

folgung unterfällt, wobei der Wortlaut bezogen auf das hier erörterte Problem unglücklich erscheint, weil als „gerichtliche“ Verfolgung auch die disziplinargerichtliche anzusehen ist und das Tatbestandsmerkmal „dienstlich“ nur – dann folgerichtig – auch schon die lediglich *behördliche* Disziplinarverfolgung, selbst auch nur außerdisziplinarer Art, verbietet, etwa wenn der Betroffene aufgrund einer Äußerung als Abgeordneter dienstliche Nachteile erfährt oder außerdisziplinarrechtlich missbilligt wird. Eher überzeugt der vom BVerwG im aufgegebenen Urteil vertretene Umkehrschluss (*argumentum e contrario*), es sei daraus, dass in Art. 46 Abs. 1 GG von „gerichtlicher“ und „dienstlicher“ Verfolgung eines Abgeordneten gesprochen wird, zu folgern, dass die Immunitätsregelung wegen Fehlens einer solchen Differenzierung nur eng auf strafbares Handeln bezogen sei⁴⁴.

c) Zur Auslegung nach „Sinn und Zweck“

Nach Auffassung des BVerwG⁴⁵ sprechen „Sinn und Zweck der Immunitätsregelung ... für eine Einbeziehung von Disziplinarmaßnahmen in den verfassungsrechtlichen Begriff der ‚Strafe‘“. Verfassungspolitisch ist dem insoweit uneingeschränkt zuzustimmen, als es Sinn und Zweck der Immunität als verfassungsrechtliches Schutzgut im Interesse der repräsentativen Demokratie erfordern, der Verfolgung von Straftaten auch disziplinäre Verfolgung gleichzustellen. So wird richtig erkannt, dass disziplinarische Sanktionen vergleichbar einschneidend wirken (können) wie Kriminalstrafen.⁴⁶ Dem BVerwG und der h.M. läßt sich jedoch nicht folgen, solchen umfassenden Immunitätsschutz im Grunde gegen den Wortlaut des Art. 46 Abs. 2 GG in diesen hineinzuinterpretieren mit dem „Kunstgriff“, entgegen der strengen Begrifflichkeit des Strafrechts (enger Begriff der „Strafe“) zu einem verfassungsrechtlichen, um Disziplinarmaßnahmen erweiterten, Strafbegriff *sui generis* zu finden. Es war gerade die konsequente, wenn auch nach h.M. abgelehnte und vom BVerwG nun aufgegebenen Rspr. des BVerwG des Jahres 1985⁴⁷, disziplinarisches Fehlverhalten nicht mehr als mit „Strafe“ bedroht angesehen zu haben, weil es in Fortentwicklung des Disziplinarrechts eben keine Disziplinar„strafen“ mehr

gibt. Das gilt gleichermaßen für Sanktionen des Ordnungswidrigkeitsrechts, die seinerzeit überzeugend vom Strafrecht abgetrennt wurden⁴⁸, und auch für solche des Landesrechts (weshalb die Immunitätsgrundsätze des BT sich auch auf dieses beziehen), die dem staatlichen Disziplinarrecht wesensmäßig gleichstehen. Zwar gibt es, wie das BVerwG in seiner neuen Entscheidung zutreffend ausführt⁴⁹, keinen Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber des GG am überkommenen Immunitätsschutz, der sich auch auf Disziplinarverfolgung bezog, „etwas hat ändern wollen“, doch hat der Gesetzgeber durch die Neuorientierung des Disziplinarrechts 1967/1972 unterverfassungsrechtliche, doch verfassungsmäßige Änderungen geschaffen, die es nicht zulassen, den tradierten Art. 46 Abs. 2 GG unverändert zu praktizieren. Brauchte es vor dieser Neuorientierung keinen erweiterten Begriff der „Strafe“ zu geben, eben weil alle öffentlich-rechtlichen Reaktionen (Sanktionen) Strafwesen besaßen, so gesehen „mit Strafe bedrohte Handlungen“ waren, gilt das so seither nicht mehr.

Bemerkenswert ist der Hinweis des BVerwG darauf, es würden „die Zwecke des Disziplinarverfahrens ... durch ein weites Verständnis des Art. 46 Abs. 2 GG nicht gefährdet“⁵⁰. Dies deshalb nicht, weil z. B. die Geschäftsordnung des BT⁵¹ Wege vorsehe, die Immunität auch zur Disziplinarverfolgung durch den BT (durch Aufhebung der Immunität) aufheben zu lassen. Dieser Hinweis auf die Staatspraxis trifft zu, doch erscheint nach hier vertretener Meinung fraglich, ob für diese Praxis Art. 46 Abs. 2 GG, so wie er lautet, noch eine Rechtsgrundlage sein kann, wird davon ausgegangen, es müsse für diese Vorschrift der erweiterte Strafbegriff verneint werden. Dann würde eine Staatspraxis insoweit ohne verfassungsrechtliche Rückbindung sein.

V. Lösungsvorschlag

Wird nicht in Abrede gestellt, dass von der Sache her auch Disziplinarverfolgung (gewichtiger Art) der Immunität unterworfen sein sollte, verschafft jedoch Art. 46 Abs. 2 GG infolge des abzulehnenden erweiterten Strafbegriffs hierfür keine Rechts-(Verfassungs-) Grundlage, bietet es sich an, diese Verfassungsvorschrift entsprechend zu ändern. Dann wären sämtliche, hier angesprochenen kontrovers beantworteten Fragen vom Tisch, der BVerwG-Rspr. – der älteren wie neuen Entscheidung – im Ergebnis Genüge getan und auch die Geschäftsordnung des Bundestages zu Immunitätsfragen unverändert richtig. Darum sollte Art. 46 Abs. 2 GG geändert werden und wie folgt lauten:

„Wegen einer mit Strafe oder sonst mit einer öffentlich-rechtlichen Sanktion bedrohten Handlung, darf ...“.

44) BVerwG – 2 WD 42.84 (s. oben Fn. 3), Gründe, Rn. 22.

45) Hierzu Rn. 11 und 12 der Beschlussgründe.

46) Eingehend Rn. 11 der Beschlussgründe.

47) BVerwG – 2 WD 42.84.

48) BVerfG, Beschluss vom 4.2.1959 – 1 BvR 197/53 – u. a. BVerfGE 9, 167 = NJW 1959, 619, juris.

49) Rn. 9 der Beschlussgründe.

50) Rn. 14 der Beschlussgründe.

51) Schon oben Fn. 12.

Beamtenrecht aus Brüssel – Die aktuelle Whistleblowing-Richtlinie und ihre Folgen für deutsche Beamte und Verwaltung

Dr. Simon Gerdemann, LL.M. (Berkeley)

Am 07.10.2019 hat die Europäische Union die lange erwartete „Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (kurz: Whistleblowing-Richtlinie, WBRL) offiziell verabschiedet. Bereits jetzt ist absehbar, dass ihre nationale Umsetzung

eine Vielzahl weitreichender Anpassungen auf unterschiedlichsten Rechtsgebieten erforderlich machen wird. Die Konsequenzen, die hiermit für das deutsche Beamten- und Verwaltungsorganisationsrecht einhergehen werden, sind Gegenstand dieses Beitrags.

I. Grundlagen des Whistleblowings

Das Phänomen des „Whistleblowing“ beschreibt die Meldung vermuteter Rechts- und Regelverstöße durch eine Person an einen organisationsinternen oder -externen Adressaten auf Basis eines autonomen Interesses des „Whistleblowers“ an ihrer Aufdeckung.¹ Während die Wurzeln und international taktgebenden Einflüsse auf dem Gebiet des Whistleblowing-Rechts ihren Ursprung in den USA haben, ist die Thematik in den letzten Jahren auch in Deutschland und Europa ins Zentrum der dogmatischen und rechtspolitischen Diskussion gerückt.² Aktuelle Konsequenz dieser Entwicklung ist die Verabschiedung der europäischen Whistleblowing-Richtlinie,³ deren in den kommenden zwei Jahren anstehende Umsetzung in deutsches Recht mit einer Vielzahl erheblicher Änderungen auf den Gebieten des privaten und öffentlichen Rechts einhergehen wird.

Mit rechtlicher wie praktischer Relevanz für die Beurteilung der jeweiligen Meldesituation lassen sich verschiedene Formen des Whistleblowings unterscheiden. So findet internes Whistleblowing innerhalb des jeweiligen Organisationsgefüges statt, beispielsweise an einen Vorgesetzten, die jeweilige Behördenleitung oder eine intern für diese Zwecke vorgesehene Stelle, wobei rechtsgebiets- und länderübergreifend ca. 90% der Whistleblower diesen Weg wählen.⁴ Beim externen Whistleblowing wiederum verlässt die relevante Verstoß-Information den organisationsinternen Kontext, namentlich bei Meldungen an Staatsanwaltschaften und Aufsichtsbehörden oder bei einer Informationsweitergabe an die Medien („Flucht in die Öffentlichkeit“).⁵ Ferner wird je nachdem, ob der Whistleblower seine Identität geheim hält, sie absprachegemäß nur mit dem jeweiligen Meldeadressaten teilt oder sich aber allen Beteiligten gegenüber zu erkennen gibt, zwischen anonymem, vertraulichem und offenem Whistleblowing unterschieden. Die Instrumente, denen sich Gesetzgeber bei der Regulierung des Whistleblowings international bedienen, unterteilen sich schließlich in passiven Whistleblower-Schutz, insbesondere in Gestalt von Diskriminierungsschutznormen, sowie aktive Whistleblowing-Förderung, etwa durch die verpflichtende Bereitstellung interner Meldekanäle, die Einrichtung staatlicher Whistleblowing-Behörden oder die Etablierung umfangreicher Whistleblowing-Programme. Nachdem sich die Europäische Union derlei Instrumenten in den vergangenen Jahren vor allem zur partiellen Regulierung einzelner Sektoren der Privatwirtschaft bedient hat,⁶ nimmt die aktuelle Whistleblowing-Richtlinie auch und gerade den öffentlichen Sektor und mit ihm das nationale Beamten- und Verwaltungsorganisationsrecht in ihren Blick.

II. Whistleblowing im Beamtenrecht de lege lata

Ähnlich der Situation im Arbeitsrecht,⁷ dessen wesentliche Grundsätze auch für öffentliche Angestellte gelten,⁸ ist der Problemkomplex des Whistleblowings im deutschen Beamtenrecht bislang nur fragmentarisch geregelt. Eine ausdrückliche Bestimmung zur Zulässigkeit bestimmter Fälle des Whistleblowings findet sich in den (europarechtlich motivierten) §§ 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamStG,⁹ wonach ein durch Tatsachen begründeter Verdacht auf Korruptionsstraftaten gemäß der §§ 331 bis 337 StGB an die zuständige obersten Dienstbehörde, eine Strafverfolgungsbehörde oder eine konkret bestimmte weitere Behörde oder außerdienstliche Stelle gemeldet werden darf.¹⁰ Daneben sind auch Meldungen über anzeigepflichtige Katalogstraftaten i. S. d. § 138 StGB an die Staatsanwaltschaften zulässig.¹¹ Jenseits dieser spezifischen Meldegegenstände und -adressaten bewegt sich der Beamte regelmäßig im Spannungsfeld seiner allgemeinen Dienstpflichten und -rechte,

allen voran der Treue- und Verschwiegenheitspflichten gegenüber seinem Dienstherrn¹² und seiner Pflicht zu achtungs- und vertrauensvollem Verhalten¹³ auf der einen und seinen Rechten auf Meinungsfreiheit¹⁴ und die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte¹⁵ auf der anderen Seite.¹⁶ Während das BAG im Arbeitsrecht erst in Reaktion auf die Rechtsprechung EGMR vorsichtig dazu übergegangen ist, auch eine mittelbare Drittwirkung öffentlicher Interessen jedenfalls im Ansatz anzuerkennen,¹⁷ lässt sich im Beamtenrecht zudem die Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit an der Aufdeckung und Ahn-

- 1) Krause, SR 2019, S. 138; Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing, 2018, Rn. 3 f., auch zur Begriffsherkunft.
- 2) Zu Ursachen und Folgen dieser Entwicklung Gerdemann (Fn. 1), Rn. 3 ff.; zusammenfassend Colneric, SR 2019, S. 267.
- 3) Richtlinie 2019/1939/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. L 305 vom 26.11.2019, S. 17, umzusetzen bis zum 17.12.2021.
- 4) Statt vieler Ethics Resource Center (ERC), National Business Ethics Survey of the U.S. Workforce 2013, abrufbar unter <https://www.ibe.org.uk/userassets/surveys/nbes2013.pdf>, S. 29; Gerdemann (Fn. 1), Rn. 7 f., 62, 81, 132 ff., 218 m. w. N.
- 5) Im Gegensatz zur arbeitsrechtlichen Literatur hat sich in Teilen der beamtenrechtlichen Literatur eingebürgert, vor allem die vergleichsweise aufsehenerregende „Flucht in die Öffentlichkeit“ als externes Whistleblowing zu bezeichnen (statt mehrerer Günther, NVwZ 2018, S. 1109 (1110 f.); Lopacki, ZBR 2016, 329 (330); Grabenwater, in: Maunz/Düring, GG, 87. EL März 2019, Art. 5, Rn. 183). Terminologisch wie phänomenologisch empfiehlt es sich jedoch, Whistleblowing auch innerhalb der staatlichen Sphäre als externes Whistleblowing zu begreifen, sofern es sich an eine außerhalb der unmittelbaren Behördenhierarchie stehende Stelle richtet. I. Erg. wie hier Herold, ZBR 2013, S. 8; Bäcker, Die Verwaltung 2015, S. 499 (504). Die Richtlinie wiederum bezeichnet allein Meldungen an Behörden als externes Whistleblowing und verwendet für die Informationsweitergabe an Medien und Öffentlichkeit zur einfacheren sprachlichen Differenzierung den Begriff der Offenlegung.
- 6) S. etwa die (jeweils europarechtlich bedingten) Vorgaben zur Einrichtung interner Meldekanäle in den §§ 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG, 23 Abs. 6 VAG, 5 Abs. 7 BörsG, 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KAGB, § 55 b Abs. 2 Nr. 7 WPO und 6 Abs. 5 GwG.
- 7) Hierzu Gerdemann, RdA 2019, S. 16 (17 f.); Forst, NJW 2011, S. 3477 (3478 f.); jew. m. w. N.
- 8) Vgl. Kiraly, Whistleblower in der öffentlichen Verwaltung, 2010, S. 25 ff.; Lopacki, ZBR 2016, S. 329 (331 f.); ferner § 3 Abs. 1 TVöD.
- 9) Beruhend auf Art. 9 des Zivilrechtsübereinkommens über Korruption des Europarates vom 4.11.1999, s. BT-Drs. 16/2253, S. 15 bzw. BT-Drs. 4027, S. 32.
- 10) Neben einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht scheidet auch der Vorwurf der Verletzung anderer Dienstpflichten jedenfalls aus Gründen des europarechtlichen „effet utile“ aus. I. Erg. ebenso Kiraly, DÖV 2010, S. 894, 895.
- 11) § 67 Abs. 2 S. 2 BBG bzw. § 37 Abs. 2 S. 2 BeamStG.
- 12) §§ 4 und 67 Abs. 1 BBG bzw. §§ 3 Abs. 1 und 37 Abs. 1 BeamStG.
- 13) §§ 61 Abs. 1 S. 3 BBG bzw. §§ 34 S. 3 BeamStG; BVerwG, NJW 2001, 3280; BVerwG, NVwZ-RR 2006, 485 (488) mit Verweis auf § 54 S. 3 BBG a.F. Durch die hieraus innerdienstlich folgende Pflicht zur Wahrung des Betriebsfriedens (Grigoleit, in: Battis, BBG, 5. Aufl., 2017, § 61, Rn. 11 f.) können insbesondere auch die Interessen eines gemeldeten Kollegen oder Vorgesetzten in die Abwägung mit einbezogen werden. Vgl. BVerwG, NJW 2001, 3280.
- 14) Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; BGHSt 20, 342 (361 f.) = NJW 1966, 1227 (1230); BVerfGE 28, 191 (199 f.) = NJW 1970, 1498 (1499 f.).
- 15) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 20 Abs. 3 GG. Hierzu BVerfG NJW 2001, 3474 (3475); BVerfGE 74, 257 = NJW 1987, 1929 mit Blick auf die Anzeige- und Aussagerechte (privater) Arbeitnehmer im staatlichen Strafverfahren.
- 16) Ausführlich zu weiteren potentiell relevanten Normen Hans, Whistleblowing durch Beamte, 2017, S. 68 ff.; Herold, ZBR 2013, S. 8 (9 f.); tendenziell anders Bäcker, Die Verwaltung 2015, S. 499 (519), der aus § 67 BBG ex negativo die grundsätzliche Unzulässigkeit des Whistleblowings in nicht ausdrücklich geregelten Fällen ableitet.
- 17) BAG, NZA 2017, 703 (704) unter jedenfalls sprachlicher Berücksichtigung des öffentlichen Interesses.