

Schriftliche Stellungnahme

zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 5. März 2012

- a) Antrag der Abgeordneten Anette Kramme, Hubertus Heil (Peine), Gabrile Hiller-Ohm, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der SPD

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern - Whistleblowern -
BT-Drucksache 17/8567

- b) Antrag der Abgeordneten Karin Binder, Andrej Hunko, Dr. Dietmar Bartsch, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE.

Die Bedeutung von Whistleblowing für die Gesellschaft anerkennen - Hinweisgeberinnen
und Hinweisgeber schützen - BT-Drucksache 17/6492

Dr. Dieter Deiseroth, Düsseldorf

I. Reformdruck

1. Anstöße

In Deutschland sind Whistleblower¹, also Beschäftigte, die auf Rechtsverletzungen, gravierende Missstände oder erhebliche Gefahren/Risiken für wichtige Rechtsgüter in ihrem Betrieb/Unternehmen, ihrer Dienststelle oder ihrer sonstigen Organisation intern oder extern gegenüber Behörden oder in der Öffentlichkeit hinweisen, bisher schlechter geschützt als in den USA, im Vereinigten Königreich und anderen Staaten, obwohl es auch dort Schutzlücken und Reformbedarf gibt.² Es fehlt in Deutschland insbesondere an einem wirksamen Diskriminierungsverbot für „Hinweisgeber“ sowie an einem hinreichenden Schutz für kritische Meinungsäußerungen zu Missständen, Gefahren und erheblichen Risiken, die ihnen am Arbeitsplatz und im Betrieb/Unternehmen als Insider bekannt geworden sind. Das sollte geändert werden. Die Anstöße dafür kommen aus unterschiedlichen Richtungen.

¹ Zum Begriff des Whistleblowers vgl. u.a. Deiseroth, D., Berufsethische Verantwortung in der Forschung, Münster 1997, S. 233 ff.; Wiss. Dienst des Dt. Bundestages, Nr. 06/97 (21.1.2009): Whistleblower – Hinweisgeber mit Zivilcourage

² Vgl. dazu u.a. Graser, D., Whistleblowing – Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht. Frankfurt 2000; Deiseroth, D., Whistleblower-Schutz. Rechtsvergleichende Anmerkungen, in: Betrifft Justiz, 2004, S. 296 – 308; Király, ZRP 2011, S. 146 ff.

1.1 Sarbanes-Oxley-Gesetz

Zunächst zu nennen sind die Aus- und Rückwirkungen des am 30.7.2002 in Kraft getretenen US-amerikanischen Sarbanes-Oxley-Gesetzes (SOX)³, das als Reaktion auf Bilanzskandale von großen Unternehmen wie Enron oder Worldcom die Verlässlichkeit der Berichterstattung von Unternehmen, die den öffentlichen Kapitalmarkt der USA in Anspruch nehmen, verbessern soll. Danach müssen US-Aktiengesellschaften und ihre Unternehmensteile sowie Nicht-US-Unternehmen, die – auch soweit sie in der EU ansässig sind - an einer US-Börse notiert sind, Verfahren zur Entgegennahme, Speicherung und Bearbeitung von Beschwerden einführen. Außerdem müssen sie Regelungen zum Schutz von Beschäftigten vorsehen, die innerbetriebliche Missstände (vor allem im Bereich der Rechnungslegung sowie in Betrugsfällen) aufdecken und hierüber informieren (Hinweisgeber/Whistleblower).⁴ Weitblickende Unternehmen wie Daimler-Benz haben daraus für sich die Schlussfolgerung gezogen und für den gesamten Unternehmensbereich Whistleblower-Regelungen eingeführt.⁵

³ Gesetzestext in: <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>

⁴ vgl. Section 806. Protection for employees of publicly traded companies who provide evidence of fraud

⁵ vgl. DiePresse.com v. 23.2.2012: „Daimler: Jede Firma sollte Whistleblower-Systeme einführen“

1.2 Europarats-Zivilrechtsübereinkommen

Ein weiterer Schub geht von den internationalen Bemühungen im Kampf gegen die Korruption aus. In Art. 9 des „Zivilrechtsübereinkommens über Korruption“ des Europarats vom 4.11.1999⁶ wird allen Mitgliedsstaaten des Europarats und damit auch Deutschland aufgegeben, „in ihrem innerstaatlichen Recht (vorzusehen), dass Beschäftigte, die den zuständigen Personen oder Behörden in redlicher Absicht einen begründeten Korruptionsverdacht mitteilen, angemessen vor ungerechtfertigten Nachteilen geschützt werden.“ Die Bundesregierung hat seit Jahren angekündigt, dieses Abkommen zu ratifizieren und umzusetzen.⁷

1.3 Forderungen des G-20-Gipfels der Staats- und Regierungschefs in Seoul

Der G20-Gipfel in Seoul hat mit Zustimmung von Bundeskanzlerin Angela Merkel am 11./12.11.2010 u.a. Deutschland aufgefordert, „bis Ende 2012 Regeln zum Whistleblower-Schutz zu erlassen und umzusetzen, um Hinweisgeber, die gutgläubig einen Verdacht auf Korruption melden, vor Diskriminierung und Vergeltungsmaßnahmen zu schützen“. Ein verbesserter Whistleblower-Schutz darf sich jedoch nicht auf den Bereich der Korruption beschränken.

1.4 Forderungen aus der Zivilgesellschaft

Schließlich gibt es zivilgesellschaftlichen Druck. Vor allem die Skandale in den Bereichen des Umwelt-, Gesundheits- und Verbraucherschutzes (u.a. BSE, Gammelfleisch, Müllverbrennung, Babynahrung, mangelhafte Silikon-Brustimplantate), der großflächige, vielfach kaum aufdeckbare Missbrauch sensibler personenbezogener Daten in der Wirtschaft sowie die malade Situation vieler Pflegebedürftiger in Krankenhäusern und stationären Einrichtungen haben in den letzten Jahren immer deutlicher sichtbar gemacht, wie wichtig Insider sind, die über gravierende Missstände die Alarmglocke läuten, in dem sie sich an zuständige Stellen oder notfalls auch an die Öffentlichkeit wenden, um Abhilfe zu erreichen. Die detaillierte Berichterstattung in den Medien über die Bedeutung dieser Whistleblower für die Aufdeckung solcher Missstände, die Stiftung und seit 1999 erfolgende Vergabe eines Whistleblower-Preises⁸ und die Aktivitäten des „Whistleblower-Netzwerks“ haben dazu maßgeblich beigetragen.

2. Defizite der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hat auf der Grundlage des bisherigen Normenbestandes in Deutschland für keinen hinreichenden Schutz von Hinweisgebern/Whistleblowern gesorgt. Denn die – mangels präziser gesetzlicher Vorgaben - von ihr praktizierte ad-hoc-Abwägung von Einzelfallgesichtspunkten beinhaltet strukturell ein erhebliches Maß an Unbestimmtheit

und Rechtsunsicherheit. Ihr im Einzelfall jeweils ex post erzielt es situatives Abwägungsergebnis ist trotz der Vorgaben der wichtigen Whistleblower-Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001⁹ auch im Falle der Inanspruchnahme qualifizierten Rechtstrates nicht hinreichend vorhersehbar. Das wirkt abschreckend und damit grundrechts-prohibitiv.

Es reicht nicht aus, wie bisher in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung die grundrechtliche Meinungsäußerungsfreiheit, eines der zentralen Elemente und Fundamente einer demokratischen Gesellschaft, nur „mittelbar“ über auslegungsfähige Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe des Arbeits- und Dienstrechts situativ im Rahmen einer Abwägung mit anderen Gesichtspunkten zu berücksichtigen. Damit wird die durch Art. 5 und Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) sowie Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vorgegebene Pflicht zur Gewährung wirksamen Schutzes nicht hinreichend erfüllt.

Auch der bislang noch rudimentären einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG zu der grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot und Art. 5 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis ermangelt es bei der Abgrenzung von Rechten und Pflichten von Arbeitnehmern in diesem Bereich an hinreichender Präzision. Sie gewährleistet, wie das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 21.7.2011 im Fall der Altenpflegerin Brigitte Heinisch¹⁰ gezeigt hat, keinen hinreichenden Rechtsschutz und damit zugleich keine verlässliche Planungssicherheit für Beschäftigte und Arbeitgeber: Landesarbeitsgericht, Bundesarbeitsgericht und Bundesverfassungsgericht mussten sich vom EGMR sagen lassen, dass sie die Meinungsäußerungsfreiheit der Altenpflegerin unzureichend geschützt haben.

3. Parlamentarische Versammlung des Europarates

Die Schaffung hinreichender Schutznormen für in gutem Glauben handelnde Hinweisgeber/Whistleblower ist von der Parlamentarischen Versammlung des Europarates zu Recht von den Europarats-Mitgliedsstaaten mehrfach eingefordert worden. Der EGMR hat dies im Heinisch-Urteil als „relevante internationale Praxis“ hervorgehoben (Rn. 37). Der konkrete Reformbedarf wird in der von der Parlamentarischen Versammlung beschlossenen Resolution 1729 (2010)¹¹ sowie in der damit verbundenen Empfehlung 1916 (2010) im Einzelnen aufgezeigt. Der deutsche Gesetzgeber sollte dieser Aufforderung entsprechen.

4. Europäische Sozialcharta

Der EGMR hat in seinem vorzitierten Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 zu Recht auch auf Art. 24 und den Anhang zu Art. 24 der *Revidierten Europäischen*

⁶ Text in: <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/174.htm>

⁷ BT-Drucks. 16/5375 Nr. 174

⁸ Vgl. dazu u.a. Deiseroth/Falter (Hrsg.): Whistleblower in Gentechnik und Rüstungsforschung. Preisverleihung 2005, Berlin, 2006; dies. (Hrsg.): Whistleblower in Altenpflege und Infektionsforschung. Preisverleihung 2007, Berlin, 2007; dies. (Hrsg.), Whistleblower in der Steuerfahndung. Preisverleihung 2009, Berlin, 2009; dies., Whistleblower im nuklear-industriellen Komplex. Preisverleihung 2011, Berlin, 2012.

⁹ vgl. NJW 2001, 3474; dazu Deiseroth, Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Kündigungsschutzrecht, in: ArbuR 2002, S. 161 ff.

¹⁰ EGMR, Urt. v. 21.7.2011 - Az: 28274/08; nicht amtliche dt. Übersetzung in: EuGRZ 2011, 1269 – 1274 = NJW 48/2011, S. 3501 ff.

¹¹ „Protection of ‚whistleblowers““

Sozialcharta (ESCh)¹² hingewiesen, die die sozialrechtliche Ergänzung der EMRK darstellt. Diese *Revidierte ESCh* ist von Deutschland, soweit ersichtlich, immer noch nicht ratifiziert worden. Darin wird normiert, für eine Kündigung sei kein triftiger Grund „die Tatsache, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Rechtsvorschriften eine Klage/Beschwerde gegen den Arbeitgeber einreicht, an einem Verfahren gegen ihn beteiligt ist oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anruft.“ Dies harret der verlässlichen Umsetzung in Deutschland.

5. Konvention No. 158 der International Labour Organisation (ILO)

Hingewiesen hat der EGMR in seinem Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 ferner auf Art. 5 der – von Deutschland bislang ebenfalls nicht ratifizierten – ILO-Konvention No. 158 vom 22.6.1982¹³. Auch diese fordert, dass das Einreichen einer arbeitnehmerseitigen Klage oder Beschwerde bei Gericht, die Beteiligung an Maßnahmen gegen einen Arbeitgeber, dem eine Verletzung von Rechtsvorschriften vorgeworfen wird, sowie das Anzeigen bei den zuständigen behördlichen Stellen keinen wirksamen Grund für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses darstellen darf.

6. Initiativen des Deutschen Bundestages

Es ist sehr zu begrüßen, dass jetzt mehrere Fraktionen des Deutschen Bundestages Gesetzesinitiativen für überfällige Fortschritte beim Whistleblowerschutz angekündigt oder eingeleitet haben.

II. Grundrechtlicher Rahmen

1. Meinungsäußerungsfreiheit und ihre grundrechtlichen Schutzwirkungen

1.1 Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG und Art. 10 EMRK

Art. 5 Abs. 1 Grundgesetz (GG) gewährleistet in den sich aus Art. 5 Abs. 2 GG ergebenden Grenzen der „allgemeinen Gesetze“, der „gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend“ und des „Rechts der Ehre“ jeder Person („jedermann“) das Menschenrecht, seine „Meinung“ in Wort, Schrift und Bild „frei“ zu äußern und zu verbreiten.

Art. 10 Abs. 1 S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) schützt das jeder Person zustehende Recht auf „freie“ Meinungsäußerung. Nach S. 2 dieses Artikels schließt es die Freiheit, eine Meinung zu haben („Meinungsfreiheit“), sowie die Freiheit ein, „Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben“. Die Vorschrift knüpft sowohl entstehungsgeschichtlich als auch in ihrem Wortlaut sehr eng an Art. 19 der von der UN-Generalversammlung beschlossenen Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 an. Die sich aus Abs. 2 des Art. 10 EMRK ergebenden rechtlichen Grenzen hat der EGMR zuletzt in dem vorerwähnten Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 zu konkretisieren versucht.

1.2 Horizontalwirkung - Schutzpflichten des Staates

Sowohl Art. 10 EMRK als auch Art. 5 GG gewährleisten das Menschenrecht der Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur allen Bürgerinnen und Bürgern im öffentlichen Raum gegenüber staatlichen Eingriffen und Beschränkungen, sondern auch am Arbeitsplatz als Beschäftigten. Das gilt nicht nur in den Fällen, in denen das Beschäftigungsverhältnis öffentlich-rechtlich (wie bei Beamten), sondern auch dann, wenn dieses privatrechtlich ausgestaltet ist (wie bei Angestellten und Arbeitern).¹⁴ In der Fachliteratur in Deutschland wird diese Thematik – eher missverständlich - vielfach als objektive Dimension¹⁵ und „Drittwirkung“ des Grundrechts bezeichnet; in anderen Staaten ist vom „horizontal effect“ die Rede.¹⁶

Angesichts der zentralen Bedeutung und Funktion, die der EGMR und das BVerfG der Meinungsäußerungsfreiheit nicht nur für das Individuum, sondern für das demokratische Gemeinwesen zu treffenderweise zumessen, ist dies völlig konsequent und überzeugend. Nach ihrer ständigen Rechtsprechung handelt es sich bei der Meinungsäußerungsfreiheit um „eine der wesentlichen Grundlagen der demokratischen Gesellschaft und eine unverzichtbare Bedingung für ihren Fortschritt und die individuelle Selbstverwirklichung jedes einzelnen“.¹⁷ Es geht in diesem menschenrechtlichen Gewährleistungsbereich – innerhalb der normierten spezifischen Grenzen – für das Individuum um *Freiheit vor Fremdbestimmung* und um *Freiheit zur Selbstbestimmung*. Für ein demokratisches Gemeinwesen (Art. 20 Abs. 1 GG) sind die wirksame Gewährung der Meinungsäußerungsfreiheit und deren Schutz, wie es das BVerfG vielfach formuliert hat, zudem schlechthin konstitutiv. Demokratie setzt als „Lebenselixier“ einen möglichst freien und offenen Kommunikationsprozess voraus, zu dem insbesondere auch die „Freiheit“ der Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) gehört. Ein solcher freier pluralistischer Ansatz liegt auch deshalb im „wohlverstandenen Gemeinwohlinteresse, weil sich im Kräfteparallelogramm ... im Allgemeinen erst dann eine relativ richtige Resultante herausbilden kann, wenn alle Vektoren einigermaßen kräftig entwickelt sind.“¹⁸

Diese auf leidvollen historischen Erfahrungen beruhende Schutzgewährleistung mit der dargelegten

¹² Die Europäische Sozialcharta vom 18.10.1961 ist von Deutschland ratifiziert worden (BGBl. 1964 II, 1261)

¹³ Text in: http://www.ilocarib.org.tt/projects/cariblex/conventions_8.shtml

¹⁴ EGMR, Entscheidungen vom 12.2.2008 in der Rs. Guja vs. Moldau, Nr. 14277/04, Rn. 72, vom 19.2.2009, Rs. Marchenko vs. Ukraine, Nr. 4063/04, Rn. 46, und vom 21.7.2011, Nr. 28274/08 in der Rs. Heinisch vs. Deutschland, jeweils in: www.echr.coe.int (HUDOC)

¹⁵ Vgl. dazu u.a. Dreier, H., Dimensionen der Grundrechte, Hannover 1993, S. 41 ff.; Böckenförde, E.-W., Grundrechte als Grundsatznormen, in: ders., Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, Frankfurt 2011, S. 189 (200 ff.)

¹⁶ Vgl. dazu u.a. die überblicksweise Darstellung bei Cherednychenko, O., Towards the control of private Acts by the European Court of Human Rights, in: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2006, S. 195 – 218; ders., Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity, in: Utrecht Law Review, 2007, S. 1 – 25 jeweils m.w.N. (in: <http://www.utrechtlawreview.org>)

¹⁷ EGMR. Urte. v. 7.12.1976, no. 5493/72, Rs. Handyside, Rn. 49; Urte. v. 8.7.1986, no. 9815/82Rs. Lingsen v. Austria, Rn. 41; Urte. v. 23.4.1992, no. 11798/85, Rs. Castells, Rn. 42, jeweils in: www.echr.coe.int (HUDOC)

¹⁸ vgl. BVerfGE 69, 315 ff, 346

doppelten Zielrichtung würde fundamental missachtet, wenn gerade derjenige gesellschaftliche Bereich, in dem sich berufstätige Menschen während eines sehr erheblichen Teils ihres Berufslebens aufhalten und wo sie ihre sowohl für die Gesellschaft als auch für die Bestreitung ihres Lebensunterhalts unverzichtbaren Aufgaben wahrnehmen und erfüllen, vom grundrechtlichen Schutz nicht oder nicht hinreichend erfasst würde.

In einer demokratischen Gesellschaft, in der „die“ Meinungsäußerungsfreiheit grundrechtlich jedermann – innerhalb der von den Grundrechten und von den verfassungsmäßigen Gesetzen selbst gezogenen Grenzen - umfassend garantiert ist, kann und darf es bei ihrer Gewährleistung keine „weißen Flecken“ und keine rollenspezifischen Schutzdefizite geben. Die Schutzbedürftigkeit besteht - unabhängig davon, welche Rolle die Grundrechtsträger in der Gesellschaft gerade wahrnehmen - gegenüber jeder Gefährdung dieser Freiheit, also sowohl gegenüber staatlicher als auch gegenüber wirtschaftlicher Macht und sonstigen sie bedrohenden Gefahren. Arbeitnehmer dürfen von Verfassungen wegen an ihrem Arbeitsplatz nicht weniger Meinungsäußerungsfreiheit als ihr Arbeitgeber haben. Der EGMR spricht in seiner Judikatur - ähnlich wie das BVerfG in seiner neueren Rechtsprechung - deshalb zu Recht von der „positiven Pflicht“ des Staates, die Meinungsäußerungsfreiheit auch gegen Angriffe durch Private zu schützen („positive obligation to protect“; staatliche Schutzpflicht).

Bei der Wahrnehmung und Erfüllung dieser Schutzpflicht hat der demokratische Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum, der jedoch die in Art. 5 Abs. 2 GG und Art. 10 Abs. 2 EMRK gezogenen Grenzen beachten muss. Dieser Bindung unterliegen auch die Gerichte, wenn sie gesetzliche Vorschriften auslegen und anwenden, die die staatliche Schutzpflicht hinsichtlich der Meinungsäußerungsfreiheit in Abgrenzung der Rechtskreise von Arbeitgebern und Beschäftigten konkretisieren.

Um Rechtsunsicherheit bei der Wahrnehmung der Meinungsäußerungsfreiheit zu verhindern, bedarf es in einer demokratischen Gesellschaft deshalb klarer gesetzlicher Schutzvorschriften. Auch wenn es für den demokratischen Gesetzgeber diffizil ist, Reichweite und Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten gegenüber gegenläufigen Interessen zu definieren und zu sichern, darf dies nicht unterbleiben und auf die Einzelfall-Rechtsprechung „abgeschoben“ werden. Denn einer der größten „Feinde“ der Meinungsäußerungsfreiheit ist die Ungewissheit und Unsicherheit über die mit ihrer Wahrnehmung verbundenen Folgen („chilling effect“).

1.3 Verhältnis zur Berufsausübungsfreiheit und dem Eigentumsgrundrecht des Arbeitgebers

Die staatliche Schutzpflicht zugunsten des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit wird in Betrieben und Unternehmen nicht durch die Grundrechte des Arbeitgebers auf Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) verdrängt. Die Meinungsäußerungsfreiheit steht auch nicht unter dem Vorbehalt einer von

den Gerichten im jeweiligen Einzelfall situativ vorzunehmenden Abwägung mit der Berufsausübungsfreiheit und dem Eigentumsgrundrecht des Arbeitgebers.

1.3.1 Differenzierte Gesetzesvorbehalte

Die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) steht – anders als die Meinungsäußerungsfreiheit - unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Gleiches gilt für die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG). Die durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsäußerungsfreiheit unterliegt demgegenüber gerade keinem einfachen Gesetzesvorbehalt. Sie kann gerade nicht aufgrund jeder gesetzlichen Bestimmung oder richterlichen Erwägung beschränkt werden. Sie wird außer durch das „Recht der persönlichen Ehre“ und die „gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend“ allein durch die „allgemeinen“ Gesetze begrenzt. Dazu zählen nicht etwa alle verfassungsmäßigen Gesetze. Denn es ist in der Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 GG eben nicht von „Gesetzen“, sondern von „allgemeinen“ Gesetzen die Rede. Seit der Weimarer Reichsverfassung von 1919, die insoweit eine inhaltsgleiche Schranke in Art. 118 WRV enthielt, sind „allgemeine“ Gesetze nur diejenigen, die sich in Ausgestaltung, Auslegung und Anwendung

- nicht gegen die Äußerung einer Meinung als solcher
- und nicht gegen eine bestimmte Meinung richten; sie müssen also meinungsneutral sein.

Daher ist es verfehlt, Beschäftigten, die ihre Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG in Anspruch nehmen, entgegen zu halten, ihre Grundrechtsbetätigung müsse im Einzelfall gegen die Berufsausübungsfreiheit und das Eigentumsgrundrecht des Arbeitgebers „abgewogen“ werden. Denn die Meinungsäußerungsfreiheit der Beschäftigten steht nicht unter einem solchen Vorbehalt der Abwägung mit „der“ Eigentums- und „der“ Berufsfreiheit des Arbeitgebers. Ein solcher allgemeiner Vorbehalt würde den differenzierten Schrankenregelungen dieser verschiedenen Grundrechte nicht gerecht.

Das muss gerade von den Gerichten bei der Auslegung und Anwendung allgemein gehaltener Rechtsvorschriften, in denen an sich von Begrenzungen der Meinungsäußerung nicht die Rede ist, strikt beachtet werden. Für die Einordnung als „allgemeines Gesetz“ i.S.v. Art. 5 Abs. 2 GG ist entscheidend, ob die Rechtsnorm in Ausgestaltung, Auslegung und Anwendung an Meinungsinhalte anknüpft. Tut sie dies, ist sie kein „allgemeines“, die Meinungsäußerungsfreiheit begrenzendes Gesetz.

1.3.2 Grundrechtsschranken des „Rechts der persönlichen Ehre“

Äußerungen von Beschäftigten – ebenso wie solche des Arbeitgebers – müssen freilich in Form und Inhalt die in Art. 5 Abs. 2 GG geregelten Schranken des „Rechts der persönlichen Ehre“ beachten; sie dürfen also nicht beleidigend sein, keine Verleumdungen oder üble Nachreden enthalten und auch die Würde und die Persönlichkeitsrechte des Arbeitgebers oder anderer Beschäftigter oder von Kunden/Geschäftspartnern nicht verletzen.

Ebenso müssen Beschäftigte beachten, dass sie – anders als „Normalbürger“ außerhalb eines Arbeitsverhältnisses - in einem Vertragsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber stehen. Damit ist notwendigerweise verbunden, dass sie verpflichtet sind, ihre arbeitsvertraglichen Pflichten redlich und loyal zu erfüllen, Schädigungen ihres Arbeitgebers zu unterlassen und im Rahmen ihrer Handlungsmöglichkeiten drohende Schäden zu verhindern. § 241 Abs. 2 und § 242 BGB, die dies in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag von ihnen verlangen, sind insoweit „allgemeine Gesetze“ im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG.

1.3.3 Arbeitsvertragliche Loyalität

Die der Meinungsäußerungsfreiheit gezogenen Schranken (der „allgemeinen Gesetze“ und des „Rechts der persönlichen Ehre“) müssen allerdings nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG ihrerseits wegen der überragenden Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für die Demokratie „in deren Licht“ ausgelegt werden. Das entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR.

Die arbeitsvertraglich geschuldete Loyalität (§ 241 Abs. 2 und § 242 BGB) beinhaltet keine Pflicht der Beschäftigten zur Komplizenschaft und zum Wegschauen bei Rechtsverletzungen oder anderen gravierenden Missständen, Gefahren und Risiken in ihrem Arbeits- und Wirkungsbereich. Im Gegenteil. Jede/r Beschäftigte hat – jedenfalls aus unverzichtbaren ethischen Gründen und wegen der menschenrechtlich geschützten Würde seiner Person (Art. 1 Abs. 1 GG) - auch eine Mitverantwortung gegenüber seinen/ihren Mitbürgern und der Gesellschaft. Auch diese persönliche berufsethische Verantwortung muss er „loyal“ wahrnehmen. Die Rechtsordnung in einer demokratischen Gesellschaft darf dies nicht in Frage stellen. Die menschenrechtlichen Gewährleistungen in Art. 1 Abs. 1 und Art. 5 GG stellen dies normativ sicher.

Ein Weiteres kommt hinzu: In einer rechtsstaatlichen Demokratie, in der alle vor dem Gesetz gleich sind (Art. 3 Abs. 1 GG), darf die Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten in Betrieben und Unternehmen nicht weniger geschützt und nicht minderwertiger sein als diejenige ihres Arbeitgebers. Eine kritische Meinung, die der Arbeitgeber äußern darf oder dürfte, muss auch ein/e Beschäftigte/r äußern dürfen.

1.3.4 Meinungsäußerung oder Tatsachenmitteilung

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die (bloße) „Mitteilung einer Tatsache“ keine Meinungsäußerung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 GG, weil ihr das Element des Dafürhaltens und der Stellungnahme fehlt. Sie ist deshalb, so das BVerfG, von Art. 5 Abs. 1 GG nur dann geschützt, wenn und soweit sie Voraussetzung der Bildung von Meinungen ist oder die Meinungsäußerung stützt.¹⁹ Dementsprechend hat das BVerfG in seiner Whistleblower-Entscheidung

vom 2.7.2001²⁰ den von ihm bejahten Schutz der Weitergabe von Informationen durch einen Beschäftigten nicht dem Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit, sondern dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) entnommen.²¹

Beinhaltet die verbale, schriftliche oder sonstige Äußerung eines Beschäftigten im konkreten Einzelfall nicht oder nicht nur die Kundgabe einer - nach Art. 5 GG geschützten - Meinung, sondern ausschließlich oder jedenfalls auch die Weitergabe von Tatsachen-Informationen über den Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers an Außenstehende, greift mithin auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG der grundrechtliche Schutz von Art. 5 GG („Meinungsäußerungsfreiheit“) nur dann ein, wenn die Tatsachenbehauptung („Hinweis“, „Mitteilung“) die Voraussetzung für eine öffentliche oder private Meinungsbildung ist.

Nach Art. 10 Abs. 1 EMRK ist dies anders. Denn nach seinem Satz 2 schließt der grundrechtliche Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit ausdrücklich auch die Freiheit ein, *Informationen* und Ideen ohne *behördliche Eingriffe* und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und *weiterzugeben*. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) qualifizierte deshalb in seiner Entscheidung vom 21.7.2011 im Heinisch-Fall die von der Beschwerdeführerin durch ihren Rechtsanwalt bei der Staatsanwaltschaft gegen ihren Arbeitgeber gestellte Strafanzeige ausdrücklich als „whistleblowing“, das von der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK) geschützt sei..

Bei verbalen, schriftlichen oder sonstigen Äußerungen von Beschäftigten, die die Weitergabe von Tatsachen-Informationen über den Geschäftsbetrieb des Arbeitgebers an Außenstehende beinhalten, treffen zwei Rechtskreise aufeinander. Der/die Beschäftigte darf angesichts der mit dem Arbeitgeber arbeitsvertraglich vereinbarten Sonderverbindung Geschäftsinterna nicht ohne weiteres an Dritte weitergeben. Das gehört zu seiner vertraglich geschuldeten Loyalitätspflicht. Zudem hat er kein unmittelbares Verfügungsrecht über diese Daten. Es bedarf deshalb bei der Weitergabe von Tatsacheninformationen über betriebsinterne Vorgänge einer diffizilen Abgrenzung zwischen den vom Beschäftigten arbeitsvertraglich dem Arbeitgeber geschuldeten Pflichten der Loyalität und Redlichkeit einerseits sowie dem Freiheitsrecht des/der Beschäftigten und der den MitbürgerInnen und der Gesellschaft geschuldeten Loyalität andererseits. Dazu bedarf es letztlich einer gesetzlichen Regelung der mit der Weitergabe von betrieblichen Informationen verbundenen Rechte und Pflichten. Der Gesetzgeber darf diese Regelungsaufgabe im Interesse der Rechtssicherheit und zur Gewährleistung eines wirksamen Grundrechtsschutzes nicht auf die Gerichte „abschieben“. Die Bürgerinnen und Bürger haben in einer rechtsstaatlichen demokratischen Gesellschaft Anspruch auf Rechtsklarheit und

¹⁹ BVerfGE 61, 1 <8>; krit. dazu u.a. Grote/Wenzel in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 18, S. 922 f. m.w.N.; BVerfG, Kammer-Beschl. V. 12.7.2007 – 1 BvR 2041/92 – GRUR 2008, 81 - 84

²⁰ BVerfG, Kammer-Beschl v. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 -, NJW 2001, 3474 - 3476

²¹ Vgl. dazu Deiseroth, ArbuR 2002, 161 (165 f.)

Rechtssicherheit. Ohne diese ist Grundrechtswahrnehmung eine Art „Harakiri“.

2. Grundrechtlicher Schutz der Weitergabe von Informationen an zuständige Stellen und die Öffentlichkeit durch Art. 17 GG, Art. 2 Abs. 1 GG und durch Art. 10 EMRK

2.1 Schutz durch das Petitionsgrundrecht in Art. 17 GG?

Nach diesem Grundrecht – einem der ältesten in den neuzeitlichen Verfassungskatalogen²² - hat jeder Mann das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit "Bitten oder Beschwerden" nicht nur an "die Volksvertretung", also insbesondere an Abgeordnete des Bundestages, der Landtage und des Europäischen Parlaments, sondern auch an "die zuständigen Stellen" zu wenden. „Zuständig“ sind jeweils die Stellen, die für Abhilfe sorgen können. Das sind bei Strafanzeigen (z.B. wegen illegaler Waffenexporte, Umweltstraftaten, verbotener Kartellabsprache, korruptiver Praktiken, Steuerhinterziehung etc.) etwa Polizei und Staatsanwaltschaften. Bei Verstößen gegen lebensmittel- oder gesundheitsrechtliche Vorschriften („Gammelfleisch“) sind es vor allem die Ordnungsbehörden und Gesundheitsämter, bei Umweltverschmutzungen die Umwelt- und Gewerbeaufsichtsbehörden, bei Verletzungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung („Datenschutz“) in erster Linie die Datenschutzbehörden. Da in Deutschland praktisch in jedem Problembereich eine Behörde oder öffentliche Stelle für die Gefahrenabwehr, Maßnahmen der Prävention, für die Bekämpfung von Gesetzesverstößen sowie die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten vorhanden und zuständig ist, stehen Beschäftigten an sich genügend „zuständige Stellen“ im Sinne des Art. 17 GG zur Verfügung, an die sie sich unter grundrechtlichem Schutz wenden können.

Dennoch ist in Rechtsprechung und im Fachschrifttum in Deutschland – trotz des an sich eindeutigen Wortlauts – nach wie vor ungeklärt, ob etwa Anzeigen eines Beschäftigten bei der Staatsanwaltschaft oder bei einer Umweltbehörde von Art. 17 GG geschützt sind. Vielfach wird zudem verneint, dass anonyme Anzeigen überhaupt in den Schutzbereich des Grundrechts fallen. Ungeklärt ist insbesondere, ob das Petitionsgrundrecht Schutzwirkungen nur gegenüber dem Staat oder auch gegenüber Sanktionen privater Arbeitgeber entfaltet.²³

Weitere Unsicherheiten der Schutzwirkungen resultieren daraus, dass das Grundrecht ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist. Darf es deshalb im Kon-

fliktfall einfach mit anderen rechtlich geschützten oder als schutzwürdig erscheinenden gegenläufigen Interessen "abgewogen" werden?

Aus alldem resultieren im Ergebnis gravierende Abschreckungseffekte für die Inanspruchnahme des Grundrechts. Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte hat diese Unsicherheiten bisher nicht aufzulösen vermocht. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

2.2 Kein hinreichender Schutz durch die Whistleblower-Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001²⁴

2.2.1 Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 2.7.2007 im Falle eines Arbeitnehmers, der durch seinen Arbeitgeber wegen Weitergabe von Informationen an die Staatsanwaltschaft gekündigt worden war und vor den Arbeitsgerichten keinen hinreichenden Schutz erfahren hatte, Schutz gegen den darin liegenden Grundrechtsverstoß durch Rückgriff auf das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgebot gewährt. Das BVerfG hat dazu entschieden:

Ebenso wie die Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten (z.B. der Zeugenpflicht) kann "auch die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren ... - soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden - im Regelfall aus rechtsstaatlichen Gründen nicht dazu führen, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten. ... Eine zivilrechtliche Entscheidung, die dieses verkennt oder missachtet, verletzt den betroffenen Bürger in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip."

2.2.2 Lücken der Rechtsprechung des BVerfG

Die Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001, die den Schutz von Whistleblowern im Vergleich zu der vorherigen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung deutlich verbessert hat, behandelt nach ihrem Wortlaut nur einen Teil der schutzbedürftigen Tatbestände.

- Sie erfasst zwar die Erfüllung "staatsbürgerlicher Pflichten" oder die Wahrnehmung "staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren", nicht jedoch das Whistleblowing (Weitergabe von Informationen über Rechtsverletzungen oder gravierende Missstände) außerhalb von Strafverfahren, auch wenn es naheliegt, diese Rechtsprechung zum Verbot der Zufügung "zivilrechtlicher Nachteile" auf andere Formen der Wahrnehmung von Rechten (z.B. gegenüber Umweltbehörden etc.) entsprechend anzuwenden.
- Sie erfasst nur den Fall einer fristlosen Kündigung, nicht jedoch andere Formen von Repressalien, die sich nach einem "Whistleblowing" ereignen (z.B. ordentliche Kündigung, Umsetzung, Versetzung, Entzug von Aufgaben, Zurückstufung, Reduzierung von Fördermaßnahmen, Prä-

²² Vgl. zu seiner Entstehung aus den „Cahiers de Doleances“ u.a. Samwer, Die französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789/91, 1970, S. 58 ff.

²³ bejahend u.a. LAG Düsseldorf, Urt. vom 21.2.1974 in DB 1974, 2164 (Kündigung nach Anzeige wegen Erschleichens eines Schiffsführerpatents bei der Wasser- und Schifffahrtsdirektion); verneinend: LAG Bad.Würt. Urt. v. 20.10.1976 – Az: 6 Sa 51/76 – (Kündigung wegen Anzeige beim Gewerbeaufsichtsamt durch Arbeitnehmer wegen Reizungen der Nasen- und Rachenschleimhäute sowie der Augen beim Schweißen kunststoffbeschichteter Stahlbleche); ausdrücklich offengelassen von BVerfG, Beschluss vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 -) und vom BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02

²⁴ BVerfG, Beschl. V. 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00 - NJW 2001, 3474

mien- oder Gehaltsreduzierung, "Bossing", "Mobbing" etc).

- Sie klärt nach ihrem Wortlaut zudem nicht hinreichend, was mit dem Zusatz "im Regelfall" gemeint sein soll und unter welchen Voraussetzungen Ausnahmen vom Verbot der Zufügung "zivilrechtlicher Nachteile" in Betracht gezogen werden können.
- Die Entscheidung des BVerfG ist zudem in der Rechtspraxis vielfach nicht hinreichend bekannt. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können sie nicht durch Nachlesen im Gesetz ermitteln, sondern benötigen einen Entscheidungsabdruck aus einer Fachzeitschrift.

2.3 Umsetzungsmängel

Die Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001 ist zudem in der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte bislang nicht hinreichend beachtet und umgesetzt worden. Das führt und führt zu weiteren Rechtsunsicherheiten.

Die aufgezeigten immanenten Unklarheiten in der Entscheidung des BVerfG haben in der nachfolgenden arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung seit 2001 eine uneinheitliche und teilweise widersprüchliche Handhabung dieses vom BVerfG ausgesprochenen Benachteiligungsverbot nicht verhindern können.

So hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in seiner Entscheidung vom 3.7.2003 (Az: 2 AZR 235/02 -, in: BAGE 107, 36 Rn. 26 ff) – anders als das LAG Frankfurt/Main²⁵ – eine kündigungsrelevante Pflichtverletzung eines Arbeitnehmers durch Whistleblowing nicht nur für den Fall einer auf unwahren oder leichtfertig falschen Angaben beruhenden Strafanzeige bejaht. Vielmehr hat es darüber hinausgehend verlangt, dass sich die Anzeige des Arbeitnehmers "nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seine Repräsentanten darstellen darf" (ebd., Rn. 38 ff).

Die Konkretisierung des vom BAG entwickelten Maßstabes der "Unverhältnismäßigkeit" eröffnet neue Unsicherheiten und Ungewissheiten für alle Konfliktbeteiligten. Denn der Maßstab (Geeignetheit; Erforderlichkeit/geringstmöglicher Eingriff; Angemessenheit/Proportionalität) ist zum Einen nicht hinreichend konkret. Das BAG war dabei zwar um eine Eingrenzung bemüht, ändert aber nichts an dem Problem der fehlenden Rechtssicherheit und an der Offenheit und mangelnden Präzision der "Unverhältnismäßigkeit". Insbesondere die Proportionalität ("Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne") ist eine Wertungsfrage, deren Beantwortung vom Wertungshorizont desjenigen abhängt, der die maßgebliche Entscheidung im Konfliktfall zu treffen hat. Vorab ist diese Wertungsentscheidung von den Konfliktparteien nur schwer zu "erahnen".

Das vom BAG aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot abgeleitete Verbot des Rechtsmissbrauchs (Erstattung der Anzeige ausschließlich um den Arbeitgeber zu schädigen bzw.. "fertig zu machen") ergibt sich bereits aus dem geltenden Recht (§ 242 BGB und § 826

BGB) und bedarf keines Rückgriffs auf das viel unschärfere und auf die Prüfung hoheitlicher Eingriffe (z.B. im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts) zugeschnittene Verhältnismäßigkeitsgebot. Dessen Elemente der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ergeben keine hinreichend handhabbaren und verlässlichen Maßstäbe für Privatrechtsverhältnisse, in denen sich Privatpersonen (Arbeitnehmer und Arbeitgeber) gegenüberstehen und keinen hoheitlichen „Eingriff“ vornehmen.

Soweit das BAG für die Begrenzung des staatsbürgerlichen Rechts eines Beschäftigten auf Erstattung einer Strafanzeige auf die Rücksichtnahmepflicht jedes Vertragspartners abgestellt hat, ist ihm zuzustimmen. Insoweit bedarf es keines Rückgriffs auf das im Verhältnis Staat – Bürger angesiedelte und für staatliche Eingriffe maßgebliche Verhältnismäßigkeitsgebot. Denn das vertragliche Rücksichtnahmegebot ist bereits in § 241 Abs. 2 BGB n.F. verankert. Es muss freilich grundrechtskonform interpretiert werden.

Das BAG hat in seiner Rechtsprechung bisher weitgehend davon Abstand genommen, das in einem demokratischen Gemeinwesen bedeutsame öffentliche Interesse an einer Aufdeckung von Straftaten, schwerwiegenden Rechtsverletzungen oder sonstiger gravierender Missstände in die Auslegung des Rücksichtnahmegebots und die bei konfligierenden gleichgewichtigen Rechtspositionen vorzunehmende Interessenabwägung im Einzelfall einzubeziehen. Es genügt nicht, bei der Konkretisierung des Rücksichtnahmegebotes (§ 241 Abs. 2 BGB) oder auch der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgebots – auf einer binären Skala - allein auf die konfligierenden Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber abzustellen. Insbesondere das öffentliche Interesse an der Aufdeckung der schwerwiegenden Rechtsverletzung oder des gravierenden Missstandes muss in hinreichendem Maße zur Geltung gebracht und berücksichtigt werden. Dies wird jetzt auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrecht vorgegeben. Dieser hat im Heinisch-Urteil vom 21.7.2011 entscheidend auf sechs maßgebliche Abwägungskriterien abgestellt. An erster Stelle ist zu gewichten, ob die Enthüllung angesichts der besonderen Verletzlichkeit der von den aufgedeckten Missständen im öffentlichen Interesse liegt und für die unter den Missständen leidenden Betroffenen von vitaler Bedeutung ist. Zweitens ist prüfen und zu gewichten, ob der/die Beschäftigte die ihm/ihr zur Verfügung stehenden Möglichkeiten einer internen Klärung und Abhilfe hinreichend genutzt hat. Zum Dritten müssen die mit der Strafanzeige weitergereichten Informationen „authentisch“ sein; der Whistleblower muss sich vor seiner Anzeige/Enthüllung zuvor um eine sorgfältige, akkurate und verlässliche Ermittlung der relevanten Tatsachen bemüht haben. Viertens muss er/sie in gutem Glauben und in dem Bewusstsein gehandelt, dass es im öffentlichen Interesse liege, die Missstände im Verantwortungsbereich ihres Arbeitgebers den zuständigen Stellen zur Kenntnis zu bringen, weil diskretäre Mittel zur Besserung der Situation nicht mehr zur Verfügung gestanden hätten. Dabei ist zu gewichten, dass in einer demokratischen Gesell-

²⁵ LAG Frankfurt/Main., Urteil vom 27.11.2001 – Az: 15 Sa 411/01-

schaft – fünftens - das öffentliche Interesse daran, dass z.B. die Informationen über Missstände in Pflegeeinrichtungen für ältere Menschen aufgedeckt werden, gegenüber den Nachteilen vorrangig, die der Reputation und den geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers durch das Whistleblowing drohen könnten. Das gilt auch für vergleichbare Konstellationen. Sechstens ist zu berücksichtigen, dass es sich bei einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigung um eine besonders schwerwiegende Sanktion handelt. Diese kann für andere Beschäftigte bei Meinungsäußerungen abschreckend wirken, was nicht nur für die Patienten, sondern auch für die Gesellschaft insgesamt schädlich ist.

Das Heinisch-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21. Juli 2011 macht deutlich, dass nicht nur das die Kündigungsschutzklage der Altenpflegerin abweisende Urteil²⁶ des Landesarbeitsgerichts Berlin vom 28.3.2006, sondern auch die in dieser Sache ergangenen Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts und des BVerfG als konventionswidrig beanstandet werden mussten. Diese Gerichte mussten sich vom Gerichtshof vorwerfen lassen, die Meinungsäußerungsfreiheit der betroffenen Arbeitnehmerin unzureichend beachtet und geschützt zu haben. Das Urteil des EGMR offenbart: Die bisherige Rechtsprechung in Deutschland bietet keinen hinreichenden Schutz für Whistleblower. Hier ist der Gesetzgeber gefordert.

III. Optionen für den Gesetzgeber - Reformschritte

1. Ratifizierung völkerrechtlicher Abkommen durch Deutschland

1.1 Art. 5 der ILO-Konvention No. 158 vom 22.6.1982

Diese fordert, dass das Einreichen einer arbeitnehmerseitigen Beschwerde bei Gericht, die Beteiligung an Maßnahmen gegen einen Arbeitgeber, dem eine Verletzung von Rechtsvorschriften vorgeworfen wird, sowie die Einlegung eines Rechtsbehelfs bei den zuständigen behördlichen Stellen keinen wirksamen Grund für die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses darstellen darf. Deutschland sollte diese Änderung der ILO-Konvention schnellstmöglich in innerstaatliches Recht umsetzen. Dazu sollte die Bundesregierung das nach Art. 59 GG erforderliche Zustimmungsgesetz ohne weitere Verzögerung in den Deutschen Bundestag einbringen.

1.2 Art. 24 sowie Anhang zu Art. 24 der Revidierten Europäischen Sozialcharta

Deutschland sollte die Revidierte Europäische Sozialcharta, die die Vorgaben der ILO-Konvention No. 158 aufgreift und umsetzt, baldmöglichst ratifizieren. Dies erfordert die Vorlage eines Zustimmungsgesetz-Entwurfs der Bundesregierung nach Art. 59 GG.

2. Bundesgesetz zur Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten und zum Schutz von Hinweisgebern (Whistleblowern)

Da Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei eigenen kritischen Meinungsäußerungen und bei der

Weitergabe von Informationen („Anzeigen“) über gravierende Missstände in Betrieben und Unternehmen angesichts der bestehenden Rechtsunsicherheit besonders schutzbedürftig sind, sollte vordringlich ein hierauf bezogenes spezielles Schutzgesetz geschaffen werden. Zwar kommt auch die Einfügung spezieller Vorschriften in bestehende Gesetze (z.B. BGB oder Betriebsverfassungsgesetz) in Betracht. Jedoch erscheint mir die Schaffung eines speziellen Gesetzes zur Gewährleistung von Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten und zum Schutz von Hinweisgebern wegen der zahlreichen zu regelnden diffizilen Einzelfragen vorzuzugewärtigen. Es kann später in das seit langem geplante Arbeitsgesetzbuch übernommen werden. Für Beamten müsste eine ähnliche Regelung geschaffen werden.

Wer Whistleblower in privaten Beschäftigungsverhältnissen in Deutschland besser schützen will, muss in Erfüllung der Schutzpflichten aus Art. 5 GG und aus Art. 10 EMRK vor allem für drei Dinge sorgen:

- Schutz für das Äußern kritischer *Meinungen* von Beschäftigten (nachfolgend 2.1)
- Schutz von Beschäftigten für den Fall der *Weitergabe von betriebsinternen Informationen* über Rechtsverletzungen, gravierende Missstände sowie schwerwiegende Gefahren und Risiken für gewichtige Rechtsgüter in ihrem beruflichen Wirkungskreis an Behörden und Dritte (nachfolgend 2.2.)
- Regelung über ein Leistungsverweigerungsrecht von Beschäftigten bei Straftaten und gravierenden Rechtsverletzungen (nachfolgend 2.3)

2.1 Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht zur Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 10 EMRK und Art. 5 GG)

Das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit muss für alle Beschäftigten in Betrieben und Unternehmen wirksamer und verlässlicher als bisher gewährleistet werden. Das Gewicht der Meinungsäußerungsfreiheit in Beschäftigungsverhältnissen sollte durch eine ausdrückliche gesetzliche Garantieregelung in Bekräftigung der staatlichen Schutzverpflichtung gestärkt werden. Dazu bedarf es auf der Grundlage der Judikatur des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit und ihrer „schlechthin konstituierenden Bedeutung“ (BVerfG) für eine demokratische Gesellschaft einer klaren gesetzlichen Schutzvorschrift mit einer Vermutungsregel. Formulierungsvorschlag:

(1) Die Meinungsäußerungsfreiheit von Beschäftigten wird gewährleistet. Sie sind berechtigt, die eigene Meinung im Betrieb und am Arbeitsplatz zu äußern. Das Recht auf freie Meinungsäußerung umfasst auch die Stellungnahme zu Auswirkungen und Folgen betrieblicher Abläufe außerhalb des Betriebes; dies gilt auch dann, wenn die Äußerung gegenüber Dritten oder in der Öffentlichkeit erfolgt.

(2) Diese Rechte finden gemäß Art. 5 Abs. 2 GG ihre Grenzen in den allgemeinen Gesetzen, in den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und im Recht der persönlichen Ehre. Die arbeitsvertraglich geschuldete Loyalitätspflicht ist zu beachten.

²⁶ Vgl. dazu auch die Kontroverse des Verf. mit Binkert in AuR 2007, 34 ff., 195 ff. und 198 ff.

Bei allen Äußerungen von Beschäftigten, die nicht leichtfertig und nicht wider besseres Wissen erfolgen sowie eine das öffentliche Interesse wesentlich berührende Frage betreffen, spricht bei der Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Schranken der Meinungsäußerungsfreiheit im Zweifel eine rechtliche Vermutung für den Vorrang der Meinungsäußerungsfreiheit vor anderen rechtlich geschützten Interessen.

2.2 Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht zur Gewährleistung des Anzeige- und Hinweisrechts (Art. 17 GG und Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK)

2.2.1 Hinweis- und Anzeigerecht

Die bestehende Rechtsunsicherheit in Fällen, in denen sich Beschäftigte nach sorgfältiger Prüfung mit Hinweisen und Informationen zu betrieblichen Verstößen gegen Rechtspflichten oder zu anderen gravierenden Missständen, Gefahren und erheblichen Risiken für gewichtige Rechtsgüter an zuständige Stellen oder ggf. auch an die Öffentlichkeit wenden, muss durch explizite und klare gesetzliche Anzeigerechte in Konkretisierung von Art. 17 GG verringert und so weit wie möglich beseitigt werden.

Auf der Grundlage

- der in der Fachliteratur gemachten und diskutierten Vorschläge,
- des Gesetzesvorschlages der Bundesministerien vom April 2008 (BM Seehofer, BM Zypries, BM Scholz) sowie
- der vorliegenden Vorschläge von Bundestagsfraktionen (Gesetzentwurf der SPD-Fraktion vom 7.2.2012 <BT-Drs. 17/8567>; Diskussionsentwurf zu einem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen von November 2011; Antrag der Fraktion Die Linke vom 6.7.2011 <BT-Drs. 17/6492>)

erscheinen mir vor allem folgende gesetzliche Regelungen notwendig und geboten:

2.2.1.1 Begriffsbestimmungen

(1) Missstand

Formulierungsvorschlag:

Ein Missstand im Sinne dieses Gesetzes liegt vor, wenn in einem Unternehmen, Betrieb oder Umfeld einer unternehmerischen oder betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten, Ordnungswidrigkeiten- oder Strafvorschriften verletzt werden, verletzt worden sind oder wenn eine solche Verletzung droht. Ein Missstand liegt auch vor, wenn eine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen, für die Umwelt, für das friedliche Zusammenleben der Menschen und Völker oder für vergleichbar gewichtige Rechtsgüter droht.

(2) Geschützte Hinweise

Formulierungsvorschlag:

Geschützte Hinweise sind tatsachenbezogene Äußerungen oder entsprechende sonstige Handlungen, die dazu dienen, auf einen Missstand aufmerksam zu machen.

(3) Geschützter Personenkreis

Geschützt werden sollten

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (einschließlich LeiharbeiterInnen)
- zur Aus- oder Weiterbildung Beschäftigte
- arbeitnehmerähnliche Personen
- in Heimarbeit Beschäftigte
- Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

(4) Zuständige externe Stelle für die Entgegennahme von geschützten Hinweisen/Anzeigen

Formulierungsvorschlag:

Zuständige externe Stelle ist diejenige Behörde, die für die Entgegennahme der Anzeige oder die Beseitigung des angezeigten Missstandes sachlich und örtlich zuständig ist. Die Staatsanwaltschaft und die Polizei sowie Abgeordnete der Volksvertretungen im Sinne von Art. 17 GG (Mitglieder eines Landtags, des Bundestags und des Europäischen Parlaments) sind stets zur Entgegennahme und zur Weiterleitung eingegangener Hinweise an die sachlich und örtlich zuständige Behörde zuständig.

(5) Benachteiligung

Formulierungsvorschlag: *Eine Benachteiligung ist jede unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder rechtliche Beeinträchtigung der beruflichen Stellung der Hinweisgeberin oder des Hinweisgebers. Hierzu gehören insbesondere auch die Bewirkung von Einkommensnachteilen sowie die Verkürzung von beruflichen Entwicklungs- und Karrierechancen.*

2.2.2.2 Rechte der Hinweisgeber

(1) Anzeigerechte

Formulierungsvorschläge:

(a) Interne Anzeigen

Die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber kann sich bei einem Missstand, der tatsächlich vorliegt oder dessen Vorliegen die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber, ohne leichtfertig zu sein, aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte annimmt, an den Arbeitgeber oder einem vom Arbeitgeber im Unternehmen oder Betrieb eingerichtete zuständige Stelle wenden. Gesetzliche Anzeigerechte gegenüber dem Betriebsrat oder betrieblichen Beauftragten bleiben unberührt.

(b) Anzeigen bei der zuständigen externen Stelle

Die Hinweisgeberin oder Hinweisgeber darf sich auch an die zuständige externe Stelle wenden, wenn

- er sich anderenfalls strafbar macht oder eine Ordnungswidrigkeit begeht,
- der Arbeitgeber dem Missstand nicht binnen angemessener Zeit abhilft oder
- eine Abhilfe aufgrund konkreter Anhaltspunkte nicht zu erwarten ist oder
- bei einem weiteren Abwarten gravierende Schäden oder erhebliche Risiken für Leben und Gesundheit von Menschen, für die Umwelt, für das

friedliche Zusammenleben der Menschen und Völker (Art. 25 Satz. 2 GG) oder für vergleichbar wichtige Rechtsgüter drohen.

(c) Öffentliche Äußerung/Weitergabe von Informationen über Missstände

Die Hinweisgeberin oder der Hinweisgeber darf sich an die Öffentlichkeit wenden, wenn die zuständige Behörde nicht angemessen auf den Hinweis reagiert hat. Eine angemessene Reaktion liegt vor, wenn

- *die Behörde den Hinweisgeber oder der Hinweisgeberin unverzüglich den Eingang des Hinweises schriftlich bestätigt,*
- *zeitnah eine der Bedeutung des Missstandes entsprechende inhaltliche Prüfung einleitet,*
- *den Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin hierüber benachrichtigt und*
- *spätestens binnen 1 Monats über das Ergebnis seiner Prüfung oder die Gründe für deren Fortführung schriftlich in Kenntnis setzt.*

Außerdem darf er sich an die Öffentlichkeit wenden, wenn er, ohne leichtfertig zu sein, aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte Grund für die Annahme hat, dass aus dem Unternehmen, Betrieb oder dem Umfeld einer unternehmerischen oder betrieblichen Tätigkeit eine unmittelbare Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen, die Umwelt, für das friedliche Zusammenleben der Menschen und Völker (Art. 25 S. 2 GG) oder für vergleichbar wichtige Rechtsgüter droht und weder der Arbeitgeber noch die zuständige externe Stelle für Abhilfe sorgt.

(d) Berufsständische Verschwiegenheitspflichten

Es sollte klargestellt werden, dass Verschwiegenheitspflichten von Rechtsanwälten, Notaren, Steuerberatern, Ärzten etc. unberührt bleiben, also von diesem Gesetz nicht aufgehoben werden.

(2) Benachteiligungsverbot

Formulierungsvorschlag: Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen dürfen wegen eines von ihnen rechtmäßig abgegebenen oder weitergeleiteten Hinweises nicht benachteiligt, gemäßregelt, versetzt oder gekündigt werden.

(3) Unabdingbarkeit

Formulierungsvorschlag: Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Benachteiligungsverbot verstoßen oder dieses umgehen, sind unwirksam.

(4) Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

Formulierungsvorschlag: Der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Rechtsansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, kann er auf Unterlassung beanspruchen.

(5) Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche

Für den Fall, dass die zugunsten von Whistleblowern ergangenen Schutzregelungen missachtet oder umgangen und hierdurch Schäden oder erhebliche Nachteile verursacht werden, muss ein effektivi-

ver gesetzlicher Anspruch auf Wiedergutmachung und Schadensersatz geschaffen werden.

Formulierungsvorschlag: Verstößt der Arbeitgeber oder einer seiner Beauftragten gegen das Benachteiligungsverbot, hat er dem Hinweisgeber oder der Hinweisgeberin den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen, es sei denn, er hat die Benachteiligung oder damit verbundene Pflichtverletzung nicht zu vertreten.

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

Der Anspruch ist innerhalb einer Frist von ... Monaten seit Kenntnis des Hinweisgebers oder der Hinweisgeberin von den Umständen, die einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot bewirken, schriftlich geltend zu machen, sofern nicht die Tarifvertragsparteien etwas anderes vereinbart haben.

Auf eine Vereinbarung, die vom Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Arbeitgeber oder der Benachteiligte nicht berufen.

Ansprüche gegen den Arbeitgeber oder andere Beschäftigte, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, bleiben unberührt.

(6) Beweislastregelung

Ein arbeitsrechtliches Benachteiligungs- und Maßregelungsverbot ist nur dann effektiv, wenn der Benachteiligte oder Gemaßregelte diese wirksam durchsetzen kann. Erfahrungen mit Whistleblower-Schutzregelungen in anderen Ländern zeigen: Sind die Repressalien oder Benachteiligungen geschickt getarnt, etwa indem plausible Maßregelungsgründe vorgeschoben werden oder informelle Vergeltungsmaßnahmen durchgeführt werden, läuft der Schutz vielfach aus Beweisgründen leer. Deshalb bedarf es einer adäquaten Beweislastregelung. Diese könnte § 22 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nachgebildet werden. Diese lautet: „Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.“

Formulierungsvorschlag: Beweist der Hinweisgeber oder die Hinweisgeberin im Streitfall das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte (Indizien), die für einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot sprechen, trägt die andere Seite die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot vorliegt.

(7) Bußgeldvorschriften

Verstöße gegen das Benachteiligungsverbot sollten als Ordnungswidrigkeiten mit einer empfindlichen Geldbuße geahndet werden.

2.2.2.3 Schutzpflichten der Arbeitgeber in Betrieb und Unternehmen

(1) Betriebliche Verfahren und Maßnahmen zur Entgegennahme und Bearbeitung von Hinweisen

(a) Der Gesetzgeber sollte es dem Arbeitgeber freistellen, in welcher Weise er die für seinen Betrieb

geeigneten und angemessenen Maßnahmen trifft, um geschützte Hinweise von Hinweisgebern oder Hinweisgeberinnen betriebsintern entgegen zu nehmen (spezielle Compliance-Stelle; Ombudsperson; externer Mediator; IT-gestützte Hotline oder Telefonhotline o.a.).

(b) Der Arbeitgeber sollte gesetzlich verpflichtet werden, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen vor Benachteiligungen zu treffen. Dazu gehört die Schulung der Mitarbeiter und Vorgesetzten, betriebsinterne Information über Rechte und Pflichten von Hinweisgebern; Aufklärung und Ahndung von Verstößen gegen das Benachteiligungsverbot etc.).

(c) Persönlichkeitsrechte

Die Persönlichkeitsrechte der von den Hinweisen betroffenen Personen müssen durch geeignete Vorkehrungen geschützt werden (Informations-, Berichtigungs-, Lösungs- und Beschwerderechte), um der Gefahr von Denunziationen vorzubeugen.

(d) Betriebsverfassungs- und datenschutzrechtliche Pflichten und Recht müssen beachtet werden.

2.2.2.4 Ansprüche der Arbeitgeber bei rechtswidrigen Anzeigen/Hinweisen

Wie bei jeder Rechtswahrnehmung ist auch bei Whistleblower-Anzeigen Missbrauch möglich. Dagegen gibt es Abwehrrechte bereits im geltenden Recht.

(a) Zivilrechtliche Ansprüche

Das vertragliche Rücksichtnahmegebot (§ 241 Abs. 2 BGB) sowie die zivilrechtlich sanktionsbewehrten Verbote des Rechtsmissbrauchs in § 242 BGB und der sittenwidrigen Schädigung in § 826 BGB gelten auch hier. Außerdem kommen Schadensersatzansprüche nach § 823 BGB in Betracht. Im Gesetz sollte klargestellt werden, dass solche Rechtsansprüche von diesem Schutzgesetz für Hinweisgeber unberührt bleiben.

Die Haftung von Beschäftigten auf Schadensersatz sollte entsprechend den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur gefahrgeneigten Arbeit auf Vorsatz (volle Haftung) und grobe Fahrlässigkeit

(angemessene anteilige Haftung) des Hinweisgeber oder der Hinweisgeberin beschränkt werden.

(b) Strafrechtliche Regelungen

Die Beleidigung, die üble Nachrede und die Verleumdung sind durch die Strafvorschriften der §§ 185 ff. StGB sanktionsbewehrt. Außerdem gibt es spezielle Sanktionsnormen beim Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (u.a. §§ 17, 18 UWG), die ihrerseits grundrechtskonform ausgelegt und angewandt werden müssen. Weitergehende Regelungen erscheinen nicht erforderlich. Der Arbeitgeber sollte von sich aus ggf. auf die geltenden Sanktionsregelungen hinweisen.

2.2.2.5 Unterstützung von Hinweisgebern/innen durch Whistleblower-Verbände

Es sollte erwogen werden, anerkannten Verbänden, die nach ihrer Satzung die besonderen Interessen von Hinweisgebern und Hinweisgeberinnen (Whistleblower) wahrnehmen und über eine festzulegende Mindestmitgliederzahl verfügen, das Recht zuzuerkennen, Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen zu beraten, deren Rechtsangelegenheiten zu besorgen sowie in gerichtlichen Verfahren als Beistände aufzutreten, soweit sichergestellt ist, dass dies durch hinreichend rechtskundige Personen (Befähigung zum Richteramt oder gleichwertige Qualifikation) geschieht.

2.3 Leistungsverweigerungsrecht

Das Gesetz sollte ausdrücklich regeln, dass Beschäftigte wirksam vor Nachteilen geschützt werden, wenn sie sich weigern, an Straftaten mitzuwirken oder diese zu vertuschen. Haben Beschäftigte Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer von ihnen geforderten Tätigkeit oder Verrichtung, sind sie berechtigt und gehalten, sich an den Arbeitgeber zu wenden und ihre Bedenken vorzutragen („Remonstrationsrecht“). Beharrt der Arbeitgeber auf seinem Leistungsanspruch, ist der Beschäftigte berechtigt, die zuständige externe Stelle anzurufen und bei Verdacht auf eine Straftat eine Klärung durch die Staatsanwaltschaft herbeizuführen. Im Übrigen sollte dem Beschäftigten durch das Gesetz das ausdrückliche Recht eingeräumt werden, ggf. vom Arbeitgeber eine schriftliche Anweisung zu verlangen.