

Schriften zum Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht 63

Herausgegeben von Abbo Junker

Annemarie Berthold

Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Teil 1: Einleitung

A. Einführung

Der Begriff „Whistleblowing“ kommt in der Rechtsprechung des BAG nicht vor. Warum steht er dann im Titel dieser Dissertation? Das Phänomen, welches heute als Whistleblowing bezeichnet wird, ist altbekannt: Bereits das RAG befasste sich mit der Anzeige eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber.¹ Lediglich die Terminologie ist neu.² Die Literatur hat sie aus dem US-amerikanischen Schrifttum übernommen. Daher soll zunächst der Begriff erläutert werden. Anschließend wird die gesellschaftliche und rechtliche Bewertung in den USA dargestellt und mit der deutschen Rechtskultur verglichen.

I. Begriffsbestimmung

Die Begriffsbestimmung bereitet Schwierigkeiten. Whistleblowing leitet sich von der englischen Redewendung *(to) blow a whistle* ab und bedeutet wörtlich übersetzt auf einer Pfeife blasen. Dies trifft jedoch nicht den eigentlichen Sinngehalt: Es geht vielmehr um die Anzeige eines Vorgangs. Die häufig verkürzte deutsche Übersetzung „Verpfeifen“³ passt nicht, da man nur jemanden, aber nicht etwas verpfeifen kann.⁴ Zudem bewertet dieser Ausdruck das Phänomen negativ. Neutral beschreibt Whistleblowing ein „Hinweisgebersystem“ aus betriebsangehörigen Informanten.⁵

Whistleblower sind demnach Arbeitnehmer, die ihren Arbeitgeber, eine zuständige Stelle, die Staatsanwaltschaft oder die Öffentlichkeit über Verhaltensweisen ihrer Vorgesetzten oder Mitarbeiter informieren.⁶ Sie wenden sich gegen ungesetzliche, unlautere oder ethisch zweifelhafte Praktiken an ihrem Arbeitsplatz.⁷ Whistleblowing umfasst nicht nur das Melden „gravierender“ Fehler, sondern auch bloß vermeintliches Fehlverhalten.⁸ An einem passenden deut-

1 RAG vom 01.11.1930 - RAG 192/30 - RAGE 10, 464 ff.

2 Das Bundesarbeitsgericht zitiert erst seit 2003 Literaturbeiträge mit diesem Begriff.

3 Statt vieler *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 234.

4 *Müller*, NZA 2002, 424 (426).

5 *Schneider*, Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, S. 60.

6 *Sauer*, DÖD 2005, 121.

7 *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, Der Fall der Tierärztin Dr. Margrit Herbst, 2001, S. 9.

8 *Schneider*, Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, S. 60.

schen Terminus mangelt es nach der überwiegenden Auffassung.⁹ Daher wird der amerikanische Begriff auch in dieser Arbeit beibehalten.

II. Gesellschaftliche und rechtliche Bewertung in den USA

Whistleblower sind in den USA gesellschaftlich anerkannt.¹⁰ Jenseits des Atlantiks werden Arbeitnehmer, die couragiert ihre Kollegen anzeigen, sogar ausgezeichnet:¹¹ Da sie als „Insider“ über entsprechende Kenntnisse verfügen, decken Whistleblower – aus US-amerikanischer Sicht – mangelnde Sicherheitsvorkehrungen oder finanzielle Missstände am ehesten auf.¹² Zahlreiche Gesetze und Gerichtsentscheidungen schützen daher die Hinweisgeber.¹³ Auch das Regelungssystem im Arbeitsrecht kommt Whistleblowern entgegen. In den USA gilt grundsätzlich die employment-at-will-doctrine,¹⁴ welche beiden Parteien eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses jederzeit die Kündigung aus einem beliebigen Grund erlaubt.¹⁵ Die US-amerikanische Rechtsprechung macht von diesem Prinzip eine Ausnahme, wenn der Arbeitnehmer im öffentlichen Interesse gehandelt hat (sog. public policy¹⁶) und ihm deswegen gekündigt wurde.

Zusätzlich schützt Sec. 806 des Sarbanes-Oxley Act (SOX)¹⁷ Arbeitnehmer, die andere anzeigen. Ziel dieser Regelung ist es, dass möglichst viele Verstöße gegen Bilanzrecht aufgedeckt und gemeldet werden.¹⁸ Der individualrechtliche Schutz von Whistleblowern ist somit bloßer Reflex dieses Gesetzes. Bemerkenswert ist jedoch, dass Sec. 1107 SOX die Maßregelung von Whistleblowern unter Freiheits- und Geldstrafe stellt. Diese Regelungen wirken sich auch auf den deutschen Rechtskreis aus, da sie an US-Börsen notierte Unternehmen verpflichten.

9 Graser, Whistleblowing. Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, S. 5; Müller, NZA 2002, 424 (426); Sauer, DÖD 2005, 121; Schneider, Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, S. 60.

10 Müller, NZA 2002, 424 (425).

11 Gach/Rützel, BB 1997, 1959 mit weiteren Nachweisen.

12 Müller, NZA 2002, 424 (425).

13 Überblick bei Thüsing, NZA 1999, 635 (636 f.).

14 Regel der frei kündbaren Beschäftigung, so Kittner/Kohler, BB Beilage Nr. 4 (zu Heft 13, 2000), 1 (10).

15 Deiseroth, Berufsethische Verantwortung in der Forschung, 1997, S. 244 ff. und 276 ff.; Sauer, DÖD 2005, 121 (122); Thüsing, NZA 1999, 635 (637 f.).

16 Rechtsgrundsatz, nach dem niemand rechtmäßig etwas tun darf, das tendenziell der Öffentlichkeit Schaden zufügt oder gegen das Allgemeinwohl verstößt, Kittner/Kohler, BB Beilage Nr. 4 (zu Heft 13, 2000), 1 (10).

17 Unternehmen, die an US-Börsen notiert sind (dies betrifft auch deutsche Gesellschaften mit US-amerikanischer Muttergesellschaft), verpflichtet dieses Gesetz als Reaktion auf die Börsenskandale bei Enron und WorldCom, internes rechtswidriges Fehlverhalten im Bereich des Rechnungs- und Bankwesens innerhalb des Unternehmens schnellstmöglich aufzudecken. Section 806 SOX schützt Arbeitnehmer, die Beweise für einen Betrug ihrer Gesellschaft beibringen.

18 Schneider, Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, S. 72.

ten, Ethikrichtlinien (in Deutschland) einzuführen.¹⁹ Zum Teil ist von einer Amerikanisierung der deutschen Arbeitsgesellschaft die Rede.²⁰ Die Schadensersatzansprüche der Beschäftigten werden wohl nicht amerikanische Ausmaße annehmen (bis zu 170.000 US \$).²¹

III. Vereinbarkeit mit der deutschen Rechtskultur

1. Gesellschaftliche Bewertung

In der deutschen Rechtskultur wird Whistleblowing als problematisch empfunden.²² Ein Arbeitnehmer, der interne Missstände weitergibt, gilt als illoyal.²³ Häufig ist von Denunziantentum und Nestbeschmutzung die Rede.²⁴ Einige Autoren begründen diese Wertung mit den Erfahrungen, welche die Deutschen mit den Überwachungsapparaten des Nationalsozialismus (Geheime Staatspolizei, kurz Gestapo) und der DDR (Staatssicherheit, kurz Stasi) gesammelt haben.²⁵ Viele Informanten der nationalsozialistischen Zeit handelten nicht aus Angst um ihre persönliche Sicherheit, sondern aus egoistischen Motiven wie Rache und dem Wunsch, den Ruf von jemandem zu schädigen. Sie suchten nach einer öffentlichen Bestätigung oder wollten ihr eigenes Ansehen bei den Behörden verbessern.²⁶ In der DDR waren als Spitzel vorwiegend Nachbarn, Familienmitglieder oder Arbeitskollegen tätig. Die Überwachungsnetzwerke zerstörten private Sphären und untergruben soziales Verhalten und menschliche Solidarität.²⁷ Zusammengefasst findet sich diese Grundhaltung bereits bei *August Heinrich Hoffmann von Fallersleben*: „Der größte Lump im ganzen Land, das ist und bleibt der Denunziant.“²⁸ Die geschichtlichen Erfahrungen mit Denunziantentum erklären, weshalb in Deutschland eher eine große Zurückhaltung gegenüber Anzeigensystemen herrscht.²⁹ Um die Öffentlichkeit für Whistleblowing zu sensibilisieren wird in Deutschland seit 1999 alle zwei Jahre ein internationaler Whist-

19 Weiterführend dazu Teil 6.

20 Müller, NZA 2002, 424 (425).

21 Sauer, DÖD 2005, 121 (122); Schneider, Die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, S. 73.

22 In diese Richtung auch Junker, FS Otto, S. 157 (170).

23 Wendeling-Schröder, Autonomie im Arbeitsrecht, S. 53.

24 Birkle, DB 2004, 2158 (2162); Deiseroth, ZRP 2007, 25 (27); Gach/Rützel, BB 1997, 1959;; Lohre, ZCG 2009, 165; Sasse/Stelzer, ArbRB 2003, 18; Sauer, DÖD 2005, 121.

25 Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, 1567 (1570); ähnlich Mahnhold, NZA 2008, 737; Müller, NZA 2002, 424 (425); Tinnefeld/Rauhofer, DuD 2008, 717 (721).

26 Tinnefeld/Rauhofer, DuD 2008, 717 (722).

27 Tinnefeld/Rauhofer, DuD 2008, 717 (722).

28 Zitat nach Müller, NZA 2002, 424 (425).

29 Junker, FS Otto, S. 157 (171).

leblower-Preis vergeben.³⁰ Dieser wurde von drei Nichtregierungsorganisationen gestiftet.³¹ Er soll die Preisträger unterstützen, welche häufig selbst entlassen oder anderweitig gemäßregelt wurden. Der Fall der Preisträgerin von 2001 – Dr. Margrit Herbst – wird im Rahmen dieser Arbeit dargestellt.³²

2. Rechtliche Bewertung

Im deutschen Kündigungsschutzrecht gilt im Vergleich mit den USA ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis. Eine ordentliche Kündigung ist im Anwendungsbereich des KSchG nur gerechtfertigt, wenn ein Kündigungsgrund³³ vorliegt: Whistleblowing betrifft das Verhalten des Arbeitnehmers (§ 1 Abs. 2 S. 1 KSchG). Er kann mit einer (externen) Anzeige von Missständen seine Treuepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) verletzen und deshalb verhaltensbedingt ordentlich gekündigt werden. Eine außerordentliche Kündigung ermöglicht § 626 Abs. 1 BGB für alle Arbeitsverhältnisse bei Vorliegen eines so wichtigen Grundes, dass dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar ist. Beides erfordert eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall. In der Praxis stellt sich meist nur die Frage, ob und in welcher Höhe der Arbeitnehmer eine Abfindung erhält, da es schwer vorstellbar ist, dass der Arbeitnehmer nach einem Whistleblowing an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt.³⁴

30 *Deiseroth*, Whistleblowing in Zeiten von BSE, Der Fall der Tierärztin Dr. Margrit Herbst, S. 11.

31 Vereinigung Deutscher Wissenschaftler (VDW), deutsche Sektion der International Association of Lawyers Against Nuclear Arms (IALANA) und Ethikschutz-Initiative des International Network for Engineers and Scientists for Social Responsibility (INESPE); so <http://www.vdw-ev.de/whistleblower> [zuletzt abgerufen am 1.12. 2009].

32 Siehe Teil 3, E. (LAG Schleswig-Holstein vom 15.11.1995 – 3 Sa 404/95).

33 Personen-, verhaltens- oder betriebsbedingte Kündigung.

34 *Sauer*, DÖD 2005, 121 (122 f.).

B. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Whistleblowing kennt mindestens drei Beteiligte:³⁵

- den Whistleblower oder Hinweisgeber,
- das Unternehmen und
- den Betroffenen, über den der Hinweisgeber berichtet.

Als vierter Beteiligter kann eine Organisationseinheit (z.B. eine Whistleblowing-Hotline) hinzutreten, welche Hinweise für das Unternehmen entgegen nimmt.³⁶ Im Einzelnen sind verschiedene Fallgruppen des Whistleblowing zu unterscheiden.³⁷

I. Status des Anzeigenden

Zunächst kann man zwischen Beamten und sonstigen Arbeitnehmern differenzieren. Beamte stehen gemäß Art. 33 Abs. 5 GG nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums in einem besonderen Pflichten- und Treueverhältnis zu ihrem Dienstherrn. Sie sind daher wesentlich enger als die übrigen Arbeitnehmer an ihren Arbeitgeber gebunden. Die Besonderheiten des Berufsbeamtentums werden in dieser Arbeit nur an wenigen Stellen berücksichtigt, um die Situation der sonstigen Arbeitnehmer als typische Whistleblower vertieft darstellen zu können. Im Übrigen verweise ich auf die entsprechende Fachliteratur.³⁸

II. Identität des Anzeigenden

Zudem wird zwischen anonymem und offenem Whistleblowing unterschieden. Beides weist Vor- und Nachteile auf. Durch anonymes Whistleblowing wird der Hinweisgeber geschützt, da er nicht identifiziert werden kann. Außerdem kann weiteres Beweismaterial gesammelt werden. Allerdings leidet die Glaubwürdigkeit des Whistleblowers. Er kann bei Unklarheiten nicht befragt werden, mit der Folge, dass das Fehlverhalten möglicherweise nicht korrigiert wird. Der Beschuldigte kann sich auch nicht verteidigen. Dadurch entsteht häufig eine

³⁵ Aufzählung nach *Lohre*, ZCG 2009, 165 (166).

³⁶ Ausführliche Erläuterung der Funktionsweise des Whistleblowing bei *Lohre*, ZCG 2009, 165 f.

³⁷ Darstellung orientiert sich an *Müller*, NZA 2002, 424 (426).

³⁸ *Düsel*, Gespaltene Loyalität, S. 171 ff.; *Graser*, Whistleblowing. Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, S. 148 ff.; *Schulz*, Whistleblowing in der Wissenschaft, S. 101 ff.

Misstrauensatmosphäre im Unternehmen. Anonymes Whistleblowing wird daher zum Teil als „Paradigma schlechter Manieren“ bezeichnet.³⁹ Bei offenem Whistleblowing ist der Hinweisgeber glaubwürdiger und kann Unklarheiten beseitigen. Für eine Misstrauensatmosphäre unter Kollegen ist kein Raum. Jedoch kann der Whistleblower identifiziert werden, und der Arbeitgeber bzw. der beschuldigte Arbeitnehmer kann Vergeltung üben.⁴⁰ Welche dieser beiden Formen des Whistleblowing die richtige ist, ist in der Literatur heftig umstritten. Sie werden daher im Rahmen der Whistleblowingsysteme ausführlich erörtert.

III. Qualität des angezeigten Verhaltens

Der Arbeitnehmer kann strafbare Verhaltensweisen oder rechtswidrige Zustände anprangern. Er kann aber auch auf Missstände hinweisen, die zwar nicht illegal, aber gefährlich, moralisch verwerflich oder zumindest kritikwürdig sind. Beides werde ich besprechen.

IV. Status des Anzeigenempfängers

Man unterscheidet hinsichtlich des Anzeigenempfängers zwischen internem und externem Whistleblowing. Internes Whistleblowing liegt vor, wenn ein Missstand innerhalb eines Unternehmens berichtet wird (sog. internes Frühwarnsystem).⁴¹ Denkbare interne Adressaten sind spezielle betriebsinterne Beschwerdestellen (wie Compliance-Einheiten und die Interne Revision)⁴² oder betriebliche Arbeitnehmervertretungen. Die Information verbleibt somit im Unternehmen, und der Arbeitgeber kann dem gerügten Zustand abhelfen. Externes Whistleblowing liegt hingegen vor, wenn der Arbeitnehmer Anlaufstellen außerhalb des Unternehmens, z.B. staatlichen Behörden (Polizei, Staatsanwaltschaft, Finanzamt) oder Medien, Bericht erstattet. Vorliegend werden nur Fälle des externen Whistleblowing berücksichtigt, da über interne Anzeigen gerichtlich noch nicht entschieden wurde.

39 *Tinnefeld/Rauhofer*, DuD 2008, 717 (721).

40 *Lohre*, ZCG 2009, 165 (167).

41 *Kort*, FS Kreuz, 247; *Lohre*, ZCG 2009, 165 (166).

42 *Lohre*, ZCG 2009, 165 (166).

V. Verursacher des angezeigten Verhaltens

Der Arbeitnehmer kann sowohl arbeitgeberseitiges als auch Fehlverhalten von Kollegen und Vorgesetzten anzeigen, unabhängig davon, ob dies dem Arbeitgeber bekannt ist, oder ob er dies billigt. Beides wird hier besprochen.

VI. Eingrenzung

Auch im Rahmen einer Dissertation kann man sich nicht jedem Detail ausführlich widmen, da sonst der Überblick über das eigentliche Thema – Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – verloren geht. Im Zentrum dieser Arbeit stehen daher die klassischen Fälle: Ein (nicht verbeamteter) Arbeitnehmer zeigt ein rechtswidriges Verhalten seines Arbeitgebers (oder von dessen Repräsentanten) bei einer zuständigen staatlichen Stelle an. Zusätzlich werden Hinweise an Medien rechtlich erörtert, um die gesellschaftliche Dimension von Whistleblowing zu verdeutlichen.

C. Methodische Umsetzung

Im Hinblick darauf, dass es bereits zahlreiche rechtsvergleichende⁴³ und Spezialprobleme behandelnde⁴⁴ Dissertationen gibt, bietet es sich an, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu diesem Thema systematisch zu untersuchen und deutsche Besonderheiten aufzuzeigen. Der Schwerpunkt dieser Arbeit liegt daher auf der Analyse der Rechtsprechung des BAG.

Es werden zunächst die bisherigen Whistleblowing-Fälle des BAG dargestellt und durch einige ausgewählte Fälle des BVerfG, BGH und einiger LAG ergänzt. Insoweit differenziere ich zwischen den Adressaten Behörden einerseits sowie Öffentlichkeit und Medien andererseits, da die Rechtsprechung diese Fälle sehr unterschiedlich bewertet.

Anschließend setze ich mich ausführlich mit der Rechtsprechung auseinander. Es wird zunächst die Treuepflicht als dogmatische Grundlage für eine Bewertung des Whistleblowing dargestellt. Es folgen die Ausgestaltung der Treuepflicht sowie ihre verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Schranken. Danach werden die vom BAG aufgestellten Voraussetzungen für ein rechtmäßiges Whistleblowing herausgearbeitet. Die Kritik und die Verbesserungsvorschläge der Literatur vervollständigen die Darstellung.

Um die praktische Relevanz des Themas zu verdeutlichen, setze ich mich anschließend mit dem Entwurf eines Whistleblowing-Paragraphen im BGB auseinander und erörtere Möglichkeiten des Arbeitgebers durch Ethikrichtlinien einen Hinweisgeber unternehmensintern zu schützen.

Abschließend sollen die wichtigsten Erkenntnisse in Thesen zusammengefasst und ein Ausblick gegeben werden.

43 *Düsel*, Gespaltene Loyalität; *Graser*, Whistleblowing. Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht; *Hartung*, Geheimnisschutz und Whistleblowing.

44 *Ledergerber*, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, 2005; *Schulz*, Whistleblowing in der Wissenschaft, 2008; *Triskatis*, Ethikrichtlinien im Arbeitsrecht, 2008.