

Arbeitsrecht-Lunch

Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?
Meinungsfreiheit und Whistleblowing
im Arbeitsverhältnis

Frankfurt, 09.09.2021

Frank Lenzen
Fachanwalt für Arbeitsrecht

大成 DENTONS

Top 2 Best Known
Global Law Firm

*Acritas Global Elite
Law Firm Brand
Index, 2021*

大成 DENTONS

Germany Firm of the
Year

*Women in
Business Law
Awards Europe,
2021*

大成 DENTONS

Top Law Firm in
Germany

*The Legal 500
Germany, 2020*

Whistleblowing

Whistleblowing - Was ist darunter zu verstehen?

- Mittels eines **Hinweisgebersystems** können **Whistleblower** – beispielsweise Beschäftigte eines Unternehmens **bzw.** einer Organisation, Lieferanten oder Bürger einer Stadt – anonyme Hinweise über beobachtete Missstände oder Regelverstöße melden, ohne Angst vor negativen Konsequenzen haben zu müssen



Rechtliche Lage

- Schutz von Whistleblowern ist in Deutschland bisher noch nicht spezialgesetzlich geregelt
- Regelungen mit Bezug zum Whistleblowing finden sich u.a. in § 17 Abs. 2 ArbSchG, § 67 Abs. 2 Nr. 3 BBG, § 48 GWG oder § 23 Abs. 3 WpHG
- EU-Whistleblower-RL
- Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz

EU-Whistleblower-Richtlinie

Bis zum 17. Dezember 2021 in Deutschland umzusetzen

Einrichtung effektiver, vertraulicher und sicherer Meldekanäle und Verfahren für Meldungen

Hinweisgeber sollen weder zivil-, straf- oder verwaltungsrechtlich noch in Bezug auf ihre Beschäftigung haftbar gemacht werden können

Dreistufiges“ Meldesystem (Stufe 1 und 2 gleichrangig):

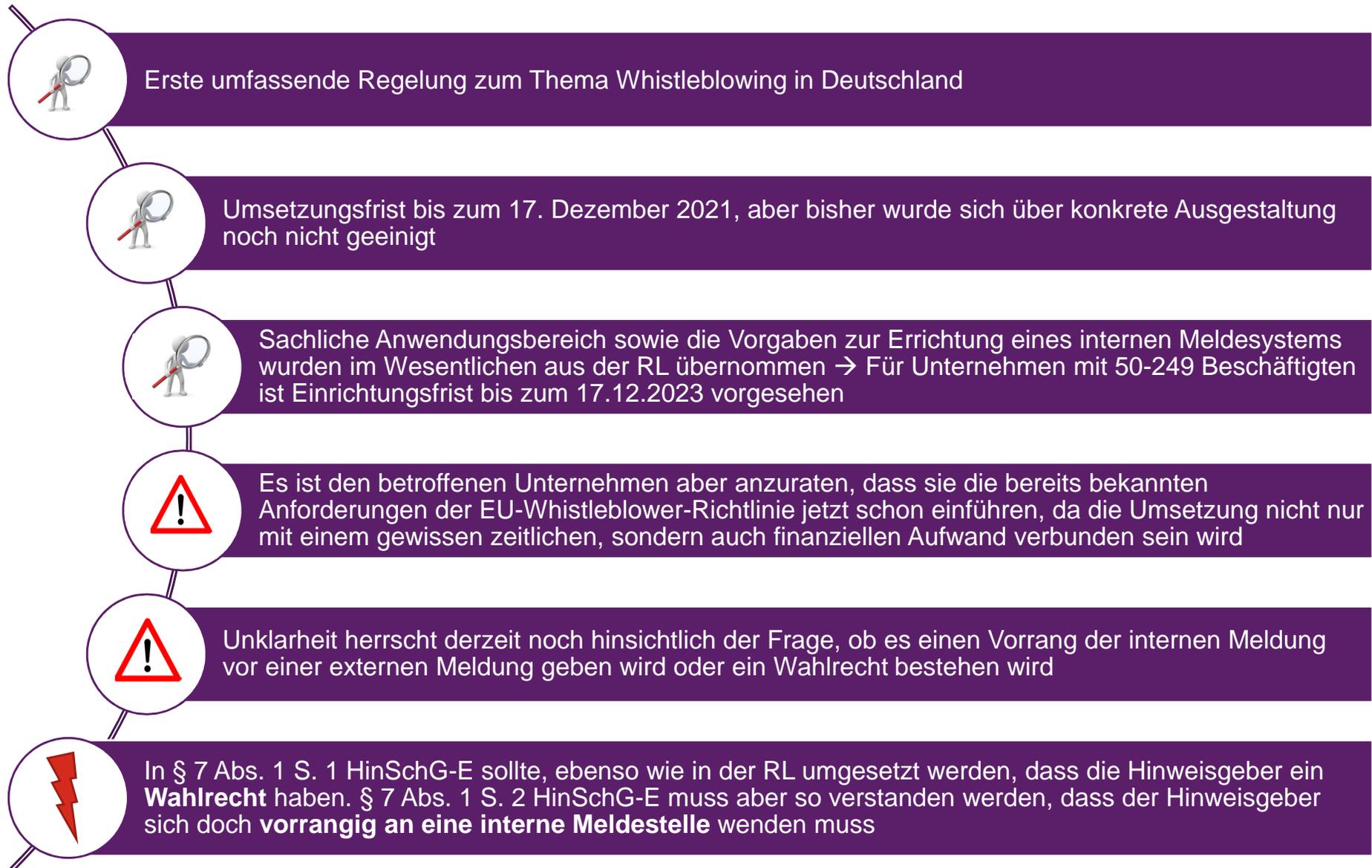
- Stufe 1: Interne Meldung
- Stufe 2: Externe Meldung an zuständige Behörde oder Strafverfolgungsbehörde
- Stufe 3. (ausnahmsweise) Weitergabe der Informationen an öffentliche Medien

Pflicht zur Einführung von **Sanktionen** für AG bei Pflichtverstoß

→ RL sieht den Schutz von Whistleblowern nur vor, wenn sie Verstöße gegen straf- oder bußgeldbewerte Vorschriften melden!



Referentenentwurf zum Hinweisgeberschutzgesetz



Interne und externe Meldesysteme

Interne Meldekanäle sind verpflichtend für:



- Unternehmen mit 50 oder mehr Beschäftigten
- Unternehmen bestimmter Branchen unabhängig von der Größe (u.a. Finanzdienstleister)
- Unternehmen mit mehr als 10 Millionen Euro Jahresumsatz

Vorrang interner Meldekanäle vor externen Meldekanälen?

- EGMR: Grundsatz „interne vor externer Meldung“, außer ein innerbetrieblicher Weg verspricht keinen Erfolg
- EU-RL: Kein Vorrang der internen vor externen Meldung geregelt, sie stehen gleichrangig nebeneinander, aber Mitgliedstaaten sollen sich dafür einsetzen, dass die interne Meldung gegenüber der externen Meldung bevorzugt wird
- Referentenentwurf: unklar

Praxistipp: Es ist Arbeitnehmer zu raten, vorrangig interne Meldekanäle zu nutzen

- Hinweisgeber riskieren ihren Arbeitsplatz, wenn sie sich ohne ausreichende Sachverhaltsprüfung an eine externe Stelle wenden; eine Kündigung kommt bei einer internen Meldung hingegen wohl erst bei Missbrauch des internen Meldesystems für eine wissentliche oder grob fahrlässige Anschwärmung in Betracht

Urteile des EGMR – Entwicklung und Auswirkungen auf Deutschland

EGMR aus 2011 (Heinisch)

- Hinweisgeber können sich unter bestimmten Umständen auf die Freiheit der Meinungsäußerung gemäß Art. 10 EMRK berufen, wenn sie (vermeintliche) Missstände bei den Strafverfolgungsbehörden oder anderen externen Stellen anzeigen.

EGMR aus 2021 (Gawlik)

- Wenn ein Hinweisgeber seinen Vorgesetzten anzeigt, ohne sich zuvor durch ausreichende Sachverhaltsaufklärung von der Stichhaltigkeit des Verdachts einer Straftat überzeugt zu haben, wird er durch Art. 10 EMRK nicht vor einer fristlosen Kündigung geschützt.
- “Ein Hinweisgeber ist, soweit es die Umstände zulassen, vor einer Offenlegung verpflichtet, sorgfältig zu überprüfen, ob die Informationen richtig und zuverlässig sind.”

Auswirkungen?

- Aktuelle Urteil als Verschärfung hinsichtlich der Obliegenheit des Whistleblowers vor einer externen Meldung an eine Behörde den Sachverhalt sorgfältig zu prüfen
- Auswirkungen für die deutsche Rechtslage dennoch überschaubar
- Urteil des BVerfG, wonach Beschäftigte vor außerordentlichen Kündigungen geschützt sein sollen, wenn sie "nicht wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben" machen → Anfangsverdachts und der angenommenen Wiederholungsgefahr: daher war die Strafanzeige nicht grob fahrlässig und Beschäftigter wäre geschützt gewesen

Leitlinien zu den Anzeigerechten/-pflichten

Grundsatz: Pflicht von Whistleblowern zur sorgfältigen Faktenprüfung vor einer Anzeige

1

- **Informationen müssen wahr sein**
 - kein Schutz bei wissentlich falschen oder irreführenden Informationen

2

- **Hinreichender Grund zur Annahme, dass gemeldete Information in Anwendungsbereich fällt**
 - guter Glaube an Verstöße ausreichend

3

- **Zulässiger Meldekanal genutzt**
 - Interne vor externer Meldung
 - Mediale Offenlegung nur in Ausnahmefällen zulässig

Meinungsfreiheit

- BAG ist der Auffassung, dass das Recht auf freie Meinungsäußerung grundsätzlich auch im Arbeitsverhältnis gilt und dabei nicht nur das, was man sagt, sondern auch die Form, wie man sich äußert, geschützt werden

Es wäre, nach Ansicht des BAG, mit der überragenden Bedeutung des Grundrechts nicht vereinbar, wenn sich Arbeitnehmer in der betrieblichen Arbeitswelt ihre Auffassungen nur eingeschränkt oder gar nicht äußern dürften.

Der Grundrechtsschutz besteht unabhängig davon, ob eine Äußerung rational oder emotional, begründet oder grundlos sei und ebenso spielt es keine Rolle, ob sie von anderen für nützlich oder schädlich, wertvoll oder wertlos gehalten wird.

Arbeitnehmer dürfen sich schriftlich äußern, auf Facebook, Xing und Twitter oder auf den Marktplatz stellen und ihre Meinung frei kundtun, wobei die Ansichten sogar polemisch formuliert oder sogar verletzend sein dürfen.

Meinungsfreiheit

Beachte: Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit gilt nicht schrankenlos!



Nicht vom Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG werden umfasst u.a.:

- Schmähkritik und Formalbeleidigungen,
- bewusst falsche / unwahre Tatsachenbehauptungen und
- Äußerungen, die ihre Grenzen in allgemeinen Gesetzen, dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie den arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB finden.

Arbeitnehmer sind berechtigt, die Zustände im Betrieb in sachlicher Form zu kritisieren !!

Wo ist die **Grenze** zur unzulässigen Kritik zu ziehen?

- Insgesamt lässt sich sagen, dass die Grenze zur Strafbarkeit regelmäßig auch die Grenze im Arbeitsrecht ist, denn anderenfalls kann der Arbeitgeber zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen berechtigt sein.
- Es bleibt aber eine Einzelfallentscheidung, bei der die Interessenabwägung immer von verschiedensten Faktoren geprägt wird und neben den Grundrechten auch Dauer der Betriebszugehörigkeit, Alter etc. eine Rolle spielen



Formalbeleidigungen, Schmähkritik und politische Äußerungen

§ 185 StGB – Straftatbestand der Beleidigung

- 
- Unter einer Formalbeleidigung versteht man einen rechtswidrigen Angriff auf die Ehre eines anderen durch vorsätzliche Kundgebung der Missachtung, bei der schon die Form oder die Umstände der Äußerung eine bewusste Ehrkränkung erkennen lassen (kann z.B. bei besonders herabwürdigender Sprache angenommen werden, wenn diese nicht nur in der Hitze des Gefechts, sondern mit Vorbedacht genutzt wird)

BAG, Urt. v. 05.12. 2019 – 2 AZR 240/19 – Zum Merkmal der „Schmähkritik“

- 
- Eine Schmähung ist eine Äußerung, unter Berücksichtigung von Anlass und Kontext, nur dann, wenn jenseits auch polemischer und überspitzter Kritik nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern allein die Diffamierung der Person im Vordergrund steht

Politische Äußerungen

- 
- Jeder Arbeitnehmer kann in seiner Freizeit machen, was er will, d.h. er darf sich politisch betätigen und dabei auch Extrem-Richtungen folgen, d.h. Arbeitgeber muss grundsätzlich auch rechts- oder linksradikale Äußerungen seiner Mitarbeiter tolerieren
 - Erst wenn die politischen Äußerungen und Handlungen eines Mitarbeiters den Betrieb stören, kann der Arbeitgeber handeln

Herausforderung „Neue Medien“

Meinungsäußerungen in sozialen Netzwerken wie Facebook, XING oder Twitter sind ebenfalls öffentliche Äußerungen und daher an den gleichen Maßstäben zu messen

→ Differenzierung Messenger-Dienste und Soziale Medien



Chats sind eigentlich privat, jedoch aufgrund der Tatsache, dass der Gesprächsinhalt in dem Chatdienst festgeschrieben ist, kann sich darauf nicht berufen werden. Die Meinungsfreiheit muss an dieser Stelle zurücktreten



Selbst wenn die Nutzung des Netzwerks eine Anmeldung voraussetzt und sich die Meinungsäußerung damit an einen begrenzten Teilnehmerkreis richtet, ist Äußerung zumindest nicht mehr betriebsintern → vermeintliche Sicherheit einer geschlossenen Gruppe in sozialen Netzwerken schützt grundsätzlich nicht, da es über eine wörtliche Äußerung im privaten Kreis hinausgeht, auch wenn nur Freunde Zugriff haben

Äußert sich der Arbeitnehmer im vertraulichen Gespräch unter Arbeitskollegen, darf er darauf vertrauen, seine Äußerungen würden nicht nach außen getragen → Hier sind die Äußerungen aber verschriftlich, nicht so flüchtig wie gesprochenes Wort und leichter nachweisbar

Handlungsmöglichkeiten bei unzulässiger Kritik

Regel: Abmahnung

Abmahnung ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn sich die Pflichtverletzung als derart schwerwiegend darstellt, dass der Arbeitnehmer damit rechnen musste, dass das Vertrauen zum Arbeitgeber endgültig zerstört wurde

Ausnahme: Kündigung

Hohe Hürden, wenn der Arbeitgeber aufgrund beleidigender Äußerungen/Schmähkritik kündigen will

Erfolgversprechend ist eine Kündigung nur dann, wenn die Pflicht des Arbeitnehmers zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers gem. § 241 Abs. 2 BGB die grundrechtlich geschützte Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers begrenzt

Beispiele aus der Rechtsprechung

Bezeichnung des Vorgesetzten
als “Wixer”, “faules Schwein”

- ArbG erklärte außerordentliche Kündigung für unwirksam, ordentliche K. war wirksam
- Beleidigungen an sich zwar geeignet, einen wichtigen Grund darzustellen, aber in Interessenabwägung auch Alter, Betriebszugehörigkeit etc. zu berücksichtigen

Bezeichnung des Vorgesetzten
als „unterbelichteter Frauen- und
Ausländerhasser“

- Keine Schmähekritik, wenn es im Zusammenhang mit konkreten Situationen steht

Bezeichnung des Arbeitgebers
als “ausbeuterisches
Unternehmen”

- Überschreitet nicht zwingend die Grenze zur Schmähekritik, sondern kann auch Ausdruck einer allgemeinen kapitalismuskritischen Grundhaltung sein

Beispiele aus der Rechtsprechung

Schwerwiegende
geschäftsschädigende
Äußerungen, wie „Arbeitgeber ist
pleite“ oder Boykottaufrufe

- Fristlose Kündigung kann gerechtfertigt sein

Vergleich der Verhältnisse beim
AG mit Nationalsozialismus oder
KZ

- Bildet in der Regel wichtigen Grund für Kündigung

Strafanzeige gegen Arbeitgeber
wegen nicht belegter Vorwürfe
und ohne vorherigen
Klärungsversuch

- Stellt wichtigen Grund für Kündigung dar

Beispiele aus der Rechtsprechung

AN veröffentlicht auf rechtsradikaler Facebook-Seite unter seinem Namen und in Straßenbahnuniform ein Foto mit einer meckernden Ziege mit der Sprechblase „Achmed, ich bin schwanger“

- Fristlose Kündigung war gerechtfertigt

Verteilen von Flugblättern vor dem Betrieb

- In der Regel zulässig, da Vervielfachung der Meinungsäußerung noch keine konkrete Störung des Betriebsfriedens bedeutet

Unbelegte Vorwürfe wie „systematische Verfolgung von kompetenten Mitarbeitern“, „Missbrauch von Titeln“, „Manipulation von Forschungsergebnissen“ etc.

- Kündigung war aufgrund der unbelegten Vorwürfe und fehlenden Sachzusammenhang gerechtfertigt

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Frank Lenzen

Partner, Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dentons Europe LLP

Rechtsanwälte Steuerberater

Thurn-und-Taxis-Platz 6

60313 Frankfurt am Main

+49 69 45 00 12 280

+49 173 157 45 80

Frank.Lenzen@dentons.com

Frank Lenzen ist Partner im Frankfurter Büro von Dentons. Er ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und berät seine Mandanten seit dem Jahr 2000 umfassend in allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts und im Sozialversicherungsrecht.

Einer seiner Schwerpunkte ist die arbeitsrechtliche Beratung an der Nahtstelle zum Gesellschaftsrecht, insbesondere bei M&A Transaktionen, gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen und zu mitbestimmungsrechtlichen Themen.

Frank Lenzen verfügt über große Erfahrung bei der Betreuung komplexer arbeitsrechtlicher Restrukturierungen zudem die umfassende betriebsverfassungs- und tarifrechtliche Begleitung von Unternehmen. Individual- und kollektivarbeitsrechtlich betreut Frank Lenzen zudem eine Vielzahl von Unternehmen verschiedener Branchen dauerberatend bei allen täglichen Fragen, zum Beispiel im Kündigungs- und Datenschutzrecht, zur Arbeitsvertragsgestaltung sowie zu Vergütungsmodellen einschließlich Stock Options.

Daneben vertritt Frank Lenzen Unternehmen, deren Organe und Führungskräfte prozessual in allen Instanzen. Seine Mandanten schätzen seine pragmatische und lösungsorientierte Beratung sowie seine schnellen Reaktionszeiten.



In The Legal 500 Germany, 2020 wird Frank Lenzen als sehr netten und kompetenten Ansprechpartner beschrieben. Seine Bewertungen und Empfehlungen haben viel Praxisbezug und er ist äußerst engagiert. Frank Lenzen weiß auch in schwierigsten Situationen deeskalierend zu wirken und damit den Schaden für seinen Mandanten immer so niedrig wie möglich zu halten.

© 2021 Dentons

Dentons ist eine globale Wirtschaftskanzlei, die durch ihre Mitglieder und Partnerfirmen weltweit Beratungsleistungen für Mandanten erbringt. Dieses Dokument stellt weder rechtliche noch anderweitige Beratung dar und sollte nicht als solche verstanden werden. Auf Grundlage seines Inhaltes sollten daher weder Maßnahmen oder Handlungen ergriffen noch unterlassen werden. Wir stellen die Informationen in diesem Dokument ausschließlich auf der Grundlage zur Verfügung, dass Sie zustimmen, diese Informationen vertraulich zu behandeln. Sofern Sie uns vertrauliche Informationen überlassen, ohne uns zugleich zu mandatieren oder anderweitig zu vergüten, dürfen wir für andere Mandanten auch in Mandaten tätig werden, in denen diese Informationen relevant sein könnten. Ergänzend verweisen wir auf die rechtlichen Hinweise (Legal Notices) auf www.dentons.com