

Identitätsschutz für Whistleblower im Strafverfahren?

Georg Krakow / Miriam Astl

Die Richtlinie 2019/1937/EU,¹ die den Schutz von Hinweisgebern vorsieht, wurde in Österreich durch das HinweisgeberInnenschutzgesetz (HSchG)² umgesetzt. Das HSchG bringt neben dem Identitätsschutz des Hinweisgebers und der vom Hinweis betroffenen Person auch strafrechtliche Fragen und eventuelle Unklarheiten mit sich. Insbesondere die Frage, wie weit ihr Anwendungsbereich in die Strafprozessordnung reicht, wirft derzeit noch weitere Fragen auf. Hat das HSchG derzeit einen nur beschränkten sachlichen Anwendungsbereich oder besteht der Identitätsschutz von Hinweisgebern nach dem HSchG ab Vorliegen eines strafrechtlichen Anfangsverdachts iSd § 1 Abs 3 StPO auch noch? Dieser Fragestellung widmet sich dieser Beitrag, dies insbesondere unter Beleuchtung des Verhältnisses des § 3 Abs 6 Z 4 HSchG zu § 7 Abs 3 HSchG.

1. Identitätsschutz für Hinweisgeber?

Der Unionsgesetzgeber hat mit der Richtlinie 2019/1937/EU einen Rahmen für den Schutz von Hinweisgebern geschaffen, der in Österreich durch das HSchG umgesetzt wurde. Zweck der Regelungen ist, in Lebensbereichen von besonderem öffentlichen Interesse die Bereitschaft zu rechtmäßigem Verhalten zu bestärken, indem Hinweisen auf Rechtsverletzungen einfache Verfahren mit vorhersehbaren Abläufen zur Verfügung stehen, und Personen, die Hinweise geben, vor persönlichen Nachteilen zu schützen.³

Unternehmen und Organisationen haben in vielen Fällen interne und/oder externe Stellen einzurichten, die sich mit dem Betrieb von Hinweisgebersystemen sowie der Entgegennahme und Verarbeitung von Hinweisen befassen. Diese Stellen können mitunter durchaus auch Kenntnis über die Identität der Hinweisgeber haben oder erlangen.

Dabei ist grundsätzlich – dh mit Ausnahmen – der Identitätsschutz des Hinweisgebers und der vom Hinweis betroffenen Person zu wahren. Denn die von einem Hinweis betroffene Person ist zu schützen, weil sich Hinweise als falsch herausstellen können. Es geht vor allem auch um die Gefahr negativer Folgen und Vergeltungsmaßnahmen für Hinweisgeber iSd § 20 HSchG⁴ (zB Suspendierung, Kündigung, negative Leistungsbeurteilung, Aufgabenverlagerung etc), die dem Whistleblowing immanent sein kann. Der gesetzliche Schutz umfasst auch personenbezogene Daten. Die Wahrung der Vertraulichkeit der Identität von Hinweisgebern ist während der Abgabe eines Hinweises und dessen Überprüfung eine wesentliche Vorsorgemaßnahme gegen Vergeltungsmaßnahmen.⁵

§ 7 HSchG regelt die Vertraulichkeit, Verschwiegenheitspflicht und den Schutz der Identität des Hinweisgebers sowie der vom Hinweis betroffenen Person:⁶ „Die Identität von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern ist durch die internen und externen sowie mit den Aufgaben der internen Stelle beauftragten Stellen zu schützen. Dies gilt auch für alle anderen Informationen, aus denen die Identität von Hinweisgeberinnen oder Hinweisgebern direkt oder indirekt abgeleitet werden kann“ (§ 7 Abs 1 HSchG). Abs 5 leg cit lautet: „Die Abs. 1 bis 2 gelten auch für jede von einem Hinweis betroffene Person ...“

Aus Sicht des Strafprozessrechts ist relevant, ob sich die Verschwiegenheitspflicht, die zur Gewährleistung des im HSchG normierten Schutzes dort gesetzlich verankert ist, auch auf das Ermittlungs- und Hauptverfahren nach der StPO erstreckt – ob also eine Person, die einer internen oder externen Stelle iSd HSchG angehört und als Zeuge vernommen wird, die Aussage verweigern darf, soweit ihre Verschwiegenheitspflicht reicht.

Die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten ist eine wesentliche Staatsaufgabe. Die StPO stellt die dazu notwendigen Ermittlungsinstrumente unter Berücksichtigung ua der mit diesen verbundenen Grundrechtseingriffen und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 5 StPO) bereit. Eine der in der Praxis bedeutsamsten Ermittlungsmaßnahmen ist die Vernehmung von Zeugen. Zeugen sind verpflichtet, Ladungen Folge zu leisten sowie wahrheitsgemäß und vollständig auszusagen (§ 154 Abs 2 StPO). Das Gesetz kennt aber auch Einschränkungen dieser Aussagepflicht und statuiert begründete Vernehmungsverbote (§ 155 StPO), Aussageverweigerungsgründe (§ 157 StPO) und Gründe, einzelne Fragen nicht beantworten zu müssen (§ 158 StPO) sowie die Möglichkeit der anonymen Aussage (§ 162 StPO).



Mag. Georg Krakow, MBA ist Partner und leitet den Bereich Litigation & Regulatory bei DLA Piper in Wien.



Mag. Miriam Astl ist Counsel bei DLA Piper in Wien.

¹ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 10. 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl L 305 vom 26. 11. 2016, S 17.

² HSchG, BGBl I 2023/6.

³ Vgl § 1 Abs 1 HSchG.

⁴ EB 210/ME 27. GP.

⁵ Haid/Waniek, Zentrale Aspekte des HinweisgeberInnenschutzgesetzes, RWZ 2023, 182.

⁶ Feiler/König in Petsche, Whistleblowing & Internal Investigations² (2023) § 7 Rz 10.

2. Regelungen zum Strafverfahren im HSchG

Zunächst fällt § 3 Abs 6 Z 4 HSchG ins Blickfeld. Dort ist normiert, dass das HSchG nicht „für die Anwendung der Bestimmungen der StPO“ ab Vorliegen eines Anfangsverdachts iSd § 1 Abs 3 StPO gilt.⁷ Daraus wird teilweise geschlossen, dass deshalb keine Einschränkungen der in der StPO verankerten Bestimmungen bestehen und als Zeuge auch Fragen zur Identität eines Whistleblowers wahrheitsgemäß und vollständig unter der Strafandrohung des § 288 StGB zu beantworten sind.⁸ Die StPO kennt kein Vernehmungsverbot und keine Aussageverweigerungsgründe für Angehörige interner und externer Stellen. Nur dann, wenn der Zeuge ein Berufsheimnisträger ist (zB Verteidiger, Rechtsanwalt, Notar, Wirtschaftstreuhänder ua) und ihm die Identität des Hinweisgebers in Ausübung seines Berufs bekannt geworden ist, kann er die Aussage gemäß § 157 Abs 1 Z 2 StPO verweigern.

Doch ist der Wortlaut des HSchG nicht ganz konsistent, denn § 7 Abs 3 HSchG scheint mit § 3 Abs 6 Z 4 HSchG nicht vereinbar zu sein. § 7 Abs 3 HSchG enthält die Ausnahmen für den Hinweisgeber und den Betroffenenenschutz, regelt also jene Fälle, in denen die durch das HSchG festgelegte Verschwiegenheitspflicht durchbrochen wird. Diese Bestimmung besagt explizit, dass der Hinweisgeber nur offengelegt werden darf, wenn eine Verwaltungsbehörde, ein Gericht oder die Staatsanwaltschaft dies im Rahmen des verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens oder eines Ermittlungsverfahrens nach der StPO für unerlässlich und im Hinblick auf eine Gefährdung der Person des Hinweisgebers im Hinblick auf die Stichhaltigkeit und Schwere der erhobenen Vorwürfe für verhältnismäßig hält. Dies gilt gemäß § 7 Abs 5 HSchG auch für die vom Hinweis betroffene Person.⁹

Der Gesetzgeber des HSchG hat daher den Identitätsschutz des Hinweisgebers und die Ausnahme davon (auch) und ganz ausdrücklich im Fall eines „Ermittlungsverfahrens nach der StPO“ geregelt. Damit hat er aber eine ganz spezifische Regelung für den Schutz von Hinweisgebern in Ermittlungsverfahren nach der StPO getroffen.

Diese Regelung ist § 158 StPO nachgebildet, geht sachgerecht jedoch über diesen hinaus. Nach dieser Regelung können Personen unter bestimmten Umständen die Beantwortung einzel-

⁷ EB 210/ME 27. GP.

⁸ Schönborn, Strafrecht und Whistleblowing: Das HSchG und sein Verhältnis zum StGB und Strafverfahren nach der StPO, abrufbar unter <https://es-law.at/strafrecht-und-whistleblowing>; Mayer-Koukol/Hinterlechner, Die Umsetzung der Whistleblower-Richtlinie in Österreich: Ein Überblick über das HinweisgeberInnenschutzgesetz (HSchG), Blogbeitrag vom 14. 9. 2023, abrufbar unter <https://www.paulitsch.law/2023/09/14/die-umsetzung-der-whistleblower-richtlinie-in-oesterreich/> (Zugriff jeweils am 7. 5. 2024).

⁹ Vgl EB 210/ME 27. GP.

ner Fragen verweigern. Das gilt, wenn sie sich durch die Aussage einem allgemeinen moralischen Unwerturteil oder einem unmittelbaren und bedeutenden vermögensrechtlichen Nachteil aussetzen würden, wenn sie die Offenbarung von Einzelheiten einer Verdachtstat für unzumutbar halten, durch die sie in ihrer Geschlechtsphäre verletzt wurden oder aber, soweit sie Umstände aus einem höchstpersönlichen Lebensbereich zu offenbaren hätten.¹⁰

Gemäß § 158 Abs 2 StPO können die Strafverfolgungsbehörden aber trotz Weigerung zur Beantwortung verpflichtet werden, wenn dies wegen der besonderen Bedeutung ihrer Aussage für den Gegenstand des Verfahrens unerlässlich ist. Es kommt also zu einer Abwägung, die die Strafverfolgungsbehörden nach pflichtgebundenem Ermessen vorzunehmen haben. Nur dann, wenn es unerlässlich ist, ist der Zeuge zur Beantwortung zu verhalten, sonst darf er nicht dazu verhalten werden.¹¹ Unerlässlich ist eine Aussage dann, wenn sie zur Wahrheitsfindung zwingend erforderlich ist.¹²

3. Auflösung des „Widerspruchs“ im HSchG

Während also § 3 Abs 6 Z 4 HSchG normiert, dass das HSchG für die Anwendung der Bestimmungen der StPO ab Vorliegen eines Anfangsverdachts iSd § 1 Abs 3 StPO nicht gilt, erstreckt § 7 Abs 3 HSchG den Hinweisgeberschutz in einer Weise, die eine Rücksichtnahme auf die Gegebenheiten des Einzelfalls erlaubt, auch auf das Strafverfahren. Was gilt nun?

Zum einen handelt es sich bei § 7 Abs 3 HSchG um die speziellere Norm, weil sie lediglich die Frage des Hinweisgeberschutzes und nicht alle Regelungen des HSchG behandelt. Zum anderen kann dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden, eine sinnlose Regelung – eine Bestimmung, ohne jeden denkmöglichen Anwendungsbereich – erlassen zu wollen.¹³ § 7 Abs 3 HSchG – soweit er sich ausdrücklich auf Ermittlungs- und gerichtliche Verfahren nach der StPO bezieht – hätte aber keinerlei denkmöglichen Anwendungsbereich, wenn das gesamte HSchG ab Vorliegen eines Anfangsverdachts (und sohin ab dem Ermittlungsverfahren) nicht mehr gilt. Weiters existieren Auslegungsmöglichkeiten, die die beiden einander scheinbar im Weg stehenden Bestimmungen miteinander – auch sinnvoll – vereinbar machen.

Einerseits sollen – wirft man einen Blick in die Erläuternden Bemerkungen zu § 3 Abs 6 Z 4

¹⁰ Kirchbacher/Keglevic in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 158 Rz 1 ff.

¹¹ Kirchbacher/Keglevic in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 158 Rz 10 ff.

¹² Kirchbacher/Keglevic in Fuchs/Ratz, WK StPO, § 158 Rz 10 ff; Pilmacek/Pleischl, Das neue Vorverfahren (2004) Rz 654; Lohsing/Serini, StPO⁴ (1952) 289.

¹³ OGH 15. 9. 1992, 10 Obs 169/92; 23. 1. 2001, 7 Ob 1/01z; 17. 1. 2012, 10 Obs 151/11w; 28. 9. 2021, 5 Ob 133/21a; 31. 5. 2023, 9 OBA 26/23y.

HSchG – vom sachlichen Anwendungsbereich des HSchG Bereiche wie Angelegenheiten, die wesentliche Sicherheitsinteressen berühren, Verschleissachen, anwaltliche und ärztliche Verschwiegenheitspflichten, das richterliche Beratungsgeheimnis und das Strafprozessrecht ausgenommen werden. Dementsprechend sieht § 3 Abs 6 Z 4 HSchG vor, dass das HSchG die Verschwiegenheitspflichten der gesetzlich geregelten Gesundheitsberufe, der Rechtsanwälte, Notare und der Wirtschaftstreuhandberufe Ausübenden sowie die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen, die wesentliche Sicherheitsinteressen betreffen, und die Anwendung der StPO 1975 unberührt lässt.¹⁴

Das bedeutet, dass sich der gesamte § 3 Abs 6 HSchG auf die Verschwiegenheitspflichten, etwa jene der Rechtsanwälte, bezieht.¹⁵ Die Bestimmung wäre sohin eine Abgrenzungsnorm – im Strafverfahren gelten die Verschwiegenheitsregeln der StPO, im unmittelbaren Bereich des HSchG (also insbesondere der Administration der Hinweisgeberschutzsysteme) jene des HSchG.

Andererseits bleibt als Kernbereich des § 3 Abs 6 Z 4 HSchG, dass es Hinweisgeberschutz nach dem HSchG in Strafverfahren selbst nicht gibt, also niemand in einem Strafverfahren als Hinweisgeber nach dem HSchG auftreten und die Anwendung dessen genereller Normen verlangen kann. Das ist durchaus sinnvoll, kennt die StPO doch mit §§ 51 Abs 2 und 162 StPO eigenständige Regelungen zum Schutz von Zeugen vor Gefahren.

Schließlich kann auch noch die durchaus komplexe Formulierung des § 3 Abs 6 HSchG nutzbar gemacht werden. Demnach gilt nämlich das HSchG nicht für „die Anwendung der Bestimmungen der StPO“. Das bedeutet, dass ab Vorliegen eines Anfangsverdachts die StPO anzuwenden ist, soweit sie Bestimmungen enthält, also Regelungen trifft. Dort, wo die StPO keine Regelungen bereitstellt, greift der Geltungsausschluss des HSchG daher nicht. Für den Identitätsschutz von Hinweisgebern enthält die StPO keine Bestimmungen, sodass diesbezüglich auch keine Anwendung der StPO vorliegt und § 7 Abs 3 HSchG ohne Konflikt mit § 3 Abs 6 Z 4 HSchG angewendet werden kann.

4. Reichweite des Identitätsschutzes im Strafverfahren

Der in § 7 Abs 3 HSchG normierte Schutz geht indes über § 158 StPO durchaus hinaus. Die Identität des Hinweisgebers darf nur dann offengelegt werden, wenn eine Verwaltungsbehörde, ein Gericht oder die Staatsanwaltschaft dies im Rahmen eines verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens oder eines Er-

mittlungsverfahrens nach der StPO für unerlässlich und im Hinblick auf eine Gefährdung der Person des Hinweisgebers im Hinblick auf die Stichhaltigkeit und Schwere der erhobenen Vorwürfe für verhältnismäßig hält. Ist dies nicht der Fall, muss die Identität des Hinweisgebers auch im Ermittlungs- und Hauptverfahren geheim bleiben. Interne oder externe Meldestellen gemäß § 7 Abs 1 und 2 HSchG sind insoweit zur Aussageverweigerung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, solange ihnen die nach Ansicht der Behörde bestehende Unerlässlichkeit nicht kommuniziert wurde. Als Zeugen werden sie gut daran tun, dies im Protokoll festhalten oder im Rahmen ihrer Aussage protokollieren zu lassen („Wenn mir nun mitgeteilt wird, dass die Offenlegung unerlässlich und verhältnismäßig ist, gebe ich bekannt ...“).

Während die Abwägung nach § 158 Abs 2 StPO lediglich dahin geht, ob die Aussage zur Aufklärung (wirklich) notwendig ist,¹⁶ sind im Fall des § 7 Abs 3 HSchG mehrere Variablen zu beachten. Nicht nur muss die Aussage über die Identität des Hinweisgebers unerlässlich – also notwendig – sein,¹⁷ sondern überdies eine einzelfallbezogene Abwägung der Gefährdung des Hinweisgebers, der Schwere der Verdachtstat und der Stichhaltigkeit der Vorwürfe (also der Dringlichkeit des Tatverdachts) ergeben, dass die Aussagenotwendigkeit über den Identitätsschutz prävaliert.¹⁸

5. Kein geregelter Umgehungsschutz

Beruft sich eine in § 157 Abs 1 StPO genannte Person auf ihr Aussageverweigerungsrecht, ist dieses auch vor einer Umgehung – insbesondere durch Sicherstellung – gemäß Abs 2 leg cit geschützt.¹⁹ Nach dem HSchG besteht derzeit kein entsprechender Umgehungsschutz. Es scheint daher nach dem Wortlaut des Gesetzes möglich, dass etwa der Identitätsschutz durch Sicherstellung und Beschlagnahme von Unterlagen oder auf Datenträgern gespeicherten Informationen in der Verfügungsmacht der internen oder externen Stelle, der der Zeuge angehört, durchbrochen wird. Es bleibt abzuwarten, ob die Judikatur § 7 Abs 3 HSchG ein § 157 Abs 2 StPO nachgebildetes Umgehungsverbot²⁰ beilegt. Dem Zweck des Gesetzes würde das jedenfalls entsprechen, weil es wenig Sinn macht, die Identität des Hinweisgebers im Strafverfahren bei Zeugenaussagen durch eine zwingende besondere Notwendigkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung zu schützen, während dieselbe Identität bei Sicherstellungen gar nicht geschützt ist.

¹⁶ OGH 2. 6. 2022, 12 Os 12/22i, JusGuide 2022/33/20394 (OGH).

¹⁷ EB 210/ME 27. GP.

¹⁸ EB 210/ME 27. GP; Feiler/König in *Petsche*, Whistleblowing², § 7 Rz 4.

¹⁹ Kirchbacher/Keglevic in *Fuchs/Ratz*, WK StPO, § 157 Rz 31 ff.

²⁰ Kirchbacher/Keglevic in *Fuchs/Ratz*, WK StPO, § 157 Rz 31 ff.

¹⁴ EB 210/ME 27. GP.

¹⁵ OGH 15. 9. 1992, 10 Obs 169/92; 23. 1. 2001, 7 Ob 1/01z; 17. 1. 2012, 10 Obs 151/11w; 28. 9. 2021, 5 Ob 133/21a; 31. 5. 2023, 9 Obs 26/23y.

§ 9 Abs 6 HSchG sieht zumindest vor, dass interne und externe Stellen die Aufzeichnungen über Berichte eines Hinweisgebers in einem vertraulichen und sicheren System zu speichern, den Zugang zu diesem System zu protokollieren und so zu beschränken haben, dass die darin gespeicherten Daten nur den Mitarbeitern zugänglich sind, die den Zugriff auf die Daten zur Bearbeitung des Hinweises benötigen. Ein generelles Verbot die Identität nirgendwo zu vermerken, wäre überschießend und nicht praktikabel.

6. Wahrung der Beschuldigtenrechte

Zu beachten ist aber, dass die Rechte des Beschuldigten (im Hauptverfahren der Angeklagte) im Strafverfahren zu wahren und nicht zu beschneiden sind.²¹ Es muss ihm insbesondere weiterhin möglich sein, in den in der StPO vorgesehenen Fällen Fragen an Belastungszeugen zu richten.²² Im schlechtesten Fall kann es nämlich sein, dass es dem Beschuldigten gar nicht möglich ist, Fragen an den Hinweisgeber zu richten, wenn das Gericht dies im Hauptverfahren nicht für unerlässlich und verhältnismäßig hält (vgl § 7 Abs 3 HSchG).²³ Diese Beurteilung obliegt alleine der gegen den Beschuldigten ermittelnden Staatsanwaltschaft und dem den Tatvorwurf beurteilenden Gericht. Ein Rechtsbehelf gegen eine für den Beschuldigten diesbezüglich negative Entscheidung ist weder im HSchG noch in der StPO vorgesehen. Faktisch ist es daher möglich, dass der Beschuldigte

²¹ Vgl etwa OLG Wien 20. 12. 2023, 17 Bs 250/23y.

²² Glaser/Neumayr/Winkler, Leitentscheidungen der österreichischen Höchstgerichte zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Jahr 2022, ZÖR 2023, 715.

²³ EB 210/ME 27. GP; Feiler/König in Petsche, Whistleblowing², § 7 Rz 4.

die Identität des ihn belastenden Hinweisgebers nie erfährt und seine Angaben dennoch – über Verlesungen oder Zeugenaussagen vom Hörensagen – in das Erkenntnisverfahren einfließen.

► Auf den Punkt gebracht

Der Identitätsschutz des Hinweisgebers gilt, entgegen manchen Ansichten, auch im Strafverfahren (Ermittlungs- und Hauptverfahren) ab Vorliegen eines Anfangsverdachts. Freilich ist es schade (das ist aber keine normative Kategorie), dass der nationale Gesetzgeber diesen im Strafverfahren bestehenden Hinweisgeberschutz nicht in § 158 StPO, sondern – obzwar der vorgeannten Norm nachgebildet – im HSchG normiert hat. Ein interessantes Detail liegt darin, dass Berufsheimlichkeitsgeheimnisse, die die Funktion einer internen oder externen Stelle einnehmen, in jedem Fall die Identität des Hinweisgebers und des vom Hinweis Betroffenen geheim halten können, weil sie ein Aussageverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 StPO haben. Zudem besteht hier bereits derzeit ein Umgehungsschutz durch § 157 Abs 2 StPO (Sicherstellungsverbot). Andere Personen, die als interne oder externe Stelle fungieren, können die Beantwortung von Fragen nach der Identität des Hinweisgebers oder des Betroffenen hingegen nur dann verweigern, wenn diese nicht unerlässlich für die Aufklärung ist und eine Abwägung nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht ergibt, dass das öffentliche Interesse der Strafverfolgung nicht höher einzustufen ist als das Interesse des Hinweisgebers auf Geheimhaltung.