

---

## Internationales Recht

Nr. 7

---

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für  
Menschenrechte vom 21. Juli 2011 (Nr. 28274/08)

### Whistleblowing – Stärkung der Arbeitnehmerrechte

Bei erheblichen Mängeln in einer Pflegeeinrichtung dürfen Arbeitnehmer/innen gegen den eigenen Arbeitgeber Strafanzeige einreichen, wenn die infrage stehenden öffentlichen Interessen das Interesse des Unternehmens am Schutz seines Rufes und seiner Geschäftsinteressen überwiegen. Die Weigerung der deutschen Gerichte, eine wegen der Strafanzeige ausgesprochene fristlose Kündigung zurückzunehmen, verstösst gegen die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit.

### Sachverhalt

Die vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Beschwerde führende Altenpflegerin arbeitete in einer privatrechtlichen Berliner Pflegeeinrichtung, die sich mehrheitlich im Besitze des Bundeslandes Berlin befindet. Anfang 2003 beklagte sich die Beschwerdeführerin bei der Arbeitgeberin über diverse Missstände, u.a., dass wegen Personalmangels die Pflege nicht ordnungsgemäss durchgeführt werden könne. Auch der Medizinische Dienst der Krankenkassen (MDK) hatte mehrfach Pflegemängel festgestellt. Da sich die Situation nicht verbesserte, intervenierte die Beschwerdeführerin im November 2004 erneut bei der Geschäftsführung der Pflegeeinrichtung und ver-

langte eine Stellungnahme. Die Arbeitgeberin wies die Vorwürfe zurück. In der Folge reichte die Beschwerdeführerin gegen ihre Arbeitgeberin eine Strafanzeige wegen Betrugs ein. Vorgeworfen wurde der Arbeitgeberin, dass die Kosten für einen Platz in der Pflegeeinrichtung in keinem Verhältnis zu den erbrachten Leistungen stehen, und somit würde sich die Pflegeeinrichtung unrechtmässig bereichern. Überdies richtete der Anwalt der Beschwerdeführerin ein Schreiben an den Aufsichtsrat der Pflegeeinrichtung mit Vorwürfen, wonach wegen Personalmangels Hygienestandards nicht eingehalten würden.

Anfang 2005 sprach die Arbeitgeberin gegenüber der Beschwerdeführerin wegen wiederholter krankheitsbedingter Abwesenheit die ordentliche Kündigung aus. Darauf organisierte die Arbeitnehmerin zusammen mit der Gewerkschaft eine Flugblattaktion und forderte die Rücknahme der «politisch motivierten» Kündigung. In der Flugblattaktion wurde u.a. auf die Strafanzeige hingewiesen. Die Arbeitgeberin nahm diese Aktionen zum Anlass, gegen die Beschwerdeführerin die fristlose Kündigung auszusprechen. Das Berliner Arbeitsgericht hielt die fristlose Kündigung mit Urteil vom August 2005 für unwirksam. Die Entscheidung wurde indes vom Landesarbeitsgericht (LAG) Berlin im März 2006 aufgehoben. Das LAG erachtete die Strafanzeige als eine unverhältnismässige Reaktion auf die behaupteten Pflegemängel. Das Bundesarbeitsgericht und das Bundesverfassungsgericht liessen Beschwerden nicht zu, sodass der Entscheid des LAG rechtskräftig wurde. Hinzuweisen ist noch, dass die Staatsanwaltschaft ihre Ermittlungen im Zusammenhang mit der Strafanzeige im Januar 2005 einstellte, da zu wenig Anhaltspunkte eines strafbaren Verhaltens vorlagen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entschied mit Urteil vom 21. Juli 2011, die fristlose Kündigung stelle einen unzulässigen Eingriff in die Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK dar.<sup>1</sup> Der Eingriff konnte nicht durch die infrage stehenden Arbeitgeberinteressen (arbeitsrechtliche Pflicht zur Loyalität) gerechtfertigt werden. Der EGMR sprach der Beschwerdeführerin neben einer Kostenerstattung in Höhe von 5000 EUR auch einen Schadensersatz für den erlittenen immateriellen Schaden in Höhe von 10000 EUR zu. Weitergehende Schadensersatzforderungen wurden nicht zugelassen.

1 Das Urteil kann in der Datenbank des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte heruntergeladen werden, siehe: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=84445848&skin=hudoc-en&action=request> (zuletzt besucht: 3.1.2012).

## Erwägungen

Der EGMR bezeichnet das Verhalten der Beschwerdeführerin explizit als «Whistleblowing», das unter die in Art. 10 EMRK garantierte Meinungsfreiheit fällt.<sup>2</sup> Der EGMR ruft indes in Randziffer 46 des Urteils in Erinnerung, dass die Ausübung der Meinungsfreiheit mit Pflichten und Verantwortung verbunden ist und deshalb Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafandrohungen unterworfen werden kann, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. In der Folge prüft der EGMR, ob die Kündigung der Beschwerdeführerin eine in einem demokratischen Rechtsstaat notwendige und verhältnismässige Einschränkung der Meinungs- und Informationsverbreitungsfreiheit darstellte.

Der Gerichtshof anerkennt, dass die arbeitsrechtliche Pflicht zur Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion gegenüber der Arbeitgeberin grundsätzlich ein zulässiger Eingriff in die Meinungsfreiheit darstellt. Im konkreten Einzelfall sind dann allerdings die entgegenstehenden Arbeitnehmerinteressen an der Ausübung der Meinungsfreiheit und den Arbeitgeberinteressen an der Einschränkung gegeneinander abzuwägen.

In diese Interessenabwägung einzubeziehen ist auch das öffentliche Interesse an der Bekämpfung eines Missstandes. Vorliegend wurde ein solches Interesse angesichts der hohen gesellschaftlichen Relevanz bestmöglicher Altenpflege bejaht, in den Worten des Gerichtshofes (Rz 71 des Urteils): «Turning to the circumstances of the present case, the Court notes that the information disclosed by the applicant was undeniably of public interest. In societies with an ever growing part of their elderly population being subject to institutional care, and taking into account the particular vulnerability of the patients concerned, who often may not be in a position to draw attention to shortcomings in the care rendered on their own initiative, the dissemination of information about the quality or deficiencies of such care is of vital importance with a view to preventing abuse. This is even more evident when institutional care is provided by a State-owned company, where the confidence of the public in an adequate provision of vital care services by the State is at stake.»

Für den EGMR besteht, anders als für das LAG Berlin, kein Zweifel an den guten Absichten der Arbeitnehmerin.<sup>3</sup> Massgebend für diese Annahme ist, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Aktionen nicht in erster Linie die für sie unbefriedigenden

2 EGMR v. 21.7.2011, Appl. Nr. 28274/08, Rz 43.

3 EGMR v. 21.7.2011, Appl. Nr. 28274/08, Rz 82–87.

Arbeitsbedingungen rügte, sondern vielmehr auf die für die Patienten/innen schlimmen Zustände in der Pflegeeinrichtung aufmerksam machen wollte. Weiter ins Gewicht fällt für den EGMR, dass die Beschwerdeführerin die Strafanzeige nicht leichtfertig, sondern erst nach erfolglosen Interventionen gegenüber der Arbeitgeberin selbst eingereicht hatte.

Weiter zog der EGMR die Schwere der arbeitsrechtlichen Sanktion gegen die Beschwerdeführerin in seinen Abwägungsentscheid ein.<sup>4</sup> Die fristlose Kündigung des Arbeitsverhältnisses sei eine insoweit maximale Sanktion. Der Gerichtshof stellte nicht nur auf die massiven Auswirkungen für die betroffene Pflegerin ab, sondern auch auf die von der Kündigung ausgehende Abschreckungswirkung für andere Mitarbeiter. So sei es möglich, dass nicht nur Mitarbeiter dieser Pflegeeinrichtung, sondern auch andere in der Pflege Beschäftigte zum Schaden der Gesellschaft insgesamt 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 Mitarbeitenden am besten geeignet, ihren Arbeitgeber und die Öffentlichkeit insgesamt auf Missstände hinzuweisen. Das EGMR sah deshalb die Kündigung der Beschwerdeführerin auch unter diesem Aspekt als unverhältnismässig an.

### Bemerkungen

Das Urteil des Strassburger Gerichtshofes hat in der Öffentlichkeit und in der Fachwelt grosse Wellen geschlagen.<sup>5</sup> Besonders in Pflegekreisen wird die Entscheidung begrüsst. So schreibt die Präsidentin des Deutschen Berufsverbandes für Pflegeberufe (DBfK), Gudrun Gille, das Urteil sei ein grossartiges Signal für diejenigen, die ihre professionelle Verantwortung gegenüber hilfsbedürftigen Menschen ernst nehmen. Gille betont: «Pflegefachpersonen tragen eine individuelle Verantwortlichkeit für ihr Handeln und Unterlassen. Sie orientieren sich damit am Ethikkodex des Weltverbandes der Pflegeberufe. Zu dieser professionellen Haltung im Pflegeberuf gehört auch, auf strukturelle und organisatorische Ursachen von Minder- oder Fehlversorgung zu reagieren und diese adäquat und an zuständiger Stelle deutlich zu machen. Nur so ist der Schutz der anvertrauten Menschen zu gewährleisten.»<sup>6</sup>

In rechtlicher Hinsicht ist bemerkenswert, dass der EGMR das Einreichen einer Strafanzeige gegen das eigene Unternehmen als «Whistleblowing» bezeichnet.<sup>7</sup> In Deutschland fehlt es wie in der Schweiz an einer ausdrücklichen «Whistleblowing-Regelung» im Arbeitsrecht. Der vorliegend Deutschland betreffende Entscheid des EGMR lässt sich indes auch auf die schweizerische Rechtslage übertragen.<sup>8</sup> Eine Kündigung wegen Ausübung der Meinungsfreiheit ist nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR missbräuchlich, soweit durch die Ausübung der Meinungsfreiheit nicht eine arbeitsvertragliche Pflicht verletzt wird. Eine fristlose Kündigung ist zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt namentlich dann vor, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (Art. 337 Abs. 1 und 2 OR). Im Whistleblowing-Leitentscheid des Bundesgerichts, BGE 127 III 310, erachtete das Bundesgericht das Verhalten einer Angestellten eines Pflegeheims, die ohne Wissen des Arbeitgebers nachts im Innern des Heims einen Film drehte, diesen dem westschweizerischen Fernsehen übergab und an einer kritischen Sendung, in welcher der fragliche Film ausgestrahlt wird, teilnahm, als ausreichenden Grund für eine fristlose Entlassung. Vorgeworfen wurde der Arbeitnehmerin insbesondere, dass sie sich nicht vorgängig an die Arbeitgeberin und danach gegebenenfalls an die zuständige Aufsichtsbehörde gewendet hatte. Der vorliegende EGMR-Entscheid änderte an dieser Rechtsprechung nichts Grundlegendes.

Das EGMR-Urteil darf also nicht vorschnell als ein «Freipass» für Anschwärmungen des eigenen Unternehmens gelesen werden. Der EGMR macht deutlich, dass Whistleblower bei der Ausübung der durch die EMRK garantierte Meinungsfreiheit grundsätzlich ihre Verpflichtung zur Loyalität, Zurückhaltung und Diskretion gegenüber der Arbeitgeberin wahren müssen. Wo Whistleblowing wie vorliegend im Interesse pflegebedürftiger Menschen erfolgt ist, kann dies berechtigt sein. Im konkreten Einzelfall muss jedoch sorgfältig eine Güterabwägung zwischen den legitimen Interessen der Arbeitgeberin am Schutz ihres Rufes und am Interesse der Öffentlichkeit an Offenlegung von Missständen vorgenommen werden. Pflegeeinrichtungen tun gut daran, interne Meldestrukturen zu schaffen, um Missstände rechtzeitig zu erkennen.<sup>9</sup>

*Kurt Pärli*

4 EGMR v. 21.7.2011, Appl. Nr. 28274/08, Rz 91–95.

5 In der Schweiz wurde das Urteil u.a. kommentiert von: Rieder, Stefan, Whistleblowing als Menschenrecht, in: Jusletter vom 28. 11. 2011.

6 Siehe: <http://www.dbfk.de/pressemitteilungen/wPages/index.php?action=showArticle&article=Urteil-des-Gerichtshofs-bestaetigt-ethische-Verantwortung-von-Pflegenden.php&navid=> (zuletzt besucht: 3. 1. 2012).

7 EGMR v. 21.7.2011, Appl. Nr. 28274/08, Rz 43.

8 Siehe dazu auch Rieder (Fn. 5), Rz 15–17.

9 Siehe auch Rieder (Fn. 5), Rz 17.