

*Alles zu retten
Muss alles gewagt werden.
Ein verzweifeltes Übel
Will eine verwegene Tat
Friedrich Schiller*

Das Recht Missstände im Betrieb öffentlich zu machen

In der EU-Richtlinie 2019/1937 wird zwischen Meldung und Offenlegung unterschieden. Eine „externe Meldung“ ist die mündliche oder schriftliche Mitteilung von Informationen über Verstöße an die zuständigen Behörden. "Offenlegung" ist dagegen das öffentliche Zugänglichmachen von Informationen über Verstöße.

1. Offenlegung nach der EU-Richtlinie

Während Hinweisgeber zwischen interner und externer Meldung wählen können, eine externe Meldung also nicht voraussetzt, dass zunächst der Verstoß intern gemeldet wurde, verlangt die Offenlegung in der Regel zunächst die interne oder externe Meldung.

Artikel 15 Absatz 1 der EU-Richtlinie im Wortlaut:

(1) Ein Hinweisgeber, der Informationen offenlegt, hat Anspruch auf Schutz im Rahmen dieser Richtlinie, wenn eine der folgenden Bedingungen erfüllt ist:

a) Er hat zunächst intern und extern oder auf direktem Weg extern gemäß den Kapiteln II und III Meldung erstattet, aber zu seiner Meldung wurden innerhalb des Zeitrahmens [...] keine geeigneten Maßnahmen ergriffen oder

b) der Hinweisgeber hat hinreichenden Grund zu der Annahme, dass

i) der Verstoß eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann, so z. B. in einer Notsituation oder bei Gefahr eines irreversiblen Schadens; oder

ii) im Fall einer externen Meldung Repressalien zu befürchten sind oder aufgrund der besonderen Umstände des Falls geringe Aussichten bestehen, dass wirksam gegen den Verstoß vorgegangen wird, beispielsweise weil Beweismittel unterdrückt oder vernichtet werden könnten oder wenn zwischen einer Behörde und dem Urheber des Verstoßes Absprachen bestehen könnten oder die Behörde an dem Verstoß beteiligt sein könnte.

3. Offenlegung nach dem EGfMR

Die Rechtsprechung des EGfMR enthält ebenfalls die Regel: Erst interne oder externe Meldung, dann Offenlegung:

Wegen der Pflicht zur Loyalität und zur Diskretion sollten Hinweise daher in erster Linie gegenüber Vorgesetzten oder anderen zuständigen Stellen oder Einrichtungen vorgebracht werden.²

Dann wird eine Ausnahme von dieser Regel beschrieben:

Nur wenn dies eindeutig unpraktikabel ist, darf als ultima ratio die Öffentlichkeit informiert werden.³

¹ gemäß Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe f oder Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe d. EU-Richtlinie

² EGfMR v.21.7.2011 Beschwerde Nr. 28274/08 Heinisch ./ Deutschland Rn. 65

³ EGfMR v.21.7.2011 Beschwerde Nr. 28274/08 Heinisch ./ Deutschland Rn. 65

Der Gerichtshof verwendet einerseits das Wort „sollten“ und andererseits das Wort „ultima ratio“. Was „unpraktikabel“ heißt, wird im nächsten Satz angedeutet:

Für die Beurteilung, ob die Einschränkung der Meinungsfreiheit verhältnismäßig war, muss der Gerichtshof daher berücksichtigen, ob dem Beschwerdeführer andere wirksame Mittel zur Verfügung standen, um etwas gegen den angeprangerten Missstand zu tun (siehe Guja, a.a.O., Rdnr. 73.⁴)

Das heißt: Wenn dem Hinweisgeber andere wirksame Mittel zur Verfügung stehen, um etwas gegen den angeprangerten Missstand zu tun, darf er nicht an die Öffentlichkeit gehen.

Der Gerichtshof leitet dieses Recht zur Offenlegung als „ultima ratio“ aus der Loyalitätspflicht her:

Der Gerichtshof ist sich [...] bewusst, dass Arbeitnehmer ihrem Arbeitgeber gegenüber eine Pflicht zur Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion haben.⁵

Der Gerichtshof stellt damit ohne weitere Begründung diese Loyalitätspflicht fest, die sich letzten Endes aus den Eigentumsrechten des Unternehmens an den Produktionsmitteln ableitet; sie ermöglichen dem Arbeitgeber den Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einem Arbeitnehmer. Der Gerichtshof diskutiert nur noch, dass bei Beamten und Beschäftigten im öffentlichen Dienst diese Loyalitätspflicht „stärker ausgeprägt sein mag“ als bei Arbeitnehmern im Privatrechtsverhältnis, hebt dann aber wieder hervor, dass diese Loyalitätspflicht,

zweifelsohne auch ein Merkmal dieser letztgenannten Beschäftigungskategorie darstellt.⁶

Der Gerichtshof wendete im Fall der Brigitte Heinisch seine Rechtsprechung zur Bekanntmachung von Missständen am Arbeitsplatz erstmalig auf einen Fall in der Privatwirtschaft an⁷. Dazu sah sich der Gerichtshof deswegen veranlasst, weil die Krankenhäuser und Pflegeheim des Landes Berlin in einer GmbH⁸ zusammengeführt wurden und es sich daher rechtlich um einen Fall der Privatwirtschaft und nicht mehr des öffentlichen Dienstes handelte.

Also: Die Loyalitätspflicht gilt im öffentlichen Dienst und im Privatrechtsverhältnis, für Beamte und für Arbeitnehmer und wird in der Form konkretisiert, dass gilt: Erst Meldung, dann ggf. Offenlegung.

Diese Konkretisierung der Loyalitätspflicht gilt für den Gerichtshof, obwohl er hervorhebt, dass „Art. 10 Abs.2 der Konvention wenig Raum für Einschränkungen der öffentlichen Meinungsbildung gibt“⁹ und dass das Interesse des Beschäftigten, seine Meinung frei zu

⁴ EGfMR v.21.7.2011 Beschwerde Nr. 28274/08 Heinisch ./ Deutschland Rn. 65

⁵ EGfMR v.21.7.2011 Beschwerde Nr. 28274/08 Heinisch ./ Deutschland Rn. 64

⁶ EGfMR v.21.7.2011 Beschwerde Nr. 28274/08 Heinisch ./ Deutschland Rn. 64

⁷ Denn der Europäische Gerichtshof zitiert zum Whistleblowing im öffentlichen Dienst seine bisherige Rechtsprechung, nennt aber im Zusammenhang mit der Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Privatwirtschaft keine frühere Entscheidung des EGMR: So auch wohl die Einschätzung von Schubert und Lörcher in AuR 8-9/2011, 326, 327, die in Rn. 20. von einer „Konkretisierung“ der Entscheidung Goja/Moldawien EGMR 12.02.2008 Nr. 14277/04 sprechen.

⁸ Vivantes Netzwerk für Gesundheit GmbH

⁹ EGMR a.a.O. Rn. 66

äußern, besonderes Gewicht bekommt, wenn ein öffentliches Interesse an den aufgedeckten Informationen besteht¹⁰.

4. Die Position der Unternehmerverbände

Die Stellungnahmen der Unternehmerverbände waren nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs eindeutig: Der Präsident des Arbeitgeberverbandes Hundt verlangte von der Bundesregierung, das Urteil des Gerichtshofs im Fall Heinisch anzufechten und an die große Kammer zu verweisen¹¹.

Die Unternehmerverbände blockieren seit Jahren alle Initiativen im Bundestag, die den Schutz von Hinweisgebern verbessern wollen¹². Ausgangspunkt einer der ersten Initiativen war vor vielen Jahren der Gammelfleischskandal: Der Kollege Miroslav Strecker hatte als Lkw-Fahrer einer Spedition beobachtet, wie seine Lieferung vom Empfänger umetikettiert wurde, und „aus Schlachtabfällen plötzlich Dönerspieße“¹³ wurden. Der Kollege Strecker erhielt von Seehofer für seinen Mut eine Auszeichnung und von seinem Arbeitgeber die Kündigung. Er gewann eine Auszeichnung und verlor seinen Arbeitsplatz.

Die Unternehmerverbände distanzieren sich einerseits von den „schwarzen Schafen“, deren bekannt gewordene Missstände sie nicht klein reden können, andererseits tun sie alles, nicht nur die externe Meldung an Behörden oder andere zuständige Stellen, sondern auch die Offenlegung unternehmensinterne Missstände zu verhindern und machen sich damit zum Fürsprecher eben dieser „schwarzen Schafe“, mit denen sie nichts zu tun haben wollen. Damit nehmen sie hin, dass sich diese „schwarzen Schafe“ durch rechtswidrige Praktiken Marktvorteile auf Kosten gesetzestreuer Unternehmen verschaffen.

6. Ein Sonderrecht der Unternehmen

Wie Sie wissen entscheidet der Gerichtshof in Straßburg auf der Grundlage des Art. 10 Abs. 1 und Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁴ über eine Interessenabwägung¹⁵.

¹⁰ EGMR a.a.O. Rn. 66

¹¹ Vgl. auch unter www.arbeitgeber.de „Argumente“ aus September 2011. Die Bundesregierung folgte dieser Empfehlung der Unternehmerverbände nicht; am 21. Oktober wurde das Urteil des Europäischen Gerichtshofs endgültig. Zur Rechtskraft der Urteile des LAG Berlin siehe Fn. 31.

¹² Siehe der Gesetzesvorschlag der Ministerien BMAS, BMELV und BMJ aus der 16. Wahlperiode, also zur Zeit der Koalition von CDU und SPD. Dieser Vorschlag wurde u.a. von dem damaligen Minister Seehofer unterstützt, scheiterte dann aber an der CDU/CSU Fraktion (vgl. Fn.72). Dazu die Öffentlichen Anhörung des Deutschen Bundestages im Ausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz am 4. Juni 2008, Protokoll Nr. 16/81; der Gesetzesvorschlag war die Ausschussdrucksache 16(10)849.

¹³ Karin Binder in ihrer Rede im Bundestag vom 30. September 2011, in der sie den Antrag der LINKEN „Bedeutung von Whistleblowing anerkennen – Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber schützen“ (Drucksache 17/6492) begründete.

¹⁴ Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention wird in EGMR a.a.O. Rn. 41 zitiert. Der zweite Absatz lautet: „Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung“.

¹⁵ EGMR a.a.O. Rn. 51-94.

Das Recht der freien Meinungsäußerung über Missstände im Betrieb bekommt dadurch ein besonderes Gewicht, dass es die Warnung vor drohenden Gefahren ermöglicht, denen die Allgemeinheit sonst schutzlos ausgeliefert wäre, weil niemand davon weiß. Daher müsste dieses Recht von dem Leitgedanken geprägt sein, keine zusätzlichen Hürden für den Whistleblower aufzubauen, der seinen Arbeitgeber öffentlich kritisiert oder anzeigt.

Aber die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse sind nicht so. Die öffentliche Kritik gegenüber dem Arbeitgeber wegen betriebsinterner Missstände unterliegt Einschränkungen, die höchst einseitig nur die abhängig Beschäftigten treffen und im Übrigen zivilen Leben unbekannt sind.

Die Kündigung wegen Verletzung von Loyalitätspflichten – das ist ein Recht, das nur die Unternehmen geltend machen können¹⁶. Auch Vivantes machte dieses Recht geltend. Vivantes kündigte Brigitte Heinisch.

Würde gegenüber dem Arbeitgeber das Recht auf freie Meinungsäußerung in demselben Umfang gelten wie sonst im zivilen Leben, dann müsste sich ein Arbeitgeber mit den außerhalb des Arbeitslebens üblichen Abwehrrechten zufrieden geben (Strafanzeige wegen falscher Verdächtigung, zivilrechtliche Klage auf Schadenersatz und Unterlassung usw.).

Aber der Arbeitgeber muss nicht einmal zur Kündigung greifen, um den Beschäftigten zu quälen. Der Arbeitgeber hat über sein Direktionsrecht zahlreiche andere Möglichkeiten, Druck auf den Anzeigenden auszuüben. Schikanen, Mobbing, Zuweisung schlechter Arbeit, Versetzung – alles das sind Repressalien, die die Arbeit auf Dauer unerträglich machen können. Alles kann der Arbeitgeber so anlegen, dass der Zusammenhang mit der Meinungsäußerung des Beschäftigten verschleiert wird und deshalb nicht mehr nachweisbar ist. Auch eine Beweislastumkehr ist da nur ein schwach wirkendes Gegenmittel.

Wenn sich ein Beschäftigter trotz alledem entschließt, interne Missstände extern anzuzeigen oder zu veröffentlichen, dann spricht alles dafür, diesem Menschen nicht noch einen Stein in den Weg zu rollen. Nicht so das geltende Recht, das von dem Beschäftigten verlangt, interne Missstände zunächst dem Arbeitgeber oder einer anderen zuständigen Stelle anzuzeigen, bevor der Beschäftigte die Öffentlichkeit, also die Presse oder den Rundfunk oder das Fernsehen informiert¹⁷.

Diese Regel schränkt die Meinungsäußerungsfreiheit zu sehr ein und beachtet nicht die besondere Bedeutung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung für den freiheitlich demokratischen Staat¹⁸. Gerade weil der Einfluss von Unternehmen, insbesondere von großen

¹⁶ Der spitzfindige hauptsächlich von neunmal schlaun Juristen vorgetragene Einwand, der Beschäftigte könne auch umgekehrt dem Arbeitgeber wegen dessen Illoyalität kündigen (so z.B. Stephan Ebeling Die Kündigung wegen Verdachts Baden-Baden 2006, ISBN 3-8329-1866-3, S. 287 ff), ist von einer ausgeprägten Blindheit geschlagen. Denn die Folge dieser Kündigung trägt ganz allein der Beschäftigte, der sich auf diese Weise gegen die Illoyalität des Arbeitgebers wehren will. Aus Empörung über die Illoyalität des Arbeitgebers schadet sich der Beschäftigte nur selbst, der sich mit der eigenen Entlassung (und nicht der Entlassung des Arbeitgebers) seine eigene Existenzgrundlage entzieht. Die Illoyalität des Arbeitgebers beginnt im Übrigen schon damit, dass er tagtäglich die Dienste als die seinen ausgibt und verkauft, obwohl die Beschäftigten sie erbracht haben.

¹⁷ „Wegen der Pflicht zur Loyalität und zur Diskretion sollten Hinweise daher in erster Linie gegenüber Vorgesetzten oder anderen zuständigen Stellen oder Einrichtungen vorgebracht werden. Nur wenn dies eindeutig unpraktikabel ist, darf als ultima ratio die Öffentlichkeit informiert werden“, EGMR a.a.O. Rn. 65; vgl. dazu oben unter Rn. 61.

¹⁸ Lüth BVerfGE 6, 198 ff

Unternehmen auf den Staat und in der Gesellschaft so enorm ist, ist die Meinungsäußerungsfreiheit über die Verhältnisse im Herrschaftsbereich dieser Unternehmen besonders wichtig. Ein Recht, das Unternehmen zusätzlich vor unliebsamen Äußerungen schützt, sollte in Deutschland nicht gelten. Es muss auch nicht in Deutschland gelten, denn Artikel 15 Abs. 2 der EU-Richtlinie besagt:

Dieser Artikel gilt nicht in Fällen, in denen eine Person auf der Grundlage spezifischer nationaler Bestimmungen, die ein Schutzsystem für die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit bilden, Informationen unmittelbar gegenüber der Presse offenlegt.

Whistleblower sind mutige Menschen. Andere haben diesen Mut nicht, aber sie haben das interne Wissen über schwere Missstände und Gefahren. Wie kann vermieden werden, dass dieses Wissen verschwiegen bleibt?

Unsere Gesellschaft ist geprägt von Angst. Welche gesellschaftlichen Bedingungen führen zu dieser Angst, Missstände und Gefahren bekannt zu machen?

Die Kolleginnen von Brigitte Heinisch waren nicht dazu verpflichtet, sich von ihr nach der Kündigung in einer schriftlichen Erklärung zu distanzieren. Sie taten es trotzdem. Auf Drängen der Pflegedienstleitung. Aus Angst.

Ist der Wunsch nach einer Gesellschaft, in der niemand mehr diese Angst hat, nur ein Wunschtraum oder sollte eine Gesellschaft nicht gerade dadurch gekennzeichnet sein, dass es keines Mutes bedarf, Missstände öffentlich bekannt zu machen? Das sind keine Fragen zur ‚Kultur des Miteinander‘. Da geht es um das Arbeitsverhältnis als Herrschaftsverhältnis. Wir fordern von den Unfreien, sich frei zu äußern. Das ist das Problem. Die abhängig Beschäftigten sind nicht frei.

7. Ein erster Schritt zu einem besseren Recht

Ist also nichts möglich? Das glaube ich nicht.

Ein besserer gesetzlicher Schutz ist notwendig und auch möglich.

Soweit jedoch unter dem Label, einen besseren Schutz für Whistleblower zu schaffen, der Schutz der Unternehmen vor der Offenlegung von Missständen in ihren Betrieben verbessert wird, ist das Etikettenschwindel.

Ein Gesetz, das zum Schutz der Allgemeinheit vor Gefahren und schweren Schäden den Schutz von Whistleblowern verbessern will, darf nicht Sonderrechte für Unternehmer einführen, mit denen es ihnen leicht gemacht wird, unliebsame öffentliche Meinungsäußerungen ihrer Beschäftigten abzuwehren.

Hinweisgeber, die betriebsinterne Missstände vorher nicht intern oder extern gemeldet haben und trotzdem diese Missstände einem Journalisten mitteilen, setzen sich nach dieser Richtlinie in der Regel ins Unrecht. Journalisten haben das Recht, über die Identität ihrer Hinweisgeber zu schweigen. Aber dieses Schweigerecht der Journalisten wird nicht dadurch gestärkt, dass sie sich irgendwann dem Vorwurf ausgesetzt sehen, sie machten durch ihre Veröffentlichung den Hinweisgebern erst rechtswidriges Handeln möglich, das ja darin besteht, einen unternehmensinternen Missstand offenzulegen, ohne ihn vorher intern oder extern gemeldet zu haben.

Der ehemalige Richter beim Bundesverfassungsgericht Dr. Jürgen Kühling beschrieb 1999 die Situation von Whistleblowern so:

„ ...

Von Freunden gemieden, vom Recht verfolgt – das ist das gewöhnliche Schicksal dessen, der sich im Interesse von Frieden, Umwelt, oder anderen höchstrangigen Rechtsgütern zum Bruch der Verschwiegenheit entschließt.

Das darf nicht so bleiben. [...] Wer überragende Gemeinschaftsbelange, Überlebensinteressen der Menschheit über seine beruflichen oder allgemeinen Loyalitätsbindungen stellt, darf nicht zum Verfolgten werden. Das Recht muss auf seiner Seite stehen“¹⁹.

Die Meinungsäußerungsfreiheit wurde als eine der wichtigen bürgerlichen Freiheitsrechte gegen die Feudalstaaten durchgesetzt. Jetzt kommt es darauf an, dieses Recht gegen diejenigen durchzusetzen, die in ihren Betrieben so herrschen können wie es die Feudalherren in ihren Reichen getan haben.

Dieser Gedanke war in der Revolution 1918/19, der das Ende des Kaiserreichs besiegelte und der vor allem von den abhängig Beschäftigten zum Sieg verholfen wurde, ganz lebendig. So verkündete der erste Aufruf der Rat der Volksbeauftragten vom 12. November 1918 „An das deutsche Volk!“, verkündete „mit Gesetzeskraft“ unter Punkt 4:

*Meinungsäußerung in Wort und Schrift ist frei.*²⁰

Und Artikel 118 gewährleistete in der Verfassung der ersten deutschen Republik nicht nur pauschal die Meinungsäußerungsfreiheit, sondern enthielt auch einen Zusatz, der genau das umfasste, was heute Whistleblowerschutz genannt wird:

*Jeder Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck, Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern, und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.*²¹

¹⁹ Geleitwort von Dr. Jürgen Kühling zur Verleihung des Whistleblowerpreises 1999 an Alexander Nikitin

²⁰ BArch R 43 I/1972, Bl.22

²¹ http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html#ERSTER_ABSCHNITT02