



Prof. Dr. Udo Branahl, Dortmund

Whistleblower zwischen Loyalitätspflichten und öffentlichem Informationsinteresse

Der Beitrag von Professor Branahl beschäftigt sich mit dem sogenannten „Whistleblowing“. „Whistleblower sind Mitarbeiter, die Missstände aufdecken, indem sie Informationen aus dem Unternehmen, in dem sie tätig sind, an die Organisationsleitung weitergeben (internes Whistleblowing) oder Außenstehende informieren (externes Whistleblowing).“ Das Spannungsverhältnis zwischen (arbeitsrechtlichen) Loyalitätspflichten und dem öffentlichen Informationsinteresse entsteht vor allem bei dem „externen“ Whistleblowing: In diesem Fall ist der Arbeitnehmer zu besonderer Sorgfalt verpflichtet; er muss gründlich prüfen, ob die Information zutrifft, will er Konsequenzen seines ansonsten zumindest fahrlässigen Verhaltens vermeiden. Zudem geht die interne Informationsweitergabe vor, wenn dies ausreicht, um Missstände abzustellen.

Professor Branahl gibt einen guten Überblick über die Problematik des „Whistleblowings“. In seinem Aufsatz setzt er sich mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auseinander. Zwar ist bislang nicht entschieden, welche Mittel ein „Whistleblower“ bei Missständen einsetzen darf, die nicht strafbar sind. Aus der bisherigen Rechtsprechung folgert der Autor aber, dass das Interesse des Unternehmens, Missstände nicht bekannt werden zu lassen, zurücktreten muss, wenn es nicht bereit oder in der Lage ist, die Fehlentwicklungen zu beseitigen; als ultima ratio bleibe die Information der Öffentlichkeit.

S. 1

- HFR 1/2012 S. 1 -

- 1 Der Begriff „Whistleblower“ hat sich in den letzten Jahren auch im deutschen Sprachgebrauch als Bezeichnung für Mitarbeiter¹ durchgesetzt, die Missstände aufdecken, indem sie Informationen aus dem Unternehmen, in dem sie tätig sind, an die Organisationsleitung weitergeben („internes“ Whistleblowing) oder Außenstehende informieren („externes“ Whistleblowing).
- 2 Bei den Missständen kann es sich um Straftaten oder sonstige Rechtsverstöße handeln, aber auch um Fehlentwicklungen, die sich zwar (noch) im Rahmen der Rechtsordnung halten, aber dennoch kritikwürdig sind. Der Missstand kann zum einen den Whistleblower persönlich, zum anderen aber auch allgemeine öffentliche Belange betreffen.
- 3 Internes Whistleblowing kann von der Organisationsleitung durch Compliance-Systeme gefördert werden. Diese können den Mitarbeitern die Möglichkeit geben, sich (auch anonym) an eine organisationsinterne Beschwerdestelle zu wenden, die damit beauftragt ist, Missstände zu beseitigen.
- 4 Als externe Adressaten kommen in Betracht:
 - Aufsichtsgremien, -behörden,
 - Staatsanwaltschaft (bei Straftaten),
 - die allgemeine Öffentlichkeit, z. B. durch eine Veröffentlichung im Internet (Blogs)

¹ Soweit im Einzelfall nichts anderes vermerkt ist, wird die männliche Form geschlechtsneutral gebraucht.

oder die Weitergabe von Informationen an Journalisten.

S. 2 - HFR 1/2012 S. 2 -

5 **Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers**

Ein Konflikt mit dem Loyalitätsgebot, dem der Whistleblower als Mitarbeiter „seiner“ Organisation unterworfen ist, ergibt sich nur bei externem Whistleblowing, das deshalb auch den Gegenstand der weiteren Erörterungen bildet.

6 Für Arbeitnehmer ergibt sich das Loyalitätsgebot aus dem Arbeitsvertrag. Dieser verpflichtet den Arbeitnehmer, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen „seines“ Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen, § 241 Abs. 2 BGB. Um Schäden von dem Arbeitgeber abzuwehren, hat er ihn über relevante Vorkommnisse zu informieren. Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hat er grundsätzlich zu wahren (BAG NZA 2004, 427 ff. [429] m.w.N.).

7 Kollidiert der Anspruch des Arbeitgebers auf loyales Verhalten mit grundrechtlich geschützten Positionen des Arbeitnehmers, sind dessen arbeitsvertragliche Nebenpflichten so zu begrenzen, dass die verfassungsgeschützten Rechtspositionen beider Vertragspartner möglichst weitgehend wirksam werden (praktische Konkordanz).²

8 **Öffentliches Informationsinteresse**

Diese sehr stark von den individuellen Interessen der beteiligten Konfliktpartner ausgehende Betrachtungsweise der Arbeitsgerichte wird der Bedeutung, die einer offenen Kommunikation in einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft zukommt, nicht immer gerecht. In Fällen, in denen es dem Whistleblower nicht ausschließlich um eigene Interessen geht, sondern auch um die Behebung von Missständen, die für die Allgemeinheit von Bedeutung sind, kann die Allgemeinheit ein berechtigtes Interesse daran haben, über diese Missstände informiert zu werden.

9 Zu Recht hat deshalb der EGMR in der Sache *Heinisch/Deutschland*³ dem öffentlichen Interesse an der weitergegebenen Information besondere Beachtung geschenkt.⁴ Nach seiner Rechtsprechung lässt Art. 10 II EMRK „kaum Raum für die Einschränkung der Diskussion über Fragen von öffentlichem Interesse“.⁵

S. 3 - HFR 1/2012 S. 3 -

10 **Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers**

Die Berücksichtigung des öffentlichen Informationsinteresses bei der Beurteilung externen Whistleblowings macht den Arbeitgeber nicht schutzlos. Denn die Pflicht des Arbeitnehmers zu Loyalität, Zurückhaltung und Wahrung der Vertraulichkeit⁶ lässt externes Whistleblowing grundsätzlich nur zu, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind:

11 Zum ersten muss die Information „fundiert“ sein: Vor ihrer Weitergabe muss der Whistleblower mit der nach den Umständen möglichen Sorgfalt prüfen, ob sie zutrifft.⁷ Leichtfertige oder gar verleumderische Anschuldigungen stellen nach wie vor eine schwere Pflichtverletzung dar, die arbeitsrechtliche Sanktionen rechtfertigt.⁸ Im Übrigen hängen die Anforderungen an die Wahrung der Sorgfaltspflicht von dem Weg ab, auf dem die Information verbreitet wird.

² So die ständige Rechtsprechung des BAG, vgl. nur BAG NZA 2004, 427 ff. [429] m.w.N.

³ Urteil vom 21.7.2011 – 28274/08, BeckRS 2011, 21659.

⁴ A. a. O., Abschnitt 66.

⁵ A. a. O., Abschnitt 66, unter Verweisung auf EGMR, Slg. 2007-XIV Nr. 106 = NJW-RR 2008, 1141 – Stoll/Schweiz.

⁶ EGMR vom 19.2.2009 – 4063/04 – Marchenko/Ukraine.

⁷ Vgl. EGMR NJW 2000, 1015 – BladetTromsø u. Stensaas/Norwegen.

⁸ So ausdrücklich EGMR *Heinisch/Deutschland* unter Bezugnahme auf BVerfG v. 2.7.2001 NJW 2001, 3474 Rz. 20 = NZA 2001, 888.

- 12 So darf ein Arbeitnehmer, der in gutem Glauben eine Strafanzeige erstattet, keinen Nachteil erleiden, wenn sich die Behauptungen im nachfolgenden Ermittlungsverfahren als unrichtig oder nicht aufklärbar erweisen.⁹ In gutem Glauben hat er gehandelt, wenn er von der Richtigkeit der Anschuldigungen überzeugt war und in der Absicht gehandelt hat, den (vermeintlichen) Missstand abzustellen, also nicht nur eigennützige Ziele verfolgt hat.¹⁰
- 13 Demgegenüber sind an die Zuverlässigkeit einer Information, mit der sich ein Arbeitnehmer an die allgemeine Öffentlichkeit wendet, höhere Anforderungen zu stellen. Auf diese Fälle lassen sich Grundsätze anwenden, die die Rechtsprechung für die Wahrung der journalistischen Sorgfaltspflicht entwickelt hat. Danach dürfen Vermutungen nicht als Gewissheit ausgegeben werden; Verdachtsäußerungen sind nur gerechtfertigt, soweit sie auf ausreichenden Verdachtsmomenten beruhen. Ausreichend sind Verdachtsmomente, die so schwer wiegen, dass das Interesse des Arbeitgebers, nicht durch die Verbreitung des Verdachts geschädigt zu werden, hinter dem öffentlichen Informationsinteresse zurücktreten muss.¹¹
- 14 Negative Werturteile über seinen Arbeitgeber, die Leistungen des Unternehmens oder die Zustände, die in ihm herrschen, darf ein Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des EGMR nur verbreiten, wenn sie auf einer ausreichenden Faktenbasis beruhen.¹²

S. 4

- HFR 1/2012 S. 4 -

15 Vorrang interner Informationsweitergabe

Zum Zweiten verlangt die Loyalitätspflicht von einem Arbeitnehmer, dass er auf externes Whistleblowing verzichtet, wenn internes Whistleblowing ausreicht, um die Missstände abzustellen.¹³ Daraus folgt:

- 16 Ist nach den Umständen des Einzelfalls davon auszugehen, dass Vorgesetzte des Arbeitnehmers bis hinauf zur Unternehmensleitung die beanstandeten Missstände nicht kennen, sind zunächst sie zu informieren. Das gilt insbesondere dann, wenn dadurch Schaden von dem Unternehmen abgewendet werden kann. Besteht in dem Unternehmen ein internes Verfahren zur Verfolgung und Beseitigung von Missständen (Compliance), muss dieses zunächst genutzt werden.¹⁴
- 17 Der Vorrang interner Informationsweitergabe entfällt, wenn
- diese nicht zumutbar ist,¹⁵
 - Abhilfe durch sie berechtigterweise nicht erwartet werden kann¹⁶ oder
 - interne Hinweise nicht zum Erfolg führen.¹⁷

S. 5

- HFR 1/2012 S. 5 -

18 Adressaten externen Whistleblowings

Die Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers wirkt sich nach der Rechtsprechung des EGMR auch auf die Frage aus, wem der Whistleblower seine Informationen geben darf. Das

⁹ EGMR Heinisch/Deutschland unter Bezugnahme auf BAG NJW 2004, 1547 = NZA 2004, 427. Vgl. auch EGMR ÖJZ 1992, 803 – Castells/Spanien, sowie EGMR v. 30.9.2010 – 28369/07 – Balenovic/Kroatien.

¹⁰ Vgl. EGMR Heinisch/Deutschland Abschnitt 69.

¹¹ Vgl. für Medienberichte: BGH AfP 2000, 168 m. w. N.

¹² EGMR Balenovic/Kroatien unter Bezugnahme auf *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no. 49017/99, § 76, ECHR 2004-XI.

¹³ Vgl. EGMR Heinisch/Deutschland, Abs. 65, unter Hinweis auf EGMR, Slg. 2008 Nr. 73 – Guja/Moldau.

¹⁴ Angedeutet in Heinisch/Deutschland, Abschnitt 75.

¹⁵ Unzumutbar ist z. B. der (vorläufige) Verzicht auf eine Strafanzeige, wenn sich der Arbeitnehmer dadurch selbst der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzt (BAG v. 3.7.2003, NJW 2004, 1547).

¹⁶ BAG NJW 2004, 1547.

¹⁷ So EGMR Heinisch/Deutschland, Rdz. 65, unter Bezugnahme auf BAG NJW 2004, 1547, und Entschließung 1729 (2010) der Parlamentarischen Versammlung des Europarats vom 29.4.2010.

Gericht verlangt, dass er den „diskretesten“ Weg wählt, der Erfolg verspricht, dem Missstand abzuhelpfen.¹⁸

- 19 Welche Folgerungen sich aus dieser Anforderung nach geltendem Recht im Einzelfall ergeben, bedarf noch der Klärung.
- 20 Soweit es um die Aufdeckung strafbaren Verhaltens geht, scheint das Gericht der Auffassung zuzuneigen, dass der Whistleblower den Weg einer Strafanzeige grundsätzlich dem Gang an die Öffentlichkeit vorzuziehen hat. So hat es in dem Urteil *Heinisch/Deutschland* zugunsten der Beschwerdeführerin berücksichtigt, dass sie sich „nicht sofort an die Medien gewendet oder Flugblätter verteilt hat, um größtmögliche öffentliche Aufmerksamkeit zu erhalten, sondern sich darauf beschränkt hat, sich an die Strafverfolgungsbehörden zu wenden.“¹⁹ In der Entscheidung *Balenovic/Kroatien*²⁰ hat das Gericht die Beschwerde der Klägerin, die dem Vorstand ihres Unternehmens ohne hinreichende Anhaltspunkte kriminelles Verhalten vorgeworfen hatte, abgewiesen und diese Entscheidung u. a. darauf gestützt, dass sie ihre Vorwürfe in einer auflagenstarken nationalen Tageszeitung verbreitet und erst danach die staatlichen Strafverfolgungsbehörden informiert hatte.
- 21 Welche Mittel ein Whistleblower bei Missständen einsetzen darf, die nicht strafbar sind, ist bislang nicht entschieden. Ein berechtigtes Informationsinteresse kann die Öffentlichkeit auch an solchen Missständen haben. Das Interesse kann sich aus der mangelhaften Qualität der Produkte oder Dienstleistungen des Unternehmens ebenso ergeben wie aus den Produktionsbedingungen.

S. 6

- HFR 1/2012 S. 6 -

- 22 Demgegenüber muss das Interesse des Unternehmens, dass solche Missstände nicht an die Öffentlichkeit gelangen, jedenfalls dann zurücktreten, wenn es nicht bereit oder in der Lage ist, diese Missstände selbst zu beseitigen.
- 23 Wendet man das Prinzip des „dezentesten“ Mittels auch auf solche Fälle an, bleibt zu prüfen, ob die Beseitigung der Mängel im Einzelfall bereits dadurch erreicht werden kann, dass eine Aufsichtsbehörde (Gewerbeaufsicht) informiert wird.
- 24 Die Information der allgemeinen Öffentlichkeit bleibt bei der Anwendung dieser Regel (nur) als ultima ratio. Als solche ist sie allerdings auch gerechtfertigt. Zur Begründung ist daran zu erinnern, dass die Meinungsäußerungsfreiheit auch in wirtschaftlichen Angelegenheiten die Freiheit der öffentlichen geistigen Auseinandersetzung schützt.²¹ Das Recht, mit eigenen Beiträgen zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen, ist kein Privileg von Journalisten. Es folgt aus der Meinungsäußerungsfreiheit und steht deshalb gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG „jedem“ zu, auch dem Mitarbeiter eines Unternehmens. Gerade im Interesse der Allgemeinheit ist es wichtig, dieses Recht zu schützen. Denn vielfach ist der Mitarbeiter einer der wenigen, die bemerken, was an seinem Arbeitsplatz geschieht, und deshalb am besten zu einer sachgerechten Meinungsbildung beitragen kann.²²

S. 7

- HFR 1/2012 S. 7 -

25 Subjektive Voraussetzungen

Jede Beschränkung der öffentlichen Auseinandersetzung in Angelegenheiten von allgemeiner Bedeutung gefährdet die Durchsetzung der Interessen der Allgemeinheit. Deshalb ist Vorsicht geboten bei der Erwägung, die Rechtfertigung von Whistleblowing

¹⁸ EGMR *Heinisch/Deutschland*, Abschnitt 69, unter Hinweis auf EGMR, Slg. 2008 Nr. 77 – Guja/Moldau.

¹⁹ EGMR *Heinisch/Deutschland*, Abschnitt 86.

²⁰ EGMR v. 30.9.2010 – 28369/07.

²¹ Grundlegend insoweit bereits das Lüth-Urteil, BVerfGE 7, 198 ff.

²² Vgl. dazu auch EGMR *Heinisch/Deutschland*, Abschnitt 63, unter Hinweis auf EGMR, Slg. 2008 Nr. 72 – Guja/Moldau, und EGMR Urteil v. 19.2.2009 – 4063/04 Nr. 46 – Marchenko/Ukraine.

an subjektive Voraussetzungen zu binden.²³ In erster Linie muss entscheidend sein, ob die Information objektiv im Interesse der Öffentlichkeit liegt. In diesem Fall sollte es auf die Frage, ob der Whistleblower auch oder in erster Linie eigennützige Ziele mit der Weitergabe verfolgt hat, nicht ankommen. Hat der Whistleblower hingegen irrtümlich angenommen, im öffentlichen Interesse zu handeln, sollte dies bei der Prüfung der Angemessenheit arbeitsrechtlicher Sanktionen berücksichtigt werden.

26 **Alternative: Informantenschutz**

Der sicherste Weg, arbeits- bzw. dienstrechtlichen Sanktionen zu entgehen, besteht für den Whistleblower gegenwärtig darin zu verhindern, dass sein Arbeitgeber bzw. Dienstherr erfährt, wer die Informationen preisgegeben hat. Dazu übermittelt er die Information dem Mitarbeiter einer Zeitung, einer Zeitschrift oder eines Rundfunksenders und vereinbart mit diesem, dass er von seinem Recht Gebrauch macht, ihn als Informanten zu schützen, d. h. seine Identität nicht preiszugeben. Dazu hat dieser die Möglichkeit, weil ihm in Gerichtsverfahren aller Art, in Strafverfahren, Ordnungswidrigkeits- oder Disziplinarverfahren sowie vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen das Recht zusteht, Aussagen über die Person seines Informanten zu verweigern.²⁴ Weniger sicher ist die Weitergabe an den Mitarbeiter eines Informations- und Kommunikationsdienstes, der über das Internet Informationen verbreitet, die der öffentlichen Meinungsbildung dienen. Denn diesem steht das Zeugnisverweigerungsrecht zwar in Strafverfahren, Ordnungswidrigkeitsverfahren, Disziplinarverfahren und vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen zu, nicht aber in sonstigen Gerichtsverfahren.²⁵

27 Als „Königsweg“ zur Durchsetzung öffentlicher Informationsinteressen erweist sich der Informantenschutz allerdings nur, wenn bestimmte Rahmenbedingungen gegeben sind:

28 Zum einen müssen die veröffentlichten Informationen innerhalb der Organisation des Whistleblowers so vielen Mitarbeitern zugänglich gewesen sein, dass die Organisationsleitung die „undichte Stelle“ nicht ohne weiteres ermitteln kann.

S. 8

- HFR 1/2012 S. 8 -

29 Zum anderen muss der informierte Journalist bzw. sein Medium die Möglichkeit haben, die empfangene Information zu veröffentlichen, ohne sich selbst rechtlichen Sanktionen auszusetzen. Solche Sanktionen drohen, wenn eine „nicht erweislich wahre“ Information verbreitet wird, die geeignet ist, dem guten Ruf des betroffenen Unternehmens zu schaden. Denn wegen der Beweislastverteilung des § 186 StGB muss der Verbreiter den Nachweis führen, dass die ehrverletzende Tatsachenbehauptung wahr ist. Will er den Informanten nicht preisgeben und steht ihm kein weiteres Beweismittel zur Verfügung, drohen bei einer Veröffentlichung Strafverfolgung (§ 186 StGB) und zivilrechtliche Abwehransprüche.²⁶ Landgericht und Oberlandesgericht Köln haben versucht, dieses Dilemma durch die Einführung einer Beweiserleichterung zu entschärfen. Sie verzichten auf die Benennung des Informanten, wenn der Verbreiter so viele Einzelfallumstände offenlegt, dass daraus auf die Richtigkeit der Information und die Verlässlichkeit geschlossen werden kann.²⁷ Ob sich diese Auffassung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung durchsetzt und welche Anforderungen im Einzelnen an diese Offenlegung gestellt werden, bleibt abzuwarten. Im Ergebnis muss der Versuch, über Beweiserleichterung zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen Berichter-

²³ So stellt der EGMR in Abschnitt 69 Heinisch/Deutschland darauf ab, dass der Arbeitnehmer die Enthüllung in der Überzeugung gemacht hat, dass es im öffentlichen Interesse liegt, sie weiterzugeben.

²⁴ Vgl. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, Satz 2 StPO i. V. m. § 46 Abs. 1 OWiG, § 25 BDG, Art. 44 Abs. 2 GG; § 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO i. V. m. § 29 Abs. 2 FamFG, § 58 ArbGG, § 98 VwGO, § 118 Abs. 1 SGG; § 84 Abs. 1 FGO i. V. m. § 102 Abs. 1 Nr. 4 AO.

²⁵ Vgl. dazu die in Fußnote 24 angegebenen Normen.

²⁶ In Betracht kommen neben Unterlassungsansprüchen vor allem Schadensersatzansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 186 StGB.

²⁷ So OLG Köln, AfP 2001, S. 524 ff. (526); zur Darlegungslast in einem Eilverfahren LG Köln AfP 2007, S. 153 ff.

statter und Betroffenenem zu kommen, unbefriedigend bleiben. Überzeugender wäre eine Lösung, die den Whistleblower von dem Zwang befreit, in die Anonymität zu flüchten.

- 30 Gesetzliche Anläufe, den Informantenschutz für Arbeitnehmer zu stärken, gibt es bereits seit einigen Jahren. So haben die Bundesministerien für Arbeit und Soziales, für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz und das Bundesministerium der Justiz dem Bundestagsausschuss für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz bereits 2008 vorgeschlagen, durch Einfügung eines neuen § 612a BGB ein „Anzeigerecht“ einzuführen.²⁸ Zur Zeit scheinen die Bundesregierung und die sie tragenden Fraktionen jedoch kein Interesse an der Schaffung einer gesetzlichen Regelung zu haben.²⁹

Zitierempfehlung: Udo Branahl, HFR 2012, S. 1 ff.

²⁸ Ausschussdrucksache 16(10)849 vom 30.4.2008.

²⁹ Vgl. dazu den stenografischen Bericht über TOP 33 der 131. Sitzung des Deutschen Bundestages am 30.9.2011, 15551 D – 15558 D.