

## Whistleblowing im Arbeitsrecht

Wirtschaftsjuristin Anna Ebert, LL.M.

### A. Einleitung

„German Whistleblower have a hard time making their case“, so beschreibt Lewis die Rechtslage in Deutschland bezogen auf den privaten Sektor<sup>1</sup>. Dem kann zugestimmt werden, denn in Deutschland fehlen klare gesetzliche Vorschriften zu Whistleblowing, auch die Rechtsprechung ist nicht einheitlich.

Zwar wurde der Begriff ‚Compliance‘ bereits in den Deutschen Corporate Governance Kodex aufgenommen, aber zum Whistleblowing sucht man vergeblich nach Regelungen nicht nur in diesem Kodex, sondern auch in der deutschen Gesetzgebung.

Das Whistleblowing kollidiert dabei in erster Linie mit den Regelungen des Arbeitsrechts, wobei besonders die drohende Kündigung für Whistleblower im Mittelpunkt steht. Die Rechtsprechung (insbesondere der Zweite Senat am BAG) betont dabei die Treuepflicht der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber. Eine Anzeige des Arbeitnehmers kann als Verstoß dagegen ausgelegt werden. Daher ist Vorsicht jedem geboten, der seinen Arbeitsplatz behalten möchte.

Als Reaktion auf zahlreiche Rechtsverstöße in Betrieben (insbesondere Gammelfleischskandal)<sup>2</sup> wurde im Jahre 2008 ein Versuch der gesetzlichen Verankerung des Whistleblowers-Schutzes im Bürgerlichen Gesetzbuch in Form des § 612a BGB n. F. vorgenommen. Diese Regelung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer sollte Voraussetzungen für mehr Whistleblowing schaffen. Dadurch wäre ein Arbeitnehmer berechtigt gewesen, sich an den Arbeitgeber oder eine zur innerbetrieblichen Klärung zuständige Stelle zu wenden und Abhilfe zu verlangen, vorausgesetzt, er wäre "auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung", dass im Betrieb oder bei einer betrieblichen Tätigkeit gesetzliche Pflichten verletzt werden. Erst wenn diese Handlung erfolglos bliebe, sollte der Arbeitnehmer berechtigt sein, eine zuständige außerbetriebliche Stelle anzurufen<sup>3</sup>. Diesen Gesetzentwurf fanden Whistleblowing-Befürworter

<sup>1</sup> Lewis (2010), S. 24.

<sup>2</sup> Insbesondere in der Lebensmittelwirtschaft sollten die Risiken für die Allgemeinheit durch Insiderwissen ausgeschlossen werden.

<sup>3</sup> Vorschlag des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im BGB, abrufbar unter: <http://www.whistleblower-net.de/pdf/V612aBGB.pdf>, Stand: 10.05.2011.

inhaltlich unklar und rechtsunsicher<sup>4</sup>, zugleich ging er aus Sicht der Arbeitgeberverbände zu weit.<sup>5</sup> Schließlich ist dieser Paragraph noch im gleichen Jahr am Widerstand der CDU/CSU-Bundestagsfraktion gescheitert.

Dennoch ist mit einer gesetzlichen Regelung in absehbarer Zukunft zu rechnen. Im November 2010 verpflichtete sich die Bundesregierung auf dem G 20 Gipfel in Seoul im Rahmen der Korruptionsbekämpfung, durch ein entsprechendes Gesetz bis Ende 2012 Hinweisgeber zu schützen<sup>6</sup>.

Den Ausgangspunkt für die arbeitsrechtliche Diskussion über Whistleblowing bildet die Frage, ob ein Arbeitnehmer eine Pflicht oder ein Recht hat, Verstöße zu melden. Die Problematik bei der Ausübung des Whistleblowing betrifft mehrere arbeitsrechtliche Fragen, insbesondere die arbeitsrechtlichen Nebenpflichten des Arbeitnehmers, Kollision mit den Grundrechten, sowie Kündigungen als mögliche Reaktion des Arbeitgebers auf die Meldungen von Missständen.

Obschon Whistleblowing vor allem individualarbeitsrechtliche Probleme aufwirft, spielen insbesondere interne Richtlinien zum Whistleblowing im kollektiven Arbeitsrecht eine zu klärende Rolle.

Mangels klarer gesetzlicher Vorgaben haben Rechtsprechung und Kommentatoren zwar einige Kriterien für Whistleblowing entwickelt, die im Folgenden erläutert werden, aber letztlich bleibt die Rechtslage in vielen Punkten unklar.

## B. Whistleblowing: intern vs. extern

### 1. Grundlagen

Eine entscheidende Rolle für die Bewertung des Whistleblowing spielt in der Praxis die Tatsache, ob dieses intern oder extern erfolgt.

Unter einem internen Whistleblowing versteht man die Meldung des administrativen Fehlverhaltens bzw. einer gefährlichen Handlung innerhalb des Unternehmens, allerdings ohne dass der mitteilende Arbeitnehmer sich wie gewohnt an die Hierarchien hält. Der Vorteil liegt darin, dass ein entdecktes und gemeldetes Problem im Unternehmen gelöst werden kann und dadurch ggf. größere Schäden abgewendet werden können. Internes Whistleblowing erfüllt die Funktion eines Frühwarnsystems und erfüllt eine wichtige Compliance-Funktion.

Externes Whistleblowing umfasst die Meldung eines Insiders an alle denkbaren außerbetrieblichen Stellen, von Behörden bis hin zur Öffentlichkeit. Zum Teil wird in der Literatur auf die Möglichkeit der Leistungsverweigerung durch den Arbeitnehmer als Ersatz für externes Whistleblowing verwiesen. Wenn der Arbeitgeber seine Pflichten zu Schutzmaßnahmen aus § 618 BGB verletzt, hat der Arbeitnehmer nach h. M. ein Recht

---

<sup>4</sup> Stellungnahme des Whistleblower-Netzwerk e.V. zu dem gemeinsamen Vorschlag des BMAS, BMELV, BMJ für eine gesetzliche Verankerung des Informantenschutzes für Arbeitnehmer im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 612a n.F. BGB), 10.06.2008, abrufbar unter: [http://www.fairnessstiftung.de/pdf/WBNW\\_zu\\_612a.pdf](http://www.fairnessstiftung.de/pdf/WBNW_zu_612a.pdf), Stand: 22.06.2011.

<sup>5</sup> Stellungnahme der Arbeitgebervereinigung Nahrung- und Genuss e.V., 4.06.2008, abrufbar unter: [http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0304/bundestag/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10\\_81/16\\_10\\_850-E.pdf](http://webarchiv.bundestag.de/archive/2010/0304/bundestag/ausschuesse/a10/anhoerungen/a10_81/16_10_850-E.pdf), Stand: 26.06.2011.

<sup>6</sup> Seoul Summit Document, S. 17, abrufbar unter: [http://www.bundesregierung.de/nsc\\_true/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/G8G20/Anlagen/G20-seoul-gipfel-dokument-en,property=publicationFile.pdf/G20-seoul-gipfel-dokument-en](http://www.bundesregierung.de/nsc_true/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/G8G20/Anlagen/G20-seoul-gipfel-dokument-en,property=publicationFile.pdf/G20-seoul-gipfel-dokument-en), Stand: 26.06.2011.

auf Zurückhaltung seiner Arbeitsleistung nach § 273 I BGB<sup>7</sup>. So könnte der Whistleblower zumindest ansatzweise dazu beitragen, den Missstand selber zu beseitigen, bevor er sich an Dritte wendet. Auch hier ist die Güterabwägung vorzunehmen, ob die Selbsthilfe oder negative Publizität im Falle einer voreiligen Anzeige zu größeren Nachteilen führen würde. Darüber hinaus ist die Zumutbarkeit im Einzelfall zu beachten, nämlich ob ein Arbeitnehmer die erforderliche technische Möglichkeit, Sachkunde etc. hätte<sup>8</sup>.

## 2. Internes Whistleblowing

Auch wenn inzwischen klargestellt wurde, dass internes Whistleblowing dem externen Whistleblowing nicht obligatorisch vorgehen soll, hat die Rechtsprechung vom BAG bisher der innerbetrieblichen Abhilfe bei Whistleblowing den Vorrang erteilt. So betonte das BAG das Erfordernis des innerbetrieblichen Hinweises als eine der Voraussetzungen für ein zulässiges Whistleblowing neben der Berechtigung zur Anzeige und der Motivation<sup>9</sup>. Grundsätzlich soll eine innerbetriebliche Klärung nicht einer Strafanzeige vorgehen, so das BAG. Dennoch werden in den Kündigungsprozessen wie im „Verwaltungsangestellten“-Fall<sup>10</sup> und im „Strahlenschutzbeauftragten“-Fall<sup>11</sup> die Kündigungen für unwirksam erklärt, weil die Arbeitnehmer wiederholt internes Whistleblowing durchgeführt hatten.

Eine weitere Erklärung für Forderung nach dem Vorrang des internen Whistleblowing ist neben der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 II BGB die Übertragung des Grundsatzes aus dem Arbeitsschutz. Die Arbeitsschutzvorschriften, insbesondere die § 16 ArbSchG, § 21 VI GefahrenstoffVO, § 30 I StrSchVO, verlangen von dem Arbeitnehmer, sich bei Verstößen gegen die einschlägigen Regelungen direkt an den Arbeitgeber zu wenden, bevor sie die zuständigen Behörden davon in Kenntnis setzen.

Dieses Prinzip sehen einige Autoren als allgemein übertragbar für die Fälle der Anzeigeerstattung außerhalb des Arbeitsschutzes<sup>12</sup>. Dieser Ansicht kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden. Der zum Geltungsbereich dieses Prinzips gehörende Personenkreis der Arbeitnehmer ist mit speziellen Pflichten zur Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften ausgestattet, ein Whistleblower dagegen kann die Verstöße aus allen Rechtsgebieten melden. Zudem besteht die Gefahr, dass das Management im Unternehmen auch in die Missstände eingeweiht ist und somit primär daran interessiert ist, diese geheim zu halten. Unter Umständen ist externes Whistleblowing der einzige Weg für eine wirksame Meldung der Missstände.

## 3. Externes Whistleblowing

Nach herrschender Meinung ist externes Whistleblowing nach der erfolglosen Ausschöpfung innerbetrieblicher Abhilfemaßnahmen zulässig. Auch dann soll die Strafanzeige jedoch nur *ultima ratio* sein, da sie das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien des Arbeitsvertrages extrem beeinträchtigt<sup>13</sup>. Die Arbeitnehmer müssen als Folge des externen Whistleblowing u. U. mit Sanktionen wie Abmahnung,

---

<sup>7</sup> Neumann (2010) S. 11.

<sup>8</sup> Müller (2002).

<sup>9</sup> Berthold (2010), S. 70.

<sup>10</sup> BAG vom 18.6.1970, 2 AZR 369/69.

<sup>11</sup> BAG vom 14.12.1972, 2 AZR 115/72.

<sup>12</sup> Gach/Rützel (1997), 1959.

<sup>13</sup> Berthold (2010), S. 76.

Versetzung oder Kündigung rechnen<sup>14</sup>, da aktuell in Deutschland lediglich unzureichende rudimentäre gesetzliche Regelungen dazu vorhanden sind.

Externes Whistleblowing darf überwiegend nach erfolglosen internen Beschwerden erfolgen, damit es als schutzwürdig und legitim von den Gerichten angesehen wird<sup>15</sup>. Die einzige Ausnahme dazu bildet der sog. „Matrosen-Fall“, whistleblower-freundlich entschieden vom LAG Düsseldorf<sup>16</sup>, in dem ein Arbeitnehmer (Matrose) nicht verpflichtet gewesen sei, sich vor seinem Bericht an die externe Stelle intern zu beschweren, so das LAG auf der Grundlage des Petitionsrechts.

Ferner ist externes Whistleblowing dann zulässig, wenn interne Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten ist. Fraglich bleibt jedoch, wann dies anzunehmen sei. Als Maßstab wird hier die Sicht eines verständigen Arbeitnehmers hinzugezogen<sup>17</sup>. So musste die Arbeitnehmerin in dem sog. „Hackfleisch“-Fall davon ausgehen, dass die Geschäftsführung die Manipulationen gebilligt hat, deshalb war in diesem Fall direktes externes Whistleblowing „entschuldigbar“, ohne zuvor interne Beanstandungen durchgeführt zu haben.<sup>18</sup>

Die Meldungen den Behörden gegenüber fallen unter den Schutzbereich des Petitionsgrundrechts (s. o.). Noch schwieriger ist die Rechtslage in Bezug auf die externen Anzeige- und Beschwerderechte gegenüber der Öffentlichkeit, denn es existieren dazu keinerlei Vorschriften<sup>19</sup>. Das Grundrecht aus Art. 17 GG findet keine Anwendung, da die Öffentlichkeit keine „zuständige Stelle“ i. S. des Grundgesetzes ist.

Die Rechtsprechung hat einige Fälle des externen Whistleblowing an die Öffentlichkeit entschieden<sup>20</sup>. Es lässt sich hieraus jedoch keine eindeutige Tendenz erkennen. Im Unterschied zu der oben dargestellten Rechtsprechung zum Whistleblowing gegenüber den Behörden ist hier die Bezugnahme auf die Grundrechte, da die öffentliche Meinungsbildung in solchen Fällen auf die Einschlägigkeit des Art. 5 I GG eher schließen lässt, als es bei den Tatsachenbehauptungen den Behörden gegenüber der Fall ist. Das Gemeinsame an den beiden Arten des externen Whistleblowing stellen die Anforderungen an die Zulässigkeit der Meldungen i.S.d. Schutzbereiches des Art. 5 GG dar wie die nicht bewusst oder erwiesen unwahre Natur der Meldungen.

#### 4. Zwischenergebnis

Auch wenn zahlreiche andere Sanktionen beim Whistleblowing denkbar sind und durchaus in der Praxis vorkommen (Suspendierung, Abmahnung, Mobbing etc.), spielt die Kündigung eine enorm große Rolle für jeden Arbeitnehmer, weil sie seine Existenzgrundlage gefährdet. Grundsätzlich zeigt die Rechtsprechung des BAG eine eher ablehnende Haltung gegenüber dem Whistleblowing<sup>21</sup>. Dennoch lässt sich in den wenigen Gerichtsurteilen eine Tendenz erkennen, dass internes Whistleblowing in der Regel keinen Grund zu arbeitgeberseitigen Sanktionen, insbesondere Kündigung, darstellt und die Nebenpflichten des Arbeitnehmers in der Regel nicht verletzt.

<sup>14</sup> Meyer/Dovermann/Frech/Gugel (2004), S. 131.

<sup>15</sup> u.a. BAG vom 18.6.1970.

<sup>16</sup> LAG Düsseldorf vom 21.02.1974, DB 1974, 2164.

<sup>17</sup> Otto, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung in: Berthold (2010), S. 71.

<sup>18</sup> LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 03.02.1987 - 7 (13) Sa 95.

<sup>19</sup> Graser (2000), S. 186.

<sup>20</sup> BGH vom 20.01.1981, AZ VI ZR 162/79, NJW 1981, 1089; BVerfGE 28, 191 (1970)

<sup>21</sup> Graser (2000), S. 176

## C. Arbeitsvertragliche Nebenpflichten des Arbeitnehmers

### 1. Treuepflicht

Für die arbeitsrechtliche Bewertung des Whistleblowing ist in fast allen Fällen die Frage relevant, ob ein Arbeitnehmer durch seine ‚Meldung‘ arbeitsvertragliche Nebenpflichten verletzt, woraus sich ein Recht zur Kündigung ergeben kann, oder ob diese Nebenpflichten ihm nicht gerade gebieten, Meldung zu erstatten.

Die Treuepflicht des Arbeitnehmers nach §§ 242, 241 II BGB, die ein Pendant zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers darstellt, spielt hier eine zentrale Rolle<sup>22</sup>. Diese Nebenpflicht wurde in einer Grundentscheidung des Bundesarbeitsgerichts<sup>23</sup> ausführlich formuliert als eine Verpflichtung, *„auf die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen und sie im zumutbaren Umfang zu wahren (...) und den Arbeitgeber über alle wesentlichen Vorkommnisse im Betrieb in Kenntnis zu setzen, vor allem um Schäden des Arbeitgebers zu verhindern“*<sup>24</sup>. Als Oberbegriff umfasst sie folgende vertragliche Nebenpflichten des Arbeitnehmers: Loyalitäts-, Rücksichts-, Mäßigungs-, die Interessenwahrungs- und Schadensabwägungspflicht<sup>25</sup>.

Diese Nebenpflichten sind darauf ausgerichtet, den Arbeitgeber zu schützen, indem die Arbeitnehmer insbesondere durch die Unterlassungspflichten wie das Schmiergeldverbot, das Wettbewerbs- und Nebentätigkeitsverbot, sowie die Verschwiegenheitspflicht u. a. zur Wahrung des schutzwürdigen Interesses des Arbeitgebers beitragen.

### 2. Schadensabwägungspflicht

Die Schadensabwägungspflicht wurde durch die Rechtsprechung anerkannt<sup>26</sup> und bedeutet im Kontext von Whistleblowing eine Pflicht, den Arbeitgeber über alle wesentlichen Vorfälle zu informieren, um insbesondere diesen vor Schäden zu bewahren.

Durch das Direktionsrecht kann der Arbeitgeber diese Nebenpflicht konkretisieren und beispielsweise in einem Code of Conduct niederlegen. Nach herrschender Meinung ist das arbeitgeberseitige Weisungsrecht für die Einführung von Compliance Systemen und somit eines wichtigen Teils davon – der Verpflichtung zum Whistleblowing – geeignet<sup>27</sup>. Somit wird die Schadensabwehrpflicht als die Whistleblowing begründende Nebenpflicht angesehen, so dass der Arbeitnehmer die ihm bekannten Informationen über einen (drohenden) Schaden nicht nur weitergeben darf, sondern muss<sup>28</sup>.

### 3. Verschwiegenheitspflicht

Eine große Rolle für das Whistleblowing spielt auch die Verschwiegenheitspflicht. Diese Nebenpflicht gilt in erster Linie für die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 17 UWG, die im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut oder zugänglich

---

<sup>22</sup> Schulz (2011), S. 629.

<sup>23</sup> BAG, 3.7.2003 - 2 AZR 235/02.

<sup>24</sup> S. Fn 23.

<sup>25</sup> Schmitt (2003), S. 27 ff.

<sup>26</sup> BAG 3.07.2003, 2 AZR 235/02; BAG 18.06.1970, 1 AZR 520/69.

<sup>27</sup> Mengel (2007), S. 14.

<sup>28</sup> S. Fn. 23.

geworden sind<sup>29</sup>. Die arbeitsvertraglichen Geheimhaltungspflichten sind i. d. R. umfassender als die gesetzlichen.

Umstritten bleibt jedoch die Frage der Offenbarung des illegalen Verhaltens sowie anderer Missstände durch den Arbeitnehmer. Bisher haben weder die Wissenschaft noch die Rechtsprechung eindeutig Stellung dazu genommen<sup>30</sup>, folglich haben Whistleblower keine Rechtsicherheit. Einige Autoren, darunter *Müller*<sup>31</sup>, vertreten die Ansicht, dass die Verletzung der Geheimhaltungspflicht als Ausprägung der Treuepflicht durch einen Whistleblower zur fristlosen Kündigung nach § 626 I BGB führen kann, da es als ein wichtiger Grund angesehen werden kann. Diese Ansicht ist umstritten, wobei ihr mangels eindeutiger gesetzlichen Regelungen sowie der einschlägigen Rechtsprechung im Einzelfall, je nach Schwere der Pflichtverletzung, gefolgt werden kann.

#### 4. Rücksichtnahmepflicht

Die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers beinhaltet die Unterlassung von Äußerungen, die den Arbeitgeber schädigen können und deren Geheimhaltung dem Interesse des Arbeitgebers entspricht. Dazu werden auch persönliche Angelegenheiten sowie u. U. strafbare Verhaltensweisen des Arbeitgebers gezählt<sup>32</sup>. Mitteilungen an Dritte, die dem Ruf des Arbeitgebers schädigen können, sind ebenfalls zu unterlassen<sup>33</sup>. Ein Verstoß gegen die Rücksichtspflicht in Form des externen Whistleblowing (Meldung nach außen) wird auch nicht durch Meinungsfreiheit gerechtfertigt (s. u.).

Eine Einschränkung der Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers erfolgt, wenn der Arbeitgeber von einem Verstoß Kenntnis hatte und nichts dagegen unternommen hat. Dies wird damit begründet, dass die Verheimlichung der Rechtsverstöße durch den Arbeitgeber kein schutzwürdiges Interesse darstellt.<sup>34</sup>

Ferner werden Arbeitnehmer aufgrund der Mäßigungspflicht angehalten, von Meldungen der Missstände sowie der Kritik im Unternehmen abzugehen oder zumindest soweit möglich die Ausdrucksweise so anzupassen, dass sie nicht kränkende Formen annimmt<sup>35</sup>.

Zugleich bildet das Verbot widersprüchlichen Verhaltens als eine weitere Nebenpflicht des Arbeitnehmers gewisse Einschränkungen im Bezug auf Whistleblowing. Das Prinzip *venire contra factum proprium*, das aus § 242 BGB abgeleitet wird und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens im Rechtsleben darstellt, gilt grundsätzlich für alle Vertragspartner<sup>36</sup>.

#### 5. Zulässigkeitskriterien für Whistleblowing

In einem wegweisenden Urteil entschied das Bundesverfassungsgericht, dass derjenige, der im guten Glauben eine Strafanzeige erstattet, nicht dadurch Nachteile erleiden darf, falls sich seine Behauptung nach einer späteren behördlichen Prüfung

<sup>29</sup> § 17 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

<sup>30</sup> So Graser (2000), Herbert/Oberrath (2005), 199.

<sup>31</sup> Müller (2002), S. 424.

<sup>32</sup> Müller (2002).

<sup>33</sup> Schmitt (2003), S. 29.

<sup>34</sup> Müller (2002).

<sup>35</sup> BAG, 05.02.1981, 2 AZR 1135/78.

<sup>36</sup> Schmitt (2003), S. 30.



als unrichtig oder nicht aufklärbar erweist<sup>37</sup>. Einige Jahre später konkretisierte das Bundesarbeitsgericht die genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts<sup>38</sup>. In diesem Fall ging es um einen Arbeitnehmer, der eine Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber erstattet hatte und dem daraufhin gekündigt wurde. Die Kündigung soll berechtigt sein, wenn eine Anzeige gegen den Arbeitgeber eine erhebliche Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht durch den Arbeitnehmer darstellt. Dies sei insbesondere dann zu bejahen, wenn eine vom Arbeitnehmer veranlasste Strafanzeige wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben enthält oder wenn sie in Schädigungsabsicht bzw. aus Rache erfolgt. Je nach Umständen kann dies auch der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer nicht vorab eine innerbetriebliche Klärung versucht hat<sup>39</sup>. Anders als die Vorinstanz entschied das BAG, dass die vertragliche Rücksichtnahmepflicht aus § 241 II BGB dem Arbeitnehmer die Rücksichtnahme auf geschäftliche Interessen des Arbeitgebers auch bei unternehmensinternen Missständen gebietet und keine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers darstellen darf<sup>40</sup>.

Folgende Indizien werden für eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht aufgeführt: die fehlende Berechtigung der Anzeige, eine verwerfliche Motivation des Whistleblowers und ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf den Missstand<sup>41</sup>. In der Literatur werden sie als Zulässigkeitskriterien für Whistleblowing gedeutet.

Wie vorstehend aufgeführt, hat ein Arbeitnehmer die Berechtigung zur Anzeige aufgrund seines Grundrechts aus Art. 2 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip für die nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben. Ferner ist die Berechtigung nicht zu verneinen, wenn die Wahrheit nicht aufzuklären ist<sup>42</sup>. Eine leichtfertig falsche Angabe liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeitnehmer die Aufklärungsmöglichkeiten, die sich angeboten haben, nicht genutzt hat. Darüber hinaus darf die Anzeige weder völlig grundlos noch leichtfertig, rechtsmissbräuchlich und schikanös sein.

Unter der verwerflichen Motivation können sich Schädigungsabsicht oder Rache verbergen. Die Ausübung eines Rechts mit der Absicht, einem anderen Schaden zuzufügen, ist bereits unzulässig im Rahmen des § 226 BGB<sup>43</sup>. Das BAG hat in seinem sog. "Steuerfall"-Urteil die Reaktion der Arbeitnehmerin als unverhältnismäßig bewertet<sup>44</sup>, da diese Arbeitnehmerin ihren Arbeitgeber buchstäblich „fertig machen wollte“ (und somit schädigen). Die Kritiker argumentieren dagegen, das BAG entscheide hier zu pauschal, so dass die Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses an der Bekanntmachung und Behebung der Missstände unberücksichtigt bleiben. Ferner wird dabei die fehlende Schutzwürdigkeit eines rechtswidrig handelnden Arbeitgebers nicht beachtet, so *Wendeling-Schröder*<sup>45</sup>.

Nach Ansicht des BAG hat ein innerbetrieblicher Hinweis nicht generell Vorrang vor der Erstattung der Strafanzeige, vielmehr kommt es auf die Zumutbarkeit des inner-

<sup>37</sup> BVerfG vom 25.02.1987 - 1 BvR 1086/ 85 - BVerfGE 74, 257.

<sup>38</sup> S. Fn. 23.

<sup>39</sup> S. Fn. 23.

<sup>40</sup> *Sauer*, Regeln fürs Verpfeifen, Personal und Recht, Heft 05/2005, abrufbar unter: [http://www.damm-mann.de/assets/peronal\\_2005\\_S56.pdf](http://www.damm-mann.de/assets/peronal_2005_S56.pdf); Stand: 17.07.2011

<sup>41</sup> *Berthold* (2010), S. 69.

<sup>42</sup> So BVerfG vom 25.02.1987.

<sup>43</sup> § 226 BGB (Schikaneverbot).

<sup>44</sup> BAG vom 4.07.1991.

<sup>45</sup> *Wendeling-Schröder* (2004).

betrieblichen Hinweises an. Viele Forscher<sup>46</sup> betonen dennoch den grundsätzlichen Vorrang des internen Whistleblowing dem externen gegenüber und leiten es aus dem gesetzgeberischen Willen ab, insbesondere den speziellen Gesetzen wie Arbeitsschutz- und Betriebsverfassungsgesetz<sup>47</sup>. Es soll einzelfallbezogen geprüft werden, ob eine vorherige innerbetriebliche Anzeige dem Arbeitnehmer zumutbar war oder ob ein Unterlassen pflichtwidrig wäre. Die Zumutbarkeit ist zu verneinen, wenn es sich um eigene Strafverfolgung, schwerwiegende Straftaten, Straftaten des Arbeitgebers, berechtigterweise nicht zu erwarteter Abhilfe (z. B. falls der Arbeitgeber die Missstände kennt und duldet) und Tarifverträge handelt<sup>48</sup>. Als unzumutbar wird internes Whistleblowing dann ausgelegt, wenn der Arbeitnehmer Kenntnis von Straftaten erhält, durch deren Nichtanzeige seine Strafverfolgung in Gang gesetzt werden kann. In solchen Fällen tritt die Rücksichtnahmepflicht zurück<sup>49</sup>. Nach Ansicht der Verfasserin soll die Zumutbarkeitsprüfung einzelfallbezogen über die o.g. Sachverhalte hinaus erfolgen, nämlich ob die innerbetriebliche Klärung der Missstände Erfolgsaussichten hat, ansonsten wird das Instrument des Whistleblowing zu einem zahnlosen Tiger.

## D. Grenzen der arbeitsrechtlichen Nebenpflichten

Auch wenn die vorstehend aufgeführten Verpflichtungen des Arbeitnehmers sehr umfangreich sind, wirkt die Treuepflicht des Arbeitnehmers nicht grenzenlos. Sie wird insbesondere durch gesetzliche Anzeigerechte und -pflichten des Arbeitnehmers sowie durch die Grundrechte eingeschränkt.

### 1. Gesetzliche Anzeigepflicht des Arbeitnehmers

Das deutsche Recht kennt keine allgemeine Pflicht zur Anzeige von Rechtsverstößen anderer Personen<sup>50</sup>. Einen Sonderfall in diesem Zusammenhang bildet die gesetzliche Verpflichtung zur Anzeige geplanter Straftaten gem. § 138 StGB. So wird ein Arbeitnehmer per Gesetz zur Strafanzeige verpflichtet, wenn die Verletzung von Rechtsgütern oder deren Gefahr durch eine Straftat besteht<sup>51</sup>. Diese gesetzliche Verpflichtung geht der Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber vor und begründet in diesem Fall die Unzulässigkeit einer Kündigung, die aufgrund des Nachgehens dieser Anzeigepflicht ausgesprochen werden kann<sup>52</sup>.

Die Anzeige der Straftaten aus § 138 StGB wird gegenüber Behörden oder der betroffenen Person erstattet. Anders verhält es sich mit den vertraglichen Anzeigepflichten aus dem Arbeitsverhältnis: in diesem Fall werden Missstände dem Arbeitgeber mitgeteilt. Dabei sind ausschließlich solche Anzeigen zulässig, die drohende Schäden des Arbeitgebers sowie die Haftung Dritten gegenüber begründen können. Schäden, für die der Arbeitgeber nicht in Haftung genommen werden kann, sind demnach nicht anzeigepflichtig. Die Ausnahme bilden jedoch die Fälle, in denen der

<sup>46</sup> Müller (2002), Graser (2000), S. 208.

<sup>47</sup> § 17 II ArbSchG, §§ 84, 85 BVerfG.

<sup>48</sup> S. Fn. 23.

<sup>49</sup> S. Fn. 23.

<sup>50</sup> Berthold (2010), S. 65.

<sup>51</sup> Stein (2004).

<sup>52</sup> Müller (2002).



Arbeitnehmer für die Überwachung bestimmter Bereiche zuständig ist<sup>53</sup> (z. B. Datenschutzbeauftragter).

Durch die höchstichterliche Rechtsprechung wurde der Anzeigepflicht die Zumutbarkeitsgrenze gesetzt<sup>54</sup>. Es soll eine Interessenabwägung stattfinden und die Konsequenzen des Whistleblowing für den Arbeitnehmer, der die Missstände meldet, berücksichtigt werden. Somit besteht weder eine Pflicht für Arbeitnehmer zur Selbstanzeige noch für freie Mitarbeiter zur Meldung jeder Unredlichkeit von Kollegen sowie zur Selbstbezeichnung, so der BGH.<sup>55</sup>

## 2. Anzeigerechte des Whistleblowers

Die gesetzlichen Anzeigerechte gelten nur im Bereich des Umwelt- und Arbeitsschutzes. So regelt das Arbeitsschutzgesetz<sup>56</sup> das Anzeigerecht des Arbeitnehmers bezüglich mangelnder Maßnahmen zur Sicherheit und Gesundheitsschutz und deren Gefährdung an die zuständige Behörde, soweit vorher eine erfolglose Abhilfe an den Arbeitgeber ersucht wurde.

Ein weiteres Anzeigerecht stellen die Beschwerden des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebsbeauftragten dar. Die Aufgabe eines Betriebsbeauftragten besteht darin, einen effektiven Schutz für außerbetriebliche Rechtsgüter intern zu sichern sowie bei Bedarf entsprechende Maßnahmen zum Schutz der Belegschaft sowie der Allgemeinheit zu treffen. Nur diese Personengruppe mit speziellen Befugnissen hat die Pflicht, Gefahren und Risiken dem Arbeitgeber zu melden, also die Pflicht zum internen Whistleblowing. Das Interessante dabei ist, dass daraus keine Pflicht zum externen Whistleblowing abgeleitet werden kann, vielmehr handelt es sich um die Berechtigung, die Mängel extern anzuzeigen<sup>57</sup>.

Einer ähnlichen Pflicht unterliegen auch folgende Arbeitnehmergruppen: Immissionsschutzbeauftragte<sup>58</sup>, Störfallbeauftragte<sup>59</sup>, Gewässerschutzbeauftragte<sup>60</sup>, Betriebsbeauftragte für Abfall<sup>61</sup>, Sicherheits<sup>62</sup>- und Datenschutzbeauftragte<sup>63</sup>. Diese Personengruppen genießen besonderen Kündigungsschutz<sup>64</sup>.

Des Weiteren hat jeder Arbeitnehmer ein betriebsverfassungsrechtliches Beschwerderecht, nämlich das Recht, sich bei den zuständigen Stellen des Betriebs zu beschweren, wenn er sich vom Arbeitgeber oder von Arbeitnehmern des Betriebs benachteiligt oder ungerecht behandelt oder in sonstiger Weise beeinträchtigt fühlt<sup>65</sup>. Aus dem Wortlaut ergibt sich die Berechtigung lediglich zum internen Whistleblowing („Beschwerde bei den Stellen des Betriebs“). Dieses Recht erstreckt sich damit nur auf die Betriebe, bei denen ein Betriebsrat gegründet wurde.

---

<sup>53</sup> Donato (2009).

<sup>54</sup> BGH 23.2.1989, IX ZR 236/86, NJW 1989, 614.

<sup>55</sup> S. Fn. 54.

<sup>56</sup> § 17 II ArbSchG.

<sup>57</sup> Berthold (2010), S. 67.

<sup>58</sup> §§ 53 ff. BimSchG.

<sup>59</sup> §§ 58 a ff. BimSchG.

<sup>60</sup> §§ 21 a ff. WHG.

<sup>61</sup> §§ 54a ff. KrW-/AbfG.

<sup>62</sup> § 22 SGB VII.

<sup>63</sup> § 36 BDSG.

<sup>64</sup> Berthold (2010), S. 67.

<sup>65</sup> So § 84 I BetrVG.

In Bezug auf externes Whistleblowing existiert auch eine berechtigende Rechtsgrundlage, nämlich § 158 StPO. Dieser räumt jedem das Recht ein, die Anzeige einer Straftat und der Strafantrag bei der Staatsanwaltschaft, den Behörden und Beamten des Polizeidienstes und den Amtsgerichten mündlich oder schriftlich anzubringen<sup>66</sup>.

Dieses Recht wird durch zwei weitere Vorschriften eingeschränkt - §§ 145d und 164 StGB. Durch § 145d StGB wird das Verhalten sanktioniert, bei dem eine Person wider besseres Wissen einer Behörde oder einer zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Stelle vortäuscht, dass eine rechtswidrige Tat begangen worden sei oder dass die Verwirklichung einer der in § 126 Abs. 1 StGB<sup>67</sup> genannten rechtswidrigen Taten bevorstehe<sup>68</sup>. Eine falsche Verdächtigung regelt § 164 StGB und setzt die wider besseres Wissen einer rechtswidrigen Tat oder der Verletzung einer Dienstpflicht vorgebrachten Verdächtigungen unter Strafe<sup>69</sup>.

### 3. Grundrechte als Grenze der Rücksichtnahmepflicht

#### a) Grundlagen

Die Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers findet ihre Grenze in den Grundrechten. Die Generalklausel der §§ 241 II, 242 BGB ist im Sinne der Grundrechte auszulegen, wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, die allgemeine Handlungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit aus dem Grundgesetz. Dabei muss eine fallbezogene Güterabwägung zwischen dem betroffenen Grundrecht und den die Beschränkung rechtfertigenden Interessen der Arbeitsvertragsparteien vorgenommen werden<sup>70</sup>. Die Grundrechte können Schutzaspekte für Whistleblower enthalten und sein Anzeigerecht begründen.

Bekanntlich begründen die Grundrechte die Abwehrrechte gegen den öffentlichen Gewaltsträger (Art. 1 III GG). Für ein privatrechtliches Verhältnis zwischen den Parteien, wie beispielsweise im Arbeitsrecht, ist die Wirkung der Grundrechte grundsätzlich zu verneinen. Dennoch hat das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang entschieden, dass auch wenn die Grundrechte nicht unmittelbar für das Privatrecht gelten, sie es prägen. Keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu den Grundrechten stehen<sup>71</sup>. Ausgestrahlt werden die Grundrechte mithilfe von Generalklauseln wie §§ 138, 157, 242 BGB, über diese sog. „Einbruchsstellen“ im Zivilrecht entfaltet sich die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte<sup>72</sup>.

Zu beachten ist dabei die Frage der konkurrierenden Grundrechtspositionen. Speziell für Whistleblowing bedeutet es, dass der Arbeitnehmer mit einer Beeinträchtigung seiner Rechtsposition im Arbeitsverhältnis rechnen muss, wenn deren Ausübung die Interessen des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrag gegenüberstehen, die nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen gewährt werden können. Die Abwägung im Einzelfall ist äußerst schwierig, die Rechtsprechung beim Whistleblowing ist nahezu unvorhersehbar<sup>73</sup>. Im Weiteren werden die einzelnen Grundrechte im Kontext des Whistleblowing erläutert.

---

<sup>66</sup> § 158 I StPO.

<sup>67</sup> Störung des öffentlichen Friedens durch Androhung von Straftaten.

<sup>68</sup> § 145 d I StGB.

<sup>69</sup> § 164 I StGB.

<sup>70</sup> *Herbert/Oberrath* (2005), S. 193.

<sup>71</sup> BVerfG, 23.04.1986 - 2 BvR 487/80, NJW 1987, 827.

<sup>72</sup> *Herbert/Oberrath* (2005), 199.

<sup>73</sup> *Neumann* (2010), S. 29.

## b) Meinungsfreiheit

Art. 5 I 1 GG sichert jedem das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten (Art. 5 I S. 1 GG.). Die Geltung der Meinungsfreiheit auch im Beschäftigtenverhältnis hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich bestätigt<sup>74</sup>. Wichtig dabei ist die Abgrenzung zwischen der Meinungsäußerung und der Tatsachenbehauptung, die das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens enthält<sup>75</sup>.

Es ist umstritten, ob Whistleblowing in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt, da es als eine Meinungsäußerung oder eine Tatsachenbehauptung angesehen werden kann. So bejaht *Neumann* den Schutz auch für Whistleblowing i. S. der Mitteilung einer Meinung verbunden mit der Tatsachenbehauptung, da die Tatsachen die Voraussetzung für die Meinungsbildung darstellen<sup>76</sup>. Dagegen hält *Müller*, Whistleblowing solle einzelfallbezogen betrachtet werden und falle nicht unbedingt in den Schutzbereich des Art. 5 I 1 GG. Zur Begründung wird ausgeführt, die Arbeitnehmeranzeigen sowie die Beschwerden können u. U. reine Tatsachenbehauptungen ohne eine persönliche Stellungnahme darstellen (beispielsweise die Meldung einer Umweltstraftat)<sup>77</sup>.

In diesem Kontext stellte das Bundesverfassungsgericht klar, Tatsachenäußerungen seien geschützt, soweit sie die Voraussetzung für die Bildung der Meinung darstellen, die in seiner Gesamtheit durch Art. 5 I GG gewährt wird. Ferner beruht die Schutzwürdigkeit der Behauptungen der Tatsachen auf der Verbundenheit mit Werturteilen und deren Relevanz für die Meinungsbildung<sup>78</sup>. In der Tendenz wird jedoch die Schutzwirkung des Art. 5 I 1 GG für Whistleblowing anerkannt<sup>79</sup>. Einigkeit besteht auch darüber, dass unwahren Meldungen nicht von dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit umfasst werden.

Die Rechtsprechung der BAG dagegen legt eine grundrechtliche Schrankendogmatik fest, indem die Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht durch allgemeine Gesetze beschränkt wird und die sog. *Grundregeln des Arbeitsverhältnisses* (insbesondere zahlreiche Nebenpflichten des Arbeitnehmers) überwiegen sollen<sup>80</sup>.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden, da dem Grundgesetz durch keine Gesetze Grenzen gesetzt werden können. Ferner wirkt im Zivilrecht nicht das Grundrecht, sondern sein Wertgehalt, so *Graser*<sup>81</sup>. Die Rücksichtnahmepflicht kann inhaltlich nicht soweit greifen, dass der Arbeitnehmer zur daraus folgenden Unterlassung der unternehmensschädlichen Äußerungen verpflichtet werden kann. Die verfassungsrechtliche Meinungsfreiheit spielt auch für die Beurteilung arbeitsrechtlicher Nebenpflichten des Arbeitnehmers eine große Rolle, so dass er nicht generell daran gehindert werden kann, Whistleblowing zu betreiben.

## c) Petitionsrecht

Art. 17 GG gewährt jedem das Recht, sich einzeln oder in Gemeinschaft mit anderen schriftlich mit Bitten oder Beschwerden an die zuständigen Stellen und an die

---

<sup>74</sup> BVerfG vom 28.04.1976, NJW 1976, 1627.

<sup>75</sup> *Müller* (2002).

<sup>76</sup> *Neumann* (2010), S. 30.

<sup>77</sup> *Müller* (2002).

<sup>78</sup> BVerfG vom 9.10.1991 – 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85, 1 (15), NJW 1992, 1439.

<sup>79</sup> *Graser* (2000), S. 109.

<sup>80</sup> *Müller* (2002).

<sup>81</sup> *Graser* (2000), S. 120.

Volksvertretungen zu wenden (Art. 17 GG). Es stellt sich die Frage, ob das verfassungsrechtliche Petitionsrecht den Arbeitnehmer von seiner Loyalitätspflicht gegenüber dem Arbeitgeber entlassen und zum Whistleblowing berechtigen kann. Der entscheidende Unterschied dieses Grundrechts zur Meinungsfreiheit ist das Ziel der Mitteilung. Es geht über ein bloßes Kundtun der Meinung hinaus, da der Wille des Mitteilenden auf das Tätigwerden des Empfängers ausgerichtet ist. Wenn die Anzeige an eine staatliche Stelle als Adressaten geht, handelt es sich um die Ausübung des Petitionsrechts in Verbindung mit dem Meinungsäußerungsrecht<sup>82</sup>.

Bereits im Jahre 1970 hat das BAG externes Whistleblowing unter Art. 17 GG subsumiert<sup>83</sup>. Allerdings gibt es eine große Hürde für den Schutzbereich des Petitionsrechts, nämlich die Schriftformerfordernis. Der Hintergrund dafür ist, dass dadurch die Person, die von dem Petitionsrecht Gebrauch macht, ermittelbar werden kann. Außerdem können der Inhalt der Petition erkennbar gemacht und die Ernsthaftigkeit des Begehrens dadurch gewährleistet werden<sup>84</sup>. Anonyme Petitionen sind ausgeschlossen, deshalb wäre ein anonym Hinweis eines Whistleblowers von dem Schutzbereich des Art. 17 GG nicht erfasst. Dennoch darf eine Petition durch Telefax, Fernschreiben, Telegramm oder Email erfolgen, soweit der Absender angegeben wird<sup>85</sup>. Eine weitere Einschränkung hat das BVerfG hinzugefügt, nämlich dass eine Petition nicht geschützt wird, wenn sie gegen Strafgesetze verstößt oder einen beleidigenden, herausfordernden oder erpresserischen Inhalt hat<sup>86</sup>.

Eine legitime formgerecht eingereichte Petition führt i. d. R. zum Recht des Petenten auf vorschriftsgemäße Erledigung und zur positiven Leistungs- und Erledigungspflicht des Staates. Somit löst Art. 17 GG Anspruch darauf, dass die Petition entgegengenommen, inhaltlich geprüft und verbescheinigt wird<sup>87</sup>. Trotz alledem ist auch die mögliche Kollision der Grundrechte zu beachten, so dass im Zweifel die Abwägung verfassungsrechtlich geschützter Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers stattfindet.

In der Rechtsprechung wurde das Petitionsrecht in Verbindung mit Whistleblowing zunächst im Jahre 1970 berücksichtigt, als das BAG<sup>88</sup> einer Verwaltungsangestellten die Rechtmäßigkeit ihrer Ausübung des Petitionsrechts in Form einer Dienstbeschwerde zusprach und ihre Kündigung für nicht sozial gerechtfertigt erklärte. Das Petitionsrecht sei nicht beschränkbar, insbesondere nicht durch ein sog. besonderes Gewaltverhältnis (als Arbeitnehmerin im öffentlichen Dienst), so das BAG<sup>89</sup>. Dieser Fall entfaltet Wirkung auch für die privatwirtschaftlich beschäftigten Arbeitnehmer.

In der Praxis des Whistleblowing wird aber von diesem Grundrecht wenig Gebrauch gemacht. Erstens aufgrund der Erfordernis der Schriftlichkeit und des damit einhergehenden Anonymitätsverbots. So entscheidet sich ein Arbeitnehmer u. U. aus Angst um seinen Arbeitsplatz gegen Whistleblowing, wenn er namentlich einen internen Verstoß melden soll. Zweitens, weil durch das Petitionsrecht zwar die Berechtigung

---

<sup>82</sup> Müller (2002).

<sup>83</sup> BAG vom 18.6.1970, 2 AZR 369/69.

<sup>84</sup> BeckOK GG Art. 17, Rn. 11.

<sup>85</sup> BeckOK GG Art. 17, Rn. 12.

<sup>86</sup> BVerfGE 2, 229, NJW 1952, 638.

<sup>87</sup> BVerfG vom 24.06.1975 – I C 25/73, NJW 1976, 638.

<sup>88</sup> BAG vom 18.06.1970.

<sup>89</sup> BAG vom 18.06.1970.

zum externen Whistleblowing abgeleitet werden kann, aber nicht automatisch die jeweilige Beschwerde arbeitsrechtlich zulässig ist<sup>90</sup>.

Die Problematik des Petitionsrechts vor dem Hintergrund des Whistleblowing liegt u. a. auch darin, dass trotz seines klaren Wortlauts die Schutzwirkung unklar ist. Einige Wissenschaftler vertreten die Ansicht, die geschützten Bitten und Beschwerden aus Art. 17 GG beziehen sich lediglich auf das staatliche Handeln und nicht auf das Verhalten des Arbeitgebers. Ferner richtet sich der erlangte Schutz auf staatliche Sanktionen, die des Arbeitgebers bleiben hiervon unberührt<sup>91</sup>.

#### d) Allgemeine Handlungsfreiheit

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsgemäße Ordnung oder das Sittengesetz verstößt, so Art. 2 I GG. Da dieses Grundrecht allgemein formuliert ist, wird es gern als Auffanggrundrecht bezeichnet, das den speziellen Grundrechten gegenüber zurücktritt<sup>92</sup>.

Grundsätzlich wäre ein Hinweis des Whistleblowers davon auch erfasst, jedoch wird die allgemeine Handlungsfreiheit durch Rechte anderer, verfassungsgemäße Ordnung und das Sittengesetz eingeschränkt<sup>93</sup>. Hier ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie ggf. die Abwägung der geschützten Rechtsgüter zu beachten. In der Praxis des Whistleblowing wird es aufgrund seines Subsidiaritätscharakters oft verdrängt und spielt somit keine große Rolle.

#### e) Zwischenergebnis

Die o.g. Grundrechte legitimieren nicht direkt das Whistleblowing. Allerdings sind sie von großer Bedeutung bei der Auslegung und Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe sowie der Generalklauseln aufgrund der mittelbaren Drittwirkung. Im Einzelfall wird eine Entscheidung über die Wirkung des Grundrechts im Rahmen der Interessenabwägung erfolgen. Praxisrelevant ist vor allem die Meinungsfreiheit. Zu beachten ist jedoch die Rechtsprechung vom BAG, die das Whistleblowing eher kritisch betrachtet und die Wirkung der Grundrechte im Arbeitsrecht gerne mal übersieht.

### **E. Kündigung als Folge von Whistleblowing**

Whistleblowing kann unterschiedliche Folgen für den Arbeitnehmer haben, aber die mit Abstand weitreichendste ist die Kündigung. Einen expliziten Schutz für die Whistleblower sucht man in Deutschland bisher vergeblich<sup>94</sup>. Die größte Angst eines potenziellen Whistleblowers im Hinblick auf die fehlende Rechtssicherheit stellt eine mögliche Kündigung als Reaktion des Arbeitgebers auf seinen Hinweis dar. Ob ordentlich oder außerordentlich, sie ist vermutlich als Hauptgrund für die Kultur des Schweigens in Deutschland anzusehen.

---

<sup>90</sup> Deiseroth (2004), S. 296.

<sup>91</sup> Deiseroth (2004), S. 300.

<sup>92</sup> Pieroth/Schlink (2004), S. 87, Rn. 369.

<sup>93</sup> Neumann (2010), S. 37.

<sup>94</sup> Neumann (2010), S. 6.

## 1. Ordentliche Kündigung

Eine Kündigung nach § 1 I Kündigungsschutzgesetz ist dann unwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist. Das Kündigungsschutzgesetz gilt lediglich für Unternehmen mit mehr als 5 Beschäftigten<sup>95</sup> und für diejenige Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis ohne Unterbrechung mehr als sechs Monate bestanden hat<sup>96</sup>. Insbesondere kann aber die Kündigung dadurch gerechtfertigt werden, wenn sie durch die im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Gründe bedingt ist, nämlich wenn der Arbeitnehmer durch sein Verhalten zur konkreten Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses geführt hat. So hat der Arbeitgeber eine Reaktionsmöglichkeit auf ein vertragswidriges Verhalten des Arbeitnehmers. Denkbare Gründe dafür sind regelmäßig die Verletzung der vertraglichen Nebenpflichten sowie die Störung des Betriebsfriedens als denkbare Folgen des Whistleblowing.

Es stellt sich die Frage, wann Whistleblowing den Arbeitgeber zur Kündigung berechtigt. Es ist einzelfallabhängig, ob eine Nebenpflichtverletzung durch Whistleblowing erfolgt. Bei der Berechtigung des Arbeitnehmers zur Erstattung einer Anzeige ist die verhaltensbedingte Kündigung unzulässig, da das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB<sup>97</sup> aufgrund der Benachteiligung eines Arbeitnehmers bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme verletzt wäre, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt (§ 612 a). Es ist eine Schutzregelung für den Whistleblower, dennoch stellt sich die Frage, ob es auch für externes Whistleblowing anwendbar ist. Dies ist zu bejahen, wenn es sich nicht um eine Meldung wider besseres Wissen oder leichtfertig erhobene Falschverdächtigung handelt<sup>98</sup>. Das BAG hat klargestellt, dass eine rechtsmissbräuchliche Anzeige oder zumindest ein unangemessenes Vorgehen gegenüber dem Arbeitgeber als Grund für eine ordentliche Kündigung gesehen werden kann<sup>99</sup>.

Allerdings ist eine Kündigung durch den Arbeitgeber als *ultima ratio* anzusehen. Zuvor soll eine Interessenabwägung stattfinden, nämlich ob das Interesse des Arbeitgebers an der Auflösung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an seinem Fortbestand überwiegt<sup>100</sup>. Eine mögliche Reaktion des Arbeitgebers auf Whistleblowing kann auch zunächst eine Abmahnung sein, soweit die Pflichtverletzung als erwiesen gilt.

Bevor eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen wird, soll grundsätzlich eine Abmahnung erfolgen sowie eine negative Zukunftsprognose für die Wiederholungsgefahr vorliegen. Allerdings kann eine Abmahnung entbehrlich sein, wenn sie nicht erfolgversprechend ist, wie beispielsweise bei einer starken Betroffenheit des Vertrauensbereichs des Arbeitsverhältnisses durch das vertragswidrige Verhalten. In diesem Fall soll die Möglichkeit einer Wiederherstellung des notwendigen Vertrauensverhältnisses ausgeschlossen sein, so das BAG<sup>101</sup>. Dies ist der Fall bei einem unberechtigten bzw. falschen Whistleblowing. Dabei kann es sogar eine fristlose Kündigung nach § 626 BGB berechtigen, abhängig von den verletzten Rechtsgütern<sup>102</sup>.

---

<sup>95</sup> § 23 I 2 KSchG.

<sup>96</sup> § 1 I KSchG.

<sup>97</sup> Neumann (2010), S. 7.

<sup>98</sup> BVerfG, NJW 1987; BAG, BZA 2004.

<sup>99</sup> BAG NJW 2004 in: Gänßle (2005), S. 66.

<sup>100</sup> Schmitt (2003) S. 176

<sup>101</sup> BAG vom 4.06.1997

<sup>102</sup> Schmitt (2003), S. 177.



Bereits bei der anfänglichen Interessenasymmetrie entstehen Probleme: Der Arbeitnehmer kann es in der Regel kaum abschätzen, inwieweit er durch Whistleblowing seine arbeitsvertragliche Nebenpflichten verletzt hat, auch hier ist die Rechtsprechung uneinheitlich und lückenhaft<sup>103</sup>. Eine Vertragsverletzung und fehlendes Verschulden des Whistleblowers wird in dem Fall angenommen, sofern er sich bei Zweifeln einen rechtskundigen Rat zu dem (zu meldenden) Missstand eingeholt hat, bevor er aktiv geworden ist (denkbar wäre ein Anwalt oder die Rechtsabteilung des Unternehmens). Diese Konstellation kommt aber in der Praxis kaum vor.

Der Sonderkündigungsschutz für bestimmte Arbeitnehmergruppen bleibt auch in diesem Zusammenhang bestehen. Nach § 15 I 1 KSchG kann einem Betriebsratsmitglied nicht ordentlich gekündigt werden. Betriebsbeauftragte sind dagegen lediglich durch das Benachteiligungsverbot geschützt. Auch im Bereich des Arbeitsschutzes gibt es eine besondere Regelung. So weist § 21VI GefStoffVO darauf hin, dass bei einer berechtigten Anzeige im Rahmen der Verordnung zum Schutz vor Gefahrstoffen eine arbeitgeberseitige Kündigung unzulässig wäre<sup>104</sup>.

Das bereits angesprochene Erfordernis des vorrangigen internen Whistleblowing wird durch die Zumutbarkeitsgesichtspunkte eingegrenzt. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit macht dieses Erfordernis entbehrlich, soweit der Arbeitgeber auf eine interne Anzeige in angemessener Zeit nicht reagiert, vorausgesetzt, er kennt die Missstände oder kennt diese durch Fahrlässigkeit nicht, oder wenn ein innerbetrieblicher Hinweis sich generell nicht zur Beseitigung eines Rechtsverstosses eignet<sup>105</sup>. Allerdings wich das LAG Baden-Württemberg in dem sog. Schweißer-Fall von diesem Grundsatz ab und erklärte die Kündigung infolge der Verletzung der Treuepflichten für zulässig, obwohl der Arbeitnehmer (Schweißer) erst intern beim Betriebsingenieur gesundheitsschädliche Arbeitsbedingungen meldete, und sich erst nach mehreren Wochen vergeblichen Wartens an die Gewerkschaft und an die Gewerbeaufsicht wandte<sup>106</sup>. Dieses Beispiel beweist erneut die fehlende Kontinuität der Rechtsprechung sowie die Rechtssicherheit beim Whistleblowing.

## 2. Fristlose Kündigung

Nach § 626 I BGB kann ein Arbeitsverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Interessenabwägung beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung nicht zumutbar ist. Das Kriterium der Unzumutbarkeit lässt sich auf die subjektive Lage und Empfinden des Kündigenden (beim Whistleblowing i. d. R. der Arbeitgeber) sowie auf sein erschütterndes Vertrauen in eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung anwenden. Im Vergleich zur ordentlichen Kündigung soll in diesem Fall die Vertragsverletzung durch einen Whistleblower viel gravierender sein. Je schwerer das Vertrauen durch Whistleblowing gelitten hat, desto wahrscheinlicher ist die fristlose Kündigung. Die Rechtsprechung hat hinzugefügt, dass der Kündigungsgrund sich negativ auf das Arbeitsverhältnis auswirken soll<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> Schmitt (2003), S. 177.

<sup>104</sup> § 21VI GefStoffVO schreibt die Anzeigepflicht vor.

<sup>105</sup> Herbert/Oberrath (2005), Müller (2002).

<sup>106</sup> LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.10.1976 – 6 SA 51/76.

<sup>107</sup> BAG vom 21.06.2001, Az. 2 AZR 325/00.

Das BAG hat eine zweistufige Prüfung für eine Kündigung nach § 626 BGB entwickelt<sup>108</sup>. Zunächst soll geprüft werden, ob die Pflichtverletzung im Einzelfall „an sich“ geeignet ist, um einen wichtigen Grund für die Kündigung darzustellen. Zweitens bedarf es der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer Interessenabwägung.

Bei der ersten Stufe wird mehrfach auf das Verschulden des Arbeitnehmers hingewiesen, so dass in der Regel ein schuldhaftes, vorwerfbares Verhalten eines Whistleblowers zugrunde einer außerordentlichen Kündigung gelegt wird. Grundsätzlich gilt die Verschuldenserfordernis, d. h., wenn einem Whistleblower kein Verschulden vorgeworfen werden kann, kann auch kein wichtiger Kündigungsgrund i. S. v. § 626 BGB vorliegen. Allerdings ist das BAG im Jahre 1999 davon abgewichen und hat eine außerordentliche arbeitgeberseitige Kündigung für zulässig erklärt, obwohl der Arbeitnehmer aufgrund einer psychischen Erkrankung nicht schuldhaft eine Pflichtverletzung beging<sup>109</sup>.

Die fristlose Kündigung folgt ebenfalls wie die Kündigung nach KSchG dem sog. Prognoseprinzip, so dass die Wiederholungsgefahr oder wenigstens die Folgewirkungen eines Pflichtverstoßes das Fortführen des betroffenen Arbeitsverhältnisses unmöglich machen<sup>110</sup>.

Zusammenfassend ist anzumerken, dass ein externes Whistleblowing i. d. R. internes Whistleblowing als Vorstufe zur Kündigung hat, soweit zumutbar und wenn es sich nicht um die Anzeige schwerwiegender Straftaten handelt. Ferner darf einem Whistleblower i. d. R. nicht fristlos gekündigt werden, wenn ihm kein Verschulden vorgeworfen werden kann, da in so einem Fall kein wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB vorliegt. In der Regel rechtfertigt internes Whistleblowing eine außerordentliche Kündigung nach § 626 I BGB nicht, so dass die Abwägung zwischen den Rechten des Arbeitnehmers und den Interessen des Arbeitgebers zu Gunsten des Ersten ausfällt<sup>111</sup>.

### 3. Tendenzen in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Whistleblowing und insbesondere zu seinen Konsequenzen für den Whistleblower hielt lange Zeit an der Treuepflicht des Arbeitnehmers fest. Der Arbeitnehmer solle kein externes Whistleblowing betreiben, da es rufschädigend für seinen Arbeitgeber sei, so die Richter<sup>112</sup>. Selbst wahre Mitteilungen, wie eine Strafanzeige gegen einen gesetzwidrig handelnden Arbeitgeber, wurden verboten. Allerdings änderte sich diese Tendenz im Jahre 2001, als das BVerfG in seinem Kammerbeschluss<sup>113</sup> feststellte, dass aus der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren – soweit nicht wesentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben gemacht werden – kein Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abgeleitet werden kann.

Ferner stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Zeugenpflicht eine allgemeine Staatsbürgerpflicht ist. Die Staatsanwaltschaft kann gem. §§ 94 ff StPO die Herausgabe bestimmter Gegenstände verlangen. Es sei mit diesen Pflichten im Rechtsstaat nicht vereinbar, wenn derjenige, der diese ihm gesetzlich auferlegten Pflichten erfüllt und nicht wesentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben macht,

<sup>108</sup> BAG vom 2.03.1989, Az. 2 AZR 280/88.

<sup>109</sup> BAG vom 21.01.1999, NZA 99, 863.

<sup>110</sup> Graser (2000), S. 134.

<sup>111</sup> Graser (2000), S. 134.

<sup>112</sup> Stein (2004).

<sup>113</sup> BVerfG, Beschluss vom 2.07.2001 – 1 BvR 2049/00.

dadurch zivilrechtliche Nachteile erleidet. Nur so könne die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionsfähige Strafrechtspflege im Interesse der Allgemeinheit zu gewährleisten, erfüllt werden. Die Zeugenpflicht stelle eine Staatsbürgerpflicht dar und könne nicht mit einer Kündigung, die für den betroffenen Arbeitnehmer einen zivilrechtlichen Nachteil darstellt, bestraft werden. Eine derartige zivilrechtliche Entscheidung verletze den betroffenen Bürger in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip<sup>114</sup>.

Diese Entscheidung wird, auch wenn zurückhaltend, vom BAG berücksichtigt. So hat sich das BAG zum ersten Mal in seinem Grundsatzurteil „Sozialarbeiterfall“<sup>115</sup> mit den Vorgaben des BVerfG auseinandergesetzt und arbeitete mit Kategorien wie die Interessenabwägung und Unverhältnismäßigkeit<sup>116</sup>. Seit 2001 zeigt sich eine Wende in der Rechtsprechung vom BAG zum Whistleblowing, indem von dem dogmatischen Ansatz etwas abgewichen wird und nicht mehr ausschließlich mit Nebenpflichten von Arbeitnehmern argumentiert wird.

Am 21.7.2011 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)<sup>117</sup> über die fristlose Kündigung einer deutschen Altenpflegerin geurteilt, deren Auswirkungen auf das deutsche Arbeitsrecht noch unklar sind. In dem medienwirksamen Fall hatte eine Altenpflegerin aus Berlin nach dem erfolglosen internen Whistleblowing extern die Missstände gemeldet, indem sie eine Strafanzeige gegen ihren Arbeitgeber erstattete<sup>118</sup>. Daraufhin erfolgte die fristlose Kündigung, die in allen deutschen Gerichtsinstanzen bestätigt wurde, auch vom BAG und BVerfG.

Die Straßburger Richter sahen in der fristlosen Kündigung den Verstoß gegen Menschenrechtskonvention in Bezug auf die Meinungsfreiheit, es wurden keine Anhaltspunkte festgestellt, dass die Pflegerin "wissentlich oder leichtfertig" falsche Angaben gemacht hat. Der Pflegerin wurde eine Entschädigung von insgesamt 15.000 Euro zugesprochen, die sich gegen die Bundesrepublik richtet<sup>119</sup>. Zwar hat das Urteil des EGMR formal keine Auswirkungen auf die Gültigkeit des arbeitsgerichtlichen Urteils in Deutschland<sup>120</sup>, es ist dennoch ein wichtiges Signal für die Whistleblower und Arbeitgeber in Bezug auf die Grundrechte als Schranke der Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.

## F. Kollektivarbeitsrechtliche Problematik

Die Einrichtung von Whistleblowing-Systemen in Unternehmen bereitet nicht nur aus individual-, sondern aus kollektivarbeitsrechtlicher Sicht Schwierigkeiten. Dabei geht es

<sup>114</sup> So die Begründung der Entscheidung vom BVerfG, 2.07.2001.

<sup>115</sup> BAG vom 3.07.2003 – 2 AZR 235/02.

<sup>116</sup> Berthold (2010), S. 25

<sup>117</sup> Europ. Gerichtshof für Menschenrechte, in der Rechtssache *Heinisch v. Deutschland*, Urteil vom 21. Juli 2011 - 28274/08.

<sup>118</sup> Urteil zu Tippgebern - Arbeitnehmer dürfen Missstände öffentlich machen, 21.07.2011, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/0,1518,druck-775699,00.html>, Stand: 21.07.2011.

<sup>119</sup> „Whistleblower“ - Gerichtshof schützt Meinungsfreiheit von Arbeitnehmern, 21.07.2011, abrufbar unter: <http://www.faz.net/artikel/C31328/whistleblower-gerichtshof-schuetzt-meinungsfreiheit-von-arbeitnehmern-30469774.html>, Stand: 21.07.2011.

<sup>120</sup> Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte: Urteil Kündigung wegen Kritik an Arbeitgeber ist ungerechtfertigt, 21.07.2011, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/karriere/2.220/europaeischer-gerichtshof-fuer-menschenrechte-urteil-kuendigung-wegen-kritik-an-arbeitgeber-ist-ungerechtfertigt-1.1122858>, Stand: 21.07.2011.

um die Fragen der Mitbestimmung, die bei der Einführung der Whistleblowing-Klauseln durch einen Verhaltenskodex entstehen. Grundsätzlich ist der Betriebsrat zu beteiligen, wenn es um mitbestimmungspflichtige Maßnahmen geht.

Ein prominenter Fall der Einführung eines *Code of business conduct* in Deutschland war der US-amerikanische Einzelhandelskonzern *Wal-Mart*<sup>121</sup>. Der Ethikkodex von Wal-Mart wurde in Übereinstimmung mit dem US-amerikanischen Wirtschaftsrecht ausgearbeitet und sollte einheitlich konzernweit eingeführt werden, u. a. für die Tochtergesellschaft in Deutschland. Allerdings sah der Gesamtbetriebsrat eine Verletzung des Mitbestimmungsrechts in der Einführung einer Reihe von Klauseln des Ethikkodex und reichte den entsprechenden Antrag beim Arbeitsgericht Wuppertal ein. Das Gericht hat in seinem Beschluss dem Antrag in 10 Punkten stattgegeben<sup>122</sup>. Die Konzernleitung war damit nicht einverstanden und legt Berufung ein. Allerdings wurden auch im zweiten Rechtszug einige Abschnitte des Code of conduct als mitbestimmungspflichtig gesehen, u. a. die Anregung, ethische Bedenken und jegliche Verstöße gegen den Code of business conduct über eine anonyme Telefonhotline vorzubringen<sup>123</sup> (Whistleblowing-Klausel).

Darüber hinaus erklärte das LAG Düsseldorf<sup>124</sup> einige Regelungen des Code of business conduct für nichtig, indem es insbesondere über die Verfassungswidrigkeit (Art. 1 und 2 GG) der Bestimmung der Ethikrichtlinie entschied, die den Mitarbeitern verbieten, mit einer Person auszugehen oder eine Liebesbeziehung einzugehen, die einen Einfluss auf die Arbeitsbedingungen nehmen kann oder deren Arbeitsbedingungen von der anderen Person beeinflusst werden können<sup>125</sup>.

Insofern könnte man vermuten, der gesamte Ethikkodex unterliege der Mitbestimmung des Betriebsrates. Dazu äußerte sich das BAG im Jahre 2008 und entschied recht praxisfreundlich über die kollektivarbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Einführung von Whistleblowing-Systemen durch ein Code of conduct<sup>126</sup>. In einem ähnlichen Fall ging es um einen Code of conduct von dem US-amerikanischen Industriekonzern *Honeywell*. Das BAG stellte fest, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats lediglich hinsichtlich einzelner Regelungsgegenstände bestehen. Daraus folgt, dass das Verfahren erheblich vereinfacht wird, indem nicht der gesamte Ethikkodex in Frage gestellt wird, sondern nur einzelne Problemstellungen, wie z. B. Whistleblowing. Das Bundesarbeitsgericht führte dazu auf, dass ein Code of conduct „kein unauflösbares Gesamtwerk darstellt. Die Zusammenfassung von Regelungen durch den Arbeitgeber in einem Handbuch oder eben in Ethikrichtlinien führt danach

---

<sup>121</sup> Schmeinck, Germany – Labour Court of Appeal Düsseldorf Confirms Wal-Mart Decision, 14.12.2005, abrufbar unter: <http://www.linklaters.com/Publications/Publication1403Newsletter/PublicationIssue20051214/Pages/PublicationIssueItem825.aspx>, Stand: 17.07.2011; Betriebsrat klagt gegen Wal-Marts Verhaltensregeln, 17.03.2005, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/0,1518,druck-346980,00.html>, Stand: 17.07.2011.

<sup>122</sup> Pressemitteilung der Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf: Mitbestimmung ist auch bei US-amerikanischem Verhaltenskodex in Deutschland einzuhalten, 14.11.2005, AZ 127E-3, abrufbar unter: [http://www.lag-duesseldorf.nrw.de/beh\\_static/presse/mitteilungen/940\\_06\\_05.pdf](http://www.lag-duesseldorf.nrw.de/beh_static/presse/mitteilungen/940_06_05.pdf), Stand: 17.07.2011.

<sup>123</sup> ArbG Wuppertal, Beschluss vom 15. 6. 2005 - 5 BV 20/05, NZA 2005, 1015.

<sup>124</sup> LAG Düsseldorf 14.11.2005, 10 TaBV 46/10, NZA-RR 2006, S. 81.

<sup>125</sup> LAG Düsseldorf vom 14.11.2005.

<sup>126</sup> BAG vom 22.7.2008, 1 ABR 40/07.

*nicht dazu, dass alle Regelungen mitbestimmungsrechtlich als Einheit zu behandeln sind“.*<sup>127</sup>

Die Frage der Mitbestimmungspflicht für die Verpflichtung zum Whistleblowing hat das LAG Düsseldorf zwar aufgeworfen, jedoch bewusst offen gelassen. In der Argumentation brachten die Richter vor, die Pflicht zur Meldung möglicher Verstöße gegen die Ethikrichtlinie gehe über die arbeitgeberseitige Konkretisierung der Treuepflicht des Arbeitnehmers aus § 241 II BGB hinaus. Die Begründung: Die Mitteilung soll gemacht werden, ohne dass Schaden eintritt oder einzutreten droht. Da aber diese Bestimmung aus anderen Gründen untersagt werde, sei die Entscheidung über die Mitbestimmungspflicht überflüssig, so das LAG<sup>128</sup>. Auch das BAG äußerte sich bisher nicht dazu<sup>129</sup>.

In der Literatur wird überwiegend die Meinung vertreten, die Meldepflicht stelle ein mitbestimmungspflichtiges Ordnungsverhalten dar<sup>130</sup>. Die Whistleblowing-Pflicht sei demnach gem. § 87 I Nr. 1 BetrVG (und ggf. Nr. 6) mitbestimmungspflichtig, da sie die Ordnung des Betriebs und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betrifft<sup>131</sup>. Dieser Ansicht kann gefolgt werden, weil Whistleblowing weitreichende Auswirkungen für jeden Arbeitnehmer hat und vom Direktionsrecht des Arbeitgebers nicht umfasst wird.

Unklar bleibt das Bestehen des Mitbestimmungsrechts für den Fall, dass ein Ethikkodex keine Meldepflicht vorschreibt, sondern als ein Appell an die Mitarbeiter formuliert wird, ein nicht-konformes Verhalten zu melden<sup>132</sup> (z. B. in Form von „es ist erwünscht, die Verstöße zu melden“ bzw. „man könnte“).

Das BAG nimmt direkt keine Stellung dazu und beschreibt nur, das Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 BetrVG setze keine verbindliche Verhaltensvorgaben notwendigerweise voraus. Als ausreichend werde eine geeignete Maßnahme angesehen, die das Verhalten der Arbeitnehmer beeinflusst und regelt. Das Mitbestimmungsrecht solle den Arbeitnehmern eine gleichberechtigte Teilhabe an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gewähren<sup>133</sup>. Somit wäre die Ansicht, die Einführung der Whistleblowing-Systeme sei mitbestimmungsfrei, soweit sie als Verhaltensappell und nicht als Pflicht im Code of conduct verankert wird, nicht legitim. Somit kann durch die Whistleblowing-Klausel in Form einer freiwilligen Meldung auch das Mitbestimmungsrecht ausgelöst werden, insbesondere für den Fall der Drohung der Verhängung disziplinarischer Maßnahmen für die Verletzungen gegen die Verhaltensrichtlinien, weil diese Klausel insofern de facto eine verpflichtende Wirkung entfaltet<sup>134</sup>.

Falls der Betriebsrat der Einführung der Whistleblowing-Klausel nicht zustimmt, ist diese Regelung unwirksam. Somit müssen die Arbeitnehmer ihr nicht folgen und der Arbeitgeber darf keine Sanktionen dafür verhängen.

In Bezug auf den amerikanischen Sarbanes-Oxley-Act machte das BAG eine wichtige Aussage<sup>135</sup>, nämlich dass die Mitbestimmungsrechte generell für die Fälle nicht ausgeschlossen sind, in denen in Deutschland tätige Unternehmen durch ausländische

<sup>127</sup> BAG vom 22.7.2008.

<sup>128</sup> LAG Düsseldorf vom 14.11.2005.

<sup>129</sup> BAG vom 28.5.2002, NZA 2003, S. 166.

<sup>130</sup> Wisskirchen/Körber/Bissels (2006), S. 1576.

<sup>131</sup> Kort (2009), S. 129.

<sup>132</sup> Dzida (2008), 1265.

<sup>133</sup> BAG, 18.4.2000, 1 ABR 22/99.

<sup>134</sup> Wisskirchen/Körber/Bissels (2006).

<sup>135</sup> BAG, NJW 2008, 3731.



Rechtsnormen zu bestimmten Handlungen verpflichtet werden. Im Einklang mit dem Territorialitätsprinzip, wonach für die Arbeitgeber grundsätzliche nationale Regelungen des Aufnahmestaates gelten, haben die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertretungen in den in Deutschland liegenden Betrieben nach dem deutschen Recht Geltung, somit keine ausländischen Vorschriften (auch US-amerikanische), die diese Rechte aushebeln können<sup>136</sup>, so das BAG.

Vor dem Hintergrund des Schutzes der Arbeitnehmer vor den besonderen Gefahren von Überwachungsmaßnahmen für das Persönlichkeitsrecht, die sich aus dem Einsatz technischer Einrichtungen ergeben, kommt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 I Nr. 6 BetrVG in Betracht<sup>137</sup>. Die Einrichtung der Whistleblowing-Verfahren kann unter der Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen<sup>138</sup>, subsumiert werden. Dem Mitbestimmungsrecht unterliegen sowohl die Einführung als auch die Anwendung von Whistleblowing-Systemen, wobei die Rechtsprechung von Einzelfallprüfung ausgeht und es ferner von der Ausgestaltung der technischen Mittel abhängig macht<sup>139</sup>. Zu bejahen ist die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 6 BetrVG in dem Fall der Nutzung einer Whistleblowing-Hotline, bei der die Anrufe der Arbeitnehmer aufgezeichnet werden, die Gewährleistung der Anonymität der Whistleblower bei der Hotline würde dagegen keine Mitbestimmungspflicht auslösen<sup>140</sup>. Für die praktische Gestaltung des Whistleblowing ist es empfehlenswert, die Whistleblowing-Klausel über eine Betriebsvereinbarung einzuführen. Erstens besteht sowieso eine Mitbestimmungspflicht diesbezüglich, zweitens erhöht man auf diesem Wege die Akzeptanz der Arbeitnehmer und die Vertrauenswürdigkeit der innerbetrieblichen Vorschrift.

## G. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber in Deutschland einen sehr hohen Stellenwert hat und einen weitgehenden Schutz für den Arbeitgeber darstellt. Ein Whistleblower muss hierzulande große Einschränkungen in seinen eigenen Rechten akzeptieren, insbesondere durch die zahlreichen Nebenpflichten. Er soll alles tun bzw. unterlassen, was dem wirtschaftlichen Wohl seines Arbeitgebers zu Gute kommt sowie den Schaden abwägt.

Auch die Rechtsprechung bringt für den Whistleblower keine Rechtssicherheit. Bei der Abwägung zwischen einer internen und externen Meldung sowie deren Reihenfolge empfiehlt sich regelmäßig erst zum internen Whistleblowing zu greifen, sonst ist der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers u. U. gefährdet. Internes Whistleblowing berechtigt den Arbeitgeber i. d. R. zu keinen Sanktionen, wenn dadurch keine arbeitsrechtlichen Nebenpflichten verletzt werden bzw. diesen die entsprechenden Anzeigerechte entgegen stehen. Dies stellt auch keinen Grund für ordentliche und außerordentliche Kündigungen dar. Unter den arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitnehmers spielt die Schadensabwehrpflicht eine wichtige Rolle. Sie wird als die Whistleblowing

---

<sup>136</sup> *Tinnefeld/Rauhofer* (2008).

<sup>137</sup> *Schulz* (2010), S. 188.

<sup>138</sup> § 87 I Nr. 6 BetrVG.

<sup>139</sup> BAG vom 3.07.2008 – 1 ABR 40/07, NZA 2008, 1248 ff.

<sup>140</sup> *Behrend/Kaufmann* (2006), S. 642.



begründende Nebenpflicht angesehen, da der Arbeitnehmer die ihm bekannten Informationen über einen (drohenden) Schaden weitergeben muss.

Ferner ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 I Nr. 1 BetrVG bei der Einführung von Whistleblowing zu beachten, nämlich wenn es um die Ordnung im Betrieb und das Verhalten der Belegschaft geht. Für die Praxis bietet sich die Einigung mit dem Betriebsrat über ein Whistleblowing-Verfahren mithilfe einer Betriebsvereinbarung an, die auch die Akzeptanz der Arbeitnehmer positiv beeinflusst.

## Literaturverzeichnis

- Behrend, M., Kaufmann, M.*, Whistleblowing-Hotlines aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht - Lösungswege im Unternehmen, Computer und Recht - CR 2006, 642
- Berndt, T. / Hoppler, I.*, Whistleblowing – ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance, BB 2005, 2623.
- Berthold, A.*, Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Frankfurt 2010
- Büchting, H.*, Rechtsschutzversicherung und Prozessfinanzierung, Beck'sches Rechtsanwaltshandbuch, 9. Aufl., München 2007
- Briegel, T.*, Einrichtung und Ausgestaltung unternehmensinterner Whistleblowing-Systeme: Eine ökonomische Analyse, Wiesbaden 2009
- Dann, M. / Mengel, A.*, Tanz auf dem Pulverfass – oder: wie gefährlich leben Compliance-Beauftragte? NJW 2010, 3265
- Deiseroth, D.*, Betrifft Justiz 2004, 296
- Donato, J.*, Whistleblowing: Handlungsempfehlungen für eine nutzenstiftende Umsetzung in deutschen börsennotierten Unternehmen, Frankfurt 2009
- Dzida, B.*, Die Mitbestimmung des Konzernbetriebsrates bei Ethik-Richtlinien, NZA 2008, 1265
- Epping, V., Hillgruber, C.* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz (BeckOK GG), München 2011
- Fahrig, S.*, Verhaltenskodex und Whistleblowing im Arbeitsrecht, NJOZ 2010, 975
- Gach, B. / Rützel, S.*, Verschwiegenheitspflicht und Behördenanzeigen von Arbeitnehmern, BB 1997, 1959 in: Gänßle, a.a.O., S. 268
- Gänßle, P.*, Verhaltensbedingte Kündigung bei Whistleblowing, FA 3/ 2005, 66
- Graser, D.*, Whistleblowing – Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt 2000
- Herbert, M., Oberrath, J.*, Schweigen ist Gold? - Rechtliche Vorgaben für den Umgang des Arbeitnehmers mit seiner Kenntnis über Rechtsverstöße im Betrieb, NZA 2005, 193
- Kort, M.*, Ethikrichtlinien im Spannungsfeld zwischen US-amerikanischer Compliance und deutschem Konzernbetriebsverfassungsrecht, NJW 2009, 129
- Krieger, G.*, Die arbeitsrechtliche Stellung des Compliance Officers – Gestaltung einer Compliance-Organisation unter Berücksichtigung der Vorgabe im BGH-Urteil vom 17.7.2009, NZA 2010, 367
- Lederberger, Z.*, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Stämpfli Verlag, Bern 2005
- Lehne, M.*, Whistleblowing – wirksame Korruptionsprävention durch Einsatz anonymer Hinweissysteme am Beispiel deutscher Krankenhäuser, Saarbrücken 2009
- Lelley, J.*, Compliance im Arbeitsrecht, Leitfaden für die Praxis, Köln 2010

- Lewis, D., A Global Approach to Public Interest Disclosure – what can we learn from existing whistleblowing legislation and research? Cheltenham 2010
- Mengel, A., Hagemeister, V., Compliance und arbeitsrechtliche Implementierung im Unternehmen, BB 2007, 1386
- Dieselben, Compliance und Arbeitsrecht, Implementierung, Durchsetzung, Organisation, München 2009
- Meyer, G., Dovermann, U., Frech, S., Gugel, G. (Hrsg), Zivilcourage zeigen, Analysen – Modelle – Arbeitshilfen, BPB, Bonn 2004
- Müller, M., NZA 2002 424
- Neumann, A., Whistleblowing und die Frage nach dem rechtspolitischen Erfordernis einer gesetzlichen Regelung, Berlin 2010
- Pieroth, B., Schlink, B., Grundrechte Staatsrecht II, Heidelberg 2004
- Rohde-Libenau, B., Whistleblowing – Beitrag der Mitarbeiter zur Risikokommunikation, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 2005
- Schmitt, B., Whistleblowing – Verpfeifen des Arbeitgebers, Mannheim 2003
- Schneider, D., die arbeitsrechtliche Implementierung von Compliance- und Ethikrichtlinien, Köln 2008
- Schulz, M., Ethikrichtlinien und Whistleblowing – arbeitsrechtliche Aspekte der Einführung eines Compliance Systems, Frankfurt 2010
- derselbe, Compliance – internes Whistleblowing – die Verpflichtung zur Meldung von Fehlverhalten Dritter aus den arbeitsvertraglichen Nebenpflichten, BB 2011, 629
- Schröder, M., Schreier, M., Arbeitsrechtliche Sanktionierung innerbetrieblicher Verhaltensverstöße, BB 2010, 2565
- Schönefeldt, U., Whistleblowing als neues Instrument im Ethik-Management, Frankfurt 2010
- Stein P., Die rechtsmissbräuchliche Strafanzeige, zugleich Anmerkung zu BAG, 3.7.2003 - 2 AZR 235/02, BB 2004, 1964, BB 2004, 1961
- Wendeling-Schröder, U., Kündigung wegen Strafanzeige – Besprechung des Urteils BAG v. 3.07.2003 – 2 AZR 235/02, RdA 2004, Heft 6
- Weibler, J., Feldmann, M., Whistleblowing – der schmale Grat zwischen Bürgerpflicht und Denunziantentum, WiSt 9/2008, S. 505
- Wisskirchen, G. / Körber, A. / Bissels, A., „Whistleblowing“ und „Ethikhotlines“, Probleme des deutschen Arbeits- und Datenschutzrechts, BB 2006, 1576
- Wytilul, T., Strafbarkeitsrisiken für Compliance-Verantwortliche, BB 2009, 2590
- o. V. Whistleblowing-Hotlines: Firmeninterne Warnsysteme und Beschäftigtendatenschutz, Arbeitsbericht der Ad-hoc-Arbeitsgruppe „Beschäftigtendatenschutz“ des Düsseldorfer Kreises, S. 2
- o. V. Whistleblowing – Wächter der Moral, in: Markt & Technik 2007, 50

## Rechtsprechungsverzeichnis

BVerfG	28.04.1976	1 BvR 71/73	NJW 1976, 1627
BVerfG	23.04.1986	2 BvR 487/80	NJW 1987, 827
BVerfG	25.02.1987	1 BvR 1086/85	BverfGE 74, 257
BVerfG	2.07.2001	1 BvR 2049/00	NJW 2001, 3474
BGH	23.2.1989	IX ZR 236/86	NJW 1989, 614
BGH	17.7.2009	5 StR 394/08	NJW 2009, 3173
BAG	18.06.1970	1 AZR 520/69	BB 1970, 1048,
BAG	18.06.1970	2 AZR 369/69	BB 1970, 1176
BAG	14.12.1972	2 AZR 115/72	NJW 1973, 875

BAG	05.02.1981	2 AZR 1135/78	BB 1982, 1614
BAG	2.03.1989	2 AZR 280/88	NJW 1989, 1884
BAG	4.07.1991	2 AZR 80/91	RzK I 6a 74.
BAG	21.01.1999	2 AZR 665/98	NZA 99, 863
BAG	18.4.2000	1 ABR 22/99	NZA 2000, 1176
BAG	21.06.2001	2 AZR 325/00	NJW 2002, 2582
BAG	28. 5. 2002	1 ABR 32/01	NZA 2003, 166
BAG	3.07.2003	2 AZR 235/02	NJW 2004, 1547
BAG	24.09.2008	6 AZR 76/07,	NZA 2009, 154
BAG	3.07.2008	1 ABR 40/07,	NZA 2008, 1248
BAG	22.7.2008	1 ABR 40/07	NJW 2008, 3731
BAG	10.12.2008	4 AZR 801/07,	NZA-RR 2010, 7
BAG	11.02.2009	10 AZR 222/08	NZA 2009, 428, BB 2009, 661
LAG Düsseldorf	21.02.1974	7 Sa 122/73	DB 1974, 2164
LAG Düsseldorf	14.11.2005	10 TaBV 46/10	NZA-RR 2006, 81
LAG Baden- Württemberg	03.02.1987	7 (13) Sa 95	NZA 1987, 756
LAG Baden- Württemberg	20.10.1976	6 SA 51/76	BB 1977, 1601
ArbG Wuppertal	15. 6. 2005	5 BV 20/05	NZA 2005, 1015
Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	21. Juli 2011	28274/08	Pressemitteilung vom 21.07.2011

Abgeschlossen August 2011

[www.logos-verlag.de](http://www.logos-verlag.de) unter ‚Zeitschriften‘

**Impressum:** FH Gelsenkirchen, Fachbereich Wirtschaftsrecht, August-Schmidt-Ring 10, D-45665 Recklinghausen  
[www.wirtschaftsrecht.fh-gelsenkirchen.de/rewir](http://www.wirtschaftsrecht.fh-gelsenkirchen.de/rewir)



Dieser Text steht unter der Lizenz ‚Namensnennung- Keine kommerzielle Nutzung - Keine Bearbeitung 3.0 Deutschland‘ (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/de/>)

λoγoς

Vertrieb: Logos Verlag Berlin GmbH  
 Comeniushof, Gubener Straße 47  
 10243 Berlin  
<http://www.logos-verlag.de>