

Vortrag für den Arbeitskreis Arbeitsrecht am 21.05.2014

von

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Rainer Frank

und

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Straf- und Arbeitsrecht Thomas Röth

Thema:

**Whistleblowing und Hinweisgebersysteme – Was Strafverteidiger und
Arbeitsrechtler darüber Wissen sollten**

Whistleblowing

- gegen und für Staaten
- gegen und für Unternehmen

Whistleblower

Aus dem Englischen to blow the whistle (in die Pfeife blasen, „verpfeifen“)

auf Deutsch – Enthüller, Skandalauftdecker oder Hinweisgeber

Der Whistleblower bringt geheime oder geschützte Informationen an die Öffentlichkeit. Er kann auch Gesetzesverstöße, Korruption oder unethisches Verhalten in Unternehmen oder Behörden enthüllen. Er tut dies, in dem er sich entweder an die Staatsanwaltschaft, Polizei, Aufsichtsbehörden oder an die Öffentlichkeit wendet.

arbeitsrechtliche Rechtsquellen zum Thema Whistleblowing

- Artikel 10 EMRK (siehe die Heinisch-Entscheidung)
- § 612 a BGB (Maßregelungsverbot)
- § 241 II BGB (arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers)
- Freiheitsrecht (Erstattung einer Strafanzeige) und Meinungsäußerungsrecht des AN
- Berufs- bzw. Unternehmensfreiheit des AG (Zusammenarbeit nur mit AN, die die Ziele des AG fördern)

Eine eigene gesetzliche Regelung für dieses Problem besteht bisher nicht (und ist laut großem Koalitionsvertrag auch in dieser Legislaturperiode nicht zu erwarten; es gibt nur einen Prüfungsauftrag).

Whistleblowing im Arbeitsrecht - Zwei Fallgestaltungen

1. Mandant (Arbeitnehmer) kommt zur Beratung, weil er einen Hinweis geben will bzw. weil er gekündigt wurde oder angehört werden soll.
2. Mandant wird (falsch) beschuldigt

Was ist in den zwei Fallvarianten anwaltlich zu tun?

Whistleblowing wird in verschiedenen Stufen geprüft

Stufe 1

1. Ist das Wissen des Arbeitnehmers „gerichtsfest“ und berechtigt?

Die Gerichtsfestigkeit liegt in unserer anwaltlichen Erfahrung (würden Zeugen auch vor Gericht im Kündigungsschutzprozess aussagen, gibt es Dokumente, sind diese verwertbar usw.?).

Die Berechtigung bedeutet, dass die Beanstandungen des Arbeitnehmers nicht wissentlich unwahr oder leichtfertig falsch sind. Sollte dem so sein, muss mit fristloser Kündigung ohne vorherige Abmahnung gerechnet werden.

Stufe 2

2. Sollte das Wissen gerichtsfest und berechtigt sein, muss die Motivationslage des Anzeigenden und die rechtliche Relevanz des Wissens überprüft werden

Eine Anzeige, um dem AG „eins auszuwischen“, „ihn fertig zu machen“, kann zu einer Kündigung führen (s. BAG-Leitentscheidung unter Hinweis auf 241 II BGB). Andersherum können lautere Absichten (s. Heinisch bzw. BSE) dies verhindern.

Bei reinem Ehtikrichtlinienverstoss muss dringend eine innerbetriebliche Klärung vorher vorgenommen werden. Im Falle strafrechtlicher Relevanz des Wissens sollte immer eine innerbetriebliche Klärung vorher stattfinden. Sie ist nur entbehrlich, wenn sich der Arbeitnehmer selbst dem Verdacht einer Straftat aussetzen würde (Nichtanzeige geplanter Straftaten etc.), wenn schwerwiegende Straftaten in Rede stehen, wenn die Straftat vom Arbeitgeber selbst begangen wurde und oder wenn Abhilfe nicht zu erwarten ist.

Sollte nach dieser Prüfung eine Anzeige rechtssicher möglich sein, ist in einer dritten Stufe zu fragen

Stufe 3

Wem gegenüber genau angezeigt werden darf (nur der speziellen Behörde gegenüber oder auch durch Veröffentlichungen in der Presse?)

Der EGMR hat in seiner Heinish-Entscheidung das öffentliche Interesse an Informationen über Mängel in der Altenpflege in einem staatlichen Unternehmen für wichtiger erklärt als das Interesse dieses Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen. Ob das so richtig ist, ist zweifelhaft. Vielleicht hätte Frau Heinish auch nur der Polizei bzw. dem Gewerbeaufsichtsamt und den Gesundheitsbehörden Eingaben machen sollen (Einhaltung der Verhältnismäßigkeit).

Prüfungsablauf bei Whistleblowing

1. Mandant kommt und erzählt seine „Geheimnisse“.
2. Woher hat er dieses Wissen? Ist es gerichtsfest?
3. Was ist der Inhalt dieses Wissen? Ist das Wissen detailliert genug für Verstöße gegen Ethikrichtlinien und/oder Strafgesetze?
4. Muss nachermittelt werden? Falls nein, geht es nur um einen Verstoß gegen Ethikrichtlinien (dann innerbetriebliche Klärung) oder geht es um Strafrecht?
5. Falls es um Strafrecht geht, ist eine innerbetriebliche Klärung nötig? Falls nein, wem gegenüber darf angezeigt werden?
6. Können kündigungsberechtigende Umstände ausgeschlossen werden (Motivation des Anzeigenden, vorherige Drohung gegenüber dem Arbeitgeber, nicht leichtfertig oder wissentlich falsche Angaben, berechtigtes öffentliches Interesse, was für ein Schaden könnte bei dem Arbeitgeber entstehen, Abwägung)?
7. Ist alles verhältnismäßig?

Falschbeschuldigung des Arbeitnehmers

Der Mandant kommt zu Ihnen und teilt Ihnen mit, dass ein anderer Mitarbeiter dem Arbeitgeber mitgeteilt habe, er habe Strafrechtsrelevantes während der Arbeit (zu Lasten des Arbeitgebers) begangen.

Grundsätzlich hat der Arbeitgeber „alle zumutbaren Anstrengungen zur Aufklärung des Sachverhaltes zu unternehmen“ (z.B. BAG 2 AZR 324/85). Er muss zum einen den Informationen nachgehen und zum anderen den beschuldigten Arbeitnehmer bei Nichtbeweisbarkeit der Behauptung schützen. Mögliche Maßnahmen: Abmahnung, Verdachtskündigung, Versetzung etc.

Sonstiges

Eine vorherige innerbetriebliche Klärung kann unterbleiben, wenn sich der Arbeitgeber durch die Nichtanzeige selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde (siehe NZA 2004, 427 BAG Entscheidung 2 AZR 235/02). Es ist arbeitsrechtlich irrelevant, ob die Strafanzeige zu einem Erfolg führt. Wenn der Arbeitnehmer von der Staatsanwaltschaft geladen wird als Zeuge auszusagen, dies tut und Unterlagen übergibt, kann er nicht gekündigt werden (BVerfG 1 BvR 2049/00 in NZA 2001, 888).

Ethikrichtlinien unterliegen, soweit Relevanz für die AN, der Mitbestimmung.

Fazit der Prüfung

Um also auf der sicheren Seite zu sein, ist eine intensive, fantasievolle Durchdringung des Wissensstoffes des Hinweisgebers und die Prüfung auf Gerichtsfestigkeit des Wissens sowie auf die rechtliche Relevanz des Wissens als auch der Verhältnismäßigkeit (innerbetriebliche Klärung, wem gegenüber, wenn Anzeige usw.) unbedingt nötig.

Fälle aus der Rechtsprechung

Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 03.07.2003, 2 AZR 235/02 (Leitentscheidung)

Der Kläger arbeitete seit 01.05.97 als Sozialarbeiter in einem Jugendzentrum. Es kam zu Spannungen zwischen dem Einrichtungsleiter und ihm (u.a. wegen Arbeitszeitabrechnungen). Kläger sollte ab Februar 2000 ausführlichen Arbeitsplan vorlegen. Am 21.03.2000 wurde er aufgefordert den Arbeitsplan für April und Mai 2000 zu erstellen. Nach vorheriger anwaltlicher Beratung erstattete der Anwalt im Namen des Klägers (ohne jedoch dessen Namen zu nennen) Strafanzeige gegen den Einrichtungsleiter (u.a. wegen Veruntreuung von Geldern). Der Strafanzeige waren Kopien von Rechnungsbelegen beigefügt. Der Einrichtungsleiter sollte in den vergangenen Jahren unberechtigt Leistungen zu Lasten des Arbeitgebers (freier Träger der Jugendsozial- und Bildungsarbeit) abgerechnet haben. Genauer wurde in der Strafanzeige nicht gesagt. Als Zeuge wurde der Kläger angeboten. Das Ermittlungsverfahren wurde gem. § 170 II StPO eingestellt. Ein Bußgeldbescheid gegen R wurde erlassen. Der Beklagte kündigte mit Schreiben vom 01.08.2000 wegen schweren Vertrauensbruchs.

Das LAG hat die Kündigung für unwirksam erklärt und ausschließlich geprüft ob der Kläger wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben gemacht hat, was es verneinte. Das BAG hat zurückverwiesen und mit vielen Überlegungen ausgeführt, dass es nicht nur darauf ankomme, sondern auch in solchen Fällen andere arbeitsvertragliche Pflichten verletzt sein könnten. Es stellt hier insbesondere auf die arbeitsvertragliche Rücksichtnahmepflicht (§ 241 II BGB) ab. Es muss eine Abwägung zwischen der verfassungsmäßig möglichen Erstattung einer Strafanzeige und Rechtsverfolgung auf Seiten des Arbeitnehmers mit der verfassungsrechtlich geschützten Unternehmensfreiheit, insbesondere Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern, die die Ziele des Unternehmens fördern und das Unternehmen vor Schäden bewahren, stattfinden. Es darf sich also die Anzeige des Arbeitnehmers nicht als unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten darstellen. Indizien können sein: die Berechtigung des Anzeigenden, die Motivation des Anzeigenden oder ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die Misstände. Gründe für die Anzeigenerstattung verdienen ein besonderes Interesse, insbesondere dann, wenn der Arbeitgeber nur geschädigt werden soll.

Entscheidung Heinisch ./ Germany vom 21. Juli 2011, Az. 28274/08

Sachverhalt: Die Altenpflegerin, Frau Heinisch, hatte 2003 und 2004 ebenso wie der medizinische Dienst der Krankenkassen ihren Arbeitgeber vergeblich zur Beseitigung von Pflegemängeln aufgefordert. Schließlich erstattete sie Strafanzeige gegen ihren Arbeitgeber und wurde fristlos gekündigt. Der EGMR sprach ihr wegen Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäußerung gegen die Bundesrepublik Deutschland eine Entschädigung von 15.000,00 € zu. Er bemängelte, dass die deutschen Gerichte keinen angemessenen Ausgleich herbeigeführt hätten zwischen der Notwendigkeit den Ruf des Arbeitgebers zu schützen und Frau Heinischs Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung zu schützen. Nach dem obsiegenden Urteil beantragte Frau Heinisch die Wiederaufnahme ihres Verfahrens in Deutschland. Der Fall wurde dann beim LAG Berlin-Brandenburg mittels eines Vergleiches (ordentliche Kündigung gegen Zahlung von 90.000,00 €) beendet.

Aus dem Sachverhalt der Entscheidung ergibt sich, dass zwischen dem 24. Januar 2003 und 19. Oktober 2004 Frau Heinisch als auch ihre Arbeitskollegen regelmäßig das Management auf die Missstände (in der Regel wegen Personalmangels) hinwiesen. Dem Sachverhalt lässt sich auch entnehmen, dass die Hinweise sehr konkret gehalten waren. Laut Sachverhalt hat das Management am 22. November 2004 die Kritik grundlos zurückgewiesen. Die fristlose Kündigung wurde vom Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg und vom Bundesarbeitsgericht für wirksam erachtet. Eine Verfassungsbeschwerde wurde nicht angenommen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ändert nicht die Struktur des Abwägungsprozesses, er legt nur mehr Gewicht auf die Meinungsfreiheit. Insbesondere ist auch zu beachten, dass der MdK auch Vivantes kritisiert hat, sodass der EMRK sagt, Frau Heinisch hätte sich nicht an den MdK wenden müssen, da dieser sich ja schon an Vivantes gewandt hatte, sondern durfte Strafanzeige erstatten. Dem EMRK war auch wichtig, dass Frau Heinisch in gutem Willen handelte und nicht vorhatte, den Arbeitgeber zu schädigen

Entscheidung des LAG Köln, Az. 6 Sa 71/12 vom 05.07.2012

Sachverhalt: Klägerin war bei den beklagten Eheleuten seit 2011 als Hauswirtschafterin angestellt und mit der Betreuung der beiden Kinder (2 Jahre und 10 Monate alt) beschäftigt. Ihr wurde ordentlich gekündigt. Daraufhin zeigte sie beim Jugendamt –ohne vorherige Klärung gegenüber dem Arbeitgeber Missstände, die Kinder betreffend, an.

Das LAG Köln hat die Abweisung der Kündigungsschutzklage bestätigt und auch unter Zugrundelegung der dazu bereits ergangenen Rechtsprechung des EMRK im Abwägungsprozess ein Überwiegen der Interessen des Arbeitgebers festgestellt. Entscheidend war wohl die Chronologie: ordentliche Kündigung, dann Anzeige beim Jugendamt wegen Zuständen, die es auch schon vor der ordentlichen Kündigung gegeben haben soll, ohne innerbetriebliche Klärung.

Entscheidung des LAG Köln, Az. 6 Sa 304/11 vom 02.02.2012

Sachverhalt: Arbeitnehmer, Kläger, war 22 Jahre bei der Beklagten als Fahrausweisprüfer und Busfahrer tätig. Er hatte ein Schreiben an die Staatsanwaltschaft gesandt, indem er der Beklagten Manipulationen an den Linienbussen vorwarf, sodass sie nicht mehr verkehrs- und betriebstauglich seien. Des Weiteren schickte er eine Email an die dienstliche Adresse eines Polizeibeamten, darin machte er die Beklagte für den Tod eines alkoholisierten Fahrgastes verantwortlich, der aus dem fahrenden Bus gesprungen war. Die Beklagte habe Veränderungen an einer automatischen Bremse vorgenommen, die den Tod des Fahrgastes „mit verursacht“ habe. In beiden Fällen hatte die StA die aufgenommenen Ermittlungsverfahren mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Durch ein Sachverständigengutachten wurde festgestellt, dass die Vorwürfe des Klägers haltlos waren. Die Beklagte hatte mehrfach fristlos danach gekündigt.

Im Zuge der umfassenden Interessensabwägung (u.a. Geltung der Europäischen Menschenrechtskonvention und öffentlichem Interesse einer Aufklärung der Vorwürfe versus Arbeitgeberinteresse an seinem Schutz).

Das LAG hielt die fristlose Kündigung. Hier lag ein Fall wissentlich unwahrer Tatsachen bzw. auf jeden Fall leichtfertiger Behauptungen vor.

Entscheidung des LAG Nürnberg vom 16.09.2011, Az. 4 Sa 297/10

Sachverhalt: 55jähriger Maschinenhelfer seit über 16 Jahren in einem mittelständischen Unternehmen beschäftigt. Er hatte immer wieder Schwierigkeiten mit Kollegen bzw. Vorgesetzten und umgekehrt. Er war deswegen zweimal abgemahnt worden. Danach forderte er die Entlassung einer seiner Vorgesetzten. Er hatte überdies Strafanzeige gegen einen anderen Vorgesetzten erstattet. Vor dem Arbeitsgericht hatte er die Versetzung zweier weiterer Vorgesetzter eingeklagt. Trotz Mitteilung in der Güteverhandlung, dass die Klage eindeutig aussichtslos sei, betrieb er das Verfahren weiter. Dann kündigte der Arbeitgeber fristlos hilfsweise ordentlich verhaltensbedingt.

Das Arbeitsgericht Würzburg sah die ordentliche Kündigung als wirksam an, die fristlose nicht. Grund für die Anerkennung nur der ordentlichen waren wohl sein Alter und die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses.

Entscheidung des Hessischen LAG vom 26.10.2011, Az. 8 Sa 1554/10

Sachverhalt: Der schwerbehinderte Arbeitnehmer war seit 1989 beschäftigt. Im Oktober 2009 erstattete er bei der Polizei Anzeige gegen seine Vorgesetzten A, B und C wegen Beleidigung und Nötigung („du Wichser, Idiot, Depp, unfähiger Trottel, Arschloch, Arsch und dumme Sau“). Des weiteren sollte er im Kühlhaus und wurde vom Schichtleiter angeschrien, warum er die Kühlung ausgemacht habe. Dieser ging dann, sperrte die Kühlhaustür ab und setzte die Kühlung in Gang. Dem Kläger soll es gerade noch gelungen sein aus dem Kühlhaus zu entkommen.

Im Ermittlungsverfahren hat sich das alles als haltlos herausgestellt. Das Integrationsamt stimmte einer fristlosen Kündigung zu.

Die fristlose hilfsweise ordentliche Kündigung wurde ausgesprochen. Vor dem Arbeitsgericht wurde der Kündigungsschutzklage stattgegeben. In der Berufung wurde die Klage abgewiesen.

Entscheidend war die Beweisaufnahme, wonach die Vorgesetzten und Kollegen angaben den Kläger nie beleidigt zu haben. Dieser konnte in der Beweisaufnahme keinerlei konkrete Vorfälle nennen. Die Kühlhalle (Schockfroster) entpuppte sich als Kühlhaube in der Plusgrade herrschten.

Übersicht über kündigungsrelevante Abwägungsaspekte aus: Simon/Schilling Betriebs-Berater 2011, Seite 427

Aspekte, die für Kündigungsrecht des Arbeitgebers sprechen	Aspekte die gegen Kündigungsrecht des Arbeitgebers sprechen
Wissentliche oder leichtfertige Falschanzeige	
Achtung: Bei Angelegenheiten von hohem öffentlichen Interesse sind hohe Anforderungen an den Vorwurf der Leichtfertigkeit zu stellen. Auch eine schwache Tatsachengrundlage kann zur Anzeige berechtigen	
	Es besteht ein gesetzliches Recht oder eine gesetzliche Pflicht zur Anzeige Beispiel: §§ 138 Abs. 1 StGB, 17 Abs. 2 ArbSchG
Whistleblower handelt bei Anzeige aus unlauteren Motiven Bsp.: Rache oder um einen Konkurrenten zu beseitigen	Whistleblower handelt bei Anzeige aus billigen Motiven Bsp.: Pflichtbewusstsein, Altruismus
Whistleblower hat Missständen nicht zuerst innerbetrieblich angezeigt	Whistleblower hat Missstände vergeblich innerbetrieblich angezeigt
Ausnahme: <ul style="list-style-type: none"> - innerbetriebliche Anzeige war nicht zumutbar - wenn sich der Arbeitnehmer selbst strafbar machen würde - wenn eine gesetzliche Pflicht zur Anzeige besteht - Arbeitgeber ist selbst in Vorgänge verwickelt - auf Abhilfe durch den Arbeitgeber kann vernünftigerweise nicht gezählt werden 	
Anzeige erfolgt anonym und lässt daher keine zurechenbare Meinungsäußerung erkennen	
Achtung: Dann besteht kein Schutz gem. Art. 5 Abs. 1 GG, möglicherweise aber gem. Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG, aus denen ein Recht auf Anzeige strafbaren Verhaltens folgt, das im konkreten Fall mit den Arbeitgeberrechten aus Art. 12 GG abzuwägen ist (s.o.).	Die Anzeige betrifft ein Thema von „öffentlichem Interesse“ Bsp. Dioxinskandal, BSE-Skandal, Pflegeheime, Krankenhäuser, Gefängnisse, Finanzgeschäfte mit volkswirtschaftlichen Folgen

- Vielen Dank für Ihre Geduld