

Gesetzgeber belässt, folgt daraus zugleich die Notwendigkeit einer verfahrensrechtlichen Absicherung, um den Grundrechten des Beamten aus Art. 33 Abs. 5 GG sowie aus Art. 9 Abs. 3 GG zur Geltung zu verhelfen.³⁶

In diesem Sinne sei erneut auf die Entscheidung des *OVG Saarland* hingewiesen. Das *OVG* greift die Feststellung des *BVerwG* auf, im Hinblick auf Art. 11 EMRK erscheine jedenfalls eine erhebliche Erweiterung der Beteiligungsrechte in Richtung eines Verhandlungsmodells erforderlich: „Nach neueren Überlegungen im Schrifttum ist in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung des *BVerfG* zum Grundrechtsschutz durch Verfahren in den Blick zu nehmen. Hiernach beeinflussen Grundrechte – hier Art. 9 Abs. 3 GG – nicht nur die Ausgestaltung des materiellen Rechts, sondern setzen zugleich Maßstäbe für eine den Grundrechtsschutz effektuierende Organisations- und Verfahrensgestaltung sowie für eine grundrechtsfreundliche Anwendung vorhandener Verfahrensvorschriften. Die Ausgestaltung der Beteiligung muss angesichts dessen dem Ziel eines effizienten Interessenausgleichs gerecht werden, (...)“³⁷

3. Harmonisierung mit den völkerrechtlichen Vorgaben

Schließlich würde ein Ausbau der bislang gesetzlich geregelten Beteiligungsrechte dazu beitragen, den Konflikt zwischen der Rechtsprechung des *EGMR* zur grundsätzlichen Unvereinbarkeit eines Streikverbots für Beamte mit der Vereinigungsfrei-

heit aus Art. 11 EMRK und dem in Deutschland nach wie vor geltenden Streikverbot zu lösen oder zumindest zu entschärfen ohne die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Frage zu stellen und damit einen konsensorientierten Dialog des *BVerfG* und des *EGMR* erleichtern.³⁸ Das *BVerfG* könnte als Beitrag zum Dialog mit dem *EGMR* anregen, dass der Gesetzgeber die bisherige restriktive Linie der beamtenrechtlichen Beteiligung von Gesetzgeber und Rechtsprechung aufgibt. Dabei könnte das *BVerfG* auch auf seine neue Rechtsprechung zum eingeschränkten Streikrecht in sozialen von den Kirchen getragenen Einrichtungen zurückgreifen.³⁹ Die Einräumung und Ausübung von Mitwirkungsrechten rechtfertigt danach die Einschränkung des Streikrechts. So wie bei den Kirchen Art. 4 GG die Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG begrenzt, begrenzt das in Art. 33 Abs. 5 GG garantierte Treueverhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten die Ausübung der in Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Koalitionsfreiheit.

36) S. auch *Benda/Umbach* (Fn. 7), S. 47; vgl. dahingehend auch *Böhm*, ZBR 2013, S. 181 (182).

37) *OVG Saarland*, Beschluss vom 21.10.2014 – 1 B 285/14 – juris, Rn. 17, 20 m. w. N.

38) *BVerwGE* 149, 117 (136); *Schubert*, AöR 137, 2012, S. 92 (109 ff.); *Böhm*, ZBR 2013, 181; *Battis* (Fn. 14), S. 37; *Schuppert* (Fn. 9), S. 17 ff., hält hingegen eine Erweiterung der Beteiligungsrechte für nicht ausreichend.

39) *BVerfG*, NJW 2016, 229 (vorgehend BAGE 143, 354).

Verletzung der Verschwiegenheitspflicht und ihre Folgen für Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung

– unter Berücksichtigung beamten-, disziplinar-, arbeits- und strafrechtlicher Aspekte

Helmut Lopacki

Whistleblowing ist in der öffentlichen Verwaltung fest etabliert. Dabei geht es nicht nur um die Anzeige von behördlichen Missständen, sondern vielmehr – und das macht Sorge – um die Weitergabe von Behördeninterna an Dritte oder durch Flucht an die Öffentlichkeit. Die Missachtung der beamten-/arbeitsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht nimmt nach allen Erfahrungen einen beachtlichen Raum ein und zwingt den Dienstherrn/öffentlichen Arbeitgeber dazu, dieser das Ansehen des öffentlichen Dienstes schädigenden Entwicklung durch die Anwendung angemessener Sanktionsmaßnahmen entgegen zu treten. Der Bruch des Schweigegebots findet seine in den Beamtenengesetzen vorgesehene gesetzliche Rechtfertigung insbesondere in der Offenlegung von Korruptionsstraftaten gegenüber Strafverfolgungsbehörden entsprechend § 37 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BeamStG, § 67 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BBG. Behörden und Disziplinargerichte werden auch künftig mit dem gesetzwidrigen Verhalten von Whistleblowern beschäftigt sein.

I. Einleitung

Obwohl es auch im öffentlichen Dienst Beschäftigte gibt, die gesetzeswidrig und mit einem falsch verstandenem Mitteilungs-

bedürfnis an die Öffentlichkeit mit der Bekanntgabe belastender behördeninterner Vorgänge herantreten, darf angenommen werden, dass die Bezeichnung „Whistleblower“ und „Whistleblowing“ einem Teil der Beamten und Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst weithin unbekannt ist bzw. war. Erst durch die von dem ehemaligen US-Geheimdienstmitarbeiter und IT-Experten *Edward Snowden*¹ veröffentlichten Enthüllungen geheimer US-Überwachungsprogramme (z. B. Prism, XKeyscore) des amerikanischen Geheimdienstes National Security Agency (NSA) sowie des britischen Spionageprogramms *Tempora* haben „Whistleblower“ und „Whistleblowing“ weltweiten Bekanntheitsgrad erlangt.

Whistleblowing² im öffentlichen Dienst gab es zu jeder Zeit und kann auch für die Zukunft nicht ausgeschlossen werden.

1) *Snowden* wurde neben anderen zahlreichen Preisen der Whistleblower-Preis 2013 von der Antikorruptionsorganisation Transparency International und der Vereinigung Deutscher Wissenschaftler am 30.8.2013 in Berlin verliehen. Am 1.12.2014 erhielt *Snowden* den Alternativen Nobelpreis (Right Livelihood Award).

2) Vgl. zum Thema *Herold*, ZBR 2013, S. 8 ff.

Dies gilt sowohl für *internes* wie für *externes* Whistleblowing. Insbesondere das *externe* Whistleblowing wurde durch Verletzung der im Beamten- und Tarifrecht normierten Verschwiegenheitspflicht³ u. a. als „Flucht in die Öffentlichkeit“ bekannt. Selbst die Bundesregierung, namentlich das Bundeskanzleramt, geht davon aus, dass Regierungsmitarbeiter vertrauliche Regierungsinformationen an Medien weitergeben und damit gegen die ihnen obliegende Verschwiegenheitspflicht verstoßen. Gegen die bis dato unbekannt Whistleblower werden juristische Schritte in Erwägung gezogen. Zu erinnern ist daran, dass zum Beispiel Einsatzprotokolle und Fotografien von Beweismitteln aus dem Polizeieinsatz vor dem Hauptbahnhof in der Kölner Silvesternacht unter gröblicher Verletzung der Verschwiegenheitspflicht zeitnah an die Öffentlichkeit (TV, Radio, Printmedien etc.) gelangten und nunmehr die Staatsanwaltschaft wegen Geheimnisverrats ermittelt.

Das Wort „Whistleblowing“ in dem hier verstandenen Sinne entstammt englischer Provenienz⁴ und wird im deutschen Sprachgebrauch u. a. definiert als die „Weitergabe von Informationen, über etwas, was insbesondere als Fehlverhalten oder diesbezügliches Risiko, innerhalb einer Organisation wahrgenommen wird, an Personen oder Institutionen von denen erwartet wird, dass sie in der Lage sind Maßnahmen zu ergreifen“.⁵ Anders gewendet: Whistleblowing im öffentlichen Dienst umfasst den Hinweis auf Missstände (zum Beispiel Straftaten, Rechtsverstöße, Fehlverhaltensweisen wie die Nichtanzeige meldepflichtiger Krankheiten, Strafvereitelung, Postunterschlagung, Steuerhinterziehung, Umweltverschmutzung, sexueller Missbrauch von Kindern u. a.) oder auf Gefahren oder Risiken für wichtige Rechtsgüter).

Als Whistleblower sind nicht nur solche Personen zu bezeichnen, die Missstände in der Behörde gegenüber Dritten anzeigen, sondern der Begriff umfasst auch Personen, die schlichtweg Behördeninterna außerhalb der Organisation transferieren und damit gegen die Verschwiegenheitspflicht verstoßen. Die Verwirklichung des Tatbestands des Geheimnisverrats ist angezeigt.

3) Vgl. § 3 Abs. 1 TVöD i. d. F. vom 31.3.2012; § 3 Abs. 2 TV-L i. d. F. vom 9.3.2013.

4) Ursprünglich abgeleitet von engl. „to blow the whistle“, etwa in die Trillerpfeife blasen, pfeifen, Signal geben.

5) Vgl. BT-Drs. 17/(11)783, S. 58 Nr. 2.1.

6) Soweit personenbezogene Bezeichnungen im Maskulinum stehen, wird diese Form verallgemeinernd verwendet und bezieht sich auf beide Geschlechter.

7) § 125 BBG, § 49 LBG BW, Art. 7 BayBG, § 92 BlnBG, § 102 BbgBG, § 101 BremBG, § 101 HmbBG, § 181 HBG, § 101 LBG M-V, § 104 NBG, § 104 LBG NRW, § 120 LBG RP, § 116 SBG, § 125 SächsBG, § 100 LBG LSA, § 101 LBG SH, § 124 ThürBG.

8) Vgl. LfD Sachsen, 12. TB, Nr. 1.6.

9) So VG Oldenburg, Beschluss vom 13.3.2003 – 10 B 2684/02.

10) § 101 Abs. 2 BremBG, § 101 Abs. 2 HmbBG, § 101 Abs. 2 LBG M-V, § 104 Abs. 2 NBG, § 101 Abs. 2 LBG SH.

11) So die ausdrücklichen Regelungen in § 101 Abs. 3 HmbBG, § 104 Abs. 2 S. 4 LBG NRW, § 124 Abs. 3 ThürBG.

12) Z. B. § 1 S. 2 BbgPetG, § 1 Abs. 1 S. 2 PetBüG M-V, § 1 Abs. 2 Gesetz über den Eingabenausschuss HH, § 2 SächsPetAG, § 2 Abs. 2 ThürPetG.

13) Vgl. § 1 Abs. 6 PetBüG M-V, § 4 Abs. 2 Gesetz über den Eingabenausschuss HH, § 20 S. 2 BBeauftrG RP.

14) Vgl. § 21 Abs. 3 ChancenG BW, Art. 17 Abs. 3 S. 2 BayGIG, § 22 Abs. 6 Bbg LGG., § 16 Abs. 6 S. 2 HGIG, § 20 Abs. 5 NGG, § 18 Abs. 6 LGG RP. Für Soldaten gilt § 7 S. 1 WBeauftrG.

II. Rechtslage de lege lata

1. Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis

a) Die grundsätzliche Bindung an den Dienstweg festigt die Verschwiegenheitspflicht

Das *interne* Whistleblowing umfasst das beamtenrechtliche *Beschwerderecht* sowie die *Beratungs- und Remonstrationspflicht*. Der Hinweis des Beamten⁶ auf *Missstände* innerhalb seiner Organisation begründet zugleich die Pflicht, den in den Beamtenetzen vorgesehen Beschwerdeweg zu beschreiten. Nach den einschlägigen, in den Beamtenetzen kodifizierten Normen⁷ hat der Beamte das Recht, Anträge und Beschwerden vorzubringen, wobei der *Dienstweg* einzuhalten ist. Der Dienstweg stellt eine interne Verwaltungsregelung dar, um das Funktionieren der Verwaltung zu gewährleisten und ein geordnetes Wirken nach außen sicherzustellen.⁸ Die öffentliche Verwaltung ist im Interesse einer möglichst effektiven und objektiven Wahrnehmung der ihr obliegenden Aufgaben zunächst auf einen von sachfremden Einflüssen freien Prozess der Meinungs- und Entscheidungsbildung angewiesen. Der Beamte ist daher gehalten, diesen Meinungs- und Entscheidungsbildungsprozess nach außen hin gegen Einflüsse abzusichern, die nicht allein der Sache dienen. Das bindet ihn auch dann, wenn er mit der zu treffenden Entscheidung nicht einverstanden sein sollte, zur Loyalität gegenüber seinem Dienstherrn im Hinblick auf die Kontakte zur Öffentlichkeit.⁹ Anders gewendet: Die Einhaltung des Dienstweges ist Voraussetzung für eine geordnete und schnelle Verwaltungsarbeit, fördert Transparenz, verringert den Verwaltungsaufwand und beschleunigt die Entscheidungsfindung im Rahmen klarer Kompetenzzuweisung.

Der Beamte ist verpflichtet, erkannte Missstände zunächst dem *unmittelbaren* Vorgesetzten schriftlich oder persönlich zur Kenntnis zu bringen. Die Missstände sind nicht nur auf die persönlichen Belange des Beamten beschränkt, sondern rechtfertigen auch dann eine Anzeige, wenn der Beamte nicht unmittelbar betroffen ist. Dies folgt aus dem Interesse des Dienstherrn an der Vertraulichkeit von Verwaltungsinterna, die durch den Dienstweg gewährleistet werden soll. Ein Überspringen des unmittelbaren Vorgesetzten ist nur dann zulässig, wenn dieser selbst Anlass für das Vorliegen eines Missstandes gibt. In diesem Fall kann der *nächsthöhere* Vorgesetzte unmittelbar in Anspruch genommen werden. Eine ebensolche Regelung enthalten die Beamtenetze Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, und Schleswig-Holstein¹⁰, sofern sich die Beschwerde gegen *Dienstvorgesetzte* richtet. Bei dem Verstoß gegen die Dienstwegbindung handelt es sich um einen Tatbestand, der als Dienstvergehen disziplinar verfolgt werden kann.

b) Keine Dienstwegbindung aufgrund besonderer gesetzlicher Regelungen

Die Dienstwegbindung entfällt bei Eingaben an den Landespersonalausschuss sowie an den Landtag.¹¹ Darüber hinaus enthalten einige Petitionsgesetze¹² ausdrückliche Regelungen über die *Nichteinhaltung* des Dienstweges, wenn sich Angehörige des öffentlichen Dienstes mit Beschwerden (z. B. Anzeige von Missständen) unmittelbar an den Landtag bzw. die Bürgerschaft wenden. Machen Angehörige des öffentlichen Dienstes von ihrem Petitionsrecht Gebrauch und zeigen dienstliche Missstände an, darf dies keinesfalls zur Einleitung von Disziplinarverfahren oder sonstigen negativen Folgen führen (Benachteiligungsverbot).¹³ Nach den Regelungen einiger Landesgleichstellungsgesetze¹⁴ können sich Beschäftigte *unmittelbar*, demnach ohne Dienstwegbindung, an Gleichstel-