

# Der Öffentliche Dienst

## Personalmanagement und Recht

58. Jahrgang Nr. 6/2005

Seiten 121–144

### »Whistleblowing« – notwendiger Bestandteil moderner Personalpolitik?

Rechtsanwalt Olaf C. Sauer, Hamburg\*

Wann dürfen Beamte oder Angestellte im öffentlichen Dienst interne Missstände offen legen? Das BVerwG fordert, dass der Beamte aufgrund seiner Wohlverhaltenspflicht eine vorherige verwaltungsinterne Klärung versuchen muss. Das BAG hat in einer Entscheidung vom 3. 7. 2003 ähnlich argumentiert. Dies darf nach Ansicht des Autors nicht zu einem Maulkorb führen, sondern soll ermutigen, eine interne Klärung als Bestandteil der Personalpolitik zu begreifen und damit (ggf. unberechtigtes) »whistleblowing« zu verhindern.



#### I. Einleitung

Der Begriff »whistleblowing« ist bisher weitgehend aus den USA bekannt, wo er insbesondere mit Skandalen wie Enron verbunden wird. Dort hatte der US-Energiekonzern im November 2000 eingeräumt, dass er Gewinne viel zu hoch angegeben und Schulden in Milliardenhöhe nicht in der Bilanz ausgewiesen hatte. Ein Jahr später führte dies zum Konkurs des Unternehmens<sup>1</sup>. Bis heute bleiben die Konsequenzen offen.

Aber nicht nur in den USA sorgt das Thema mittlerweile für Aufregung. Auch in Deutschland rückt es immer mehr in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses, wenn Unternehmen aufgrund eigenen Fehlverhaltens scheitern. So nannte Newsweek den Skandal um die Bankgesellschaft Berlin »Europe's Enron«. Sie warf deutschen Unternehmen mangelnde Transparenz vor, aber auch das deutsche Recht leiste einer falschen Vertraulichkeit im Unternehmen Vorschub<sup>2</sup>.

Bei vielen dieser Beispielsfälle fragt man sich einerseits, wieso Mitarbeiter des Unternehmens nicht frühzeitig Alarm schlugen, um einen Kollaps des Unternehmens durch Fehlverhalten im Betrieb zu verhinder-

dern. Andererseits stellte man im Nachhinein oft fest, dass viele dieser angeblichen Skandale unbegründet oder zumindest weitaus komplexer waren, als dies zunächst in der Öffentlichkeit schien.

Gerade letzterer Aspekt lässt die Frage der Verantwortung des einzelnen Mitarbeiters im Unternehmen immer drängender werden: Soll ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber anzeigen, wenn er Straftaten im Unternehmen zu entdecken glaubt? Darf er angebliche Probleme im Betrieb – anonym oder namentlich – öffentlich machen? Kann ein Arbeitgeber andererseits seinem Mitarbeiter nach der Schlagzeile kündigen: »Ein Mitarbeiter packt aus: So sauber ist die Lebensmittelfabrik X AG wirklich!«.

Diese Fragen stellen sich auch für den Angestellten im öffentlichen Dienst und ebenso für den Beamten. Im Folgenden sollen daher die Grundsätze der Rechtsprechung zum sog. »whistleblowing« und deren Bedeutung für die Praxis näher erläutert werden.

#### II. Begriffsbestimmung:

Anders als Begriffe wie »mobbing«, »bossing« oder auch »handy«<sup>3</sup> existiert der Begriff »whistleblowing« im englischen Sprachraum tatsächlich. Eine Übersetzung des Begriffes fällt gleichwohl schwer und führt unvermeidlich zu einer einseitig positiven oder negativen Konnotation des Begriffes. »Verpfeifen«<sup>4</sup> beispielsweise hat den Beigeschmack der Denunziation, demgegenüber betont »Alarm schlagen«<sup>5</sup> allein die Warnfunktion und ist äußerst sperrig. Es empfiehlt sich daher, den ursprünglich englischen Begriff »whistleblowing« beizubehalten. Damit ist freilich noch nicht geklärt, was darunter zu verstehen ist.

Nach einer möglichen und zweckmäßigen Begriffsbestimmung sind es »im weitesten Sinne kritische Äußerungen, Beschwerden oder Anzeigen von abhängig Beschäftigten über Missstände oder Fehlverhalten in ihrem Unternehmen bzw. ihrer Behörde gegenüber

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in der Anwaltssozietät Damm & Mann, Hamburg.

1 Siehe u. a. hierzu: www.faz.net vom 3. 12. 2001: »Enron stellt Konkursantrag«.

2 Newsweek International vom 7. 6. 2004: Europe's Enron.

3 Siehe hierzu: Bastian Sick, »Der Dativ ist dem Genitiv sein Tod«, Verlag Kiepenheuer und Witsch, 2004, S. 214.

4 Der Tagesspiegel vom 28. 6. 2002, »Weiße Kragen verpfeifen«.

5 Der Tagesspiegel vom 28. 6. 2002, »Weiße Kragen verpfeifen«.

staatlichen Stellen, der Presse oder sonstigen Dritten«<sup>6</sup>. Diese Definition erfasst allerdings nicht Fälle, bei denen sich angebliche Missstände später als Irrtümer herausstellen. Man sollte die Definition daher dahingehend ergänzen, dass es sich bei »whistleblowing« um nach außen geäußerte kritische Bemerkungen, Beschwerden oder Anzeigen von abhängig Beschäftigten über Missstände oder Fehlverhalten handelt, die aus Sicht des Arbeitnehmers in seinem Betrieb bestehen.

### III. Die Entwicklung in der USA

Das US-amerikanische Recht ist die Wiege des »whistleblowing«. Bereits 1959 traf der kalifornische Supreme Court<sup>7</sup> hierzu eine erste grundlegende Entscheidung. Sie ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass in den USA Arbeitsverträge in der Regel sog. at-will-Arbeitsverhältnisse sind; das sind Arbeitsverhältnisse, bei denen der Arbeitgeber grundsätzlich jederzeit und ohne Angaben von Gründen berechtigt ist, dem Arbeitnehmer zu kündigen. In seiner Entscheidung von 1959 stellte der kalifornische Supreme Court fest, dass »whistleblowing« eine Ausnahme der generellen freien Kündigungsmöglichkeit solcher at-will-Arbeitsverhältnisse darstellt, da »whistleblowing« dem Gemeinwohl diene (sog. public policy exception).

In der Folgezeit erkannten fast alle weiteren US-amerikanischen Staaten diese public-policy-exception zu der generellen Kündbarkeit von at-will-Verträgen an. Schließlich übertrug der US Supreme Court<sup>8</sup> in einer Entscheidung von 1968 diesen Grundsatz auch auf öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse.

Der Whistleblower Protection Act von 1989 bestimmte »whistleblowing« ebenfalls als Ausnahmetatbestand, und zwar auch in den Fällen, in denen »whistleblowing« lediglich ein Anlass unter mehreren anderen für die Kündigung war (»a contributing factor«)<sup>9</sup>.

Es folgte dann der viel diskutierte »Sarbanes-Oxley Act«. Die Bezeichnung leitet sich aus den Namen des Demokraten Paul Sarbanes und dem Republikaner Michael Oxley ab, die den Gesetzesvorschlag gemeinsam einbrachten. Nach dem Sarbanes-Oxley Act genießen Arbeitnehmer von »public traded companies« Kündigungsschutz, wenn sie gesetzeswidrige Missstände in Unternehmen offen legen, sie hierzu einen begründeten Verdacht (reasonable believe) hatten und den Verdacht gegenüber bestimmten staatlichen Stellen oder Vorgesetzten äußern<sup>10</sup>. Ebenso sind Arbeitnehmer ge-

schützt, wenn sie die Informationen bei einem gesetzlichen Verfahren offen legen<sup>11</sup>. Kündigt der Arbeitgeber aufgrund »whistleblowing« unberechtigt, drohen ihm nicht nur die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers und Zahlung der ausstehenden Löhne. Er hat zudem Schadensersatz zu leisten für sämtliche Einbußen, die der Arbeitnehmer durch die rechtswidrige Kündigung erleidet; einschließlich der Kosten des gerichtlichen Verfahrens. Dies kann im Einzelfall zu Ansprüchen in Höhe von bis zu \$ 170.000,- führen<sup>12</sup>.

Der Präsident der Vereinigten Staaten George W. Bush soll bei der Unterzeichnung des sog. Sarbanes-Oxley Acts gesagt haben, es sei »die am weitesten reichende Reform amerikanischer Geschäftspraktiken seit den Zeiten Franklin Delano Roosevelts«<sup>13</sup>. Kritiker meinen, dass der umfassende Schutz für Whistleblower dazu führt, dass der Arbeitnehmer nach erfolgreichen Verfahren bei einer Weiterbeschäftigung in diesem oder in einem anderen Betrieb mit Schikanen im Unternehmen rechnen muss. Oder der Arbeitgeber spricht im Nachhinein aus anderen Gründen eine dann rechtmäßige Folgekündigung aus. Ebenso sollen viele Kündigungsschutzprozesse aus dem Grund verloren gehen, dass der Arbeitnehmer den Schutz überschätzt<sup>14</sup>.

### IV. »Whistleblowing« im deutschen Recht

In Deutschland sucht man vergeblich eine spezifische gesetzliche Regelung zum »whistleblowing«. Die Frage richtet sich daher nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen.

1. Nach dem Kündigungsschutzgesetz gilt bekanntlich ein zum oben dargestellten amerikanischem Recht umgekehrtes Regel-Ausnahmeverhältnis. Eine ordentliche Kündigung ist gem. § 1 KSchG nur dann gerechtfertigt, wenn ein Kündigungsgrund vorliegt. Im Falle des »whistleblowing« kommt als Rechtfertigung allein ein Grund im Verhalten des Arbeitnehmers gem. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG ggf. i.V.m. § 53 BAT in Betracht. Ist dem Arbeitgeber eine Weiterbeschäftigung in der Kündigungsfrist nicht zumutbar, kann er nach Maßgabe des § 626 BGB ggf. i.V.m. §§ 54, 55 BAT dem Arbeitnehmer außerordentlich kündigen. Beide Kündi-

or law enforcement agency; any Member of Congress or any committee of Congress; a person with supervisory authority over the employee (or such other person working for the employer who has the authority to investigate, discover, or terminate misconduct).

6 Michael Müller, »whistleblowing« – Ein Kündigungsgrund?, in: NZA 2002, 424, 426.

7 Petermann v. International Brotherhood of Teamsters, 174 Cal. App. 2d 184, 344 P. 2d 25 (1959) – <http://lp.findlaw.com>.

8 Pickering v. Board of Education, 391 US 563 (1968).

9 5 USC Sections 1214 b,4,B,i und 1221 e,1 – <http://www4.law.cornell.edu/uscode>; Calland/Dehn; »whistleblowing« around the world – Law, Culture and Practice. S. 78 m. w. N.

10 18 USC § 1514A – [http://www.oalj.dol.gov/public/wbblower/refrnc/107\\_204\\_806.htm](http://www.oalj.dol.gov/public/wbblower/refrnc/107_204_806.htm). Wörtlich heißt es: »a Federal regulatory

11 Wörtlich heißt es: »to file, cause to be filed, testify, participate in, or otherwise assist in a proceeding filed or about to be filed [with any knowledge of the employer] relating to an alleged violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders«.

12 Getman v. Southwest Securities, Inc., 2003-SOX-8 (ALF Feb. 2, 2004).

13 Financial Times Deutschland vom 21. 8. 2002, »Auf verlorenem Posten«.

14 Calland/Dehn, a.a.O., Fn. 12, S. 83 ff.

gungsgründe erfordern eine umfassende Interessenabwägung im Einzelfall<sup>15</sup>. Dem Praktiker ist dabei bewusst, dass es oft in erster Linie um die Frage der Zahlung einer Abfindung geht. Besonders in Fällen des »whistleblowing« ist es meist schwer vorstellbar, dass der Mitarbeiter an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt.

2. Es stellt sich nun die Frage, in welchen Fällen das Offenlegen von Missständen oder Fehlverhalten im Betrieb das berechnete Interesse des Arbeitgebers derart verletzt, dass er berechnete ist, seinem Arbeitnehmer verhaltensbedingt ordentlich bzw. aus wichtigem Grund außerordentlich zu kündigen.

a) Das BVerfG entschied in seinem insofern richtunggebenden Urteil vom 25. 2. 1987<sup>16</sup>, dass derjenige, der in gutem Glauben eine Strafanzeige erstattet, nicht dadurch Nachteile erleiden darf, dass sich seine Behauptung nach behördlicher Prüfung als unrichtig oder nicht aufklärbar erweist. Eine Kündigung greife dann grundsätzlich unzulässig in das Grundrecht aus Art. 2 Absatz 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip ein. Es betont, dass bereits die Besorgnis des Anzeigenden, wegen seiner Äußerungen mit einer Schadensersatzklage überzogen zu werden, zu einer nicht mehr hinnehmbaren Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege führen würde. Insbesondere sei dies unter dem Aspekt zu sehen, dass im Zivilprozess womöglich der Arbeitnehmer mit einer ihm ungünstigen Beweislastverteilung über die Wahrheit seiner Äußerung streiten muss.

b) Diese Rechtsprechung bestätigte das BVerfG in seiner Entscheidung vom 2. 7. 2001<sup>17</sup>. Solange der Arbeitnehmer allein seinen staatsbürgerlichen Pflichten nachkommt, kann ihm der Arbeitgeber nicht kündigen. In dem Fall hatte ein Arbeitnehmer als Zeuge gegen seinen Arbeitgeber während einer staatsanwaltlichen Ermittlung ausgesagt. Außerdem übergab er der Staatsanwaltschaft Unterlagen, die er in einem persönlichen Ordner als Betriebsratsmitglied gesammelt hatte. Er tat dies »freiwillig«, d. h. ohne dass eine Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft unmittelbar bevorstand. Die Kündigung, so das Bundesverfassungsgericht, ist ein unzulässiger zivilrechtlicher Nachteil als Reaktion auf ein an sich rechtsstaatliches Handeln. Sie war demnach rechtswidrig. Das BVerfG hob allerdings hervor, dass der Arbeitnehmer nicht wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben vor der Staatsanwaltschaft gemacht hatte<sup>18</sup>.

c) Das BAG konkretisierte in seiner Entscheidung vom 3. 7. 2003<sup>19</sup> die Grundsätze des BVerfG. Im Gegensatz zur Vorinstanz, dem LAG Hessen, nach dem *allein* wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben

eine Kündigung rechtfertigen sollten, führt das BAG hier aus, dass das BVerfG eine solche Beschränkung nicht habe vornehmen wollen. Nach Meinung des BAG gebietet die vertragliche Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers aus § 241 Abs. 2 BGB, dass er grundsätzlich auf die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen habe. Eine Anzeige dürfe daher nicht eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers darstellen. Indizien für eine solche unverhältnismäßige Reaktion seien sowohl die Berechnete der Anzeige, als auch die Motivation des Anzeigenden und ein fehlender innerbetrieblicher Hinweis auf die angezeigten Missstände<sup>20</sup>. Weiter führt das Gericht aus, ein innerbetrieblicher Hinweis habe zwar nicht generell Vorrang. Es sei aber im Einzelfall zu bestimmen, wann ein vorheriger innerbetrieblicher Hinweis dem Arbeitnehmer ohne weiteres zumutbar ist<sup>21</sup>.

d) Das BVerfG hatte bereits in einer Entscheidung vom 15. 11. 2000<sup>22</sup> die Erstattung einer Strafanzeige deshalb als pflichtwidrig angesehen, weil der Beamte nicht zuvor alle Möglichkeiten einer verwaltungsinternen Klärung ausgeschöpft hatte. Dies gebiete seine Wohlverhaltenspflicht aus § 54 Satz 3 BBG. Etwas anderes könne nur dann in Betracht kommen, wenn gesetzliche Sonderregelungen oder besondere schwere Missstände in der Verwaltung es rechtfertigen.

## V. Die Bedeutung der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG für die betriebliche Praxis

Aus den Entscheidungen des BVerfG und des BAG lassen sich für die betriebliche Praxis folgende Grundsätze ableiten:

- Erstens kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnisses berechnete kündigen, wenn
  - der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unter Angabe eines wissentlich oder leichtfertig falschen Sachverhaltes anzeigt.
  - Dies gilt selbstverständlich ebenso für Beschwerden gegenüber Behörden.
- Darüber hinaus darf zweitens
  - die Anzeige oder die Beschwerde nicht insgesamt eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten darstellen.

15 APS/Dörner, § 1 KSchG, Rn. 274.

16 BVerfG, NJW 1987, 1929.

17 BVerfG, NJW 2001, 3474.

18 BVerfG, NJW 2001, 3474, 3475.

19 BAG, NZA 2004, 427.

20 BAG, NZA 2004, 427, 429 mit Verweis auf BAG, NZA 2003, 483 = NJW 2003, 1685 = AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 58; MünchArbR/Blomeyer, 2. Aufl., § 51 Rn. 19 ff., ErfK/Preis, 3. Aufl., § 611 BGB Rn. 906).

21 So allerdings Gach/Rützel, BB 1997, 1959, 1961; Berkowski, NZA-RR 2001, 1, 16; Etzel, in: KR, 6. Aufl., § 626 BGB Rn. 408; Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, S. 366; Preis, DB 1988, 1444, 1448; Preis/Reinfeld, AuR 1989, 361, 370; Müller, NZA 2002, 424, MünchArbR/Blomeyer, 2. Aufl., § 53 Rn. 69).

22 BVerfG vom 15. 11. 2000 – 1 D 65/98; ebenso: BVerfG, NJW 2001, 3280.

Dies liegt nach der Rechtsprechung des BAG beispielsweise dann vor, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers ersichtlich allein durch die Absicht erfolgt, den Arbeitgeber zu schädigen<sup>23</sup>.

Insbesondere muss der Arbeitnehmer in der Regel zunächst eine innerbetriebliche Klärung versuchen. In jedem Fall ist er zu einem Hinweis verpflichtet, wenn nicht der Arbeitgeber, sondern ein anderer Mitarbeiter die pflichtwidrige oder strafbare Handlung begeht und damit dem Arbeitgeber selbst schädigen kann. Eine innerbetrieblichen Klärung muss der Arbeitnehmer allerdings dann *nicht* versuchen, wenn

- er sich selbst einer Strafverfolgung aussetzen würde;
- es sich um schwerwiegende Straftaten handelt;
- der Arbeitgeber die Straftaten selbst begeht;
- eine Abhilfe berechtigterweise nicht zu erwarten ist;
- er bereits eine interne Klärung versucht hat oder
- der Arbeitgeber die Vorkommnisse kennt und duldet<sup>24</sup>.

Es liegt nahe, dass in solchen Fällen auch das BVerwG keine verwaltungsinterne Klärung verlangt.

Offen ist die Frage, inwieweit eine Kündigung berechtigt ist, wenn der Arbeitnehmer auf andere Weise die Informationen offen legt. In Betracht kommen insbesondere Veröffentlichungen in der Presse, die der Arbeitnehmer initiiert.

Der Fall, den das BAG zu entscheiden hatte, betraf eine anonyme Anzeige. Das BAG betonte, dass bei anonymen Anzeigen der Schutzbereich der Meinungsfreiheit gem. Art. 5 GG nicht berührt sei, da es an dem konstituierenden Element der Subjektivität fehle<sup>25</sup>. Dem ist zuzustimmen. Anders ist dies bei Presseberichteinstellungen unter namentlicher Nennung des Arbeitnehmers. Hält der Arbeitnehmer seinen Kopf für die betreffende Behauptung hin, ist sein Recht auf freie Meinungsäußerung betroffen.

Die Frage kann an dieser Stelle nicht umfassend geklärt werden. Zu bedenken ist allerdings, dass das BVerfG zumindest für das Äußern des Verdachts kriminellen Verhaltens, der sog. Verdachtsberichterstattung, auch unter dem Gesichtspunkt des Art. 5 Abs. 1 GG strenge Maßstäbe setzt<sup>26</sup>. Zumindest der Vorwurf kriminellen Verhaltens kann richtigerweise daher nicht zu einem höheren Schutz des Arbeitnehmers führen als

in Fällen, in denen er den Arbeitgeber anonym anzeigt. Hinzu kommt, dass der im öffentlichen Dienst Angestellte und der Amtsträger in die Gefahr läuft, Dienstgeheimnisse unberechtigt zu offenbaren und sich gem. § 353 b StGB strafbar zu machen.

Zu einem Maulkorb für Arbeitnehmer soll dies nicht führen. Dem Arbeitnehmer bleibt selbstverständlich das Recht, seine Ansichten – insbesondere betriebsintern – kritisch zu äußern. So hat das BAG in einer Entscheidung vom 24. 6. 2004<sup>27</sup> die überragende Bedeutung der Meinungsfreiheit auch des Arbeitnehmers betont. Die Entscheidung ist zu begrüßen, auch wenn über die dort streitgegenständliche Äußerung sicher diskutiert werden kann.

## VI. Zusammenfassung

Betrachtet man die dargestellten Grundsätze der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG, so wird deutlich, wie wichtig insbesondere die Klärung von Missständen nicht nur für den Arbeitnehmer, sondern auch für den Arbeitgeber ist.

Stellt der Arbeitgeber eine umfassende Möglichkeit zur internen Klärung zur Verfügung, wird der Arbeitnehmer sich schwerlich auf den Standpunkt stellen können, ein Hinweis sei nicht möglich gewesen. Die beste Möglichkeit eines Arbeitgebers, unberechtigte Anschuldigungen zu verhindern, ist es daher, ein frühzeitiges – auch anonym mögliches – Vorwarnsystem als integraler Bestandteil seiner Personalpolitik zu etablieren. Der Umgang mit »whistleblowing« sollte also auch in Deutschland so selbstverständlich zu einer Aufgabe der Personalabteilungen werden, wie »Mobbing« es weitgehend heute schon ist. Dies zeigt insbesondere das Beispiel USA. Trotz der vielbeschworbenen amerikanischen Verhältnisse führten die Unternehmenspleiten in der Vergangenheit dort zu einem bewussteren Umgang mit dem Thema.

Nimmt der Mitarbeiter dann die Möglichkeiten eines – auch anonymen – Hinweises allerdings nicht wahr, wird ihm der Arbeitgeber mit Blick auf seine arbeitsvertragliche oder beamtenrechtliche Wohlverhaltenspflicht in der Regel zu Recht kündigen bzw. Disziplinarmaßnahmen aussprechen können. Vor allem: Wird ein innerbetriebliches Warnsystem installiert, könnten sich zukünftig vielleicht weitere Skandale verhindern lassen.

23 BAG, NZA 427, 430.

24 BAG, NZA 427, 430, 431.

25 BAG, NZA 2004, 427, 430.

26 Zum Ganzen: *Damm/Rehbock*, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in Presse und Rundfunk, 2. Aufl., S. 25 Rn. 62 ff.

27 BAG vom 24. 6. 2004 – 2 AZR 63/03.