

Evelyn Kozak

Zur Notwendigkeit
eines arbeitsrechtlichen und
haftungsrechtlichen
Whistleblowerschutzes

Teil 1: Einleitung

A. Hintergründe

Sowohl die Demokratie als auch der Rechtsstaat sind grundlegende Prinzipien, die die Ordnung und Einhaltung der Gesetze regeln, die der Gesetzgeber als Rechtsordnung vorgibt. Den Bürger trifft die Pflicht, sich gesetzeskonform zu verhalten und sein Handeln an der Rechtsordnung zu orientieren. Begeht er einen Gesetzesverstoß, muss er mit rechtlichen Konsequenzen rechnen.

Auch Unternehmen haben sich an Recht und Gesetz zu halten. Die Einhaltung der durch die Rechtsordnung geschützten und verankerten Rechte der einzelnen Bürger gehört zum Pflichtenkanon eines jeden Unternehmens. Wird gegen Recht und Gesetz verstoßen, drohen dem Rechtsverletzer Strafen und Sanktionen.

Was aber gilt für die Personen, die diese Gesetzesverstöße entdecken und dagegen vorgehen wollen?

Darf es in einem demokratischen Rechtsstaat Regelungen geben, die denjenigen sanktionieren, der Rechtsverstöße im Unternehmen aufdeckt und offenbart?

Die Frage wird in letzter Zeit häufig gestellt und geht mit der Überlegung einher, dass es schwer begründbar ist, einen Bürger arbeitsrechtlichen, strafrechtlichen/ordnungswidrigkeitenrechtlichen und haftungsrechtlichen Sanktionen auszusetzen, obwohl er sich mit der Offenbarung in den Dienst der Rechtsordnung gestellt hat.

Schutzwürdig sollte in einem demokratischen Verfassungsstaat die unternehmerische Verhaltensweise nur sein, wenn das Unternehmensgeheimnis mit dem geltenden Recht im Einklang steht. Das Recht darf nicht das Unrecht schützen. Die derzeitige Realität sieht jedoch anders aus. Weil es der Gesetzgeber von Anfang an unterlassen hat, den von ihm in das einfache Gesetzesrecht eingeführten Begriff des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses zu definieren, muss er von Rechtsprechung und Literatur näher konkretisiert werden. Die Rechtsprechungspraxis, insbesondere zu Whistleblower-Aktivitäten, zeigt, dass ohne Bedenken davon ausgegangen wird, das berichtenswerte Verhalten – mithin das gesetzeswidrige Verhalten – falle unter den Geheimnisschutz und sei durch arbeitsrechtliche Vorschriften und Gepflogenheiten sowie von Art. 12 GG und § 17 UWG geschützt.

In der Presse ist häufig über schwerwiegende Fehlverhalten und grobe Missstände in Unternehmen oder Organisationen zu lesen. Der Berichterstattung kann entnommen werden, dass eine innerbetriebliche Behebung des Fehlverhaltens nicht erfolgversprechend war – meistens liegt das daran, dass der Arbeitgeber selbst in die (illegalen) Machenschaften involviert war oder ist. Viele fragen sich in diesen Fällen, wie es dazu kommen konnte, und vor allem, warum nicht schon früher jemand dagegen vorgegangen ist. Aber wer will handeln, wenn er mit arbeitsrechtlichen, strafrechtlichen oder sogar haftungsrechtlichen Konsequenzen rechnen muss? Die

Bekanntmachung von Missständen bzw. Gesetzesverstößen im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses wird als *Whistleblowing* bezeichnet.

Ein Whistleblower, der Kartellrechtswidrigkeiten aufdeckt, wird *Kronzeuge* genannt. Ausgangspunkt dafür ist ein Kartellverstoß. Der Kronzeuge meldet maßgebliche Kartelle und Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht mit dem Ziel, einer Geldbuße der Wettbewerbsbehörden zu entkommen. Zudem bedient er sich Regelungen, die ihm Handlungsanweisungen vorgeben. Kronzeugenregelungen im Kartellrecht sind ein Werkzeug zur Ermittlung von Kartellen und zur Durchsetzung des Kartellverbots, wobei der Kronzeuge zur Erlangung der Straffreiheit bzw. Strafmilderung mit der Kartellbehörde „zusammenarbeiten“ und somit zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen muss. Die Besonderheit des Kronzeugen als Whistleblower ist, dass er oder zumindest sein Rechtsvorgänger im Unternehmen in das Geschehen involviert war und somit als Täter oder Mittäter zum Zeitpunkt der Tat zu qualifizieren ist. In dem Moment aber, in dem der Kronzeuge sich entschließt, das gesetzeswidrige Verhalten für sich zu beenden und offenzulegen, steht er in keiner rechtlich missbilligten Beziehung mehr zu den Missständen im Unternehmen.

Sowohl dem zunächst involvierten Whistleblower als auch dem unbeteiligten Whistleblower ist gemein, dass sie über besondere Informationen verfügen und bei Veröffentlichung dieser Betriebsinterna mit Repressalien rechnen müssen.

In letzter Zeit wird der Ruf nach rechtlichem Schutz für diese Personen lauter. Demjenigen, der ein Verhalten beenden will, dass gegen geltende Gesetze verstößt, um den Einklang der Rechtsordnung wiederherzustellen, sollte Immunität oder zumindest Amnestie zukommen.

B. Begriff und Bedeutung des Whistleblowings

Eine einheitliche, allgemein anerkannte Definition des Begriffs Whistleblowing hat sich im deutschen Rechtsraum bis jetzt nicht durchgesetzt. In vielen wissenschaftlichen Schriften wird aber folgende Definition bevorzugt: So spricht man häufig dann von Whistleblowing, wenn ein ehemaliges oder aktuelles Mitglied einer Organisation Kenntnis von illegalen, unmoralischen oder illegitimen Verhaltensweisen hat, die im Verantwortungsbereich der „Organisationsführung“ liegen, und dieses Fehlverhalten (mangels Möglichkeit, es selbst zu beheben) gegenüber Personen oder Organisationen aufdeckt, die Handlungsmöglichkeiten besitzen.¹ Im weitesten Sinne sind darunter auch kritische Äußerungen, Beschwerden oder Anzeigen von abhängigen Beschäftigten über Missstände oder Fehlverhalten in ihrem Unternehmen bzw.

1 *Miceli/Near*, Journal of Business Ethics, 1985, Vol. 4, Issue 1, S.4, „Whistleblowing is the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action.“; *Briegel*, Whistleblowing-Systeme, S. 14 f; *Schneider*, Implementierung, S. 59; *Schulz*, Ethikrichtlinien, S. 142; *Schulz*, BB 2011, 629, 630; *Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann*, Hinweisgebersysteme, S. 3; *Donato*, Whistleblowing, S. 43.

gegenüber der zuständigen Behörde, staatlichen Stellen, der Presse oder sonstigen Dritten zu verstehen.² Der Begriff hat seinen Ursprung im angloamerikanischen Rechtskreis und leitet sich aus dem englischen „to blow the whistle on somebody“ ab.³ Dies bedeutet so viel wie „etwas enthüllen“, „jemanden verpfeifen“ oder „über jemanden auspacken“.⁴

Von dieser Definition sind jedoch moralische Verhaltensweisen auszunehmen. Zwar ist ein unmoralisches Verhalten in gewissen Branchen sehr bedenklich, jedoch würde dessen Einbeziehung den Handlungsbereich des Whistleblowers zu sehr ausweiten. Whistleblower sind Diener der Rechtsordnung und keine Moral- oder Sittenwächter. Sie stellen sich in den objektiven Dienst der Rechtsordnung und sehen sich in der Pflicht, rechtswidrige Verhaltensweisen anzuzeigen (intern oder extern) und zukünftiges rechtswidriges Verhalten zu unterbinden. Ein Whistleblower ist somit jede Person, die zum Wohle der Allgemeinheit Rechtsverstöße bzw. rechtswidrige Verhaltensweisen (Missstände), die im Verantwortungsbereich der Unternehmensleitung liegen, aufdeckt und öffentlich macht. Um das positive Element verstärkt zum Ausdruck zu bringen, wird im deutschen Rechtsraum diese Person auch als Hinweisgeber qualifiziert.

Whistleblower dringen auf Abhilfe und verweigern unter Umständen auch ihre weitere Mitwirkung an der kritisierten Praxis. Haben sie damit keinen Erfolg, tragen sie gegebenenfalls ihre Kritik nach außen in die Öffentlichkeit.

Anlässlich der Verleihung des ersten Whistleblower-Preises⁵ im Jahre 1999 an den russischen Ex-Marine-Kapitän und Wissenschaftler *Alexander Nikitin* aus St. Petersburg sagte der damalige Richter am Bundesverfassungsgericht Dr. Jürgen Kühling⁶:

„Auch das gesellschaftliche Umfeld des ‚Whistleblowers‘ ist gewöhnlich nicht auf seiner Seite. Sein Verhalten wird als Verrat eingestuft, gilt als illoyal. Ein tief verwurzeltes Ethos der Gefolgschaftstreue überlagert die Grundsätze einer aufgeklärten Ethik, die sein Verhalten gutheißt. Zustimmung erfährt er, wenn überhaupt, gewöhnlich von weither. 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.“

Je nach Standpunkt des Betrachters mag man derartige Anzeigen als „Denunziantentum“ ablehnen oder als Ausdruck von Verantwortungsgefühl preisen. In den USA

2 Bussmann/Matschke, CCZ 2009, 132, 136; Schulz, BB 2011, 629, 630.

3 Vgl. vertiefend Fahrig, Verhaltenskodex, S. 28; Schemmel/Ruhmannseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme, S. 5.

4 Vgl. Online-Wörterbuch, abrufbar unter: www.ponds.eu, (abgerufen am 20.10.2013).

5 Der Preis wird von der Vereinigung Deutscher Wissenschaftler (VDW) und der Deutschen Sektion der International Association of Lawyers Against Nuclear Arms (IALANA) gestiftet.

6 Zitat von Jürgen Kühling, aus: *Deiseroth/Falter*, Whistleblower in Altenpflege und Infektionsforschung, Vorbemerkung.

(und in vielen anderen *Common Law*-Staaten) sind Whistleblower gesellschaftlich allgemein anerkannt und werden rechtlich geschützt.⁷ Aber auch in Deutschland ist dieses Thema zunehmend aktuell und Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Im Übrigen existieren private Stiftungen und Einrichtungen, die solch ein von Zivilcourage getragenes Verhalten mit Preisen ehren.⁸ Diese Sichtweise beruht auf der Erkenntnis, dass sich mangelnde Sicherheitsvorkehrungen oder finanzielle Missstände – um nur einige Problemfelder zu nennen – durch den Whistleblower am ehesten aufdecken lassen, da er als „Insider“ über die entsprechenden Kenntnisse verfügt.⁹

I. Erscheinungsformen des Whistleblowings

Anders als in den USA, in denen der Begriff Whistleblowing durch gesetzliche Bestimmungen, insbesondere den *Whistleblower Protection Act*,¹⁰ den *Sarbanes-Oxley Act*¹¹ und den *Dodd-Frank-Act*¹² geregelt wird,¹³ existieren im nationalen Recht bisher keine entsprechenden Bestimmungen, die sich mit der Materie des Whistleblowings auseinandersetzen.¹⁴ Meist fehlt bereits eine klare Abgrenzung zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen des Whistleblowings. Die Literatur unterscheidet zwischen externem und internem Whistleblowing, was erhebliche Auswirkungen auf den Schutz des Hinweisgebers hat.¹⁵ Denn je nachdem, welche der beiden Formen der Hinweisgeber nutzt, ergeben sich unterschiedliche Voraussetzungen und Folgen hinsichtlich eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens und des

7 Vgl. Müller, NZA 2002, 424, 425. Schutz erfährt der Whistleblower unter anderem durch den *Sarbanes-Oxley Act*, der nach dem *Whistleblower Protection Act* von 1989 die wichtigste bundesrechtliche Erweiterung zum Whistleblowingrecht darstellt.

8 U. a. Vereinigung Deutscher Wissenschaftler e.V., der regelmäßig Whistleblower-Preise verleiht.

9 Müller, NZA 2002, 424, 425; z. B. die Challenger-Katastrophe: Am 28. Januar 1986, 73 Sekunden nach dem Start der Mission STS-51-L, brach die Raumfähre in etwa 15 Kilometer Höhe auseinander. Dabei starben alle sieben Astronauten. Als Grund wurde das Versagen eines oder mehrerer Dichtungsringe in einer der seitlichen Feststoffraketen ermittelt. Zuvor hatte ein Mitarbeiter intern auf die Möglichkeit des Versagens der Dichtungsringe bei Kälte hingewiesen und vor diesem Szenario gewarnt.

10 Whistleblower Protection Act of 1989, Public Law 101-12 – April 10, 1989, abrufbar unter: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/STATUTE-103/pdf/STATUTE-103-Pg16.pdf>, (abgerufen am 22.11.2013).

11 Sarbanes-Oxley Act („SOX“), Public Law 107-204 – July 30, 2002, abrufbar unter: <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>, (abgerufen am 22.11.2013).

12 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act („Dodd-Frank Act“), Public Law 111-203 – July 21, 2010, abrufbar unter: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-111publ203/pdf/PLAW-111publ203.pdf>, (abgerufen am 22.11.2013).

13 Siehe auch Mengel, CCZ 2012, 146, 152.

14 V. Busekist/Fahrig, BB 2013, 119, 120.

15 U. a. Fahrig, NJOZ 2010, 975, 976.