

Univ.-Prof. Dr. Harald Eberhard
Wirtschaftsuniversität Wien

Gutachten

**zu verfassungsrechtlichen Fragen der Umsetzung der Richtlinie (EU)
2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht
melden, in das österreichische Recht**

I. Problemaufriss und Fragestellung

Im Jahr 2019 wurde auf EU-Ebene die Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (im Folgenden: Whistleblower-RL), beschlossen. Diese wäre bis 17. Dezember 2021 in nationales Recht umzusetzen gewesen (Art. 26 Abs. 1 Whistleblower-RL). Ein wichtiger Bereich der Whistleblower-RL ist der Schutz von Hinweisgeberinnen und -gebern insbesondere vor etwaigen arbeitsrechtlichen Nachteilen. Das Ziel der Whistleblower-RL ist insgesamt eine „bessere Durchsetzung des Unionsrechts und der Unionspolitik in bestimmten Bereichen durch die Festlegung gemeinsamer Mindeststandards, die ein hohes Schutzniveau für Personen sicherstellen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (Art. 1).

Die Whistleblower-RL erfasst hinsichtlich ihres sachlichen Anwendungsbereiches vor allem Verstöße gegen konkrete europäische Rechtsakte, die zum großen Teil in einem Anhang zur Whistleblower-RL aufgelistet sind (im Einzelnen Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anhang Teil I Whistleblower-RL; dazu *Löffler*, Der Schutz von Whistleblowern in der Europäischen Union (2020) S. 77 ff.). Dabei handelt es sich um wichtige Bereiche, in denen sekundäre Unionsrechtsakte erlassen wurden, wie das öffentliche Auftragswesen, Regelungen über Finanzdienstleistungen, Finanzprodukte und Finanzmärkte sowie Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Umweltschutz, Verbraucherschutz und Datenschutz. Daneben erfasst die Whistleblower-RL aber auch „Verstöße gegen die finanziellen Interessen der Union i.S.d. Art. 325 AEUV“ („Betrugsbekämpfung“) sowie – sehr breit formuliert – „Verstöße gegen Binnenmarktvorschriften“ i.S.v. Art. 26 Abs. 2 AEUV einschließlich insbesondere des Wettbewerbs- und Beihilfenrechts (Art. 2 Abs. 1 lit. b und lit. c Whistleblower-RL). Der Zuschnitt dieses Anwendungsbereiches ergibt sich – wie auch die Entstehungsgeschichte der Whistleblower-RL zeigt (dazu *Löffler*, Schutz von Whistleblowern, S. 68 ff.) – aus kompetenzrechtlichen Gründen, weil die Union zum gegenwärtigen Zeitpunkt über keine Zuständigkeit verfügt, eine allgemeine Regelung zum Whistleblowing zu erlassen.

Für diese Bereiche werden vor allem Schutzvorgaben für „Hinweisgeber“ (vgl. zum Begriff im Einzelnen Art. 4 Whistleblower-RL; siehe dazu Art. 19 ff. Whistleblower-RL), aber auch Pflichten für juristische Personen des privaten und öffentlichen Sektors normiert (dies betrifft im Kern die Einrichtung interner Meldekanäle und darauf Bezug nehmende verfahrensrechtliche Direktiven; vgl. näherhin Art 7 ff. Whistleblower-RL). Betroffen sind davon kleine und große Unternehmen ab 50 Mitarbeitern, Einrichtungen des öffentlichen Sektors, Behörden sowie Gemeinden ab 10.000 Einwohnern (vgl. dazu auch Art. 8 Abs. 9 Whistleblower-RL). Für Unternehmen ab 250 Mitarbeitern gilt diese Pflicht bereits mit Wirksamwerden der RL (Art. 26 Abs. 1 Whistleblower-RL), für Unternehmen zwischen 50 und 250 Mitarbeitern gibt es eine Übergangsfrist von weiteren zwei Jahren (Art. 26 Abs. 2 Whistleblower-RL).

Die Whistleblower-RL lässt nach Art. 2 Abs. 2 „die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt, den Schutz nach nationalem Recht in Bezug auf Bereiche oder Rechtsakte auszudehnen, die nicht unter Absatz 1 fallen“ (zum diesbezüglichen Spielraum aus unionsrechtlicher Perspektive m.w.N. *Löffler*, Schutz von Whistleblowern, S. 80). Aus ErwGr 5 zur Whistleblower-RL ergibt sich, dass die „Mitgliedstaaten ... entscheiden (können), den Anwendungsbereich der nationalen Bestimmungen auf andere Bereiche auszudehnen, um auf nationaler Ebene für einen umfassenden und kohärenten Rahmen für den Hinweisgeberschutz zu sorgen.“

Was die „Ausdehnung“ des sachlichen Anwendungsbereichs bei der Umsetzung in das österreichische Recht angeht, kommen daher prinzipiell Verstöße gegen Vorschriften des nationalen Rechts in Betracht. In Diskussion stehen in diesem Zusammenhang insbesondere strafrechtliche Delikte wie Korruption, Betrug, Untreue, Bilanzfälschung, Urkundenfälschung und das Finanzstrafrecht. Aktuell zeichnet sich ab, dass die nationale Umsetzung in Österreich keine derartige Ausdehnung vorsehen wird.

Dem Gutachter wurde die Frage gestellt, ob eine Umsetzung bloß im Umfang der angeführten EU-Rechtsakte zu einer unsachlichen Ungleichbehandlung führt und folglich nach österreichischem Recht verfassungswidrig wäre.

Zu dieser Frage wird wie folgt Stellung genommen. Es wird nach jeweils nach einer allgemeinen Darstellung der Vorgaben aus dem allgemeinen Gleichheitssatz der Bundesverfassung (II.) und den Vorgaben aus dem rechtsstaatlichen Grundprinzip sowie im Besonderen dem Legalitätsprinzip (III.) eine Anwendung dieser Direktiven auf das vorliegende Problem vorgenommen. Eine Zusammenfassung (IV.) führt die Ergebnisse zusammen.

II. Vorgaben aus dem Gleichheitssatz (Art. 7 Abs. 1 B-VG)

Eine zentrale Gewährleistung der österreichischen Verfassung ist der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 7 Abs. 1 B-VG, Art. 2 StGG). Er ist als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht ausgestaltet und kann damit als subjektives Recht vor dem VfGH geltend gemacht werden; daher ist er ein Kontrollmaßstab sowohl in Verfahren der Normenkontrolle (Art. 139 und 140 B-VG) sowie im Rahmen der Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit (Art. 144 B-VG).

Diese Garantie enthält im Hinblick auf die Gesetzgebung insbesondere das Verbot unsachlicher Differenzierung („Gleiches muss gleich behandelt werden“), das Gebot differenzierender Regelung („Ungleiches muss ungleich behandelt werden“) und ein allgemeines Sachlichkeitsgebot, demzufolge der Gesetzgeber insgesamt eine in sich sachliche Regelung zu treffen hat (vgl. im Einzelnen und m.w.N. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, 12. Aufl. 2019, Rz 761 ff.). In all diesen Fällen geht es darum, dass für derartige unsachliche Gleich- bzw. Ungleichbehandlungen eine sachliche Rechtfertigung vorhanden sein muss, deren Prüfung vom VfGH in einer sehr kasuistischen Rechtsprechung einzelfallbezogen vorgenommen wird.

Unabhängig davon ergibt sich schon aus dem Unionsrecht eine Verpflichtung zur weitreichenden Gleichstellung von Unionsbürgern mit Staatsbürgern (vgl. insbesondere Art. 18 AEUV). Dieses Diskriminierungsverbot ist jedoch auf den „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ (siehe dazu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 702; vgl. auch Art. 51 GRC hinsichtlich des Anwendungsbereiches der GRC) beschränkt.

Außerhalb des Anwendungsbereiches des Unionsrechts gilt, dass der nationale Gesetzgeber im dabei offen bleibenden Spielraum an nationales Verfassungsrecht gebunden ist („Grundsatz der doppelten Bindung“; siehe VfSlg 14.863/1997, 17.967/2006, 18.642/2008, 19.529/2011; dazu m.w.N. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 200; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht, 7. Aufl. 2020, S. 131). Aus diesem Grund besteht außerhalb der zwingenden Vorgabe der

RL (im konkreten Fall des sachlichen Anwendungsbereiches: Art. 2 Abs. 1 Whistleblower-RL: „gemeinsame Mindeststandards“) eine vollständige Bindung an das innerstaatliche Verfassungsrecht, im Besonderen die Grundrechte.

Aus dem innerstaatlichen allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 7 Abs. 1 B-VG hat der VfGH bereits unmittelbar nach dem österreichischen EU-Beitritt das Verbot der „Inländerdiskriminierung“ abgeleitet. Sie stellt damit einen „Unterfall“ dieser Garantie dar. Man versteht darunter eine unterschiedliche Behandlung von inlandsbezogenen und grenzüberschreitenden Sachverhalten, die auf eine Benachteiligung von eigenen Staatsangehörigen oder Personen mit Wohnsitz (Sitz) im Inland hinauslaufen kann. Diese ist nach dem zuvor Gesagten aus unionsrechtlicher Sicht zulässig. Anders ist dies allerdings im Hinblick aus dem „Grundsatz der doppelten Bindung“ aus der Perspektive des innerstaatlichen Verfassungsrechts zu beurteilen: Eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber (sonstigen) Unionsbürgern widerspricht nach der ständigen Judikatur des VfGH im Regelfall dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (siehe aus der Rechtsprechung etwa VfSlg 14.963/1997, 18.027/2006, 18.226/2007, 18.656/2008; näherhin dazu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 758; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht, S. 108 ff.).

Eine „Inländerdiskriminierung“ in diesem Sinn liegt vor, wenn eine gesetzliche Regelung zwischen rein innerstaatlichen Sachverhalten und solchen mit Unionsbezug differenziert. Sie kann sich aber auch aus einer unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Regelung bzw. einer Interpretation dieser Regelung durch ein Urteil des EuGH ergeben: Auf Grund seines Vorrangs verdrängt das Unionsrecht in seinem Anwendungsbereich die widersprechende innerstaatliche Regelung, die aber auf „Inlandssachverhalte“ weiterhin anzuwenden ist. Diese Regelung ist, sofern sie sich nicht sachlich begründen lässt, verfassungswidrig (VfSlg 17.555/2005). Ergibt sich die Inländerdiskriminierung aus einem Urteil des EuGH, so kann sie nach einer neueren, mittlerweile aber auch ständigen Rechtsprechung des VfGH vorübergehend bis zu einer unionsrechtskonformen Neuregelung zu tolerieren sein (grundlegend VfSlg 19.529/2011; zur Bedarfsprüfungsregelung im Apothekenrecht im gleichen Sinn VfSlg 20.196/2017).

Eine sachliche Rechtfertigung kann sich allerdings unter ganz bestimmten Voraussetzungen auch aus dem Unionsrecht selbst ergeben. So erachtete es der VfGH (Slg 18.968/2009) als sachlich gerechtfertigt, dass Drittstaatsangehörige von Unionsbürgern sowie von Österreichern, die vom unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben (z.B. im EU-Raum beruflich tätig sind oder waren und nach Österreich zurückkehren), einen Aufenthaltstitel unter einfacheren Bedingungen erhalten als Drittstaatsangehörige anderer Österreicher (der Grund hierfür liegt in der Förderung der Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV). Auch dass drittstaatszugehörige Familienmitglieder in absteigender Linie bis zum 21. Lebensjahr ein gesetzliches Aufenthaltsrecht in Österreich haben, sofern der Verwandte von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, andernfalls (wenn kein Bezug zum Unionsrecht gegeben ist) aber nur bis zur Volljährigkeit, ist sachlich gerechtfertigt (VfSlg 19.160/2010). Ebenso stellt es keine unsachliche Differenzierung dar, dass für rein inländische Arbeitskräfteüberlassungen und jene aus dem Unionsgebiet unterschiedliche Regelungsregime – auch bei der Strafhöhe – gelten, weil es sich unterschiedliche Personenkreise und Sachverhalte handelt (vgl. jüngst VfGH 2.12.2021, G 123/2021). Das sind allerdings, wie auch die zugrunde liegenden Sachverhalte zeigen, eher Ausnahmekonstellationen.

Für den vorliegenden Zusammenhang der Umsetzung der Whistleblower-RL bedeutet dies Folgendes: Bei einer „Minimalvariante“ der Umsetzung, also jener, die sich auf die in Art. 2 Abs. 1 Whistleblower-RL genannten Bereiche beschränkt, kommen die Rechtspositionen der „Hinweisgeber“ i.S.d. Art. 4 der Whistleblower-RL („Persönlicher Anwendungsbereich“) nur Personen zu, die Meldungen über Verstöße gegen die in diesen Bereichen erlassenen Rechtsvorschriften vornehmen. Für Meldungen über Verstöße gegen andere Rechtsvorschriften bestehen zum einen keine – oder mit Blick auf die derzeitige Rechtslage: nur sehr eingeschränkte, sich mit der Whistleblower-RL zum großen Teil überlappende (dazu näher *Löffler*, Schutz von Whistleblowern, S. 54 ff.) – institutionalisierte Kanäle, aber auch nicht jener Schutz, der in der Whistleblower-RL sehr eingehend normiert wird (vgl. insbesondere Art. 19 – „Verbot von Repressalien“ – und Art. 21 – „Maßnahmen zum Schutz vor Repressalien“; dazu näherhin *Löffler*,

Schutz von Whistleblowern, S. 97 ff.). Für diese Bereiche würde für Hinweisgeberinnen und -geber im Wesentlichen nur der weitaus schwächere und einzelfallbezogene Schutz gegeben sein, den die Rechtsprechung des EGMR aus Art. 10 EMRK (Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung) ableitet (dazu näherhin *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 911). Zu berücksichtigen ist, dass dieser Schutz schon von vornherein keinen vergleichbar effektiven Schutz bieten kann, weil er mit keinen institutionalisierten verfahrensrechtlichen Garantien verbunden ist, diese aber neben den „Schutzvorgaben“ (Art. 19 ff. Whistleblower-RL) den wesentlichen Kern der Effizienz des Systems der Neuregelung auf europäischer Ebene darstellen. Zu bemerken ist weiters, dass der VfGH jedenfalls bislang noch keine eindeutige Linie in dieser Frage entwickelt hat.

Zwar teilen diese Rechtsprechung des EGMR und die Whistleblower-RL teilweise auch die Ziele einer Stärkung der auch im EU-Recht garantierten Grundrechte der Meinungs- und der Medienfreiheit (Art. 11 GRC; vgl. ErwGr 31 zur Whistleblower-RL; siehe auch *Löffler*, Schutz von Whistleblowern, S. 75), die RL macht diesen Schutz aber zum einen sichtbar und sie geht zum anderen in ihren Garantien darüber weit hinaus.

Nach dieser Rechtsprechung (aus der jüngsten Judikatur siehe etwa EGMR 16.2.2021, Appl.Nr. 23.922/19, Gawlik gegen Fürstentum Liechtenstein) stellt etwa die fristlose Entlassung eines Whistleblowers aufgrund einer Meldung von rechtswidrigem Verhalten am Arbeitsplatz einen Eingriff in das Recht auf Meinungsfreiheit dar, der freilich dann gerechtfertigt sein kann, wenn er verhältnismäßig ist, wobei diese Prüfung anhand der Kriterien des öffentlichen Interesses, der Authentizität der offengelegten Informationen, des eingetretenen Schadens, des Fehlens alternativer Mittel, des Motivs und der Schwere der Sanktion vorgenommen wird (dazu näherhin etwa *Öner*, (Grenzen der) Meinungsfreiheit von Whistleblowern, *ecolex* 2021, S. 1083 (1084 ff.)). Schon anhand des Fehlens der verfahrensrechtlichen Garantien, die mit der Regelung der internen Meldekanäle verbunden ist, aber auch des zentralen Vertraulichkeitsgebots (Art. 16 Whistleblower-RL; dazu *Löffler*, Schutz von Whistleblowern, S. 90 f.) ergibt sich damit außerhalb der Bereiche der zwingenden Umsetzung der RL-Inhalte eine deutliche

Schlechterstellung jener Sachverhalte, die lediglich den Schutz des innerstaatlichen Rechts auf Ebene der notwendig allgemeinen Ebene des Verfassungsrechts genießen.

Dies entspricht eben jener Konstellation, die der VfGH als „Inländerdiskriminierung“ vor Augen hat, weil damit eine unterschiedliche Behandlung von unter das europäische Unionsrecht fallenden Sachverhalten einerseits und von rein innerstaatlichen Sachverhalten andererseits gegeben ist. Aus der dargelegten Rechtsprechung des VfGH ergibt sich auch, dass es nicht darauf ankommt, ob diese Ungleichbehandlung gesetzgeberisch bewusst realisiert wurde (wie möglicherweise im vorliegenden Zusammenhang der in Aussicht genommenen Umsetzung der Whistleblower-RL) oder ob es bloße „Folgewirkungen“ aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts geht (wie etwa im der Entscheidung VfSlg 19.529/2011 zugrunde liegenden Fall zur Bedarfsprüfungsregelung im Krankenanstaltenrecht).

In beiden Fällen muss es eine sachliche Rechtfertigung für diese Ungleichbehandlung geben. Es sprechen sehr starke Gründe dafür, dass dafür keine sachliche Rechtfertigung erkennbar ist. Warum sich die Rechtsposition ein und der derselben Person danach bemisst, ob die Grundlage des Aktes, gegen den ein potenzieller Verstoß vorliegt, im Unionsrecht liegt oder nicht, kann sachlich nicht erklärt werden. Mehr noch: Ob eine bestimmte Regelung ausschließlich österreichischer Provenienz ist oder möglicherweise eine Umsetzung von in Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Anlage Teil 1 zur Whistleblower-RL genannten Rechtsakten der EU darstellt, kann im Einzelnen höchst unklar und möglicherweise nur durch juristische Expertise zu beantworten sein und schon deshalb nicht zu Lasten der Hinweisgeberin bzw. des Hinweisgebers gehen.

Dieser Befund wird auch durch wesentliche Aussagen des VfGH bestärkt. Im jüngsten Erkenntnis VfGH 2.12.2021, G 123/2021, hat der VfGH ausgesprochen, dass es keine unsachliche Differenzierung darstellt, wenn für rein inländische Arbeitskräfteüberlassungen und jene aus dem Unionsgebiet unterschiedliche Regelungsregime – auch bei der Strafhöhe – gelten, weil es sich unterschiedliche Personenkreise und Sachverhalte handelt. Ebendies liegt für den Fall einer klassi-

schen Whistleblowing-Konstellation nicht vor, denn es geht typischerweise um den vergleichbaren Personenkreis, der potenziell die Eigenschaft eines „Hinweisgebers“ hat, und es geht auch um vergleichbare Sachverhalte, die möglicherweise teilweise sowohl unter den Anwendungsbereich der Whistleblower-RL fallen und teilweise nicht. Auch das Erkenntnis VfSlg 19.529/2011, in dem der VfGH letztlich die Verfassungskonformität der Bedarfsprüfungsregelung im Krankenanstaltenrecht ausschließlich aufgrund des Umstandes erkannt hat, dass die „Kohärenz“ der Gesamtregelung innerhalb von 18 Monaten durch die Schaffung einer Bedarfsprüfungsregelung für Gruppenpraxen hergestellt wurde, zeigt, dass ohne eine solche Sanierung eine „inkohärente“ Regelung sehr wohl einen Verstoß gegen das Verbot der Inländerdiskriminierung dargestellt hätte (VfSlg 19.259/2011: „Unter Berücksichtigung der sich aus dem Urteil des EuGH im Fall ‚Hartlauer Handelsgesellschaft mbH‘ (10.3.2009, Rs. C-169/07, Slg. 2009, I-1721) ergebenden Schlussfolgerungen wurden mit dem am 18. August 2010 ausgegebenen Bundesgesetz zur Stärkung der ambulanten öffentlichen Gesundheitsversorgung, BGBl. I 61/2010, neben einer Neuregelung der Bedarfsprüfung für selbständige Ambulatorien im KAKuG spezielle Regelungen für das Zulassungsverfahren von Gruppenpraxen nach dem ÄrzteG 1998 und dem ZÄG getroffen (vgl. dazu im Einzelnen § 52c ÄrzteG 1998 und § 26b ZÄG idF BGBl. I 61/2010; zur Abgrenzung zwischen Gruppenpraxis und selbständigen Ambulatorien nach der neuen Rechtslage s. Stärker, *ecolex* 2010, 1123 ff.). Mit dieser gesetzgeberischen Maßnahme ist der im ‚Hartlauer‘-Urteil des EuGH genannte Grund für die Unanwendbarkeit der Bestimmungen über die Bedarfsprüfung von Ambulatorien bei Sachverhalten mit Unionsrechtsbezug, damit aber auch die insoweit eingetretene Ungleichbehandlung von Sachverhalten, die nicht vom Vorrang des Unionsrechts betroffen sind, weggefallen. Der sich daraus ergebende Zeitraum von rund 16 Monaten, während dessen das Gesetz eine diskriminierende Wirkung gegenüber Sachverhalten ohne Gemeinschaftsrechtsbezug entfalten konnte, kann nach diesem Maßstab als angemessen erachtet werden.“; zu diesem Beispiel im vorliegenden Zusammenhang auch *Storr*, *Zur Pflicht des Gesetzgebers, die Whistleblower-Richtlinie über ihren Anwendungsbereich hinaus umzusetzen*, *ÖZW* 2021, S. 2 (8)).

Der gleiche Gedanke erhellt auch aus jener Rechtsprechung des VfGH zu Regelungen, die erhebliche Unterschiede im innerstaatlichen Vergaberechtsschutz an „Schwellenwerten“, oberhalb derer die unionsrechtlichen Vorgaben maßgeblich sind, festgemacht hat. Auch die Ungleichbehandlung, die ausschließlich aus einer „strikten“ Orientierung an der entsprechenden Vergaberechts-RL resultierte, hat der VfGH am Gleichheitssatz gemessen und für verfassungswidrig erkannt (VfSlg 16.027/2000; dazu auch *Storr*, ÖZW 2021, S. 8 f.). Diese Judikaturlinie macht in besonderer Weise deutlich, dass die Berufung auf eine „Entscheidung“ des europäischen Gesetzgebers, die ihrerseits – wie gerade der Fall der Whistleblower-RL zeigt – primärrechtlich determiniert ist (dazu oben I.), keine „automatische“ sachliche Rechtfertigung im Rahmen der innerstaatlichen Gleichheitsprüfung darstellt, sondern dass es dafür eben einer speziellen Rechtfertigung bedarf, die auch im vorliegenden Zusammenhang aus den genannten Gründen nicht ersichtlich ist.

All dies spricht dafür, dass bei einer Umsetzung der Whistleblower-RL ausschließlich mit Blick auf die in Art. 2 Abs. 1 genannten „Mindest“-Bereiche eine aus der Perspektive des österreichischen Gleichheitssatzes inkohärente und sachlich nicht zu rechtfertigende Behandlung vergleichbarer Personenkreise und Sachverhalte entstände.

III. Vorgaben des rechtsstaatlichen Prinzips

Dieser Befund ergibt sich im Ergebnis auch aus der Perspektive des rechtsstaatlichen Prinzips der österreichischen Bundesverfassung (zu diesem m.w.N. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 73 f., 78 ff.). Aus diesem Grundprinzip leitet die Judikatur des VfGH auch ein „Mindestmaß an faktischer Effizienz des Rechtsschutzes“ ab (aus der Judikatur siehe grundlegend VfSlg 11.196/1986; weitere Beispiele bei *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 83). Angemerkt sei dazu, dass die Judikatur des VfGH Fragen der Verständlichkeit von Rechtsvorschriften anhand eines konkreten erlassenen Gesetzes und dabei im Lichte der Vorgaben des Legalitätsprinzips (Art. 18 Abs. 1 B-VG) prüft (dazu m.w.N. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 601 ff.). Nach dieser Rechtsprechung ist es zwar nicht erforderlich, dass eine bestimmte Rechtslage für jeden juristischen Laien verständlich sein muss (siehe etwa VfSlg 16.137/2001), sehr wohl aber müssen Regelungen, mit denen auch Eingriffe verbunden sein können, höheren Anforderungen an die Bestimmtheit und damit Klarheit des Gesetzes genügen (vgl. m.w.N. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 608). Eine validere Prüfung unter diesem Gesichtspunkt kann daher erst bei Vorliegen eines entsprechenden Umsetzungsgesetzes erfolgen; eine solche wäre im Lichte des „Grundsatzes der doppelten Bindung“ (zuvor II.) jedenfalls auch zulässig. Zu erwarten wäre dabei auch, dass die Rechtsprechung möglicherweise einen Rückgriff auf allgemeinere rechtsstaatliche Vorgaben macht, denn auch in diesem Zusammenhang spielt die Verständlichkeit einer Rechtslage eine nicht unerhebliche Rolle (vgl. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 85).

Wie zuvor (II.) gezeigt, würde eine Minimalumsetzung der Whistleblower-RL in der Weise, dass sie sich im sachlichen Anwendungsbereich nur auf die in Art. 2 Abs. 1 genannten Bereiche beschränkt, dazu führen, dass sich bei Gesamtbetrachtung aller für das Handeln von juristischen Personen des öffentlichen wie privaten Rechts relevanten Regelungen ein sehr unterschiedliches Niveau der Rechtsposition von „Hinweisgebern“ i.S.d. Art. 4 der Whistleblower-RL ergeben würde, weil

die inhaltlichen und verfahrensrechtlichen Garantien der Whistleblower-RL weit über jenes Maß an Rechtsposition hinausgeht, das sich bloß aus der kasuistischen Anwendung der allgemeinen Garantien der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK) ergibt. Dies ist insoweit auch aus der Perspektive des rechtsstaatlichen Prinzips relevant, als die Trennlinie zwischen diesen beiden Bereichen *ausschließlich* am Kriterium der Umsetzung von Unionsrecht im Ausmaß des Art. 2 Abs. 1 der Whistleblower-RL ergibt. Gerade in Rechtsbereichen, die für Wirtschaftsdelikte relevant sind, ist die Unterscheidung, ob etwaige Verstöße gegen (nur) österreichisches oder (auch) Unionsrecht vorliegen, für einen Laien nur schwer vorzunehmen (dazu auch *Kröll/Stumpf*, Die EU-Richtlinie zum Schutz von Whistleblowern – Handlungsbedarf für Unternehmen, RdW 2020, S. 161 (161)). Angesichts der Anknüpfung aller Garantien an diese Unterscheidung ist damit nicht nur die Rechtsposition der einzelnen Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber unterschiedlich, sondern auch ihre Rechtsschutzmöglichkeiten.

Eine wesentliche Unterschiedlichkeit der Rechtsposition anhand dieser sehr unscharfen Grenze ist daher nicht nur ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz (vgl. dazu schon zuvor II. im Hinblick auf VfSlg 16.027/2000 betreffend den Vergaberechtsschutz), sondern auch gegen das rechtsstaatliche Gebot einer klaren und eindeutigen Regelung (vgl. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rz 85 m.w.N.). Ob daneben auch ein Verstoß gegen die Vorgaben des Legalitätsprinzips (Art. 18 Abs. 1 B-VG) vorliegt, kann erst anhand einer konkreten Regelung beurteilt werden.

IV. Zusammenfassung

Die Ergebnisse des Gutachtens lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Außerhalb des zwingenden sachlichen „Mindest“-Anwendungsbereichs der Whistleblower-RL besteht nach dem „Grundsatz der doppelten Bindung“ eine vollständige Bindung an österreichisches Verfassungsrecht. Dies betrifft insbesondere Grundrechte, aber auch das rechtsstaatliche Grundprinzip.
2. Im Fall einer „Minimalumsetzung“ der Whistleblower-RL im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 kommt es zu Ungleichbehandlungen vergleichbarer Sachverhalte. Bei ungleicher rechtlicher Behandlung von unter das europäische Unionsrecht einerseits und unter das innerstaatliche Recht andererseits fallenden Sachverhalten liegt damit ein Fall der so genannten „Inländerdiskriminierung“ als Unterfall des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 7 Abs. 1 B-VG) vor.
3. Eine „Inländerdiskriminierung“ ist nur dann verfassungskonform, wenn sie sachlich gerechtfertigt werden kann. Eine derartige sachliche Rechtfertigung liegt angesichts der erheblichen Unterschiede in der Rechtsposition innerhalb und außerhalb der Garantien der Whistleblower-RL und des Umstandes, dass es sich bei potenziellen Hinweisgeberinnen und -gebern um im Wesentlichen gleiche Personenkreise handelt, nicht vor.
4. Durch die erheblichen Unterschiede in der Rechtsposition der Hinweisgeberinnen und -geber auch mit Blick auf den rechtsstaatlich gebotenen Rechtsschutz und die für Laien

undurchsichtige Trennlinie zwischen dem Bereich der unionsrechtlich induzierten Garantien und deren Nichtgeltung wäre eine Minimalumsetzung der Whistleblower-RL im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 auch im Lichte des rechtsstaatlichen Grundprinzips bedenklich, weil damit auch das Niveau und damit die Effizienz des Rechtsschutzes in erheblichem Ausmaß inkohärent ausgestaltet sein würde. Eine konkretere Prüfung anhand der ebenfalls rechtsstaatlichen Vorgaben des Legalitätsprinzips (Art. 18 Abs. 1 B-VG) kann erst anhand des letztlich erlassenen Umsetzungsgesetzes erfolgen.

Wien, am 18. Februar 2022

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Karlheinz Gruber', written in a cursive style.