

4 Whistleblowing und Öffentliches Recht

Walter Berka

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Amtsgeheimnis und Datenschutz
- III. Die rechtswidrige Preisgabe von Geheimnissen: der indiskrete Informant
- IV. Die Veröffentlichung rechtswidrigen erlangter Geheimnisse: die Seite der Medien
- V. Schlussfolgerungen

Literatur: Berka, Ein „bewegliches System“ des Persönlichkeitsschutzes: zur jüngeren Judikatur des EGMR zu Art 10 EMRK, ZIR 2013, 154; Berka, Ex iniuria ius oritur? Die publizistische Verwertung rechtswidrig erlangter Informationen, in Koziol/Seethaler/Thiede (Hrsg), Medienpolitik und Recht II (2013) 69; Berka, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Gutachten für den 18. Österreichischen Juristentag (2012) 60 ff; Berka, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsrecht im Lichte der Verfassung, in Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft (Hrsg), Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2008) 53; Dürrager, Die rechtlichen Fallstricke bei der Überwachung und Durchsetzung einer Compliance-Organisation – Whistleblowing Hotlines im Fokus, ZIR 2013, 339; Heindl in Berka/Heindl/Höhne/Noll (Hrsg), Praxiskommentar MedienG³ (2012) § 31; Hinterhofer, Das Redaktionsgeheimnis im österreichischen Strafprozess: Bestandsaufnahme und aktuelle Entwicklungen, in Koziol/Seethaler/Thiede (Hrsg), Medienpolitik und Recht II (2013) 119; Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht (2010); Jahnel, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSGVO 2000, in FS Schäffer (2006) 313; Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2005); Kotschy, Datenschutzrechtliche Fragen zum geltenden österreichischen Gentechnikrecht, in Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 75; Leissler, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Whistleblowing-Hotlines, in Jahnel (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2010 (2010) 179; Pabel, Der grundrechtliche Schutz des Whistle-blowing, in FS Berka (2013) 161; Seethaler, Das Redaktionsgeheimnis zwischen Machttransparenz, freier Meinungsäußerung und politischer Partizipation, in Koziol/Seethaler/Thiede (Hrsg), Medienpolitik und Recht II (2013) 145; Souhrada-Kirchmayer, Das Datenschutzgesetz 2000, SoSi 2000, 938; Stöger, Gedanken zum Schutz journalistischer Quellen aus verfassungs- und unionsrechtlicher Sicht, in Koziol/Seethaler/Thiede (Hrsg), Medienpolitik und Recht II (2013) 161; Transparency International, Whistleblowing in Europe. Legal Protection for Whistleblowers in the EU (2013) 9; abrufbar unter www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/EU_Whistleblower_Report_final_web.pdf; Wiederin, Privatsphäre und Überwachungsstaat (2003).

I. Einleitung

Wer sich mit dem Thema „Whistleblowing“ aus der Perspektive des öffentlichen Rechts auseinandersetzt, kommt zunächst nicht um die Feststellung herum, dass sich hier ein Spannungsverhältnis auftut. Es sind die Spannungen und Widersprüche zwischen amtlichen Geheimhaltungspflichten und der Herstellung von Öffentlichkeit, die ein Grundanliegen des demokratischen Verfassungsstaates ist. Diese Feststellung ist frei-

lich alles andere als neu oder aufregend, sondern eine Selbstverständlichkeit. Interessanter ist die weiterführende Frage, wie die Gewichte zwischen Geheimhaltung und Offenlegung nach den verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen verteilt sind und wie die Rechtsordnung im öffentlichen Recht diese Widersprüche auflöst – wenn sie das überhaupt tut.

In diesem Zusammenhang ist meine These die, dass die Geheimhaltungspflichten sowohl auf der Ebene des Verfassungsrechts als auch nach dem einfachgesetzlichen Recht relativ klar und prägnant ausgeformt sind, während die Herstellung von Öffentlichkeit sehr viel vager ausgezeichnet ist. Whistleblowing führt daher aus dieser Perspektive betrachtet auf ein rechtlich unsicheres Terrain und der Whistleblower bleibt einem nicht unerheblichen Risiko ausgesetzt, nicht zuletzt, weil die Einschätzung seines Handelns letztlich von subjektiven Wertungen abhängt. Diese These ist hier zu belegen.

II. Amtsgeheimnis und Datenschutz

Die Pflicht zur Wahrung anvertrauter Geheimnisse ist im österreichischen Verfassungsrecht klar umrissen: Soweit es um die Geheimnisse des Staates geht, ist das in erster Linie dem verfassungsrechtlich verankerten Amtsgeheimnis (Art 20 Abs 3 B-VG) zuzuschreiben, soweit es um Geschäftsgeheimnisse oder die Geheimsphäre von Privaten geht, ist der Grund dafür der weitgehende Schutz der personenbezogenen Daten, wie er verfassungsrechtlich im Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG 2000, Art 8 GRC) in Verbindung mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Art 8 EMRK, Art 7 GRC) verankert ist.

Dem Amtsgeheimnis hat die Verfassung zwar die verfassungsrechtliche Auskunftspflicht (Art 20 Abs 4 B-VG) zur Seite gestellt, die immerhin erkennen lässt, dass der demokratische Staat seinen Bürgern gegenüber informationspflichtig ist. Aber dieses Recht ist schwach ausgestaltet und findet seine Grenzen in allen gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten, und damit auch dem Amtsgeheimnis.¹⁾ Über die Reichweite der amtlichen Verschwiegenheitspflichten bestehen in der behördlichen Praxis nicht nur ausnahmsweise ganz übertriebene Vorstellungen. Nicht alles, was für eine Behörde unangenehm oder peinlich ist, fällt schon darunter, obwohl es gerade oft solche Fälle sind, in denen die Offenlegung unangenehmer Interna durch einen Whistleblower mehr oder weniger „gnadenlos“ unter Berufung auf das Amtsgeheimnis verfolgt wird. Eine restriktive Interpretation behördlicher Verschwiegenheitspflichten, wie sie sachlich und rechtlich geboten ist, müsste einer solchen Aufblähung des staatlichen Geheimbereichs entgegenwirken. So ist es unwahrscheinlich, dass es bereits auf eine Verletzung der einem Beamten auferlegten Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses hinausläuft, wenn ein an zahlreiche Bedienstete gerichteter Erlass, durch den Polizisten zur Erstattung einer bestimmten Mindestzahl von Anzeigen verpflichtet werden, den Medien zugespielt wird. Ob in sol-

¹⁾ Zur Informationspflicht des demokratischen Staates vgl allerdings die jüngste Judikatur des EGMR, der aus Art 10 EMRK eine positive Verpflichtung auf Gewährung von Zugang zu denjenigen Informationen ableitet, die zu einer öffentlichen Debatte einen erheblichen Beitrag leisten können, vgl EGMR 14. 4. 2009, 37.374/05, *Társaság a Szabadságjogokért*, und zuletzt EGMR 28. 11. 2013, 39.534/07, *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden Land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes*, NL 2013, 433.

chen oder vergleichbaren Fällen überhaupt ein Geheimnis im Rechtssinne vorliegt, ist nämlich ebenso fraglich wie der Umstand, ob die öffentlichen Geheimhaltungsinteressen in dem in Art 20 Abs 3 B-VG vorausgesetzten Maß beeinträchtigt werden.

Auch wenn solchen Fehlvorstellungen mit guten Gründen entgegengetreten werden kann: Das Amtsgeheimnis ist eine relevante Hürde für den Whistleblower, der – wenn er tatsächlich Geheimnisse aus der Amtssphäre an die Öffentlichkeit trägt – in aller Regel rechtswidrig handelt, und zwar auch dann, wenn er Informationen über ein rechtswidriges, unethisches oder sonst wie verwerfliches Handeln, über einen Missbrauch von Macht oder die Bedrohung von öffentlichen Interessen weitergibt. Der im Zuge der Dienstrechts-Novelle 2011 geschaffene § 53 a BDG²⁾ ändert nicht viel an diesem Befund, da hier den öffentlich Bediensteten nur insoweit ein Schutz vor Benachteiligung zugesichert wird, als sie bestimmte strafbare Handlungen (Korruptionsdelikte) in gutem Glauben der Dienstbehörde oder dem Bundesamt für Korruptionsprävention und Korruptionsbekämpfung melden. Dem Whistleblower, der dem Dienstweg nicht oder nicht mehr vertraut und der sich an die Öffentlichkeit wendet, kann damit nicht geholfen werden.

So gesehen stellen die Verfassung und das die Verschwiegenheitspflicht näher konkretisierende Dienstrecht die Pflicht des Beamten zur Loyalität über das Interesse an einer schonungslosen Aufdeckung fragwürdiger Vorgänge. Das gilt zumindest auf den ersten Blick und nicht nur für Österreich, sondern beispielsweise auch für die Europäische Union ausweislich der Judikatur des EuGH, welcher ebenfalls der Loyalitätspflicht der Beamten der Union sehr viel Gewicht beimisst.³⁾

Da ein Hinweisgeber in aller Regel personenbezogene Daten weitergibt, kommt auch das Grundrecht auf Datenschutz und kommen die Regelungen des einfachgesetzlichen Datenschutzrechts ins Spiel. Auch insoweit genießt die Interessensphäre von Organisationen einen sehr prägnanten und weitreichenden Schutz vor der Offenbarung unangenehmer Tatsachen. Dazu trägt die Weite des Begriffs der personenbezogenen Daten ebenso bei wie der Umstand, dass das Grundrecht auf Datenschutz auch juristischen Personen und damit deren geschäftliche Geheimnissphäre schützt. Das Grundrecht nach

²⁾ § 53 a BDG idF BGBl I 2011/140. Durch diese Regelung sollte den Empfehlungen des sogenannten Greco-Berichts (2008) zu der von Österreich ratifizierten Civil Law Convention on Corruption nachgekommen werden. Es war nicht zuletzt diese Regelung, die dazu geführt hat, dass Österreich im Hinblick auf den Whistleblower-Schutz zumindest in das Mittelfeld der europäischen Staaten („partial protection“) eingereiht wurde; vgl *Transparency International*, Whistleblowing in Europe. Legal Protection for Whistleblowers in the EU (2013) 8; abrufbar unter www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/EU_Whistleblower_Report_final_web.pdf [abgerufen 17. 3. 2014].

³⁾ Vgl EuGH 6. 3. 2001, *Connolly/Kommission*, C-274/99 P, Slg 2001, I-1611 Rz 43 ff, sowie zuletzt die Entscheidung des Gerichts (EuG) vom 13. 12. 2012 in der Sache *Strack/Kommission*, T-199/11 P, in der es ua um die Verpflichtung der Beamten der Union geht, bei öffentlichen Stellungnahmen vorab eine Genehmigung durch die Kommission einzuholen. Zu Forderungen nach einem umfassenden Whistleblower-Schutz auf der europäischen Ebene vgl den Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments zu organisiertem Verbrechen, Korruption und Geldwäsche: Empfohlene Maßnahmen und Initiativen (2013/2107 [INI]); abrufbar unter www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT%2BREPORT%2BA7-2013-0307%2B0%2BDOC%2BXML%2BV0//DE&language=DE#_part1_def43 [abgerufen 17. 3. 2014].

§ 1 DSGVO 2000 schränkt den hier gewährten Geheimnisschutz freilich auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen ein. So gesehen wäre die Argumentation denkbar (und meines Erachtens auch zielführend), dass es kein schutzwürdiges Interesse an der Verschleierung von Fällen der Korruption oder anderer Formen schwerwiegenden Fehlverhaltens geben kann, sodass die datenschutzrechtliche Geheimhaltungspflicht zumindest durch eine Interessenabwägung relativiert wäre.⁴⁾ Das jüngere datenschutzrechtliche Schrifttum widerspricht indessen einer solchen Auslegung: Zumindest seit der Neufassung des Grundrechts durch das DSGVO 2000 sei grundsätzlich jede personenbezogene Information, abgesehen vom Fall der allgemeinen Verfügbarkeit, im Sinne des Grundrechts schutzwürdig und eine gesonderte Prüfung der Schutzwürdigkeit daher nicht mehr vorzunehmen.⁵⁾ Ob diese Interpretation wirklich zutrifft, möchte ich an dieser Stelle dahingestellt lassen.⁶⁾

Im Ergebnis gilt aber auch insoweit dasselbe wie im Hinblick auf das Amtsgeheimnis: Im Lichte der herrschenden Interpretation steuert jeder Whistleblower, der vertrauliche Interna nach außen trägt, nachgerade zwangsläufig auf eine Verletzung von dienstrechtlichen oder datenschutzrechtlichen Geheimhaltungs- oder Loyalitätspflichten zu. Auf die vielen weiteren Fallstricke, die sich im Übrigen aus den Schranken und Bedingungen des einfachgesetzlichen Datenschutzrechts ergeben, kann und möchte ich nur hinweisen.⁷⁾

So gesehen müssten alle Forderungen nach einem effektiveren Whistleblower-Schutz an die Rechtspolitik adressiert werden, wobei das verfassungsrechtlich verankerte Amtsgeheimnis und das Grundrecht auf Datenschutz wohl jedem in diese Richtung gehenden Bemühen deutliche Grenzen setzen.

Aber noch ist der Umkreis der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen nicht vollständig abgeschrieben. Die Verfassung schützt nicht nur Geheimsphären und schirmt sie gegenüber der Aufdeckung ab, sie visiert auch die Herstellung von Öffentlichkeit als schutzwürdigen Wert an, in erster Linie durch das Grundrecht der Meinungs- und Me-

⁴⁾ Die Zulässigkeit einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller einschlägigen Wertungen der Rechtsordnung wurde in der älteren datenschutzrechtlichen Literatur und Rsp durchaus anerkannt; vgl in diesem Sinne zB *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat (2003) 60; *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSGVO 2000, in FS Schäffer (2006) 313 (323 f); *Berka*, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsrecht im Lichte der Verfassung, in *Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft* (Hrsg), Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2008) 53 (63); OGH 9 ObA 50/03 y, SZ 2004/39; OGH 23. 9. 2008, 10 Ob 46/08 z.

⁵⁾ In diesem Sinne nunmehr *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) 51; *Duschanek* in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar (2005) § 1 DSGVO Rz 42; *Kotschy*, Datenschutzrechtliche Fragen zum geltenden österreichischen Gentechnikrecht, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 75 (76); *Souhrada-Kirchmayer*, Das Datenschutzgesetz 2000, SoSi 2000, 938 (941) ua.

⁶⁾ Vgl dazu meine Auseinandersetzung mit dieser Auffassung in *Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Gutachten für den 18. Österreichischen Juristentag (2012) 60 ff.

⁷⁾ Vgl zur datenschutzrechtlichen Problematik, die auch firmenintern eingerichtete Meldesysteme betrifft, *Leissler*, Datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Whistleblowing-Hotlines, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht. Jahrbuch 2010 (2010) 179; *Dürager*, Die rechtlichen Fallstricke bei der Überwachung und Durchsetzung einer Compliance-Organisation – Whistleblowing Hotlines im Fokus, ZIR 2013, 339 mit weiteren Nachweisen und Hinweisen auf die einschlägige Praxis der Datenschutzbehörde.

dienfreiheit. Dieses Grundrecht ist nun in den Blick zu nehmen, wobei sich die Betrachtung den beiden Protagonisten zuwenden muss, die bei einem Geheimnisverrat zusammenwirken: der Seite des indiskreten Informanten und jener der Massenmedien, die das Geheimnis publizistisch verwerten und damit das öffentlich machen, was unter einem Deckmantel des Schweigens gehalten werden soll.

III. Die rechtswidrige Preisgabe von Geheimnissen: der indiskrete Informant

Dass die Verletzung gesetzlich oder vertraglich auferlegter *Verschwiegenheitspflichten* durch einen Geheimnisträger in vielen Fällen rechtswidrig ist, sollten die bisherigen Überlegungen zeigen. Nur ausnahmsweise kann man vielleicht einen Rechtfertigungsgrund annehmen, wenn die Preisgabe eines Geheimnisses durch überwiegende und gewichtige Interessen erzwungen wurde, um einen gravierenden Schaden von der Gesellschaft oder der Interessenssphäre Dritter abzuwenden. Aber das sind Ausnahmefälle, und sie können in der Regel nur die Weitergabe der vertraulichen Information an die zum Handeln berufenen Behörden, keinesfalls ihre Veröffentlichung rechtfertigen. Heute scheint es allerdings einen gewissen Wandel in der rechtlichen Bewertung zu geben. Sie drückt sich nicht nur in den existierenden Whistleblower-Gesetzen aus, wie es sie etwa in den USA, Großbritannien oder in Indien (!) gibt. Denn auch unabhängig von einer solchen Privilegierung des Geheimnisverrats durch Formen einer speziellen „Whistleblower-Protection“ lassen sich Anzeichen für einen „großzügigeren“ Umgang mit indiskreten Informanten erkennen. Das soll anhand von einigen jüngeren Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) illustriert werden.

Der erste Fall *Guja gegen Moldawien* betrifft den Verrat von Amtsgeheimnissen, also den öffentlichen Bereich:⁸⁾ Im Vorfeld turbulenter Parlamentswahlen in Moldawien hatten Polizeibeamte einer Sondereinheit des Innenministeriums mehrere Personen verhaftet, offenbar unter Missbrauch ihrer Amtsgewalt und aus politischen Gründen. Als die Strafverfolgungsbehörden gegen die Polizisten die Strafverfolgung einleiten wollten, intervenierte der Parlamentspräsident und warf, auf dem Briefpapier des Parlaments, in einem Schreiben an die Generalstaatsanwaltschaft die rhetorische Frage auf, ob die Generalstaatsanwaltschaft das Verbrechen bekämpfen wolle oder eher die Polizei. Derart unter Druck gesetzt stellte die Staatsanwaltschaft das Strafverfahren gegen die Polizisten ein. Um diesen Skandal aufzuzeigen, spielte der Leiter der Presseabteilung der moldawischen Generalstaatsanwaltschaft das Schreiben des Parlamentspräsidenten den Medien zu, die dessen Versuche zur Einschüchterung der Strafverfolgungsbehörden aufdeckten. Das blieb nicht ohne Konsequenzen: Der „illoyal“ handelnde Informant wurde wegen eines Verstoßes gegen die Dienstvorschriften entlassen, eine Entlassung, die auch der Oberste Gerichtshof Moldawiens bestätigte.

Der EGMR kam zu einer anderen Einschätzung: In einer von einer großen Kammer getroffenen Entscheidung ging der Gerichtshof zunächst davon aus, dass der Beamte von seinem Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art 10 EMRK) Gebrauch gemacht hat-

⁸⁾ Vgl. EGMR 12. 2. 2008, 14.277/04, *Guja*, NL 2008, 28.