ v. 28.8.2016 (<https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/rudolf-elmer-whistleblower-prozess-in-zuerich-14407248.html>).
- Zank, Wolfgang*: Adenauers Griff nach der Atombombe, in: Die Zeit v. 26.7.1996 ([https://www.zeit.de/1996/31/Adenauers\\_Griff\\_nach\\_der\\_Atombombe/komplettaussicht](https://www.zeit.de/1996/31/Adenauers_Griff_nach_der_Atombombe/komplettaussicht)).
- Zinn, Howard*: Disobedience and Democracy. Nine Fallacies on Law and Order (Ev. 1968), Chicago 2013.
- Züger, Theresa*: Re-thinking civil disobedience, in: Internet Policy Review 4/2013, S. 1 ff. (DOI:10.14763/2013.4.216).
- dies.*: Reload Disobedience, Berlin 2017.



## Personenregister

- Aitken, Jonathan 493  
Allen, Henry 12  
Aquin, Thomas von 252  
Arendt, Hannah 48, 319, 327, 505, 508,  
516, 518, 533, 536  
Arndt, Adolf 26, 60, 83, 84, 104, 129–  
32, 131, 134, 153, 328, 337, 401,  
427, 518  
Arndt, Herbert 26, 121, 124  
Assange, Julian 149, 366, 368, 509  
Augstein, Josef 106, 107, 454  
Augstein, Rudolf Karl 68
- Bäcker, Carsten 100, 106, 107, 171  
Bacon, Francis 1  
Bauer, Fritz 337, 340, 341  
Bäumer, Hartmut 209  
Beccaria, Cesare 265  
Beckedahl, Markus 110  
Becker, Christian 296  
Behm, Andreas 240  
Behm, Ulrich 182, 402  
Benkler, Yochai 134, 342, 491, 499–  
503  
Bentham, Jeremy 282, 286–98  
Berka, Walter 412, 413, 415  
Bethge, Herbert 326, 342  
Birkenfeld, Bradley 195  
Bjørkelo, Brita 5, 10, 12  
Böckenförde, Ernst-Wolfgang 338  
Bok, Sissela 36, 43, 269  
Borcharding, Werner 232  
Brammsen, Joerg 220, 438, 443, 450  
Brownlee, Kimberley 508–9, 525, 527,  
530  
Bucur, Constantin 365, 395, 403, 408  
Bunyan, John 16  
Busembaum, Hermann 252
- Celikates, Robin 518, 519, 522  
Clapper, James 93  
Clinton, Hillary 149  
Cohen, Carl 508, 534  
Colneric, Ninon 206, 356, 396, 424  
Cooper, Cynthia 195
- Dahm, Georg 64  
Davis, Kevin 303, 305–8, 310, 316  
Deiseroth, Dieter 11, 35, 413  
Delmas, Candice 11, 134, 135, 270,  
423, 499, 539  
Deltour, Antoine 223, 250, 379, 448  
Di Fabio, Udo 328, 338, 339  
Dietrich, Jan-Hendrik 110  
Drake, Thomas 2, 11, 56, 73, 453  
Dreier, Ralf 507, 512, 513, 515, 521,  
530–33, 537, 542  
Dürig, Günter 175  
Duska, Ronald 37–38, 269  
Düwel, Peter 182  
Dworkin, Ronald 524, 535
- Eisele, Jörg 238, 446  
Ellsberg, Daniel 172, 505  
Engels, Friedrich 29  
Erb, Volker 35, 185–86, 201, 204, 206,  
217, 218, 263, 460, 466, 467  
Eser, Albin 474, 477–81
- Falciani, Hervé 195  
Fichte, Johann Gottlieb 283, 328, 340–  
42  
Fischer, Thomas 142, 146, 216  
Fischer-Lescano, Andreas 82, 99, 152,  
326, 350, 382, 399, 411–20, 422  
Fletcher, George 30–34, 36, 134–35,  
135, 168, 272



- Foucault, Michel 1, 5, 293–94  
 Friedensburg, Ferdinand 120, 126, 128
- Gandhi, Mahatma 508, 514, 515, 538  
 García-Marzá, Domingo 303, 306,  
 307–9, 313, 314–16  
 Gawlik, Lothar 397  
 Gerdemann, Simon 8, 14, 396, 459  
 Giesen, Thomas 179  
 Goldschmidt, James 53  
 Gosepath, Stefan 308, 309  
 Greco, Luís 456, 466  
 Grevil, Frank Søholm 75  
 Grünwald, Gerald 402  
 Guja, Jacob 393  
 Gun, Katherine Teresa 73, 436  
 Gusy, Christoph 119
- Häberle, Peter 48, 153, 171, 283, 327,  
 387–89, 402–3, 422–23  
 Habermas, Jürgen 175, 282, 310, 313,  
 328, 512, 524, 532, 534, 542  
 Halet, Raphaël 223, 380, 411  
 Han, Bjung-Chul 298–301  
 Hassemer, Winfried 512, 515, 525,  
 527, 532, 535, 536, 538, 540, 542  
 Heck, Philipp 176  
 Hefendehl, Roland 10, 12, 185, 220,  
 296  
 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 42,  
 135  
 Heinisch, Brigitte 394, 406  
 Heitmann, Steffen 179  
 Hentig, Hans von 127  
 Herbst, Margrit 356, 447  
 Herold, Nico 5, 7, 14, 416  
 Höcherl, Hermann 69  
 Hohn, Kristian 452  
 Hoyer, Andreas 163, 180, 251, 438,  
 441, 443, 481  
 Hruschka, Joachim 257, 258, 262, 263,  
 265, 461  
 Hume, David 31
- Ibsen, Hendrik 10  
 Isensee, Josef 520, 523, 534
- Jagusch, Heinrich 69  
 Jakobs, Günther 266, 269, 273, 274
- Jescheck, Hans-Heinrich 70, 89, 104,  
 142  
 Jestaedt, Matthias 24, 178, 285, 298,  
 300, 335, 412, 463  
 Joerden, Jan C. 8, 14, 33, 42, 60, 90,  
 99, 153, 252, 253, 261, 262, 301,  
 314, 460, 465
- Kahl, Wilhelm 53  
 Kant, Immanuel 33, 41, 46, 172, 173,  
 252, 282, 301–21, 328, 335, 340,  
 364, 383, 465  
 Kantorowicz, Hermann 109, 123, 125,  
 128, 384  
 Karpen, Ulrich 521, 523  
 Kaufmann, Arthur 266  
 King, Martin Luther 508, 510, 514, 538  
 Kiriakou, John 73  
 Klug, Ulrich 76, 142, 146, 148, 153  
 Koch, Arnd 14, 218, 346, 347  
 Kreis, Simona 208, 334, 344, 421, 422,  
 424  
 Kreiser, Walter 58
- Lagasnerie, Geoffroy de 384, 462, 508–  
 10  
 Lenckner, Theodor 261, 475, 477, 480  
 Lewis, David 6  
 Liebknecht, Wilhelm 1  
 Lilienthal, Karl von 53  
 Lindblom, Lars 173, 43, 207, 218, 336,  
 405  
 Liszt, Franz von 53  
 Löwenthal, Hans 25, 61, 62, 122, 125–  
 28, 128  
 Luban, David 303, 310, 316  
 Luhmann, Niklas 175, 413
- Maas, Heiko 110, 157  
 Machiavelli, Niccolò 47  
 Machon, Annie 73, 435  
 Madsen, Ole Jacob 5, 10, 12  
 Manning, Chelsea/Brad 3, 9, 264, 367,  
 368, 369, 464, 499, 500, 508  
 Marcic, René 343  
 Marven, Richard 3  
 Marx, Karl 283  
 Meier, Kurt 489  
 Meister, Andre 110

- Miceli, Marcia P. 5, 41  
 Monaco, Caroline von 332
- Nathanson, Stephen 135  
 Near, Janet P. 5, 41  
 Nida-Rümelin, Julian 302  
 Noll, Peter 414, 461, 475, 478
- Obama, Barak 135, 369, 500  
 Oehme, Walter 56  
 Ossietzky, Carl von 58, 59
- Paeffgen, Hans-Ullrich 89, 142, 257, 258, 400  
 Parks, Rosa 514, 522  
 Pätsch, Werner 2, 29, 69–70, 103  
 Pawlik, Michael 442, 455–56, 464  
 Perron, Walter 181, 216, 447, 456  
 Pfordten, Dietmar von der 512  
 Ponting, Clive 494  
 Pozen, David E. 16, 500
- Radbruch, Gustav 60–61, 122, 123, 125, 128, 271, 272, 318, 484, 486–87  
 Range, Harald 110  
 Rasmussen, Anders Fogh 75  
 Rawls, John 34, 303, 317, 506–16, 519, 532, 538, 542  
 Raz, Joseph 515, 525  
 Ridder, Helmut 67, 80, 84, 109, 116  
 Rogall, Klaus 471, 474  
 Rönnau, Thomas 213, 258, 265, 267, 296, 452  
 Roosevelt, Theodore 16  
 Rousseau, Jean-Jacques 175, 305  
 Roxin, Claus 112, 456, 466, 513, 516–18, 525–27, 530, 533, 537–39  
 Royce, Josiah 30, 32  
 Rudolphi, Hans-Joachim 274
- Sagar, Rahul 338, 365  
 Saint-Pierre, Charles-Irénée Castel de 289  
 Salomon, Berthold Jacob 57  
 Savigny, Friedrich Carl von 52  
 Scheuerman, William E. 98, 510, 520, 535  
 Schlink, Bernhard 412
- Schlözer, Ludwig von 282  
 Schmid, Richard 401–2  
 Schmidt, Gerhard 475  
 Schmitt, Carl 284, 297–98  
 Schoch, Friedrich 164, 201, 211–12  
 Schroeder, Friedrich-Christian 49, 64, 118  
 Schröm, Oliver 196  
 Schrübbers, Hubert 69  
 Schücking, Lothar Engelbert 57, 122  
 Schuld, Lasse 163, 165, 181  
 Schumann, Heribert 181, 182  
 Schünemann, Bernd 239, 243, 446, 481  
 Schwalm, Georg 471  
 Seith, Eckhardt 196  
 Shaw, Samuel 3  
 Shayler, David 73, 102, 435–37  
 Sinzheimer, Hugo 124–25, 126  
 Snowden, Edward 2, 11, 92, 96, 135, 507  
 Sokrates 269, 506  
 Spencer, Maureen Patricia 8  
 Steinicke, Otto 57  
 Stoll, Martin 329  
 Stolleis, Michael 47  
 Stratenwerth, Günter 83–89, 85, 132, 152  
 Stree, Walter 76, 83–89, 323, 329, 339, 344, 401, 428, 460, 461  
 Ströbele, Christian 2
- Teubner, Gunter 326, 421, 422, 424  
 Thoreau, Henry David 506  
 Trump, Donald 134, 385, 500
- Wagner, Markus 265–69  
 Wagner, Walter 69, 109  
 Wallraff, Günter 16, 250, 333  
 Watkins, Sherron 195  
 Weber, Hellmuth von 58, 104, 124–26, 125, 126, 170, 401  
 Weber, Max 284  
 Wegener, Bernhard Werner 47–48, 102, 152, 165, 182, 194, 282–86, 338  
 Wegner, Arthur 120, 122, 133  
 Wessely, Wolfgang 14, 385  
 Wyler, Esther 489

Zinn, Howard 511, 530, 534

Zopfi, Margrit 489

# Sachregister

- Abgasskandal 453
- Abgeordnetenprivileg 68, 129–31, 139
- Abhilfeinteresse 322–23
- Abhörraffäre 2, 69–70, 103, 105, 148
- Absichtslösung 128–29
- Absolutismus 1, 47, 283, 294
- Abwägungsklauseln
  - Landesverrat 126
  - Notstand 460
  - Privatgeheimnisse 63, 484
  - Staatsgeheimnisbegriff 152
  - Tshwane Principles 497–98
  - Unbestimmtheit 127
  - Vorrangrelationen 153, 221, 405, 415, 498, 545
- Abwägungskritik 411–16
- Abwägungsmodell des EGMR 403–16
- AE-StGB 70, 79, 86, 114, 130, 268, 476, 485
- Affäre Hildebrand 224, 372
- Afghan War Diary 264, 367
- Aggressivnotstand 442, 460
- Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten 49–52, 54
- American Civil Liberties Union 3, 94, 98, 135
- Amerikanischer Unabhängigkeitskrieg 3
- Amtsgeheimnisse *siehe auch*
  - Verletzung des Dienstgeheimnisses
  - Allgemeindelikt 66, 70
  - im 18. Jh. 50
  - im 19. Jh. 54
  - im NS 66
  - in der Weimarer Republik 62–63, 486
- Anonymität 382–87, 508–11
- Anrecht der Öffentlichkeit auf Information *siehe* Recht der ...
- Anreize, finanzielle 14
- Apellfunktion des Strafrechts/Tatbestands 14, 427
- arcana imperii 47, 294
- Arkantradition 2, 48, 150, 283
- Artikel-10-Gesetz 104, 109
- Aufklärung 1, 282
  - Idee diskursiver Kontrolle 340
  - Kant 172, 310
  - Publizitätsprinzip 281, 310
  - Whistleblowing 2
- Auskundschaften von Staatsgeheimnissen 141
- Auslegung, grundrechtskonforme 80–81
  - Pressefreiheit 84
- Bambergensis 46, 47
- Beamtenrecht
  - Dienstweg 161, 169, 365, 390, 391, 454, 457
  - Gehorsamspflicht 161, 169
  - Loyalität/Treue 167–73
  - Verfassungs- und Amtseid 167, 168, 170
  - Verschwiegenheitspflicht 160–63, 169
- Belgrano-Affäre 494
- Bestimmtheitsgebot 106, 108–15, 174–77, 174, 269
  - bei Rechtfertigungsgründen 413, 513
  - Präzisierungsgesetz der Rspr. 113
- Betriebsgeheimnisse *siehe* Geschäftsgeheimnisse
- Beweiswürdigung, freie 115
- Big Brother Watch 3, 95
- Bilanzfälschungsskandale 195
- Bild-Zeitung 16, 250, 334

- BSE-Skandal 356, 447  
 Bundesamt für Justiz 186  
 Bundesamt für Verfassungsschutz  
 – Abhörraffäre *siehe* dort  
 – Erweiterte Fachunterstützung Internet 109  
 – Massendatenauswertung von Internetinhalten 110  
 – netzpolitik.org 109  
 – NSA-Affäre 94  
 – NS-Vergangenheit 69–70, 455  
 Bundesnachrichtendienst 94, 100  
 Bündnis 90/Die Grünen 96, 131, 152, 352, 357, 358  
 Bureau of Investigative Journalism 502  
 Bürgerrechtsbewegung, USA 501, 506, 521  
  
 Cablegate-Affäre 368  
 Charta der digitalen Grundrechte der EU 166, 286  
 Chilling effects 56, 149, 249, 383, 386, 427, 544  
 Cicero-Affäre 71, 156  
 Civil Liberties Oversight Board 336  
 Code pénal 4, 54, 152  
 Codex Juris Bavarici Criminalis 49  
 Computer-Grundrecht 99  
 Constitutio Criminalis Carolina 47  
 Constitutio Criminalis Theresiana 49, 50  
 crimen laesae maiestatis 46, 47  
 Cum-Ex-Skandal 4, 196, 460, 490  
  
 Das andere Deutschland 57  
 Defence of necessity 434–37, 439, 450, 459, 530  
 Defensivnotstand 441, 460–62  
 delatores 14  
 Demokratieprinzip 98, 162, 235, 334  
 – Beeinträchtigung des ~ 101  
 – Kommunikationsgrundrechte 360  
 – Publizitätsprinzip 194, 325, 328, 338, 402, 425  
 – Recht der Öffentlichkeit auf Information 79, 81  
 Denunziation 9–11, 14, 120, 185, 465  
 Der Zweck heiligt die Mittel 252  
 Deutschlandvertrag 105  
  
 Die Zeit 103  
 Diebesdiebstahl 217  
 Dienstgeheimnisse *siehe* Verletzung des ...  
 Dienstweg *siehe* Beamtenrecht  
 Digitalcharta 166, 286  
 Diskurs- und Kontrollinteresse 325–44  
 Duplex-effectus-Lehre 252–53  
  
 EGMR-Whistleblowing-Rspr.  
 – Abwägungsmodell 403–16  
 – alternative Meldewege 392–99  
 – Authentizität der Informationen 405–9  
 – Bucur ./ Rumänien 395, 403, 408–9, 410  
 – Gawlik ./ Liechtenstein 397, 410  
 – Guja ./ Moldau 372, 393, 396, 409  
 – Guja-Kriterien 403  
 – Halet ./ Luxemburg 411  
 – Heinisch ./ Deutschland 394, 396, 405, 410  
 – Marchenko ./ Ukraine 372  
 – Motivation 416–18  
 – Schäden (Abwägungsmerkmal) 409–11  
 – Soares ./ Portugal 374, 395, 397  
 – Überblick 392  
 – Verhältnismäßigkeitsprüfung 393  
 – Verschlussachen 408–9  
 – Vorrang interner Meldung? 396–99  
 Einheit der Rechtsordnung 216, 219, 225, 261, 265, 274  
 Einschüchterung *siehe* Chilling effects  
 Einverständnis,  
   tatbestandsausschließendes 14  
 Einwilligung, rechtfertigende 14  
 EMRK 382, *siehe* auch EGMR-Whistleblowing-Rspr.  
 Entwurf Radbruch 61, 484, 486, 487  
 Ephorat 341  
 Erforderlichkeit 147, *siehe* auch bei den jeweiligen  
   Rechtfertigungsgründen  
 – Landesverrat 86  
 – Meinungsfreiheit 387–99  
 – public accountability defense 501  
 – Staatsgeheimnis 155  
 – Tshwane Principles 497

- ziviler Ungehorsam 513
- Erster Weltkrieg 53
- Espionage Act 59, 98
- État de nécessité 448
  
- FALLEX 62 68
- False Claims Act 14
- Fehlverhalten, sonstiges 222
- Felonie 46
- Five Eyes 3, 92
- Flick-Parteispenden-Affäre 234
- Flucht in die Öffentlichkeit 9, 171,  
  *siehe auch* Veröffentlichungsrecht
- Folter 3, 294, 368, 499, 503
- Foreign Intelligence Surveillance Court  
  (USA) 93, 336, 390, 540
  
- Ganoventreue 35
- GCHQ 95, 390, 436, 453
- Geheimdienste
  - BND *siehe* dort
  - Dänischer 75
  - Five Eyes *siehe* dort
  - GCHQ *siehe* dort
  - Kontrollgremien 364–65
  - MI5 *siehe* dort
  - MI6 *siehe* dort
  - NSA *siehe* dort
  - rumänischer 366
- Geheimhaltungsinteresse/-bedürfnis
  - Abwägung i. R. d. § 34 StGB 462
  - Allgemeines 24–25
  - äußere Sicherheit der BRD 76
  - berechtigtes 200
  - der Regierung 119
  - der Steuerpflichtigen 227
  - Gesamtbetrachtung 78–85
  - i. R. e. Pflichtenkollision 263
  - il/-legitimes, in der Demokratie 84–  
  85
  - Ombudsperson 116
  - persönliches 238
  - Richtlinienkompetenz 26
  - Sachverständigenproblem 115–16
  - wichtige öffentliche Interessen 173–  
  78
  - Wohl der Bundesrepublik 67
  - Wohl des Deutschen Reichs 52
  - Wohl des Reichs 61
- Geheimhaltungsmaßnahmen 25, 26
  - im Strafprozeß 59
  - Staatsgeheimnisbegriff 75, 114, 151
- Geheimhaltungswille 26, 140, 238
- Geheimnis, „illegales“ 45
- Geheimnisbegriff
  - absoluter 23
  - formeller 25
  - formell-materieller 25, 114
  - materieller 25
  - relativer 23, 59
  - subjektiver 119
- Geheimnisgegenstand 23
- Geheimstaat, absolutistischer 1, 47
- Gehorsamspflicht
  - beamtenrechtliche 161, 169, 170
  - bedingungslose 39
  - bürgerliche 136, 511, 534, 538, 539
  - Hegel 136
  - Kant 172
- Gehorsamsverweigerung 170
- Geldwäscherichtlinie 347
- Generalbundesanwaltschaft 35, 60, 68,  
  74, 110
- Gerechtigkeit 33–35, 109, 193, 202,  
  479
  - Kant 302, 317
  - Pflicht zur ~ 270
  - Radbruch 272
  - Rawls 507, 512, 515
  - ziviler Ungehorsam 523, 536
- Gerechtigkeitsfragen, globale 418
- Gerechtigkeits Sinn der Öffentlichkeit  
  508
- Gesamtwohl der Bundesrepublik  
  Deutschland 86
- Gesamtwohl eines Volkes 83
- Geschäftsführung ohne Auftrag 276–  
  77, 422, 456
- Geschäftsgeheimnisbegriff des  
  GeschGehG 198
  - außerhalb des GeschGehG 219–20
- Geschäftsgeheimnis-Richtlinie 198,  
  214, 219, 221, 222, 224
- Geschäftsgeheimnisse
  - Historie 55
  - Österreich 488
  - Schweiz 223, 490

- Geschäftsgeheimnisse, „illegale“ 199–219
- Arbeitsrecht 205
  - Art. 12, 14 GG 212
  - kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse 200
  - positive Generalprävention 218–19
  - rechtswidrige Vermögenswerte 216–17
  - Selbstwiderspruch in der Rechtsordnung 201
  - Strafbarkeitslücken? 218
- GeschGehG
- allgemeines öffentliches Interesse 224
  - Ausnahmetatbestände 220–26, 249
  - Fehlverhalten, sonstiges 222
  - Geschäftsgeheimnisbegriff 198
  - Handlungsverbote 197
  - Meinungs-/Informationsfreiheit 221
  - Unionsrecht 214–16
  - Vorsatz 198
- Gesellschaftsvertrag 37, 49
- Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher 64
- Gesetzmäßigkeit
- der Nachrichtendienste 410
  - der Verwaltung 101, 171
- Gewaltenteilung 115, 176, 258, 270, 338–39, 371, 405
- Gewissensfreiheit 448, 516–19, 516–19, 526
- Gewissenstäter 526
- Gleichbehandlungssatz, allgemeiner
- § 97b StGB 145, 148
  - Geschäftsgeheimnisbegriff 276
  - WBRL 459
  - ziviler Ungehorsam 523
- Grundordnung, freiheitliche demokratische 90–91
- Beamtenpflicht 107, 162, 188
  - Pätsch-Entscheidung (BGH) 428
  - Treuepflicht 134, 137
  - Verstöße gegen die ~ 98–99, 104, 107
- Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme 99
- Grundrechte im Straftataufbau 425
- Grundsatz der Budgetpublizität 283
- Grundsatz der freien Beweiswürdigung 115
- Grundsatz der Offenheit 166, 286, *siehe* auch Publizitätsprinzip
- Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit 383, 511
- Grundsatz der Volkssouveränität *siehe* Volkssouveränität
- Harmonisierung des Strafrechts, mittelbare unionsrechtliche 219
- Heckler & Koch 195
- Heiliges Römisches Reich 46
- HinSchG
- Anwendungsbereich, sachlicher 7, 352, 358
  - Entwicklung, rechtspolitische 6
  - externe Meldung/Meldestelle 186, 206
  - im Verhältnis zu § 34 StGB 458–59
  - Offenlegungen 458
  - Regierungsentwurf (FDP) 7
  - SPD-Entwurf 6, 348, 357
  - Verschlussachen 409
  - vorbereitende Straftaten 247
  - Wahlrecht zwischen interner/externer Meldung 452
- Hinweisgeber *siehe* Whistleblower
- Idee des Rechts 399
- Imperativ, kategorischer 32, 302, 303, 317
- in dubio pro libertate 268
- in dubio pro reo 59, 76, 390, 426, 450
- In-camera-Verfahren 116–17
- Incentives 14
- Informationen
- allgemein zugängliche 23, 164, 165, 166
  - offenkundige 23, 160
- Informationsanspruch
- als Offenbarungsinteresse 360
  - der Öffentlichkeit 87, 88, 235, 332
  - der Presse 234, 438
  - EGMR-Rspr. 167, 330, 343
  - grundrechtlicher 165–67
  - IFG 163–65
  - parlamentarisches Fragerecht 336
  - Publizitätsprinzip 328

- unionsrechtlicher 286
- VIG 212
- Informationsfreiheitsgesetze 26, 164, 176, 190
- Ausnahmetatbestände 164, 178, 194, 230
- der Länder 163
- Ermessen 277
- Geschäftsgeheimnisse 211
- Verschlusssachen *siehe* dort
- Informationsinteressen der Öffentlichkeit
  - an Straftaten 331, 333
  - an Unternehmenspraktiken 333
  - BVerfG-Rspr. 329–30
  - EGMR-Rspr. 329–30, 415
  - Flick-Affäre 234–36
  - Geheimdienstaktivitäten 108, 366, 405, 409
  - politische Angelegenheiten 332
  - Promiberichterstattung 332
  - Steuerstraftaten 234–36
  - subjektive Rechte 421
  - WikiLeaks 367
- Interessenabwägungsformeln *siehe* Abwägungsklauseln
- Intransparenz 299–300, *siehe* auch Transparenz
- Investigatory Powers Tribunal (UK) 3, 95, 390
- Irakkrieg 75, 319, 436
- Iraq War Logs 368
- Journalismus
  - investigativer 16
  - watchdog 16
- Justiz, politische 109
- Kadavergehorsam 35
- Kieler Schule 64
- Klokkenuider 4
- Königsinfidelität 46
- Kontrollgesellschaft 10
- Kosmopolitismus 134
- KPD 57
  - Verbot 523, 531
- Krieg in Afghanistan 3, 264
- Kritik des subjektiven Rechts 82, 418–22, 443
- Kronzeugen-Regelung 14
- Lanceur d’alerte 4, 488
- Landespressegesetze 163, 360
- Landesverrat
  - Beihilfe 156
  - Österreich 188
  - Pressefreiheit 80–81, 84
  - Presseprivileg 156
  - publizistischer 55–60
  - Rechtsgut 26
  - subjektiver Tatbestand 140
  - Unbefugter 139, 155
  - Versailler Vertrag(sverletzungen) 56–58, 90, 118
  - Wahrnehmung berechtigter Interessen 487
- Landesverräterische Ausspähung 141
- Landesverteidigung 151
- Law Commission (UK) 173, 435, 492, 495
- Leaking 16
- Legitimationskette, demokratische 539
- lex Ossietzky 129, *siehe* auch Ossietzky-Paragraph
- lex posterior derogat legi priori 268
- lex specialis derogat legi generali 262, 268
- lex superior derogat legi inferiori 272
- Loyalität
  - (Un-)Parteilichkeit 33
  - ~subjekte 37
  - ~spflicht 207–11
  - als Rechtsbegriff 29
  - arbeitsrechtliche 30, 207–11
  - Arbeitsverhältnis 34, 35–41
  - beamtenrechtliche 167–73
  - Begriff, allgemeiner/ethischer 30
  - Beraterberufe 30
  - Ethik 35–41
  - Etymologie 42
  - Familie, Freundschaft, Liebe 31, 35, 38
  - Gehorsam 39
  - Gerechtigkeit 33–35
  - im Beamtenverhältnis 30
  - im Falschen 31
  - im Verhältnis zu Moralthorien 32
  - Meinungsfreiheit 37



- partikulare normative Ordnung 32
- patriotische 134–35
- performativer Akt 31
- rechtswidriges Verhalten 42
- Reziprozität 38
- staatsbürgerliche 29, 120, 121, 134–38
- Tugend 31
- Verfassungs- und Amtseid 167, 168, 170
- vs. öffentliche Interessen 43
- Widersprüche 31
- Luftwaffe, Wiederaufrüstung 58
- Lux-Leaks-Affäre 3, 235, 249–50, 448
  
- Macht und Wissen 1, 552
- Majestätsbeleidigung *siehe* *crimen laesae maiestatis*
- Maulkorbparagraph 70
- McClures's 16
- Meinungsfreiheit
  - am Arbeitsplatz 382
  - Anonymität 382–87
  - GeschGehG 221
  - in politischen Angelegenheiten 335
  - Informationsweitergabe als Meinungsäußerung 380–82
  - Kant 312
  - Machtkritik 335
  - NSA-Affäre 103
  - strafbegrenzende Wirkung 425–28
  - unwahre Tatsachenbehauptungen 380
  - Verhältnismäßigkeitsprüfung 393, 414, 420
  - WRV 121, 122, 211
- Meldepflichten *siehe* Offenbarungspflichten
- Melderecht, externes 186, 206
  - der Nachrichtendienste 140, 365
- Meldestelle, externe 116, 186, 495
- Meldesystem, internes 13
- Metadaten 93
- MI5 73, 95, 102, 435
- MI6 95
- Moderne 1, 5
  - subjektives Recht 418, 422
- Mosaikgeheimnis 75, 160
- Muckraking 16
  
- Nationalismus 124
- Nationalsozialismus 64–66
- Naturrecht 120, 121, 134, 515
- nemo tenetur se ipsum accusare 228–29, 383, 511
- Neoliberalismus 12
- Netzpolitik.org 109–11
- Nigerianischer Bürgerkrieg 493
- Notstand, rechtfertigender
  - Abwägungsmerkmale 462–64
  - Aggressivnotstand 263, 442, 460
  - Allgemeinrechtsgüter 255, 444–45, 455–57
  - Angemessenheit 464–65
  - defence of necessity *siehe* dort
  - Defensivnotstand 263, 441, 460–62
  - Erforderlichkeit 256, 442, 451–55
  - État de nécessité *siehe* dort
  - Geeignetheit 256, 449–51
  - Gefahr 437–39
  - HinSchG 440–43
  - Interessenabwägungsformel 460
  - Kritik des subjektiven Rechts 443
  - Meinungsfreiheit 475
  - mildere Mittel 451–55
  - Notstandsfähigkeit von Allgemeinrechtsgütern 444–45
  - Notstandshilfe 255
  - Notstandslage 437–49
  - politische und moralische Interessen 448
  - Rechtswahrung 445–46
  - Rückgriffssperre 455–57
  - Sächsischer Datenschutzbeauftragter 432
  - Schutz des status quo 439, 449
  - Strafverfolgungsinteresse 439, 445–46
  - übergesetzlicher 121, 271, 432, 442, 513, 539, 541
  - Unwägbarkeit menschlichen Lebens 254
  - Vorrang interner Meldung? 451–55
  - Wahrnehmung berechtigter Interessen 441, 471, 474
  - Whistleblowing-Richtlinie 458–59
- Notwehr
  - ~hilfe 255, 431
  - Duplex-effectus-Lehre 252

- Erforderlichkeit 256
- Gebotenheit 256
- Geeignetheit 256
- öffentliche Kritik als ~ 122
- Whistleblowing 254, 431
- zur Verteidigung von Tieren 255
- NSA 2, 94, 95
- NSA-Affäre 2, 11, 92–96
  - Boundless Informant 94
  - Digitalkonzerne 93
  - Freedom Act 92
  - Merkels Handy 96
  - PRISM 93, 95
  - Selektoren 93
  - Spionage von Botschaften aus 95
  - Tempora 95
  - Untersuchungsausschuss 96–98
  - UPSTREAM 95
  - XKeyscore 94
- nulla poena sine culpa 146
- nulla poena sine lege 271
  
- Offenbaren von Staatsgeheimnissen 140
- Offenbarungsbefugnisse
  - Abhilfe 322–23
  - der AO 230–36
  - Kommunikationsgrundrechte 359
  - völkerrechtliche 121
- Offenbarungsinteressen
  - benachteiligende, diskriminierende, ungerechte Behandlungen 358
  - Finanzbranche 375–76
  - Fiskus, Steuern, öffentliche Gelder 373–74
  - Funktionsfähigkeit des Staates 373
  - Gesundheitsschutz 353–57, 360
  - Immissionsschutz 362–63
  - Korruption 350
  - Leib, Leben, Freiheit 357–58
  - Militär 366–70
  - Nachrichtendienste 364–66, 369–70
  - öffentlicher Diskurs/diskursive Kontrolle 325–44
  - Rechtswahrung 323, 445–46
  - Schutz des Privatvermögens 363–64
  - staatlicher Machtmissbrauch 371–72
  - Staatsgefährdungen 373
  - Steuerstraftaten 350
  - Strafverfolgung 439, 445–46
  - Tierschutz 362–63
  - Tshwane Principles *siehe* dort
  - Umweltschutz 362–63
  - Verkehrs- und Flugsicherheit 361
  - Verstöße gegen
    - Datenschutz/Persönlichkeitsrechte 359
- Offenbarungspflichten *siehe* auch
  - Meldepflichten
  - Aufenthaltsrecht 351
  - ethische/moralische 269
  - interne 148
  - Luftverkehr 361
  - medizinische 260, 354
  - Schwarzarbeit 351
  - StPO 260
  - Straftaten 346–48
  - Umweltstrafrecht 260
- Offenlegung 5, *siehe* auch
  - Veröffentlichungsrecht
- Öffentliche Interessen
  - EGMR-Rspr. 329, 404–5
  - Geschäftsführung ohne Auftrag 276–77, 422, 276–77
  - GeschGehG 224
  - Problem ihrer Bestimmung 175–76
  - wichtige 173–78
  - zwingende 231–36
- Öffentliche Meinung 326
  - Bentham 287, 289
  - Ermittlung derselben 503
  - Kant 311
  - Schmitt 297
  - Verfälschung derselben 319
- Öffentliches Sicherheitsorgan 151
- Öffentlichkeit des Haushalts 283
- Öffentlichkeit, (macht-)kritische 5, 328
- Official Secrets Act (UK) 113, 435–36, 492–96
- Ombudsperson 13, 116, 239, 340
- Omertà 35
- Ossietzky-Paragraph 90, *siehe* auch *lex Ossietzky*
  
- Panopticon 292–94
- Panoptismus 292–94
  - inverser 295–98

- Parlamentarisches Kontrollgremium  
   116, 140, 364–65, 390  
 Parrhesia 5, 10  
 Patriot Act 93–94, 101, 316  
 Patriotismus 38, 134–35, 136  
 Pötsch-Entscheidung (BGH) 69, 171, 188  
   – „illegale“ Geheimnisse 130  
   – Aktualität/Anwendbarkeit 400–401  
   – freiheitliche demokratische Grundordnung 104, 428  
   – Notstand, rechtfertigender 432  
   – Post- und Fernmeldegeheimnis 104  
   – Recht zur Veröffentlichung 399–403  
   – Rügerecht, abgestuftes 387–92  
   – subjektives Rechtfertigungselement 417  
   – Treuepflicht 169  
   – Verbotsirrtum 106  
   – Verfassungsmäßigkeit der Überwachungsmaßnahmen 104  
   – Vorrang interner Meldung 388–89  
   – Wahrnehmung öffentlicher Interessen 423  
   – Wechselwirkungslehre 79, 533  
   – ziviler Ungehorsam 505, 527, 539  
 Pötsch-Entscheidung (BVerfG)  
   – Dienstweg 454  
   – Treue, Loyalität 29, 169  
   – Verfassungsmäßigkeit § 353b 174, 177, 193  
 Pazifismus 124  
 perduellio 46, 49  
 Persönlichkeitsrecht, allgemeines  
   – Computer-Grundrecht 99  
   – Informationsinteressen der Öffentlichkeit 343, 344  
   – Privatgeheimnisse 203, 240, 481  
   – Recht auf informationelle Selbstbestimmung *siehe* dort  
   – vs. Meinungsfreiheit 251  
 Petitionsrecht 87, 424  
   – Arbeitsrecht 187, 206  
   – Beamtenrecht 390–92, 454, 457  
   – Staatsgeheimnisse 121, 139  
   – Strafanzeige 186, 187  
   – WRV 121, 187  
 Pflichtenkollision 127, 259–64, 270  
   – Begriff 261  
   – Kollisionslagen 261  
   – Kollisionsregeln 262–63  
 Post- und Fernmeldegeheimnis 99, 101, 103–8  
 Post-Privacy 299  
 Pressefreiheit  
   – Anonymität 383  
   – Bentham 287  
   – Cicero-Affäre 71  
   – diskursive Kontrolle 325  
   – EGMR-Rspr. 343  
   – Informantenschutz 157  
   – Laienjournalismus 156, 502, *siehe* auch Public watchdog  
   – Mosaiktheorie 76  
   – Spiegel-Affäre 69, 80–81  
   – USA 502  
   – vs. allgemeines Persönlichkeitsrecht 331–33  
   – Wahrnehmung berechtigter Interessen 482  
 Presseprivileg 67, 71, 156  
 Preußisches Strafgesetzbuch 51, 52, 54  
 Price Waterhouse Coopers *siehe* Lux-Leaks-Affäre  
 Privacy and Civil Liberties Oversight Board 93  
 Privatbank J. Safra Sarasin 196  
 Privatgeheimnisse  
   – im 18. Jh. 50  
   – im 19. Jh. 54  
   – im NS 66  
   – schwere Straftaten 204, 245  
   – Weimarer Republik 63  
 ProPublica 502  
 Protection d'intérêts légitimes 474  
 Public accountability defense 499–503  
 Public interest defence 491–96  
 Public interest immunity order 437  
 Public relations 175, 319  
 Public watchdog 16, 167, 333, 343  
 Publizität, kritische 328  
 Publizitätsprinzip 281–320, *siehe* auch Transparenz  
   – Aufklärung 282–86  
   – Bentham 286–98  
   – Einwände gegen Publizität 290–91  
   – Freihandelsabkommen 287  
   – Gründe für Publizität 288–90

- individuelle Sphäre 299–300
- Kant 301–21
- Repräsentationsprinzip *siehe* dort
- Unionsrecht 286
- Völkerrecht 304
- Qui-tam-Kläger 14
- Radbruchsche Formel 271, 272, 318, 541
- Radikalenerlass 168
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung 227, 229, 243, 476
- Recht auf Transparenz und Kontrolle 235
- Recht der Öffentlichkeit auf Information 81, 329, 401, 419, 420
- Recht und Moral 271–72
- Recht, subjektives *siehe* auch Kritik des ...
- Recht, transsubjektives 82, 419, 422, 443
- Rechtsrason 47, 119, 294
- Rechtsstaatsprinzip
  - als Teil der freiheitlich demokratischen Grundordnung 91, 98
  - Bestimmtheitsgebot *siehe* dort
  - Geheimdienste 364
  - Gesetzmäßigkeit der Verwaltung 101, 107
  - Gewaltenteilung *siehe* dort
  - kein Geheimhaltungsinteresse bzgl. „illegaler“ Geheimnisse 122–24, 130, 133, 153
  - kein Gehorsam im Unrecht 168
  - Meinungsfreiheit 103, 211
  - Offenbarungsinteresse bzgl. „illegaler“ Geheimnisse 101, 118, 201, 415
  - Offenbarungsinteresse bzgl. Strukturen der Exekutive 369
  - politisches Werturteil, Strafnormen 109
  - Rechtsdurchsetzung mittels Whistleblowing 456
  - Rechtssicherheit 413
  - Rechtswahrscheinlichkeit 119, 187, 207, 323–25
  - Schuldprinzip 146
  - Strafanzeigenrecht 185, 187, 346, 424
  - Ultima-ratio-Prinzip 266
  - Veröffentlichungsrecht 399–400
  - Widerstandsrecht 532
  - ziviler Ungehorsam 510, 520, 524
- Rechtswahrscheinlichkeit 119, 187, 207, 323–25
- Rechtswidrigkeitsbegriff
  - einheitlicher 273
  - gespaltener 274
  - Strafunrechtsausschlussgründe 275
- Rechtswidrigkeitslösung *siehe* Tatbestands- vs. ...
- Regelgeheimhaltung der Regierung 289
- Regelgeheimhaltung der Verwaltung 282, 284
  - Paradigmenwechsel zur Regeltransparenz 152, 166, 182, 285
- Reichsstrafgesetzbuch 51–56, 62, 65–66, 118
  - Entwurf Radbruch *siehe* dort 61
  - Reformüberlegungen 127–29, 483–88
- Reichstagsbrandverordnung 65
- Reichswehr 57, 58, 120, 122
- Reichswehrministerium 56, 120, 125
- Repräsentationsprinzip 83
  - Kant 311
  - Notstand, rechtfertigender 456
  - öffentliche Meinung 327
  - Rügerecht, abgestuftes 389, 401
  - Schmitt 298
  - vierte Gewalt 335, 339
  - Widerstandsrecht 531
  - ziviler Ungehorsam 522, 524
- Rote Fahne 57
- Rückwirkungsverbot 113
- Ruhrkampf 57
- Sächsischer Datenschutzbeauftragter 178–80, 371, 432
- Sachverständigenproblem 115–16
- Sam Adams Award 75
- Schleier des Nichtwissens 317
- Schuldprinzip 146
- Schweigepflicht, anwaltliche 173

- Schweizer Bankgeheimnis 223  
 Schweizerische Nationalbank 224  
 Security of Information Act (Kanada)  
   460, 462, 491–92  
 Selbstbegünstigungsprinzip 254  
 Selbstbelastungsfreiheit 228–29  
 Shawcross report 492  
 Sicherheit, äußere der BRD *siehe*  
   Staatsgeheimnisbegriff ...  
 Sicherheit, nationale 7, 495  
 Sicherheitsrason 294  
 SPD 6, 70, 86, 114, 116, 133, 357  
 Spiegel-Affäre 68–69  
 Spionagegesetz 25, 53, 61, 65  
 Staat, totalitärer 10, 64, 94, 98, 299  
 Staatsanzeigen, Schlözer 282  
 Staatsbürgerverhältnis 29  
 Staatsgeheimnis  
   – absolutistisches Konzept 48  
   – Fahrlässigkeitsdelikte 141  
   – im 18. Jh. 48–50  
   – im 19. Jh. 52–54  
   – im NS 65  
   – in der BRD 67–70  
   – in der Weimarer Republik 61–62  
   – Tatbestand des Offenbarens 140  
   – Tatbestandsirrtum 151  
   – Verbotsirrtum 151  
 Staatsgeheimnisbegriff  
   – Abwägung 78–85  
   – Abwägungsklausel 152  
   – aktueller 74  
   – außenpolitische Vorteile 78  
   – äußere Sicherheit der BRD 78, 109,  
     111, 115, 150  
   – begrenzter Personenkreis 75  
   – Bestimmtheit 108–15  
   – BRD (1951) 67  
   – de lege ferenda 149–51  
   – Geheimhaltungsmaßnahmen 75  
   – Gesamtbetrachtung 78–85, 151  
   – Informationsinteressen der  
     Öffentlichkeit 79, 83, 85–89  
   – innenpolitische Vorteile 78, 83, 85  
   – Landesverteidigung 151  
   – Mosaikgeheimnis 75  
   – politisches Werturteil 109  
   – RStGB (1871) 52  
   – RStGB (1934) 65  
   – Sachverständigengutachten 115–16  
   – schwerer Nachteil 76–77, 145  
   – SPD-Entwurf (1965) 86  
   – unwahre Tatsachen 74  
   – Verschlussachen 75, 110, 114  
   – Vorsatz 75, 545  
 Staatsgeheimnisse, „illegale“  
   – Abgeordnetenprivileg 68  
   – de lege ferenda 151–55  
   – Rechts-/Verfassungsverstöße 131–33  
   – RG-Rspr. 118–21  
   – schwere Rechtsverstöße 133, 153,  
     544  
   – schwere Straftaten 153, 349, 544  
   – Tatbestandsirrtum 142–43  
   – Verbotsirrtum 142–44  
   – Verrat 141  
   – Verstöße gegen den Gedanken der  
     Völkerverständigung 133  
   – Verstöße gegen die freiheitliche  
     demokratische Grundordnung 90–  
     91, 98–99, 133  
   – Verstöße gegen die  
     verfassungsmäßige Ordnung 130  
   – Verstöße gegen  
     Rüstungsbeschränkungen 90  
 Staatsrason 47, 119, 294  
 Staatssicherheit (Stasi) 10, 11  
 State secrecy whistleblowing 29, 120,  
   135  
 Steuer-CDs 4, 185, 196, 460  
 Steuergeheimnis 227, *siehe auch*  
   Verletzung des ...  
 Steuergeheimnisse, „illegale“ 228  
 Steueroasen 223  
 Steuermeidungspraktiken *siehe* Lux-  
   Leaks-Affäre  
 Strafanzeigen  
   – ~grundrecht 184–85, 186, 206, 424  
   – ~pflicht 347  
   – § 158 Abs. 1 StPO 185–86  
   – Arbeitsrecht 38, 184, 445  
   – BAG-Rspr. 206  
   – de lege ferenda 348–49  
   – EGMR-Rspr. 392, 405–7  
   – GeldwäscheG 347  
   – nachträgliche 439  
   – Notstand, rechtfertigender 438  
   – Petitionsfreiheit 186

- präventive 438, 446
- Strafgesetzbuch des Deutschen Reichs
  - siehe* Reichsstrafgesetzbuch
- Strafrechtsnovelle (1936) 66
- Strafvereitelung 34
  - im Amt 232
- Strafzwecke
  - negative Generalprävention 527
  - positive Generalprävention 218–19, 526
  - Spezialprävention 526
- Subjektives Recht 419, 421, 422
  - intersubjektive Dimension 326, 518
- Subjektives Rechtfertigungselement 251, 417
- Subjektloses Recht 419
- Subsidiaritätsprinzip 205, 266
- Swiss-Leaks-Skandal 196
  
- Tatbestands- v. Rechtswidrigkeitslösung 86, 191, 425–28, 428, 544
- Tatbestandsirrtum 142, 151
- Tax rulings *siehe* Lux-Leaks-Affäre
- Tierschutz 255, *siehe* auch
  - Offenbarungsinteressen ...
- Todesstrafe 65
  - Auslieferungshindernis 97
  - bei Verrat 46, 137
  - Espionage Act (USA) 97
  - Verein zur Wiedereinführung der ~ 69
  - Whistleblowing 224
- Totalitarismus *siehe* totalitärer Staat
- Transcendentale Formeln des öffentlichen Rechts
  - Negativformel 303, 305–6, 315–18
  - Positivformel 307–11, 318–20
- Transparenz *siehe* auch
  - Publizitätsprinzip, Intransparenz
  - diskursiv-kontrollierender Effekt 297
  - psychologisch-prohibitiver Effekt 297
  - von Machtakkumulationen 295–97
- Transparenzgebot 325, *siehe* auch
  - Publizitätsprinzip
  - Digitalcharta 166, 286
- Transparenzgrundrecht 423–25
- Treason 46, 97, 135, 168
- Treueid 167, 168
- Treuepflicht
  - arbeitsrechtliche 207–11
  - beamtenrechtliche 167–73
  - des Lehnsmannes 46
  - freiheitliche demokratische Grundordnung 134, 137
  - Naturrecht 120
  - staatsbürgerliche 120, 121, 134–38
- Treueverhältnis 29, 30, 64, 137, 167, 168
- Truppenvertrag 105
- Tshwane Principles 349, 488, 496–98
  - Offenbarungsinteressen 349, 351, 353, 355, 358, 363, 369–70
- Überwachung
  - durch das BfV *siehe* Abhöraffaire
  - durch den rumänischen Geheimdienst 366
- Überwachung, massenhafte, globale 2, 92–96, *siehe* auch NSA-Affäre
  - EGMR-Rspr. 3, 95
  - First Amendment 94
  - Fourth Amendment 94
  - Post- und Fernmeldegeheimnis 101
  - Rechtswidrigkeit 3, 94, 95
  - UK-Rspr. 95
  - US-Rspr. 3, 94
- Überwachung, unternehmerische 11
- Überwachungsaffäre Deutsche Telekom 11
- Überwachungsdispositiv
  - machtkritisches 296, 297, 336
  - totales 299
- Ukraine-Affäre 385
- UKUSA-Vereinbarung 3, 92
- Ultima-ratio-Prinzip 153, 160, 194, 257, 264–69, 266
  - mittelbare Harmonisierung des Strafrechts 219
- Unabhängigkeit der Gerichte 115
- Unabhängigkeitsbewegung, indische 506, 521
- Unbefugt, Tatbestandsmerkmal 13, 186, 188
- Ungerechtigkeit 306
  - Besteuerung 448
  - Kant 173, 303, 304, 315, 316, 318

- ziviler Ungehorsam 509, 516, 524, 532, 538
- Urteilsbildung des Volkes *siehe* Willensbildungsprozess ...
- Utilitarismus 32, 33, 281
- Verbotsirrtum 106, 112, 113, 116, 142–44, 151
- Verfassungsmäßige Ordnung 104, 129, 131
- Verfassungstreue 168, 516
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 205, 233, 266, 267
- Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes 251–52
- Verletzung des Dienstgeheimnisses
  - „illegale“ Dienstgeheimnisse 183–89
  - Beihilfe 156
  - Bestimmtheit? 174–77
  - de lege ferenda 190–94
  - Lehre der mittelbaren Gefährdung 178–82
  - NS-Hintergrund 193
  - Österreich 176, 188
  - Presseprivileg 71
  - Schweiz 176, 489
  - schwere Rechtsverstöße 188
  - schwere Straftaten 349
  - unbefugt 186, 190, 233
  - Wahrnehmung berechtigter Interessen 486–87
  - wichtige öffentliche Interessen 173–82
- Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen 251
- Verletzung des Steuergeheimnisses
  - Historie 63
  - Offenbarungsbefugnisse der AO 230–36
  - Steuergeheimnisbegriff 228
- Verletzung von Privatgeheimnissen
  - „illegale“ Privatgeheimnisse 240–44
  - de lege ferenda 190–94
  - Drittgeheimnisse 238
  - Geheimhaltungsinteresse 238
  - Geheimhaltungswille 238
  - unbefugt 270, 485
- Vernunftgebrauch, öffentlicher/privater 172
- Veröffentlichungsrecht
  - Beamtenrecht 171
  - Meinungsfreiheit 122, 399–403, 402
  - Public Servants Disclosure Act 2005 (Kanada) 352
  - WBRL 172, 458
- Verrat *siehe* auch Treason
  - fränkisches Reich 46
  - germanische Frühzeit 46
  - römisches Recht 46
  - Todesstrafe 46, 65, 137
- Verrat illegaler Geheimnisse 141
- Verratsnovelle (1934) 65
- Versailler Vertrag *siehe* unter Landesverrat
- Verschlussachen 7, 25, 26
  - EGMR-Rspr. 408–9
  - externe Meldestelle 140
  - nur für den Dienstgebrauch 75
  - Staatsgeheimnisse 110, 114, 140
  - VS-vertraulich 109, 111
- Verschwiegenheitspflicht
  - anwaltliche 204, 239, 245, 373, 472
  - arbeitsrechtliche 25, 205–11
  - beamtenrechtliche 24, 160–63
- Vierte Gewalt 338–39
- Vigilantismus 423, 456
- volenti non fit iniuria 306
- Völkerrecht, Kant 302, 310
- Völkerrechtsverstöße *siehe* Whistleblowing ...
- Volkssouveränität 84, 98, 101, 166
  - diskursive Kontrolle 325, 336
  - Informationszugang 285
  - vierte Gewalt 338–39
  - Widerstandsrecht 531
- Vorbereitungshandlungen, strafrechtlich relevante 247–48
  - Der Zweck heiligt die Mittel 252
  - Duplex-effectus-Lehre 252–53
  - GeschGehG 249
  - landesverräterische Ausspähung 141
  - Meinungsfreiheit 249–50
  - Notwehr/Notstand 253–56
  - Wahrnehmung berechtigter Interessen 251–52

- Vorrangrelationen bei Abwägungen  
 153, 221, 415, 545  
 – EGMR-Rspr. 405  
 – Tshwane Principles 498
- Vorrangrelationen bei  
 Normenkollisionen  
 – außerstrafrechtlicher Pflichten mit  
 strafrechtlichen Erlaubnis-  
 /Gebotsnormen 273–76  
 – binnenstrafrechtlicher Art 258–64  
 – mit nicht-rechtlichen Normen 269–72  
 – Pflichtenkollisionen 261–63  
 – strafrechtlicher Pflichten mit  
 außerstrafrechtlichen Rechtsnormen  
 264
- Wächterrat 341
- Wahrnehmung berechtigter Interessen  
 – § 193 StGB analog 471  
 – Abgrenzung zum Notstand 474  
 – AE-StGB 485  
 – Amtsgeheimnisse 62, 193, 486  
 – bei Geheimnisverletzungen 470–74  
 – Bildaufnahmen, höchstpersönlicher  
 Lebensbereich 482  
 – EGMR-Rspr. 474  
 – Erforderlichkeit 63, 484, 490  
 – evolutiver Wesenszug 477–79, 477  
 – Geheimnisstrafdelikte 480–83,  
 483–88  
 – Meinungsfreiheit 480, 482  
 – Österreich 488  
 – Privatgeheimnisse 54, 63, 471–73,  
 481, 483–86  
 – protection d'intérêts légitimes 474  
 – public interest defence 491–96  
 – Schweiz 224, 489–91  
 – Staatsgeheimnisse 155, 488  
 – übergesetzlicher  
 Rechtfertigungsgrund 471  
 – Verletzung der Vertraulichkeit des  
 Wortes 251–52  
 – Verletzung von Amtsgeheimnissen  
 474  
 – Vertraulichkeit des Wortes 481  
 – ziviler Ungehorsam 477
- War on Terror 499
- Wechselwirkungslehre 79, 80, 382,  
 428, 533
- Weltanschauliches Bekenntnis 136
- Weltbühne-Prozess 57–59
- Whistleblower  
 – Begriff 5  
 – Informanten 16  
 – klokkenluider 4  
 – Kronzeugen 14  
 – lanceur d'alerte 4
- Whistleblower Appreciation Day 3
- Whistleblower Netzwerk e. V. 232
- Whistleblowing  
 – Absichtslösung 128–29  
 – als ziviler Ungehorsam 506–11  
 – alternative Meldewege 392–99  
 – BAG-Rspr. 206, 453  
 – Dissenz, Dissidenz 11  
 – durch Unterlassen 259–61  
 – evolutiver Wesenszug 477–79  
 – externes 5, 116, 453, 495  
 – falsche Informationen 149  
 – Finanzdienstleistungsbereich 6, 375  
 – Geeignetheit 389–90  
 – internes 5, 451–55  
 – Kontrollgesellschaft 10  
 – Leaking 16  
 – Loyalität *siehe* dort  
 – Motivation 416–18  
 – muckraking 16  
 – negative Konnotationen 9  
 – Neoliberalismus 12  
 – öffentliches 5  
 – Pflicht zum ~ 269  
 – relativ mildestes Mittel 390  
 – Richtlinie der EU 6  
 – subjektives Recht 419, 421  
 – subjektives Rechtfertigungselement  
 417  
 – systemdestabilisierendes 12  
 – systemische Missstände 99, 340, 453,  
 500  
 – systemstabilisierendes 12  
 – Tat im prozessualen Sinne 247  
 – transatlantische Idee 8  
 – transsubjektives Recht 82, 422  
 – unionsrechtliche Vorgaben 6  
 – Verhältnismäßigkeitsprüfung 393,  
 414, 420  
 – Völkerrechtsverstöße 58, 103, 120–  
 21, 123, 133, 349, 358, 496



- Vorbereitungshandlungen *siehe* dort
- Vorrang interner Meldung? 398, 451–55
- Whistleblowing-Richtlinie (EU)
  - Anwendungsbereich, sachlicher 7
  - finanzielle Interessen der EU 236
  - interne Meldungen 148
  - nationale Sicherheit 7
  - Offenlegungen 172, 193, 458
  - strafbare Vorbereitungshandlungen 247
  - Verschlussachen 7
  - Verstöße 222
- Wickingbund 122
- Widerstandsrecht
  - Art. 20 Abs. 4 GG 137, 340, 520, 531
  - BVerfG (KPD-Verbot) 531
  - gegen Rechtswidrigkeiten 523
  - großes 530
  - Kant 304
  - kleines 530–31
  - Landesverfassungen 531
  - negatives 312
  - überpositives 530
- WikiLeaks 3, 10, 264
- Willensbildungsprozess, politischer
  - 326, 327, 339
  - ziviler Ungehorsam 520, 522, 534
- Wohl der Bundesrepublik 77, 86, 189, 233
- Wohl des Reichs 61, 120, 122
- Zeitfreiwillige 57
- Zeugnisverweigerungsrechte 34, 204, 241, 261, 348, 446
- Ziviler Ungehorsam
  - Anonymität 508–11
  - Erforderlichkeit 513
  - evolutiver Wesenszug 477–79
  - First Amendment 528, 530
  - Gegenrechte 537–39
  - Gerechtigkeitsbezug 512–13, 519, 532
  - Geschichte 506
  - Gewalt 507
  - Gewissensakt 507
  - Gewissensfreiheit 516–19
  - Legalisierung paradox? 533–37
  - Legalität 514–42
  - Legitimität 511–14
  - Öffentlichkeit des Aktes 508–11
  - Opportunitätsprinzip 524
  - Politizität 507
  - Rawls 506–16
  - Rechtfertigungslösung 530–33
  - Schäden 514
  - Schuldausschluss 525–27
  - Sitzblockaden 528–30
  - Strafzumessung 524
  - Strafzwecke 526
  - Tatbestandsausschluss 528–30
  - Verfassungsrechtsprechung 528–30
  - Verhältnismäßigkeitsprüfung 532
  - Verstoß gegen Mehrheitsprinzip? 538–41
  - Whistleblowing 506–11
- Zweifelssatz *siehe* in dubio pro reo

