



Z A A R

Zentrum für Arbeitsbeziehungen
und Arbeitsrecht

VORTRAGSREIHE

Donnerstag, 11. April 2013 / 18.30 Uhr

Arbeitsvertrags- und datenschutzrechtliche Fragen des Whistleblowing

Referent:

Professor Dr. Martin Franzen,
Ludwig-Maximilians-Universität München



I. Arbeitsvertragsrecht

1. Meldepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber

a) Ausprägung der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB)

Drei Fallgruppen nach der Rechtsprechung:

Führungskräfte sind meldepflichtig, wenn die Überwachung und Kontrolle anderer Arbeitnehmer zu ihren Aufgaben gehört.

Andere Arbeitnehmer sind meldepflichtig, wenn das Vorkommnis einen Bezug zum Aufgabenkreis des Arbeitnehmers aufweist und Wiederholungsfahr besteht.

Ohne Bezug zum Aufgabenkreis des Arbeitnehmers: Meldepflicht, wenn dem Arbeitgeber durch den zu meldenden Pflichtverstoß des Dritten ein erheblicher Schaden droht.

b) Erweiterung der Meldepflicht durch Weisungsrecht (§ 106 GewO)?

Konkretisierung der Meldepflicht möglich, nicht aber Erweiterung.

c) Erweiterung der Meldepflicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB)

- Kriterien für die Interessenabwägung: Funktion des Arbeitnehmers und Bedeutung des Regelverstoßes

d) Exkurs: Auskunftspflicht

Umfassende Auskunftspflicht im Rahmen des Arbeitsbereichs des Arbeitnehmers (§ 666 BGB).

Außerhalb des eigenen Arbeitsbereichs: Grundsätze des Fragerechts des Arbeitgebers im Begründungsstadium des Arbeitsverhältnisses.

Auskunftspflicht besteht, wenn der Arbeitgeber für die entsprechenden Fragen ein berechtigtes, billigenwertes Interesse hat und die zutreffende Beantwortung der Fragen dem Arbeitnehmer zumutbar ist.

2. Zulässigkeit von Hinweisen gegenüber außenstehenden Stellen (externes „Whistleblowing“)

a) Gesetzliche Regelung im Arbeitsschutzrecht: § 17 Abs. 2 ArbSchG

b) Grundsätze der BAG-Rechtsprechung:

- Grundsatz: Vorrang der innerbetrieblichen Abhilfe

- Ausnahme: Unzumutbarkeit der innerbetrieblichen Abhilfe

+ eigene Strafbarkeit des Arbeitnehmers

+ Regelverstöße wurde trotz Meldung nicht abgestellt

+ Vorfälle sind schwerwiegend

+ Verdacht richtet sich gegen Arbeitgeber selbst oder seinen gesetzlichen Vertreter

- Keine wissentlich unwahren oder leichtfertig falsche Angaben.

c) Keine grundlegende Neubewertung aufgrund des EGMR-Urteils vom 21. 7. 2011 in der Rechtssache „Heinisch“

d) Gesetzesvorschläge der SPD und Bündnis 90/Die Grünen

II. Datenschutzrechtliche Fragen von Hinweisgebersystemen

Hinweisgebersystem: Unternehmen stellt eine Einrichtung zur Verfügung, die Arbeitnehmer benutzen können/sollen, um über möglicherweise rechtswidrige/verpönte Vorkommnisse im Betrieb berichten zu können.

1. Grundlegende Weichenstellungen bei der Etablierung von Hinweisgebersystemen

a) Interne oder externe Stelle?

b) Anonymität des Hinweisgebers

2. Räumliche Anwendbarkeit des BDSG

Territorialitätsprinzip bei Erhebung personenbezogener Daten in Deutschland durch verantwortliche Stelle mit Sitz in Deutschland oder außerhalb der EU/EWR.

=> BDSG anwendbar (§ 1 Abs. 5 S. 2 BDSG)

Sitzlandprinzip bei Erhebung personenbezogener Daten in Deutschland durch verantwortliche Stelle mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR.

=> BDSG nicht anwendbar (§ 1 Abs. 5 S. 1 BDSG)

3. Erhebung, Verarbeitung oder sonstige Nutzung personenbezogener Daten

a) Personenbezogene Daten: Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person (Betroffener) (§ 3 Abs. 1 BDSG).

b) Erheben von Daten: Beschaffen von Daten über den Betroffenen (§ 3 Abs. 3 BDSG).

Erforderlich ist zielgerichtetes Handeln der verantwortlichen datenverarbeitenden Stelle.

4. Datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand (§ 4 Abs. 1 BDSG)

a) Einwilligung

b) Betriebsvereinbarung

c) Rechtspflicht zur Schaffung eines Hinweisgebersystems

- keine ausländische Vorschrift

d) § 28 BDSG oder § 32 BDSG?

- § 32 BDSG ist vorrangig bei Datenerhebung und -verarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses.

- Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses:

Drei Meinungen:

+ Erfüllung beiderseitiger Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrags

+ Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis genügt

+ Mittelweg: § 32 BDSG nicht anwendbar, wenn beabsichtigte Datenerhebung oder -verarbeitung der Erfüllung weiterer vom Beschäftigungsverhältnis unabhängiger Pflichten dient

5. Interessengerechte Ausgestaltung des Hinweisgebersystems

a) Schutz der berechtigten Interessen des Betroffenen

- Vorkehrungen gegen unberechtigte Anschuldigungen
- Strikte Vertraulichkeit
- Nur auf konkreten Tatsachen beruhende Angaben.
- Hinweis auf Strafbarkeit bei falschen Angaben - nach § 186 StGB oder § 187 StGB (Üble Nachrede oder Verleumdung)?
- Alsbaldige Anhörung des Betroffenen bei Ausschluss von Verdunkelungsgefahr
- Datenvermeidung und –sparsamkeit
- Vorkehrungen, dass personenbezogene Daten gegebenenfalls gelöscht, berichtigt oder gesperrt werden (§ 35 BDSG)
- Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten

b) Erhebliche Interessen des Arbeitgebers

- Beschränkung auf Regelverstöße von Gewicht?
- Beschränkung auf Verfehlungen bestimmter Arten von Mitarbeitern?

6. Grundsatz der Direkterhebung (§ 4 Abs. 2 S. 1 BDSG)

7. Benachrichtigungspflicht nach § 33 BDSG/Auskunftspflicht nach § 34 BDSG

8. Sonderproblem: Direkte „Whistleblower-Hotline“ in die USA

- Nach hier vertretener Auffassung: BDSG ist anwendbar (§ 1 Abs. 5 S. 2 BDSG)
- jedenfalls: Übermittlung von Daten an eine Stelle ins Ausland; zulässig möglicherweise nach § 4c Abs. 2 BDSG bei Verwendung von Standardvertragsklauseln.



Begriffliches

„**Whistleblowing**“: kritische Äußerungen, Beschwerden oder Anzeigen von abhängig Beschäftigten über Missstände oder Fehlverhalten im Unternehmen.

„**Internes Whistleblowing**“: Arbeitnehmer legt vermeintliche oder bestehende Missstände gegenüber seinem Arbeitgeber bzw. den von diesem vorgesehenen Stellen dar.

„**Externes Whistleblowing**“: Arbeitnehmer informiert außenstehende Dritte (Staatsanwaltschaft, zuständige Aufsichtsbehörde).



Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 21. 7. 2011 in der Rechtssache Heinisch/Deutschland:

Kündigung einer Altenpflegerin – Frau Heinisch - in einem von Vivantes betriebenen deutschen Alterspflegeheim wegen einer Strafanzeige.

Frau Heinisch hatte Missstände in dem Altersheim, in dem sie beschäftigt war angezeigt und schließlich eine Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft wegen Abrechnungsbetrugs erstattet.



Die Kündigungsschutzklage von Frau Heinish war vor dem ArbG Berlin erfolgreich, nicht aber vor dem LAG Berlin und dem BAG. Die von Frau Heinish eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG nicht zur Entscheidung angenommen. Die hier gegen gerichtete Beschwerde zum EGMR war erfolgreich: Die 5. Kammer des EGMR hat in ihrer Entscheidung vom 21. 7. 2011 einstimmig festgestellt, dass eine Verletzung des Grundrechts von Frau Heinish auf Meinungsfreiheit aus Art. 10 EMRK vorliegt.



Arbeitsvertragsrecht

1. Meldepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber

- a) Ausprägung der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB)



Drei Fallgruppen nach der Rechtsprechung:

Führungskräfte sind meldepflichtig, wenn die Überwachung und Kontrolle anderer Arbeitnehmer zu ihren Aufgaben gehört.

Andere Arbeitnehmer sind meldepflichtig, wenn das Vorkommnis einen Bezug zum Aufgabenkreis des Arbeitnehmers aufweist und Wiederholungsgefahr besteht.

Ohne Bezug zum Aufgabenkreis des Arbeitnehmers:
Meldepflicht, wenn dem Arbeitgeber durch den zu meldenden Pflichtverstoß des Dritten ein erheblicher Schaden droht.



b) Erweiterung der Meldepflicht durch Weisungsrecht (§ 106 GewO)?

Konkretisierung der Meldepflicht möglich, nicht aber Erweiterung (h.M.)

c) Erweiterung der Meldepflicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB)

- Kriterien für die Interessenabwägung: Funktion des Arbeitnehmers und Bedeutung des Regelverstößes
- Maßvolle Erweiterung nach wohl h.M. zulässig



d) Exkurs: Auskunftspflicht

- Umfassende Auskunftspflicht im Rahmen des Arbeitsbereichs des Arbeitnehmers (§ 666 BGB).
- Außerhalb des eigenen Arbeitsbereichs: Grundsätze des Fragerechts des Arbeitgebers im Begründungsstadium des Arbeitsverhältnisses anwendbar.

Auskunftspflicht besteht, wenn der Arbeitgeber für die entsprechenden Fragen ein berechtigtes, billigenswertes Interesse hat und die zutreffende Beantwortung der Fragen dem Arbeitnehmer zumutbar ist.

- stets § 32 BDSG beachten!



2. Zulässigkeit von Hinweisen gegenüber außenstehenden Stellen (externes „Whistleblowing“)

a) Gesetzliche Regelung im Arbeitsschutzrecht: § 17 Abs. 2 ArbSchG

Beschäftigte können sich an die zuständige Behörde wenden, wenn sie auf Grund konkreter Anhaltspunkte der Auffassung sind, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und bereitgestellten Mittel nicht ausreichen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit zu gewährleisten, und der Arbeitgeber dem nicht abgeholfen hat.



b) Grundsätze der BAG-Rechtsprechung:

- Grundsatz: Vorrang der innerbetrieblichen Abhilfe



- Ausnahme: Unzumutbarkeit der innerbetrieblichen Abhilfe
 - + eigene Strafbarkeit des Arbeitnehmers
 - + Regelverstöße wurden trotz Meldung nicht abgestellt
 - + Vorfälle sind schwerwiegend
 - + Verdacht richtet sich gegen Arbeitgeber selbst oder seinen gesetzlichen Vertreter



- Keine wesentlich unwahren oder leichtfertig falsche Angaben.
- c) Keine grundlegende Neubewertung aufgrund des EGMR-Urteils vom 21. 7. 2011 in der Rechtssache „Heinisch“
- d) Gesetzesvorschläge der SPD und Bündnis 90/Die Grünen



Datenschutzrechtliche Fragen von Hinweisgebersystemen

Hinweisgebersystem: Unternehmen stellt eine Einrichtung zur Verfügung, die Arbeitnehmer benutzen können/sollen, um über möglicherweise rechtswidrige/verpönte Vorkommnisse im Betrieb berichten zu können.



1. Grundlegende Weichenstellungen bei der Etablierung von Hinweisgebersystemen

a) Interne oder externe Stelle?

b) Anonymität des Hinweisgebers?



2. Räumliche Anwendbarkeit des BDSG

Territorialitätsprinzip bei Erhebung personenbezogener Daten in Deutschland durch verantwortliche Stelle mit Sitz in Deutschland oder außerhalb der EU/EWR.

=> BDSG anwendbar (§ 1 Abs. 5 S. 2 BDSG)

Sitzlandprinzip bei Erhebung personenbezogener Daten in Deutschland durch verantwortliche Stelle mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR.

=> BDSG nicht anwendbar (§ 1 Abs. 5 S. 1 BDSG)



3. Erhebung, Verarbeitung oder sonstige Nutzung personenbezogener Daten

a) Personenbezogene Daten: Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person (Betroffener) (§ 3 Abs. 1 BDSG)

b) Erheben von Daten: Beschaffen von Daten über den Betroffenen (§ 3 Abs. 3 BDSG).

Erforderlich ist zielgerichtetes Handeln der verantwortlichen datenverarbeitenden Stelle.



4. Datenschutzrechtlicher Erlaubnistatbestand (§ 4 Abs. 1 BDSG)

a) Einwilligung

b) Betriebsvereinbarung

c) Rechtspflicht zur Schaffung eines
Hinweisgebersystems

- keine ausländische Vorschrift



d) § 28 BDSG oder § 32 BDSG?

- § 32 BDSG ist vorrangig bei Datenerhebung und -verarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses.
- Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses:



Drei Meinungen:

- + Erfüllung beiderseitiger Hauptleistungspflichten des Arbeitsvertrags
- + Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis genügt
- + Mittelweg: § 32 BDSG nicht anwendbar, wenn beabsichtigte Datenerhebung oder –verarbeitung der Erfüllung weiterer vom Beschäftigungsverhältnis unabhängiger Pflichten dient



5. Interessengerechte Ausgestaltung des Hinweisgebersystems

a) Schutz der berechtigten Interessen des Betroffenen

- Vorkehrungen gegen unberechtigte Anschuldigungen
- Strikte Vertraulichkeit
- Nur auf konkreten Tatsachen beruhende Angaben.



- Hinweis auf Strafbarkeit bei falschen Angaben - nach § 186 StGB oder § 187 StGB (Üble Nachrede oder Verleumdung)?
- Alsbaldige Anhörung des Betroffenen bei Ausschluss von Verdunkelungsgefahr
- Datenvermeidung und –sparsamkeit
- Vorkehrungen, dass personenbezogene Daten gegebenenfalls gelöscht, berichtigt oder gesperrt werden (§ 35 BDSG)
- Vorabkontrolle durch den betrieblichen Datenschutzbeauftragten



b) Erhebliche Interessen des Arbeitgebers

- Beschränkung auf Regelverstöße von Gewicht?
- Beschränkung auf Verfehlungen bestimmter Arten von Mitarbeitern?



6. Grundsatz der Direkterhebung (§ 4 Abs. 2 S. 1 BDSG)

7. Benachrichtigungspflicht nach § 33 BDSG/Auskunftspflicht
nach § 34 BDSG



8. Sonderproblem: Betrieb des Hinweisgebersystems aus dem Ausland heraus

- Nach hier vertretener Auffassung: BDSG ist anwendbar (§ 1 Abs. 5 S. 2 BDSG)
- jedenfalls: Übermittlung von Daten an eine Stelle ins Ausland; zulässig möglicherweise nach § 4c Abs. 2 BDSG bei Verwendung von Standardvertragsklauseln.



9. Der Entwurf der SPD-Bundestagsfraktion eines Gesetzes zum Schutz von Hinweisgebern (Hinweisgeberschutzgesetz)

- Hinweisgebersystem ausdrücklich erwähnt

Vielen Dank für Ihre Geduld!

Bei Rückfragen und Anregungen:

Lehrstuhl.franzen@jura.uni-muenchen.de