

# Stellungnahme

**zum Entwurf einer Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im  
Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung des Lebensmittel- und  
Futtermittelgesetzbuchs sowie anderer Vorschriften (BT-Drucks. 16/8100)**

für den Ausschuss  
Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz  
des Deutschen Bundestages

## Zusammenfassung

Prof. Dr. Bernd Waas, Institut für Bürgerliches  
Recht, Arbeits- und Sozialrecht, Fernuniversität  
Hagen

Der vorliegende Regierungsentwurf sieht vor, in einem neu zu fassenden § 612 a BGB (im Folgenden: § 612 a BGB-E) ein sog. Anzeigerecht des Arbeitnehmers festzuschreiben. Diese Neuregelung ist zu begrüßen,

- da die i. W. richterrechtlich geprägte lex lata von einigen Unsicherheiten gekennzeichnet ist und der Entwurf die Rechtssicherheit erhöht (I.),
- die intendierten Änderungen in weitem Umfang nicht mehr als klarstellender Natur sind (II.) und
- inhaltliche Änderungen der Rechtslage, soweit sie nach dem vorliegenden Entwurf eintreten sollen, sowohl nach Maßgabe der Wertungen des geltenden Rechts als auch rechtspolitisch gesehen gut begründbar sind (III.).

Trotz grundsätzlicher Zustimmung wirft der Entwurf allerdings Fragen auf, die nachfolgend ebenfalls kurz beleuchtet werden sollen (IV.).

## Begründung der Stellungnahme

### I.

Die geltende Rechtslage des arbeitsrechtlichen Informantenschutzes ist verfassungsrechtlich durch Entscheidungen des BVerfG aus den Jahren 1987 (BVerfG v. 25. 2. 1987 – 1 BvR 1086/85) und 2001 (BVerfG v. 2. 7. 2001 – 1 BvR 2049/00) gewissermaßen „vorgeprägt“. Auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts wurde der Schutz v. a. durch eine Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2003 (BAG v. 3. 7. 2003 – 2 AZR 235/02) näher ausgestaltet. Dies bedeutet, dass zur Frage des arbeitsrechtlichen Schutzes von Informanten richterrechtlich entwickelte Regeln existieren. Angesichts dessen sollte bereits an dieser Stelle festgehalten werden, dass Richterrecht gegenüber formaler Gesetzgebung (selbstverständlich) keine „Sperrwirkung“ entfaltet. Zwar ist die Befugnis der Gerichte zur richterlichen Rechtsfortbildung gar nicht zu bestreiten. Im Arbeitsrecht ist man – wie etwa das Beispiel des gesetzlich so gut wie nicht geregelten Arbeitskammerrechts zeigt – auf eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte geradezu angewiesen. Dies hindert indes ein Tätigwerden des formellen Gesetzgebers allein schon deshalb nicht, weil nur der formelle Gesetzgeber über eine unmittelbare demokratische Legitimation verfügt.

Immerhin könnte man auf den Gedanken verfallen, eine gesetzliche Regelung sei angesichts des Bestehens von Richterrecht jedenfalls überflüssig. Auch dies wäre indes ein Missverständnis. Denn bei der Gewährung von arbeitsrechtlichem Schutz für Informanten stehen erkennbar Gemeinwohlinteressen von erheblichem Gewicht auf dem Spiel. Allein dieser Umstand legt ein Tätigwerden des Gesetzgebers von vornherein nahe. An dieser Stelle sei überdies der Hinweis gestattet, dass auch der von den Kollegen Henssler und Preis vorgelegte Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes (in § 78 ArbVG-E) eine Regelung zum arbeitsrechtlichen Informantenschutz enthält.

Unabhängig davon sprechen aber, abgesehen von der „Signalwirkung“ einer gesetzlichen Regelung, zwei Gründe dafür, den arbeitsrechtlichen Schutz von

Informanten in einem Gesetz festzuschreiben, statt Arbeitnehmer allein auf die Rechtsprechung zu verweisen: Zum einen ist eine gesetzliche Regelung Arbeitnehmern typischerweise viel leichter zugänglich als Entscheidungen der Gerichte. Zum anderen – und v. a. – ist Richterrecht nach seinen Entstehungsvoraussetzungen nur sehr eingeschränkt in der Lage, an die Stelle einer 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.

Die eingangs angeführte grundlegende Entscheidung des BAG zum arbeitsrechtlichen Informantenschutz aus dem Jahre 2003 ist ein gutes Beispiel für diese Schwäche von Richterrecht. Dies ergibt sich zunächst schon daraus, dass die Entscheidung einen sehr speziell liegenden Sachverhalt betraf. Dieser war dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitgeber von Zuwendungen der öffentlichen Hand abhängig war und die Einleitung eines Strafverfahrens (aufgrund einer entsprechenden Anzeige eines Arbeitnehmers, die sich gerade auf die Frage des rechtmäßigen Erhalts der Zuwendungen bezog!) wegen der damit verbundenen negativen öffentlichen Publizität die Existenzgrundlage des Arbeitgebers zu zerstören drohte. Vor diesem Hintergrund stellt sich nämlich die Frage, ob und in welchem Umfang auch in weniger speziell gelagerten (Normal-) Fällen auf die vom BAG entwickelten Regeln abgestellt werden kann. Ganz abgesehen davon muss es sich indes bei einer Anzeige des Arbeitnehmers nicht notwendigerweise um eine Strafanzeige handeln. Dementsprechend ist vor dem Hintergrund der genannten Entscheidung des BAG nicht restlos klar, wie andere, sich nicht auf Straftaten beziehende Anzeigen des Arbeitnehmers mit Blick auf den Schutz des Anzeigenden vor verhaltensbedingten Kündigungen durch den Arbeitgeber letztlich zu bewerten sind.

Die vom BAG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 entwickelten Regeln sind überdies – was angesichts der eben angesprochenen Notwendigkeit eines „schrittweisen“ Vorgehens der Gerichte auch nicht verwundern kann – durch eine

große „inhaltliche Offenheit“ gekennzeichnet. Konfrontiert mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen wegen einer von einem Arbeitnehmer veranlassten Strafanzeige gegen seinen Vorgesetzten gegenüber dem Arbeitnehmer eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann, hat das BAG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 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 (vgl. allerdings BAG v. 7. 12. 2006 – 2 AZR 400/05, wonach es bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Anzeige nicht entscheidend auf den Ausgang des Strafverfahrens ankommen soll), 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 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 der innerbetrieblichen Klärung somit ein pflichtwidriges Verhalten darstellt. Das BAG wendet also in seiner Entscheidung die Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit an. Beide Maßstäbe sind ersichtlich in hohem Maße 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 auch nicht völlig klar ist, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen sollen. All dies macht es für einen Arbeitnehmer außerordentlich schwer vorherzusehen, ob er im Fall einer Anzeige Schutz vor Kündigungen besitzt oder nicht.

Zu den 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 hat das BVerfG festgestellt, dass Aussagen eines Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber im Rahmen eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens grundsätzlich nicht geeignet sind, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen. Zur Begründung hat das BVerfG u. a. ausgeführt, dass die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren, soweit nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht würden, „im Regelfall“ aus rechtsstaatlichen Gründen nicht dazu führen dürfe, daraus einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten. Die Formulierung „im Regelfall“ will das BAG nun so 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 dürfe, ausgehöhlt wird. Jedenfalls scheint es, als hätte das BAG den Raum, den das BVerfG für den erforderlichen Ausgleich der Grundrechte von Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts gelassen hat, bis hart an die Grenze des nach Maßgabe des Verfassungsrechts Gebotenen ausgeschöpft. Dies ist umso bedenklicher, als man an der Richtigkeit einiger Annahmen des BAG Zweifel anmelden muss. Dies gilt etwa für die Einschätzung, dass die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Unternehmerfreiheit auch das Interesse des Arbeitgebers schütze, „nur mit solchen Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten, die die Ziele des Unternehmens fördern und das Unternehmen vor Schäden bewahren“ sowie die hiermit im Zusammenhang stehende Feststellung des Gerichts, „die mit der Einleitung eines Strafverfahrens verbundene negative öffentliche Publizität“ müsse zu einer Begrenzung des Anzeigerechts des Arbeitnehmers führen. Gewagt erscheint bereits die These, dass Informanten (generell) nicht die Ziele des Unternehmens fördern. Davon abgesehen wird aber das (vermeintliche) Interesse des Arbeitgebers an „loyalen“ Mitarbeitern allzu rasch auf die Ebene des verfassungsrechtlichen Schutzes

gehoben. Ausgeblendet wird dabei überdies die zentrale Frage, weshalb es nun gerade gegen den Arbeitnehmer ausschlagen soll, wenn in die Öffentlichkeit „durchsickert“, dass die Strafverfolgungsbehörden gegen den Arbeitgeber ein Ermittlungsverfahren eingeleitet haben.

Ganz abgesehen davon ist an der Entscheidung des BAG aus dem Jahre 2003 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 nämlich 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 Vergleich mit der Entscheidung des BVerfG „unterbelichtet“. Die Bedeutung, die das BVerfG dem Gesichtspunkt des Gemeinwohls beimisst, zeigt sich z. B. daran, dass das Gericht in seiner Entscheidung nicht allein von der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren spricht, sondern die Zeugenpflicht ausdrücklich als eine „allgemeine Staatsbürgerpflicht“ bezeichnet. Sie zeigt sich aber v. a. auch daran, dass das BVerfG zur Begründung des Satzes, wonach die Erfüllung der gesetzlich auferlegten Pflichten zivilrechtlich nicht zu Nachteilen führen dürfe, anführt, nur auf diese Weise könne „die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionsfähige Strafrechtspflege im Interesse der Allgemeinheit zu gewährleisten“, erfüllt werden. Demgegenüber spielen Überlegungen zum Schutz von Allgemeininteressen in der Rechtsprechung des BAG allenfalls eine untergeordnete Rolle. Deutlich wird dies u. a. auch an der Bedeutung, die das BAG der Motivlage auf Seiten des Arbeitnehmers beimisst. Problematisch ist dies deshalb, weil die Motive, die den Arbeitnehmer zur Anzeige von Missständen bewogen haben, nichts darüber aussagen, wie wünschenswert die Anzeige von Fehlverhalten in einem Betrieb aus Sicht der Allgemeinheit sein mag.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die Entscheidung des BAG inhaltlich Bedenken auslöst und v. a. mit Blick auf das Ziel der Gewährleistung einer gewissen Rechtssicherheit unbefriedigend bleibt. Angesichts dessen liegt eine

gesetzliche Regelung nahe, 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 ratsam erscheint, wenn der (demokratisch legitimierte) Gesetzgeber die Abwägung zwischen den betroffenen Grundrechten selbst vornimmt.

## II.

Der vorliegende Entwurf eines neuen § 612 a BGB bringt gegenüber der geltenden Rechtslage keine dramatischen Änderungen.

Soweit § 612 a Abs. 1 S. 1 BGB-E 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 – ganz abgesehen davon, dass dem Arbeitnehmer spezialgesetzlich oder aufgrund arbeitsvertraglicher Regelungen ein „Anzeigerecht“ zustehen oder den Arbeitnehmer gar eine „Anzeigepflicht“ treffen mag – nicht mehr als eine Selbstverständlichkeit aus. Insbesondere schafft die Vorschrift kein Recht des Arbeitnehmers (etwa in dem Sinne, dass sich der Arbeitgeber mit der Anzeige und dem Abhilfeverlangen befassen müsste). Die Befassung mit Anzeige und Abhilfeverlangen stellt vielmehr eine reine Obliegenheit des Arbeitgebers und damit eine Verhaltensanforderung dar, die er im eigenen Interesse zu beachten hat. Dass der Arbeitgeber Anzeigen des Arbeitnehmers auch aus rechtlichen Gründen tunlichst nachgehen sollte, ergibt sich – unabhängig von § 612 a Abs. 1 S. 1 BGB-E – bereits daraus, dass der Arbeitnehmer nach erfolgloser innerbetrieblicher Klärung grundsätzlich o. W. „nach außen“ gehen darf.

§ 612 a Abs. 1 S. 2 BGB-E enthält den Grundsatz eines Vorrangs der innerbetrieblichen Klärung. Dem Arbeitnehmer wird das „Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden“, nur dann zugestanden, wenn der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe nicht oder nicht ausreichend

nachkommt. In diesem Zusammenhang ist in Erinnerung zu rufen, dass das BAG in seiner Entscheidung einen generellen Vorrang der innerbetrieblichen Klärung ausdrücklich nicht anerkennen wollte, sondern einen fehlenden innerbetrieblichen Hinweis auf angezeigte Missstände lediglich als Indiz für ein unverhältnismäßiges, d. h. die verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitgebers rechtfertigendes Arbeitnehmerverhalten angesehen hat. Auf dieser Linie liegt es, wenn die Neuregelung eine vorrangige innerbetriebliche Klärung unter gewissen Voraussetzungen für nicht erforderlich erklärt. § 612 a Abs. 2 S. 1 BGB-E sieht nämlich vor, dass „ein vorheriges Verlangen nach Abhilfe“ (hierunter dürften Abhilfeverlangen *und* Anzeige des Missstands zu verstehen sein) unterbleiben kann, wenn dies dem Arbeitnehmer „nicht zumutbar“ ist. Auf diesen Maßstab der Zumutbarkeit hat, wie oben bereits ausgeführt, auch das BAG in seiner Entscheidung abgestellt.

§ 612 a Abs. 2 S. 2 BGB-E Nrn. 1 – 4 BGB-E enthalten eine Aufzählung von Missständen, bei deren Vorliegen eine innerbetriebliche Klärung „stets“, also immer, als unzumutbar zu bewerten ist.

Dies soll einmal der Fall sein, wenn „aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht“ (Abs. 2 S. 2 Nr. 1). Diese Fallgruppe liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BAG (ebenso übr. auch LAG Baden-Württemberg v. 3. 2. 1987 – 7 (13) Sa 95/86), da es sich hierbei um besonders hochrangige Rechtsgüter handelt, die auch mit Mitteln des Strafrechts geschützt werden, und das BAG insbesondere bei „schwerwiegenden Straftaten“ von der Unzumutbarkeit einer vorherigen innerbetrieblichen Klärung ausgeht.

Eine Unzumutbarkeit der vorherigen innerbetrieblichen Klärung soll nach dem Entwurf auch dann zu bejahen sein, wenn „der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat“ (Abs. 2 S. 2 Nr. 2). Was den Arbeitgeber betrifft, so nimmt das BAG eine Unzumutbarkeit in diesem Sinne ebenfalls unabhängig von der Schwere der Straftat an. Demgegenüber soll die Anzeige von Straftaten anderer Arbeitnehmer die Bejahung einer Unzumutbarkeit nach Auffassung des BAG nur dann tragen, wenn es sich um „schwerwiegende“

Straftaten handelt. Wörtlich heißt es in der Entscheidung des BAG, es erscheine „eher zumutbar“, vom Arbeitnehmer vor der Erstattung einer Anzeige einen Hinweis an den Arbeitgeber zu verlangen und zwar auch dann, wenn ein Vorgesetzter betroffen sei. Dies gelte insbesondere auch dann, wenn es sich um Pflichtwidrigkeiten handele, „die – auch – den Arbeitgeber selbst schädig(t)en“.

Eine Unzumutbarkeit der vorherigen innerbetrieblichen Klärung soll nach dem Entwurf ferner dann zu bejahen sein, wenn „eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er [der anzeigende Arbeitnehmer] sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde“ (Abs. 2 S. 2 Nr. 3). Auch das BAG nimmt unter diesen Umständen eine Unzumutbarkeit an.

Schließlich soll eine Unzumutbarkeit der vorherigen innerbetrieblichen Klärung nach dem Entwurf dann gegeben sein, wenn „eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird“ (Abs. 2 S. 2 Nr. 4). Das BAG geht in seiner Rechtsprechung von einer Unzumutbarkeit aus, wenn „Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten“ ist. Diese Formulierung erscheint gegenüber der im Entwurf gebrauchten Formulierung vorzugswürdig, da es problematisch wäre, wenn die Beantwortung der Frage nach den voraussichtlichen Aussichten eines Abhilfeverlangens ausschließlich von Evidenzerlebnissen des Arbeitnehmers abhängig gemacht würde. Zu überlegen ist daher, den Entwurf in einer Weise zu präzisieren bzw. abzuändern, die sicherstellt, dass bei der Bewertung der Unzumutbarkeit eine objektivierende Betrachtung nach dem Maßstab eines „verständigen“ Arbeitnehmers zugrunde gelegt wird.

Keine Bedeutung hat nach dem vorliegenden Entwurf die Motivation des Anzeigenden. Demgegenüber stellt die Motivation des Arbeitnehmers zur Anzeige nach der Auffassung des BAG eines der Indizien dar, die darüber entscheiden, ob in einer Anzeige ein rechtswidriges, die Kündigung durch den Arbeitgeber rechtfertigendes Verhalten des Arbeitnehmers erblickt werden kann. In seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 hat das BAG sogar ausdrücklich festgestellt, dass „die Gründe, die den Arbeitnehmer dazu bewogen haben, die Anzeige zu erstatten, ... besondere Bedeutung“ verdienen (ähnlich zuletzt LAG Rheinland-Pfalz v. 24. 10. 2007 – 7 Sa 451/07). Dennoch dürften die

Unterschiede zwischen dem Entwurf der Neuregelung auf der einen und der sich aus der Entscheidung des BAG ergebenden Rechtslage auf der anderen Seite allenfalls gering sein. Zunächst ist nämlich darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung des BAG ein zu missbilligendes Motiv keineswegs notwendigerweise die Unzulässigkeit einer außerbetrieblichen Anzeige zur Folge hat. Jedenfalls hat das BAG selbst dann, wenn die Anzeige ausschließlich mit dem Ziel erfolgt, den Arbeitgeber zu schädigen, nur angenommen, dass das Verhalten des Arbeitnehmers als unverhältnismäßig bewertet werden *kann*, und in diesem Zusammenhang überdies auf die Notwendigkeit einer „Berücksichtigung des der Anzeige zu Grunde liegenden Vorwurfs“ hingewiesen. Auch bei näherer Betrachtung – d. h. dann, wenn man die möglichen Fallkonstellationen einmal „durchspielt“ – lassen sich indes keine wesentlichen Unterschiede zwischen geltender Rechtslage und Entwurf ausmachen: Nach dem Entwurf darf sich auch der „böswillige“ Arbeitnehmer an eine außerbetriebliche Stelle wenden, wenn er zuvor erfolglos eine innerbetriebliche Klärung versucht hat; ob er allerdings unter diesen Umständen überhaupt noch als „böswillig“ angesehen werden kann, soll hier einmal dahinstehen. Doch dürfte sich auch nach Maßgabe der Sichtweise des BAG nichts anderes ergeben. Jedenfalls führt das Gericht in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 aus, dass den Arbeitnehmer, der den Arbeitgeber auf eine gesetzeswidrige Praxis im Unternehmen hingewiesen hat, keine „weitere vertragliche Rücksichtnahmepflicht“ mehr trifft, wenn der Arbeitgeber nicht Abhilfe geschaffen hat. Versucht der Arbeitnehmer dagegen keine vorherige innerbetriebliche Klärung und liegt ein Fall der Unzumutbarkeit vor – man denke etwa an den Fall, dass sich die Anzeige auf Straftaten des Arbeitgebers bezieht oder unmittelbare Gefahren für Leben oder Gesundheit von Menschen drohen –, dann dürfte auch bei Zugrundelegung der vom BAG entwickelten Regeln ein Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung nicht gegeben sein. Jedenfalls spricht manches dafür anzunehmen, dass das BAG unter diesen Voraussetzungen den Arbeitnehmer so stellen würde wie er stehen würde, wenn er zuvor ein innerbetriebliches Abhilfungsverfahren initiiert hätte. Versucht ein Arbeitnehmer schließlich keine innerbetriebliche Klärung, obwohl ihm diese zumutbar wäre, ist er auch nach dem vorliegenden Entwurf nicht berechtigt, sich „nach außen“ zu wenden; der Grundsatz des Vorrangs der innerbetrieblichen Klärung wird ja, wie gesagt, im Entwurf ausdrücklich festgeschrieben und zwar ohne Berücksichtigung

der „inneren Tatseite“. Von alldem einmal abgesehen, ist schließlich auch darauf hinzuweisen, dass die gesetzliche Neuregelung den Arbeitnehmer (selbstverständlich) nicht von der Verpflichtung zur Beachtung der allgemeinen Schranken der Rechtsausübung entbindet. Zu diesen Schranken zählt aber insbesondere auch die letztlich auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhende, allgemeine Schranke des Rechtsmissbrauchs bzw. der unzulässigen Rechtsausübung.

Jenseits der in § 612 a Abs. 2 S. 2 Nrn. 1 – 4 BGB-E 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-E 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. Demgegenüber formuliert das BAG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003, dass der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Erstattung einer Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden nicht „wissentlich oder leichtfertig falsche“ Angaben machen darf. Die Begründung zum Entwurf, wonach „objektiv eine Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen eines Missstands“ gegeben sein muss und „bloße Mutmaßungen oder theoretische Überlegungen“ des Arbeitnehmers nicht ausreichend sind, weist darauf hin, dass mit der im Entwurf gebrauchten Formulierung letztlich nichts anderes „getroffen“ werden soll als der vom BAG eingenommene Standpunkt. In der Tat darf man dem Arbeitnehmer eine außerbetriebliche Anzeige nicht erlauben, wenn er vor sich aufdrängenden Beweismitteln gleichsam „die Augen verschließt“ und sich zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhalts (ggf. im Zusammenwirken mit dem Arbeitgeber) von vornherein verschließt. Umgekehrt muss aber sichergestellt sein, dass, um es mit den Worten des BAG zu sagen, nicht „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“.

Festzuhalten ist an dieser Stelle der wesentliche Unterschied, dass nach dem vorliegenden Entwurf eine Unzumutbarkeit der vorherigen innerbetrieblichen Klärung bei der Anzeige von Straftaten anderer Arbeitnehmer unabhängig von der „Schwere“ der Straftat zu bejahen ist, wohingegen das BAG in seiner Rechtsprechung grundsätzlich die Begehung einer „schwerwiegenden“ Straftat fordert.

### III.

Nach dem oben Gesagten liegt die wohl bedeutsamste materielle Änderung gegenüber der geltenden Rechtslage darin, dass eine unmittelbare außerbetriebliche Anzeige in Zukunft bereits dann rechtmäßig sein soll, wenn ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat. Demgegenüber fordert das BAG bei Fehlverhalten von Arbeitnehmern grundsätzlich das Vorliegen einer „schwerwiegenden“ Straftat. Dass der Gesetzgeber auf das Merkmal der (besonderen) „Schwere“ verzichtet, liegt sicherlich innerhalb der Grenzen seines gesetzgeberischen Ermessens. Der Verzicht hat zudem den Vorteil, dass zukünftig nicht mehr zwischen „schweren“ und „minder schweren“ Straftaten abgegrenzt werden muss. Auch wiegt die mit der Einleitung von Strafverfahren verbundene „negative Publizität“ regelmäßig weitaus leichter, wenn dabei keine schwerwiegenden Straftaten in Rede stehen. Schließlich begründet schon das bloße Bestehen eines strafrechtlichen Schutzes ein erhebliches Interesse der Allgemeinheit an der raschen Aufdeckung und Aufklärung von Fehlverhalten. Obwohl die im Entwurf getroffene Wertung somit o. W. „vertretbar“ ist, ließe sich indes auch eine Beschränkung auf „schwerwiegende“ Straftaten im Sinne der Rechtsprechung des BAG gut begründen. Zu bedenken ist nämlich, dass der Arbeitgeber nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Wahrung des Betriebsfriedens ein starkes Interesse daran hat, nicht von Anzeigen überrascht zu werden, die sich auf ein Fehlverhalten beziehen, das ihm selbst nicht zurechenbar ist und von dem er regelmäßig auch keine Kenntnis hat. Immerhin wird die Problematik dadurch „entschärft“, dass der Arbeitnehmer unter gewissen Voraussetzungen bereits aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung,

Schäden vom Arbeitgeber sowie von anderen Arbeitnehmern abzuwenden, gehalten ist, den Arbeitgeber über Missstände im Betrieb zu informieren. Dementsprechend führt denn auch das BAG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2003 zu Recht aus, dass eine Pflicht zur vorrangigen innerbetrieblichen Klärung von Vorwürfen gegen andere Arbeitnehmer „insbesondere dann“ angenommen werden könne, „wenn es sich um Pflichtwidrigkeiten handelt, die – auch – den Arbeitgeber selbst schädigen“.

#### IV.

Obwohl der vorliegende Entwurf eines neuen § 612 a BGB insgesamt positiv zu bewerten ist, wirft die geplante Neuregelung doch auch weitere Fragen auf. Zwei dieser Fragen sollen hier kurz beleuchtet werden.

Eine Frage betrifft § 612 a Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB-E, wonach eine vorrangige innerbetriebliche Klärung unzumutbar ist, wenn „aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht“. Die Frage, die sich hierbei stellt, geht dahin, warum der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang nur auf die genannten Rechtsgüter abstellt und z. B. nicht auch drohende Verletzungen des Körpers, der Freiheit und des Eigentums mit einbezieht, bei denen es sich, wie allein schon aus ihrer Aufzählung in der deliktsrechtlichen Generalklausel des § 823 Abs. 1 BGB deutlich wird, ebenfalls um besonders „ranghohe“ Rechtsgüter und Rechte handelt.

Noch bedeutsamer dürfte die Frage sein, was unter einer „zuständigen außerbetrieblichen Stelle“ zu verstehen ist, die in § 612 a Abs. 1 S. 2 BGB-E in Bezug genommen wird. Soll es sich dabei nur um Behörden handeln, also um Stellen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen? Oder schließt die in § 612 a Abs. 1 S. 2 BGB-E gebrauchte Formulierung private Einrichtungen wie z. B. Verbraucher- oder Umweltschutzorganisationen ein? Letzteres verstünde sich allein schon deshalb nicht von selbst, weil man bei staatlichen Stellen

typischerweise weitaus mehr als bei privaten Einrichtungen davon wird ausgehen können, dass der Arbeitgeber vor einer negativen Publizität (wie sie als Folge einer Anzeige eintreten kann) geschützt ist. Eine zusätzliche Dimension erhält die Problematik aber v. a. dann, wenn man an die geplante Neuregelung die Frage knüpft, ob z. B. auch Vertreter der Medien „zuständige außerbetriebliche Stellen“ sein können. In diesem Zusammenhang sei nur darauf hingewiesen, dass der Public Interest Disclosure Act 1998, der im Vereinigten Königreich die Problematik von Anzeigen des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer regelt, Offenbarungen gegenüber Dritten nicht ohne Grund von wesentlich strengeren Voraussetzungen abhängig macht als Offenbarungen gegenüber bestimmten gesetzlich näher bezeichneten Stellen. Die Klärung der überaus wichtigen Frage, ob Vertreter der Medien „zuständige außerbetriebliche Stellen“ sein können, sollte man auch in Deutschland nicht den Gerichten überlassen.

Hagen, 11.06.08

Prof. Dr. B. Waas