

## **Unfaire oder faire Rechtsprechung bei unfairen Praktiken?**

von Dr. Norbert Copray, Fairness-Stiftung

Öffentliche Kritik einer Mitarbeiterin an unfairen Zuständen in einem Konzern ist durch Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention gerechtfertigt. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) muss daher die Kündigung des landeseigenen Berliner Konzerns Vivantes gegenüber der Altenpflegerin Brigitte Heinisch neu verhandelt werden. Heinisch hatte geklagt, nachdem sie mit ihrer Klage gegen die Kündigung vor deutschen Gerichten keinen Erfolg hatte.

### **Was ist geschehen?**

Im Dezember 2004 hatte Heinisch eine Strafanzeige gegen Vivantes wegen des Verdachts auf Betrug und weitere Straftaten gestellt. Sie hatte schwere Bedenken gegen die erheblichen Personal- und Qualitätsmängel in der Pflege in ihrem Haus (160 Pflegeplätze). Teilweise mit Kolleginnen hatte sie mehrfach intern darauf hingewiesen. Selbst der Medizinische Dienst der Krankenkassen (MDK) hatte mehrfach Pflegemängel festgestellt. Als sich an der Situation nichts änderte, stellte Brigitte Heinisch Strafanzeige, weswegen ich Anfang 2005 von ihrem Arbeitgeber fristlos gekündigt worden war.

In seiner Entscheidung nennt der EGMR (<http://bit.ly/EGMR-Entscheidung>) das Verhalten von Frau Heinisch explizit Whistleblowing und verweist auch auf die jüngste EntschlieÙung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats zum Thema Whistleblowing. In seiner Begründung nimmt das EGR eine Einzelfallabwägung vor. Ausgangspunkt des Gerichts ist der Grundsatz, dass Beschäftigte regelmäßig zunächst ihren Vorgesetzten oder andere kompetente Stellen über mögliche Missstände am Arbeitsplatz informieren sollten. Nur falls dies offensichtlich uneffektiv sei, komme als letzter Ausweg der Gang an die Öffentlichkeit in Betracht. Es komme also darauf an, ob dem Beschäftigten andere effektive Wege zur Abstellung des Missstandes zur Verfügung standen. Der EGMR verweist dabei auf die EntschlieÙung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats, nach welcher dort, wo ein ordnungsgemäßes Funktionieren interner Whistleblowing-Kanäle nicht erwartet werden kann, der Arbeitgeber Missstände und Rechtsbrüche also trotz Hinweis nicht abstellt, externes Whistleblowing geschützt sein muss. Das Gericht betont dabei auch durchaus kritisch, dass das deutsche Recht keinen Rechtsanspruch des Whistleblowers auf interne Ermittlungen und Korrekturmaßnahmen vorsieht. Der von Frau Heinisch gewählte Weg, mehrfacher – erfolgloser – interner Beschwerden, gefolgt von einer unter anwaltlicher Beratung erstellten Strafanzeige war demnach nicht zu beanstanden, auch deshalb, weil Heinisch es zunächst auch bei einer bloßen Strafanzeige bewenden ließ und sich eben gerade nicht direkt offensiv an die Medien wandte.

Der EGMR betont ausdrücklich das öffentliche Interesse an der Bekämpfung des Missstandes, bei dessen Vorhandensein der Spielraum für Beschränkungen der öffentlichen Debatte sehr eng sein muss. Dieses Interesse wurde vorliegend angesichts der hohen gesellschaftlichen Relevanz einer bestmöglichen Altenpflege bejaht.

Das Urteil des Gerichts öffnet keineswegs diffamierenden und böswilligen Anschuldigungen ohne jegliche faktische Substanz Tür und Tor. Im Gegenteil. Das Gericht unterstreicht, der Whistleblower habe eine Verantwortung, die Richtigkeit seines Vorbringens in einer den Umständen angemessenen Art und Weise zu überprüfen. Zugleich macht der EGMR aber auch deutlich, dass es Aufgabe der

Staatsanwaltschaft, Ermittlungen anzustellen. Das könne von einem Whistleblower nicht erwartet werden. Im Ergebnis stellt der EGMR somit im wesentlichen – wie schon das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2001 – darauf ab, ob die Anzeige unter Angabe bewusst falscher Fakten oder leichtfertig ohne Faktenbasis gestellt wurde. Im Fall Heinisch verneint der EGMR jenen Ausschlussgrund vor allem unter Verweis auf die entsprechenden Feststellungen des MDK. Auch betont das Gericht, dass selbst gewisse Übertreibungen und Generalisierungen insoweit unschädlich seien, da jedenfalls keine bloßen Behauptungen ohne Faktengrundlage ins Blaue hinein aufgestellt worden seien, sondern der Anzeige vor allem eine Beschreibung der Pflegemängel zu Grunde lag.

Solange ein Whistleblower gutgläubig in dem Sinne sei, dass die von ihm vorgebrachte Information wahr ist (selbst wenn sich dies hinterher als Irrtum herausstellen sollte), können andere Motive, wie etwa das Interesse an der Verbesserung der eigenen Arbeitsplatzsituation, die Legitimität der Kritik nur in Ausnahmefällen einschränken, da diese dann unerheblich seien.

Das EGMR erkennt an, dass der Schutz vor Rufschädigung und Schutz von wirtschaftlichen Interessen von der Rechtsordnung anerkannt sei, sowohl im Interesse des Betroffenen als auch im Gemeinschaftsinteresse an einer funktionierenden Ökonomie. Zugleich bestehe aber gerade bei öffentlichen Arbeitgebern und Unternehmen in öffentlicher Hand auch ein Interesse daran, die Qualität der Dienstleistungen sicherzustellen und möglicherweise bestehende Defizite im Rahmen einer Untersuchung und einer öffentlichen Debatte aufzuklären. Gerade im Falle von Pflegeleistungen durch Unternehmen in öffentlicher Hand überwiege daher das öffentliche Informationsinteresse die Interessen des Unternehmens an der Sicherung seines Rufs und seiner Geschäftsinteressen.

Schließlich berücksichtigt der EGMR auch noch die Schwere des Grundrechtseingriffs und sieht die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses insoweit als überzogene Sanktion an. Dabei stellt das Gericht nicht nur auf die massiven Auswirkungen für die betroffene Frau Heinisch ab, sondern auch auf die von der Kündigung ausgehende Abschreckungswirkung für andere Mitarbeiter. So sei es möglich, dass nicht nur Mitarbeiter von Vivantes, sondern auch andere in der Pflege Beschäftigte zum Schaden der Gesellschaft als Ganzer davon abgeschreckt werden könnten, auf Missstände hinzuweisen. Gerade in einem Bereich, in dem es um alte und kranke Menschen gehe, die ihre Rechte oft selbst nicht mehr wahrnehmen könnten, seien aber die Mitarbeiter am besten geeignet, ihren Arbeitgeber und die Öffentlichkeit insgesamt auf Missstände hinzuweisen. Für das EGMR ist daher die Kündigung von Frau Heinisch unverhältnismäßig.

Im Ergebnis stellte das Gericht fest: Die deutschen Gerichte hätte eine faire Abwägung zwischen dem Ruf und den Rechten des Arbeitgebers und dem Recht der Beschäftigten auf Meinungsfreiheit vornehmen müssen. Sie haben das unterlassen und somit sei ein Verstoß der Bundesrepublik Deutschland gegen Artikel 10 EMRK festzustellen. Der EGMR sprach Frau Heinisch neben einer Kostenerstattung in Höhe von 5.000 EUR auch einen Schadensersatz für den erlittenen immateriellen Schaden in Höhe von 10.000 EUR zu, lehnte aber weitergehende Schadensersatzforderungen von Frau Heinisch ebenso ab wie ihr Vorbringen, dass zugleich auch das Recht auf ein faires Verfahren aus Artikel 6 EMRK verletzt worden sei. Hierzu stellt der EGMR nur knapp fest, dass Beweislastfragen Sache der nationalen Rechtsordnungen seien und Frau Heinisch die Möglichkeit hatte, vor den nationalen Gerichten ihre Position vorzutragen. Damit sei Artikel 6 Absatz 1 EMRK genügt worden.

### **Was sind die Folgen des Urteils für Frau Heinisch?**

Das EGMR-Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Die Bundesregierung kann innerhalb von 3 Monaten gegen die einstimmig getroffene Kammerentscheidung Einspruch einlegen und die Verweisung an die Große Kammer des EGMR beantragen. Selbst mit der Rechtskraft der Entscheidung des EGMR würde das Arbeitsverhältnis der Frau Heinisch aber keineswegs automatisch fortbestehen. Dem

stehen mehrere rechtskräftige Urteile deutscher Gerichte entgegen. Frau Heinisch hat jedoch die Möglichkeit, unter Berufung auf die Entscheidung des EGMR ein Restitutionsverfahren in Deutschland zu betreiben. Inwieweit sie damit, auch vor dem Hintergrund parallel erfolgter fristgemäßer krankheitsbedingter Kündigungen, Erfolg haben kann und eventuell sogar einen Ersatz des ihr entstandenen materiellen Schadens wird erreichen können, ist heute nicht absehbar.

### **Was sind die Folgen für Whistleblower, Risikoboten und interne Kritiker?**

Etliche sehen in dem Urteil eine positive Entscheidung, die Whistleblowern den Rücken stärkt. Denn um deren Rechtsposition ist es in Deutschland sehr schlecht bestellt. Das zeigen auch die Ereignisse vor diesem Urteil. Gleichwohl ist die Übertragbarkeit des Urteils sehr eingeschränkt. Und solange das Urteil nicht rechtskräftig ist, kann keine wirkliche Freude aufkommen. Zumal weitere Prozesse wegen Whistleblowing anhängig sind und sich zeigen wird, inwieweit deutsche Gerichte das EGMR-Urteil zu Grunde legen wird. Skepsis ist angebracht.

Einmal mehr zeigt sich, dass politischer und gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Zwischen dem Recht eines Unternehmens oder einer Organisation auf den Schutz ihrer Betriebsgeheimnisse und ihrer Reputation sowie dem Recht auf Missstandskritik und – falls unwirksam – rechtlicher und öffentlicher Meinungsäußerung in Bezug auf interne Missstände muss ein eine ausbalancierte Rechtsorientierung geben. Sie muss auch den internen und eventuell nach außen gehenden Kritiker schützen.

### **Was ist das Urteil für die Zukunft wert?**

In einem Kommentar am 28.8.2011 in der FAS kommt Caroline Freisfeld zu dem Appel: „Das Urteil darf nicht zum Freifahrtschein für Whistleblower werden“. Sie sieht „Gefahren eines ‚Booms‘ mutwilligen Alarmschlagens. „Leichtfertig erhobene Anschuldigungen“ könnten Unternehmen nachhaltig schaden. Im weiteren Verlauf ihres Kommentars wirft sie dem EGMR vor, sich von außen in die deutsche Justiz einzumischen, um die abschreckende Wirkung der Kündigung von Brigitte Heinisch zu unterlaufen, die über Missstände in der Pflegebranche berichten könnten. Daher fordert Freisfeld die Bundesregierung auf, gegen das EGMR-Urteil Widerspruch einzulegen und damit seine Auswirkung auf die deutsche Rechtsprechung zu verhindern.

Was das leichtfertige Alarmschlagen und Verpfeifen (Whistleblowing) angeht, liegt Freisfeld falsch. Niemand macht das leichtfertig, zumal bislang damit in über 90 Prozent der Fälle die Kündigung verbunden ist beziehungsweise sich die berufliche Situation verschlechtert. Leichtfertige Gerüchte gibt es vielmehr im Internet, um Börsenkurse und Unternehmenswerte nach oben oder unten zu manipulieren oder vor einer feindlichen Übernahme den Kaufpreis zu drücken. Mit der Situation von Arbeitnehmern, die sich mit berechtigter und meist auch hilfreicher Kritik am und im eigenen Unternehmen tragen, hat das nichts zu tun.

Allerdings sollte auch kein Arbeitnehmer jetzt im Vertrauen auf das EGMR-Urteil blauäugig intern oder extern Kritik an seiner Organisation üben. Zwar deckt das EMGR-Urteil die freie Meinungsäußerung, aber wo die in Bezug auf Unternehmen endet, ist damit nicht wirklich eindeutig entschieden. Seine Meinung kann man äußern, wem aber nachgewiesen werden kann, dass darin falsche Behauptungen enthalten sind – und das kann unter Umständen auch eine Frage gut bezahlter und findiger Anwälte sein, sieht sich in der unveränderten Lage, seine Kündigung zu riskieren.

Die Forderung von Caroline Freisfeld, vom Whistleblower-Netzwerk und anderen ist berechtigt: Es muss endlich ein Whistleblower-Gesetz in Deutschland geben. Bis Ende 2012 muss Deutschland gesetzliche Regelungen zum Whistleblowerschutz einführen. So die Vorgabe der G20 von deren Gipfel im Seoul im November 2010. Ein Gesetzesentwurf der SPD dazu liegt ebenso vor wie eine Stellungnahme des Whistleblower-Netzwerkes. Letztlich wird der Gesetzgeber jedoch weder über

das hinaus noch hinter das zurückgehen, was das Bundesarbeitsgericht dazu bereits herausgearbeitet hat. Insofern wird das, was sich viele und zu Recht erhoffen, in den nächsten 20 Jahren nicht eintreten: Ein rechtlich wirksamer Schutz von Menschen, die intern – und wenn das nichts nützt – extern Kritik üben an unfairen Praktiken. Auch wenn Mitarbeiter, Kunden, Verbraucher in einer demokratischen Gesellschaft darauf sogar ein Recht haben. Es liegt aber im Interesse der Unternehmen selbst, solche Kritik intern konstruktiv aufzugreifen und zur Verbesserung von Abläufen und Praktiken zu nutzen. Und es bleibt Aufgabe der Zivilgesellschaft, für Öffentlichkeit an Missständen und unfairen Praktiken zu sorgen und die Urheber der Kritik zu schützen und zu begleiten.

<http://www.egmr.org/>

<http://www.fairness-stiftung.de/Whistleblowing.htm>

<http://www.fairness-stiftung.de/RiskManagement.htm>

<http://www.fairness-stiftung.de/UnfairePraktikenGrafik.htm>

<http://www.faz.net/artikel/C30125/anja-mengel-arbeitsrechtsanwaeltin-vorwuerfe-mit-tatsachen-unterfuettern-30475723.html>

<http://www.faz.net/artikel/C30125/whistleblowing-viele-lieben-den-verrat-30475730.html>

<http://www.whistleblower-net.de/content/view/86/79/lang,de/>