

## Zur gesetzlichen Neuregelung des Schutzes von Whistleblowern/Informanten

- Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestages –  
Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz am 4. Juni 2008 in Berlin

<b>Übersicht:</b>	<b>Seite</b>
A. Sieben typische Konfliktlagen für Whistleblower/Informanten	1
B. Defizite und Mängel der geltenden Rechtslage	3
C. Warum brauchen wir einen verbesserten Schutz für Whistleblower/Informanten?	8
D. Künftige Rechtslage - Was kann und sollte der Gesetzgeber tun?	10
E. Kritische Einzel-Anmerkungen zum Regelungsvorschlag der Bundesministerien BMAS, BMELV und BMJ vom 30. April 2008	13
F. Modifizierter Gesetzesvorschlag	17

### A. Sieben typische Konfliktlagen für Whistleblower/Informanten

#### (1) Aufdeckung von Gesetzesverstößen und Straftaten

z.B. Nichtverfolgung von Steuerhinterziehung („Whistleblower-Fall Werner Borcharding“)<sup>1</sup>; Banken-Beihilfe zur Steuerhinterziehung und Steuerflucht nach Luxemburg („Whistleblower-Fall Werner Demandt“<sup>2</sup>); illegale Parteienfinanzierung („Staatsbürgerliche Vereinigungen“; „jüdische Vermächtnisse“ der CDU Hessen); Subventionsbetrug bei privatem Bildungsträger<sup>3</sup>; körperliche Misshandlungen in Polizeiwache<sup>4</sup>; illegale Rüstungsexporte; Verschwendung von EU-Finanzmitteln (Whistleblower-Fälle van Buitenen und Guido Strack); Whistleblower-Fall Schöller illegale Sonderzahlungen an Manager (Mannesmann-Vodafone)<sup>5</sup>; Whistleblowerfall Couto zum MedicAid-Betrug der Bayer Corporation<sup>6</sup>; Korruption im aktuellen Siemens-Konzern; Whistleblower-Fall Andrea Fuchs (Aufdeckung von Insider-Verstößen bei Börsengeschäften<sup>7</sup>); „Einkaufen“ von Betriebsräten im VW-Konzern („Fall Hartz/Volkert u.a.“); (verspätetes) Whistleblowing über Verdacht der Ermordung von 14 Patienten durch Krankenpflegerin in der Berliner Charité<sup>8</sup>

#### (2) Verstöße gegen internationale Abkommen

z.B. illegale Verklappungen auf Hoher See; Verstöße gegen A-, B- und

<sup>1</sup> vgl. u.a. Brand Eins v.09/04, S. 89 ff; Handelsblatt v. 21.4.2004

<sup>2</sup> vgl. dazu u.a. Der Stern Nr. 48/1996 v. 21.11.1996; SWR-Sendemanuskript v. 25.8.1997, S. 2; Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, S. 172 m.w.N.

<sup>3</sup> vgl. Urteil des LAG Ffm. v. 27.11.2001 – 15 Sa 411/01

<sup>4</sup> www.wdr.de/tv/monitor/beitraege.phtml?id=432 v.4.7.2002

<sup>5</sup> vgl. www.wdr.de/themen/wirtschaft/wirtschaftsbranche/mannesmann\_prozess2006/061124; www.zdf.de/ZDFde/inhalt/27/0,1872,2258139,00.html v.6.2.2005

<sup>6</sup> vgl. u.a. CBGnetwork.de (17.8.2003)

<sup>7</sup> vgl. LAG Ffm. v. 6.6.2000 – Az: 2 Sa 144/99 -; <http://www.whistleblower-net.de/blog/?p=259>

<sup>8</sup> vgl. FAZ v. 7.10.2006, S. 9

C-Waffen-Verbotsabkommen<sup>9</sup>; Aufdeckung der Missachtung von Genfer Konventionen („Abu Ghraib“) durch brit. Drogisten<sup>10</sup>; Enthüllungen über illegale CIA-Flüge ("renditions") durch Whistleblower in mehreren europäischen Ländern

(3) Kritik an betriebsinternen Missständen

z.B. Verwendung von Asbest („Whistleblower-Fall Werner Deiwiks“<sup>11</sup>); Whistleblower-Fall Erwin Bixler: Unregelmäßigkeiten bei Vermittlungsstatistiken der damaligen Bundesanstalt für Arbeit<sup>12</sup>; Behandlungsnotstand in Krankenhaus („Whistleblower-Fall Cora Jacobi“<sup>13</sup>); Pflegemissstände („Whistleblower-Fall Brigitte Heinisch“<sup>14</sup>), Whistleblower-Fälle zum Umgang mit „Gammelfleisch“<sup>15</sup>; Whistleblower-Hinweise zur Aufdeckung der aktuellen "Spitzel-Affäre" bei der deutschen Telekom durch einen Telekom-Mitarbeiter<sup>16</sup>

(4) Konflikte um die Einhaltung „beruflicher Standards“

z.B. Datenfälschung im Wissenschaftsbetrieb („Krebsforscher-Fall Herrmann/Brach“<sup>17</sup>; Prof. Lohmann-Fall an der Uni Gießen<sup>18</sup>; „Whistleblower-Hinweise zur Datenverfälschung bei Versuchen mit Mäusen (Schweizer Biotech-Unternehmen Cytos<sup>19</sup>); Verdecken von Negativinformationen oder Verschweigen risikobehafteter Schwächen oder Nebenwirkungen technischer Produkte („fehlende Feuersicherheit eines Autotanks“) oder wissenschaftlich-technischer Entwicklungen („Anti-Missile-Defense-Whistleblower-Fall Dr. Ted Postol“); „Wegsehen“ bei BSE-Verdacht („Whistleblower-Fall Dr. Herbst“)<sup>20</sup>

(5) Bagatellisierung von Schadensfällen

z.B. „geschönte“ Schadensbegutachtungen („Challenger-Katastrophe“ – Fall Boisjoly<sup>21</sup>); Störfall-Begutachtung in Akws; Umgang mit atomarem Abfall

<sup>9</sup> zur durch das Völkerrecht verbotenen C-Waffenforschung in der früheren Sowjetunion und zum Whistleblowerfall Mirzajanow, vgl. u.a. Fischbeck/Kollek (Hrsg.), Fortschritt wohin?, 1994, S. 126 ff; Frank von Hippel, Russian whistleblower faces jail, in: The Bulletin of the Atomic Scientists, March 1983, S. 7; R. Braun in: Wissenschaft und Frieden, Nr. 1/1994, S. 71f; zur Aufdeckung anderer Verstöße vgl. Dieter Deiseroth, 'Societal verification: wave of the future?', in *Verification Yearbook 2000*, pp. 265–280

<sup>10</sup> vgl. FAZ v. 20.1.2005, S. 3

<sup>11</sup> vgl. ArbG Solingen vom 4.4.1983 – Az: 4 Ca 191/83 -; WdA Nr. 36/1983, S. 5 und die Gegendarstellung der Fa. Textar in: WdA Nr. 40/1983,

<sup>12</sup> vgl. u.a. Focus v. 11.3.2002; [www.gbi.de/cgi-bin/gbiwww.v.15.8.2008](http://www.gbi.de/cgi-bin/gbiwww.v.15.8.2008)

<sup>13</sup> vgl. dazu u.a. Wirtschaftswoche Nr. 9/1997 v. 20.2.1997; Ursula Ott in: Spiegel Special Nr. 1/1999, S. 40; Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, S. 171 m.w.N.

<sup>14</sup> vgl. dazu u.a. Deiseroth, in: AuR 2007, S. 34 ff mit Replik Binkert in: AuR 2007, 195 ff und Duplik Deiseroth, in: AuR 2007, S. 198 ff; ders., Die Altenpflege, Heft Juni 2008 (i.E.)

<sup>15</sup> vgl. u.a. Stuttgarter Zeitung v. 2.9.2006, S. 22;

[www.focus.de/finanzen/news/byern\\_nid\\_\\_351176.html](http://www.focus.de/finanzen/news/byern_nid__351176.html) vom 8.9.2006

<sup>16</sup> vgl. Südd.Zeitung vom 31.5.2008; [www.heise.de/newsticker/Telekom-Chef-Obermann-sucht-die-Offensive--/meldung/108797](http://www.heise.de/newsticker/Telekom-Chef-Obermann-sucht-die-Offensive--/meldung/108797)

<sup>17</sup> vgl. u.a. Der Spiegel Nr. 26/1997, S. 202; Ursula Ott, Spiegel-Special 1/1999, 40 ff; DFG-Kommission, Empfehlungen der Kommission "Selbstkontrolle in der Wissenschaft" vom Januar 1998; Deiseroth, Zum Umgang mit Dissens in der Wissenschaft, in: Hans Schneider, Neues vom Reichstagsbrand, 2004, S. 15 <26 ff>

<sup>18</sup> vgl. dazu BVerwG, Urt. vom 11.12.1996 – BVerwG 6 C 5.95 -; Jeanne Rubner, Wissenschaft ohne Kontrolle, in: Südd.Zeitung v. 7.8.1997; Michael Breitbach, in: Südd.Zeitung v. 12.9.1997

<sup>19</sup> vgl. Holger Wormer in: Südd. Zeitung v. 11.2.2003, S. Vs/9; Stellungnahme des Ombudsmanns des Kanton Zürichs vom 5.2.2002 (Az: 240/2002); Gutachten Prof. Hans-Rudolf Lüscher (Uni Bern) vom 11.6.2002; SWR-2-Sendemanuskript Nr. W00446939 v. 25.11.2004

<sup>20</sup> bgl. Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE. Berlin, 2001

<sup>21</sup> vgl. dazu Deiseroth, Berufsethische Verantwortung in der Forschung, 1997, S. 7 m.w.N.

(„Whistleblower-Fall Nikitin“<sup>22</sup>); Verdecken ärztlicher Kunstfehler („Essener Brustkrebs-Fehldiagnosen“<sup>23</sup>)

- (6) Unterdrückung und Vernichtung von „missliebigen“ Dokumenten  
z.B. Akten- oder Dateienbeseitigung nach Regierungswechsel;  
Wegschaffen von belastenden Dokumenten (Parteispenden-Skandal;  
„Raubgold-Konten“ bei Banken („Whistleblower-Fall Meili“<sup>24</sup>))
- (7) Kontroverse Risikoeinschätzung  
z.B. umstrittene Mitarbeit an Entwicklung eines Medikaments für Soldaten bei Atomwaffeneinsatz<sup>25</sup>; Sicherheitsbedenken gegen Akw-Betrieb<sup>26</sup>; "unbequeme Forschungsergebnisse" im Rahmen der BSE-Forschung<sup>27</sup>; Umgang mit Risiken gentechnisch-veränderter Organismen („Gen-Kartoffel-Fall“ Dr. Arpad Pusztai)<sup>28</sup>; Infektionsgefahr bei Blutspenden im Zusammenhang mit Borna-Virus (Whistleblower-Fall Dr. Bode)<sup>29</sup>

## **B. Defizite und Mängel der geltenden Rechtslage**

### **1. Nur rudimentäre sektorale Schutzregelungen für spezielle Beschäftigte und für wenige Einzelbereiche**

#### *a) Betriebsbeauftragte*

- Betriebliche Beauftragte sind keine Vertrauenspersonen der Beschäftigten oder unabhängige Beauftragte einer aufsichtsführenden Behörde, sondern Beauftragte des Arbeitgebers, der sie auch bestellt und abberuft.
- "Normale" Beschäftigte können sich keinesfalls auf diese Schutzregelungen berufen.
- Es ist zudem bislang nicht hinreichend geklärt, ob sich vom Arbeitgeber berufene betriebliche Beauftragte (Betriebsärzte und Fachkräfte für Arbeitssicherheit; betriebliche Datenschutzbeauftragte; Strahlenschutz-, Gewässerschutz-, Immissionsschutzbeauftragte) wegen innerbetrieblicher Missstände nach Ausschöpfung ihrer innerbetrieblichen Möglichkeiten "nach außen" an die Aufsichtsbehörden oder die Staatsanwaltschaft oder an die Öffentlichkeit wenden dürfen.<sup>30</sup>

#### *b) Arbeitsschutz, Gefahrstoffe, Datenschutz*

Ausdrückliche Anzeigerechte für Beschäftigte finden sich zwar

- in § 17 Abs. 2 Arbeitsschutzgesetz von 1996 (Umsetzung der EG-Rahmenrichtlinie Arbeitsschutz von 1989)
- früher in der Gefahrstoffverordnung (§ 21 Abs. 6 GefStoffV 1993) und
- in einigen Datenschutzgesetzen (z.B. § 28 hessDSchG, § 26 DSchG NRW und § 26 hbgDSchG)
- in einzelnen tarifrechtlichen Regelungen (z.B. frühere Manteltarifverträge in der Druckindustrie).

<sup>22</sup> vgl. dazu u.a. Deiseroth/Göttling, Der Fall Nikitin. Pittenhart. 2000

<sup>23</sup> vgl. dazu u.a. Christine Kostrzewa, Diagnose im Krebskandal, in: Frankf. Rundschau v. 24.2.1997

<sup>24</sup> vgl. dazu Frankfurter Rundschau v. 25.2.1997

<sup>25</sup> vgl. BAG, Urteil vom 24.5.1989 in: AP Nr. 1 zu § 611 BGB - Gewissensfreiheit

<sup>26</sup> vgl. BAG in: AP Nr. 8 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

<sup>27</sup> vgl. Reinhardt Wandtner, Im Bann des Rinderwahnsinns, in: FAZ v. 28.11.2000, S. 1; vgl. weiteres Material in: Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, Berlin. 2001, S. 163 ff

<sup>28</sup> vgl. Volker Stollorz, Zankapfel Genkartoffel, in: Die Zeit v. 25.2.1999, S. 35; Barbara Hobom, in: FAZ v. 3.3.1999; Deiseroth/Falter, Whistleblower in Gentechnik und Rüstungsforschung, 2006, S. 113 ff

<sup>29</sup> vgl. Deiseroth/Falter, Whistleblowing in Altenpflege und Infektionsforschung, Berlin, 2007

<sup>30</sup> Bejahend für einen Strahlenschutzbeauftragten BAG, Ur. AP Nr. 8 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

Alle dieser Regelungen schützen jedoch nur Anzeigen zu eng definierten Themen (betrieblicher Arbeitsschutz; Nichteinhaltung von Betriebsschutzgrenzwerten, jedoch nicht: Umweltgefährdungen; Arbeitnehmerdaten). Beschwerden, die primär die Interessen außenstehender Dritter oder der Allgemeinheit betreffen, sind nach diesen Rechtsvorschriften nicht geschützt.

**2. Beschwerderechte jedes Beschäftigten nach §§ 82, 84 BetrVG gegenüber Arbeitgeber oder zuständigen Stellen des Betriebes oder nach § 85 BetrVG gegenüber Betriebsrat sind für Whistleblower-Konfliktlagen vielfach unzureichend**

- a) In vielen Betrieben existiert kein Betriebsrat, so dass § 85 BetrVG gegenstandslos ist.
- b) Trotz ihrer Ausgestaltung als Individualrechte ist unklar, ob §§ 82, 84 BetrVG auch in betriebsratslosen Betrieben anwendbar sind.
- c) §§ 82, 84 BetrVG eröffnen nur einen Anspruch auf Entgegennahme, Prüfung und Bescheidung der Beschwerde, nicht auf Abhilfe.
- d) Nach verbreiteter Auffassung ist Voraussetzung von Beschwerden nach §§ 82, 84 BetrVG stets die eigene Betroffenheit des/der Beschäftigten. "Altruistischen Belange" können damit nicht geltend gemacht werden.<sup>31</sup>
- e) Das Beschwerderecht nach § 85 BetrVG bleibt wirkungslos, wenn sich der Betriebsrat der Frage nicht annimmt, etwa weil dieser
  - das Interesse am Erhalt von Arbeitsplätzen höher bewertet und den Whistleblowerfall nicht weiter verfolgt,
  - im Konflikt die Position des Arbeitgebers teilt oder übernimmt oder
  - unter Umständen gar selbst in die betreffenden Missstände involviert ist (Fall VW/Volkert/Hartz).

**3. Anzeigepflicht nach § 138 StGB**

Auf die in § 138 StGB normierte Verpflichtung jedes Einzelnen, zur Vermeidung eigener Strafverfolgung bestimmte Verbrechen zur Anzeige zu bringen, kann sich ein Whistleblower nur berufen, wenn es sich um das Bestehen eines der in § 138 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 StGB abschließend aufgeführten Verbrechensdelikte (z.B. Mord, Totschlag, Raub, Vorbereitung eines Angriffskrieges etc) handelt.

**4. Das bislang in § 612a BGB verankerte Benachteiligungsverbot läuft in seiner bisherigen Fassung weithin leer.**

- Diese Regelung, wonach der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer "nicht benachteiligen" darf, "weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt", setzt das Bestehen eines entsprechenden vom Beschäftigten wahrgenommenen "Rechts" voraus, was aber im Falle des Whistleblowing gerade umstritten ist.
- Nach der geltenden Fassung ist der Beschäftigte zudem beweispflichtig dafür, dass er wegen ("weil") der zulässigen Ausübung eines Rechtes durch den Arbeitgeber benachteiligt worden ist. Vielfach werden die Gründe, die tatsächlich zu der Benachteiligung geführt haben, verschleiert und dafür andere vorgeschoben. Dies zeigen nicht zuletzt die Erfahrungen in den USA mit entsprechenden Maßregelungsverboten. Die Rechtsprechung in den USA hat sich in solchen Situationen mit Beweiserleichterungsregeln zur Umkehr der Beweislast beholfen,<sup>32</sup> was aber in Deutschland in diesem Bereich noch wenig entwickelt ist.

<sup>31</sup> kritisch dazu u.a. Graser, Whistleblowing, 2000, S. 159 ff m.w.N.

<sup>32</sup> vgl. dazu Deiseroth, Berufsethische Verantwortung in der Forschung, Münster u.a., 1997, S. 284 f

### **5. Petitionsrecht von jedermann gegenüber "zuständigen Stellen" (u.a. Art. 17 GG) bislang in der Rechtsprechung ohne effektive Schutzwirkung**

a) Ungeklärt ist, was im Einzelnen zu den geschützten "Bitten und Beschwerden" zu rechnen ist, insbesondere ob auch bloße Anzeigen oder auch anonyme Anzeigen geschützt sind.

b) Ungeklärt ist ferner, ob und ggf. in welcher Weise das Petitionsgrundrecht Schutzwirkungen nur gegenüber dem Staat oder auch gegenüber Sanktionen privater Arbeitgeber entfaltet.<sup>33</sup>

c) Weitere Unsicherheiten der Schutzwirkungen resultieren daraus, dass vielfach das – ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistete – Petitionsgrundrecht im Konfliktfall mit anderen als schutzwürdig erscheinenden gegenläufigen Interessen "abgewogen" wird. Der Ausgang dieser einzelfallbezogenen "Interessenabwägung" ist unvorhersehbar; daraus resultieren im Ergebnis Abschreckungseffekte für die Inanspruchnahme des Grundrechts.

### **6. Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) entfaltet bislang in Beschäftigungsverhältnissen keine hinreichende Schutzwirkung**

Im öffentlichen Bereich ist die Schutzwirkung des Grundrechts der Meinungsäußerungsfreiheit - vor allem dank der Rechtsprechung des BVerfG, das insoweit in starkem Maße auf die Judikatur des US-Supreme Courts zurückgegriffen hat – relativ gut gesichert.

In Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen gilt dies jedoch nicht in gleichem Maße. Es fehlt – anders als beispielsweise im Text der Weimarer Reichsverfassung von 1919 (Art. 118 WRV) und in der Hessischen Verfassung (Art. 11 Abs. 2 HV) an einer ausdrücklichen Gewährleistung der Meinungsäußerungsfreiheit für diesen zentralen gesellschaftlichen Bereich.

Die Rechtsprechung geht lediglich von einer staatlichen Schutzpflicht und einer nur mittelbaren Grundrechtsgewährleistung in Arbeits- und Beschäftigungsverhältnissen aus. Dadurch wird das Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit dort – überspitzt formuliert – zu einem bloßen Abwägungstopos, der mit entgegenstehenden Interessen abgewogen werden muss. Exemplarisch zeigt sich dies etwa an dem Fall der Whistleblowerin Dr. Margrit Herbst.<sup>34</sup>

Dies wird der fundamentalen Bedeutung der Meinungsäußerungsfreiheit für ein demokratisches Gemeinwesen nicht gerecht.

### **7. Die vom BVerfG vorgenommene Ableitung eines Whistleblowerschutzes aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG vermag eine klare gesetzliche Regelung nicht zu ersetzen.**

a) Nach der Rechtsprechung des BVerfG gilt:

Ebenso wie die Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten (z.B. der Zeugenpflicht) kann "auch die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren ... - soweit nicht wesentlich 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

<sup>33</sup> 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.Württ. 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 -

<sup>34</sup> vgl. dazu u.a. Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, 2001, S. 197 ff,

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."

b) 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 allerdings nur

- die Erfüllung "staatsbürgerlicher Pflichten" oder die Wahrnehmung "staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren", nicht jedoch das Whistleblowing außerhalb von Strafverfahren, auch wenn es naheliegt, diese Rechtsprechung zum Verbot der Zufügung "zivilrechtlicher Nachteile" auch auf andere Formen der Wahrnehmung von Rechten (z.B. gegenüber Umweltbehörden etc) entsprechend anzuwenden,

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

c) Die Entscheidung des BVerfG 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.

d) Die Entscheidung des BVerfG ist 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.

### **8. Die Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001 ist zudem in der Rechtsprechung der Fachgerichte bislang nicht hinreichend beachtet und umgesetzt worden. Das 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.

#### *a) Modifizierung durch das BAG*

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/Main<sup>35</sup> – 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).

#### *b) Umkehr der Beweislast ?*

Nach der Entscheidung des BVerfG vom 2.7.2001 darf die Erfüllung von staatsbürgerlichen Pflichten und die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte regelmäßig zu keinen zivil- und damit auch keinen arbeitsrechtlichen Nachteilen führen, sofern dem Arbeitnehmer nicht nachgewiesen wird, dass seine Strafanzeige auf wissentlich unwahren oder leichtfertig

<sup>35</sup> LAG Ffm., Urteil vom 27.11.2001 – Az: 15 Sa 411/01 -

falschen Angaben beruht. Das Vorliegen einer "wissentlich unwahren oder leichtfertig falschen" Strafanzeige muss dem Arbeitnehmer also nachgewiesen werden.

In der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung bestehen allerdings Tendenzen, diese Beweislast umzukehren und vom Arbeitnehmer zu verlangen nachzuweisen, dass er bei seiner Strafanzeige keine "wissentlich unwahren oder leichtfertig falschen Angaben" gemacht hat.<sup>36</sup>

*c) BAG- Maßstab der "Unverhältnismäßigkeit" begründet zusätzliche Rechtsunsicherheit*

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".

c) Es bedarf zudem keines Rückgriffs auf den Maßstab der "Verhältnismäßigkeit", der im Verhältnis Staat – Bürger, nicht jedoch im Binnenverhältnis zwischen Bürgerinnen und Bürgern seinen Platz hat.

- Das vom BAG daraus 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 unschärferen und weitergehenden Verhältnismäßigkeitsgebot.

- 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. Auch insoweit bedarf es jedoch 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.

d) Die vom BAG erstellten Begrenzungen des vom BVerfG anerkannten Rechts eines Beschäftigten zur Erstattung einer Strafanzeige sind auch deshalb unzureichend,

- weil das BAG die Schutzwirkung des Petitionsgrundrechts (Art. 17 GG) ausdrücklich außer Betracht gelassen hat und

- weil nicht hinreichend klar wird, ob und ggf. aus welchem Grund die vom BAG eingeräumten Ausnahmen vom Gebot einer "vorherigen innerbetrieblichen Meldung und Klärung" abschließend gemeint sein sollen.

e) Die vom BAG aufgestellten Ausnahmen vom Gebot einer "vorherigen innerbetrieblichen Meldung und Klärung", nämlich

-- wenn der Arbeitnehmer Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige er sich selbst einer Strafanzeige aussetzen würde,

<sup>36</sup> vgl. insoweit etwa LAG Berlin, Urteil vom 28.3.2006 – Az: 7 Sa 1884/05 -, in: AuR 2007, 51 und in: LAGE § 626 BGB 2002 Nr 7b (red. Leitsatz und Gründe); zustimmend: Binkert, in: AuR 2007, 195; kritisch dazu u.a. Deiseroth, AuR 2007, 34 und AuR 2007, 198; Daniel Ulber, Sven Wolf, LAGE § 626 BGB 2002 Nr 7b;Dieterich in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2008, Art. 5 Rn.37; Roßbruch, PflR 2006, 577

- bei schwerwiegenden Straftaten,
- bei vom Arbeitgeber selbst begangenen Straftaten,
- wenn Abhilfe durch den Arbeitgeber "berechtigterweise nicht zu erwarten ist",
- wenn der Arbeitgeber trotz Hinweises auf die gesetzwidrige Praxis nicht für Abhilfe sorgt

werden der Komplexität der Whistleblower-Fallgestaltungen nicht hinreichend gerecht. Sie können und dürfen allenfalls Regelbeispiele (zur Konkretisierung des vertraglichen Rücksichtnahmegebots nach § 241 Abs. 2 BGB) sein, die anderen vergleichbaren und gleichgewichtigen "Ausnahmen" nicht im Sinne eines "numerus clausus" entgegen stehen.

## 9. Whistleblowing und berechtigte Leistungsverweigerung

Nach der geltenden Rechtslage besteht für Beschäftigte auch eine große Rechtsunsicherheit, wenn sie sich über das bloße Whistleblowing (Anzeigen, Enthüllen, Informieren) hinaus weigern, an den beanstandeten Zuständen, Handlungen, Planungen oder Entwicklungen aktiv oder durch Unterlassung weiter mitzuwirken.

Die Fachgerichte praktizieren in Streitfällen hier mangels hinreichender gesetzlicher Regelungen vielfach eine "Abwägung" im Einzelfall zwischen dem Grundrecht der Gewissensfreiheit und den "arbeitsrechtlichen Pflichten".

Das Ergebnis dieser nachträglichen Einzelfallabwägung ist im Vorfeld des betrieblichen Konfliktes für Beschäftigte auch bei Einschaltung professioneller Beratung nur schwer vorhersehbar. Dies bewirkt eine gravierende Rechtsunsicherheit, die abschreckend wirkt.

**10. Zusammenfassend** leidet die bestehende Rechtslage beim Informantenschutz/Whistleblowing in Deutschland unter

- mangelnder Rechtsklarheit (Rückgriff auf allgemeine "Grundsätze" und "Prinzipien" mangels hinreichender konkret auf den Informantenschutz und das Whistleblowing bezogener gesetzlicher Regelungen; Rechtsprechung zum Whistleblowing ist für die einzelnen Bürgerinnen und Bürger nur wenig überschaubar und nicht leicht zugänglich)
- mangelnder Rechtssicherheit (widersprüchliche Judikatur; Whistleblower-Rechtsprechung des BVerfG wird nicht hinreichend übernommen; verbreitete nachträgliche "Abwägung im Einzelfall" nicht vorhersehbar)
- mangelndem effektivem Schutz vor Repressalien
- davon bewirkten Abschreckungseffekten ("chilling effects")

## C. Warum brauchen wir einen verbesserten Schutz für Whistleblower?

Lehrbeispiele: Tierärztin Dr. Margrit Herbst (vgl. dazu D.Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE. Berliner Wissenschaftsverlag. 2001) und Altenpflegerin Brigitte Heinisch (vgl. dazu D.Deiseroth/A.Falter, Whistleblowing in der Altenpflege und in der Infektionsforschung, Berliner Wissenschaftsverlag. 2007)

### 1. Verbreitete Einwände gegen Whistleblowing:

- schwer vereinbar mit Direktionsrecht des Arbeitgebers

- Störung des internen Betriebsklimas und des „Betriebsfriedens“
- Gefährdung des notwendigen Schutzes sensibler oder vertraulicher Informationen, deren Preisgabe sich im harten Wettbewerb für den Betrieb und mittelbar für alle Beschäftigten negativ auswirkt
- durch „negative Schlagzeilen“ Beeinträchtigung des „good will“ eines Unternehmens bei seinen Kunden und Geschäftspartnern

## **2. Nutzen des Whistleblowing und eines verbesserten Schutzes von Whistleblowern:**

### *a) Gesamtgesellschaftlich:*

- Insider-Informationen haben für die Aufdeckung von Straftaten zentrale Bedeutung (insbesondere im Bereich der Korruption, des Umweltschutzes, der Steuerhinterziehung etc).
- Die Identifizierung und Enthüllung von Missständen in wichtigen gesellschaftlichen Bereichen ist auf die Hinweise von sach- und fachkundigen Insidern angewiesen, die ihre Informationen weiter geben: z.B. über unzuträgliche Pflegesituation in Krankenhäusern und Altenheimen, mangelhafte Ausstattung öffentlicher Bildungseinrichtungen, Verschwendung von Steuermitteln in der Subventionsverwaltung und anderen staatlichen Bereichen).
- Ein fundierter und verantwortlicher Risiko-Diskurs (z.B. über Risiken wissenschaftlich-technischer Entwicklungen, alternative Entwicklungspfade) ist in einer demokratischen Gesellschaft angesichts eines hohen Grades von Arbeitsteilung auf kritische Insider-Informationen zwingend angewiesen.

### *b) Für Betriebe und Unternehmen*

- fördert den notwendigen betriebsinternen Diskurs über drohende Schäden und Risiken („Frühmeldefunktion“)
- frühzeitiges Bekanntwerden von drohenden Schäden ist ein wichtiger Beitrag zur Abwendung von möglichen Schadensersatzforderungen
- fördert Engagement und mitdenkende Loyalität der Beschäftigten und wirkt einer von Frustrationen ausgelösten „inneren Kündigungsmentalität“ entgegen („man kann ja doch nichts machen“)
- Eine diskursive „Betriebs- und Unternehmensethik“, die ethische und andere Einwände gegen Missstände und Fehlentwicklungen ernst nimmt, hebt in der Regel bei Kunden, Geschäftspartnern und in der Öffentlichkeit das Image des Betriebes und Unternehmens, das in beachtlichem Ausmaß über die Stellung am Markt und den Markterfolg entscheidet

### *c) Für Beschäftigte:*

- Ein guter Whistleblower-Schutz verbessert unmittelbar die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten, die sich mit ihren kritischen Einwänden und Bedenken über Missstände und Fehlentwicklungen angstfreier in die notwendigen Debatten über Verbesserungen einbringen können.
- Ein guter Whistleblower-Schutz erhöht für die Beschäftigten die „Planungssicherheit“, wenn sie von ihrem Gericht der Meinungsäußerungsfreiheit Gebrauch machen wollen und verbessert damit die Rechtssicherheit.
- Ein guter Whistleblower-Schutz ist damit zugleich ein Beitrag zur Entfaltung der Demokratie in wichtigen Lebensbereichen.
- Ein guter Whistleblower-Schutz ist eine wichtige Vorsorge vor unzumutbaren Existenzrisiken (Abmahnungen, Kündigungen, Schadensersatzforderungen, innerbetriebliche Isolierung) und erfüllt damit auch ein sozialstaatliches Gebot.
- Ein guter Whistleblower-Schutz erhöht die Arbeitszufriedenheit und damit auch die Leistungsmotivation von Beschäftigten.

## **3. Was be- oder verhindert notwendiges Whistleblowing in vielen Fällen?**

- a) Furcht vor Repressalien oder Mobbing/Bossing durch Arbeitgeber, Vorgesetzte und Kollegen ("Warum soll ich mir den Mund verbrennen")

b) falsch verstandene Loyalität ("Wes Brot ich ess, des Lied ich sing")

c) historisch und sozialpsychologisch erklärbare verbreitete "Kultur des Schweigens" und "Wegsehens"

d) mangelnde Unterscheidung zwischen "Denunziation" und verantwortlichem gutgläubigem Whistleblowing

e) verbreitete Auffassung, dass man mit Anzeigen, Beschwerden, Whistleblowing ohnehin nichts ändern wird, weil man ihm nicht glaubt, weil in der Reaktion Fehler ohnehin nicht zugegeben oder gar abgestellt würden oder weil vor Gericht keine schnelle oder keine hinreichende Hilfe zu erwarten sei.

Zum Abbau dieser Hemmnisse bedarf es nicht nur einer Veränderung der geltenden Rechtslage, sondern auch eines Bewusstseinswandels in der Zivilgesellschaft.

### **Handlungsmöglichkeiten für die Zivilgesellschaft**

Ziel: Förderung des öffentlichen Diskurses über den individuellen und gesellschaftlichen Nutzen des Whistleblowing (Loyalität nicht nur gegenüber Arbeitgeber/Dienstherrn, sondern auch gegenüber Mitmenschen, der Gesellschaft und der Umwelt) sowie der Notwendigkeit eines besseren Schutzes von Whistleblowern:

- Journalisten in ihrer Berichterstattung: fallbezogenes Herausstellen der fundamentalen Bedeutung von Whistleblowern (Hinweisgebern) für Enthüllungen (unter Wahrung der gegenüber ihrem Informanten zugesicherten Vertraulichkeit) in ihrer Berichterstattung, um die wichtige gesellschaftliche Funktionen des Whistleblowing sichtbar zu machen
- Betriebe, Unternehmen, Dienststellen, wiss. Einrichtungen: internes Erarbeiten und Etablieren eines „Code of Conduct“ oder „Code of Ethics“, der Anforderungen an berufsethisches Verhalten beschreibt, Ansprechstellen (z.B. betriebliche Ombudspersonen) einrichtet und den Schutz vor Sanktionen bei gutgläubigem und redlichem Whistleblowing betriebsintern gewährleistet und Möglichkeiten der Rehabilitierung von Whistleblowern schafft
- Berufsverbände, Fachgesellschaften, private Verbände: Einrichtung überbetrieblicher Ombudspersonen (z.B. „DFG-Ombudsman-Gremium“) oder Beratungseinrichtungen; Erarbeitung bereichsspezifischer „Code of Ethics“; öffentliches Eintreten für verbesserten Whistleblower-Schutz
- Initiativen aus dem Hochschul- und Wissenschaftsbereich:
  - o z.B. Nutzung des Internet für Beratung und Hilfen für potenzielle Hinweisgeber, die sich an die Medien wenden wollen; beispielhaft sei verwiesen auf die Initiativen von Prof. Dr. Johannes Ludwig an der Hochschule für Angewandte Wissenschaften (HAW) in Hamburg (Fakultät Design - Medien - Information): [www.whistleblowerinfo.de](http://www.whistleblowerinfo.de), [www.informanteninfo.de](http://www.informanteninfo.de), [www.informanten.org](http://www.informanten.org)
  - o Internet-Beratungs- und -Kontaktangebote durch den Arbeitsbereich Whistleblowing in der „Vereinigung Deutscher Wissenschaftler“ (VDW): [www.vdw-ev.de](http://www.vdw-ev.de) („Stichwort whistleblowing“)
- gesellschaftliches Whistleblower-Netzwerk: Informationsverbund, Plattform für hilfeschuchende Whistleblower, Organisation von gesellschaftlichem Druck zur Verbesserung des Whistleblower-Schutzes (beispielhaft sei verwiesen auf: [www.whistleblower-netzwerk.de](http://www.whistleblower-netzwerk.de))
- Auszeichnungen für Whistleblower (z.B. Whistleblower-Preis)

## **D. Künftige Rechtslage - Was kann und sollte der Gesetzgeber tun?**

### **1. Rechtliche Vorgaben im internationalen Recht**

In dem „Zivilrechtsübereinkommen über Korruption“ des Europarats vom 4.11.1999 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.“ (Text unter: <http://www.conventions.coe.int/Treaty>)

Deutschland sollte dieses Europarats-Übereinkommen baldmöglichst ratifizieren und innerstaatlich in geltendes Recht umsetzen; das ist bislang nicht geschehen (vgl. dazu die Ankündigung der Bundesregierung in: BT-Drucks. 16/5375 Nr. 174).

In dem Entwurf der Bundesregierung für das Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) vom 3.11.2006 (BRat-Drucks. 780/06), das das bisherige Beamtenrechtsrahmengesetz im Gefolge der Föderalismusreform ablösen soll, ist allerdings zwecks Umsetzung des – noch nicht ratifizierten - vorgenannten Europarats-Übereinkommens in § 38 Abs. 2 Nr. 3 vorgesehen, dass die Verschwiegenheitspflicht von Beamten künftig nicht mehr gelten soll,

„soweit ... gegenüber der zuständigen obersten Dienstbehörde, einer Strafverfolgungsbehörde oder einer durch Landesrecht bestimmten weiteren Behörde oder außerdienstlichen Stelle ein durch Tatsachen begründeter Verdacht einer Korruptionsstraftat nach den §§ 331 – 337 StGB angezeigt wird.“

Für den Bereich der Bundesbeamten findet sich eine entsprechende Regelung in dem Entwurf der Bundesregierung vom 18.7.2006 für ein Gesetz zur Änderung des Bundesbeamtengesetzes (BBG). (BT-Drucks. 16/2253, S. 10).

Würde die vorgenannte Regelung des BeamStG vom Gesetzgeber beschlossen, müsste nicht nur das BBG, sondern auch die Beamtengesetze aller Bundesländer müssten entsprechend geändert werden.

Dann wäre in Deutschland erstmals für Beamtinnen und Beamte – bezeichnenderweise aufgrund einer Initiative des Europarates – eine ausdrückliche Whistleblower-Schutzregelung geschaffen – allerdings nur für das Offenbaren von Korruptionsdelikten.

Was für Beamte gilt, sollte allerdings auch für alle anderen Beschäftigten gelten. Denn Art. 9 des Europarats-Übereinkommens fordert Schutzregelungen für alle Beschäftigte.

Außerdem sollten sich solche Schutzregelungen nicht auf den Bereich der Korruptionsbekämpfung beschränken.

Dementsprechend ist es konsequent und zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber in der vorgeschlagenen Neuregelung des § 612a BGB Whistleblower-Schutzregelungen für alle Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse anstrebt und diese Neuregelung nicht auf den Schutz von Anzeigen im Bereich der Korruption beschränkt.

Die Gesetzgeber anderer Staaten haben diesen Weg bereits beschritten. Verwiesen sei insoweit u.a. auf den im Vereinigten Königreich bereits 1999 in Kraft getretenen "Public Interest Disclosure Act"<sup>37</sup> sowie Whistleblowerschutzgesetze in den USA, in Australien, Südafrika und Japan.

## **II. Verfassungsrechtliche Vorgaben**

Die vom BVerfG in seinem Beschluss vom 2.7.2001 – Az: 1 BvR 2049/00 – aufgestellten Vorgaben (siehe oben) sind strikt zu beachten und dürfen nicht unterschritten werden.

<sup>37</sup> vgl. dazu den Text in: Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, a.a.O., S. 229 ff

### **III. Durch Gesetz regelungsbedürftige Fragen**

#### **1. Wirksame Ausgestaltung des Petitionsgrundrechts**

Notwendig ist eine ausdrückliche Garantie des Rechts aller Bürgerinnen und Bürger, sich – wie an sich schon im Petitionsgrundrecht in Art. 17 GG vorgesehen, von der Rechtsprechung aber wenig beachtet - repressionsfrei mit „Bitten und Beschwerden an die zuständigen Stellen“ zu wenden, um auf erfolgte oder bevorstehende Rechtsbrüche, bisher unbekannte Missstände oder drohende Gefahren, Risiken oder Fehlentwicklungen für gewichtige Rechtsgüter aufmerksam zu machen und binnen angemessener Frist eine Antwort auf das zu Veranlassende bzw. das Veranlasste zu erhalten. Diese Garantie muss – anders als Art. 17 GG in der bisherigen Auslegung durch die Rechtsprechung – nicht nur ein klares Verbot jeder Maßregelung durch staatliche Stellen, sondern auch durch Arbeitgeber enthalten (umfassendes Maßregelungsverbot).

#### **2. Wirksame Garantie der Meinungsäußerungsfreiheit**

Ein wirksamer Whistleblower-Schutz verlangt zudem eine wirksame Garantie der Meinungsäußerungsfreiheit für alle Dienst- und Beschäftigungsverhältnisse. Es reicht nicht aus, wie bisher die grundrechtliche Meinungsäußerungsfreiheit nur „mittelbar“ über auslegungsfähige Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe des Arbeits- und Dienstrechts im Rahmen einer Abwägung mit anderen Gesichtspunkten zu berücksichtigen. Es bedarf einer klaren und unmittelbaren Verankerung der Meinungsäußerungsfreiheit für alle Arbeits- und Beschäftigungsverhältnisse. Dabei muss die von der Rechtsprechung des BVerfG für Äußerungen im öffentlichen Bereich geltende Vermutungsregel beachtet werden: Bei allen Äußerungen,

- die nicht leichtfertig und nicht wider besseres Wissen erfolgen und die
- eine das öffentliche Interesse wesentlich berührende Frage betreffen, spricht eine Vermutung für ihre Zulässigkeit.

#### **3. Beweiserleichterungsregelung**

Ferner sollte der Gesetzgeber eine an US-amerikanischen Vorbildern orientierte Beweiserleichterungsregelung für Beschäftigte schaffen, die gutgläubig und redlich auf einer subjektiv hinreichenden Tatsachenbasis "Alarm schlagen". Diese Beweiserleichterungsregelung muss sicherstellen, dass Sanktionen von Vorgesetzten oder Arbeitgebern gegenüber Whistleblowern nicht durch Vorspiegelung – vorgeschobener - anderer Gründe gerechtfertigt werden können.

#### **4. Leistungsverweigerungsrecht**

Künftige Whistleblower-Regelungen müssen auch diejenigen schützen, die sich aus Gewissensgründen (z.B. aus berufsethischer Verantwortung) redlich und in gutem Glauben weigern, eine ihnen von Vorgesetzten abverlangte Arbeits- oder Dienstleistung zu erbringen, die geltendes nationales oder internationales Recht verletzen oder in gravierender Weise gegen "berufliche Standards" oder sonst gegen ihr Gewissen verstoßen würde.

Weithin unstrittig in der Rechtsprechung ist heute zwar, dass Arbeitnehmer rechtswidrige Tätigkeiten verweigern dürfen, die gegen Strafvorschriften oder gegen Arbeitnehmerschutzbestimmungen verstoßen (§ 134 BGB).

Problematisch für den Arbeitnehmer ist jedoch die Verweigerung von Tätigkeiten in Gefahren- und Risikobereichen, in denen es an ausdrücklichen oder hinreichend präzisen gesetzlichen Verbotsnormen fehlt. Gerade in "neuen" und deshalb vielfach besonders umstrittenen berufsethischen Verantwortungskonflikten hinkt das geltende Recht den auftretenden Problemen vielfach hinterher.<sup>38</sup>

Zudem stellten sich in solchen Konfliktfällen regelmäßig Beweisprobleme. Auch wenn ein Arbeitnehmer eine gesetzwidrige Tätigkeit berechtigterweise ablehnt, ist er vor Sanktionen seines Arbeitgebers nicht hinreichend geschützt, insbesondere wenn dieser anderweitige

<sup>38</sup> vgl. dazu u.a. Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, a.a.O., S. 184 ff, 192 ff m.w.N.

Begründungen für die verhängte Sanktion, Nachteilszufügung oder Vorteilsentziehung geltend macht.

Es wäre ein Gewinn, wenn der Gesetzgeber zur Erhöhung der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit wenigstens Maßstäbe gesetzlich verankern würde, die in der jüngeren Rechtsprechung der Fachgerichte zu "Leistungsverweigerungsrechten" herangezogen worden sind.<sup>39</sup>

### **5. Societal Verification ("Verifikation durch die Zivilgesellschaft") bei internationalen Abmachungen und Verträgen**

Künftig sollte in jedem nationalen Transformationsgesetz zu wichtigen völkerrechtlichen Abkommen, insbesondere in den Bereichen des Umweltschutzes, der Abrüstung und der Menschenrechte, ausdrückliche Whistleblowerschutz-Regelungen aufgenommen werden („Verifikation durch die Zivilgesellschaft“ – „societal verification“). Diese müssen sicherstellen, dass das Aufdecken von Verstößen gegen das betreffende Abkommen durch die Rechtsordnung besonders geschützt wird (Maßregelungsverbot; ggf. Wiedergutmachungsansprüche bei unzulässigen Sanktionierungen).

### **6. Whistleblowing und Datenschutz**

Bei allen Regelungen zur Verbesserung des Schutzes von Whistleblowern muss bedacht werden, dass Whistleblowing nicht nur die Rechtsstellung der Whistleblower, sondern auch derjenigen berührt, deren vermeintliches oder tatsächliches Fehlverhalten enthüllt wird und die dadurch in ihrem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen werden. Dies erfordert adäquate datenschutzrechtliche Regelungen. Dabei geht es vor allem um folgende Punkte:

- Sicherstellung eines Informationsanspruches des von der Offenbarung Betroffenen (wenn der Ermittlungszweck nicht mehr gefährdet wird)
- Pflicht zur Anhörung des Betroffenen und Recht zur Stellungnahme
- Berichtigungs-, Widerrufs- und Lösungsrechte bei nicht verifizierten Vorwürfen
- Fristen für Löschung der angefallenen Daten nach Abschluss des Verfahrens innerhalb einer bestimmten Frist

## **E. Kritische Einzel-Anmerkungen zum Regelungsvorschlag der Bundesministerien BMAS, BMELV und BMJ vom 30. April 2008**

Der vorgelegte Gesetzentwurf ist ein Schritt in die richtige Richtung. Er ist jedoch noch präzisierungsbedürftig. Er sollte auf alle zivilrechtlichen Beschäftigungsverhältnisse ausgedehnt werden.

### **1. Anzeigerecht (§ 612a BGB neu)**

#### **a) Vorheriger innerbetrieblicher Abhilfeversuch (§ 612a Abs. 1 BGB neu)**

##### aa) Grundsätzliches

Dass sich ein Arbeitnehmer stets, insbesondere auch in den von der vorgeschlagenen Regelung des Satzes 1 erfassten Fällen an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden und Abhilfe verlangen "kann", ist an sich eine Selbstverständlichkeit.

Die vorgeschlagene gesetzliche Klarstellung ist dennoch schon deshalb sinnvoll, um bestehende Zweifel am Bestehen eines solchen Hinweisrechts generell sowie

<sup>39</sup> vgl. u.a. BAG, Urteil vom 24.5.1989 in: AP Nr. 1 zu § 611 BGB - Gewissensfreiheit

Unsicherheiten hinsichtlich der Geltung des Beschwerderechts nach §§ 82, 84 BetrVG in betriebsratslosen Betrieben (siehe oben) auszuräumen.

Zugleich dient die gesetzliche Regelung der Ermutigung aller Beschäftigten zum Mitdenken und Mitgestalten sowie zur Mitwirkung bei der Verhinderung von Verletzungen gesetzlicher Pflichten im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit.

Außerdem kann die gesetzliche Klarstellung dazu beitragen, deutlich zu machen, dass von Rechts wegen niemand, der von diesem Recht Gebrauch macht, als "Störenfried", "Netzbeschmutzer" oder gar Denunziant o.ä. verunglimpft werden darf.

bb) Anlass für Beschwerde und Abhilfeverlangen nach Satz 1

Die in Satz 1 des Entwurfs vorgeschlagene Neuregelung stellt zu Recht klar, dass es für den berechtigten Entschluss eines/einer Beschäftigten, den Arbeitgeber oder die innerbetrieblich zuständige Stelle mit dem Vorgang/Vorfall zu befassen, nicht auf das letztendliche Ergebnis der Prüfung des Abhilfeverlangens durch den Arbeitgeber oder durch die innerbetrieblich zuständige Stelle oder gar das Ergebnis einer späteren gerichtlichen Entscheidung ankommen kann und darf. Anderenfalls wäre die Schwelle viel zu hoch.

cc) Rechtscharakter des Abhilfeverlangens

Durch Satz 1 wird ersichtlich kein eigenständiger Rechtsanspruch des Beschäftigten auf Abhilfe durch den Arbeitgeber begründet. Der Wortlaut spricht deshalb zu Recht von "verlangen" statt von "beanspruchen".

Es bleibt im Verantwortungsbereich des Arbeitgebers, ob und in welchem Maße er dem Abhilfeverlangen entsprechen will. Im Falle der Ablehnung des Abhilfeverlangens muss der Arbeitgeber dann allerdings die nach dem geltenden Recht daraus ggf. resultierenden Folgen tragen und verantworten.

dd) Berechtigung zum Whistleblowing gegenüber einer "zuständigen außerbetrieblichen Stelle" nach Satz 2 bei Scheitern des Abhilfeverlangens

*- Beurteilungshorizont*

Voraussetzung für eine Berechtigung zu einem solchen externen Whistleblowing ist nach dem vorliegenden Regelungsvorschlag der genannten Bundesministerien, dass der Arbeitgeber dem Verlangen auf Abhilfe "nicht oder nicht ausreichend" nachgekommen ist. Es empfiehlt sich m.E., auch hier auf den Horizont des gutgläubigen Whistleblowers abzustellen, nicht aber auf den "objektiven Befund" einer "ausreichenden" Abhilfe. Denn es kann im Einzelfall durchaus unklar sein, ob der Arbeitgeber "nicht oder nicht ausreichend" abgeholfen hat. Maßgeblich sollte auch hier sein, dass der Arbeitnehmer "auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung ist", dass der Arbeitgeber nicht oder nicht ausreichend abgeholfen hat. Dies sollte zumindest in der Gesetzesbegründung oder im abschließenden Ausschussbericht klargestellt werden.

*- "zuständige außerbetriebliche Stelle"*

Die vorgeschlagene Neuregelung in § 612a Abs. 1 Satz 2 BGB legt zwar nicht explizit fest, wer im Einzelfall eine "zuständige außerbetriebliche Stelle" ist, bei der das externe Whistleblowing erfolgen darf. Das wäre angesichts der Vielgestaltigkeit der Lebensbereiche und der differenzierten Rechtsordnung auch kaum möglich.

Der Regelungsvorschlag entspricht im Kern der grundrechtlichen Gewährleistung des Petitionsrechts des Art. 17 GG ("an die zuständigen Stellen").

Klar ist der Sache nach jedenfalls, dass für Strafanzeigen die Polizei und die Staatsanwaltschaften zuständig sind. Die Zuständigkeit anderer außerbetrieblicher Stellen ergibt sich aus den jeweiligen Zuständigkeitsregelungen. Es dürfte ausreichen, wenn der Arbeitnehmer berechtigter Weise die vermeintlich zuständige Stelle anruft und diese dann als Empfangsbotin die Sache an die wirklich zuständige Stelle weiterleitet.

*- Folgen des fehlenden erforderlichen innerbetrieblichen Abhilfeverlangens*

Zu den rechtlichen Folgen eines fehlenden innerbetrieblichen Abhilfeverlangens findet sich – aus rechtssystematischen Gründen durchaus folgerichtig – in der vorgeschlagenen Fassung des § 612a BGB (neu) keine nähere Regelung.

Es gelten damit die allgemeinen Regelungen. Danach liegt ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund insbesondere dann vor, wenn der Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt hat. Dies kann u.U. dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer nachhaltig – ggf. trotz Abmahnung – gegen seine vertragliche Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) oder andere Nebenpflichten verstoßen hat, ohne hierzu berechtigt zu sein. Nach der Rechtsprechung des BAG ist eine vertragswidrige Pflichtverletzung nicht schon dann zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer seine Strafanzeige gegen den Arbeitgeber gestellt hat, ohne diese auf wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben zu stützen.

## **b) Ausnahmen vom erforderlichen innerbetrieblichen Abhilfeverlangen (§ 612a Abs. 2 BGB neu)**

### *- Unzumutbarkeit (Satz 1)*

Absatz 2 der vorgeschlagenen Neuregelung stellt klar, dass ein "vorheriges Verlangen" des Arbeitnehmers beim Arbeitgeber nach Abhilfe nicht erforderlich ist, wenn dies dem Arbeitnehmer "nicht zumutbar" ist. Das entspricht insoweit dem Vorschlag der von der Bundesregierung seinerzeit eingesetzten Arbeitsgesetzbuch-Kommission von 1977.<sup>40</sup> Eine solche Generalklausel ist erforderlich, um ungeachtet der nachfolgend in Satz 2 des Abs. 2 von § 612a BGB (neu) aufgeführten Regelbeispiele der Breite und Komplexität möglicher Anwendungsfälle Rechnung zu tragen.

Die mit einer solchen Generalklausel ("nicht zumutbar") verbundene Vagheit und Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals wird durch die nachfolgenden Regelbeispiele des Satzes 2 reduziert und in ihren Auswirkungen gemildert.

### *- Regelbeispiele für Unzumutbarkeit (Satz 2)*

-- Zu Nr. 1: wenn "aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt droht"  
Erkennbar wird hier an besonders gewichtige Gefahren angeknüpft. Deshalb sollte nach "oder für die Umwelt") noch eingefügt werden :  
*"oder für vergleichbare erhebliche Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit"*

-- Zu Nr. 2: wenn "der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer eine Straftat begangen hat"

Im Hinblick auf den Regelungszusammenhang sollte klarstellend nach "Arbeitnehmer" hinzugefügt werden:  
*"im Betrieb oder im Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit"*

Für den Fall, dass es sich um eine Straftat eines anderen Arbeitnehmers handelt, sollte – entsprechend einem Vorschlag des Ausschusses Arbeitsrecht des Deutschen Anwaltsvereins<sup>41</sup> - durch einen nachgestellten Halbsatz klargestellt werden:

*"bei Straftaten anderer Arbeitnehmer entfällt die Notwendigkeit eines vorherigen Verlangens nach Abhilfe, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Arbeitgeber die Straftat billigt oder aus sonstigen Gründen eine innerbetriebliche Abhilfe nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ausreichend erfolgen wird"*

-- Zur Nr. 3: wenn "eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde"

Dem ist zuzustimmen.

<sup>40</sup> vgl. dazu Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, a.a.O. S. 209 f m.w.N.

<sup>41</sup> Stellungnahme Nr. 31/2008, S. 6

-- Zur Nr. 4: wenn "eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird".

Dem ist zuzustimmen.

*- Beurteilungshorizont bei den Regelbeispielen nach Satz 2*

Zu Recht stellt der Entwurf der Bundesministerien auf den Horizont des gutgläubigen Whistleblowers/Informanten ab. Andererseits werden "konkrete Anhaltspunkte" für die Auffassung des Arbeitnehmers verlangt. Dies geschieht erkennbar deshalb, um substanzlosem Querulantenverhalten oder leichtfertigen oder gar böswilligen Anzeigen (wider besseres Wissen) den Schutz zu versagen. Andererseits muss bedacht werden, dass ein Überziehen der Anforderungen an "konkrete Anhaltspunkte" die Schutzregelung leer laufen lassen kann. Denn gerade in kontroversen und wenig überschaubaren Bereichen ist es manchmal schwierig, den Sachverhalt hinreichend verlässlich zu eruieren und konkrete Verdachtsmomente nachzuweisen. Hier eine adäquate Grenzziehung zu finden, ist nicht einfach.

**c) Abweichungsverbot (§ 612a Abs. 3 BGB neu)**

Mit dem Regelungsvorschlag wird zu Recht verbindlich festgelegt, dass Abweichungen von den Regelungen der Absätze 1 und 2 nicht zu Ungunsten des Arbeitnehmers erfolgen dürfen. Dies erfasst Abweichungen jeder Art, und zwar unabhängig davon, ob sie im Arbeitsvertrag, in einer Betriebsordnung, einer Betriebsvereinbarung, in einem Tarifvertrag oder bei einer konkreten Maßnahme oder Handlung erfolgen.

**d) Unberührtheitsklausel für andere Beschwerderechte (§ 612a Abs. 4 neu)**

- Es sollte über die vorgeschlagene Fassung hinaus klargestellt werden, dass nicht nur "Beschwerderechte", sondern auch "Anzeige- und Äußerungsrechte" des Arbeitnehmers nach anderen Rechtsvorschriften und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen von der vorgeschlagenen Neuregelung unberührt bleiben.

- Darüber hinaus sollte unbedingt vorgesehen werden, das Meinungsäußerungsrecht für Beschäftigte zu stärken.<sup>42</sup> Dies ist für Whistleblowing von zentraler Bedeutung. Orientierungspunkte dafür könnten Formulierungen wie im italienischen "Statuto dei Lavoratori" oder im französischen "Code du Travail" sein. Im ersteren heißt es:

*"Die Beschäftigten haben ungeachtet ihrer politischen oder gewerkschaftlichen Überzeugungen und ihres Glaubensbekenntnisses das Recht, an ihrem Arbeitsplatz frei ihre Gedanken zu äußern, sofern sie dabei die Prinzipien der Verfassung und die Normen des Gesetzes respektieren."*

Im frz. "Code du Travail" ist allen Arbeitnehmern garantiert:

*"Den Beschäftigten ist ein unmittelbares und ein kollektives Ausdrucksrecht gewährleistet, das sich auf den Inhalt, die Bedingungen ihrer Ausübung sowie die Organisation der Arbeit bezieht."*

Auch der Vorschlag des DGB im Zusammenhang mit der Ende der 90er Jahre erfolgten Novellierung des Betriebsverfassungsgesetzes sollte insoweit in die Erwägungen einbezogen werden:

*"(1) Die Arbeitnehmerin, der Arbeitnehmer ist berechtigt, die eigene Meinung im Betrieb zu äußern.*

*(2) Das Recht auf freie Meinungsäußerung umfasst auch die Stellungnahme zu betrieblichen Abläufen außerhalb des Betriebs.*

*(3) Die Meinungsäußerung soll nicht unmittelbar und nachhaltig Betriebsabläufe stören oder in die Menschenwürde und Ehre anderer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eingreifen."*

<sup>42</sup> Zur Begründung vgl. Deiseroth, Whistleblowing in Zeiten von BSE, a.a.O. S. 218 ff m.w.N.; ders., Whistleblower-Schutz, in: Betrifft Justiz Nr. 78 (Juni 2004), S. 296 ff <302 ff>

## 2. Maßregelungsverbot (§ 612b BGB neu; bisher § 612a BGB)

Die oben dargestellten Schwächen des gegenwärtig in § 612a BGB verankerten Maßregelungsverbotess sollten Veranlassung sein, dieses effektiver zu gestalten.

In der Neuregelung des geltenden § 612a BGB („Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt.“), die durch die geplante Neuregelung zu § 612b BGB wird, sollte in Übereinstimmung mit der neueren Rechtsprechung des BVerfG ergänzend geregelt werden, dass einem/r Arbeitnehmer/in aus der Erfüllung oder Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten oder Rechte keine rechtlichen Nachteile entstehen dürfen. Eine solche Klarstellung dient der Transparenz und der Rechtssicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Die Regelung des § 612b BGB (neu) könnte wie folgt gefasst werden:

*„(1) Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung, Maßnahme, Handlung oder Unterlassung nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Aus der Erfüllung oder Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten oder Rechte dürfen einem Arbeitnehmer keine rechtlichen Nachteile entstehen.*

*(2) Sofern ein Arbeitnehmer konkrete Tatsachen glaubhaft macht, die ein Benachteiligung wegen zulässiger Ausübung seiner Rechte erkennbar werden lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen Absatz 1 vorliegt.“*

## F. Modifizierter Gesetzesvorschlag:

1. Die Inhaltsübersicht wird wie folgt geändert:

a) Nach der Angabe zu § 612 wird folgende Angabe eingefügt:

„§ 612a Anzeigerecht“.

b) Die bisherige Angabe zu § 612a wird die Angabe zu § 612b.

2. Nach § 612 wird folgender § 612a eingefügt:

„§ 612a  
Anzeigerecht

(1) Ist ein Arbeitnehmer auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung, dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden, kann er sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle wenden und Abhilfe verlangen. Kommt der Arbeitgeber dem Verlangen nach Abhilfe nicht, **nicht in angemessener Frist oder nach Auffassung des Arbeitnehmers** nicht ausreichend nach, hat der Arbeitnehmer das Recht, sich an eine zuständige außerbetriebliche Stelle zu wenden.

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

1. aus dem Betrieb eine unmittelbare Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen oder für die Umwelt **oder für vergleichbare erhebliche Rechtsgüter Dritter oder der Allgemeinheit** droht,
2. der Arbeitgeber oder ein anderer Arbeitnehmer **im Betrieb oder im Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit** eine Straftat begangen hat; **bei Straftaten anderer Arbeitnehmer entfällt die Notwendigkeit eines vorherigen Verlangens nach Abhilfe nur dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Arbeitgeber die Straftat billigt oder aus sonstigen Gründen eine innerbetriebliche Abhilfe nicht, nicht rechtzeitig oder nicht ausreichend erfolgen wird**
3. eine Straftat geplant ist, durch deren Nichtanzeige er sich selbst der Strafverfolgung aussetzen würde,
4. eine innerbetriebliche Abhilfe nicht oder nicht ausreichend erfolgen wird.

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

(4) Beschwerderechte **sowie Anzeige- und Äußerungsrechte** des Arbeitnehmers nach anderen Rechtsvorschriften und die Rechte der Arbeitnehmervertretungen bleiben unberührt.“

3. Der bisherige § 612a wird § 612b und erhält folgende Fassung:

(1) Der Arbeitgeber darf einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung, Maßnahme, **Handlung oder Unterlassung** nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. **Aus der Erfüllung oder Wahrnehmung staatsbürgerlicher Pflichten oder Rechte dürfen einem Arbeitnehmer keine rechtlichen Nachteile entstehen.**

(2) **Sofern ein Arbeitnehmer konkrete Tatsachen glaubhaft macht, die ein Benachteiligung wegen zulässiger Ausübung seiner Rechte erkennbar werden lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen Absatz 1 vorliegt.**