

SIMON GERDEMANN

# Transatlantic Whistleblowing

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

404

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

404

Herausgegeben vom  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:  
Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann





Simon Gerdemann

# Transatlantic Whistleblowing

Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und  
Status quo des Whistleblowings in den USA und  
seine Bedeutung für Deutschland

Mohr Siebeck

*Simon Gerdemann*, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Göttingen; LL.M.-Studium an der University of California, Berkeley; Promotionsstudium an der Universität Göttingen; seit 2017 Rechtsreferendar am Oberlandesgericht Celle und wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer Rechtsanwaltskanzlei in Hamburg.  
orcid.org/0000-0002-2868-8404

ISBN 978-3-16-155916-7 / eISBN 978-3-16-155917-4  
DOI 10.1628/978-3-16-155917-4

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441  
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen im Sommersemester 2017 als Dissertation angenommen. Rechts- und Datenlage nebst einschlägiger Literatur befinden sich auf dem Stand Dezember 2017. Die zugrundeliegenden Forschungsarbeiten wurden durch Stipendien der Studienstiftung des Deutschen Volkes und der Fulbright Kommission gefördert, die Veröffentlichung durch Druckkostenzuschüsse des Arbeitskreises Wirtschaft und Recht, der Johanna und Fritz Buch-Gedächtnis-Stiftung und der Studienstiftung *ius vivum* unterstützt. Die Dissertation wurde mit dem Fakultätspreis der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen und dem Deutschen Studienpreis der Körber Stiftung ausgezeichnet.

Ein Projekt wie dieses wäre nicht möglich gewesen ohne eine Reihe von Menschen in Göttingen und Berkeley, deren Beitrag im Rahmen eines schlaglichthaften Vorwortes nur unvollkommen angedeutet werden kann.

Das gilt zuallererst für meinen Doktorvater, Prof. Dr. Gerald Spindler, dem ich eine fachlich hochspannende und persönlich mehr als nur angenehme Zeit am Göttinger Institut für Wirtschaftsrecht und einen außergewöhnlichen Grad an wissenschaftlicher Freiheit und Vertrauen verdanke.

Danken möchte ich auch meinem Zweitgutachter Prof. Dr. Rüdiger Krause, der für mich stets ein arbeitsrechtliches Ohr offen hatte und mehr zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat, als es die gern bemühte Formel von der zügigen Erstellung des Zweitgutachtens vermuten ließe.

Stellvertretend für viele großartige Kollegen und Freunde danke ich Dr. Riddhi Dasgupta für manch erkenntnisreiche Diskussion zum Verfassungsrecht der USA, Christina König und dem gesamten Team Spindler für eine wunderbare Lehrstuhlzeit sowie Dr. Mohamed Bou Sleiman für eine Reihe bedeutender Anregungen und eine noch bedeutendere Freundschaft. Nicht zuletzt für den Leser von unschätzbarem Wert waren auch die ausdauernden Manuskriptkorrekturen von Ninja Gerdemann und Dr. Maika Klemmer. Ein besonderer Dank gilt meiner Freundin Anja Fiebig und ihrem unerschütterlichen Optimismus, mit dem sie mich von Anfang bis Ende begleitet hat.

Abschließend möchte ich meinen Eltern Conrad und Renate Gerdemann und meinen Geschwistern Lukas und Ninja danken. Ihr wisst, dass all dies ohne Euren Rückhalt und Glauben an mich nicht denkbar gewesen wäre.

Hamburg, im Januar 2018

*Simon Gerdemann*



## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV

Einleitung, Gang der Untersuchung und Methodik der Forschung .....	1
---	---

Kapitel 1: Grundlagen des Whistleblowings.....	4
--	---

<i>A. Etymologie, Terminologie und Typologie des Whistleblowings</i> .....	4
--	---

<i>B. Phänomenologie – Charakteristika von Whistleblowern und Whistleblowing-Situationen</i> .....	12
--	----

<i>C. Ökonomie – Öffentlicher und privater Nutzen des Whistleblowings</i> .....	21
---	----

Kapitel 2: Entwicklungsgeschichte, Status quo und rechtstat- sächliche Funktionsweise des Whistleblowings in den USA .....	27
---	----

<i>A. Historische Marksteine und dogmatische Weichenstellungen in der Entwicklung des Whistleblowing-Rechts</i> .....	27
---	----

<i>B. Das Federal Law als Motor des Whistleblower-Schutzes ab Mitte der 1960er Jahre</i> .....	57
--	----

<i>C. Die Ausbreitung des Whistleblower-Schutzes durch State Common Law und Public Policy Exceptions</i> .....	74
--	----

<i>D. Exkurs: Whistleblowing im öffentlichen Sektor</i> .....	92
---	----

<i>E. Überblick über den Status quo des arbeitsrechtlichen Whistleblower- Schutzes in den USA</i> .....	100
---	-----

<i>F. Die Bedeutung der einzelnen Schutzquellen des US-Rechts in der Praxis: Konkurrenzen, Rechtswahlprobleme und Unübersichtlichkeit .....</i>	117
<i>G. Die Renaissance des False Claims Act und die Entstehung des finanziell inzentivierten Whistleblowings .....</i>	121
<i>H. Die Entwicklung des internen Whistleblowings als Corporate-Governance- und Compliance-Element in den USA .....</i>	156
<i>I. Die Jahrtausendwende als Zeitenwende für das Whistleblowing-Recht? – Der Sarbanes-Oxley Act und seine Folgen .....</i>	188
<i>J. Der Dodd-Frank Act als Kulminationspunkt der bisherigen US-Whistleblowing-Geschichte .....</i>	287
<i>K. Zusammenfassende Analyse .....</i>	358
<b>Kapitel 3: Die transatlantische Bedeutung des US-amerikanischen Whistleblowing-Rechts für Deutschland.....</b>	<b>366</b>
<i>A. Unmittelbare Bedeutung – Das US-Whistleblowing-Recht als unfreiwilliges „legal transplant“ .....</i>	<i>366</i>
<i>B. Mittelbare Bedeutung – Die Erfahrungen des US-Whistleblowing-Rechts als Spiegel der deutschen Rechtsentwicklung .....</i>	<i>397</i>
<b>Résumé .....</b>	<b>479</b>
<i>A. Abschließende Bemerkungen .....</i>	<i>479</i>
<i>B. Zusammenfassung ausgewählter Ergebnisse und Thesen .....</i>	<i>480</i>
Appendizes.....	485
Literaturverzeichnis .....	535
Sachregister .....	587

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
Einleitung, Gang der Untersuchung und Methodik der Forschung .....	1
Kapitel 1: Grundlagen des Whistleblowings.....	4
<i>A. Etymologie, Terminologie und Typologie des Whistleblowings</i> .....	4
<i>B. Phänomenologie – Charakteristika von Whistleblowern und Whistleblowing-Situationen</i> .....	12
<i>C. Ökonomie – Öffentlicher und privater Nutzen des Whistleblowings</i> .....	21
Kapitel 2: Entwicklungsgeschichte, Status quo und rechtstatsächliche Funktionsweise des Whistle- blowings in den USA .....	27
<i>A. Historische Marksteine und dogmatische Weichenstellungen in der Entwicklung des Whistleblowing-Rechts</i> .....	27
<i>I. „Im Namen des Königs“ – Die Wurzeln und Lehren der ersten US-amerikanischen Whistleblowing-Normen</i> .....	27
1. Der False Claims Act 1863 als Produkt des US-amerikanischen Bürgerkrieges .....	27
2. Die False Claims Act Amendments von 1943 und ihre Folgen .....	35

II. Beginn und Ursachen des zweigliedrigen Whistleblower-Schutzes in den USA .....	47
1. Die „employment-at-will“-Doktrin als Paradigma des US- amerikanischen Arbeitsrechts .....	47
2. Der National Labor Relations Act von 1935 als Blaupause des Whistleblowing-Rechts .....	50
<i>B. Das Federal Law als Motor des Whistleblower-Schutzes ab Mitte der     1960er Jahre .....</i>	57
I. Die Entstehung der Adjunct Statutes und Anti-Retaliation Provisions .....	57
II. Die Bedeutung administrativer Beschwerdestellen und Vorgaben am Beispiel des Department of Labor .....	69
<i>C. Die Ausbreitung des Whistleblower-Schutzes durch State Common     Law und Public Policy Exceptions .....</i>	74
I. Entstehung und Etablierung von Common-Law-Ausnahmen zur „employment-at-will“-Doktrin .....	74
II. Die Kodifizierung des Common-Law-Whistleblower-Schutzes durch einzelstaatliche Core Whistleblower Statutes .....	90
<i>D. Exkurs: Whistleblowing im öffentlichen Sektor .....</i>	92
<i>E. Überblick über den Status quo des arbeitsrechtlichen Whistleblower-     Schutzes in den USA .....</i>	100
I. Anwendungsbereich und Person des Whistleblowers .....	101
II. Meldegegenstand .....	103
III. Subjektive Merkmale des Whistleblowers .....	104
IV. Adressat und Eskalationsroutine .....	107
V. Beweislastverteilung und Rechtsfolgen .....	112
<i>F. Die Bedeutung der einzelnen Schutzquellen des US-Rechts in der     Praxis: Konkurrenzen, Rechtswahlprobleme und Unübersichtlichkeit .....</i>	117
<i>G. Die Renaissance des False Claims Act und die Entstehung des     finanziell incentivierten Whistleblowings .....</i>	121
I. Der False Claims Amendments Act von 1986 und seine Folgen .....	121
1. Hintergrund und Entstehungsgeschichte des FCA von 1986 .....	121
2. Zentrale Bestimmungen der Amendments von 1986 .....	126
3. Rechtstatsächliche Konsequenzen und Rezeption .....	135
II. Die Ausbreitung finanziell incentivierten Whistleblowings im Windschatten des False Claims Act .....	143

1. State False Claims Acts.....	143
2. Das IRS Whistleblower Program .....	144
a) Ursprung und Ausgestaltung des IRS Whistleblower Program .....	144
b) Die Auswirkungen des IRS Whistleblower Program .....	149
<i>H. Die Entwicklung des internen Whistleblowings als Corporate- Governance- und Compliance-Element in den USA.....</i>	156
I. Vom One-Tier- zum Three-Tier-System – Föderalismus und Corporate Governance in den USA.....	156
1. Das Gesellschaftsrecht Delawares als Ausgangspunkt US- amerikanischer Unternehmensverfassungen .....	156
2. Das Erstarben des Federal Government als zentralem Corporate Governance Akteur .....	161
II. Pflichten und Anreize zur Einrichtung interner Whistleblowing- Systeme in den USA .....	165
1. Gesellschaftsrechtliche Compliance-Pflichten in der Rechtsprechung Delawares .....	165
2. Compliance- und Whistleblowing-Systeme nach Maßgabe der Federal Sentencing Guidelines.....	172
<i>I. Die Jahrtausendwende als Zeitenwende für das Whistleblowing-Recht? – Der Sarbanes-Oxley Act und seine Folgen .....</i>	188
I. Sherron Watkins, Cynthia Cooper und die Hintergründe des Sarbanes-Oxley Act .....	188
II. Anwendungsbereich und Corporate-Governance-bezogenes Regelungsspektrum des Sarbanes-Oxley Acts .....	203
III. Die Whistleblowing-Bestimmungen des Sarbanes-Oxley Act .....	212
1. § 806 SOX: Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz .....	212
a) Anwendungsbereich und Person des Whistleblowers .....	212
b) Meldegegenstand .....	214
c) Subjektive Merkmale des Whistleblowers .....	217
d) Adressat .....	222
e) Meldeform und Eskalationsroutine .....	223
f) Beweislastverteilung und Rechtsfolgen .....	225
g) Rechtsdurchsetzung über administrative Beschwerdestellen .....	231
2. § 301 SOX: Gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Einrichtung eines Whistleblowing-Kanals.....	234
a) Anwendungsbereich und erfasster Personenkreis.....	236
b) Adressat und Meldegegenstand .....	237
c) Organisatorische Umsetzung und Anforderungen.....	238

3. § 1107 SOX: Strafrechtliches Verbot der Diskriminierung von Whistleblowern .....	243
4. § 307 SOX: Berufsrechtliche Whistleblowing-Pflicht für Rechtsanwälte .....	245
a) Einführung.....	245
b) Anwendungsbereich und Person des Whistleblowers .....	247
c) Meldegegenstand.....	250
d) Subjektive Merkmale des Whistleblowers und Auslöser der Meldepflicht .....	252
e) Adressat und Eskalationsroutine .....	253
f) Sanktionierung .....	256
g) Externes Whistleblowing und „Noisy Withdrawal“ .....	257
5. § 406 SOX: Ethikkodizes und Whistleblowing-Systeme.....	258
IV. Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act .....	262
1. Allgemeine Rezeption in Literatur und Praxis .....	262
2. Auswirkungen von § 301 SOX .....	263
3. Auswirkungen von § 806 SOX .....	267
4. Auswirkungen von § 1107 SOX .....	275
5. Auswirkungen von § 307 SOX .....	277
6. Auswirkungen von § 406 SOX .....	280
7. Konsequenzen für die weitere legislative Entwicklung .....	285
<i>J. Der Dodd-Frank Act als Kulminationspunkt der bisherigen US-Whistleblowing-Geschichte .....</i>	<i>287</i>
I. Einführung .....	287
II. Die Dodd-Frank-Whistleblower-Programme .....	288
1. Harry Markopolos, Bernie Madoff und die Hintergründe der Dodd-Frank-Whistleblower-Programme .....	288
2. Das SEC Whistleblower Program.....	298
a) Anwendungsbereich und Person des Whistleblowers .....	298
b) Meldegegenstand und Art der Information .....	305
c) Subjektive Merkmale .....	308
d) Adressat, administrative Einkleidung und Vertraulichkeitspolitik .....	311
e) Meldeform und Eskalationsroutine .....	318
f) Erfolgreicher Verfahrensabschluss.....	330
g) Belohnungshöhe und -faktoren.....	333
h) Belohnungsauszahlung und Anspruchsdurchsetzung.....	333
III. Der arbeitsrechtliche Diskriminierungsschutz des Dodd-Frank Act ....	337
1. Graduelle Fehlerkorrekturen an § 806 SOX .....	337
2. Eigenständiger Diskriminierungsschutz gem. § 78u-6(h)(1) .....	339

IV. Auswirkungen des Dodd-Frank Act.....	344
1. Auswirkungen des SEC Whistleblower Program.....	345
2. Auswirkungen des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes ....	354
K. Zusammenfassende Analyse .....	358
I. Entwicklungsgeschichtliche Betrachtung und Einordnung .....	358
II. Funktionale Betrachtung und Bewertung .....	361
<b>Kapitel 3: Die transatlantische Bedeutung des US-amerikanischen Whistleblowing-Rechts für Deutschland .....</b>	<b>366</b>
<i>A. Unmittelbare Bedeutung – Das US-Whistleblowing-Recht als unfreiwilliges „legal transplant“ .....</i>	<i>366</i>
I. Umsetzung und gesellschaftsrechtlicher Einfluss von § 301 SOX .....	366
II. Vermiedene und vermeintliche Einflüsse auf den Gebieten des Arbeits- und Berufsrechts .....	373
III. Anonymes Whistleblowing als datenschutzrechtlicher Stein des Anstoßes .....	385
<i>B. Mittelbare Bedeutung – Die Erfahrungen des US-Whistleblowing-Rechts als Spiegel der deutschen Rechtsentwicklung .....</i>	<i>397</i>
I. Whistleblowing-Rechte im deutschen Arbeitsrecht .....	397
1. Entwicklung, Status quo und Diskussionsstand .....	397
2. Rechtsvergleichende Gegenüberstellung und rechtspolitischer Ausblick .....	414
II. Whistleblowing im deutschen Aktiengesellschaftsrecht.....	424
1. Die Einrichtung eines Whistleblowing-Systems als Compliance-Pflicht des Vorstands .....	424
2. Der Aufsichtsrat als Adressat unternehmensinternen Whistleblowings .....	442
3. Rechtsvergleichende Gegenüberstellung und rechtspolitischer Ausblick .....	455
III. Administrative Whistleblowing-Stellen und -Programme in Deutschland .....	459
1. Anfänge und Status quo des institutionalisierten Behörden-Whistleblowings in Deutschland.....	459
2. Rechtsvergleichende Gegenüberstellung und rechtspolitischer Ausblick .....	473

Résumé .....	479
<i>A. Abschließende Bemerkungen</i> .....	479
<i>B. Zusammenfassung ausgewählter Ergebnisse und Thesen</i> .....	480
Appendizes .....	485
Appendix A1 – False Claims Act (FCA) von 1863.....	485
Appendix A2 – National Labor Relations Act (NLRA) von 1935 .....	491
Appendix B1 – TCR-Meldeformblatt der SEC .....	501
Appendix B2 – BKMS-Meldeformblatt der BaFin .....	519
Appendix B3 – SEC Whistleblower Award Order.....	521
Appendix C – Verzeichnis der oberen und obersten Gerichte der USA .....	527
Appendix D – Ausgewählte Elemente eines deutschen Whistleblowing-Rechts de lege ferenda.....	533
Literaturverzeichnis .....	535
Sachregister.....	587

## Abkürzungsverzeichnis

Das folgende Verzeichnis enthält eine Auswahl der im Rahmen dieser Arbeit besonders häufig verwendeten Abkürzungen. Eine nach Rechtswegen und Instanzen geordnete Liste relevanter US-amerikanischer Gerichte einschließlich ihrer Gerichtskürzel findet sich in Appendix C ab Seite 528. Die Abkürzungen sämtlicher verwendeter Literaturquellen, insbesondere Zeitschriftennamen, sind im Literaturverzeichnis ab Seite 537 jeweils im Zusammenhang mit der konkret zitierten Quelle vollständig aufgeführt.

§	Paragraph (dt. Quellen); section (engl. Quellen)
a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
ABA	American Bar Association
AG	Die Aktiengesellschaft
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
ALI	American Law Institute
ALJ	Administrative Law Judge
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
ARB	Administrative Review Board
Art.	Artikel
Art. 29 WP	Article 29 Working Party (EU)
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Begr.	Begründer
Berkeley J. Emp. & Lab. L.	Berkeley Journal of Employment & Labor Law
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BKMS	Business Keeper Monitoring System
Bus. Ethics	Journal of Business Ethics

Bus. Law.	Business Lawyer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Cal.	California Supreme Court
Cal. Ct. App.	California Court of Appeal
CCZ	Corporate Compliance Zeitung
CEO	Chief Executive Officer
CFO	Chief Financial Officer
CFR	Code of Federal Regulations
ch.	Chapter (engl. Quellen)
Cir.	Circuit (Bundesgerichtsbezirk)
CNIL	Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cong. Rec.	Congressional Record
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
CSRA	Civil Service Reform Act
d.h.	das heißt
Del.	Delaware Supreme Court
Del. Ch.	Delaware Chancery Court
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
DGCL	Delaware General Corporation Law
DSGVO	Datenschutz-Grundverordnung (EU)
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Empl. Rts. & Employ. Pol'y J.	Employee Rights and Employment Policy Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ERA	Energy Reorganization Act
et al.	et alii (und andere)
et seq.	und die folgenden Seiten (engl. Quellen)
f.	und die folgende Seite (dt. Quellen)
F. Supp.	Federal Supplement (Entscheidungssammlung Federal District Courts)
Fn.	Fußnote
FCA	False Claims Act
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
ff.	und die folgenden Seiten (dt. Quellen)
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fordham J. Corp. & Fin. L.	Fordham Journal of Corporate and Financial Law
FS	Festschrift
FSGO	Federal Sentencing Guidelines for Organizations
GAO	Government Accountability Office
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
grds.	grundsätzlich
h.Lit.	herrschende Literatur

h.M.	herrschende Meinung
H.R. Rep.	U.S. House of Representatives Report
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Einzelnen
i.e.S.	im engeren Sinne
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne der/des
i.S.v.	im Sinne von
i.w.S.	im weiteren Sinne
Ill.	Illinois Supreme Court
insbes.	insbesondere
Int'l Law.	International Lawyer
IRS	Internal Revenue Service
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Int'l Bus. & L.	Journal of International Business and Law
Kap.	Kapitel
krit.	kritisch
LKA	Landeskriminalamt
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MAR	Marktmissbrauchsverordnung (EU)
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
MSPD	Merit Systems Protection Board
n.F.	neue Fassung
N.Y.	New York Court of Appeals
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
Nachw.	Nachweise
NLRA	National Labor Relations Act
NLRB	National Labor Relations Board
No.	Number (engl. Quellen)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OIG	Office of Inspector General
OSC	Office of the Special Counsel (der OSHA)
OSHA	Occupational Safety and Health Administration
OWB	Office of the Whistleblower (der SEC)
p.	page (engl. Quellen)
Pa.	Pennsylvania Supreme Court
Rn.	Randnummer
Rep.	Representative
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rspr.	Rechtsprechung

## XVIII

*Abkürzungsverzeichnis*

S.	Seite (dt. Quellen)
s.	siehe
S. Rep.	U.S. Senate Report
S.D. Tex.	United States District Court for the Southern District of Texas
SEC	Securities Exchange Commission
sec.	section (ältere engl. Quellen)
Sen.	Senator
Sess.	Session
sog.	sogenannt
SOX	Sarbanes-Oxley Act
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statutes at Large
StGB	Strafgesetzbuch
TCR	Tip, Complaint, or Referral (Formblatt)
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
u.a.	unter anderem
U.S.	United States Supreme Court; United States Reports (Entscheidungssammlung)
U.S.C.	United States Code
USSG	United States Federal Sentencing Guidelines
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
WPA	Whistleblower Protection Act
Yale L. J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## Einleitung, Gang der Untersuchung und Methodik der Forschung

In der jüngeren Vergangenheit gibt es wohl kaum einen englischsprachigen Diskusstopos, der in Rechtswissenschaft, Wirtschaftspraxis und Öffentlichkeit eine derart rasante Sprachkarriere hinter sich gebracht hat, wie der Begriff des „Whistleblowing“. Während in der deutschen Presselandschaft seit einigen Jahren aus nahezu jedem Informanten ein „Whistleblower“ geworden zu sein scheint, hat das Phänomen der freiwilligen Aufdeckung illegaler, gefährlicher oder unethischer Verhaltensweisen auch in der rechtlichen Diskussion eine bis vor kurzem ungekannte Aufmerksamkeit und Detailtiefe erfahren. Je nach Rechtsgebiet und Perspektive treten Whistleblower etwa in der Rolle des gekündigten Arbeitnehmers, in der Funktion eines Informationslieferanten unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme oder als aufsichtsrechtlicher Baustein aktueller Gesetzesnovellen und Behördeninitiativen in Erscheinung. Mit kaum zu übersehender Regelmäßigkeit tauchen hierbei immer wieder Ursprungs- und Querbezüge zu den USA als „Mutterland“ und Schrittmacher des modernen Whistleblowing-Rechts auf. Aus welchen Gründen, unter welchen Umständen und mit welchen Folgen das Recht der Whistleblower sich in der US-amerikanischen Rechtsordnung ausgebreitet und in Teilen schließlich seinen Weg über den Atlantik bis nach Deutschland gefunden hat, wurde demgegenüber bisher oft nur ansatz- oder ausschnittsweise einer näheren Betrachtung unterzogen. 1

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es daher, die Hintergründe der über 150-jährigen Geschichte des Whistleblowing-Rechts der USA mitsamt seinen aktuellen Entwicklungs- und Funktionstendenzen auf den Gebieten des Arbeits-, Gesellschafts- und Verwaltungsrechts<sup>1</sup> zu analysieren und hierbei seinen aktuellen und potentiellen Einfluss auf die noch junge deutsche Whistleblowing-Diskussion auszuleuchten. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, bedient sie sich eines methodischen Dreiklangs aus rechtshistorisch-genetischer Ursachenforschung, rechtsvergleichend-funktionaler Dogmendar- 2

---

<sup>1</sup> Weitere Whistleblowing-relevante Rechtsnormen, namentlich auf den Gebieten des Straf-, Beamten- und Presserechts sowie hiermit einhergehendes Whistleblowing bspw. an Vertreter der Medien und innerhalb der Verwaltung werden aus thematischen Gründen hingegen nur insoweit diskutiert, wie dies für eine angemessene Darstellung des Gesamtzusammenhangs notwendig erschien.

stellung und rechtstatsächlich-empirischer Wirkungsanalyse.<sup>2</sup> Da durch diesen Ansatz auf dem Gebiet des Whistleblowing-Rechts in mancherlei Hinsicht diesseits und jenseits des Atlantiks wissenschaftliches Neuland betreten wird, greift die vorliegende Arbeit auf einen vergleichsweise umfangreichen Fußnotenapparat zurück, um dem Leser einen möglichst unmittelbaren Zugriff auf einschlägige Primärquellen, rechtsgebietsübergreifende Querverweise und rechtssystematische Hintergründe zu ermöglichen.<sup>3</sup> Angesichts der noch immer tiefgreifenden Verwurzelung der US-amerikanischen Rechtsordnung im präzedenzgeformten „Common Law“ und den hiermit einhergehenden Folgen für die Dogmatik und Praxis des Whistleblowing-Rechts wird dabei besonderer Wert auf eine entsprechende Analyse der einschlägigen Rechtsprechung gelegt, wobei die reichhaltige Kasuistik des Whistleblowings in den USA zugleich als eine wesentliche Quelle seiner rechtstatsächlichen Evaluierung dient.<sup>4</sup> Auch wenn der Fokus der hiesigen Darstellung auf einer

---

<sup>2</sup> Vgl. zur Notwendigkeit der „Makrovergleichung“ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, § 1 II und III 3; zur sachgegenstandsabhängigen Methodenauswahl *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 3 Rn. 147 ff.; zu den Methoden der Rechtstatsachenforschung im Allgemeinen und der Bedeutung quantitativer Urteilsanalysen im Besonderen etwa *Spindler/Gerdemann*, AG 2016, 698 m.w.N. Für ihre Unterstützung bei der praktischen Einordnung aktueller Whistleblowing-Gesetze sei bereits an dieser Stelle den beiden Whistleblowing-Anwältinnen *Erika Kelton* und *Claire Sylvia*, beide Phillips & Cohen LLP, ganz besonders gedankt. Gleiches gilt für den bis Juli 2016 amtierenden Leiter des „SEC Whistleblower Office“, *Sean McKessy*, sowie dem früheren „public interest attorney“ und heutigen US-Botschafter zu Rom, *John Phillips*.

<sup>3</sup> Eine Legende der in den USA verwendeten Gerichts- bzw. Entscheidungsabkürzungen findet sich in *Appendix C* dieser Arbeit. Um die Auffindbarkeit der verwendeten Sekundärliteratur zu erleichtern, wurde die US-amerikanische Zitierweise zudem weitgehend beibehalten und eine englischsprachige Quellenherkunft u.a. bei der jeweiligen Seitenangabe durch „p.“ (anstelle von „S.“) indiziert. Soweit nicht anders angegeben, ist das letzte Abrufdatum sämtlicher Internetbelege innerhalb dieser Arbeit der 31.12.2017.

<sup>4</sup> Auf eine eingehendere Darstellung der Grundlagen und heutigen Erscheinungsformen des US-amerikanischen Rechts als Mischform aus klassisch-richterrechtlichem „Common Law“ und einem zunehmend kodifikatorisch geprägten Gesetzeskorpus wird im Rahmen dieser Arbeit verzichtet. S. hierzu insbes. *Abernathy*, *Law in the U.S.*, mit der aktuell vielleicht besten Einführung aus kontinentaleuropäischer Civil-Law-Perspektive; zur sukzessiven Annäherung beider Rechtsfamilien auch *v. Hein*, *U.S. Gesellschaftsrecht*, S. 803 ff. m.w.N. Erwähnt sei an dieser Stelle allerdings die insofern nicht selten unterschätzte Bedeutung der Unterscheidung zwischen Präzedenzfällen als hierarchischer Instanzenordnung, sog. „(binding) precedents“, dem traditionellen Harmonisierungseffekt durch nicht bindende „persuasive precedents“ anderer Gerichte sowie der darüber hinausgehenden „stare decisis“-Doktrin als (dogmatisch verankerter) Selbstbindung der (Ober-)Gerichte. Vor allem letztere führt auch und gerade bei der Auslegung geschriebenen Gesetzesrechts dazu, dass der ursprüngliche Normtext nicht selten in den Hintergrund rückt, indem er durch einschlägige Entscheidungen der Rechtsprechung überformt wird. Vgl. nur *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164, 171 et seq. (1989) („Considerations of stare decisis have special force in the area of statutory interpretation, for here,

wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Geschichte, dem Recht und der Rechtswirklichkeit des Whistleblowings innerhalb beider Länder liegt, erhofft sie sich zugleich, gemäß dem klassischen Ideal der Rechtsvergleichung einen rechtspolitischen „Vorrat an Lösungen“ bereitzustellen und auf diese Weise die anhaltenden Diskussionen um eine angemessene Regulierung des Whistleblowings zu ergänzen. Um es mit den berühmten Worten des U.S. Supreme Court Richters *Louis Brandeis* zu sagen: „[A] single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.“<sup>5</sup> In einer globalisierten Welt mögen die USA und ihre nunmehr 150-jährige Erfolgs- und Misserfolgsgeschichte auf dem Gebiet des Whistleblowing-Rechts Deutschland und Europa als eben solches Labor dienen können.

---

unlike in the context of constitutional interpretation, the legislative power is implicated, and Congress remains free to alter what we have done.“); vgl. zu dieser Dimension der „stare decisis“-Doktrin auch *Nelson*, 87 Va. L. Rev. 1 (2001) m.w.N; zu deren englischen Ursprüngen konzise *Maultsch*, in: Rückert/Seinecke, Methodik des Zivilrechts, 470, 476 ff.; zum Beharrungsvermögen der Common-Law-Rechtsprechung beispielhaft *Li v. Yellow Cab Co.*, 13 Cal 3d 804, 813 et seq. (Cal. 1975); sowie als einer der Befürworter der einflussreichen Rechtsschule einer offenen Gesetzesinterpretation unter Berücksichtigung veränderter sozialer Rahmenbedingungen (sog. „dynamic interpretation“) *Eskridge*, 135 U. Pa. L. Rev. 1479 (1987). Da eine isolierte Darstellung der jeweiligen Gesetzesnormen den Besonderheiten des US-Rechts nach alledem nicht hinreichend Rechnung tragen kann, wurde den jeweiligen Rechtsprechungslinien auch im Bereich des geschriebenen Whistleblowing-Rechts besondere Beachtung geschenkt und ihnen selbst bei der Darstellung des dogmatischen Status quo im Zweifelsfall entsprechender Vorzug gegeben.

<sup>5</sup> *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932) (Dissent *Justice Brandeis*). Maßgeblich für die Fortentwicklung der Idee vom Föderalismus als wissenschaftsdienlichem „Labor der Demokratie“ *Rose-Ackerman*, 9 J. Legal Stud. 593 (1980); Überblick über die Diskussion m.w.N. etwa bei *Galle/Leahy*, 58 Emory L. J. 1333 (2009); zur hiermit zusammenhängenden These vom Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen unten, Rn. 91.

## Grundlagen des Whistleblowings

### A. Etymologie, Terminologie und Typologie des Whistleblowings

- 3 Der Begriff des „Whistleblowing“ leitet sich vom englischen Verb „to blow the whistle on somebody/something“ ab,<sup>6</sup> dessen wörtlich-pejorative Übersetzung als „jemanden verpfeifen“ den Ursprung und Sinngehalt des Wortes nur unzureichend zu erfassen vermag. Auch wenn die etymologische Herkunft des Begriffs nicht mit letzter Sicherheit geklärt werden kann,<sup>7</sup> verweist die in den USA heutzutage gängigste Ursprungsbestimmung auf die im britischen Polizeiwesen des 19. Jahrhunderts verbreiteten Trillerpfeifen („bobby whistles“), mit deren lautem Signalton Polizeibeamte einst die Unterstützung tatortnaher Kollegen anforderten.<sup>8</sup> Nachdem sich die Bezeichnung „whistle

---

<sup>6</sup> Das Verb „to whistle“ ist bereits wesentlich länger ein Bestandteil der englischen Sprache als seine graduelle Substantivierung von „whistle blowing“ über „whistleblowing“ zum heute meist gebräuchlichen „Whistleblowing“. Vgl. um das Jahr 1610 *William Shakespeare*, *The Winter's Tale*, 4. Akt, 4. Szene: „Show those things you found about her, those secret things, all but what she has with her: this being done, let the law go whistle: I warrant you.“; „Is there not milking-time, when you are going to bed, or kiln-hole, to whistle off these secrets, but you must be tittle-tattling before all our guests?“ Entsprechender Hinweis bereits bei *Düsel*, *Gespaltene Loyalität*, S. 26.

<sup>7</sup> Insoweit ebenso *Micheli/Near*, *Blowing the Whistle*, p. 15, die wie einige andere zur Erklärung stattdessen auf die Pfeife eines Schiedsrichters verweisen; in der deutschen Literatur die gleiche Parallele ziehend etwa *Gach/Rützel*, BB 1997, 1959; *Müller*, NZA 2002, 424, 426. Hierfür spricht jedenfalls, dass auch Schiedsrichter ebenfalls früh schon mit der alternativen Berufsbezeichnung „whistle-blower“ titulierte wurden. Vgl. *John Kieran*, *The New York Times* v. 25.01.1936, *Sports of the Times* („There are two whistle-blowers for each basketball game“). Jedenfalls die moderne Bedeutung des Begriffs als neutrale bis positive Beschreibung einer selbstständig meldenden Person ohne rechtliche Sonderbefugnisse dürfte vor allem das Ergebnis bewusster Sprachbildung ab den 1970er Jahren sein.

<sup>8</sup> So bereits *Peters/Branch*, *Blowing the Whistle* (1972), p. 17–18; diese Erklärung des Begriffsursprungs übernehmend statt vieler *Winters v. Houston Chronicle Pub. Co.*, 795 S.W.2d 723, 727 (Tex 1990); *Dahl v. Combined Ins. Co.*, 621 N.W.2d 163, 167 n.4 (S.D. 2001) (Concurring Opinion von *Justice Doggett*); *Strader*, 62 U. Cin. L. Rev. 713 (1993); *Cavico*, 45 S. Tex. L. Rev. 543, 548 (2004); *Hartmann*, 62 Mercer L. Rev. 1279, 80 (2010); *Fitzmaurice*, 80 Fordham L. Rev. 2041, 2046 (2012). Hintergrund dieser Praxis war das durch den damaligen Innenminister *Sir Robert Peel* eingeführte Patrouillensystem,

blower“ in den USA offenbar zu einem gebräuchlichen Synonym für den Berufsstand des Polizisten entwickelt hatte,<sup>9</sup> griffen Journalisten und Bürgerrechtler ab Ende der 1960er Jahre vermehrt auf den Begriff zurück, um regierungskritische Quellen innerhalb der öffentlichen Verwaltung auch sprachlich zu ihrer politisch gewünschten Legitimität zu verhelfen.<sup>10</sup> Die hiermit einhergehende Popularisierung des Wortes führte einige Jahre später dazu, dass sich der Begriff als eigenständiger Terminus Technicus in der juristischen Fachsprache etablieren konnte – allerdings ohne dass der US-Gesetzgeber sich bis dato an einer Legaldefinition des Whistleblower-Begriffs versucht hätte.<sup>11</sup>

---

welches die Zuständigkeitsbereiche der nach ihm benannten „bobbys“ in einzelne Wachdistrikte („beats“) unterteilte, so dass Polizeibeamte u.a. bei der Verfolgung von Verdächtigen auf entsprechende Kommunikations- und Koordinierungsmaßnahmen angewiesen waren. In Anlehnung hieran werden daher heutige (Groß-)Unternehmen bisweilen als Wachbezirke des modernen Whistleblowers bezeichnet. Vgl. *Winters v. Houston Chronicle Pub. Co.*, 795 S.W.2d 723, 727 (Tex 1990).

<sup>9</sup> Vgl. *The Janesville Gazette*, June 1883, zit. nach <<http://www.phrases.org.uk/meanings/whistle-blower.html>>: „Quiet was restored upon the arrival of the regular police force, and ere the town clock had struck the midnight hour all had returned to their homes. But the crowd of people were all willing to bet that McGinley was the champion whistle blower in America.“ Spätestens ab Anfang der 1960er Jahre finden sich v.a. im Zusammenhang der Bekämpfung organisierter (Mafia-)Kriminalität Nachweise für eine Begriffsausdehnung auf private Informanten; s. auch *Johnson*, Whistleblowing, p. 4; *Deiseroth*, Berufsethische Verantwortung, Kap. 8, S. 233 f.; vgl. bspw. *John Hamilton*, Blowing the Whistle on ‘The Bosses’, *The New York Times* v. 23.03.1970, p. 40. Zu dieser Zeit war das Ertönen der Trillerpfeife schon lange zum Sinnbild polizeilichen Vollzugs geworden. Vgl. nur *Johnny Cash*, *Folsom Prison Blues* (1965): „When I hear that whistle blowin’ I hang my head and cry.“

<sup>10</sup> Besonders der bekannte Verbraucherschutzanwalt und Menschenrechtsaktivist *Ralph Nader* machte sich seinerzeit für eine entsprechende Begriffsverwendung stark. Vgl. *Nader/Petkas/Blackwell*, Whistle Blowing Conference (1972); *Vandekerckhove*, Whistleblowing, p. 8, n. 1; *Ralph Nader*, Editorial, A Code for Professional Integrity, *The New York Times* v. 15.01.1971, p. 43; *Zakashi Oka*, Nader’s Consumer Message Draws Crowds in Japan, *The New York Times* v. 17.01.1971, p. 3; *Victor Navask*, Blowing The Whistle – A combination of Ralph Nader and Judas Iscariot, *The New York Times* v. 30.04.1972, p. 4; ferner *Peters/Branch*, Blowing the Whistle (1972), p. 3 et seq.; *Glazer/Glazer*, The Whistle-Blowers, p. 3 et seq.; *Bishara/Callahan/Dworkin*, 10 N.Y.U. J. L. & Bus. 37, 64–64 (2013). Der Begriff des Whistleblowers hat außerhalb der Wissenschaft seitdem eine tendenziell positive Konnotation erhalten und wird oft für Personen verwendet, deren ethische Gesinnung und Gemeinwohldienlichkeit nicht in Frage steht. Auch deshalb war bspw. die US-Regierung im Fall *Edward Snowden* sehr darum bemüht, ihn bewusst nicht als Whistleblower zu bezeichnen. Vgl. nur *U.S. House of Representatives*, Executive Summary of Review of the Unauthorized Disclosures of Former National Security Agency Contractor Edward Snowden, abrufbar unter <[https://intelligence.house.gov/uploadedfiles/hpsc\\_snowden\\_review\\_-\\_unclass\\_summary\\_-\\_final.pdf](https://intelligence.house.gov/uploadedfiles/hpsc_snowden_review_-_unclass_summary_-_final.pdf)>, p. 2–3.

<sup>11</sup> Als Rechtsbegriff i.e.S. setzte Whistleblowing sich seit Ende der 1980er Jahre langsam durch, vgl. den Whistleblower Protection Act of 1989 (WPA), 103 Stat. 16, aktuell in

Entsprechend vielfältig und perspektivabhängig sind bis heute seine Definitionsansätze und rechtsgebietsgebundenen Tatbestandmerkmale. Während staatliche wie private Informationsadressaten Whistleblower oft über den Nutzen ihrer (Insider-)Informationen bei der Aufdeckung von Straftaten, Gefahrenlagen und anderen Rechtsverstößen definieren,<sup>12</sup> wird der Begriff im (rechts-)politischen Diskurs oft als positiv konnotiertes Plaket für einen altruistisch handelnden, „ethischen Dissidenten“ verwendet.<sup>13</sup> Die arbeitsrechtliche Literatur und sozialwissenschaftliche Forschung bedienen sich wiederum eines organisationshierarchischen Begriffsverständnisses und verstehen Whistleblower überwiegend als weisungsgebundene Mitglieder einer Organisation, welche aus ihrer Sicht illegale oder illegitime Praktiken im Verantwortungsbereich ihres Arbeitgebers außerhalb des üblichen Dienstweges an eine abhilfefähige Stelle melden.<sup>14</sup> Nachdem sich Whistleblowing seit Beginn

---

5 U.S.C. 1201 et seq.; hierzu Rn. 53. Zuvor waren in Gesetzen und Gerichtsurteilen andere Begriffe, wie etwa der des „Informer“, gebräuchlich. Vgl. *U.S. ex rel. Marcus v. Hess*, 317 U.S. 537 (1943); *Marvin v. Trout*, 199 U.S. 212 (1905). Letzterer wird jedenfalls in der wissenschaftlichen Literatur nicht mehr verwendet, um die sprachliche Implikation zu vermeiden, der Whistleblower handelte auf Anweisung des Meldeadressaten oder sei möglicherweise selbst an zentraler Stelle Teil kollektiver Rechtsverstöße. Anders bspw. die deutsche Übersetzung der europäischen Marktmissbrauchsverordnung (MAR), ABl. L 173/1, (Fn. 2108), Erwägungsgrund Nr. 74 (mit deutscher Übersetzung von Whistleblowern als „Informanten“).

<sup>12</sup> So etwa i.R.d. SEC Whistleblower Program *SEC*, Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934, 17 CFR Parts 240 and 249, 68 Fed. Reg. 34,300, in Kraft getreten am 12.8.2011, abrufbar mit Begründung unter <<https://www.sec.gov/rules/final/2011/34-64545.pdf>>, unter II.B., p. 8 et seq., II.O., p. 195–96. Einen ähnlichen Ansatz verfolgen die meisten staatliche Whistleblower-Programme.

<sup>13</sup> Exemplarisch *Glazer/Glazer*, *The Whistleblowers*, p. 3 et seq. („ethical resisters“); *Kohn*, *Whistleblower Handbook*, p. 17 et seq.; *Grant*, 39 *J. Bus. Ethics* 391, 393 (2002); *Vega*, 45 *Conn. L. Rev.* 483, 509 et seq. mit Unterscheidung zwischen opportunistischen und „echten“ Whistleblowern; in der deutschen Literatur ähnlich insbes. *Deiseroth*, *Berufsethische Verantwortung*, Kap. 8, S. 233 ff.; *ders.*, *Betrifft Justiz* 78 (2004), 296, 297.

<sup>14</sup> Statt vieler *Bishara/Callahan/Dworkin*, 10 *N.Y.U. J. L. & Bus.* 37, 43 (2013); *Cavico*, 45 *S. Tex. L. Rev.* 543, 548 (2004); jeweils aufbauend auf dem einflussreichen Beitrag von *Near/Miceli*, 4 *J. Bus. Ethics* 1, 2 et seq., 4 (1985): „We, therefore, define whistleblowing to be the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers to persons or organizations that may be able to effect action.“ Während die vorstehende Definition trotz abstrakt geringerer Diskriminierungsgefahr mittlerweile oft auch auf Arbeitsplatzbewerber und direkte Vorgesetztenmeldungen ausgedehnt wird, sind gänzlich organisationsexterne Whistleblower nach h.Lit. aus eben jenem Grund aus dem Definitionsbereich auszunehmen. S. nur *Miceli/Dreyfus/Near*, in: *Brown/Lewis/Moberly/Vandekerckhove*, *Whistleblower Research*, ch.3 (mit dem Vorschlag einer Alternativbezeichnung als „bell-ringer“). Jüngere Arbeitsrechtsnormen und unternehmensinterne Compliance-Programme nehmen demge-

des 21. Jahrhunderts auch in Deutschland als eigenständiger Rechtsbegriff etablieren konnte,<sup>15</sup> wurde letztere Definition von weiten Teilen der deutschen Rechtswissenschaft nahezu einheitlich übernommen.<sup>16</sup>

Idealer mag man Whistleblower nach alledem als Personen umschreiben, die qua ihrer Position als Organisationsinsider unmittelbar Informationen aus erster Hand über rechtswidrige, gefährliche oder unethische Verhaltensweisen erhalten, die sie sodann vor allem aus Gewissensgründen an einen geeigneten Durchsetzungsadressaten weiterleiten und hierdurch entscheidend zur Aufdeckung und Ahndung der entsprechenden Missstände beitragen.<sup>17</sup> Realiter zeichnet freilich nicht zuletzt die Regulierungs- und Einzelfallgeschichte des Whistleblowings in den USA ein deutlich komplexeres Bild, dem abstrakte Definitions- und Subsumptionsansätze oft nur schwerlich gerecht werden können. So sind etwa die beiden international bekannten Whistleblowerinnen *Sherron Watkins* und *Cynthia Cooper* weniger für eine einmalige, erfolgreiche Meldung an eine höhere Adressatenstelle bekannt, sondern vor allem für ihre eigenen Investigativleistungen bei der Aufklärung von Bilanzmanipulationen innerhalb der gescheiterten Großunternehmen *Enron* und *WorldCom*.<sup>18</sup> Der UBS-Whistleblower *Bradley Birkenfeld* wiederum war keinesfalls allein von altruistischen Motiven getrieben, als er im Jahr 2006 eine Neuausrich-

4

---

genüber oft auch Vertragspartner und andere unternehmensexterne Personen in ihren Anwendungsbereich auf. S. Rn. 56, 123, 140.

<sup>15</sup> Übersetzungsversuche wie „Verpfeifen“, „Alarm schlagen“, „Auffliegen lassen“; „Anzeige erstatten“, „etwas enthüllen“ oder auch das wörtliche „Pfeifenblasen“ haben sich auch aufgrund ihrer wertenden Konnotationen bzw. ihrer fehlenden Prägnanz nicht durchsetzen können. *Koch*, ZIS 2008, 500 f.; *Müller*, NZA 2002, 242, 226; *Schulz*, Ethikrichtlinien, S. 145 f.; *Sänger*, Whistleblowing in der AG, S. 24 f.; *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 26. Allein der relativ neutrale, personale Begriff des „Hinweisgebers“ findet häufigere Verwendung. Vgl. bspw. *Breinlinger/Krader*, RDV 2006, 60; *Renz/Rohde-Liebenau*, BB 2014, 692; *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme. In ihm spiegelt sich sprachlich allerdings das in Deutschland noch immer verbreitete Verständnis vom Whistleblowing als einmaliger Meldehandlung wider, so dass seine synonyme Verwendung jedenfalls für das zumeist kooperativ ausgerichtete Whistleblowing-Recht der USA wenig geeignet ist.

<sup>16</sup> Statt vieler mit leichten Anwendungsunterschieden im Detail *Graser*, Whistleblowing, S. 5, Fn. 10; *Berndt/Hoppler*, BB 2005, 2623, 2624; *Hefendehl*, FS Amelung 2009, 617, 618 f., Fn. 7; *Schulz*; Ethikrichtlinien und Whistleblowing, S. 142; *Kölbl/Herald*, MschRKrim 93 (2010), 424, 425; *Maume/Haffke*, ZIP 2016, 199. Neben bis heute arbeitsrechtlich geprägten Ansätzen der Rechtsvergleichung (vgl. erstmals im Jahr 1997 *Dei-seroth*, Berufsethische Verantwortung, Kap. 8, S. 233 ff.) wird man als Ursache dieser einheitlichen Rezeption nicht zuletzt die US-amerikanische Prägung der deutschen Compliance-Bewegung ausmachen können (vgl. Rn. 100 ff.; 231 ff.).

<sup>17</sup> Zum Realtypus des Whistleblowers, der dieser Beschreibung tatsächlich oft zu entsprechen scheint, sogleich Rn. 7 ff.

<sup>18</sup> Zu beiden Fällen und ihrem rechtspolitischen Einfluss auf die Corporate-Governance- und Compliance-Bestimmungen des „Sarbanes-Oxley Act of 2002“ unter Rn. 109 ff.

tung der bilateralen Steuerbeziehungen zwischen den USA und der Schweiz provozierte.<sup>19</sup> Andere Whistleblower, wie etwa der Finanzanalyst *Harry Markopolos*, dessen Rolle beim Zusammenbruch von Bernie Maedoffs Schneeballsystem sich nachhaltig auf die US-amerikanische Finanzmarktaufsicht auswirken sollte, waren zu keiner Zeit interne Mitglieder der von ihnen gemeldeten Organisation.<sup>20</sup> Da die rechtstatsächliche Vielgestaltigkeit des Whistleblowings je nach Rechtsgebiet zudem auf eine Reihe unterschiedlicher Tatbestandsmerkmale trifft, verwendet die folgende Darstellung einen bewusst weiten Whistleblower-Begriff, ohne dass hiermit bestimmte rechtsethische oder dogmatische Wertungen einhergehen sollen. Whistleblower im Sinne dieser Arbeit ist daher jede Person, die den vermuteten Rechts- oder Regelverstoß einer anderen Person aus autonomem Interesse an dessen Aufdeckung an einen organisationsinternen oder externen Adressaten meldet.<sup>21</sup>

5 Mit diesen beiden Adressaten ist zugleich die Unterscheidung zwischen externem und internem Whistleblowing als rechtlich wie rechtstatsächlich entscheidende Typendifferenzierung angesprochen.<sup>22</sup> Unter *externem Whistleblowing* wird gemeinhin die Weitergabe von Informationen über mögliche Verstöße innerhalb der Organisation des Whistleblowers an eine dritte Person oder Institution außerhalb dieser Organisation verstanden. Im hier interessierenden Kontext betrifft dies insbesondere Fälle, in denen Arbeitnehmer sich mit Informationen über Rechtsverstöße an Aufsichts- oder (Straf-) Verfolgungsbehörden wenden, wobei derlei Meldungen vor allem in den USA im Rahmen sog. *Whistleblower-Programme* nicht selten von entsprechenden Verfahrens- und Schutzbestimmungen flankiert werden.<sup>23</sup> Beim

---

<sup>19</sup> Näheres zum Fall Birkenfeld als bis heute bedeutsamsten Fall unter dem IRS Whistleblower Program unter Rn. 86 f.

<sup>20</sup> Zu den Lehren und Folgen von Markopolos' (erfolglosen) Whistleblowing-Versuchen für die Whistleblower-Politik der Securities Exchange Commission (SEC) ab Rn. 179 ff.

<sup>21</sup> Ausgeschlossen sind damit lediglich heteronome Meldungen auf unmittelbare Veranlassung eines Dritten sowie strategische Selbstanzeigen, wie sie bspw. im Rahmen von Kronzeugenregelungen anzutreffen sind. Jede weitere Eingrenzung und Differenzierung erfolgt im konkreten Kontext der jeweiligen Whistleblowing-Norm.

<sup>22</sup> Nachdem in Deutschland vor allem zu Anfang primär externes Whistleblowing als solches wahrgenommen worden ist, hat sich diese Unterscheidung i.R.d. allgemeinen Compliance-Entwicklung auch hierzulande durchgesetzt. Statt vieler *Bürkle*, DB 2004, 2158; *Deiseroth*, Betrifft Justiz 78 (2004), 296, 296 f.; *Weber-Rey*, AG 2006, 406, 407; *Hefendehl*, FS Amelung 2009, 617, 619; *Schulz*, Ethikrichtlinien und Whistleblowing, S. 144 f.; *Lohre*, ZCG 2009, 165, 166; *Groneberg*, Whistleblowing, S. 36; *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, Kap. 1, Rn. 88 ff.; *Schmolke*, RIW, 2012, 224, 226. Die in den USA prominente Diskussion um den arbeitsrechtlichen Schutz interner Whistleblower befindet sich in Deutschland demgegenüber noch im Anfangsstadium, s. Rn. 256 ff.

<sup>23</sup> Ausführlich zu möglichen arbeits-, vertraulichkeits-, und verfahrensrechtlichen Normen am Beispiel des SEC Whistleblower Program ab Rn. 184 ff. Jenseits administrativer

internen *Whistleblowing* erfolgt die Meldung wiederum innerhalb der jeweiligen Organisation selbst an einen abhilfefähigen oder speziell hierfür vorgesehenen Meldeadressaten, verlässt also (jedenfalls zunächst) nicht die unmittelbare Kontrollsphäre der betroffenen Organisation bzw. des betroffenen Unternehmens.<sup>24</sup> Im Zuge der aus den USA stammenden „Corporate Compliance“-<sup>25</sup>-Bewegung wurden zu diesem Zweck im Laufe der letzten Jahre auch

---

Stellen dienen vor allem die Presse und andere Medien als „klassische“ Adressaten in vielen der öffentlich aufsehenerregendsten Fällen. S. insbes. *Glazer/Glazer*, *The Whistleblowers*, p. 9 et seq; sowie die Kurzdarstellungen in Fn. 233.

<sup>24</sup> Mögliche Adressaten sind bspw. der Arbeitgeber selbst, der jeweilige Betriebsrat, eine höhere Kontrollebene innerhalb des Unternehmens, das Geschäftsführungs- oder Überwachungsorgan innerhalb einer Gesellschaft, die zuständige Rechtsabteilung, eine speziell eingerichtete Compliance-Abteilung oder auch eine externe *Whistleblowing*-Stelle, die vom Unternehmen zur Entgegennahme oder Weiterleitung beauftragt wurde, bspw. eine anwaltliche Ombudsperson. Einfache Meldungen an den direkten Vorgesetzten oder gar einen gleichgeordneten Kollegen sind terminologisch hingegen nicht als *Whistleblowing* einzuordnen. Ebenso *Berndt/Hoppler*, BB 2005, 2623, 2624; *Weber-Rey*, AG 2006, 406, 407; *Lohre*, ZCG 2009, 165, 166; *Sänger*, *Whistleblowing*, S. 41 f.; a.A. *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, *Hinweisgebersysteme*, Kap. 1, Rn. 90. Ganz in diesem Sinne lassen auch die allermeisten sozialwissenschaftlichen Studien in den USA derartige Meldungen außen vor, da es in diesen Fällen typischerweise an einem vergleichbar eskalativen Loyalitätsbrüchelement gerade fehlt. Vgl. bereits *Near/Miceli*, 4 J. Bus. Ethics 1, 3–4 (1985); sowie die Nachw. unter Rn. 7 ff. Arbeitsrechtlich wiederum unterfällt auch dieses Quasi-*Whistleblowing* i.d.R. ebenfalls dem Anwendungsbereich entsprechender *Whistleblowing*-Normen (Rn. 60 f.), wobei neuere *Whistleblowing*-Normen, wie etwa § 806 SOX z.T. dazu übergegangen sind, einfache Meldungen gegenüber Kollegen und Vorgesetzten aus ihrem Anwendungsbereich auszunehmen, um bloße Beschwerden oder Missfallensbekundungen leichter von *Whistleblowing* i.e.S. abgrenzen zu können (s. Rn. 130).

<sup>25</sup> Der Begriff der „(Corporate) Compliance“ – wörtlich „(gesellschaftsinterne) Befolgung“ – umfasst die Summe sämtlicher unternehmensinterner Maßnahmen zur Einhaltung unternehmensexterner Rechtsnormen, deren Befolgung nicht zur Disposition der Gesellschaft steht. Vor allem im deutschen Sprachgebrauch ist der Begriff allerdings einer gewissen Konturenunschärfe unterworfen, die sich gerade mit Blick auf die Natur der zu befolgenden Rechtsnormen in einer Vielzahl unterschiedlicher Definitionen niederschlägt. Vgl. *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler*, *Corporate Compliance*, § 1 Rn. 2 (Gesetze und interne Richtlinien); *Eisele/Faust*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski BankR*, § 109 Rn. 1 (Gesetze, Verhaltenspflichten, Regeln und Usancen); *Koch*, ZGR 2006, 769 (786) (auch Delikts- und Vertragsnormen); *U.H. Schneider*, ZIP 2003, 645, 646 (Gesetzliche Ge- und Verbote); *Lösler*, NZG 2005, 104 (sämtliche anwendbare Regeln). Im Folgenden wird der Begriff im Sinne seines US-amerikanischen Ursprungs (vgl. Rn. 100 ff.) für sämtliche allgemeingültigen Ge- und Verbotsnormen externen (d.h. gesetzgeberischen) Ursprungs verwendet. Soweit bspw. die Befolgung zivilrechtlicher Normen inter partes oder selbstgesetzter Ethikkodizes in Rede steht („Compliance & Ethics“), wird hierauf gesondert hingewiesen. Dementsprechend unterscheidet sich der hier gewählte, *Whistleblowing*-spezifische Compliance-Begriff insbesondere dadurch von vielen weitergefassten Definitionsversuchen, dass er grds. keine Regelungen umfasst, deren rein interner Geltungsanspruch externes *Whistleblowing* ausschließt. Anders insoweit *IDW*, Prü-

in deutschen Unternehmen zunehmend institutionalisierte Annahmestellen und Meldekanäle als Element sog. *Whistleblowing-Systeme* eingerichtet, auf deren Bedeutung für die Entwicklung des Whistleblowing-Rechts an gegebener Stelle noch näher eingegangen wird.<sup>26</sup> Neben der organisatorischen Stellung des Adressaten ist ferner die Modalität der jeweiligen Meldung von rechtlicher wie praktischer Relevanz, insbesondere die Unterscheidung zwischen *offenem*, *vertraulichem* und *anonymem Whistleblowing*, mit anderen Worten also, ob der Whistleblower seine eigene Identität von vornherein offenlegt, sie vom jeweiligen Adressaten absprachegemäß nicht mit Dritten geteilt werden soll oder er sie gegenüber sämtlichen Beteiligten geheim hält.<sup>27</sup> Aus regulatorischer Perspektive lässt sich wiederum nach Art der gewählten Regelungsinstrumente unterscheiden, namentlich zwischen *passivem Whistleblower-Schutz* und *aktiver Whistleblowing-Förderung*. Instrumente der ersten Kategorie dienen zumeist dazu, Vergeltungsmaßnahmen und andere potentiell nachteilige Folgen zulasten des Whistleblowers ex post abzumildern bzw. ex ante zu verhindern – insbesondere durch entsprechende Kündigungs- und Diskriminierungsschutznormen des Arbeitsrechts oder auch durch vergeltungsvorbeugende Vertraulichkeitsgarantien. Instrumente der zweiten Kategorie wiederum zielen meist darauf ab, durch zusätzliche positive oder negative Anreize auf die Meldeentscheidung potentieller Whistleblower einzuwirken – etwa in Gestalt finanzieller Belohnungsversprechen, sanktionsbewährter Whistleblowing-Pflichten oder administrativer Kooperationsanreize.<sup>28</sup> Aus welchen Gründen und mit welchen Konsequenzen sich dieses In-

---

fungsstandard PS 980, WPg Supplement 2/2011, S. 78, 79, Tz. 5 (gesetzliche Bestimmungen und interne Richtlinien); im Grundsatz auch Ziff. 4.1.3 S. 1 Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK), welcher sich seit Februar 2017 allerdings jedenfalls bzgl. interner Whistleblowing-Systeme der hiesigen Definition anzunähern scheint, s. Ziff. 4.1.3 S. 3: (nur) „Rechtsverstöße“.

<sup>26</sup> S. insbes. Rn. 100 ff.; 256 ff. Deutsche Whistleblowing“systeme“ haben freilich oft noch keinen mit den USA vergleichbaren Institutionalisierungsgrad erreicht, sondern beschränken sich z.T. auf die Bereitstellung einer Adressatenstelle. Vgl. *Buchert*, in: *Hauschka/Moosmayer/Lösler, Corporate Compliance*, § 42, Rn. 6. Soweit im Rahmen dieser Arbeit nicht das Whistleblowing-System im Ganzen gemeint ist bzw. ein solches im konkreten Fall nicht existiert, wird der Begriff der „Whistleblowing-Stelle“ verwendet.

<sup>27</sup> Ebenso bzgl. der praktischen Ausgestaltung interner Whistleblowing-Systeme *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme*, Kap. 1, Rn. 14, 95, Kap. 5 Rn. 72 ff. In diesem Zusammenhang kann ferner nach der Art der Informationsübermittlung differenziert werden, d.h. ob die Meldung persönlich, über Vermittlung durch einen anderen, durch schriftliche Zusendung, per telefonischer Hotline oder unter Nutzung eines digitalen Kommunikationskanals erfolgt. Aus Perspektive der deutschen Compliance-Praxis ebd., Kap. 5, Rn. 117 ff. m.w.N.

<sup>28</sup> Während diese Differenzierung in erster Linie für rechtsförmige Maßnahmen des Gesetzgebers von Bedeutung ist, stellen ähnliche Fragen sich auch i.R.d. Ausgestaltung interner Compliance-Programme. Ihre Einteilung ist freilich nicht ohne erhebliche Überschnei-

strumentenkastens in den USA bedient wurde, wird im zweiten Teil dieser Arbeit ausführlich behandelt.

Nicht letztgültig beantwortet werden kann und soll hingegen die Frage, ob und unter welchen Bedingungen bei alledem (rechts-)ethisch zwischen „gutem“ und „schlechtem“ Whistleblowing unterschieden werden kann bzw. unterschieden werden muss. Während dieses Thema sowohl in der US-amerikanischen als auch der deutschen Öffentlichkeit (mit Recht) immer wieder kontrovers diskutiert wird, können weder eine rechtswissenschaftliche, noch eine funktionsgeschichtliche Analyse für sich allein beanspruchen, zu typologisch eindeutigen oder anderen Betrachtungswinkeln gar überlegenen Ergebnissen zu gelangen. Damit soll natürlich nicht gesagt sein, dass moralisch relevante Kriterien wie die Ehrenhaftigkeit der Motive des Whistleblowers, der Anlass seiner Meldung oder die Schwere der aufgedeckten oder verhinderten Taten auf die rechtliche Bewertung eines Whistleblowing-Akts keinen Einfluss hätten.<sup>29</sup> Ob und wie diese Merkmale moralisch gewichtet werden und einen Whistleblower zum gefeierten Helden oder verachteten Denunzianten machen, bestimmt sich erfahrungsgemäß allerdings oft stärker nach Maßgabe der subjektiven Position des Betrachters nach als dem objektiven Verhalten des Whistleblowers.<sup>30</sup> So sind fast alle Whistleblowing-Situationen in ihrem Kern vor allem Ausdruck eines elementaren Loyalitätskonflikts, den der Whistleblower für sich in die eine oder andere Richtung auflöst – sei es zugunsten der Loyalität gegenüber seinen Kollegen, seinem Arbeitgeber, dem geltenden Recht des Staates oder anderer, als konkret höherwertig empfundener Interessen Dritter.<sup>31</sup> Die Entscheidung zugunsten einer dieser Loyalitätsbeziehungen führt fast zwangsläufig dazu, dass der Whistleblower sich von anderer Seite mit dem Vorwurf des Treubruchs konfrontiert sieht – mit allen hieraus resultierenden Konsequenzen.<sup>32</sup>

6

---

dungsbereiche, da bspw. auch die Existenz wirksamer Schutzmechanismen Einfluss auf die Entscheidung zum Whistleblowing haben kann und u.a. finanzielle Belohnungen oft nicht zuletzt einer effektiven Nachteilskompensation dienen sollen.

<sup>29</sup> Zu entsprechenden dogmatischen Kriterien der jeweiligen Arbeitsrechtsordnungen Rn. 55 ff. bzw. Rn. 243 ff.

<sup>30</sup> Vgl. etwa Rn. 36.

<sup>31</sup> Hierzu *Modesitt/Schulman/Westman*, Retaliatory Discharge, ch. 1, p. 2 et seq., ch. 2, p. 2 et seq.; *Johnson*, Whistleblowing, p. 26–29; *Peters/Branch*, Blowing the Whistle (1972), p. 4–5, 18–21; *Vandekerckhove*, Whistleblowing, p. 124 ff.; *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 21 ff.; *Pittruff*, Whistle-Blowing-Systeme, S. 23 f., ferner *Graser*, Whistleblowing, S. 35, die zwar zutreffend anmerkt, dass Loyalitätspflichten bei einschlägigen Urteilsbegründungen in den USA sprachlich nur eine untergeordnete Rolle zu spielen scheinen, was rechtssystematisch allerdings v.a. daran liegt, dass entsprechende Abwägungen bereits im Gesetzgebungsprozess stattgefunden haben oder aus dogmatischen Gründen nur implizit i.R.d. Feststellung hinreichender öffentlicher Interessen Berücksichtigung finden. Im Einzelnen Rn. 33 ff.; 42 ff.

<sup>32</sup> Zu diesen sogleich, Rn. 8.