

HÜLSEN MICHAEL HAUSCHKE SEEWARD Rechtsanwälte
Tauentzienstraße 11, 10789 Berlin

Vorsitzender des Innenausschusses des
Landtags Nordrhein-Westfalen
Herrn Daniel Sieveke MdL
Postfach 101143
40002 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME
16/1347**

Alle Abg

Tauentzienstraße 11
Europa-Center
10789 Berlin

Fon +49.30.25 797 5000
Fax +49.30.25 797 5005

E-mail: mail@h2mk.com
Internet: www.h2mk.com

28. Januar 2014

Unser Zeichen: 0011/14

**Öffentliche Anhörung des Innenausschusses am 06. Februar 2014
„Whistleblowing – eine Form von Zivilcourage, die unterstützt und
geschützt werden muss“ – Antrag der Fraktion PIRATEN,
Drucksache 16/3437**

DR. KARL VON HÜLSEN
Fachanwalt für Arbeitsrecht

DR. GERHARD MICHAEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

DR. HENNING HAUSCHKE
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

THOMAS SEEWARD, LL.M.
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

DR. LISA VON LAFFERT
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

DR. MICHAEL BURRACK
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

DR. STEFANIE LEJEUNE
Staatssekretärin a. D.

DR. ALEXANDER VON NEGENBORN

JÖRG RISCH
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht

YESIM SCHAUMANN

JULIANE KRAUß


CONSTANZE NAGEL

Sehr geehrter Herr Sieveke,
sehr geehrte Damen und Herren,

beigefügt übersende ich Ihnen meine schriftliche Stellungnahme zu der o.g.
Anhörung am 06. Februar 2014 mit der Bitte um Kenntnisnahme und weitere
Veranlassung.

Für Rückfragen und Anregungen stehe ich selbstverständlich gerne zur
Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Stefanie Lejeune
Rechtsanwältin

in Kooperation mit:

MONOD AMAR BOUDRANT
Avocats à la Cour – Law Office
21 rue Monsieur
F - 75007 Paris
Fon +33.1.53 69 66 98

Stellungnahme
zu dem Fragenkatalog zu der Anhörung des Innenausschusses
am 06. Februar 2014
„Whistleblowing – eine Form von Zivilcourage, die unterstützt und ge-
schützt werden muss“
– Antrag der Fraktion PIRATEN, Drucksache 16/3437 -

von Rechtsanwältin Dr. Stefanie Lejeune

1. Welche konkreten politischen Maßnahmen können auf Landesebene ergriffen werden, um potenziellen Hinweisgebern die Möglichkeit zu geben, ihre Informationen an geeignete Stellen weiterzugeben, ohne dass sie negative Konsequenzen befürchten müssen?

Möglich sind sowohl elektronische als auch personalisierte Hinweisgebersysteme, welche die anonyme Entgegennahme von Hinweisen sowie eine anonyme (oder zumindest einen Vertrauensschutz garantierende) Kommunikation gestatten. Zu den elektronischen Hinweisgebersystemen gehören die Telefon-Hotline (vgl. LKA NRW) einschließlich eines Voice-Mail-Systems sowie ein E-Mail-Kommunikationssystem, das einen Anonymitätsschutz ermöglicht, so etwa das Business Keeper Monitoring System (BKMS).

Ein personalisiertes Hinweisgebersystem ist die Implementierung eines internen Anti-Korruptionsbeauftragten und / oder einer externen Ombudsperson. Während der interne Anti-Korruptionsbeauftragte - aufgrund seiner Loyalitätspflichten gegenüber seinem Dienstherrn bzw. Arbeitgeber und dem fehlenden „Schutz“ der Strafprozessordnung - nur einen eingeschränkten Anonymitätsschutz zusichern kann, kann die externe Ombudsperson, so sie Rechtsanwalt ist, dem Hinweisgeber Anonymitätsschutz zusichern auch für den Fall eines sich anschließenden Ermittlungs- und Strafverfahrens (vgl. § 53 StPO).

2. Welche gesellschaftlichen Maßnahmen können auf Landesebene ergriffen werden, um die gesellschaftliche Anerkennung des Whistleblowings als Form der Zivilcourage zu stärken?

Die offene Thematisierung und nicht Tabuisierung wäre eine Möglichkeit hier ein für Whistleblowing günstigeres gesellschaftliches Klima zu schaffen. Zu anderen Themen, etwa Gewalt gegen Frauen, sexueller Missbrauch von Kindern, Alkohol im Straßenverkehr etc. wurden Kampagnen im Verbund öffentliche Hand und private Organisationen gestartet, die durchaus erfolgreich waren. Die Botschaft war einfach, aber effektiv: „Wer wegschaut macht mit.“ Etwas ähnliches wäre im Bereich Whistleblowing denkbar.

Zudem gibt es bereits Netzwerke (etwa Whistleblower-Netzwerk e.V.) und NGO's (etwa Transparency International - TI), die sich des Themas annehmen und hier den Korridor zwischen unstatthaftem Denunziantentum und Zivilcourage definieren.

3. Wie bewerten Sie die Stärkung des Whistleblowerschutzes z.B. durch anonyme Hinweisgebersysteme oder die Benennung von Ombudsleuten gegenüber der Gefahr der Förderung eines Denunziantentums?

Aus eigener Erfahrung weiß ich, dass der Versuch, einem Mitbewerber oder einem „wenig geliebten“ Mitmenschen „eins auszuwischen“ nicht völlig auszuschließen ist, aber es kommt in der täglichen Praxis sehr wenig vor. Als externe Ombudsperson sucht man den persönlichen Kontakt zum Hinweisgeber und eruiert im Gespräch die Motive für sein Handeln. Erfahrungen in der Verhandlungsführung, insbesondere Zeugenvernehmung, sind sicherlich hilfreich, um ungute Beweggründe erkennen und offenzulegen zu können. Der Hinweis auf die Strafbarkeit der üblen Nachrede und die sich damit verbindenden Schadensersatzpflichten veranlassen den Hinweisgeber mit unredlichen Absichten zum Rückzug. Diese „Filterfunktion“ des personalisierten Hinweisgebersystems muss im elektronischen System (auf einer abstrahierten Ebene) nachgeschaltet werden, was sich mangels eines persönlichen Kontaktes als schwierig erweisen dürfte. Allerdings wird – entsprechenden Erfahrungsberichten zufolge - auch bei Hinweisen, die durch elektronische Hinweisgebersysteme eingehen, die Denunziantenquote als tendenziell niedrig eingestuft.

4. Gibt es Vorbilder aus anderen Bundesländern und Ländern, wie sich Beamtinnen und Beamte anonym in Schulen, Hochschulen und Polizeibehörden an unabhängige Stellen wenden können?

Die Mehrheit der Behörden auf Bundes- und Landesebene dürften eine interne Ansprechperson bzw. einen Anti-Korruptionsbeauftragten benannt haben. Dieser steht überwiegend internen Hinweisgebern zur Verfügung.

Daneben haben mehrere Länder (Bsp. Berlin, Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz, Saarland), Kommunen (Bsp. Potsdam) und auch einige Bundesbehörden (Bundesministerium des Innern), insbesondere im Rahmen der Korruptionsprävention sog. Vertrauensanwälte als externe Ombudspersonen mit der Entgegennahme von Hinweisen beauftragt. Sie stehen sowohl für Hinweise von interner als auch externer Seite zur Verfügung.

Andere, etwa das LKA Niedersachsen oder die Polizei in Baden-Württemberg, haben sich, wie einige Privatunternehmen (Bsp. MAN, Siemens, DB, Telekom), für die Implementierung des BKMS entschieden.

In manchen Ländern existieren – je nach dem betroffenen Verwaltungsbereich und dem Gefährdungspotential - die elektronischen neben den personalisierten Hinweisgebersystemen und beide zusammen unterstützen die Arbeit des Anti-Korruptionsbeauftragten.

5. Können Sie kurz die bestehende arbeitsrechtliche Situation im Bereich Hinweisgeber darstellen?

Arbeitsrechtlich wird - kurz gesagt – diskutiert, ob und inwieweit der Arbeitnehmer sich im Rahmen des Whistleblowings wirksam auf sein Recht zur Meinungsäußerung berufen kann, um eine (fristlose) Kündigung des Arbeitgebers als Reaktion auf die begangene „Illoyalität“ abzuwehren. Bislang hat die Arbeitsgerichtsbarkeit dem Anspruch des Arbeitgebers auf Loyalität des Arbeitnehmers ihm und dem Unternehmen gegenüber regelmäßig einen Vorrang vor dem Recht des Arbeitnehmers auf Mitteilung von (möglichen) Missständen gegenüber Dritten eingeräumt und damit die ausgesprochenen Kündigungen regelmäßig bestätigt.

6. Können Sie hierbei auf das Urteil des BVerfG von 2001 und das Urteil des BAG von 2006 sowie das Urteil des EGMR von 2011 zu diesem Thema eingehen?

Im Folgenden zitiere ich zu der hier erfragten Problematik aus meinem Manuskript zu dem Kompendium Rothe (Hrsg.) „Baurevision“, das im Erich-Schmidt-Verlag erscheinen soll:

„Während das sog. interne Whistleblowing regelmäßig arbeitsrechtlich nicht zu sanktionieren sein dürfte, es sei denn der Arbeitnehmer hätte mit grober Fahrlässigkeit diskreditierende und unwahre Behauptungen aufgestellt, ist das sog. externe Whistleblowing rechtlich deutlich problematischer. Beim externen Whistleblowing, also der Informationsweitergabe durch Unternehmens- oder Behördenangehörige an Dritte, die nicht dem Unternehmen bzw. der Behörde angehören und auch nicht von diesem zur Entgegennahme von Hinweisen beauftragt wurden, geht es darum, unter welchen Umständen Anzeigen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber und die Kritik an unerlaubten Verhaltensweisen anderer im Betrieb erlaubt sind und wann eine anschließend vom Arbeitgeber ausgesprochene Kündigung berechtigt ist.¹

Bereits 1959 hatte das BAG über einen Fall zu entscheiden, in dem ein Angestellter einer Speditionsfirma eine Anzeige gegen diese bei einer Behörde erstattet, da das Speditionsunternehmen gegen güterfernverkehrsrechtliche Bestimmungen verstoßen hatte. In seinem Urteil gab das BAG den auf Loyalität gerichteten Arbeitgeberinteressen den Vorrang vor den Arbeitnehmerinteressen. Der Arbeitnehmer habe die Möglichkeit gehabt, die Arbeit zu verweigern, um sich einem gesetzwidrigen Verhalten zu entziehen, weshalb die Kündigung wirksam sei.²

Nachdem das BVerfG in seiner Entscheidung vom 02. Juli 2001 festgestellt hatte, dass die Zeugenpflicht eine allgemeine Staatsbürgerpflicht sei und es damit im Regelfall nicht vereinbar sei, wenn der Arbeitnehmer, der diese Pflicht erfülle und dabei keine wissentlich unwahre oder leichtfertige falsche Angaben gemacht habe, zivilrechtliche Nachteile, wie etwa eine fristlose Kündigung, erleide,³ befand das BAG in seinem Urteil vom 03. Juli 2003, aus dieser Entscheidung dürfe nicht gefolgert werden, dass immer dann, wenn der Arbeitnehmer keine wissentlich oder leichtfertig falschen Aussagen gemacht habe, eine Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden berechtigt und eine Kündigung genau dann nicht gerechtfertigt sei. Es seien wegen der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers (§ 241 Abs. 2 BGB) durchaus Fallkonstellationen denkbar, in denen

¹ Vgl. Schulz, Whistleblowing in der Wissenschaft, 2008, S. 34

² BAG, Urteil vom 05.02.1959, DB 1959, S. 980ff.

³ BVerfG, 1BvR 2049/00, juris: Rn. 20

eine arbeitsrechtliche Kündigung gleichwohl gerechtfertigt sei.⁴ So sei die vertragliche Rücksichtnahmepflicht dahin zu konkretisieren, dass sich die Anzeige des Arbeitnehmers nicht als eine unverhältnismäßige Reaktion auf ein Verhalten des Arbeitgebers oder seines Repräsentanten darstellen dürfe⁵ und dem Arbeitnehmer die innerbetriebliche Klärung durchaus zuzumuten sei.⁶

Unter Anwendung derselben Rechtsgrundsätze hat das BAG in seinem Urteil vom 07. Dezember 2006 die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses sowohl als ordentliche Kündigung als auch als eine aus wichtigem Grund als nicht gerechtfertigt angesehen. Weder könne aus der tatsächlichen strafrechtlichen Verurteilung des Arbeitgebers der Schluss gezogen werden, die Reaktion des Hinweisgebers Strafanzeige gegen den Arbeitgeber zu erstatten, sei verhältnismäßig, noch aus dem Gegenteil – keine Verurteilung – sie sei unverhältnismäßig. Es müsse jeder Einzelfall daraufhin geprüft werden, ob die Ausübung des bestehenden staatsbürgerlichen Rechts zur Erstattung einer Strafanzeige zu unverhältnismäßigen Reaktionen bis hin zur arbeitsrechtlichen Schädigung des Vertragspartners geführt habe.⁷

Eine Wende von dieser Position des BAG, die den Loyalitätspflichten des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber einen Vorrang gegenüber seiner Freiheit zur Meinungsäußerung eingeräumt hat, ist im Sommer 2011 durch ein Urteil des EGMR eingetreten.⁸ In dem zugrunde liegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin, die als Altenpflegerin tätig war, gegen die fristlose Kündigung ihrer Arbeitgeberin geklagt. Hintergrund der fristlosen Kündigung war eine Strafanzeige der Altenpflegerin gegen ihre Arbeitgeberin und der Umstand, dass sie sich mit Flugblättern an die Öffentlichkeit gewandt hatte, um auf Missstände in dem Altenpflegeheim aufmerksam zu machen. Die Altenpflegerin war – unter anderem gestützt auf Feststellungen des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen – der Ansicht, die Personalausstattung des Altenpflegeheims sei zu gering, das Personal überlastet und eine ausreichende hygienische Grundversorgung nicht gewährleistet. Nachdem ihre Versuche gegenüber der Arbeitgeberin, die Probleme zu thematisieren, keinen sichtbaren Erfolg hatten, erstattete sie nach Beratung durch einen Rechtsanwalt und nach vorheriger Ankündigung gegenüber der Arbeitgeberin Strafanzeige. Das eingeleitete Ermittlungsverfahren wurde gem. §

⁴ BAG, 2 AZR 235/02, juris: Rn. 29

⁵ BAG, 2 AZR 235/02, juris: Rn. 38

⁶ BAG, 2 AZR 235/02, juris: Rn. 42

⁷ BAG, 2 AZR 400/05, juris: Rn. 18

⁸ EGMR, 28274/08, juris: Rn. 6ff.

170 Abs. 2 StPO eingestellt. Die Klage der Beschwerdeführerin gegen die fristlose Kündigung, die Berufung und die Revision vor dem BAG blieben ohne Erfolg. Das BVerfG lehnte die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung ab. Demgegenüber hatte die Rüge vor dem EGMR Erfolg.

Der EGMR war der Ansicht, die innerstaatlichen Gerichte hätten keine gerechte Abwägung zwischen dem erforderlichen Schutz des Rufes und des Rechte des Arbeitgebers einerseits und dem erforderlichen Schutz der Meinungsfreiheit der Beschwerdeführerin andererseits vorgenommen. Folglich sei Artikel 10 der Konvention verletzt worden.⁹ Zudem stellte der EGMR fest, „dass das deutsche Recht keinen speziellen Durchführungsmechanismus für die Untersuchung von Hinweisen eines Whistleblowers und für Forderungen nach entsprechender Abhilfe durch den Arbeitgeber bereithält.“ Eine Feststellung, die durchaus auch als Kritik und Aufforderung zum Handeln verstanden werden kann.“

7. Werden Arbeitnehmer, die den zuständigen Behörden echte oder vermeintliche Missstände in den Betrieben melden, durch die allgemeinen kündigungsrechtlichen Vorschriften (§ 626 BGB, § 1 KSchG), das arbeitsrechtliche Maßregelungsverbot (§ 612a BGB) und durch die in diese arbeitsrechtlichen Vorschriften einfließende Rechtsprechung des BVerfG und des BAG ausreichend geschützt?

Da im Nachgang der Entscheidung des EGMR noch keine gesetzlichen Änderungen, etwa des BGB oder eines eigenen Hinweisgeberschutzgesetzes erlassen wurden, dürfte sich die Rechtslage nicht grundlegend in den letzten zweieinhalb Jahren verändert haben. Aktuellere arbeitsrechtliche Entscheidungen, welche die Gedanken des EGMR aufgreifen und im Einzelfall umsetzen, sind mir nicht bekannt.

8. Welche Maßnahmen gibt es seitens privater Unternehmen, den Bereich Compliance stärker in den Vordergrund zu rücken?

Private Unternehmen implementieren zunehmend vollständige Compliance-Management-Systeme (CMS) in ihre Unternehmensstrukturen, um Missstände so früh wie möglich aufdecken zu können. Oft streben sie darüber hinaus eine

⁹ EGMR, 28274/08, juris: Rn. 94f.

Zertifizierung dieser Systeme an. Zu einem (zertifikationsfähigen) CMS gehören als wesentliche Kernelemente (Bsp. IDW PS 980 entsprechend Compliance-Kommunikation und Compliance-Programm) u.a. ein Hinweisgebersystem und ein Code of Conduct, der nicht selten eine Pflicht der Arbeitnehmer normiert, (vermeintliche) Missstände im Unternehmen gegenüber bestimmten Stellen (Bsp. Vorgesetzter, Compliance-Beauftragter, Compliance-Komitee externe Ombudsperson) anzuzeigen.

9. Welchen Einfluss hat der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) auf das Verhalten und die Entwicklung in privaten Unternehmen?

Der DCGK verstärkt die Bestrebungen der Unternehmen, ein CMS zu implementieren, nicht zuletzt durch die wachsenden Anforderungen an die Unternehmensleitung und Aufsichtsorgane, die in eine verstärkte, zivilrechtliche Haftung münden.

10. Inwieweit sehen Sie Schwächen beim Schutz von Hinweisgebern derzeit in Deutschland?

Zwar könnte der Bundesgesetzgeber im Bereich des Arbeitsrechts Signale setzen, indem der Whistleblowerschutz ausgeweitet sowie die Implementierung eines Hinweisgebersystems verbindlich vorgegeben wird, indem insbesondere das Aufzeigen von Missständen nicht mit einer Kündigung beantwortet werden darf. Allerdings haben auch die in der Vergangenheit diskutierten Entwürfe (interministeriell vom 30. April 2008 und seitens der SPD-Fraktion vom 07. Februar 2012, BT-Drs. 17/8567) gezeigt, dass die Tücke oft im Detail steckt und dabei auch die Interessen des Arbeitgebers vor unzutreffenden Vorwürfen der Arbeitnehmer geschützt werden sollen. Die Sorgfaltspflichten, die dem Hinweisgeber auferlegt werden, sind dabei ebenso in der Kritik bzw. Diskussion wie die Haftung für (Reputations-)Schäden des Arbeitgebers im Falle unzutreffender Behauptungen. Sollte sich der Weg eines gesetzlichen Schutzes für verantwortungsvolle Hinweisgeber auch weiterhin als schwierig erweisen, ist das politische Bewerben der Implementierung von Hinweisgebersystemen, die einen Anonymitätsschutz gewährleisten können, zweifelsohne ein wichtiger Schritt.

11. Wie kann es aus Ihrer Sicht gelingen, die Interessen des Arbeitgebers oder Dritter gegen unaufrichtig handelnde Whistleblower zu schützen, um durch vorsätzlich oder fahrlässig falsche Angaben (teilweise existenzbedrohende) eintretende Rufschäden zu vermeiden?

Ein (personalisiertes) Hinweisgebersystem, das dem potentiellen Hinweisgeber die Möglichkeit bietet, seine Kritikpunkte oder vermeintliche Missstände anonym zu thematisieren ohne dass davon sogleich die Öffentlichkeit oder Ermittlungsbehörden informiert werden, dient auch dem Schutz des Arbeitgebers. Die externe Ombudsperson und der interne Anti-Korruptionsbeauftragte sind gehalten, jeden Verdachtsfall mit größter Umsicht und Diskretion zu behandeln, im Interesse des Hinweisgebers und im Interesse desjenigen, dem ein Fehlverhalten vorgeworfen wird. Ein unternehmens- bzw. behördeneigenes Hinweisgebersystem dient nicht dazu, Missstände „unter den Teppich zu kehren“ und einen Whistleblower unschädlich zu machen, sondern es dient dazu, wenn es solide strukturiert ist, zunächst intern und unauffällig die Verdachtsmomente zu überprüfen und festzustellen, ob und inwieweit die Angaben des Whistleblowers zutreffend sind und inwieweit die Fakten diese unterstützen oder ihnen widersprechen. Je nach dem welcher Verdacht im Raum steht, ist die Einschaltung der Internen Revision, vorgesetzter Stellen oder von Aufsichtsgremien unabdingbar.

12. Für die Beamtinnen und Beamten des Bundes und der Länder gibt es bereits Regelungen zum Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern bei Korruptionsstraftaten. Soweit es nicht um Korruptionsstraftaten geht, sind Beamtinnen und Beamte auf Grund ihrer Pflicht zu Treue und Loyalität grundsätzlich gehalten, zunächst die innerdienstlichen Abhilfemöglichkeiten auszuschöpfen. Inwieweit halten Sie eine solche Regelung auf alle Arbeitnehmer übertragbar bzw. wo sehen sie rechtliche Probleme?

Unabhängig davon, ob der Hinweisgeber im öffentlichen Dienst beschäftigt ist oder in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis steht, wird der Dienstherr bzw. Arbeitgeber immer ein Interesse daran haben, dass sich dieser zunächst um eine interne Klärung der Missstände oder Unregelmäßigkeiten bemüht. Das gebieten sowohl die gegenseitige Loyalitäts- und Rücksichtnahmepflicht als auch das vom BVerfG mehrfach in seiner Entscheidung vom 02. Juli 2001 bemühte Verhältnismäßigkeitsgebot. Erst wenn eine interne Abhilfe oder Thematisierung nicht mög-

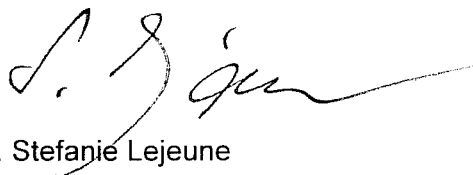
lich ist, etwa, weil der Vorgesetzte bzw. die Unternehmensleitung offensichtlich kein Interesse an einer Abhilfe hat, ist der Weg für ein externes Whistleblowing gegeben. Insoweit hätte ich auch keine Bedenken, dem Hinweisgeber eine Stufenfolge für sein Vorgehen vorzuschreiben, um ihm nur dann den vollen Schutz als Hinweisgeber zu gewährleisten, wenn er diese beachtet.

13. Wie stellt sich die Rechtslage in anderen europäischen Ländern dar und wie hat sich die Diskussion der G20-Staaten über die notwendigen Standards in Bezug auf den Schutz von Hinweisgeber/innen bei Korruptionsstraftaten und die Vorbereitung entsprechender Empfehlungen entwickelt?

Mangels eines eigenen Überblicks über die konkrete, aktuelle Rechtslage in anderen europäischen Staaten möchte ich insoweit auf den Bericht „Alternative to silence – Whistleblowers in 10 European Countries“ von Transparency International aus dem Jahre 2009 verweisen. Auch wenn diese Erhebung nicht mehr ganz aktuell sein dürfte, zeigt sie doch wesentliche Tendenzen auf.

Zudem ist der Hinweisgeberschutz ein Thema, das der Sarbanes-Oxley Act (SOX) der USA vom Juli 2002 sowie der britische Public Interest Disclosure Act (PIDA) von 1999 aufgreifen.

Berlin, den 28. Januar 2014



Dr. Stefanie Lejeune
(Rechtsanwältin)