

# Whistleblowing als außerordentlicher Kündigungsgrund?

Zugleich Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 (Heinisch v. BRD)

Von Prof. Dr. Carsten Momsen, Hannover, RA Dr. Thomas Grützner, München, Wiss. Mitarbeiter Andreas Oonk, Hannover

*Durch seine jüngste Entscheidung hat der EGMR (Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08 [„Heinisch v. BRD“] = ECHR 115 [2011]) die Rechtsposition von sog. „Whistleblowern“ deutlich gestärkt. Denn der EGMR erklärte in dieser Entscheidung die Kündigung eines Arbeitgebers gegenüber einer Mitarbeiterin wegen Whistleblowings<sup>1</sup> für unwirksam. Das in Form einer Strafanzeige gegen den Arbeitgeber erfolgte Whistleblowing der Mitarbeiterin sei von der Freiheit der Meinungsäußerung nach Art. 10 EMRK geschützt; eine Kündigung auf dieser Grundlage sei wegen Verstoßes gegen dieses Menschenrecht unzulässig. Die Ausführungen des EGMR werden die Entscheidung von Arbeitnehmern zum Whistleblowing erleichtern. Sie liegt damit geradezu im Trend eines erstarkenden Compliance-Bewusstseins von Arbeitnehmern und Arbeitgebern. Ungeachtet dessen wirft die Entscheidung verschiedene Fragen auf. Bei diesen Fragen geht es unter anderem um den mit der Entscheidung des EGMR verbundenen Eingriff in die (Vertrags-)Freiheit des Arbeitgebers, darum, ob sich aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht inhaltliche Grenzen oder Vorgaben für das Whistleblowing durch Arbeitnehmer ergeben, aber auch darum, wie Compliancemaßnahmen in Unternehmen effektiv und praktikabel umgesetzt werden können.*

## I. Der zugrunde liegende Sachverhalt

Der Entscheidung des EGMR lag – stark verkürzt – folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beschwerdeführerin war als Altenpflegerin bei einem Berliner Gesundheitsdienstleister beschäftigt. Die Beschwerdeführerin und andere Kolleginnen wiesen die Geschäftsleitung des Gesundheitsdienstleisters mehrfach darauf hin, dass das Personal überlastet sei und nicht erbrachte Pflegeleistungen abgerechnet würden. Sie war in der betreffenden Zeit mehrfach erkrankt und teilweise arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit der Beschwerdeführerin war nach einer ärztlichen Bescheinigung auf eine Arbeitsüberlastung zurückzuführen. Der Medizinische Dienst der Krankenkassen („MDK“), dessen Vertreter das Altenheim besuchten, bestätigte die von der Beschwerdeführerin gerügten Umstände zumindest zum Teil. Er beanstandete bzgl. der Abrechnungspraxis eine mangelhafte Gestaltung der Dokumentation.

Nach dem Besuch des MDK verlangte der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin zunächst von der Geschäftsleitung des Gesundheitsdienstleisters eine schriftliche Erklärung, wie künftig eine ausreichende Versorgung der Patienten gewährleistet werden solle. Schließlich stellte er Strafanzeige wegen Betruges in einem besonders schweren Fall (§ 263 StGB). Als Begründung führte er aus, dass von dem Gesundheits-

dienstleister (im Folgenden auch: „Arbeitgeber“) wissentlich nicht die hochwertige Pflege geleistet werde, mit welcher geworben werde und zudem gezielt verschleiert werde, dass nicht alle abgerechneten Leistungen erbracht worden sein. Konkret habe die Geschäftsleitung Mitarbeiter angehalten, nicht erbrachte Leistungen zu dokumentieren.

Die Staatsanwaltschaft nahm daraufhin Ermittlungen auf, welche sie später jedoch wieder einstellte. Der Beschwerdeführerin wurde kurz darauf wegen ihrer wiederholten Erkrankungen (fristgerecht) gekündigt. Daraufhin verteilte sie u.a. mit Unterstützung der Gewerkschaft „ver.di“ Flugblätter. Auf diesen Flugblättern wurde ihre Kündigung als „politische Disziplinierung“ von Beschäftigten bezeichnet, die berechtigerweise gegen eine „menschenunwürdige Gesundheitsversorgung“ protestiert hatten. Die Flugblätter wiesen auch auf die von der Beschwerdeführerin gestellte Strafanzeige gegen den Arbeitgeber hin. Der Arbeitgeber erfuhr erst jetzt von der Strafanzeige der Beschwerdeführerin und kündigte ihr Arbeitsverhältnis daraufhin fristlos aus wichtigem Grund. Die Staatsanwaltschaft nahm auf Ersuchen der Beschwerdeführerin die Ermittlungen gegen den Arbeitgeber nochmals auf, stellte das Verfahren aber nach wenigen Wochen erneut ein.

Die Beschwerdeführerin klagte vor dem ArbG gegen die fristlose Kündigung. Das ArbG erklärte die fristlose Kündigung mit der Begründung für rechtswidrig, das Flugblatt sei durch die Meinungsfreiheit geschützt und das Verhalten der Beschwerdeführerin daher nicht pflichtwidrig. Das LAG hob die Entscheidung auf. Der Arbeitgeber sei infolge der „Flugblattaktion“ berechtigt gewesen, das Beschäftigtenverhältnis der Beschwerdeführerin fristlos aus wichtigem Grund zu kündigen. Das BAG bestätigte die Entscheidung des LAG. Das BVerfG nahm eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung an.

## II. Analyse und kritische Würdigung der Entscheidungsgründe des EGMR-Urteils

Die Begründung des EGMR erscheint wohl abgewogen. Unstreitig sind für den EGMR die Einordnung der Strafanzeige der Beschwerdeführerin als Whistleblowing und der Charakter der fristlosen Kündigung sowie deren Bestätigung durch das LAG und das BAG als Eingriff in Art. 10 EMRK. Nach dem EGMR kann eine fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers wegen einer Strafanzeige des Arbeitnehmers gegenüber den Verantwortlichen des Arbeitgebers aus der Sicht des Arbeitgebers gerechtfertigt sein, sofern in der Strafanzeige ein wesentlicher Verstoß gegen die Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers zu sehen ist. Für den EGMR war auch nicht zweifelhaft, dass die fristlose Kündigung den als solchen legitimen Zweck verfolgte, den Ruf und die Interessen des Arbeitgebers gegenüber den Behauptungen der Beschwerdeführerin zu schützen.

Überzeugend ist die Ansicht des EGMR, dass die von der Beschwerdeführerin offengelegten – offenbar durch den

<sup>1</sup> Whistleblowing ist eine der zentralen Maßnahmen zur Gewährleistung einer effektiven Compliancestruktur im Unternehmen, Waldzus, in: Behringer (Hrsg.), Compliance kompakt, 2. Aufl. 2011, S. 313.

MDK bestätigten – Informationen jedenfalls für den Fall ihres Zutreffens das Interesse der Öffentlichkeit berührten. An dieser Einschätzung ändert sich auch durch den Umstand nichts, dass ein auf Betreiben der Beschwerdeführerin (im Folgenden auch: „Arbeitnehmerin“) gegen deren Arbeitgeber eingeleitetes Ermittlungsverfahren später eingestellt wurde. Denn augenscheinlich waren einige primär betroffene Patienten nicht selbst in der Lage, gegen die behaupteten Missstände vorzugehen. Dieser Aspekt kann jedoch nur eine Hilferwägung darstellen, welche die Entscheidung als solche nicht zu tragen vermag, da die Tatsachen aus Sicht des EGMR insoweit nicht bewiesen sind („möglicherweise“).<sup>2</sup>

Zur Beantwortung der Frage, ob ein Eingriff in Art. 10 EMRK rechtmäßig oder rechtswidrig ist, musste der EGMR die einander gegenüberstehenden und als solche legitimen Interessen gegeneinander abwägen, die seitens der Arbeitnehmerin und ihres Arbeitgebers – des Gesundheitsdienstleisters – für und wider die Kündigung sprachen. Die Frage hat damit für den EGMR gewissermaßen zwei Seiten. Zum einen war zu prüfen, ob ein wichtiger Grund i.S.v. § 626 BGB vorlag, welcher die fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermochte. Zum anderen hätte das Fehlen eines solchen Grundes die Kündigung wegen des Whistleblowings als Verstoß gegen Art. 10 EMRK erscheinen lassen müssen.

### *1. Rechtswidrigkeit der fristlosen Kündigung mangels Vorliegen eines wichtigen Grundes?*

In der vom EGMR eingenommenen Prüfungsperspektive war also zu klären, ob für die fristlose Kündigung ein legitimierender „wichtiger Grund“ vorlag. Ein für die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers notwendiger wichtiger Grund liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in erheblichem Maße gegen seine arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten aus § 241 Abs. 2 BGB verstößt.<sup>3</sup> Die arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflichten werden zum einen durch Art. 12 GG (Unternehmensfreiheit) überformt; zum anderen erfolgt die Überformung der Rücksichtnahmepflichten nach deutscher Rechtsprechung auf Seiten des Arbeitnehmers nicht nur und nicht immer aus Art. 5 GG bzw. Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit), sondern schon aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 GG (Rechtsstaatsprinzip),<sup>4</sup> weil eine funktionsfähige staatliche Rechtspflege auf die Beteiligung seiner Bürger angewiesen ist.

Aus der Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten in einem Strafverfahren dürfen sich genau wie aus einer Einleitung eines staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens auch für eine Arbeitnehmerin trotz der arbeitsvertraglichen Rücksichtnahmepflicht nicht per se arbeitsrechtli-

che Nachteile ergeben.<sup>5</sup> Das gilt auch für den Fall, dass sich das Strafverfahren oder das eingeleitete Ermittlungsverfahren gegen den jeweiligen Arbeitgeber richtet. Jedenfalls bei einer begründeten Strafanzeige, die möglicherweise gar zu einer strafrechtlichen Verurteilung der verantwortlichen Personen auf Arbeitgeberseite führt, wird die Abwägung grundsätzlich zugunsten des Arbeitnehmers ausgehen. Richtigerweise kann dem Arbeitnehmer, der sich zu einer Anzeige von tatsächlichen Missständen entschließt, aber nicht das alleinige Risiko einer späteren strafrechtlichen Verurteilung der Verantwortlichen auferlegt werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die im Rahmen von Compliance erwünschte Aufdeckung von Missständen häufig nur durch die Hinweise von Angestellten möglich ist.

### *a) Schuldhafte Angabe falscher Tatsachen*

Hat ein Arbeitnehmer Hinweise auf strafbares Verhalten in seinem Betrieb, sollte aber auch sonst – in Anlehnung an das Beamtenrecht<sup>6</sup> – bereits ein aus ex-ante-Sichtweise durch Tatsachen begründeter Verdacht ausreichen, um weitere Schritte des Arbeitnehmers zu rechtfertigen. Ein solcher Verdacht liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn der Arbeitnehmer wissentlich oder leichtfertig falsche Angaben macht.<sup>7</sup> Aufgrund der Auswirkungen für den Arbeitgeber und seine durch Art. 12 GG grundrechtlichen Schutz genießende Unternehmensfreiheit ist der Arbeitnehmer aber auch im Fall von Hinweisen mit sachlich unrichtigen Informationen nicht per se schutzwürdig. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass Whistleblowing grundsätzlich ein unter Compliancegesichtspunkten erwünschtes Verhalten darstellt. Daher dürfte man hier die Schwelle etwas höher zu legen und danach zu entscheiden haben, ob der Arbeitnehmer das Risiko erkennt, dass seine Angaben falsch sind und er gleichwohl den Hinweis gibt, da er es letztendlich billigend oder zumindest aus Gleichgültigkeit in Kauf nimmt, dass ein falscher Verdacht entsteht.<sup>8</sup> Auf die Motivation des Arbeitnehmers sollte es aber – schon aus Beweisgründen – regelmäßig nicht ankommen, solange die Veröffentlichung der Hinweise nicht grob rechtsmissbräuchlich war.<sup>9</sup>

In dem vom EGMR zu entscheidenden Fall ergaben sich Anhaltspunkte für fehlerhaftes bis hin zu strafbarem Verhalten schon aus der personellen Unterbesetzung, die durch den MDK bei seinen Kontrollen bemängelt worden ist. Diese begründeten die Möglichkeit, dass der Arbeitgeber seine vertraglichen Leistungen gegenüber seinen Kunden über einen längeren Zeitraum nicht erfüllt und seine Kunden um

<sup>2</sup> Bauer, SZ v. 22.8.2011, S. 2, geht deshalb davon aus, dass der Entscheidung des EGMR eine Sonderkonstellation zugrunde liegt und zweifelt an der pauschalen Übertragbarkeit der Erwägungen des EGMR auf andere Sachverhalte.

<sup>3</sup> Siehe nur LAG Berlin, Urt. v. 28.3.2006 – 7 Sa 1884/05, Rn. 41.

<sup>4</sup> Siehe für den Fall einer anonymen Anzeige BAG NJW 2004, 1547 (1549).

<sup>5</sup> BVerfG NJW 2001, 3474 (3475).

<sup>6</sup> Siehe § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG; § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Beamt-StG.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2001, 3474 (3475 f.); BAG NJW 2004, 1547 (1548).

<sup>8</sup> Anders aber wohl die Entscheidung BVerfG NJW 2001, 3474 (3475 f.), nach der regelmäßig nur zumindest leichtfertig gemachte Falschangaben zu einer Kündigung berechtigen sollen.

<sup>9</sup> Anders aber BAG NJW 2004, 1547 (1549); ähnlich wie hier für das Beamtenrecht Király, DÖV 2010, 894 (896).

deren finanzielle Gegenleistungen betrogen hat. Auch die Strafanzeige der Arbeitnehmerin hat immerhin dazu geführt, dass die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen aufgenommen hat. Die Erstattung der Strafanzeige durch die Beschwerdeführerin dürfte daher nicht als fahrlässige „Falschaussage“ bewertet werden. Dass die Mängel durch den MDK öffentlich bekannt waren, ändert hieran nichts, da der MDK nur eine mögliche Stelle für die Mängelanzeige ist und sich im konkreten Fall durch die Bemängelung seitens des MDK die Situation nicht nachweislich verbessert hat. Ob die Mängel später und vor der Anzeigenerstattung tatsächlich abgestellt worden sind, war zwischen den Parteien streitig, eine schuldhaftige Angabe falscher Tatsachen durch die Arbeitnehmerin daher aber jedenfalls nicht erwiesen. In dem arbeitsgerichtlichen Verfahren war jedoch der Arbeitgeber darlegungs- und beweispflichtig hinsichtlich des Kündigungsgrundes.<sup>10</sup> Diese Perspektive eröffnet schließlich auch den Weg, um allgemein gültige Kriterien zu gewinnen, mit welchen die Pflichtenstellung des Whistleblowers bestimmt werden kann (s.u. 2. aa).

*b) Vorherige Informationspflicht gegenüber dem Arbeitgeber*

Aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht wird man allerdings grundsätzlich schließen dürfen, dass der Arbeitnehmer zunächst den Arbeitgeber über die mangelhaften Zustände im Betrieb zu informieren hat. Nur wenn der Arbeitnehmer berechtigterweise davon ausgehen darf, (i) dass der Arbeitgeber ohnehin keine oder eine nicht ausreichende Abhilfe schafft, (ii) wenn er sich durch die Nichtanzeige selbst strafbar machen würde (§ 138 StGB) oder (iii) wenn unmittelbare Gefahren für Leib, Leben oder die Umwelt bestehen, ist eine sofortige Einschaltung externer Stellen wie der Staatsanwaltschaft ohne Verstoß gegen die arbeitsrechtliche Rücknahmepflicht zulässig.<sup>11</sup> Ersteres und zweites dürfte in der Praxis seltener der Fall sein. Die Frage der „Berechtigung“ der Annahme des Arbeitnehmers dürfte im Zweifelsfall von der Arbeitnehmerin darzulegen und zu beweisen sein.

Bezieht sich die Information des Arbeitnehmers auf (vermeintliche) Straftaten im Betrieb, wird es bezüglich der sofortigen Einschaltung externer Stellen ohne vorherigen Hinweis gegenüber dem Arbeitgeber – und damit auf die Bewertung der Frage, ob die arbeitsrechtliche Rücksichtnahmepflicht eingehalten wurde – auf das Ergebnis einer zusätzlichen Abwägung der widerstreitenden Interessen ankommen.<sup>12</sup> Im Rahmen dieser Abwägung wird insbesondere die Schwere des vermeintlichen Delikts eine Rolle spielen. Zweifellos kann nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers bewertet werden, wenn dieser sich bei der Bewertung der Frage, ob es sich um eine Straftat handelt oder nicht, nachvollziehbar irrt. Eine Parallelwertung in der Laiensphäre dürfte insoweit eine

<sup>10</sup> Siehe nur BAG NJW 2004, 1547.

<sup>11</sup> So auch BAG NJW 2004, 1547 (1550).

<sup>12</sup> In diese Richtung auch BAG NJW 2004, 1547 (1550); weiter hingegen der 2008 im Gesetzgebungsverfahren gescheiterte § 612a BGB-E, der ein Anzeigerecht des Arbeitnehmers ohne vorherige Benachrichtigung des Arbeitgebers bei jeder Straftat vorgesehen hat.

schlüssige Überprüfung der Ansicht des Arbeitnehmers ermöglichen.

Die aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht folgende Verpflichtung eines Arbeitnehmers, seinen Arbeitgeber vor einem externen Whistleblowing zu informieren, darf von dem Arbeitnehmer – unabhängig von dem konkreten Vorwurf im Einzelfall – allerdings nicht dergestalt unterlaufen werden, dass er auf anonymer Basis nur rudimentäre, von dem Arbeitgeber nicht zu überprüfende Informationen mitteilt, ohne entsprechende Rückfragen zu beantworten. Entscheidet sich der Arbeitnehmer bei seinem internen Whistleblowing anonym zu bleiben, wird man von dem Arbeitnehmer verlangen dürfen, sich etwaigen Nachfragen des Arbeitgebers nicht von vornherein zu verschließen. Andernfalls würde dem Arbeitgeber jede Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Aufklärung der Vorwürfe und eine Beseitigung der Missstände anzugehen, genommen.

In dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung des EGMR zugrunde lag, hatte die Arbeitnehmerin zuvor den Arbeitgeber mehrfach auf bestehende Missstände wie die personelle Unterbelegung und die unzureichende Dokumentierung hingewiesen. Es ist daher auch ohne die rechtliche Würdigung der beschriebenen Umstände als Betrug davon auszugehen, dass der der Strafanzeige zugrundeliegende Sachverhalt dem Arbeitgeber bekannt gewesen ist. Insofern wird man die – möglicherweise fahrlässig getroffene – falsche rechtliche Einordnung, zumal nach Hinzuziehung eines Rechtsanwalts, der gekündigten Arbeitnehmerin nicht anlasten können. Unabhängig von dieser rechtlichen Bewertung wahrte die Arbeitnehmerin in dem von dem EGMR zu entscheidenden Sachverhalt ihre aus der arbeitsrechtlichen Rücksichtnahmepflicht resultierende Verpflichtung einer vorherigen Information ihres Arbeitgebers.

*c) Differenzierte Bewertung verschiedener Formen des Whistleblowing als Ausgangspunkt*

Zentral für die Beurteilung, ob das Whistleblowing eines Arbeitnehmers einen wichtigen Grund darstellen kann, der eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen vermag, sind daher die Kriterien, anhand derer beurteilt werden kann, ob eine entsprechende Verhaltensweise des Arbeitnehmers legitim ist. Anzuknüpfen ist dabei an das konkrete Verhalten des Arbeitnehmers im Einzelfall. Der EGMR bewertete in dem zu entscheidenden Sachverhalt das Verhalten der Arbeitnehmerin als „Whistleblowing“. Whistleblowing ist allerdings nicht gleich Whistleblowing. Vielmehr kann es in verschiedenen Formen erfolgen: Whistleblowing kann zum einen unternehmensintern vorkommen. Das setzt idealerweise voraus, dass der Arbeitgeber eine (Anonymität gewährleistende) unternehmensinterne Hotline einrichtet (sei es telefonisch, per E-Mail oder durch Benennung eines Ombudsmanns), über die entsprechende Hinweise durch Arbeitnehmer oder Dritte abgegeben werden können. Die Einrichtung eines derartigen Hinweisgebersystems wird zwar von vielen Mitarbeitern mit Misstrauen aufgenommen und mit Denunziantentum gleichgesetzt, soll jedoch eine weitere Alternative zur Mitteilung möglicher Compliance-Verstöße darstellen, welche besondere Vertraulichkeit oder sogar Anonymität bie-

tet.<sup>13</sup> Der Arbeitgeber muss verfahrensmäßig sicherstellen, dass den Hinweisen in einem formalisierten Verfahren nachgegangen wird.<sup>14</sup> Dies dient letztlich auch der Sicherheit des hinweisgebenden Arbeitnehmers, der anderenfalls kaum vorhersehen kann, welche Konsequenzen für ihn aus seinem Verhalten entstehen und unter Umständen auf einen Hinweis verzichten wird, um keinen informellen Sanktionen im Betrieb ausgesetzt zu sein.

Beim heutzutage weniger mit dem eigentlichen Begriff des „Whistleblowings“ in Verbindung gebrachten sog. externen Whistleblowing wendet sich der Hinweisgeber an unternehmensexterne Stellen, klassischerweise an die Polizei oder die Staatsanwaltschaft.<sup>15</sup> Auch hier existieren Hotlines, welche die Anonymität sicherstellen. Der Hinweisgeber kann auch hier ein Arbeitnehmer sein, der sich gegen seinen Arbeitgeber wendet oder jeder Dritte. Da die Arbeitnehmerin in dem vom EGMR zu entscheidenden Sachverhalt zunächst intern auf die Missstände im Unternehmen aufmerksam machte und anschließend eine Strafanzeige erstattete, hatte der EGMR sich mit beiden Formen des Whistleblowings auseinanderzusetzen bzw. diese in seine Abwägung einzubeziehen.

Zweifellos beeinträchtigt das interne Whistleblowing die vom EGMR bezeichneten Interessen des Arbeitgebers deutlich weniger als der externe Hinweis. Denn im ersteren Fall verlassen die sensiblen Informationen den betrieblichen Bereich zunächst einmal nicht und belasten den Betrieb auch nicht gegenüber Dritten. Am anderen Ende der Skala dürfte das vom EGMR geschilderte Verhalten der Arbeitnehmerin stehen. Denn diese hatte – nachdem sie zunächst ihren Arbeitgeber auf die vermeintlichen Missstände aufmerksam gemacht hatte – nicht nur den Weg des externen Hinweises durch eine Strafanzeige gewählt, sondern die Anzeige in der Folgezeit sogar über Flugblätter öffentlich bekannt gemacht.<sup>16</sup>

Hinsichtlich etwaiger Kriterien zur Bewertung des Vorliegens eines wichtigen Grundes für eine fristlose Kündigung durch einen Arbeitgeber liegt es nahe, die Art des Hinweises in Beziehung zu der Validität des Hinweises zu setzen. Bleiben die Verdächtigungen zunächst einmal auf den unternehmensinternen Bereich beschränkt, so droht eine nur relativ geringe Verletzung von Unternehmensinteressen für den Fall,

dass der Verdacht sich als unbegründet herausstellt.<sup>17</sup> In der Logik dieser Erwägung liegt es, für das externe Whistleblowing gegenüber einer unternehmensinternen Hinweisgabe erhöhte Voraussetzungen zu verlangen.

### 2. Inhaltliche „Anforderungen“ an Whistleblowing durch Arbeitnehmer

Auf welcher Tatsachengrundlage muss ein zulässiges internes Whistleblowing zumindest beruhen, damit dieser Hinweis eines Arbeitnehmers nicht als pflichtwidrig einzustufen wäre? Zur Klarstellung: Verstößt der Hinweis gegen keinerlei Pflichten des Arbeitnehmers besteht insoweit kein Kündigungsgrund und -risiko. Was sollte ein Arbeitnehmer somit im Wege des internen Whistleblowings vortragen (dürfen) und was nicht? Wie in vielen Aspekten interner Ermittlungen kann auch hier die Handhabung von Hinweisen gegenüber den Ermittlungsbehörden im Strafverfahren einen ersten Anhaltspunkt bieten, mehr allerdings auch nicht. Die Staatsanwaltschaft ist gem. § 152 Abs. 2 StPO verpflichtet, Ermittlungen bei „zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten“ einzuleiten. Dieser sog. „Anfangsverdacht“ besagt zunächst nicht viel mehr, als dass es jedenfalls nicht ausreichen kann, aufgrund allgemeiner Gerüchte oder nicht konkretisierter Vermutungen<sup>18</sup> ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Jedoch ist bspw. die Differenzierung zu konkreten, nach überwiegender Ansicht ein Verfahren legitimierenden Gerüchten<sup>19</sup> gelinde gesagt unscharf. Mehr Erkenntnisgewinn verspricht die Orientierung an der Tatbezogenheit des Verdachts.<sup>20</sup> Der Verdacht muss sich auf eine bestimmte bzw. bestimmbare Tat beziehen. Dementsprechend muss ein strafrechtlich relevantes Verhalten den Bezugspunkt des Verdachts bilden, welches als zumindest potentiell verfolgbar erscheint.<sup>21</sup> Für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nicht ausreichend wäre demzufolge der Hinweis, ein kleines (nicht strafmündiges) Kind habe eine wertvolle Sache beschädigt, oder aber

<sup>13</sup> Moosmayer, Compliance, Praxisleitfaden für Unternehmen, 2. Aufl. 2011, S. 52.

<sup>14</sup> Moosmayer (Fn. 13), S. 52.

<sup>15</sup> Vgl. Rotsch, in: Achenbach/Ransiek (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2011, Kap. „Compliance“, Rn. 53 ff.

<sup>16</sup> Dieser Umstand ist allerdings für die nachfolgenden Überlegungen nicht erheblich, da es um die Legitimität zum Zeitpunkt der Hinweisgabe geht. Dem Hinweis nachfolgende Verhaltensweisen können ggf. selbständig zu beurteilende betriebliche Pflichtverletzungen darstellen. Anderes würde allenfalls unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs dann gelten, wenn der Whistleblower bereits zum Zeitpunkt der Hinweisgabe eine Veröffentlichung des Verdachts unabhängig von weiteren Entwicklungen fest plant.

<sup>17</sup> Im Hinblick auf die persönlichen Interessen der verdächtigten Personen, die nicht mit den Unternehmensinteressen identisch sind, gilt natürlich anderes. Hier dürfte aber die Anwendung der allgemeinen Gesetze, namentlich §§ 185 ff. StGB, ausreichenden Schutz gewähren.

<sup>18</sup> Zutreffend Weßlau, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 154 Rn. 14.

<sup>19</sup> Vgl. bspw. Plöd, in: v. Heintschel-Heinegg/Stöckel (Hrsg.), KMR, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 46. Lfg., Stand: April 2007, § 152 Rn. 18, der schon „geringe Wahrscheinlichkeiten [...], entfernte Indizien, Gerüchte oder einseitige Behauptungen“ für ausreichend hält.

<sup>20</sup> Siehe bspw. Weßlau (Fn. 17), § 152 Rn. 13 m.w.N.

<sup>21</sup> Weßlau (Fn. 17), § 152 Rn. 12; BGH NJW 1989, 96 f.; Beulke, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 152 Rn. 23; unklar Pfordte, in: Lemke u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl. 2009, § 152 StPO Rn. 1. Nach der Tatschwere differenzierend Deiters, Legalitätsprinzip und Normgeltung, 2006, S. 117 ff.

die konkrete Person P „störe den nachbarschaftlichen Frieden“ (ohne dass ein subsumierbares Verhalten benannt wird). Gleiches müsste auch für die Frage gelten, ob infolge des Whistleblowings durch einen Arbeitnehmer eine interne Ermittlung angestoßen werden muss und das Whistleblowing durch den Arbeitnehmer pflichtwidrig ist. Muss infolge des Whistleblowings mangels Tatbezogenheit keine interne Ermittlung angestrengt werden, dürfte das interne Whistleblowing nicht als pflichtwidrig bewertet werden können. Diese Einschränkung ist für die Praxis wichtiger als von außen angenommen, da eine Vielzahl von Hinweisen sich keiner konkreten Tat oder einem entsprechenden Vorwurf zuordnen und etwaige Ermittlungen im Sande verlaufen lässt. Wichtig ist allerdings, dass es insofern nicht auf eine rein strafrechtliche Betrachtung der „Tatbezogenheit“ ankommt, sondern auf eine betriebsbezogene „Tatbezogenheit“. Eine betriebsbezogene Tat kann beispielsweise auch in der Verletzung innerbetrieblicher Vorschriften und Richtlinien liegen und muss insofern keine Tat i.S.d. StGB sein.

*a) Die Perspektive zur Beurteilung der Pflichtwidrigkeit*

Um feststellen zu können, ob ein internes Whistleblowing pflichtwidrig war oder nicht, ist die richtige Perspektive diejenige des Anzeigerstattenden. Diesem kann genau so wenig bzw. noch weniger als im Hinblick auf die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens abverlangt werden, die Wertungen im Hinblick auf das Vorliegen eines „Anfangsverdachts“ oder einer „Tatbezogenheit“ zu treffen. Im Strafverfahren ist diese Bewertung letztlich die Aufgabe der Staatsanwaltschaft. Im innerbetrieblichen Bereich handelt es sich i.d.R. um eine Aufgabe des Compliance-Officers, der Rechtsabteilung oder einer vergleichbaren Stelle. Gleichwohl kann und muss von einem Hinweisgeber wie auch von demjenigen, der eine Anzeige erstattet, ein gewisses Maß an Sorgfalt und Verantwortungsbewusstsein entwickelt werden. Für das öffentliche Verfahren, also externes Whistleblowing, folgt dies zum einen aus der Vorschrift des § 145d StGB, welche im Kern unter Strafe stellt, wenn gegenüber einer Behörde eine tatsächlich nicht begangene Tat vorgetäuscht wird. Zum anderen folgt dies aus der Vorschrift des § 164 StGB, welche unter Strafe stellt, wider besseres Wissen eine andere Person gegenüber den zuständigen Stellen der Begehung einer Straftat zu bezichtigen. Ebenfalls zu beachten sind die allgemeinen Beleidigungstatbestände der §§ 185 ff. StGB, namentlich die insoweit häufig einschlägige üble Nachrede (§ 186 StGB). Den genannten Tatbeständen ist gemeinsam, dass dem Täter zumindest (eventualvorsätzlich) bewusst sein muss, dass er durch falsche Angaben zuständige Stellen in die Irre führt, eine unschuldige Person in ein Strafverfahren verstrickt oder aber eine andere Person gegenüber Dritten unzutreffender Weise herabsetzt.

*b) Zur subjektiven Tatseite bei internem Whistleblowing*

Soweit es den Tatbestand des § 186 StGB betrifft, wäre unter entsprechenden Umständen auch ein im Rahmen von internem Whistleblowing abgegebener Hinweis ohne weiteres strafbar. Die Norm markiert zumindest einen Grundstock an Sorgfaltspflichten, welche auch dem betriebsinternen Whist-

leblower abzuverlangen sein müssten. Dabei kann es keinen Unterschied machen, dass bzw. ob dem internen Whistleblower ggf. Vertraulichkeit zugesichert oder Anonymität gewährt wird.<sup>22</sup> Denn die ehrverletzende Tatsache wird in jedem Fall dem Adressaten auf Seiten des Hinweisgebersystems zur Kenntnis gebracht. Dies genügt im Sinne eines „Behauptens“ wie auch eines „Verbreitens“, also dem Mitteilen einer Tatsache als von anderen gehört. Selbst wenn der Arbeitnehmer bei seinem internen Whistleblowing anonym bleiben würde, würde dies nicht dazu führen, dass er in einem sog. „beleidigungsfreien Raum“ agiert. Der Tatbestand wird insoweit nur nach Maßgabe des § 193 StGB bzw. zum Schutze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dahingehend begrenzt, dass gegenüber einem engsten Kreis bei besonderen persönlichen Vertrauensverhältnissen eine Strafbarkeit entfallen kann.<sup>23</sup> Eine Wahrnehmung berechtigter Interessen im Sinne von § 193 StGB wird ohnehin nur in ganz beschränktem Umfang möglich sein, wenn der interne Whistleblower selbst (irrig) die Tatsache für wahr hält.<sup>24</sup>

Insoweit gilt dasselbe wie für Strafanzeigen: Zwar kann ein internes Whistleblowing nicht unter der Voraussetzung stehen, dass der Arbeitgeber positiv davon überzeugt sein muss, dass der angezeigte Sachverhalt wahr ist, denn ein Hinweis, der zu weiterer Aufklärung führen soll, muss zulässig sein. Jedoch trifft auch den Whistleblower eine „gewisse Prüfungspflicht“ im Hinblick auf die Begründetheit des Hinweises.<sup>25</sup> Hier wie dort sind bewusst falsche Anzeigen und Hinweise sowie Behauptungen „ins Blaue hinein“ nicht legitim und ggf. strafbar. Dies gilt erst Recht für deren Unterfütterung durch unwahre Angaben.<sup>26</sup> Während bei § 186 StGB die Strafbarkeit bei vorsätzlichem Handeln nur entfällt, wenn der Beweis gelingt, dass die Tatsache wahr ist („nicht erweislich wahr“), ist der Täter nach den §§ 145d, 164 StGB nur strafbar, wenn er in Bezug auf die Unwahrheit des angezeigten Sachverhalts bzw. der Verdächtigung einer anderen Person „wider besseres Wissen“ handelt. Das bedeutet, der Hinweisgeber darf im Anwendungsbereich dieser Vorschriften, also beim externen Whistleblowing, die Unwahrheit nicht bloß für möglich halten, sondern muss diesbezüglich sicheres Wissen, also positive Kenntnis haben. Bloße Zweifel, Fahrlässigkeit und Leichtfertigkeit können im internen Bereich erst Recht nicht zu Lasten des Hinweisgebers gehen, sofern Whistleblowing grundsätzlich erwünscht ist.

<sup>22</sup> Im Falle des anonymen Whistleblowers würde sich naturgemäß die Strafverfolgung der begangenen üblen Nachrede zunächst schwierig gestalten.

<sup>23</sup> Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 186 Rn. 8 i.V.m. § 185 Rn. 12; BVerfGE 90, 255 (261).

<sup>24</sup> Vgl. Fischer (Fn. 22), § 186 Rn. 14; das BVerfG geht davon aus, dass die offenkundig oder subjektiv unrichtige Information kein schützenswertes Gut ist – vgl. BVerfGE 61, 8; 85, 15; 90, 241 (249); Fischer (Fn. 22), § 193 Rn. 19 m.w.N.

<sup>25</sup> Fischer (Fn. 22), § 193 Rn. 33.

<sup>26</sup> OLG Köln NJW 1997, 1247; Fahl, JA 1998, 365; Fischer (Fn. 22), § 193 Rn. 33.

Im Vergleich zu § 186 StGB („für möglich halten des dargestellten Sachverhalts“) ist der Maßstab der Strafbarkeit nach §§ 145d, 164 StGB beim externen Whistleblowing („sicheres Wissen des dargestellten Sachverhalts“), an dem sich jeder Anzeigerstatter messen lassen muss, somit voraussetzungsvoller: Externes Whistleblowing wäre (nur) pflichtgemäß, wenn der Arbeitgeber zumindest mit guten Gründen davon ausgeht, dass der angezeigte Sachverhalt zutrifft. Es fragt sich, ob dieser Maßstab auch an das interne Whistleblowing von Arbeitnehmern angelegt werden sollte. Zur Verdeutlichung: Wenn dem so wäre, dann wäre ein internes Whistleblowing nur dann eine betriebliche Pflichtverletzung, welche eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund legitimieren könnte, wenn der Hinweisgeber sicher wüsste, dass seine Angaben unzutreffend sind und er bspw. andere Personen zu Unrecht verdächtig macht. Im Umkehrschluss verringerten sich die Anforderungen an ein pflichtgemäßes Handeln von internen Whistleblowern. Ein interner Hinweis wäre etwa auch dann unproblematisch, wenn der Hinweisgeber zwar erhebliche Zweifel an dem von ihm dargestellten Sachverhalt hat, aber es zumindest für möglich hält, dass seine Schilderung der Realität entspricht.

Vieles spricht dafür, dass im Grundsatz der letztgenannte Weg („für möglich halten des dargestellten Sachverhalts“) im Falle des unternehmensinternen Whistleblowings der richtige und für Arbeitnehmer zulässige ist. Das ergibt sich bereits daraus, dass es ersichtlich nicht im Interesse eines Unternehmens liegen kann und regelmäßig auch nicht Motivation der Einführung eines entsprechenden Hinweisgebersystems ist, dass ein internes Whistleblowing immer schon dann unterbleibt, wenn der potentielle Hinweisgeber nicht davon überzeugt ist, dass ein aus seiner Sicht mögliches Fehlverhalten auch tatsächlich gegeben ist.<sup>27</sup> Ein so verstandenes Hinweisgebersystem und dessen Begrenzung würde die Arbeitnehmer vielmehr abschrecken als ermutigen, Verstöße des Unternehmens oder von Mitarbeitern zu melden. Regelkonform handelnde Arbeitnehmer müssten vor dem internen Whistleblowing gewissermaßen selbst eine interne Ermittlung durchführen, um sich auch nach erfolgtem internen Whistleblowing ihres eigenen Arbeitsplatzes sicher zu sein, obwohl sie sich nur im Sinne der Vorgaben des Unternehmens regelkonform verhalten wollen und die Unternehmenskultur verbessern wollen. Gleichwohl darf die grundsätzliche Erwünschtheit internen Whistleblowings nicht einer Kultur grundloser Verdächtigungen im Betrieb Vorschub leisten, denn der Weg zum sanktionslosen Mobbing wäre allzu kurz. Deshalb muss den internen Whistleblower die bereits angesprochene Prüfungspflicht von „gewissem Umfang“ auferlegt werden können. Bereits auf dieser Ebene müssen die Voraussetzungen für den angemessenen Interessenausgleich gelegt werden, den der EGMR zu Recht zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat. Hält sich der Arbeitnehmer je-

doch an die ihm aufzubürende Prüfungspflicht und hält die von ihm im Wege des internen Whistleblowings angezeigten Verstöße oder Straftaten für zulässig, kann ihm dieses Verhalten nicht als pflichtwidrig im Allgemeinen oder als Verstoß gegen seine arbeitsrechtliche Rücksichtnahmepflicht ausgelegt werden.

### *c) Konkretisierung der Prüfungspflicht über strafrechtliche Parameter*

Es fragt sich mithin, wie der Umfang der Prüfungspflicht konkretisiert werden kann. Einige Parameter stehen nach dem Vorgesagten bereits fest: Unternehmensinternes Whistleblowing ist jedenfalls dann eine relevante betriebliche, eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigende Pflichtverletzung, wenn es wider besseres Wissen erfolgt, d.h. in Kenntnis der Unwahrheit der angezeigten Vorgänge. Sofern der Arbeitnehmer sich an eine externe Stelle wendet, sind die Interessen der angezeigten Personen aber auch des Unternehmens selbst höher zu bewerten als beim internen Whistleblowing ohne unmittelbare Außenwirkung. Beim internen Whistleblowing sollte daher der Maßstab des § 186 StGB, selbstverständlich in den Grenzen des § 193 StGB, zur Anwendung gelangen („für möglich halten des dargestellten Sachverhalts“). Die Sorgfaltspflicht eines Arbeitnehmers bei einem externen Whistleblowing würde demgegenüber – dem Maßstab der §§ 145d, 164 StGB folgend – dahin gehen, nicht einen Sachverhalt nach außen hin anzuzeigen, an dessen Vorliegen ernsthafte Zweifel bestehen („sicheres Wissen des dargestellten Sachverhalts“). Die Begründung dafür liegt in der spezifischen betrieblichen Situation des Whistleblowings durch einen Arbeitnehmer: Zum ersten geht es im innerbetrieblichen Bereich bereits nicht um die Verhängung einer Kriminalstrafe, sondern „lediglich“ um die Berechtigung zur fristlosen Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund. Dies ist zwar im Bereich der arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen eine ultima ratio, aber dennoch kein vergleichbar intensiver Grundrechtseingriff wie eine Geld- oder Freiheitsstrafe. Zum zweiten befindet sich der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber in einer spezifischen Pflichtenstellung. Er ist diesem grundsätzlich und unabhängig von der Ausgestaltung des Arbeitsvertrags im Einzelnen gegenüber zu mehr Rücksichtnahme und Vertraulichkeit verpflichtet, als gegenüber einem x-beliebigen Dritten. Diese spezifische Pflichtenstellung aktualisiert sich naheliegender Weise erst im Außenverhältnis, also im Falle des externen Whistleblowings. Denn beim internen Whistleblowing im betrieblichen Innenverhältnis sind die betrieblichen Interessen als solche kaum und die Interessen möglicherweise zu Unrecht verdächtigter Mitarbeiter nicht mehr betroffen, als bei beliebigen Personen außerhalb eines betrieblichen Kontextes. Es gibt so gesehen keine spezifische Rücksichtnahmepflicht gegenüber Kollegen, die im Falle von Hinweisen im Rahmen internen Whistleblowings zu mehr Sorgfalt bei der Hinweisgabe verpflichtet würden, als dies von den §§ 145d, 164 StGB allgemein gefordert wird.

<sup>27</sup> Würde man den Maßstab des § 186 StGB zugrunde legen, würden sich Zweifel letztlich dahingehend auswirken, dass die Voraussetzungen eines berechtigten Whistleblowings nicht gegeben sind. Eine zur Kündigung berechtigende Pflichtverletzung könnte dann grds. vorliegen.

*d) Unternehmensinternes Whistleblowing: Pflichtwidrigkeit bei Annahme, dass der angezeigte Sachverhalt unzutreffend ist*

Der beim internen Whistleblowing anzulegende Sorgfaltsmaßstab ergibt sich demgemäß aus §§ 145d, 165 StGB sowie aus den Voraussetzungen des Anfangsverdachts. In die Abwägung, ob eine betriebsinterne Hinweisgabe pflichtverletzend war, ist zudem einzustellen, dass Whistleblowing im Sinne einer effektiven Compliance-Struktur grundsätzlich erleichtert und nicht erschwert werden soll. Pflichtwidrig ist damit in jedem Fall die bewusst falsche Hinweisgabe, d.h. internes Whistleblowing wider besseres Wissen würde einen wesentlichen Verstoß gegen die Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers und ggf. einen Kündigungsgrund darstellen. Zudem läge i.d.R. auch eine Strafbarkeit nach §§ 145d, 164 StGB nahe, ggf. käme auch § 186 StGB in Betracht. Im Umkehrschluss ist es daher bei einem internen Whistleblowing nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitnehmer unter Einhaltung der ihm obliegenden Prüfungspflicht den von ihm angezeigten Sachverhalt jedenfalls für möglich hält. Zudem sollten die Hinweise nicht lediglich auf ganz allgemeinen Gerüchten oder Gefühlslagen basieren. Insoweit allerdings liegt die Prüfungsverantwortung hauptsächlich bei den für eine betriebsinterne Ermittlung zuständigen Stellen (bspw. zunächst der Mitarbeiter, der für die Betreuung und Auswertung der über interne Hotlines eingehenden Hinweise zuständig ist). Diese haben den Hinweis zu prüfen und sollten dem internen Whistleblower ggf. erläutern, dass und warum der geäußerte Verdacht als nicht ausreichend angesehen wird. Dies kann in aller Regel auf dem eMail-Weg auch unter Wahrung der Anonymität geschehen. Rückfragen darf sich der interne Whistleblower nicht per se verschließen, sofern diese nicht ausschließlich dazu dienen, eine etwaig bewusst gewählte Anonymität auszuhöhlen.

*e) Externes Whistleblowing: Pflichtwidrigkeit, wenn der Hinweisgeber „billigend in Kauf nimmt“, dass der angezeigte Sachverhalt unzutreffend ist*

Im Fall des externen Whistleblowings eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber gilt im Hinblick auf den Verdachtsgrad nichts anderes. Hier müssen die Strafverfolgungsbehörden nach allgemeinen strafprozessualen Kriterien prüfen, ob ausreichende Anhaltspunkte für eine weitere Verfolgung, namentlich die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, ggf. gegen „unbekannt“ vorliegen. Die Sorgfaltspflicht des Arbeitnehmers ist nun allerdings gegenüber seinem Arbeitgeber anhand des Maßstabes aus § 186 StGB erhöht, d.h. er darf zumindest nicht billigend in Kauf nehmen, dass seine Informationen unzutreffend sind. Andernfalls könnte in dem externen Whistleblowing ein wesentlicher Verstoß des Arbeitnehmers gegen seine Loyalitätspflicht gesehen werden. Bei einem externen Whistleblowing wäre es demgegenüber nicht zu beanstanden, wenn der Arbeitnehmer sichere Kenntnis von ihm angezeigten Sachverhalt hat. In die vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung sind allerdings weitere Kriterien einzustellen: Möglicherweise kann gerade die (unterbleibende) Reaktion des Arbeitgebers auf ein vorangegangenes (erfolgloses) internes Whistleblowing dazu führen, dass der Verdacht als ernstzunehmend erscheint. Auf der

anderen Seite sollte aber zur Wahrung der Interessen des Unternehmens zunächst überhaupt ein internes Whistleblowing erfolgen, so dass die Rechtmäßigkeit eines unmittelbaren externen Whistleblowings eines Arbeitnehmers zumindest insoweit an erhöhte Voraussetzungen zu knüpfen ist. Ein unmittelbar externes Whistleblowing kann nur dann pflichtmäßig sein, wenn anhand objektivierbarer Umstände nachvollziehbar erscheint, dass von Seiten des Unternehmens keine entsprechenden Compliancemaßnahmen zu erwarten sind. Unmittelbares externes Whistleblowing wäre daher beispielsweise zulässig, wenn Organe bzw. die Vorstandsebene selbst in das verdächtige Verhalten verstrickt sind oder die behaupteten Missstände gar auf der Grundlage einer (informellen) Direktive erfolgt.

**III. Anwendung dieser Parameter auf die Entscheidung des EGMR**

Betrachtet man nun nochmals die Entscheidung des EGMR unter den herausgearbeiteten Parametern, sind die Erwägungen des EGMR nachvollziehbar. Dabei spielen allerdings die konkreten Umstände des Falles die entscheidende Rolle: Zunächst hat die Beschwerdeführerin ersichtlich den Weg des internen Whistleblowings gewählt, diesen später sogar durch Anwaltsschreiben in der Sache nochmals intensiviert. Auf dieses interne Whistleblowing erfolgte jedenfalls keine offenkundige oder erkennbar nachhaltige Reaktion der Unternehmensleitung. Somit war die grundsätzliche Entscheidung der Beschwerdeführerin zu einem externen Whistleblowing – hier in Form der Erstattung einer Strafanzeige – nicht pflichtwidrig. Denn ausweislich des weiteren Umstands, dass der Sachverhalt auch für den MDK zumindest untersuchungswürdig erschien (davon scheint die Entscheidung des EGMR auszugehen), spricht nichts dafür, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Strafanzeige davon ausging oder zumindest billigend in Kauf nahm, dass diese Anzeige auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage erfolgte. Dementsprechend bot das Verhalten der Beschwerdeführerin ihrem Arbeitgeber bis zu der Erstattung der Strafanzeige wohl keinen wichtigen Grund, der eine sofortige Kündigung gerechtfertigt hätte.<sup>28</sup>

Unerheblich für die Rechtmäßigkeit der Kündigung ist auch das Verhalten der Beschwerdeführerin nach der ersten Anzeige, jedenfalls soweit die sofortige Kündigung explizit und allein auf die Erstattung der Strafanzeige gestützt wurde. Dieses Verhalten der Beschwerdeführerin nach der Anzeige wäre von der Arbeitgeberin ggf. als eigener Kündigungsgrund zu prüfen gewesen. In diesem Zusammenhang wären sowohl das Insistieren auf einer erneuten Aufnahme des Ermittlungsverfahrens als auch das mit der „Demonstration“ zusammenhängende Verhalten in die Abwägung einzubeziehen gewesen. Insoweit hätte es näher gelegen, diesbezüglich ein pflichtwidriges Verhalten der Beschwerdeführerin zu sehen und zu prüfen, ob es Anlass zu einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund hätte geben können.

<sup>28</sup> Soweit eine Kündigung zunächst auf die Fehlzeiten der Beschwerdeführerin gestützt wurde, war dies nicht entscheidungsgegenständlich.