



Prof. Dr. Christiane Brors, Oldenburg

„Whistleblowing“ und „Verpfeifen“ bei Verdacht auf Straftaten des Arbeitgebers nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 21.7.2011¹

In dem Beitrag wird die neueste Rechtsprechung des EGMR zu den Schutzrechten des Arbeitnehmers im Fall einer Strafanzeige gegen seinen Arbeitgeber auf ihre Konsequenzen für die nationale deutsche Rechtsprechung untersucht. Dabei wird der Ansatz des EGMR kritisiert, dem Arbeitnehmer in Situationen, an denen ein gesteigertes öffentliches Interesse besteht, mehr Schutzrechte einzuräumen als in „normalen“ Fallgestaltungen, in denen der Arbeitnehmer seine Rechte als Staatsbürger wahrnimmt durch Anzeige auf betriebliche Missstände hinzuweisen. Darüber hinaus wird der Ansatz der nationalen Rechtsprechung abgelehnt, dass der Arbeitnehmer in diesen Situationen den Vorwurf zunächst innerbetrieblich klären lassen muss.

S. 9

- HFR 2/2012 S. 1 -

1 I. Problemstellung

Wenige Arbeitnehmer sind bereit auf betriebliche Missstände durch eine Strafanzeige des Arbeitgebers öffentlich aufmerksam zu machen. Sie riskieren in aller Regel ihren Arbeitsplatz. Darüber hinaus ist die Rechtslage für die Arbeitsvertragsparteien in diesen Situationen des whistleblowing nicht eindeutig. So kann der Arbeitnehmer nach der deutschen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung² den Arbeitgeber bei berechtigtem Verdacht auf Straftaten im Rahmen seiner verfassungsrechtlich gesicherten Rechte als Staatsbürger zwar grundsätzlich anzeigen ohne arbeitsrechtliche Konsequenzen befürchten zu müssen. Weitere Voraussetzungen dafür sind aber, dass er bei Aussicht auf Abhilfe zunächst versucht, das Problem innerbetrieblich zu lösen und seine Behauptungen nicht haltlos bzw. wider besseres Wissen aufstellt. Weiterhin muss es dem Arbeitnehmer um Beseitigung der Missstände und nicht um Rache gehen. Doch wie viel Rachegefühl darf sein? Wann ist die innerbetriebliche Klärung entbehrlich? Das sind Unsicherheiten, die eher dazu anreizen, Straftaten zu tolerieren und Arbeitnehmer zu isolieren, die auf sie aufmerksam machen möchten.

² In der Rechtssache Heinisch gegen BRD³ hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) nun Gelegenheit, sich mit der Vereinbarkeit der bundesdeutschen arbeitsrechtlichen Rechtsprechung zum Kündigungsrecht des Arbeitgebers wegen einer Strafanzeige des Arbeitnehmers mit Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁴ auf freie Meinungsäußerung auseinanderzusetzen. Hintergrund war ein

¹ EGMR 21.7.2011 – 28274/08, ArbuR 2011, 355.

² BVerfG 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888; BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – NZA 2004, 427; LAG Rheinland Pfalz 8.7.2011 – 6 Sa 713/10, ZMV 2011, 336; LAG Bremen 12.4.2011 – 1 Sa 36/09 – n.v.

³ EGMR 21.7.2011 – 28274/08, ArbuR 2011, 355.

⁴ Art. 10 lautet: (1) Jeder hat Anspruch auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden und ohne Rücksicht auf Landesgrenzen ein. Dieser Artikel schließt nicht aus, daß die Staaten Rundfunk-, Lichtspiel- oder Fernsehunternehmen einem Genehmigungsverfahren unterwerfen.

(2) Da die Ausübung dieser Freiheiten Pflichten und Verantwortung mit sich bringt, kann sie bestimmten, vom Gesetz vorgesehenen Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafordrohungen unterworfen werden, wie sie vom Gesetz vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des

„whistleblowing“ Sachverhalt, bei dem die Arbeitnehmerin ihrer Ansicht nach vorliegende innerbetriebliche Missstände gegenüber der Strafverfolgungsbehörde angezeigt hatte. Die bundesdeutsche Rechtsprechung hatte in diesem konkreten Fall die Klage der Arbeitnehmerin gegen die Kündigung in einer umstrittenen⁵ LAG-Entscheidung abgewiesen und das BAG hatte durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde dieses Ergebnis bestätigt⁶. Dagegen entschied der EGMR, dass diese Entscheidungen unvereinbar mit dem Recht der Arbeitnehmerin aus Art. 10 der EMRK sind und die deutschen Gerichte keinen angemessenen Ausgleich zwischen den beiderseitigen Parteiinteressen gefunden haben.

S. 10

- HFR 2/2012 S. 2 -

- ³ Die Entscheidung ist in der bundesdeutschen arbeitsrechtlichen Literatur beachtet worden.⁷ Das Ergebnis wurde zum Teil als Bestätigung der deutschen Rechtsprechung eingeordnet. Nach dieser Ansicht hätte das LAG die Unwirksamkeit der Kündigung bereits nach dem deutschen Recht feststellen müssen.⁸ Nur vereinzelt⁹ wurde in der Literatur vertreten, dass der EGMR mit dieser Entscheidung die Rechte von Arbeitnehmern über den bisherigen deutschen Standard hinaus erweitert hat. Die bisherige deutsche Rechtsprechung geht zwar davon aus, dass der Arbeitnehmer betriebliche Missstände auch mittels einer Strafanzeige aufdecken darf, soweit keine haltlosen oder leichtfertigen Behauptungen aufgestellt werden. Dieses Recht ist aber in jedem Fall im Rahmen der vertraglichen Schutz- und Rücksichtnahmepflichten gegen die berechtigten Interessen des Arbeitgebers abzuwägen. Als „berechtigtes“ Interesse des Arbeitgebers sieht das BAG¹⁰ sogar die Verheimlichung von nicht vorsätzlich begangenen Gesetzesverstößen an. Ob sich diese Gewichtung von Schutz- und Rücksichtnahmepflichten angesichts der Entscheidung des EGMR halten lässt oder die nationale Rechtsprechung insgesamt überdacht werden sollte, wird im Folgenden untersucht.

⁴ **II. Nationale Rechtslage bei Anzeige des Arbeitgebers in „Whistleblowing“-Sachverhalten**

1. Rechtsprechung

Ausgangspunkt der aktuellen arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ist das Grundsatzurteil des BVerfG vom 2.7.2001¹¹. In diesem Fall hatte der Arbeitnehmer in einem Strafverfahren gegen den Arbeitgeber als Zeuge ausgesagt, belastende Unterlagen weitergegeben und war deshalb gekündigt worden. Entgegen der Auffassung des Instanzgerichts hielt das Landesarbeitsgericht die Kündigung für wirksam, das Bundesarbeitsgericht ließ die Revision nicht zu. Das BVerfG sah durch die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts das verfassungsrechtliche Recht gem. Art. 2 Abs. 1 GG der staatsbürgerlichen Zeugenpflicht verletzt. Dabei spiele es keine Rolle, ob der Arbeitnehmer auch von sich aus die Staatsanwaltschaft eingeschaltet hatte. Von diesem Recht seien nur haltlose Vorwürfe aus verwerflichen Motiven nicht umfasst.

S. 11

- HFR 2/2012 S. 3 -

- ⁵ In der Folgeentscheidung des Bundesarbeitsgerichts¹² wurden diese Grundsätze zwar aufgegriffen, aber stark modifiziert. So führt das Bundesarbeitsgericht aus, dass der

Schutzes des guten Rufes oder der Rechte anderer, um die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten, unentbehrlich sind.

⁵ Deiseroth, ArbuR 2007, 34; Binkert, ArbuR 2007, 195; Deiseroth, ArbuR 2007, 198.

⁶ BAG 6.6.2007 – 4 AZN 487/06 n.v.; LAG Berlin Brandenburg 28.3.2006 – 7 Sa 1884/05, ArbuR 2007, 51; anders die erste Instanz ArbG Berlin 3.8.2005 – 39 Ca 4775/05 n.v., die der Klage stattgab.

⁷ D. Ulber, NZA 2011, 962; Hennemann, Betrifft Justiz 2011, 135; Brock, öAT 2011, 243; Ebert, BB 2011, 1971; Becker DB 2011, 2202; Simon/Schilling, BB 2011, 2421; Forst, NJW 2011, 3477.

⁸ Forst, NJW 2011, 3477, 3482; Becker DB 2011, 2202, 2204; Ebert, BB 2011, 1971; Hennemann, Betrifft Justiz 2011, 135, 136; D. Ulber, NZA 2011, 962, 964.

⁹ Simon/Schilling, BB 2011, 2421, 2426; Brock, öAT 2011, 243.

¹⁰ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – NZA 2004, 427.

¹¹ BVerfG 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888.

¹² BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

Arbeitnehmer bei seiner Rechtsausübung auch bei einem illegalen Verhalten des Arbeitgebers dessen Interessen wahren muss:

- 6 *„Als Ausfluss der verfassungsrechtlich geschützten Unternehmerfreiheit hat der Arbeitgeber auch ein rechtlich geschütztes Interesse, nur mit solchen Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten, die die Ziele des Unternehmens fördern und das Unternehmen vor Schäden bewahren. Regelmäßig wird ein Unternehmen im Wettbewerb nur bestehen können, wenn insbesondere betriebliche Abläufe und Strategien nicht in die Öffentlichkeit gelangen und der Konkurrenz bekannt werden. Deshalb stehen nach § 17 UWG Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse unter strafrechtlichem Schutz. Ein Arbeitgeber, der - wie der Beklagte - von Zuwendungen der öffentlichen Hand abhängig ist, kann durch die mit der Einleitung eines Strafverfahrens verbundene negative öffentliche Publizität sogar in seiner Existenzgrundlage gefährdet werden. Dies gilt umso mehr, als es um die Frage des rechtmäßigen Erhalts von Zuwendungen geht. Demgegenüber kann nicht eingewandt werden, das Interesse des Arbeitgebers, Gesetzesverstöße, die er oder seine Hilfspersonen im Betrieb begehen oder begangen haben, zu verheimlichen, werde durch die Verfassung nicht geschützt.... Dieser Einwand gilt jedenfalls dann nicht, wenn - wie hier - ein selbst nicht rechtswidrig und vorsätzlich handelnder Arbeitgeber betroffen ist.“¹³*

- 7 Davon ausgehend betonte das Bundesarbeitsgericht, dass dem Arbeitnehmer grundsätzlich eine innerbetriebliche Klärung zuzumuten ist. Dies gilt nur dann nicht, wenn es sich um schwerste strafrechtliche Pflichtverletzungen handelt, bei denen mit Abhilfe nicht gerechnet werden kann. Auf das Motiv des Arbeitnehmers kommt es dabei als zusätzlichen Gesichtspunkt an.¹⁴ Geht es dem Arbeitnehmer darum, sich für ein vorangegangenes Verhalten zu rächen bzw. den Arbeitgeber zu schädigen, kann der Arbeitgeber stets kündigen.

S. 12

- HFR 2/2012 S. 4 -

- 8 Fasst man die Rechtsprechung zusammen, gilt Folgendes:
1. Eine Strafanzeige ist nach der Rechtsprechung des BVerfG grundsätzlich keine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung, wenn sie nicht leichtfertig oder haltlos erstattet wird.¹⁵
 - 9 2. Auch in diesem Fall kann aber nach der Rechtsprechung des BAG eine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung gegeben sein,
 - wenn der Arbeitnehmer bei Abhilfemöglichkeit und Zumutbarkeit den Vorwurf nicht innerbetrieblich klärt,
 - oder er den Arbeitgeber in erster Linie schädigen oder sich für ein vorangegangenes Verhalten rächen will.¹⁶

10 2. Nationale Kritik an der bisherigen Rechtsprechung

Die arbeitsrechtliche Literatur hat insbesondere die vom BAG vorgenommene Modifikation¹⁷ der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung kritisiert. Wird in aktuellen Stellungnahmen die Berücksichtigung der Motive des Arbeitnehmers z.T. abgelehnt¹⁸ und als überzogene Loyalitätspflicht bezeichnet¹⁹, wurde in der älteren Literatur zurückgewiesen, dass der Arbeitnehmer bei Strafanzeigen den Vorwurf auf sein Risiko innerbetrieb-

¹³ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427, 430.

¹⁴ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427, LAG Rheinland Pfalz 8.7.2011 – 6 Sa 713/10, ZMV 2011, 336; LAG Bremen 12.4.2011 – 1 Sa 36/09 – n.v. für den Auflösungsantrag gem. § 9 KSchG.

¹⁵ BVerfG 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, NZA 2001, 888.

¹⁶ BAG 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

¹⁷ Wendeling-Schröder, RdA 2004, 374 Anm. zu BAG 3.7.2003.

¹⁸ Hennemann, Betrifft Justiz 2011, 135.

¹⁹ Forst, NJW 2011, 3477, 3480; Peter, ArbuR 2004, 429, Anm. zu BAG 3.7.2003.;

lich klären lassen muss.²⁰ Es fehle schon eine objektive Pflichtverletzung, da sich der Arbeitnehmer auf das Petitionsrecht (Art. 17 GG)²¹ oder den durch das Grundgesetz eingeräumten Schutz bei einer Anzeigerstattung²² berufen könne.

S. 13

- HFR 2/2012 S. 5 -

11 III. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Rechtssache Heinisch

In der Rechtssache Heinisch ging es um eine besonders sensible Problematik: Die Strafanzeige und die in der Öffentlichkeit aufgedeckten Missstände bezogen sich auf die Unterversorgung von Patienten in der institutionellen Altenpflege aufgrund von Personalreduzierung. Ist auf der einen Seite das Interesse der Öffentlichkeit an der Aufdeckung solcher Missstände hoch, kann bei einer Falschinformation der Ruf des Arbeitgebers existenzvernichtend und irreparabel geschädigt werden.

12 Da sich die Entscheidung des EGMR wie die bundesdeutschen Entscheidungen auf den Einzelfall beziehen, sind die Details wichtig. Nachdem der Medizinische Dienst beim Arbeitgeber erhebliche, auf die geringe Personalausstattung zurückzuführende Mängel festgestellt hatte, wies die später fristlos gekündigte Arbeitnehmerin den Arbeitgeber über einen Zeitraum von 21 Monaten auf die Missstände und ihre eigene Überlastung bei der arbeitsvertraglichen Tätigkeit in der Pflege hin. In einer erneuten Überprüfung stellte der medizinische Dienst fest, dass der Arbeitgeber die Mängel in dieser Zeit nicht beseitigt hatte. Ein Jahr später wendete sich die Arbeitnehmerin an einen Rechtsanwalt und ließ über ihn nach Verstreichen einer dem Arbeitgeber eingeräumten Stellungnahmefrist Strafanzeige wegen Betrug (Abrechnung von nicht erbrachten Pflegeleistungen) erstatten. Einen Monat zuvor hatte der Medizinische Dienst eine erneute Prüfung eingeleitet. Die Strafanzeige sollte die öffentliche Diskussion über den nach Auffassung der Arbeitnehmerin vorliegenden Pflegnotstand eröffnen. Die Staatsanwaltschaft stellte jedoch das Verfahren mangels Tatverdacht ein und die Klägerin wurde fristlos gekündigt. Zusammen mit der Gewerkschaft wehrte sie sich mit einem Flugblatt gegen die Kündigung. Der Arbeitgeber nahm das Flugblatt als Grund für eine erneute fristlose Kündigung. Das Strafverfahren gegen den Arbeitgeber wurde wieder aufgenommen, aber letztlich wiederum mangels Tatverdachts eingestellt.

S. 14

- HFR 2/2012 S. 6 -

13 Die von der Arbeitnehmerin erhobene Kündigungsschutzklage hatte zwar in der ersten Instanz²³ Erfolg. Das LAG Berlin-Brandenburg²⁴ hob diese Entscheidung jedoch auf. Danach war die auf die Strafanzeige gestützte Kündigung wirksam. Das Gericht hielt die Rücksichtnahmepflicht der Arbeitnehmerin auf die berechtigten Interessen des Arbeitgebers für verletzt. Die Arbeitnehmerin hätte danach vor der Strafanzeige das Ergebnis der erneuten Überprüfung durch den Medizinischen Dienst abwarten müssen. So war ihre Reaktion unverhältnismäßig. Da das LAG mangels grundsätzlicher Bedeutung der Entscheidung die Revision nicht zugelassen hatte, wendete sich die Arbeitnehmerin in einer Nichtzulassungsbeschwerde nach § 72 a ArbGG an das BAG²⁵, das diese zurückwies. Dabei war das Gericht an die der Divergenzbeschwerde nach § 72 a ArbGG zugrunde liegenden Prüfungsmaßstäbe²⁶ und aber auch – und das ist mitentscheidend – an die konkrete Beschwerdebegründung²⁷ gebunden. Die Beschwerde führt nach dem gesetzlichen Rechtsweg nämlich nur dann zur erneuten Überprüfung, wenn sich gem. § 72 a Abs. 3 S. 2 ArbGG aus der Beschwerdeschrift ergibt, dass die Entscheidung von einer klärungsbedürftigen Rechtsfrage abhängt, die für die Allgemein-

²⁰ Colneric, AiB 1987, 260; Deiseroth, ArbuR 2007, 198.

²¹ Colneric, AiB 1987, 260, 265.

²² Deiseroth, ArbuR 2007, 198.

²³ ArbG Berlin 3.8.2005 – 39 Ca 4775/05 n.v.

²⁴ LAG Berlin Brandenburg 28.3.2006 – 7 Sa 1884/05, ArbuR 2007, 51.

²⁵ BAG 6.6.2007 – 4 AZN 487/06 n.v.

²⁶ Bepler, jurisPR-ArbR 33/2004 Anmerkung 3.

²⁷ Germelmann/Müller-Glöge § 72 a Rnr. 31.

heit von grundsätzlicher Bedeutung ist oder das Gericht von einem abstrakten entscheidungserheblichen Rechtssatz abgewichen ist. Das konnte das BAG nach den in der Beschwerdeschrift aufgeführten Gründen nicht feststellen. So blieb es bei dem klageabweisenden Urteil des LAG. Das entspricht der Prozessordnung, da nicht jede fehlerhafte Gerichtsentscheidung eines Landesarbeitsgerichts nach dem ArbGG in der Revision überprüft werden soll²⁸, sondern nur, wenn die in § 72 a ArbGG genannten Gründe vorliegen. Die waren aber nicht vorgetragen worden.

- 14 Im Rahmen der nach Art. 34 EMRK erhobenen Individualbeschwerde hatte der EGMR zu untersuchen, ob die Rechte nach der EMRK verletzt sind. Nachdem der EGMR festgestellt hat, dass die Erstattung der Strafanzeige unter Art. 10 Abs. 1 EMRK fällt, überprüft das Gericht die Rechtfertigung einer Einschränkung dieses Rechts durch die ausgesprochene Kündigung. Nach Art. 10 Abs. 2 EMRK ist ein Eingriff gerechtfertigt, wenn er gesetzlich vorgesehen ist, ein demokratisches Ziel verfolgt und zur Zielerreichung notwendig ist. Die gesetzliche Grundlage nimmt der EGMR mit § 626 BGB an, so dass es in einem ersten Schritt auf die Notwendigkeit des Eingriffs zur Erreichung eines demokratischen Ziels ankommt.

S. 15

- HFR 2/2012 S. 7 -

- 15 Bei der konkreten Frage, ob die Arbeitnehmerin nach ihrem Informationsstand die Strafanzeige erstatten konnte, subsumiert der EGMR unter dem Punkt „Authentizität“, ob der Arbeitnehmer die Anzeige wider besseres Wissen erstattet bzw. leichtfertig falsche Angaben gemacht hat. Schon nach den Maßstäben der deutschen Rechtsprechung hätte das Landesarbeitsgericht bei einem derartig vorbelasteten Arbeitgeber, der trotz Aufforderung durch den medizinischen Dienst Pflegemängel nicht beseitigt hatte, zu einem anderen Ergebnis kommen können.
- 16 Bei der Abwägung durch den EGMR sind zwei Gesichtspunkte entscheidend. Zwar folgt der EGMR der Ansicht der deutschen Gerichte, dass der Arbeitnehmer zur Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion verpflichtet ist und seine Beweggründe für die Bewertung der Schutzwürdigkeit der Offenlegung eine Rolle spielen können.²⁹ Anders als die deutschen Gerichte (dazu unten IV.3.) weist der EGMR aber darauf hin, dass bei der Frage des legitimen Ziels entscheidend ist, ob es sich um einen Bereich handelt, an dem ein besonderes öffentliches Interesse besteht und Informationen deshalb leicht an die Öffentlichkeit gelangen sollen.³⁰ Dies bejaht das Gericht bei dem in Frage stehenden Bereich der institutionellen Altenpflege und erklärt ausdrücklich, dass der sich z.T. in öffentlicher Hand befindliche Arbeitgeber selbst ein „Interesse daran“ habe, „dass mutmaßliche Mängel in diesem Bereich im Rahmen einer freien öffentlichen Debatte ermittelt und aufgeklärt werden“³¹. Unter diesen Vorzeichen schlussfolgert das Gericht, dass es nach Art. 10 Abs. 2 EMKR „wenig Raum für Einschränkungen der öffentlichen Meinungsbildung“³² gibt.

S. 16

- HFR 2/2012 S. 8 -

17 **IV. Sollte die nationale Rechtsprechung in den Fällen der Anzeigerstattung durch den Arbeitnehmer geändert werden?**

Führt man die Ansätze der nationalen Kritik und die aktuellen Überlegungen des EGMR zusammen, folgen drei Fragen:

1. Ist eine Anzeigerstattung eine objektive Pflichtverletzung?
2. Kann der Arbeitnehmer in diesen Fällen auf eine innerbetriebliche Klärung verwiesen werden?

²⁸ Germelmann/Müller-Glöge § 72 a Rnr. 19.

²⁹ FN 1 Rnr. 64.

³⁰ FN 1 Rnr. 66.

³¹ FN 1 Rnr. 89.

³² FN 1 Rnr. 66.

3. Was ist unter dem vom EGMR in Bezug genommenen „öffentlichen Interesse“ zu verstehen?

18 **1. Hinweis auf betriebliche Missstände durch Strafanzeige als grundsätzlicher Kündigungsgrund?**

Bei der Frage, ob eine Strafanzeige Kündigungsgrund sein kann, ist von der Systematik des deutschen Kündigungsrechts auszugehen. Danach prüft die nationale Rechtsprechung sowohl bei einer fristlosen Kündigung³³ als auch bei einer unter das KSchG fallenden verhaltensbedingten Kündigung³⁴ in einer Prognoseentscheidung, ob ausgehend von dem tatsächlichen Verhalten des Arbeitnehmers auf weitere Vertragspflichtverletzungen geschlossen werden kann, die dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen. Die Kündigung ist keine Sanktion für vergangenes Verhalten.³⁵

19 Ob das Arbeitsverhältnis in der Zukunft störungsfrei abgewickelt werden kann, hängt bei Erstattung einer Strafanzeige durch den Arbeitnehmer davon ab, ob es dem Arbeitnehmer um eine sachbezogene Aufklärung geht oder er den Arbeitgeber davon unabhängig unter Druck setzen möchte. Beides ist denkbar.

S. 17 - HFR 2/2012 S. 9 -

20 Folgt man der deutschen arbeitsrechtlichen Systematik weiter, ist bei der fristlosen³⁶ wie bei der ordentlichen verhaltensbedingten³⁷ Kündigung zunächst zu überlegen, ob das Verhalten objektiv ein Kündigungsgrund sein kann. Erst in einem zweiten Schritt ist zu überlegen, inwieweit das Verhalten unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zur Kündigung berechtigt.

21 Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Arbeitnehmer handelt, dem an einer sachbezogenen Aufklärung liegt oder einem Arbeitnehmer, der dem Arbeitgeber (aus welchen Gründen auch immer) in erster Linie Schaden zufügen möchte. Welcher Fall vorliegt, klärt sich auf der zweiten Stufe. Würde man die Pflichtverletzung schon auf der ersten Stufe (objektiver Grund) verneinen, könnte man den zweiten Fall nicht mehr berücksichtigen.

22 Nur im ersten Fall (Interesse an sachbezogener Aufklärung) kann die Prognose erstellt werden, dass bei pflichtgerechtem Verhalten des Arbeitgebers das Arbeitsverhältnis störungsfrei weitergeführt werden kann. Gegen die Annahme weiterer Störungen spricht nämlich, dass es sich um eine außerhalb der arbeitsvertraglichen Hauptpflichten liegende sachbezogene einmalige Situation handelt. Ist – im Wege der Anzeigeerstattung – der Vorwurf geklärt und ausgeräumt und sind auch weitere Pflichtverletzungen des Arbeitgebers nicht zu prognostizieren, kann das Arbeitsverhältnis weitergeführt werden. Die Kündigung ist eben keine Sanktion für ein vom Arbeitgeber missbilligtes Verhalten, sondern eine Entscheidung darüber, ob das Arbeitsverhältnis sinnvoll fortgesetzt werden kann. Das ist aber der Fall, wenn der Vorwurf geklärt wird. Dazu kommt, dass die Strafanzeige einen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt betrifft, die Prognoseentscheidung sich aber auf die Zukunft bezieht.

23 Anders ist dagegen zu entscheiden, wenn es dem Arbeitnehmer vorrangig um eine Schädigung des Arbeitgebers und nicht um Klärung einer Sachfrage geht. In diesen Fällen ist es dem Arbeitgeber nicht zumutbar, diesem Arbeitnehmer, der erkennbar auf die nächste Schädigungsmöglichkeit wartet, zu beschäftigen und weiterhin seine Güter anzuvertrauen.

³³ BAG 9.6.2011 – 2 AZR 323/10 – NZA 2011,1342 m.w.N. auf die ständige Rechtsprechung.

³⁴ BAG 13.12.2007 – 2 AZR 818/06 – NZA 2008, 589 m.w.N. auf die ständige Rechtsprechung.

³⁵ MüArbR/Wank § 98 Rnr. 42 m.w.N.

³⁶ BAG 10.6.2010 – 2 AZR 541/09 – „Emmely“ NZA 2010, 1227.

³⁷ BAG 13.3.2008 – 2 AZR 88/07 – AP Nr. 87 zu § 1 KSchG 1969.

S. 18

- HFR 2/2012 S. 10 -

- 24 Wie auch in anderen Fällen z.B. beim Nachweis vorsätzlichen Handelns des Arbeitgebers bei Arbeitsunfällen³⁸ oder der vorsätzlich, sittenwidrigen Schädigung gem. § 826 BGB³⁹, muss diese Schädigungsabsicht im Prozess schlüssig vorgetragen werden. Sie allein schließt es aus, das Arbeitsverhältnis sinnvoll weiterzuführen. Diese Voraussetzungen sind vom Arbeitgeber darzulegen. Ein Dauerschuldverhältnis muss nicht mit jemandem fortgesetzt werden, der seinem Vertragspartner im Wege der Rufschädigung bei der nächsten Gelegenheit Schäden zufügen oder dessen Existenz vernichten will. Dabei kann das weitere Verhalten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sein. Wendet er sich über die Strafanzeige hinaus und vor Abschluss eines Ermittlungsverfahrens an Kunden oder Geschäftspartner des Arbeitgebers kann dies ein Indiz sein, dass die bereits eingeleitete Sachaufklärung nicht Hauptsache der Aktionen ist.
- 25 Diese Umstände sind jedoch erst im zweiten Prüfungsschritt (Einzelfallbetrachtung) zu prüfen. Die Anzeigeerstattung als solche kann daher – wenn auch nur in vom Arbeitgeber nachgewiesenen Ausnahmefällen – grundsätzlich bei Schädigungsabsicht ein Kündigungsgrund sein. Auf der ersten Prüfungsstufe ist daher in diesen Fällen eine objektive Pflichtverletzung zu bejahen, erst im zweiten Schritt ist unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände zu prüfen, warum der Arbeitnehmer die Anzeige erstattet hat.

26 **2. Zumutbarkeit der innerbetrieblichen Klärung?**

In der Grundsatzentscheidung des BAG vom 3.7.2003⁴⁰ prüfte der Zweite Senat, ob es sich bei der Anzeigeerstattung um die Verletzung der vertraglichen Schutz- und Rücksichtnahmepflicht handelt und verweist auf die Pflicht, Schäden vom Arbeitgeber abzuwenden. Mit diesem Obersatz setzt der Zweite Senat die innerbetrieblichen Schutzpflichten – also Hinweispflicht auf drohende Sachschäden etc. – der Pflicht zur innerbetrieblichen Klärung vor einer Anzeigeerstattung gleich. Das verwischt jedoch die grundlegenden Unterschiede zwischen den Fallgruppen: Weder besteht in dem einen Fall eine Kollision von staatsbürgerlichem Recht und arbeitsvertraglicher Pflicht, noch setzt der Arbeitnehmer bei dem Hinweis auf z.B. drohende Sachschäden seinen Arbeitsplatz aufs Spiel.

S. 19

- HFR 2/2012 S. 11 -

- 27 Wie unterschiedlich derartige Hinweispflichten je nach Arbeitsvertragspartei gehandhabt werden, hat *Colneric*⁴¹ schon vor mehr als 20 Jahren gezeigt: Kein Arbeitgeber würde sich schadensersatzpflichtig machen, wenn er den Arbeitnehmer ohne vorherigen Hinweis und Rücksicht auf dessen Interesse an Geheimhaltung sofort bei Anhaltspunkten einer Straftat anzeigt. Unnötig zu erwähnen, dass die Kündigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers in dieser Situation aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten keine Rolle spielt.
- 28 Darüber hinaus ist es gerade wegen der Unterlegenheit des Arbeitnehmers problematisch, eine innerbetriebliche Klärung trotz Anhaltspunkten einer Straftat zu verlangen. Mit der verlangten innerbetrieblichen Klärung verliert der Arbeitnehmer seine Anonymität zwangsläufig und riskiert damit seinen Arbeitsplatz ohne sichere Gewähr einer Abhilfe. Das ist bei der Strafanzeige anders.
- 29 Sind Arbeitgeber bei dieser Wertung schutzlos Anzeigen durch Arbeitnehmer ausgesetzt? Sicherlich nicht. Auch wenn bei der Strafanzeige die Anonymität des Arbeitnehmers zunächst gewahrt werden kann, besteht für den Arbeitgeber eine große Wahrscheinlichkeit, dass er die Person des Arbeitnehmers herausfindet. Kein Arbeitnehmer wird daher ohne Grund seinen Arbeitsplatz riskieren. Wollen Arbeitnehmer dem Arbeitgeber durch die Strafanzeige Schaden zufügen, sind sie bei mutwilligen Anzeigen oder

³⁸ BAG 10.10.2002 – 8 AZR 103/02 – NZA 2003, 436 zu den Grundsätzen.

³⁹ BGH 1.12.2011 – IX ZR 56/11 – WM 2012, 144.

⁴⁰ 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

⁴¹ AiB 1987, 260, 262.

Schädigungsabsicht (vgl. unter 1.) nicht geschützt. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber – insbesondere in Branchen an denen Medien ein Interesse haben können – einer Anzeigerstattung vorbeugen, indem er selbst ein faires Verfahren bereitstellt, das die Arbeitnehmer freiwillig der Anzeigerstattung vorziehen.⁴² Eine Verpflichtung sollte aber daraus nicht entstehen. Ob die Arbeitnehmer ein bereitgestelltes System annehmen, sollte ausschließlich von dem tatsächlich entgegengebrachten Vertrauen abhängen, das der Arbeitgeber durch sein Verhalten maßgeblich beeinflussen kann.

S. 20

- HFR 2/2012 S. 12 -

30 **3. Was ist unter dem vom EGMR in Bezug genommenen „öffentlichen Interesse“ zu verstehen und was hat sich letztlich durch die Entscheidung des EGMR geändert?**

Während der EGMR in vielen Punkten – wenn auch unter anderen Obersätzen – sehr ähnlich wie die deutsche Rechtsprechung argumentiert, gewichtet er an einer Stelle deutlich anders. Der EGMR stellt zu Beginn der Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers und den Rechten des Arbeitnehmers aus Art. 10 EMRK fest, dass das öffentliche Interesse an der vom Arbeitnehmer preisgegebenen Information bei der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist und es bei Bejahung des öffentlichen Interesses „wenig Raum“ für Einschränkungen dieser öffentlichen Meinungsbildung gibt.⁴³

31 Dagegen stellt sich die Abwägung nach der deutschen Rechtsprechung als Kollisionsfall zwischen staatsbürgerlicher Pflicht und vertraglichen Schutz- und Rücksichtnahmepflichten dar. Die deutsche verfassungsrechtliche Rechtsprechung unterscheidet nicht zwischen öffentlich interessanten und nicht bzw. uninteressanten Sachverhalten, da der Ausgangspunkt der allgemeine Schutz des Staatsbürgers ist, der (richtigerweise) Recht auf legalem Weg durchsetzen möchte.

32 Durch die Gewichtung des EGMR kann das Abwägungsergebnis verschoben werden. Zwar hätte das Landesarbeitsgericht in der Sache Heinisch auch nach der deutschen ständigen Rechtsprechung annehmen können, dass die Arbeitnehmerin nach Monierung durch den Medizinischen Dienst und fehlender Abhilfe berechtigt Strafanzeige erstatten kann, ohne die nochmalige Überprüfung durch den Medizinischen Dienst abzuwarten. Dieses Ergebnis wird aber zwingend, wenn man das Interesse der Öffentlichkeit an dieser exemplarischen Behebung des Pflegenotstandes in den Vordergrund stellt.

33 Würde diese Rechtsprechung des EGMR zutreffen, wäre im Rahmen des Art. 10 EMRK zwischen wichtigen und weniger wichtigen Meinungsäußerungen zu unterscheiden, d.h. eine Beitragshinterziehung durch Lohndumping würde dann im Pflegebereich interessanter als in anderen Branchen sein. Diese Wertung ist sehr zweifelhaft. Der EGMR lässt es offen, wie das besondere öffentliche Interesse an der Information bestimmt werden soll. Grundrechte wie aber auch die in der EMRK niedergelegten Rechte sind Abwehrrechte gegen den Staat, so dass man sich vor einer Binnendifferenzierung (wer sollte diese treffen, wenn nicht staatliche Gerichte?) hüten sollte.

S. 21

- HFR 2/2012 S. 13 -

34 Aus Art. 10 EMRK kann der EGMR seine Rechtsprechung darüber hinaus nicht herleiten. Sein Verweis auf die vorangegangene Entscheidung in der Rechtssache Stoll gegen Schweiz⁴⁴ betrifft einen anderen Sachverhalt, da es dort um den Schutz der Pressefreiheit vor behördlicher Kontrolle ging. Mögen Eingriffe in die Pressefreiheit bei besonderem öffentlichem Interesse noch weniger tolerabel sein, so kann der Schutz der individuellen Meinungsfreiheit nicht davon abhängen, ob an der Ansicht ein gesteigertes öffentliches Interesse besteht. Der Verweis und das Zitat des EGMR sind also zumindest

⁴² Brock, öAT 2011, 243.,

⁴³ FN 1 Rnr. 66.

⁴⁴ 10.12.2007 – 69698/01, NJW-RR 2008, 1141, 1144.

missverständlich, sollten aber nicht dazu führen, die Abwägungsmaßstäbe nach dem Interesse der Öffentlichkeit an der Information auszurichten. Das ist nach dem nationalen Recht schon deshalb entbehrlich, da sich das öffentliche Interesse des Staates bereits in dem Schutz jedes Staatsbürgers ausdrückt, der den Rechtsweg in Anspruch nehmen will. Eine unsichere Mutmaßung, was darüber hinaus im (besonderen) öffentlichen Interesse liegen könnte⁴⁵ und von der Rechtsprechung schon aufgegriffen worden ist⁴⁶, bringt mehr Unsicherheit als Klarheit.

- 35 Ist daher ein solches öffentliches Aufklärungsinteresse bei jeder Straftat anzunehmen, führen die unter 1. und 2. vorgeschlagenen Änderungen dazu, dass der Arbeitnehmer besser als bislang geschützt ist. Dann gibt es in allen Fällen einer nicht leichtfertig oder mißbräuchlich erstatteten Anzeige wenig Raum für eine Einschränkung der Arbeitnehmerrechte.

S. 22

- HFR 2/2012 S. 14 -

36 **V. Zusammenfassung**

1. Die anlassbezogene Klärung betrieblicher Missstände durch eine nicht leichtfertig oder haltlos erstattete Strafanzeige gegen den Arbeitgeber berechtigt auch dann nicht zur Kündigung, wenn der Arbeitnehmer keine innerbetriebliche Klärung unternommen hat. Da es sich um einen außerhalb der vertraglichen Hauptpflichten liegenden, einmaligen Anlass handelt, kann in der vorzunehmenden Prognose nicht geschlossen werden, dass die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist.
- 37 2. Dagegen handelt es sich um eine kündigungsrelevante vertragliche Pflichtverletzung, wenn der Arbeitnehmer den Vorfall nur zum Anlass nimmt, um dem Arbeitgeber zu schaden. Indizien für einen derartigen Willen sind vom Arbeitgeber im Prozess vorzutragen und zu beweisen.
- 38 3. Geht es dem Arbeitnehmer um die unter 1. beschriebene Sachklärung, liegt jede in dieser Form erstattete Anzeige bereits im grundgesetzlich geschützten öffentlichen Interesse, so dass es für das deutsche Recht nicht darauf ankommt, ob es sich um Missstände handelt, an denen die Öffentlichkeit ein Aufklärungsinteresse hat.

Zitierempfehlung: Christiane Brors, HFR 2012, S. 9 ff.

⁴⁵ Simon/Schilling, BB 2011, 2421, 2426 mit Mutmaßungen.

⁴⁶ LAG Hamm 21.7.2011 – 11 Sa 2248/10 – n.v.