

Öffentliche Anhörung „Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und Futtermittelgesetzes sowie anderer Vorschriften“ am 4. Juni 2008 in Berlin

Anmerkungen zu der geplanten Einfügung eines § 612 a n.F. BGB

RiArbG und wiss. MA Dr. Klaus Rinck

dienstliche Anschrift:

Bundesarbeitsgericht

Hugo-Preuß-Platz 1

99084 Erfurt

I.) Zu Absatz 1 des Vorschlages

1.) Bezugspunkt: Betrieb oder Unternehmen?

Der Wortlaut des Vorschlages nimmt den Betrieb zum Bezugspunkt. Da ein **Unternehmen** mehrere Betriebe haben kann, ist diese Beschränkung sachlich nicht nachvollziehbar (und wohl auch nicht gewollt). Es ist denkbar, dass ein Arbeitnehmer eines Betriebes Missstände in anderen Betrieben entdeckt. Die Regelung des Vorschlages soll nach der Intention der Verfasser doch wohl auch solche Fälle mit einbeziehen.

2.) Umstände, die ein Anzeigerecht auslösen

Der Arbeitnehmer soll nach der Fassung des Vorschlages zunächst innerbetriebliche Abhilfe verlangen können, sich bei deren Erfolglosigkeit aber auch an eine zuständige außerbetriebliche Stelle wenden können, wenn er „auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung [ist]“, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden. Nach der Begründung des Regelungsvorschlages ist das so zu verstehen, dass dem Arbeitnehmer „konkrete Umstände bekannt sein [müssen], die objektiv eine Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Missstandes ergeben; bloße Mutmaßungen oder theoretische Überlegungen reichen nicht aus“.

Es ist fraglich, ob die Umsetzung der in der Begründung genannten Überlegungen durch den Wortlaut der zitierten Passage hinreichend klar gelungen ist. Diese kann auch so (miss-)verstanden werden, dass es nur auf die - subjektive - Auffassung des Arbeitnehmers ankommt, also darauf, ob *dieser* „konkrete Anhaltspunkte“ für die Verletzung gesetzlicher Pflichten festzustellen vermeint. Bedeutsam wird die Unterscheidung zwischen der subjektiven Sicht des einzelnen Arbeitnehmers und der objektivierten Sicht eines verständigen, sorgfältig handelnden Arbeitnehmers vor allem bei vermeidbaren Irrtümern. Es ist dem Arbeitnehmer, davon geht offenkundig auch die Gesetzesbegründung aus, zuzumuten, vor einer Anzeige die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, um zu ermitteln, ob seine Vermutung der Verletzung gesetzlicher Pflichten auch einer sorgfältigen Überprüfung standhält. Das ergibt sich aus seiner Verpflichtung, auch das Interesse seines Arbeitgebers zu wahren, nicht mit unberechtigten Vorwürfen konfrontiert zu werden und insbesondere nicht durch haltlose Verdächtigungen in der öffentlichen Wahrnehmung einen Ansehensverlust zu erleiden. Diese **Ermittlungs- und Prüfungspflichten** kommen im Wortlaut nicht hinreichend zum Ausdruck. Zudem kann der Vorschlagstext so interpretiert werden, dass für das Anzeigerecht schon geringste Anhaltspunkte genügen, selbst wenn weit mehr und gewichtigere Anhaltspunkte - für den Arbeitnehmer sogar erkennbar - für das Gegenteil sprechen. Hier sollte klar sein, dass auch eine Pflicht des Arbeitnehmers zur **Abwägung der** - nach sorgfältiger Prüfung von ihm erkannten - **für und gegen den Verdacht** der Verletzung gesetzlicher Pflichten **sprechenden Umstände** besteht. Nur wenn auch nach dieser Abwägung ein nennenswerter, aus der objektiven Sicht eines sorgfältigen Arbeitnehmers ernst zu nehmender Verdacht verbleibt, sollte ein Recht zur Strafanzeige anerkannt werden.

3.) Adressat der nach außen gerichteten Anzeige

Der Vorschlag geht von einem Recht des Arbeitnehmers aus, sich an eine „zuständige außerbetriebliche Stelle“ zu wenden. Das geht sachlich zu weit bzw. lädt zumindest zu Missverständnissen ein. Sind auch die Verbraucherschutzorganisationen oder sonstige Verbände „zuständige Stellen“ im Sinne des Vorschlages? Der Arbeitnehmer könnte zudem vorbringen, sich an die Presse gewandt zu haben, weil er - z.B. bei Untätigkeit der Staatsanwaltschaft - dies als den einzigen erfolgverspre-

chenden Weg angesehen habe, dem Missstand abzuhelpfen. Es erscheint vollkommen ausreichend, dem Arbeitnehmer das Recht zu geben, sich an die **Staatsanwaltschaft oder an die zuständige Behörde** (Gewerbeaufsichtsamt etc.) zu wenden. Diese bieten Gewähr für eine sachkundige, neutrale Prüfung und - falls berechtigt - auch Verfolgung der erhobenen Vorwürfe. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass bei im Ergebnis haltlosen Vorwürfen keine „Publizitätswirkung“ zu Lasten des unbescholtenen Arbeitgebers eintritt.

4.) Kein Handeln in Schädigungsabsicht

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist auch von Bedeutung, aus welcher Motivation heraus der Arbeitnehmer seine Anzeige erstattet. Handelt er vorrangig zum **Zwecke der Schädigung** des Arbeitgebers, kann dies den Grund für eine Kündigung abgeben. Das gilt insbesondere dann, wenn der Anlass in einem relativ geringfügigen Verstoß zu finden ist und die solchermaßen erstattete Anzeige daher als unverhältnismäßig erscheint. Diese Grundsätze sollten im Wortlaut der geplanten Vorschrift ihren Ausdruck finden.

zu Anm. I. 1.) bis 4.) Vorschlag einer Formulierung des Gesetzeswortlautes (Abs. 1):

„Bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass im Unternehmen oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden, ist der Arbeitnehmer berechtigt, sich an den Arbeitgeber oder eine zur unternehmensinternen Klärung zuständige Stelle zu wenden und Abhilfe zu verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nicht oder nicht ausreichend nach und ergeben sich auch nach sorgfältiger Prüfung unter Ausschöpfung sämtlicher dem Arbeitnehmer zur Verfügung stehender Erkenntnismöglichkeiten ernst zu nehmende Umstände, die für die Verletzung gesetzlicher Pflichten sprechen, hat der Arbeitnehmer das Recht, sich an die zuständige Behörde, bei Straftaten auch an die Ermittlungsbehörden, zu wenden. Ein Recht zur Anzeige besteht nicht, wenn der Arbeitnehmer mit ihr vorrangig die Absicht verfolgt, dem Arbeitgeber Schaden zuzufügen.“

II.) Zu Absatz 2 des Vorschlages

1.) Voraussetzungen der Unzumutbarkeit einer unternehmensinternen Abhilfe

Auch hier stellt der Wortlaut des Vorschlages darauf ab, ob der Arbeitnehmer „aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist, dass“ einer der in den Nummern 1 bis 4 genannten Tatbestände vorliegt. Auch hier kann dies dahingehend verstanden werden, dass es auf die subjektive - ggf. in **nachlässiger Weise** zustande gekommene - Sicht des Arbeitnehmers ankomme. Der Arbeitnehmer hat jedoch auch hier aufgrund seiner Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers unter Berücksichtigung aller ihm zugänglichen Informationen sorgfältig zu prüfen, ob der jeweilige Sachverhalt tatsächlich vorliegt.

2.) Anderweitige Abwendbarkeit der unmittelbaren Gefahr (Abs. 2 Nr. 1)

Der Begriff der „unmittelbaren Gefahr“ könnte im Zivil- und Arbeitsrecht so ausgelegt werden, dass es nicht auf Zeitdruck bzw. Gefahr im Verzug ankomme, sondern dass allein die Unmittelbarkeit der Kausalität (also die Unmittelbarkeit der Gefährdung von Leben oder Gesundheit durch bestimmte Zustände im Unternehmen oder betriebliche Handlungen) maßgeblich sei. Der Wortlaut des Vorschlages sollte die zeitliche Nähe der Gefahr und - damit eng verbunden - die Wahrscheinlichkeit, dass der Arbeitgeber auf ein Verlangen nach Abhilfe rechtzeitig und in ausreichender Weise reagieren kann, berücksichtigen. Ein vorheriges Begehren nach interner Abhilfe ist auch bei zu erwartenden Gefährdungen für Leben oder Gesundheit dann nicht verzichtbar, wenn aus der Sicht eines verständigen, betriebskundigen Arbeitnehmers zu erwarten ist, dass die Gefahr bereits hierdurch mit hoher Wahrscheinlichkeit abgewendet werden kann. Stellt ein Arbeitnehmer beispielsweise am Samstag nach Verkaufsschluss fest, dass der Abteilungsleiter „Gammelfleisch“ am darauffolgenden Montag in den Verkauf zu bringen beabsichtigt, und ist der nächsthöhere Vorgesetzte am Wochenende für Abhilfeersuchen erreichbar, dann ist ihm der Versuch, zunächst eine unternehmensinterne Klärung herbeizuführen, zumutbar. Dementsprechend sollte in Nr. 1 als zusätzliche - klarstellende - Voraussetzung aufgenommen werden, dass die Gefahr **durch ein Verlangen nach unternehmensinterner Abhilfe nicht rechtzeitig beseitigt werden** kann.

3.) Strafanzeige betreffend Taten anderer Arbeitnehmer (Abs. 2 Nr. 2)

Der Vorschlag berücksichtigt zu wenig, dass gerade in größeren Unternehmen häufig **Verstöße von einzelnen Mitarbeitern ohne Wissen der Geschäftsleitung** begangen werden. Die Unternehmen sind, z.B. durch Einrichtung von Ethik-Hotlines, von „Corporate Governance/Compliance“-Abteilungen etc., bemüht, solche Verstöße - innerbetrieblich! - aufzudecken. Im arbeitsrechtlichen Schrifttum wird im Unternehmensinteresse dringend zu solchen Einrichtungen geraten. Die Bemühungen der Unternehmen, Unregelmäßigkeiten im eigenen Tätigkeitsbereich selbständig aufzuklären und abzustellen, verdienen Unterstützung. Der Arbeitnehmer hat gegenüber dem ihn beschäftigenden Unternehmen eine Pflicht zur Rücksichtnahme. Es ist zu berücksichtigen, dass bereits einzelne, lokal begrenzte Fälle von Fehlverhalten (Beispiel: Wirtschaftskriminalität eines einzelnen Filialleiters eines Kreditinstitutes), falls sie publik werden, das Unternehmen in unverhältnismäßig hoher Weise schädigen können. Mit seiner gegen den anderen Arbeitnehmer gerichteten Anzeige des Vorganges bei den zuständigen Behörden ruft der Anzeigeerstatter oft Vermögenseinbußen bei seinem Arbeitgeber hervor. Hat die Unternehmensleitung - z.B. durch Aufstellung von Compliance-Regelungen - zu erkennen gegeben, dass sie derartiges Fehlverhalten nicht duldet und konsequent dagegen vorgehen wird, ist es dem Arbeitnehmer in aller Regel zuzumuten, zunächst die Möglichkeiten unternehmensinterner Klärung in Anspruch zu nehmen. Erst recht gilt dies, wenn sich das Fehlverhalten des einzelnen Arbeitnehmers gegen den eigenen Arbeitgeber richtet (zB Untreue). Gerade in solchen Fällen kann die Unternehmensleitung selbst am besten darüber entscheiden, ob der Fall zur Anzeige gebracht wird. Es erscheint dem Betriebsfrieden abträglich, wenn § 612 a Abs. 2 Nr. 2 ein Verlangen nach unternehmensinterner Abhilfe „stets“ für unzumutbar erklärt, wenn der Arbeitnehmer „aufgrund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist“, dass ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat. Sicherlich gibt es eine Reihe von Fällen, in denen auch hier Unzumutbarkeit zu bejahen ist. Die wichtigsten werden allerdings ohnehin von Nr. 1, 3 und 4 erfasst. Darüber hinaus erscheint es ausreichend, im Wortlaut der geplanten Vorschrift deutlich zu machen, dass es sich bei der Aufzählung in Nr. 1 bis 4 um einen nicht abschließenden Katalog handelt.

zu Anm. II. 1.) bis 3.) Vorschlag einer Formulierung des Gesetzeswortlautes (Abs. 2):

„Ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe ist nicht erforderlich, wenn dies dem Arbeitnehmer nicht zumutbar ist. Unzumutbar ist ein solches Verlangen insbesondere, wenn der Arbeitnehmer nach sorgfältiger Prüfung aller Umstände zu der Überzeugung gelangt, dass

1. aus dem Unternehmen eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht und dass sie durch ein Verlangen nach unternehmensinterner Abhilfe nicht rechtzeitig beseitigt werden kann,
2. der Arbeitgeber eine Straftat begangen hat,
3. eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde,
4. eine unternehmensinterne Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird.“

III.) Weitere Anmerkungen

1.) Leiharbeitnehmer - Pflichten des Ver- und des Entleiherbetriebes

Der Vorschlag stellt nicht hinreichend klar, ob auch ein Leiharbeitnehmer sich bei Verstößen des Entleihers im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber (dem Verleiher) auf § 612 a BGB berufen kann. Zu berücksichtigen ist, dass der Verleiher jedenfalls nicht unmittelbar Abhilfe schaffen kann. Soll der Verleiher in diesen Fällen gehalten sein, auf den Entleiher im Rahmen der Vertragsbeziehungen einzuwirken, um eine Abhilfe zu erreichen? Soll der Arbeitnehmer befugt oder verpflichtet sein, beim Entleiher um Abhilfe zu ersuchen? Eine **ergänzende Regelung** für den Bereich der **Leiharbeit** erscheint notwendig, um klare rechtliche Verhältnisse zu schaffen.

2.) Freie Mitarbeiter, arbeitnehmerähnliche Personen

Die §§ 611 ff. BGB gelten grundsätzlich für Dienstverhältnisse aller Art. Indem der Vorschlag den Begriff des Arbeitnehmers verwendet, grenzt er den zur Anzeige befugten Personenkreis ein. Sollen arbeitnehmerähnliche Personen ebenfalls das Recht zur Anzeige besitzen? Unklar erscheint außerdem der Fall, dass ein Dienstnehmer der Auffassung ist, aufgrund der Ausgestaltung des Dienstverhältnisses tat-

sächlich Arbeitnehmer zu sein („Scheinselbständiger“), und aus diesem Grund Strafanzeige erstattet, weil er davon ausgeht, dass Steuern und Sozialabgaben hinterzogen wurden. Soll die Befugnis zur Anzeigeerstattung iS. des geplanten § 612 a letztlich in solchen Fällen davon abhängen, ob sich die Anzeige als berechtigt erweist (ob nämlich Arbeitnehmereigenschaft tatsächlich vorliegt)?

3.) Unternehmensinterne Meldesysteme und Datenschutzrecht

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass vor allem größere Unternehmen **interne Meldesysteme** („Ethikhotlines“) eingerichtet haben. Der Sarbanes-Oxley-Act etwa zwingt deutsche Unternehmen, soweit sie oder ihre Muttergesellschaft an US-Börsen notiert sind, zu deren Einrichtung. Die Empfehlungen der sog. Art. 29-Gruppe, einer europäischen Gruppe von Datenschützern, setzen im Zusammenspiel mit § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG solchen Meldesystemen enge Grenzen (vgl. dazu im Einzelnen Wisskirchen u.a., „Whistleblowing“ und „Ethikhotlines“, BB 2006, 1567 ff.). Aufgrund der geplanten Einfügung eines neuen § 612 a BGB haben die Unternehmen ein gesteigertes, schutzwürdiges Interesse daran, interne Abhilfesysteme zu etablieren, um negative Publizitätswirkungen eines von der Unternehmensleitung nicht gewünschten und ihr zunächst nicht bekannten Fehlverhaltens einzelner Mitarbeiter zu verhindern. Hier sollte durchaus erwogen werden, **die datenschutzrechtlichen Bestimmungen diesem Bedürfnis anzupassen** und unternehmensinterne Meldesysteme über den engen von der Art.-29-Gruppe hinaus gezogenen Bereich zuzulassen. Die Ausgestaltung der Meldesysteme im Einzelnen unterliegt selbstverständlich der Mitwirkung des Betriebsrates (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG), womit den Interessen der Arbeitnehmer in der Regel ausreichend Geltung verschafft werden kann.

Erfurt, den 4. Juni 2008

Dr. Klaus Rinck