

Der arbeitsrechtliche Schutz von „Whistleblowers“ – Lehren aus dem deutschen Recht?

I. Einleitung

Es gibt viele Definitionen für den Begriff „whistleblower“. Im Internet-Lexikon Wikipedia kann man z. B. folgende Definition lesen: „... Whistleblower (engl. „Pfeifenbläser“ – vgl. im Deutschen „jemanden verpfeifen“) bezeichnet einen Informanten, der Missstände, illegales Handeln (z. B. Korruption, Insiderhandel) oder allgemeine Gefahren, von denen er an seinem Arbeitsplatz erfährt, an die Öffentlichkeit bringt“.¹ Nicht selten handelt es sich bei „whistleblowers“ um Arbeitnehmer, die ein Fehlverhalten des Arbeitgebers bei einer öffentlichen Stelle zur Anzeige bringen oder unternehmensinterne Missstände unmittelbar in die Öffentlichkeit tragen. Man kann das „Verpfeifen“ nennen und sicher sind die Motive von Arbeitnehmern, die sich zum „whistleblowing“ entschließen, nicht immer rein und lauter. Doch vermag dies nichts daran zu ändern, dass die Allgemeinheit durchaus ein erhebliches Interesse an klaren Regeln hinsichtlich des „whistleblowing“ hat. Denn vielfach können Missstände nur dann aufgedeckt werden, wenn entsprechende Hinweise „aus dem Unternehmen selbst heraus“ erfolgen. So ist beispielsweise in Deutschland ein Skandal um sog. Gammelfleisch – das, obwohl zum Verzehr nicht mehr geeignet, in den Handel gelangte – nur deshalb an die Öffentlichkeit gelangt, weil ein Arbeitnehmer eines der in den Skandal verwickelten Unternehmens das Schweigen brach und „nach außen“ trat.

Eben dieser Gammelfleischskandal hat denn auch den Anstoß für Bemühungen des Gesetzgebers in Deutschland gegeben, in das Bürgerliche Gesetzbuch eine Regelung über den arbeitsrechtlichen Schutz von Informanten („whistleblowers“) aufzunehmen.² Im vorliegenden Beitrag wird der entsprechende Gesetzesentwurf vorgestellt und einer kritischen Betrachtung unterzogen. Bevor dies geschieht, soll indes eine kurze rechtsvergleichende Umschau zeigen, dass die Problematik des „whistleblowing“ auch in anderen Ländern erkannt wurde und zu Reaktionen des Gesetzgebers geführt hat (II.) Vor dem Hintergrund der rechtsvergleichenden Betrachtung wird dann die Entwicklung des deutschen Rechts nachgezeichnet (III.), bevor dann auf den aktuellen Entwurf zur Regelung eines arbeitsrechtlichen Schutzes von „whistleblowers“ eingegangen wird (IV.). Zuletzt soll gefragt werden, welche Probleme bei Regelungen zum Informantenschutz im Bereich des

¹ http://de.wikipedia.org/wiki/Whistleblower#cite_note-2.

² Vorschlag für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch, Ausschussdrucksache 16(10)849.

Arbeitsrechts besondere Beachtung verdienen und welche Lehren aus dem entsprechenden Gesetzgebungsprozess in Deutschland evtl. gezogen werden können (V.).

II. „Whistleblowing“ im Rechtsvergleich

Betrachtet man die Problematik des „whistleblowing“ zunächst unter einer rechtsvergleichenden Perspektive,³ so zeigt sich, dass das Anliegen, Informanten (stärkeren) arbeitsrechtlichen Schutz zu bieten, in manchen Staaten bereits zu Reaktionen des nationalen Gesetzgebers geführt hat.

Gewissermaßen das „Mutterland“ des Schutzes von „whistleblowers“ sind die USA. Dort finden sich die wohl ältesten Regelungen zu dieser Problematik.⁴ Einschlägig ist hier v. a. der Whistleblower Protection Act,⁵ dessen Zustandekommen eng mit dem Verlust des Challenger Shuttle im Jahre 1986 zusammenhängt. Ziel des Gesetzes ist es, im öffentlichen Dienst Beschäftigte vor Repressalien durch den Dienstherrn zu bewahren, wenn sie in zulässiger Weise Missstände zur Anzeige bringen. Kommt es zu Benachteiligungen, kann der Betroffene Schadensersatz verlangen. Auch sieht das Gesetz einen gewissen institutionellen Schutz, u. a. durch Einrichtung des Merit System Protection Board (MPSB) und des Office of Special Counsel (OSC) vor. Geleitet hat den Gesetzgeber in den USA insbesondere die Absicht, dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufdeckung von Missständen im Bereich des öffentlichen Dienstes Rechnung zu tragen. Eine vergleichbare Zielrichtung liegt auch den gesetzlichen Regelungen der Problematik in Kanada (im Public Servants Disclosure Act aus dem Jahre 2005⁶ und dem Federal Accountability Act aus dem Jahre 2006⁷) zu Grunde. Auch hier geht es v. a. um den Schutz der Allgemeinheit und die Sicherung des Vertrauens der Bevölkerung in die Integrität des öffentlichen Dienstes.

Ein wichtiges Beispiel für den Schutz von „whistleblowers“ bildet auch das norwegische Recht. Hier waren es die Gewerkschaften, die auf eine gesetzliche Regelung der Problematik drangen. Die entsprechende gesetzliche Regelung wurde in den Working Environment Act (WEA)⁸ aufgenommen, wobei der Schutz von Informanten durch eine weitere Änderung des Gesetzes, die am 1. Januar 2007 Wirkung erlangte, noch verbessert wurde. Die Regelung gilt nicht allein für den Bereich des öffentlichen

³ Vgl. insoweit auch Banisar, Dave: *Whistleblowing – International Standards and Developments*, [Estudio especializado para la Primera Conferencia Internacional sobre Corrupción e Transparencia: Debatiendo las Fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Ciudad de México, 23 – 25 de Marzo de 2006], 2006.

⁴ Vgl. v. a. den US False Claims Act aus dem Jahre 1863.

⁵ Internet: <http://www.gpoaccess.gov/uscode/index.html>; vgl. zuletzt aber auch die Regelungen im Sarbanes-Oxley Act.

⁶ Internet: <http://laws.justice.gc.ca/en/showtdm/cs/P-31.9>.

⁷ Internet: <http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/F-5.5>.

⁸ Vgl. im Internet: <http://www.arbeidstilsynet.no/binfil/download.php?tid=42156>. Norwegische Gesetze in englischer Übersetzung unter <http://www.lovdata.no/info/lawdata.html>.

Dienstes, sondern auch im Bereich der Privatwirtschaft. Orientiert ist sie zum einen an den Erfordernissen eines ausreichenden arbeitsrechtlichen Schutzes des Informanten und zum anderen an dem Ziel, das Arbeitsverhältnis nach Möglichkeit vor Störungen zu bewahren. Zu diesem Zweck sieht der Gesetzgeber zunächst ein innerbetriebliches Verfahren vor, in dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Dialog die Berechtigung der vom Arbeitnehmer erhobenen Vorwürfe klären. Dabei macht das Gesetz den Beteiligten nur wenige Vorgaben. Auch die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitnehmer mit seinen Informationen an die Öffentlichkeit treten darf bzw. muss, ist im Gesetz nur vage geregelt. Ein verstärkter arbeitsrechtlicher Schutz des Informanten wird in diesem Zusammenhang durch Beweiserleichterungen erreicht. Erleichtert wird dem Arbeitnehmer insbesondere der Beweis dafür, dass der Arbeitgeber ihn aufgrund der Informationen ungerechtfertigten Repressalien aussetzt: Macht der Arbeitnehmer glaubhaft, dass ein bestimmtes diskriminierendes Verhalten des Arbeitgebers eine Reaktion auf die vom Arbeitnehmer zur Anzeige gebrachten Missstände ist, dann greift eine widerlegliche Vermutungen für das Vorliegen eines entsprechenden Gesetzesverstößes auf Seiten des Arbeitgebers ein.⁹

Auch in Schweden finden sich Regelungen zum Schutz von „whistleblowers“. So garantieren Regelungen im Freedom of Press Act das grundsätzliche Recht, Missstände sowohl intern als auch extern zu vermelden.¹⁰ Im Bereich des öffentlichen Dienstes besteht dabei kein Rangverhältnis zwischen interner und externer Anzeige; Beschränkungen ergeben sich insoweit lediglich aus Geheimhaltungspflichten, die den im öffentlichen Dienst Beschäftigten treffen mögen. Einen besonderen arbeitsrechtlichen Schutz enthält darüber hinaus der Employment Protection Act. Danach ist es dem Arbeitgeber verboten, einen Arbeitnehmer, der Missstände zur Anzeige gebracht hat, aufgrund seines Verhaltens zu benachteiligen. Verboten ist dem Arbeitgeber insbesondere eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die er mit der Anzeige begründet.

Umfassende Regelungen zum „whistleblowing“ enthält das Recht des Vereinigten Königreichs. Dort finden sich die bedeutsamsten Vorschriften im Public Interest Disclosure Act (PIDA)¹¹, der in den Employment Rights Act aus dem Jahre 1996 eingebettet ist. Der Public Interest Disclosure Act zeichnet sich durch eine „Stufenregelung“ aus: Zunächst wird vom Arbeitnehmer erwartet, dass er von möglichen Missständen intern Meldungen macht. Der Arbeitnehmer muss dabei in „gutem Glauben“ (good faith) handeln und vernünftigerweise annehmen dürfen, dass seine Informationen zutreffend sind. Doch steht dem Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen durchaus auch die Möglichkeit offen, sich – ohne vorhergehende innerbetriebliche Meldung – unmittelbar „nach außen“ zu wenden und zwar entweder an eine staatliche Stelle oder an die Öffentlichkeit. Eine Anzeige bei einer Behörde setzt voraus, dass die Informationen des Arbeitnehmers im Wesentlichen zutreffend (substantially true) sind. An noch strengere Voraussetzungen

⁹ Vgl. Art. 2.5 WEA.

¹⁰ Vgl. http://www.riksdagen.se/templates/R_Page_6313.aspx.

¹¹ Internet: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980023_en_1.

sind Meldungen gegenüber der Öffentlichkeit (wider disclosures) gebunden. Bei diesen wird vorausgesetzt, dass der Arbeitnehmer uneigennützig handelt, sich also durch die Anzeige keine persönlichen Vorteile ergeben, die Anzeige den Geboten von Treu und Glauben entspricht und anderweitige Abhilfe nicht möglich ist. Sind die Voraussetzungen einer zulässigen Anzeige zu bejahen, dann darf der Arbeitgeber auf die Anzeige nicht mit der Zufügung von Nachteilen reagieren. Geschieht dies doch, so kann der betroffene Arbeitnehmer gerichtlich Schadensersatz und – im Fall einer ungerechtfertigten Kündigung – ggf. auch Wiedereinstellung vom Arbeitgeber verlangen. Ähnliche Regelungen wie im Vereinigten Königreich finden sich auch in *Neuseeland*¹² und *Südafrika*.¹³ Auch hier beanspruchen die entsprechenden Gesetze sowohl für den Bereich des öffentlichen Dienstes als auch für den Bereich der Privatwirtschaft Geltung. Nur auf den letztgenannten Bereich zielt demgegenüber der Whistleblower Protection Act ab, der im Jahre 2004 in *Japan* in Kraft getreten ist, wohingegen ein spezifischer Schutz von „whistleblowers“ in den *Niederlanden* nur im Bereich des öffentlichen Dienstes besteht.¹⁴

Auch in anderen Ländern ist die Problematik des „whistleblowing“ zuletzt in den Blickpunkt gerückt. Dies gilt etwa für die *Schweiz*. Dort wird derzeit vom Bundesamt für Justiz an einer Novellierung des Obligationenrechts gearbeitet, die das Ziel hat, Arbeitnehmer, die auf Missstände bei ihrem Arbeitgeber aufmerksam machen, in Zukunft besser vor Kündigungen zu schützen. Dabei wird auf einen Ausbau des Kündigungsschutzes voraussichtlich verzichtet. Im Vordergrund steht vielmehr eine Konkretisierung der Voraussetzungen, unter denen die schon heute geltenden Bestimmungen über das Verbot missbräuchlicher Kündigungen zur Anwendung kommen. Denkbar wäre insoweit beispielsweise, dass eine Kündigung in Zukunft als missbräuchlich gilt, wenn ein Unternehmen keine interne Beschwerdeinstanz bezeichnet, bei der Missstände folgenlos gemeldet werden können. Auf diesem Wege würde ein Anreiz gesetzt, die betriebsinternen Mechanismen¹⁵ zur Vorbeugung von Missbräuchen zu verbessern, und dadurch zu verhindern, dass Arbeitgeber zum Gang an die Öffentlichkeit gewissermaßen gezwungen werden.¹⁶

¹² Protected Disclosures Act 2000; im Internet: www.psa.org.nz/Libraries/Media%20releases/Protected%20Disclosures%20Act%20a%20.

¹³ Protected Disclosures Act 2000; im Internet: www.info.gov.za/gazette/acts/2000/a26-00.pdf.

¹⁴ Ambtenarenwet (Civil Servants Act) 2008; vgl. hierzu zuletzt *Universiteit Utrecht*, Evaluatie klokkenluidersregelingen – Eindrapport 2008. In den *Niederlanden* wurde zuletzt über eine Ausbreitung des Schutzes in den Bereich der Privatwirtschaft diskutiert. Doch dürfte es nach einer negativen Stellungnahme der sog. Stichting van de Arbeid beim ursprünglichen Geltungsbereich der Regelung bleiben.

¹⁵ Vgl. hierzu aus deutscher Sicht etwa auch Bürkle, Jürgen: Weitergabe von Informationen über Fehlverhalten in Unternehmen (Whistleblowing) und Steuerung auftretender Probleme durch ein Compliance-System, *Der Betrieb (DB)*, 2004, 2158.

¹⁶ Vgl. <http://www.nzz.ch/nachrichten/schweiz>.

III. Die Entwicklung des deutschen Rechts

Das deutsche Recht im Bereich des Schutzes von Informanten ist weitgehend richterrechtlich geprägt¹⁷. Hervorzuheben sind dabei insbesondere eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahre 2001¹⁸ sowie eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahre 2003. Beide Entscheidungen sollen kurz beleuchtet werden.

1. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 2. 7. 2001

Der Entscheidung des BVerfG vom 2. 7. 2001¹⁹ lag die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers zugrunde, der in einem Ermittlungsverfahren gegen den Arbeitgeber ausgesagt und Geschäftsunterlagen der Staatsanwaltschaft übergeben hatte. Zwar war die vom Arbeitnehmer erhobene Kündigungsschutzklage zunächst erfolgreich gewesen. Doch war die Klage vom Landesarbeitsgericht als Berufungsgericht schließlich in vollem Umfang abgewiesen worden. Daraufhin hatte der Arbeitnehmer eine Verfassungsbeschwerde erhoben dabei u. a. eine Verletzung seiner Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz) gerügt.

In seinem Urteil knüpfte das BVerfG zunächst an seine Rechtsprechung an, wonach gerichtliche Entscheidungen nur einer begrenzten verfassungsrechtlichen Überprüfung unterliegen. Auch nach diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab seien indes, so das Gericht, durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Rechte des Arbeitnehmers verletzt worden. Dieses habe einen Kündigungsgrund zu Unrecht bejaht und damit rechtsstaatliche Grundsätze missachtet. Das Landesarbeitsgericht habe nämlich weder „den Charakter der Aussagepflicht als staatsbürgerliche Pflicht berücksichtigt noch sich mit der Problemlage auseinander gesetzt, dass ein Bürger wegen der Erfüllung dieser Pflicht jedenfalls nicht ohne weiteres zivilrechtliche Nachteile erleiden“ dürfe. Der Arbeitnehmer sei im zugrundeliegenden Fall nur den Aufforderungen der Staatsanwaltschaft nachgekommen. Die Beachtung des Gesichtspunkts, dass der Beschwerdeführer mit seinen Aussagen bei der Staatsanwaltschaft und der Übergabe von Unterlagen nur die von der Rechtsordnung aufgestellten Pflichten erfüllt habe, sei von Verfassungs wegen geboten. Mit diesen den Arbeitnehmer treffenden rechtsstaatlichen Pflichten sei nicht vereinbar, wenn „derjenige, der diese Pflichten erfüllt, zivilrechtliche Nachteile erleidet“. Dementsprechend dürfe die „Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte“ im Strafverfahren „im Regelfall“ nicht dazu führen, daraus einen Grund für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses abzuleiten. Etwas anders könne nur dann gelten, wenn der Arbeitnehmer in einem Strafverfahren „wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche

¹⁷ Vgl. hierzu etwa auch Müller, Michael: Whistleblowing – Ein Kündigungsgrund?, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2002, 424 sowie Herbert, Manfred – Oberrath, Jörg-Dieter: Schweigen ist Gold? – Rechtliche Vorgaben für den Umgang des Arbeitnehmers mit seiner Kenntnis über Rechtsverstöße im Betrieb, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)*, 2005, 193.

¹⁸ Vgl. aber auch BVerfG – 1 BvR 1086/85, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1987, 1929.

¹⁹ BVerfG v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, in: *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*, § 626 BGB Nr. 170.

Angaben“ mache. In seiner Entscheidung hat das BVerfG den Schutz des Arbeitnehmers also verhältnismäßig „großzügig“ bemessen und dies insbesondere mit der Wahrnehmung verfassungsrechtlich verbürgter Rechte durch den Arbeitnehmer begründet.

2. Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 3. 7. 2003

An die eben skizzierte Entscheidung des BVerfG knüpfte das BAG in seinem Urteil vom 3. 7. 2003²⁰ an. Dabei stellte es fest, dass eine zur Kündigung berechtigende arbeitsvertragliche Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers nicht nur dann vorliege, wenn der Arbeitnehmer in einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht hat. Eine kündigungsrelevante erhebliche Verletzung arbeitsvertraglicher Nebenpflichten könne sich vielmehr im Zusammenhang mit der Erstattung einer Strafanzeige im Einzelfall auch aus anderen Umständen ergeben. Im Ergebnis nimmt das BAG dabei den Schutz des „Arbeitnehmer-Informanten“ bis an den äußersten Rand des verfassungsrechtlich Gebotenen zurück. Die Begründung hierfür, aber auch die dogmatischen Erwägungen des BAG verdienen Beachtung.

In seiner Entscheidung geht das BAG mit Blick auf das Urteil des BVerfG vom 2. 7. 2001 davon aus, dass den arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitnehmers durch das Verfassungsrecht Grenzen gesetzt werden. Zeige ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber „freiwillig“ bei der Strafverfolgungsbehörde an, so könne die darin liegende Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren regelmäßig nicht zu einer Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten führen und eine deswegen erklärte Kündigung rechtfertigen. Mit dem Rechtsstaatsprinzip sei es nämlich regelmäßig unvereinbar, wenn eine Anzeige und Aussage im Ermittlungsverfahren zu zivilrechtlichen Nachteilen für den anzeigenden Arbeitnehmer bzw. Zeugen führen würde, es sei denn, der Arbeitnehmer habe wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht. Mit diesen Feststellungen liegt das BAG (noch) ganz auf der Linie des BVerfG.

Nach Auffassung des BAG ist jedoch eine vertragswidrige Pflichtverletzung nicht ausnahmslos zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer eine Anzeige, ohne wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben zu machen, bei den Strafverfolgungsbehörden erstattet. Zur Begründung führt das Gericht an, das BVerfG habe in seiner Entscheidung vom 2. 7. 2001 lediglich für den „Regelfall“ ausgeführt, dass bei einer „freiwilligen“ Einschaltung der Staatsanwaltschaft durch den Arbeitnehmer das Verhalten des Arbeitnehmers nicht zu einem wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung führen dürfe. Schon die Formulierung „im Regelfall“ zeige aber, dass – auch von Verfassungs wegen – weitere Ausnahmefälle denkbar seien, in denen eine zulässige Kündigung auch dann in Betracht komme, wenn die vom BVerfG selbst formulierte Einschränkung der wissentlich oder leichtfertig gemachten falschen Angaben nicht eingreife.

²⁰ BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, in *Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*, § 1 KSchG, 1969, Nr. 45 Verhaltensbedingte Kündigung (mit zustimmender Anmerkung von Otto).

Im Einzelnen führt das BAG unter Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben aus, dass dem Arbeitsvertrag zahlreiche Nebenpflichten „immanent“ seien. Zu diesen zähle insbesondere die vertragliche Rücksichtnahmepflicht. Danach sei der Arbeitnehmer verpflichtet, auf die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen und sie im zumutbaren Umfang zu wahren. Darüber hinaus habe der Arbeitnehmer die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu wahren und den Arbeitgeber über alle wesentlichen Vorkommnisse im Betrieb in Kenntnis zu setzen, v. a. um Schäden des Arbeitgebers zu verhindern. Die vertragliche Rücksichtnahmepflicht werde durch die Grundrechte näher ausgestaltet. Kollidiere das dem Arbeitgeber als Ausfluss seiner grundrechtlich geschützten Betätigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zustehende Recht, „vom Arbeitnehmer die Einhaltung eines gewissen Maßes von Rücksicht auf seine Interessen zu verlangen“, mit grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitnehmers, so müsse das Spannungsverhältnis unter Hinzuziehung des Gebots von Treu und Glauben grundrechtskonform ausgeglichen werden, um zu einer Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Nebenpflichten zu kommen.

Zwar nehme der Arbeitnehmer mit der Erstattung einer Strafanzeige eine „von Verfassungen wegen geforderte und von der Rechtsordnung erlaubte und gebilligte Möglichkeit der Rechtsverfolgung wahr“. Auch sei es mit den „Grundgeboten des Rechtsstaats ... nicht vereinbar, wenn derjenige, der in gutem Glauben eine Strafanzeige erstattet hat, Nachteile dadurch erleidet, dass sich seine Behauptung nach behördlicher Prüfung als unrichtig oder nicht aufklärbar erweist“. Die (nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige) Strafanzeige eines Bürgers liege im allgemeinen Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens und an der Aufklärung von Straftaten; der Rechtsstaat könne darauf bei der Strafverfolgung nicht verzichten. Doch müsse auch die durch Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz geschützte Unternehmerfreiheit des Arbeitgebers Berücksichtigung finden. Als Ausfluss dieser Freiheit habe der Arbeitgeber aber auch ein rechtlich geschütztes Interesse daran, „nur mit solchen Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten, die die Ziele des Unternehmens fördern und das Unternehmen vor Schäden bewahren“. Regelmäßig werde ein Unternehmen, so das BAG weiter, „im Wettbewerb nur bestehen können, wenn insbesondere betriebliche Abläufe und Strategien nicht in die Öffentlichkeit gelangen und der Konkurrenz bekannt werden“.

Unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte fordert das BAG, dass sich die Anzeige des Arbeitnehmers nicht als eine „unverhältnismäßige Reaktion“ auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten darstellen dürfe. Dabei könnten „Indizien“ für eine unverhältnismäßige Reaktion des anzeigenden Arbeitnehmers „sowohl die Berechtigung der Anzeige als auch die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände sein“.

Die Gründe, die den Arbeitnehmer dazu bewogen hätten, die Anzeige zu erstatten, verdienten besondere Bedeutung. Erfolge die Erstattung der Anzeige ausschließlich um den Arbeitgeber zu schädigen bzw. „fertig zu machen“, könne „unter Berücksichtigung des der Anzeige zugrunde liegenden Vorwurfs eine unverhältnismäßige Reaktion vorlie-

gen“. Was dagegen das Fehlen eines innerbetrieblichen Hinweises betrifft, so will das BAG der innerbetrieblichen Klärung „nicht generell“ den Vorrang geben. Stattdessen geht es davon aus, dass „im Einzelfall“ bestimmt werden müsse, wann dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige ohne weiteres zumutbar sei und ein Unterlassen ein pflichtwidriges Verhalten darstelle.²¹

IV. Der Gesetzesentwurf zum Schutz von „Whistleblowers“

Wie bereits eingangs gesagt, wurde vor einiger Zeit von der Bundesregierung ein Gesetzesentwurf²² vorgelegt, mit dem der arbeitsrechtliche Schutz von Informanten verstärkt werden soll.

1. Der Entwurf

Danach würde in das Bürgerliche Gesetzbuch ein neuer § 612 a mit der Überschrift „Anzeigerecht“ eingefügt. Dieser soll lauten:

(1) Ist ein Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden, kann er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige

21 Wörtlich heißt es hierzu weiter: „Eine vorherige innerbetriebliche Meldung und Klärung ist dem Arbeitnehmer allerdings unzumutbar, wenn er Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde. Entsprechendes gilt auch bei schwerwiegenden Straftaten oder vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten. Hier muss regelmäßig die Pflicht des Arbeitnehmers zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers zurücktreten. Weiter trifft den anzeigenden Arbeitnehmer auch keine Pflicht zur innerbetrieblichen Klärung, wenn Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten ist. Den Arbeitnehmer in einer solchen Konstellation auf die innerbetriebliche Abhilfe zu verweisen, wäre unverhältnismäßig und würde unzulässigerweise in seine Freiheitsrechte eingreifen. Hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber auf die gesetzeswidrige Praxis im Unternehmen hingewiesen, sorgt dieser jedoch nicht für Abhilfe, besteht auch keine weitere vertragliche Rücksichtnahmepflicht mehr. Etwas anderes wird hingegen dann gelten, wenn nicht der Arbeitgeber oder sein gesetzlicher Vertreter, sondern ein Mitarbeiter seine Pflichten verletzt oder strafbar handelt. Hier erscheint es eher zumutbar, vom Arbeitnehmer – auch wenn ein Vorgesetzter betroffen ist – vor einer Anzeigenerstattung einen Hinweis an den Arbeitgeber zu verlangen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um Pflichtwidrigkeiten handelt, die – auch – den Arbeitgeber selbst schädigen“.

22 Hiervon zu unterscheiden ist der von den Kölner Arbeitsrechtsprofessoren *Henssler* und *Preis* vorgelegte „private“ Entwurf für eine Kodifikation des deutschen Arbeitsvertragsrechts (ArbVG-E). Auch dieser Entwurf enthält übrigens – in § 78 ArbVG-E – einen Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Problematik des „whistleblowing“. § 78 ArbVG-E lautet: (1) Drohen Menschen, Sachwerten oder der Umwelt aus dem Betrieb Schäden oder werden Strafgesetze oder Arbeitsschutzvorschriften verletzt, so hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber vor der Einschaltung der zuständigen außerbetrieblichen Stellen zur Abhilfe aufzufordern. Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung nicht nach, so kann sich der Arbeitnehmer an die zuständigen Stellen wenden. (2) Der Arbeitnehmer darf sich unmittelbar an die zuständigen außerbetrieblichen Stellen wenden, wenn 1. dem Arbeitnehmer, anderen Menschen, Sachwerten oder der Umwelt unverhältnismäßige Nachteile drohen und eine Aufforderung nicht oder nicht rechtzeitig zur Abhilfe führen würde oder 2. der Arbeitgeber eine nicht nur auf Antrag verfolgbare Straftat begangen hat.

Stelle wenden und Abhilfe verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe nicht oder nicht ausreichend nach, hat der Arbeitnehmer das Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden.

(2) Ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe ist nicht erforderlich, wenn dies dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Unzumutbar ist ein solches Verlangen stets, wenn der Arbeitnehmer aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass

1. aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht,
2. der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat,
3. eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde,
4. eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird.

(3) Von den Absätzen 1 und 2 kann nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.

(4) Beschwerderechte des Arbeitnehmers nach anderen Rechtsvorschriften und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.

In der Begründung des Entwurfs²³ wird als Ziel der Neuregelung beschrieben, eine „klare und eindeutige Regelung im Bereich des Informantenschutzes zu schaffen, und damit die Rechtssicherheit für Arbeitnehmer, die über gesetzwidrige Praktiken in ihrem Betrieb informieren, deutlich zu verbessern“. Zunächst, so heißt es in der Begründung weiter, könnten Gesetzesverstöße im Betrieb bereits durch interne Hinweise an den Arbeitgeber verhindert und damit Risiken und Schäden für den Betrieb abgewandt werden. Doch seien auch staatliche Stellen häufig auf Hinweise aus den Betrieben angewiesen, „um Straftaten rechtzeitig zu verhindern und wirksam bekämpfen oder unmittelbare Gefahren für die Allgemeinheit, die aus dem Betrieb drohen, abwenden zu können“. Arbeitnehmer, die von solchen Missständen im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit erführen, könnten „bei einer beabsichtigten Wahrnehmung ihrer staatsbürgerlichen Rechte, insbesondere im Strafverfahren, in einen Konflikt mit der Loyalitätspflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber geraten“. Daher sei es notwendig, „eine klare und eindeutige Regelung in diesem Bereich zu schaffen, und damit die Rechtssicherheit für die Arbeitnehmer deutlich zu verbessern“. Gegenwärtig bestehe nämlich für den einzelnen Arbeitnehmer sowie für den Arbeitgeber eine erhebliche Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Frage, „in welchen Fällen Arbeitnehmer berechtigt sind, sich bei Missständen im Betrieb an eine außerbetriebliche Stelle zu wenden bzw. wann ein solches Verhalten eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung darstellt“.

2. Kritik

Der Entwurf ist auf Zustimmung, aber auch auf scharfe Ablehnung gestoßen. Wie so häufig bei geplanten Reformen im Bereich des Arbeitsrechts, gehen die Bemühungen

²³ So die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) in ihrer Stellungnahme zum Entwurf

um eine Neuregelung den einen nicht weit genug, während sie den anderen schon viel zu weit gehen. So wird der Entwurf etwa von Arbeitgeberseite angesichts des bestehenden Richterrechts als überflüssig bewertet. Auch besteht die Befürchtung, in den Betrieben könnte es in Zukunft verstärkt zu „Denunziantentum“ kommen²⁴. Auch die Gefahr der Entstehung neuer bürokratischer Lasten wird gesehen. Von Seiten der Gewerkschaften wird der Entwurf demgegenüber als Schritt in die richtige Richtung gewertet. Dort herrscht die Einschätzung vor, die Regelung schaffe erheblich mehr Transparenz und stärke die Rechte der Beschäftigten bei Anzeigen von gesetzlichen Pflichtverletzungen im Betrieb.

Bei der Kritik an dem Entwurf spielt ersichtlich eine große Rolle, dass derzeit bereits Entscheidungen der Gerichte existieren, die sich auf die Frage nach einem arbeitsrechtlichen Schutz von Informanten beziehen. Nun sind allerdings richterliche Entscheidungen etwas anderes als Gesetze. Zum einen ist eine gesetzliche Regelung Arbeitnehmern typischerweise viel leichter zugänglich als Urteile von Gerichten. Zum anderen – und v. a. – ist aber Richterrecht nach seinen Entstehungsvoraussetzungen nur sehr eingeschränkt in der Lage, an die Stelle einer umfassenden gesetzlichen Regelung zu treten. Wenn im Wege richterlicher Rechtsfortbildung neue Regeln herausgebildet werden, dann geschieht dies zumeist nicht in der Weise, dass dabei sogleich eine fertige (detaillierte) Regelung aufgestellt würde. Vielmehr gehen die Gerichte, die ja stets über Einzelfälle entscheiden, meist Schritt für Schritt vor. Bei gesetzlichen Regeln lässt sich dieser Nachteil vermeiden, wenn der Gesetzgeber die nötige Sorgfalt walten lässt. Im vorliegenden Zusammenhang kommt noch hinzu, dass bei der Gewährung von arbeitsrechtlichem Schutz für Informanten erkennbar Gemeinwohlinteressen von erheblichem Gewicht auf dem Spiel stehen. Allein dieser Umstand legt ein Tätigwerden des Gesetzgebers von vornherein nahe, zumal von diesem typischerweise eine erhebliche „Signalwirkung“ für die Beteiligten ausgeht.

Auch sollte man nicht übersehen, dass die grundlegende Entscheidung des BAG vom 3. 7. 2003 durch eine erhebliche „inhaltliche Offenheit“ gekennzeichnet ist. Konfrontiert mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Arbeitnehmer wegen einer von ihm veranlassten Strafanzeige gegen seinen Vorgesetzten verhaltensbedingt gekündigt werden kann, hat das BAG darauf abgestellt, dass sich die Anzeige des Arbeitnehmers nicht als eine „unverhältnismäßige“ Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers (oder seines Repräsentanten) darstellen dürfe. Die Frage, wann eine derartige Unverhältnismäßigkeit anzunehmen sein soll, will das Gericht nach Maßgabe von „Indizien“ beantworten, zu denen es in der genannten Entscheidung die Berechtigung der Anzeige,²⁵ die Motivation des Anzeigenden sowie einen fehlenden innerbetrieblichen Hinweis auf die angezeigten Missstände zählt. Was das zuletzt genannte „Indiz“ anbelangt, so erteilt das BAG in seiner Entscheidung Forderungen nach einem generellen

²⁴ So der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) in seiner Stellungnahme zum Entwurf.

²⁵ Vgl. allerdings später BAG v. 7. 12. 2006 – 2 AZR 400/05, in: Arbeitsrechtliche Praxis (AP) § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 55, wonach es bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Anzeige nicht entscheidend auf den Ausgang des Strafverfahrens ankommen soll

Vorrang einer innerbetrieblichen Klärung eine Absage. Stattdessen soll „im Einzelfall“ zu bestimmen sein, wann dem Arbeitnehmer eine vorherige innerbetriebliche Anzeige „ohne weiteres zumutbar“ ist und ein Unterlassen ein pflichtwidriges Verhalten darstellt. Das BAG wendet also die Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit an. Beide Maßstäbe sind der Konkretisierung im Einzelfall bedürftig. Zudem stellt es (im Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit) auf „Indizien“, also Beweiszeichen ab, denen allgemein eigen ist, dass sie durch gegenläufige Indizien entkräftet werden können. Dementsprechend ist in der Entscheidung des BAG auch nur davon die Rede, dass die Berechtigung der Anzeige oder die Motivation des Anzeigenden ein Indiz für eine unverhältnismäßige Reaktion sein *können*, also nicht *müssen*. Die vom BAG genannten Indizien sind überdies, soweit ersichtlich, beispielhaft gemeint, also nicht abschließend genannt, wobei übrigens nicht erkennbar ist, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen sollen. All dies macht es für einen Arbeitnehmer außerordentlich schwer vorherzusehen, ob er im Fall einer Anzeige einen Schutz vor Kündigungen besitzt oder nicht.

Zu den soeben genannten Gesichtspunkten kommt noch hinzu, dass die Entscheidung des BAG auch inhaltlich nicht frei von Zweifeln ist. Bedenken ergeben sich insbesondere mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG v. 2. 7. 2001. In dieser Entscheidung hatte das BVerfG, wie oben bereits gesagt, festgestellt, dass Aussagen eines Arbeitnehmers im Rahmen eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens gegen seinen Arbeitgeber grundsätzlich nicht geeignet sind, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Zur Begründung hatte das BVerfG u. a. ausgeführt, dass die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren, soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertige falsche Angaben gemacht würden, „im Regelfall“ aus rechtsstaatlichen Gründen nicht dazu führen dürften, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten. Die Formulierung „im Regelfall“ will das BAG zu verstehen, dass auch von Verfassungen wegen, abgesehen von den Fällen der wissentlichen oder leichtfertig falschen Angaben, „weitere Ausnahmefälle“ denkbar seien, in denen eine Kündigung zu Recht erfolge. Dieses Verständnis durch das BAG gibt Anlass zu Bedenken, da sich damit die Gefahr verbindet, dass der vom BVerfG aufgestellte Grundsatz, wonach die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte keine zivilrechtlichen Nachteile (etwa in Gestalt einer Kündigung) zur Folge haben dürfen, ausgehöhlt werden könnte.²⁶

Ganz abgesehen davon ist an der Entscheidung des BAG problematisch, dass sich diese ganz in den Bahnen einer Abwägung der Interessen des kündigenden Arbeitgebers auf der einen und des gekündigten Arbeitnehmers auf der anderen Seite bewegt. Bei der Frage nach der Gewährung arbeitsrechtlichen Schutzes für Informanten geht es aber nicht zuletzt auch darum, Regeln zu fixieren, die im Interesse der Allgemeinheit bzw. des Gemeinwohls eine Offenlegung von Missständen ermöglichen. Dieser Gesichtspunkt, also der Schutz des Allgemeininteresses, erscheint in der Beurteilung des BAG im Ver-

²⁶ Zu Recht kritisch z. B. auch Wendeling-Schröder, Ulrike: Anmerkung zu BAG v. 3. 7. 2003, *Recht der Arbeit (RdA)*, 2004, 374, 377.

gleich mit der Entscheidung des BVerfG „unterbelichtet“. Letzteres geht daraus hervor, dass das BVerfG in seiner Entscheidung nicht allein von der Wahrnehmung staatsbürgerliche Rechte im Strafverfahren spricht, sondern ausdrücklich die Zeugenpflicht als eine „allgemeine Staatsbürgerpflicht“ bezeichnet. Es zeigt sich aber v. a. auch dann, wenn das BVerfG zur Begründung dafür, dass die Erfüllung der gesetzlich auferlegten Pflichten zivilrechtlich nicht zu Nachteilen führen darf, anführt, nur auf diese Weise könne „die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionsfähige Strafrechtspflege im Interesse der Allgemeinheit zu gewährleisten“, erfüllt werden.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Entscheidung des BAG inhaltlich Bedenken auslöst und v. a. eine Reihe offener Fragen aufwirft. Angesichts dessen liegt eine gesetzliche Regelung durchaus nicht ganz fern, zumal sich im Zusammenhang mit der Problematik der Gewährung arbeitsrechtlichen Schutzes für Informanten die Problematik einer Kollision von Grundrechten des Arbeitnehmers mit Grundrechten des Arbeitgebers stellt und es geboten erscheint, wenn der (demokratisch legitimierte) Gesetzgeber die Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten selbst vornimmt.

V. Schluss

Eine Betrachtung des Entwurfs zum Schutz vom „whistleblowers“ im deutschen Arbeitsrecht lässt einige der Problembereiche näher hervortreten, denen sich jeder Gesetzgeber gegenübersehen muss, wenn er eine Regelung der Problematik versucht.

Sofern § 612 a Abs. 1 S. 1 BGB neu vorsieht, dass sich der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen „an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden und Abhilfe verlangen“ kann, drückt er nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit aus. Denn die Vorschrift schafft kein Recht des Arbeitnehmers (etwa indem sie eine Verpflichtung normiert, dass sich der Arbeitgeber mit Anzeige und Abhilfeverlangen befassen muss). Die Befassung mit Anzeige und Abhilfeverlangen stellt vielmehr eine reine Obliegenheit des Arbeitgebers und damit eine Verhaltensanforderung dar, die dieser im eigenen Interesse zu beachten hat, weil er damit rechnen muss, dass der Arbeitnehmer „nach außen“ geht, wenn er auf das Abhilfeverlangen nicht reagiert.

§ 612 a Abs. 1 S. 2 BGB neu enthält den Grundsatz eines Vorrangs der innerbetrieblichen Klärung. Dies ergibt sich daraus, dass dem Arbeitnehmer das „Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden“, grundsätzlich nur dann zugestanden wird, wenn der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe nicht oder nicht ausreichend nachkommt. Der Frage, ob und unter welchen näheren Voraussetzungen ein solcher Vorrang festgeschrieben werden soll, wird sich jeder Gesetzgeber gegenübersehen.

§ 612 a Abs. 2 S. 2 BGB Nrn. 1 - 4 BGB neu enthält eine Aufzählung von Missständen, bei deren Vorliegen eine innerbetriebliche Klärung „stets“, also immer, als unzu-

mutbar zu bewerten ist. Wie eng oder weit der Kreis dieser Missstände gezogen wird, ist eine Frage des gesetzgeberischen Ermessens. Nach dem vorliegenden Entwurf in Deutschland hat die Motivation des Anzeigenden keine Bedeutung. Andere Gesetzgeber mögen dies anders beurteilen.

Jenseits der in § 612 a Abs. 2 S. 2 Nrn. 1 - 4 BGB neu genannten Fälle der Unzumutbarkeit wird dem Arbeitnehmer der Weg zur Anzeige bei einer außerbetrieblichen Stelle nur dann eröffnet, wenn er zuvor eine innerbetriebliche Klärung versucht hat. Insoweit ist dann die in § 612 a Abs. 1 S. 1 BGB neu genannte Voraussetzung zu beachten, wonach der Arbeitnehmer „aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung“ sein muss, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden. Dahinter steht ersichtlich die Überlegung, dem Arbeitnehmer eine außerbetriebliche Anzeige nicht zu erlauben, wenn er vor sich aufräuhenden Beweismitteln gleichsam „die Augen verschließt“ und sich zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts (ggf. im Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber) von vornherein verschließt. An dieser Stelle wird ein Grundanliegen des Gesetzgebers deutlich: Auf der einen Seite soll dem Arbeitnehmer ein gangbarer Weg zur Aufdeckung von Missständen aufgezeigt werden. Doch gilt es auf der anderen Seite zu vermeiden, dass der Arbeitgeber mit unbegründeten und womöglich sogar völlig haltlosen Anzeigen überzogen wird. Beim Ausgleich der widerstreitenden Interessen ist auf Seiten jedes Gesetzgebers viel „Fingerspitzengefühl“ erforderlich.

* * *

A „whistleblowers“ munkajogi védelme – német jogi tanok?

A tanulmány egy, legalábbis a magyar munkajogban egészen újszerű munkajogi problémát dolgoz fel. A „whistleblowers” fogalmának a szerző által is idézett egyik definíciója szerint olyan személyről van szó, „aki informátorként a munkahelyén tudomására jutott illegális cselekményeket, általános veszélyeket hoz nyilvánosságra.” Korántsem véletlen, hogy e munkavállalók megnevezésének német műszava is leginkább az „áruló” vagy „spicli” kifejezéssel fordítható magyarra, hiszen az említett körülmények nyilvánosságra hozatala mögötti indokok igencsak változatosak lehetnek. A szerző szerint ez azonban nem érinti azt az általános elvárását, hogy nyomós közérdek fűződik az említett munkavállalókra vonatkozó szabályozás egyértelműségéhez és áttekinthetőségéhez. A német jogalkotásban egy közelmúltbeli piaci botrány okán felmerült az igény, hogy a munkavállalók védelmére vonatkozó szabályozás érdekében a BGB-be kell iktatni a tárgybani szabályokat, sőt a vonatkozó törvényjavaslat is megszületett. A tanulmány e javaslat lényeges elemeit mutatja be. A szerző feldolgozza a különböző nemzeti munkajogokban található megoldásokat, majd a német munkajog közelmúltbeli fejleményeit elemzi, bemutatva a Szövetségi Alkotmánybíróság és a Szövetségi Munkaügyi Bíróság ide tartozó döntéseit. Ezt követi az említett (a BGB 612. §-át érintő) törvényjavaslat elemzése, majd kritikája. Összegzésében rámutat a szabályozás hátterében meghúzóó jogpolitikai megfontolásokra, illetve az érintettek (munkavállaló, munkáltató, nyilvánosság) érdekei mérlegelésének fontosabb szempontjaira.