
Social Judgement Rule – soziale Rechtfertigung der Duldung von Rechtsverstößen

Clemens Latzel

Seite

I. Rechtsuntreue im Kollektivarbeitsrecht	123
1. Rechtsuntreue Betriebsräte	123
2. Rechtsuntreue im Umgang mit Kollektivpartnern	124
3. Recht praktisch gedacht	125
II. Compliance-Pflicht zur Verfolgung von Rechtsverstößen	126
1. Pflicht zur Compliance	126
2. Compliance-Pflicht zum Einschreiten gegen Non-Compliance	129
a) Pflicht zur Aufklärung von Verstößen	129
b) Pflicht zum Abstellen von Verstößen	130
c) Pflicht zur Sanktionierung von Verstößen	130
aa) Grundsatz	130
bb) Relativierungen	131
cc) Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Belange	132
3. Zwischenergebnis	132
III. Legitime Duldung von Rechtsverstößen	133
1. Schutz des Rechtsfriedens in Dauerrechtsbeziehungen	133
2. Betriebsverfassungsrechtlicher Schutz des Betriebsfriedens	134
a) Schutz nach innen	134
b) Schutz nach außen	135
3. Gesellschaftsrechtlicher Schutz des Betriebsfriedens	136
a) Legalitätspflicht	136
aa) Externe und interne Pflichtenbindung	136
bb) ARAG/Garmenbeck-Doktrin	137
cc) Strenge Verfolgungspflicht nur als Aufsichtspflicht	138
dd) Legal Judgement Rule	139
ee) Zwischenergebnis	143
b) Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsvermögens	144
aa) Gewinnstreben und Unternehmenswohl	144
bb) Business Judgement Rule	145

cc)	Schranken der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit	146
dd)	Sozial gerechtfertigte Duldung von Rechtsverstößen keine Untreue	149
4.	Zwischenergebnis	151
IV.	Die Social Judgement Rule im Compliance-System	151
1.	Die Social Judgement Rule als Compliance- Bereichsausnahme	151
2.	Zwei-Klassen-Compliance	152
3.	Erosion des Rechts?	153
4.	Missbrauchspotenzial	154
5.	Internationale Akzeptanz der Social Judgement Rule	155
V.	Fazit	156
	Diskussion	157

Ist strenge Rechtstreue im Sinne einer Null-Toleranz-Compliance auch im Umgang mit Arbeitnehmern, Betriebs- und Sozialpartnern notwendig? Verlangen nicht die sozialen, sprich: zwischenmenschlichen Besonderheiten der Arbeitsbeziehungen nach gelockerten Compliance-Maßstäben, nach Compliance mit Augenmaß, nach einer *Social Judgement Rule*?

I. Rechtsuntreue im Kollektivarbeitsrecht

Zunächst sei anhand von einigen Beispielen vor allem aus dem Bereich der Betriebsverfassung illustriert, welche Rechtsverstöße in Kollektivarbeitsbeziehungen mitunter zutage treten¹. Damit wird zugleich jene *Rechtsuntreue* umrissen, um deren Duldung es im Folgenden gehen soll.

1. Rechtsuntreue Betriebsräte

Es ist kein Geheimnis, dass auch Betriebsräte keine Heiligen sind, sondern bisweilen Verfehlungen begehen, die zu Haftungsfällen und Rufschäden für das Unternehmen führen². Beispielhaft genannt seien hier:

- Rechtsuntreue Betriebsräte können es etwa im Umgang mit Bewerberdaten oder Personendaten aus Kündigungsschutzverfahren nicht so genau nehmen und dadurch Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse verletzen³ (§ 120 BetrVG).
- Arbeitnehmervertreter drücken ihre Kritik an Maßnahmen der Unternehmensleitung auch gern mit kräftigen Worten aus⁴, wobei bisweilen die Grenzen zur strafbaren Ehrverletzung (§ 185 StGB) oder auch zur unwahren Tatsachenbehauptung (§§ 186 f. StGB) überschritten werden⁵. Manche Betriebsratsmitglieder schrecken auch nicht davor zurück, dem eigenen Rechtsanwalt im Zustimmungseretzungsverfahren wissentlich eine falsche Sachlage mitzuteilen⁶.
- Droht der Betriebsrat mit Arbeitskampf, verstößt er nicht nur gegen das betriebliche Kampfverbot (§ 74 Abs. 2 Satz 1 BetrVG), sondern erfüllt auch den Tatbestand der Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB), wenn

1 Eingehend zum (kollektiven) Arbeitsrecht in der Compliance-Praxis *Barst*, in diesem Band, S. 15 ff.

2 *Klopp*, Der Compliance-Beauftragte, 2012, S. 355; Einblick in die Praxis bei *B. Müller*, Die kollektivarbeitsrechtliche Wehrhaftigkeit des Unternehmens als Compliance-Gebot, 2009, S. 216 ff.

3 *Lelley*, Compliance im Arbeitsrecht, 2010, Rn. 172, S. 75.

4 Eingehend *Rieble/Wiebauer*, Meinungskampf im Betrieb, *ZfA* 2010, 63, 65 ff.

5 *Lelley* (Fn. 3), Rn. 172, S. 75.

6 ArbG Kempten 21.8. 2012 – 2 BV 16/12, juris: Verstoß gegen § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG, aber keine *grobe* Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 1 BetrVG.

der Arbeitgeber die Drohung ernst nehmen muss. Gleiches gilt für Verhalten, das eklatant gegen das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 2 BetrVG) verstößt, wie etwa die Drohung, alle Betriebsvereinbarungen fristlos zu kündigen, wenn der Arbeitgeber eine bestimmte, mitbestimmungsfreie Entscheidung trifft⁷.

- Weil der Arbeitgeber den Sachaufwand der Betriebsratsarbeit zu tragen hat (§ 40 BetrVG), ist etwa bei Reisekosten- oder Überstundenabrechnungen Raum für betrügerisches Handeln (§ 263 StGB)⁸. Mitunter werden auch Protokolle und Anwesenheitslisten von Betriebsratssitzungen nachträglich und wahrheitswidrig ergänzt, um etwa einem kündigunggefährdeten Ersatzmitglied Sonderkündigungsschutz (§ 15 KSchG) zuteilwerden zu lassen – das ist strafbare Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB)⁹.

2. Rechtsuntreue im Umgang mit Kollektivpartnern

Es sind aber nicht nur die Mandatsträger, die Rechtsgrenzen verletzen. Erosionserscheinungen zeigt das kollektive Arbeitsrecht auch im Übrigen:

- Neben den medienwirksamen Skandalen der letzten Zeit – von Lustreisen für Betriebsratsvorsitzende über arbeitgebernahe Arbeitnehmervereinigungen bis hin zu Schmiergeldern für den Betriebsrat¹⁰ – sind vor allem die Fälle großzügiger Betriebsratsvergütung¹¹ bekannt, wie sie aktuell unter dem Aspekt der Gleichbehandlung der Mandatsträger diskutiert werden¹².
- Rechtsuntreue ist aber auch bei der Freistellung von Betriebsratsmitgliedern anzutreffen. Die gesetzliche Freistellungsstaffel (§ 38

7 *Lelley* (Fn. 3), Rn. 172, S. 76

8 *Lelley* (Fn. 3), Rn. 172, S. 76 f.

9 *Lelley* (Fn. 3), Rn. 172, S. 77; auch der Aussteller einer Urkunde kann die Urkunde verfälschen, sobald er keine alleinige Verfügungsgewalt mehr hat, *Weidemann*, in: BeckOK-StGB, Edition 23 (7/2013), § 267 StGB Rn. 25.

10 Dazu *B. Müller* (Fn. 2), S. 29 ff., 72 ff.

11 Statt vieler: *Bittmann/Mujan*, Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 1), BB 2012, 637 ff.; *Bittmann/Mujan*, Compliance – Brennpunkt „Betriebsratsvergütung“ (Teil 2), BB 2012, 1604 ff.; *Reinhard*, Betriebsratsbegünstigung als Compliance-Problem des Arbeitgebers, in diesem Band, S. 73 ff.; *Rieble*, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276 ff.; *ders.*, Anmerkung LG Braunschweig 25.1. 2007 – 6 KLs 48/06, CCZ 2008, 34 ff.

12 Zur Bevorzugung von Gewerkschaftsmitgliedern LAG Baden-Württemberg 13.2. 2014 – 3 TaBV 7/13, Pressemitteilung vom 13.2. 2014; zur üppigen Vergütung des Betriebsratsvorsitzenden www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/vertrag-von-siemens-betriebsratschef-arbeitsrechtler-sieht-strafrechtliche-komponente/8908402.html (9.1. 2014).

Abs. 1 BetrVG) steht zwar unter einem „mindestens“-Vorbehalt und ist dispositiv (§ 38 Abs. 1 Satz 5 BetrVG), doch verlangt die Rechtsprechung für überobligatorische Freistellungen, dass sie für die gesamte Wahlperiode erforderlich sind und die notwendigen Betriebsratsarbeiten auch nicht durch sonstige personelle Maßnahmen (§ 37 Abs. 2 BetrVG) aufgefangen werden können¹³. Hier bietet sich Gelegenheit zur versteckten Betriebsratsbegünstigung¹⁴.

- Im Tarifrecht zeigt sich Rechtsuntreue etwa beim Aufbau arbeitgebernaher Arbeitnehmervereinigungen („gelbe“ Gewerkschaften) einerseits¹⁵ und bei rechtswidrigen Arbeitsk Kampfmaßnahmen andererseits¹⁶, die aber nicht selten wieder über Maßregelungsverbote im Tarifvertrag „eingefangen“ werden¹⁷.

Kurz: Es lässt sich allenthalben beobachten, dass der

„Machtungleich zwischen der Arbeitgeberseite und der Arbeitnehmerseite (Gewerkschaften und Betriebsräte) unter Begehung und Inkaufnahme vielfacher und vielseitiger Rechtsverletzungen stattfindet. Kooperative Kräfte auf der Arbeitnehmerseite mit ausgeprägtem Verständnis für die unternehmerischen Belange sind manchem Unternehmen viel wert, auch die Verwirklichung von Straftatbeständen“¹⁸.

3. Recht praktisch gedacht

Es soll hier nicht darum gehen, das Recht zu relativieren – es geht *nicht* um die „soziale Rechtfertigung von Rechtsverstößen“. Es gilt vielmehr, die von der Compliance geforderte Rechtstreue, insbesondere die Compliance-Pflicht zur Verfolgung von Rechtsverstößen im Unternehmen mit den praktischen Bedürfnissen kollektiver Arbeitsbeziehungen in Einklang zu bringen. Wie *Volker Rieble* schon auf dem 5. Ludwigsburger Rechtsgespräch konstatiert hat, lebt das Arbeitsrecht

„in besonderer Weise von der Kungelei. Kollektivstreitigkeiten werden gedealt, im Kündigungsschutzprozeß wird verglichen. Über allen Kungeleien, die den

13 LAG Rheinland-Pfalz 19.12. 2003 – 8 TaBV 558/03, juris Rn. 26.

14 Vgl. *Thüsing*, in Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 14. Aufl. 2013, § 38 Rn. 21.

15 Dazu *Kittner*, Kommen die „Gelben“ zurück?, Festschrift Zachert, 2010, S. 595 ff.; *Rieble*, Strafbare Arbeitgeberfinanzierung gelber Arbeitnehmervereinigungen, ZIP 2009, 1593 ff.

16 Zum Flashmob *Thüsing/Waldhoff*, Koalitionsfreiheit und Arbeitsrechtskampf, ZfA 2011, 329 ff.

17 Dazu unten III 3 b, dd.

18 *B. Müller* (Fn. 2), S. 95.

Arbeitgeber etwas kosten und die nicht vom Unternehmensinhaber selbst gedeckt sind, schwebt das Damoklesschwert der Untreue¹⁹.

Doch ist rigorose Rechtstreue Selbstzweck? Oder braucht nicht der Umgang mit Betriebs- und Sozialpartnern trotz allgegenwärtiger Compliance-Forderungen einen Bereich für geduldete Rechtsverstöße, um die Funktionsfähigkeit der Mitbestimmung wie des Tarifwesens nicht zum Erliegen zu bringen? Kurz: Kann die *Duldung* von Rechtsverstößen aus sozialen Gründen Compliance-konform sein? Die Frage harrt noch einer Antwort, gleichwohl an Publikationen zur Arbeitsrechts-Compliance im Allgemeinen kein Mangel herrscht. Immerhin eine Dissertation widmet sich der „kollektivarbeitsrechtlichen Wehrhaftigkeit des Unternehmens als Compliance-Gebot“²⁰ und fordert auch in Kollektivarbeitsbeziehungen strenge Rechtstreue, weil der Vorstand die Interessen der Anleger verrate, wenn er „sachfremden (Macht-) Interessen der Arbeitnehmervertreter den Vorrang einräumt“²¹.

II. Compliance-Pflicht zur Verfolgung von Rechtsverstößen

Compliance meint bekanntlich ein

„Verhalten in Übereinstimmung mit geltendem Recht und mit im Unternehmen bzw. im Unternehmensverband aufgestellten Regeln zur Vermeidung von Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Haftungsfällen und anderen Ereignissen mit negativen Auswirkungen für das Unternehmen“²².

1. Pflicht zur Compliance

Die generelle Pflicht, Compliance-Maßnahmen im Unternehmen zu treffen, folgt schon aus der Legalitäts- und Leitungspflicht des Vorstands. Er muss für rechtmäßiges Verhalten im *ganzen* Unternehmen sorgen und sicherstellen, dass alle Mitarbeiter ihre Aufgaben ordnungsgemäß, insbesondere legal erfüllen²³. Ergänzend verlangt § 130 Abs. 1 OWiG Compliance, soweit es um Pflichten geht, die die Unternehmensleitung treffen *und* deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist²⁴.

19 *Rieble*, Arbeitsstrafrecht als Wirtschaftsstrafrecht, in: Rieble/Junker/Giesen (Hrsg.), Arbeitsstrafrecht im Umbruch, 2009, § 2 Rn. 79.

20 *B. Müller* (Fn. 2).

21 *B. Müller* (Fn. 2), S. 97.

22 *Böhm*, Non-Compliance und Arbeitsrecht, 2011, S. 31 mit weiteren Nachweisen.

23 *Habersack*, Grund und Grenzen der Compliance-Verantwortung des Aufsichtsrats der AG, AG 2014, 1, 2; *Reichert*, Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens, ZIS 2011, 113, 114; *Thole*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504, 510.

24 Dazu *Baumert*, Handlungssicherheit in der Compliance-Arbeit an Beispielen, CCZ 2013, 265, 267 ff.

„Während ... die Legalitätspflicht die Verpflichtung zum rechtmäßigen Unternehmenshandeln begründet, beschreibt Compliance eine Methode insbesondere organisatorischen Charakters, die die Erfüllung der Legalitätspflicht in der Praxis sichert“²⁵.

Die Unternehmensleitung muss alle unternehmensangehörigen Personen zu rechtstreuem Verhalten anhalten, daraufhin kontrollieren und Compliance-widriges Verhalten sanktionieren²⁶. Diese grundlegenden Compliance-Pflichten sollen nicht nur Ausdruck einer *guten* Unternehmensführung (*Corporate Governance*) sein, sondern eine „integrale Kernfunktion der Unternehmensleitung“ bilden, deren „fehlende oder unvollkommene Um- bzw. Durchsetzung“ gegen die Pflicht zur *sorgfältigen* Unternehmensleitung verstößt²⁷. Dementsprechend²⁸ verlangt auch der Deutsche Corporate Governance-Kodex (DCGK) vom Vorstand, für die Einhaltung aller gesetzlichen Bestimmungen sowie unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen (Nr. 4.1.3 DCGK).

Auch wenn man nicht generell von allen Unternehmen *Corporate Compliance* nach „*Best Practice Standards*“ verlangen will²⁹ – insbesondere nicht außerhalb des besonders regulierten Banken- und Versicherungssektors³⁰ – werden Unternehmen gleichwohl schon zur Vermeidung von Vergabesperren³¹, Rufschäden und bloßen Haftungsrisiken in eigenem Interesse auf rechtstreuem Verhalten von Organmitgliedern wie Mitarbeitern

-
- 25 Reichert, ZIS 2011, 113, 114; in diesem Sinne auch Habersack, AG 2014, 1, 2.
- 26 Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, § 91 Rn. 47; Reichert/Ott, Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173; zur initialen Caremark-Entscheidung des Delaware Supreme Court von 1996 von Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, 2008, S. 538 ff.
- 27 Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2174; vgl. Fleischer, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, 1129, 1131; zur Herleitung Reichert, ZIS 2011, 113, 114 ff.
- 28 Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141.
- 29 Böhm (Fn. 22), S. 61 ff.
- 30 Zur besonderen Verantwortung von Vorstand und Aufsichtsrat im Bankensektor Hopt, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793 ff. – im Versicherungssektor: Lowen/Raapke, Aktuelle Entwicklungen in der Corporate Governance von Versicherungsunternehmen, VersR 2012, 257 ff.
- 31 Eingehend zur Compliance als Mittel zur (Wieder-) Erlangung vergaberechtlicher Zuverlässigkeit Dreher/Hoffmann, Die erfolgreiche Selbstreinigung zur Wiedererlangung der kartellvergaberechtlichen Zuverlässigkeit und die vergaberechtliche Compliance, NZ Bau 2014, 67 ff., 150 ff.

achten³², wenn auch nach Branche, Größe, Konzernstruktur, Internationalisierungsgrad und Börsennotierung unterschiedlich³³.

Spätestens seit der BGH-Entscheidung zur strafrechtlichen Garantenpflicht des Compliance-Beauftragten³⁴ steht die grundsätzliche Pflicht zur Einführung von Compliance-Maßnahmen außer Frage. Im Umkehrschluss hat damit nämlich der 5. Strafsenat die Unternehmensleitung zum Garanten für die (Straf-) Rechtstreue im Unternehmen erklärt und sie somit immerhin zur Verhinderung von *Straftaten* im Unternehmen verpflichtet³⁵. Denn: „Delegieren kann der Unternehmensinhaber oder der Vorstand nur jene Garantenverantwortung, die er selber hat“³⁶. Indes betont zwischenzeitlich der 6. Zivilsenat des BGH, dass weder Geschäftsführer noch Vorstandsmitglieder schon kraft Amtes im *Außenverhältnis* dafür einstehen müssen, dass sich die Gesellschaft rechtmäßig verhält und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt³⁷.

„Denn die Bestimmungen der § 43 Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG regeln allein die Pflichten des Geschäftsführers bzw. Vorstandsmitglieds aus seinem durch die Bestellung begründeten Rechtsverhältnis zur Gesellschaft. Sie dienen nicht dem Zweck, Gesellschaftsgläubiger vor den mittelbaren Folgen einer sorgfaltswidrigen Geschäftsleitung zu schützen“³⁸.

Deswegen wird teilweise nur eine Garantenstellung aus Ingerenz wegen Nichtverhinderung von Straftaten in den Fällen angenommen, in denen es bei der Aufgabendelegation und Überwachung der aktiv Handelnden zu groben und gehäuften Versäumnissen sowie in der Folge zur Verletzung hochrangiger Individualrechtsgüter (nicht bloßen Vermögensschäden) gekommen ist³⁹. Immerhin verlangt nun auch der 5. Strafsenat des BGH für

32 *Böhm* (Fn. 22), S. 62 f.; *Habersack*, AG 2014, 1, 2; *Sieg*, Arbeitnehmer im Banne von Compliance-Programmen – zwischen Zivilcourage und Denunziantentum, Festschrift Buchner 2009, S. 859, 860.

33 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 116.

34 BGH 17.7. 2009 – 5 StR 394/08, NJW 2009, 3173 Rn. 27; dazu *Rönnau/F. Schneider*, Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant, ZIP 2010, 53 ff.

35 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 115 f.; Gegenüberstellung von straf- und zivilrechtlicher Garantenpflicht von Geschäftsleitern im Außenverhältnis bei *Nietsch*, Die Garantenstellung von Geschäftsleitern im Außenverhältnis, CCZ 2013, 192 ff.

36 *Rieble*, Zivilrechtliche Haftung der Compliance-Agenten, CCZ 2010, 1.

37 BGH 10.7. 2012 – VI ZR 341/10, NZG 2012, 992 Rn. 22 f., unter Verweis auf BGH 19.2. 1990 – II ZR 268/88, NJW 1990, 1725, 1729 f.

38 BGH 10.7. 2012 – VI ZR 341/10 (Fn. 37), Rn. 23; hingegen kann nach *Habersack*, AG 2014, 1, 2, die „ordnungsgemäße Wahrnehmung der Compliance-Aufgabe ... auch die Außenhaftung der Gesellschaft begrenzen“.

39 *Nietsch*, CCZ 2013, 192, 194 ff.

eine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, dass die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens „klar und evident“ war⁴⁰.

2. Compliance-Pflicht zum Einschreiten gegen Non-Compliance

Aus dem Kanon der Compliance-Pflichten⁴¹ interessiert hier die Pflicht zur *Verfolgung* von Rechtsverstößen. Dabei handelt es sich freilich um ein Pflichtenbündel: Ist es im Unternehmen zu Rechtsverstößen gekommen bzw. bestehen entsprechende Verdachtsmomente, muss die Unternehmensleitung diese aufklären, abstellen und die Urheber sanktionieren⁴².

a) Pflicht zur Aufklärung von Verstößen

Sind Rechtsverstöße im Unternehmen bekannt geworden oder besteht ein entsprechender Verdacht, ist zunächst der Sachverhalt aufzuklären und sind mögliche Schuldige zu ermitteln⁴³. Da es sich dabei um eine nicht disponible Rechtspflicht des Vorstands handelt (vgl. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG in Verbindung mit § 130 Abs. 1 OWiG)⁴⁴, kommt ihm kein Entschließungsermessen zu, sondern ist er grundsätzlich zur umfassenden Aufklärung verpflichtet, weil nur so generalpräventiv auch weitere Verstöße unterbunden werden können⁴⁵. Die *Business Judgement Rule* (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG)⁴⁶ findet insoweit keine Anwendung⁴⁷.

Nur *wie* der Vorstand den Sachverhalt aufklärt, fällt in sein Ermessen. Dabei kommt ihm ein unternehmerischer Entscheidungsspielraum nach den Regeln der *Business Judgement Rule* zu⁴⁸, weil der Vorstand auf unsi-

40 BGH 28.5. 2013 – 5 StR 551/11, NStZ 2013, 715 unter Verweis auf BVerfG 23.6. 2010 – 2 BvR 2559/08, 105/09, 491/09, BVerfGE 126, 170, 210 f. = NJW 2010, 3209; insoweit überholt BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, NJW 2006, 522 Rn. 33 ff. (Mannesmann).

41 Eingehend *Böhm* (Fn. 22), S. 54 ff.

42 *M. Junker/Knigge/Pischel/Reinhart*, in: Büchting/Heussen (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwaltslexikon, 10. Aufl. 2011, § 48 Rn. 38 ff.

43 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 117; zur Überwachungspflicht des Aufsichtsrats über Compliance-Maßnahmen des Vorstands eingehend *Reichert/Ott*, Die Zuständigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat zur Aufklärung von Non Compliance in der AG, NZG 2014, 241, 244 ff.

44 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176.

45 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176; *Reichert*, ZIS 2011, 113, 117; *Reichert/Ott*, NZG 2014, 241, 242 f.

46 Dazu unten III 3 b, bb.

47 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 117.

48 *M. Junker/Knigge/Pischel/Reinhart*, in: Büchting/Heussen (Fn. 42), § 48 Rn. 39; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176 f.; *Reichert/Ott*, NZA 2014, 241, 243 f. – auch zu Aufklärungsmitteln und -umfang.

cherer Grundlage eine Prognose darüber zu treffen hat, welche Aufklärungsart der Bedeutung des Falls angemessen ist und auch Erfolg verspricht⁴⁹. Staatliche Ermittlungsbehörden sind nicht zwingend einzuschalten, jedoch kann das bei schweren Straftaten und wegen ihrer besonderen Ermittlungsbefugnisse erforderlich werden⁵⁰. Freilich sind insofern Rufschäden zu befürchten⁵¹, doch dürfen diese nicht den Ausschlag geben⁵².

b) Pflicht zum Abstellen von Verstößen

Werden Rechtsverstöße festgestellt, muss der Vorstand dafür sorgen, dass sie nachhaltig abgestellt werden⁵³. „Compliance bedeutet also nicht nur Fehlerdiagnose, sondern auch Therapie“⁵⁴. Konkret muss der Vorstand eine fallbezogene Ursachenforschung betreiben und alle Maßnahmen ergreifen, um die Missstände dauerhaft zu beenden, die Rechtmäßigkeit des Unternehmenshandelns wieder herzustellen und künftige Zuwiderhandlungen auszuschließen⁵⁵. Er hat auch insofern nur ein Auswahl-, kein Entschließungsermessen⁵⁶.

c) Pflicht zur Sanktionierung von Verstößen

aa) Grundsatz

Schließlich muss der Vorstand Rechtsverstöße auch sanktionieren – und zwar nach allgemeiner Auffassung zwingend, spürbar und sichtbar⁵⁷. Nur die Art und Weise der Sanktionierung soll im Ermessen der Unternehmensleitung liegen und richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Schwere des Rechtsverstoßes, der individuellen Vorwerfbarkeit etc.⁵⁸ Der Vorstand soll „Augenmaß walten lassen“, dabei aber den Compliance-Gedanken konsequent durchsetzen und künftige Compliance-Verstöße wirksam verhindern⁵⁹. Als Sanktionsmittel kommen vor al-

49 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 118.

50 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 26), § 91 Rn. 55; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2177.

51 Grund dafür kann aber auch eigener Übereifer sein, *Hamm*, Compliance vor Recht?, NJW 2010, 1332 ff.

52 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 118, 120 f.

53 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2177.

54 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 118 f.

55 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2177.

56 *M. Junker/Knigge/Pischel/Reinhart*, in: Büchting/Heussen (Fn. 42), § 48 Rn. 40; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2177 f.

57 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 119 mit weiteren Nachweisen.

58 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2178 f.

59 *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2179.

lem arbeitsrechtliche Maßnahmen⁶⁰ (Abmahnung, Kündigung), die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sowie die Initiierung von Straf- und Bußgeldverfahren in Betracht⁶¹.

bb) Relativierungen

Bisweilen wird indes schon die *Entschließung*, gegen Compliance-Verstöße von Arbeitnehmern überhaupt einzuschreiten, relativiert⁶². So soll „der Verzicht auf an sich zulässige arbeitsrechtliche Reaktionen“ nur dann pflichtwidrig sein, wenn von Sanktionen „systematisch bzw. nahezu vollständig abgesehen wird“. Als „Faustformel“ sei dabei darauf abzustellen, dass die Unternehmensleitung nicht den Eindruck vermitteln dürfe, rechtswidriges Verhalten *generell* zu dulden⁶³. So sollen Arbeitnehmer erst dann zwingend aus dem Unternehmen „zu entfernen“ sein, wenn sie wegen Kartellrechtsverstößen oder Korruptionsdelikten eine Vergabesperre oder einen Boykott ausgelöst haben⁶⁴. Verstöße gegen *interne* Compliance-Regeln dürften sanktionslos hingenommen werden, Verstöße gegen *Gesetze* hingegen nie⁶⁵.

Strengere Ansichten befürworten zwar bei der Sanktionsentschließung eine Null-Toleranz-Politik, berücksichtigen aber beim *Auswahlermessen* das Unternehmensinteresse insofern, als nicht gerade die Mitarbeiter gekündigt werden müssen, die bei der Aufdeckung des Sachverhalts und damit auch zur Reduzierung von Bußgeldern (etwa wegen Kartellabsprachen) hilfreich sein können⁶⁶. Selbst Straftäter sollen zu Aufklärungszwecken im Unternehmen einstweilen gehalten werden und als Kronzeugen auch von allen Haftungen freigestellt werden dürfen⁶⁷.

60 Im Einzelnen *Böhm* (Fn. 22), S. 226 ff.; zur Kündigungspflicht des Arbeitgebers *Kolbe*, Unkündbarkeit für Korruptionstäter?, NZA 2009, 228, 231.

61 *M. Junker/Knigge/Pischel/Reinhart*, in: Büchting/Heussen (Fn. 42), § 48 Rn. 41; *Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht, 2009, S. 133 ff.; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2179; eingehend zur Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden *Reichert*, ZIS 2011, 113, 120 f.

62 *Böhm* (Fn. 22), S. 221.

63 *Böhm* (Fn. 22), S. 221.

64 *Böhm* (Fn. 22), S. 221 f.; eingehend *Dreher/Hoffmann*, NZ Bau 2014, 67, 72 ff.

65 *Böhm* (Fn. 22), S. 222.

66 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 120.

67 Vgl. *Hasselbach/Seibel*, Die Freistellung von Vorstandsmitgliedern und leitenden Angestellten von der Haftung für Kartellrechtsverstöße, AG 2008, 770, 771; differenzierend *Dreher/Hoffmann*, NZ Bau 2014, 67, 73 f.

cc) Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Belange

Zwar werden im Umgang mit Non-Compliance gemeinhin auch arbeitsrechtliche Kriterien berücksichtigt, doch – soweit ersichtlich – nur individualarbeitsrechtliche und diese auch nur auf der Rechtsfolgenseite:

- So wird betont, dass sich der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nur gegen die sachwidrige *Schlechterstellung* von Arbeitnehmern wendet und deshalb keine gleichmäßige Sanktionierung aller Arbeitnehmer erzwingen kann⁶⁸.
- Ferner wird konstatiert, dass die Schutzpflichten des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft aus § 12 Abs. 3 AGG bzw. § 241 Abs. 2 BGB ein Einschreiten gegen störende Arbeitnehmer erzwingen können⁶⁹.
- Schließlich sollen die vom BAG aufgestellten Grundsätze zur *Whistleblower*-Kündigung wegen Verletzung arbeitsvertraglicher Rücksichtnahmepflichten durch voreilige Strafanzeige gegen den Arbeitgeber⁷⁰ auch im umgekehrten Verhältnis *zum Arbeitnehmer* gelten⁷¹.

3. Zwischenergebnis

Die Unternehmensleitung ist zum Aufklären, Abstellen und Sanktionieren von Rechtsverstößen im Unternehmen aus Gründen der Legalitätspflicht, aber auch aus § 130 OWiG sowie wegen ihrer strafrechtlichen Garantstellung verpflichtet. Bei der Entschließung, *ob* überhaupt aufgeklärt, abgestellt und sanktioniert wird, hat die Unternehmensleitung nach allgemeiner Auffassung kein Ermessen, sondern erst bei der Auswahl der adäquaten Mittel. Nur vereinzelt wird auch die generelle Pflicht zum Einschreiten gegen Rechtsverstöße unter Bagatell-Gesichtspunkten infrage gestellt. Den Besonderheiten der *Individualarbeitsbeziehungen* wird allenfalls bei Auswahl der Sanktionsmittel Rechnung getragen; die *Kollektivarbeitsbeziehungen* werden unter Compliance-Gesichtspunkten bislang ignoriert⁷².

68 *Böhm* (Fn. 22), S. 223 ff.; werden allerdings für denselben Rechtsverstoß Arbeitnehmer nur *selektiv* gekündigt, können die Arbeitsgerichte daraus schließen, dass dem Arbeitgeber die Fortsetzung der Arbeitsverhältnisse mit *allen* Arbeitnehmern zumutbar ist, wenn die Ungleichbehandlung nicht hinreichend begründet ist, *Mengel* (Fn. 61), S. 150 f.

69 *Böhm* (Fn. 22), S. 223; *Mengel* (Fn. 61), S. 131 f.

70 BAG 3.7. 2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427, 430.

71 *Reichert*, ZIS 2011, 113, 121.

72 *Barst* (Fn. 1); lediglich *B. Müller* (Fn. 2), S. 169 f.: „Das Compliance-Gebot ist im kollektiven Arbeitsrecht wie in anderen Rechtsbereichen absolut.“

III. Legitime Duldung von Rechtsverstößen

Aus zivilrechtlicher Sicht ist es eine primär privatautonome Entscheidung, ob man eigene Rechte und Ansprüche geltend macht – oder eben nicht. Nicht selten wird aber Compliance nicht nur als Pflicht zur Rechtstreue, sondern auch als Pflicht zur Rechtsverwirklichung und -durchsetzung – gerne unter Verweis auf diffuse Untreuerisiken – überinterpretiert⁷³. Dabei wird übersehen, dass auch Rechtsbeziehungen von Kapitalgesellschaften nicht nur eine *wirtschaftliche*, sondern auch eine *soziale* Seite haben.

1. Schutz des Rechtsfriedens in Dauerrechtsbeziehungen

Das Zivilrecht verlangt völlig zu Recht *nicht*, dass dort, wo Menschen alltäglich eng zusammenarbeiten, strenge Rechtstreue herrscht. Könnte jeder Beteiligte den anderen schon wegen dessen kleinsten Verfehlungen zur Rechenschaft ziehen, wäre es alsbald um die Dauerrechtsbeziehung geschehen. Deswegen ist etwa zur einseitigen Beendigung von Dauerschuldverhältnissen durch außerordentliche Kündigung ein wichtiger Grund erforderlich (§ 314 Abs. 1 BGB). Besteht der wichtige Grund in einer Pflichtverletzung ist diese sogar zunächst nur abzumahnern (§ 314 Abs. 2 BGB). Einfache Rechtsverstöße sollen also gerade nicht zum sofortigen Abbruch des Dauerschuldverhältnisses führen, ja das Gesetz unterbindet das für den Regelfall sogar, schützt also den Rechtsfrieden und damit die Rechtsbeziehung an sich.

Aus dem gleichen Grund wird in Dauerrechtsbeziehungen der allgemeine Sorgfaltsmaßstab des § 276 Abs. 1 BGB abgesenkt. So reduziert etwa § 1359 BGB die Sorgfaltspflicht von Ehegatten „bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen“ auf die *diligentia quam in suis* (ebenso § 4 LPartG). Dass Ehegatten untereinander nur für diejenige Sorgfalt einzustehen haben, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen, kann im Einzelfall eine Haftungsfreistellung für leichte und mittlere Fahrlässigkeit bedeuten (§ 277 BGB). Das wird unter anderem damit gerechtfertigt,

„daß wegen des engen Verhältnisses der Gatten in der ehelichen Gemeinschaft die Angelegenheiten jedes Gatten zwangsläufig dem Einfluß des Partners ausgesetzt sind; das erhöht die Wahrscheinlichkeit der Verletzung der Rechtsgüter des Partners“⁷⁴.

Würden Ehegatten einander nach allgemeinen Sorgfaltsmaßstäben haften, wäre die eheliche Gemeinschaft auf Dauer über Gebühr belastet, was dem

73 Etwa *U.H. Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645, 646; *Lelley* (Fn. 3), Rn. 16; *Behringer*, Compliance Kompakt, 3. Aufl. 2013, S. 35.

74 *Voppel*, in: *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 4 Familienrecht, Neubearbeitung 2012, § 1359 BGB Rn. 6.

ehelichen Rechtsfrieden abträglich wäre⁷⁵. Rechtsfrieden ist wichtiger als strenger Rechtsgüterschutz. Deswegen gilt im Eltern-Kind-Verhältnis die gleiche Haftungsmilderung (§ 1664 Abs. 1 BGB)⁷⁶, obwohl sich Kinder ihre Eltern nicht aussuchen können.

2. Betriebsverfassungsrechtlicher Schutz des Betriebsfriedens

Der Schutz des Rechtsfriedens in Dauerrechtsbeziehungen setzt sich in der Betriebsverfassung fort. Der Arbeitgeber kann sich auch nicht „seinen“ Betriebsrat aussuchen, ist aber gleichwohl auf ihn angewiesen, und die Betriebspartnerschaft damit eine schützenswerte Dauerrechtsbeziehung, die nicht durch schonungslose Rechtsdurchsetzung und -verwirklichung zerstört werden soll.

a) Schutz nach innen

Nach § 23 Abs. 1 BetrVG kann nur die „grobe Verletzung gesetzlicher Pflichten“ den Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds oder die Auflösung des ganzen Betriebsrats rechtfertigen, obwohl die Vorschrift gerade die „gesetzmäßige Durchführung der Betriebsverfassung“ sichern soll⁷⁷. Es geht also nur darum, ein „Mindestmaß gesetzmäßiger Amtsausübung des Betriebsrats“ sicherzustellen⁷⁸. Das BAG verlangt, dass „der Auszuschließende durch ein ihm anrechenbares Verhalten die Funktionsfähigkeit des Betriebsrats ernstlich bedroht oder lahmgelegt hat“⁷⁹. Es soll gerade dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit *entsprechen*, weniger gewichtiges Fehlverhalten ohne Folgen zu lassen⁸⁰. Folgerichtig schließt auch § 15 Abs. 1 KSchG die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern für leichtere Verfehlungen aus⁸¹.

75 Voppel, in: Staudinger, (Fn. 74), Rn. 7.

76 Hinter dem (rechtspolitisch umstrittenen) § 708 BGB steht nur der Gedanke, dass sich die Gesellschafter einander freiwillig ausgesucht haben und sich deswegen gegenseitig auch so nehmen müssen, wie sie sind, *Habermeier*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, Bearbeitung 2003, § 708 BGB Rn. 12 ff.

77 Thüsing, in: Richardi (Fn. 14), § 23 Rn. 1.

78 Thüsing, in: Richardi (Fn. 14), § 23 Rn. 3; Oetker, in: Gemeinschaftskommen-
tar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 10. Aufl. 2014, § 23 Rn. 15.

79 BAG 5.9.1967 – 1 ABR 1/67, BAGE 20, 56, 66 = BB 1967, 1335 .

80 Thüsing, in: Richardi (Fn. 14), § 23 Rn. 11.

81 Die außerordentliche Kündigung von Betriebsratsmitgliedern ist nach allgemeinen Regeln (§ 626 BGB) möglich, bedarf aber der Zustimmung des Betriebsratsgremiums (§ 103 Abs. 1 BetrVG), die notfalls gerichtlich ersetzt werden kann (§ 103 Abs. 2 BetrVG).

Umgekehrt kann auch der Arbeitgeber nach § 23 Abs. 3 BetrVG erst bei „groben“ Rechtsverstößen vom Betriebsrat oder einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft zur Rechtstreue angehalten werden. Auch das dient – so das BAG – „dem Schutz der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung“ und soll nur ein „Mindestmaß gesetzmäßigen Verhaltens des Arbeitgebers im Rahmen der betriebsverfassungsrechtlichen Ordnung“ sicherstellen⁸². Freilich hat der Betriebsrat daneben einen allgemeinen Unterlassungsanspruch und zwar bei groben wie „einfachen“ Verletzungen von Mitbestimmungsrechten⁸³.

Vollkommene Rechtstreue ist also unter Betriebspartnern nicht erzwingbar. Der Betriebsfrieden, auf den § 74 Abs. 2 Satz 2 BetrVG die Betriebspartner ausdrücklich verpflichtet, ist schützenswertes Rechtsgut und soll – wie der generell in Dauerrechtsbeziehungen geschützte Rechtsfrieden – nicht schon durch kleinere Verfehlungen erschüttert werden. Ebenso ist auch das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) eine Absage an konfrontativen Klassenkampf⁸⁴, bei dem es angezeigt wäre, dem anderen auch kleinste Verfehlungen vorzuhalten. Stattdessen geht es um Kooperation, um den „Gedanken des Zusammenwirkens“⁸⁵.

b) Schutz nach außen

So gesehen ist es nur konsequent, dass die Wahrung des Betriebsfriedens den Betriebspartnern selbst in die Hand gegeben ist. Nicht nur die Antragsrechte nach § 23 BetrVG liegen bei Betriebsrat, Gewerkschaft und Arbeitgeber, auch die Straftaten nach § 119 BetrVG werden nur auf Antrag derselben Akteure verfolgt (§ 119 Abs. 2 BetrVG). Dass dadurch „der Bock zum Gärtner gemacht“ wird⁸⁶, kann man auch – positiv formuliert – als Ausdruck hoheitlicher Zurückhaltung zum Schutz der Betriebspartnerschaft werten. Rechtsgüter, deren Schutz in das Ermessen der Betroffenen gestellt ist, sind dem öffentlichen Rechtstreueinteresse entzogen. Dementsprechend spricht die Rechtsprechung auch dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten seine Kontrollrechte (§§ 4f, 4g BDSG) gegenüber dem Betriebsrat ab⁸⁷.

82 BAG 20.8. 1991 – 1 ABR 85/90, NZA 1992, 317, 318.

83 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 14), § 23 Rn. 80 ff.; nach *Wiebauer*, Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung, 2010, Rn. 528, gerät damit die Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung unverhältnismäßig.

84 *Richardi*, in: Richardi (Fn. 14), § 2 Rn. 5.

85 *Richardi*, in: Richardi (Fn. 14), § 2 Rn. 5 unter Verweis auf BVerfG 1.3. 1979 – 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, NJW 1979, 699 (Mitbestimmung).

86 *Löwisch/Kaiser*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl. 2010, § 119 Rn. 48.

87 BAG 11.11. 1997 – 1 ABR 21/97, NZA 1998, 385; kritisch *Lelley* (Fn. 3), Rn. 174 f.; hingegen soll der Compliance-Beauftragte auch gegenüber dem Be-

3. Gesellschaftsrechtlicher Schutz des Betriebsfriedens

Auch das Gesellschaftsrecht ist einer *Duldung* von Rechtsverstößen aus sozialen Gründen keineswegs so verschlossen, wie mitunter behauptet wird. Bei genauerer Betrachtung (a) der Legalitätspflicht und (b) der Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsvermögens zeigt sich, dass eine Null-Toleranz-Compliance in den individuellen wie kollektiven Arbeitsbeziehungen auch aus gesellschafts- und folglich auch aus strafrechtlicher Sicht *nicht* gefordert ist.

a) Legalitätspflicht

Die *Corporate Compliance* gründet in der Leitungs- und Organisationsverantwortung des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG)⁸⁸, dessen Mitglieder die Unternehmensgeschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu führen haben (§ 93 Abs. 1 AktG). Daraus folgt nach allgemeiner Auffassung die sogenannte Legalitätspflicht⁸⁹, das heißt, alle Organmitglieder⁹⁰ haben die Pflichten und Vorgaben der Rechtsordnung einzuhalten⁹¹. Die Rechtsordnung bildet insbesondere die äußerste Grenze für das Vorstandshandeln⁹².

aa) Externe und interne Pflichtenbindung

Die Pflichtenbindung der Geschäftsleitung erstreckt sich *intern* auf die Gesellschaftsverfassung (Gesellschaftsrecht, Satzung, Geschäftsordnung)⁹³ sowie *extern* auf alle Rechtsvorschriften außerhalb des formellen Gesellschaftsrechts (materielles Wirtschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Steuerrecht etc.), wozu auch das Arbeitsrecht zählt⁹⁴.

triebsrat kontrollbefugt sein, aber seine Maßnahmen insoweit „auf das Nötigste“ beschränken, *Klopp* (Fn. 2), S. 355 ff.

88 Die Ausführungen konzentrieren sich auf die Aktiengesellschaft, gelten aber grundsätzlich auch für die GmbH (§ 43 Abs. 1 GmbHG) wie die GmbH & Co. KG; vgl. *Bachmann*, Die Haftung des Geschäftsleiters für die Verschwendung von Gesellschaftsvermögen, NZG 2013, 1121, 1126 f.

89 *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 142.

90 Die Legalitätsverpflichtung des Aufsichtsrats folgt aus § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 1 AktG.

91 BGH 13.9. 2010 – 1 StR 220/09, NJW 2011, 88 Rn. 37 (Siemens/AUB), unter Verweis auf BGH 15.11. 1993 – II ZR 235/92, BGHZ 124, 111, 127 = NJW 1994, 520, 523 = ZIP 1993, 1862; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 2, 3. Aufl. 2008, § 93 Rn. 63 ff.

92 *Heinz*, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 2. Aufl. 2010, § 22 Rn. 43.

93 *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 142 ff.

94 *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 144 f.; insbesondere zur Bindung an das Kollektivarbeitsrecht *B. Müller* (Fn. 2), S. 71 ff.

Der BGH legt die Legalitätspflicht streng aus, insbesondere gewährt er keinen rechtlich geschützten Handlungsspielraum für „profitable“ oder „nützliche“ Pflichtverletzungen⁹⁵. Illegales Verhalten kann deshalb gegenüber der Gesellschaft im Innenverhältnis⁹⁶ nicht damit gerechtfertigt werden, dass es in deren Interesse läge; die Bindung an *gesetzliche*⁹⁷ Vorschriften hat vielmehr stets Vorrang⁹⁸. Jeder Gesetzesverstoß der Unternehmensleitung nach außen verletzt daher zugleich ihre Legalitätspflicht nach innen⁹⁹.

bb) ARAG/Garmenbeck-Doktrin

Die Legalitätspflicht effektuiert über die *interne* Pflichtenbindung andere Pflichten der Unternehmensorgane wie die Überwachungs- und Vertretungspflicht des Aufsichtsrats gegenüber dem Vorstand. Nach der berühmten ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH¹⁰⁰ muss der Aufsichtsrat prinzipiell alle Schadensersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihren Vorstand durchsetzen, wenn er ein gesellschaftsschädigendes Vorstandsverhalten festgestellt hat, das Prozessrisiko überschaubar und die Forderung beim Vorstand auch tatsächlich durchsetzbar ist¹⁰¹. Der Aufsichtsrat genießt *keine* „Entscheidungsprärogative“¹⁰². Die *Business Judgement Rule*¹⁰³ hat der Aufsichtsrat nur bei der Beurteilung des Verhaltens des *Vorstands* zu berücksichtigen¹⁰⁴.

95 BGH 13.9. 2010 – 1 StR 220/09 (Fn. 91), Rn. 37, unter Verweis auf *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 145.

96 Zum Außenverhältnis oben II 1.

97 Zur Bindung an Vertragspflichten unten III 3 b, cc [1].

98 BGH 13.9. 2010 – 1 StR 220/09 (Fn. 91), Rn. 37, unter Verweis auf BGH 27.8. 2010 – 2 StR 111/09, NJW 2010, 3458.

99 *Reichert*, Das Prinzip der Regelverfolgung von Schadensersatzansprüchen nach „ARAG/Garmenbeck“, Festschrift Hommelhoff, 2012, S. 907, 913 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 513 ff.; relativierend *Bicker*, Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?, AG 2014, 8, 9 ff.

100 BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244, 245 = NJW 1997, 1926, 1927 (ARAG/Garmenbeck) unter Verweis auf *Raiser*, Pflicht und Ermessen von Aufsichtsratsmitgliedern, NJW 1996, 552, 554; vgl. *Casper*, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), 617, 630.

101 BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100); dazu *Goette*, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand?, ZHR 176 (2012), 588, 600 ff.

102 BGH (Fn. 100), NJW 1997, 1926, 1928.

103 Dazu unten III 3 b, bb.

104 BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100), 1928; *Winnen*, Die Innenhaftung des Vorstandes nach dem UMAG, 2009, S. 453; kritisch *Kocher*, Zur Reichweite der Business Judgment Rule, CCZ 2009, 215, 219 f.

Ausnahmsweise kann freilich auch der Aufsichtsrat wegen „gewichtiger“¹⁰⁵ Unternehmensinteressen einen Rechtsverstoß des Vorstands dulden und den Schaden ersatzlos hinnehmen¹⁰⁶. Beispielhaft nennt der BGH etwa negative Auswirkungen auf das Ansehen der Gesellschaft oder die *Beeinträchtigung des Betriebsklimas*. Gerechtfertigt ist auch das Nicht-Geltendmachen von Schadensersatzansprüchen, wenn das betreffende Vorstandsmitglied sonst schwerlich bei der Sachverhaltsaufklärung kooperieren würde¹⁰⁷. Grundsätzlich *unberücksichtigt* bleiben müssen hingegen nicht unmittelbar aus dem Unternehmenswohl folgende Motive wie die Schonung eines verdienten Vorstandsmitglieds¹⁰⁸. Der BGH will die genannten Ausnahmen insgesamt eng ausgelegt wissen und betont, dass „die Verfolgung der Schadensersatzansprüche gegenüber einem Vorstandsmitglied die Regel sein muß“¹⁰⁹, was keine statistische, sondern eine – wenn auch eine recht unbeholfene¹¹⁰ – normative Aussage sein soll¹¹¹.

cc) Strenge Verfolgungspflicht nur als Aufsichtspflicht

Obwohl der BGH die ARAG/Garmenbeck-Doktrin aus den Aufsichts- und Vertretungspflichten des *Aufsichtsrats* abgeleitet hat und sie somit *nicht für den Vorstand* – jedenfalls nicht im Außenverhältnis¹¹² – gilt, wird die

- 105 Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl. I 2005, S. 2802, sollen analog § 148 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AktG nur „überwiegende“ Gründe des Gesellschaftswohls eine Ausnahme rechtfertigen, *Winnen* (Fn. 104), S. 457 f.; dagegen entnimmt *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 628 ff., den Gesetzgebungsmaterialien zum UMAG (BT-Drucks. 15/5092, S. 22), dass dem Aufsichtsrat keine „neue Marschroute“ vorgegeben werden sollte; ebenso *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 599 f.
- 106 BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100), 1928; zum Meinungsstand, ob das eine „kleine“ *Business Judgement Rule* darstellt *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1803, mit Fn. 138.
- 107 *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 773 ff.
- 108 BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100), 1928.
- 109 BGH 21.4.1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100), 1928, unter Verweis auf *Jaeger*, Grundsätze zur Ermessensausübung für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft und die Gesellschafterversammlung der GmbH am Beispiel der „ARAG“-Entscheidungen, WiB 1997, 10, 15; *Raiser*, NJW 1996, 552, 554; zur Fortgeltung der ARAG/Garmenbeck-Grundsätze nach Inkrafttreten des UMAG *Winnen* (Fn. 104), S. 456 ff.
- 110 Kritisch *Reichert*, Festschrift Hommelhoff, 2012, S. 907, 917 ff.
- 111 *Casper*, ZHR 176 (2012), 617, 623, 628.
- 112 Für die Anwendung der ARAG/Garmenbeck-Doktrin bei der Verfolgung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft *gegen* den Aufsichtsrat durch den Vorstand *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 26), § 93 Rn. 89; *Henssler*, in: Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 116 AktG Rn. 15; *Spindler*, in: Spindler/Stilz (Fn. 26), § 116 Rn. 119; *Thom/Klofat*, Der ungetreue Auf-

Entscheidung gern überinterpretiert und verallgemeinert¹¹³. Gemeinhin scheint die Vorstellung zu herrschen: Die Unternehmensleitung einschließlich des Vorstands habe grundsätzlich alle Ansprüche der Gesellschaft (auch gegen Dritte) geltend zu machen, sofern nicht ein schwierig zu bestimmender Ausnahmefall gegeben sei, wovon vorsichtshalber besser nicht ausgegangen werden solle¹¹⁴. Entspräche das der Wahrheit, könnten Arbeitgeber keinen Tarifvertrag mehr unterzeichnen, in dem sie auf Schadensersatzansprüche wegen rechtswidriger Streikmaßnahmen verzichten¹¹⁵.

Es bleibt aber dabei, dass den *Vorstand* – jedenfalls gegenüber Dritten¹¹⁶ – keine Aufsichts- und Vertretungspflichten wie den Aufsichtsrat treffen. Der Vorstand hat die Gesellschaft zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG) und ist *dabei* der Legalität verpflichtet. Die Sonderpflichten des *Aufsichtsrats*, wie sie die ARAG/Garmenbeck-Doktrin effektuiert, sind hingegen Ausdruck *seiner* gesetzlichen Überwacherfunktion über die Rechtstreue des Vorstands¹¹⁷. Dementsprechend muss sich der Aufsichtsrat notfalls auch selbst ein zwingendes Zustimmungsrecht (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) einräumen, wenn er nur so rechtswidriges Verhalten des Vorstands verhindern kann¹¹⁸.

dd) Legal Judgement Rule

Die Legalitätspflicht relativiert sich in der Praxis insofern selbst, als in vielen Fragen Rechtsunsicherheit herrscht. Rechtstreue kann daher nur verlangt werden, soweit die Rechtslage klar ist. Bei unsicherer Rechtslage soll deshalb die sogenannte *Legal Judgement Rule* der Unternehmens-

sichtsrat – Handlungsmöglichkeiten des Vorstands bei Pflichtverletzungen des Aufsichtsrats, NZG 2010, 1087.

113 Das stellen auch *Reichert*, Festschrift Hommelhoff, 2012, S. 907, 909 f., und *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 590 f., fest.

114 Vgl. *Reichert*, Festschrift Hommelhoff, 2012, S. 907, 909.

115 Zu Maßregelungsverboten unten III 3 b, dd.

116 Vgl. Fn. 112.

117 Eingehend zur Überwachungspflicht des Aufsichtsrats über die Compliance-Verantwortung des Vorstands *Habersack*, AG 2014, 1 ff.

118 *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 148, unter Verweis auf BGH 15.11.1993 – II ZR 235/92 (Fn. 91); ebenso *Habersack*, AG 2014, 1, 4. Scheitern sowohl Aufsichtsrat als auch Hauptversammlung an ihrer Kontrollpflicht, kann schließlich sogar der Staat nach § 396 Abs. 1 AktG (§ 62 Abs. 1 GmbHG) die Gesellschaftsauflösung betreiben – freilich nur bei Gefährdung des Gemeinwohls, also bei Beeinträchtigung der Interessen breiter Verkehrskreise oder der Öffentlichkeit, *Arnold*, in: Henssler/Strohn (Fn. 112), § 62 GmbHG Rn. 6.

leitung wenigstens im Innenverhältnis Rechtssicherheit verschaffen¹¹⁹. Die *Legal Judgement Rule* wird in Anlehnung an die *Business Judgement Rule*¹²⁰ damit gerechtfertigt, dass nicht nur bei unklarer Entscheidungsgrundlage im Tatsächlichen, sondern auch im Rechtlichen die Unternehmensleitung Entscheidungen treffen muss und zwar auch dann, wenn hundertprozentige Klarheit *ex ante* nicht zu erlangen ist¹²¹. Dass sich *ex post* eine Einschätzung als falsch herausstellt, macht die Entscheidung nicht rückblickend pflichtwidrig.

Der unmittelbare Rückgriff auf die in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG niedergelegte *Business Judgement Rule* ist insofern ausgeschlossen, weil Entscheidungen, für die es Rechtsvorschriften gibt, *gebundene* und somit keine *unternehmerischen* Entscheidungen sind¹²². Freilich ist schon die Abgrenzung von unternehmerischen und gebundenen Entscheidungen¹²³ selten eindeutig möglich¹²⁴. Da es sich dabei aber um eine *Rechtsfrage* handelt, unterfällt schon die Anwendungsbeurteilung der *Legal Judgement Rule*.

Die Abgrenzung ist auch insofern entbehrlich, als die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der *Legal Judgement Rule* denen der *Business Judgement Rule* entsprechen¹²⁵. Erforderlich ist vor allem eine Entscheidung auf angemessener Informationsbasis¹²⁶. Weil auch über *Legal Judgement* nützliche Rechtsverstöße nicht gerechtfertigt werden können¹²⁷, ist nur Raum für rechtliche Wertungen, soweit keine gefestigte Rechtsprechung besteht¹²⁸ (oder bewusst überwunden werden soll¹²⁹) und wenigstens zwei rechtlich *vertretbare* Optionen bestehen¹³⁰, was freilich schon seinerseits nicht immer zweifelsfrei feststellbar ist¹³¹. Zwischen den Optionen ist eine

119 Instruktiv *Bicker*, AG 2014, 8, 10 f.; eingehend *Buck-Heeb*, Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, BB 2013, 2247 ff.; *Bürkle*, Aufsichtsrechtliches Legal Judgment: Sachlicher Anwendungsbereich und prozedurale Voraussetzungen, VersR 2013, 792, 793 ff.

120 Dazu unten III 3 b, bb.

121 *Bürkle*, VersR 2013, 792, 795.

122 *Bicker*, AG 2014, 8, 9; kritisch *Kocher*, CCZ 2009, 215, 216.

123 Eingehend *Winnen* (Fn. 104), S. 168 ff.

124 *von Falkenhausen*, Die Haftung außerhalb des Business Judgment Rule, NZG 2012, 644, 646 f.

125 Vgl. *Bicker*, AG 2014, 8, 10: Business Judgement Rule enthält „wertvolle Hinweise, ob und wann eine Entscheidung bei Rechtsunsicherheit pflichtgemäß ist“.

126 *Bicker*, AG 2014, 8, 10 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 524; eingehend *Bürkle*, VersR 2013, 792, 799 ff.

127 Dazu unten III 3 b, cc [1].

128 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 524 f.

129 *Bicker*, AG 2014, 8, 11; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 150.

130 *Bürkle*, VersR 2013, 792, 795.

131 *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2249.

Risikoabwägung vorzunehmen, wobei zwar grundsätzlich risikoavers vorzugehen ist¹³², aber im Zweifel sich die Unternehmensleitung auf den für das Unternehmen günstigeren Rechtsstandpunkt stellen darf¹³³. Die Unternehmensleitung darf also – um der guten Sozialpartnerschaft willen – eine rechtlich grenzwertige Tarifforderung (etwa zum Outsourcing bestimmter Tätigkeiten auf Auslandstochterunternehmen¹³⁴) akzeptieren, ohne sich Compliance-Sorgen machen zu müssen.

So praxisingerecht die *Legal Judgement Rule* auch ist, so sehr steht sie im Widerspruch zur gängigen Justizmeinung, dass sich Recht und Unrecht aus dem Gesetz ergeben und die Richter es nur anwenden – theoretisch also die Rechtslage immer *ex ante* ermittelbar ist. Es bedarf keiner näheren Ausführung, dass das der Realität Hohn spricht¹³⁵ – hingewiesen sei nur auf die allseits bekannte CGZP-Rechtsprechung des BAG¹³⁶ und wie viel davon im TVG oder in früheren BAG-Entscheidungen steht. Der BGH stellt gleichwohl an einen unverschuldeten Rechtsirrtum hohe Anforderungen:

„Um den strengen Anforderungen an die dem Vorstand obliegende Prüfung der Rechtslage und die Beachtung von Gesetz und Rechtsprechung zu genügen, reicht eine schlichte Anfrage bei einer von dem organschaftlichen Vertreter für fachkundig gehaltenen Person durch die Gesellschaft nicht aus. Erforderlich ist vielmehr, dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Rechtsauskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht“.¹³⁷

132 *Kocher*, CCZ 2009, 215, 217.

133 *Bicker*, AG 2014, 8, 10; *Bürkle*, VersR 2013, 792, 801; *Fleischer*, ZIP 2005, 141, 149 f.; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 521 ff.; zum Meinungsstand: *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2250 f.

134 Zum Pilotenstreik bei der Lufthansa 2010: beck-aktuell, Nr. 298847; www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-dienstleister/durchbruch-im-tarifstreit-lufthansa-einigt-sich-mit-piloten/3471818.html (9.1. 2014).

135 Zum Bedürfnis nach *Legal Judgement* im Versicherungsaufsichtsrecht infolge prinzipienbasierter Regulierung (Solvency II) *Bürkle*, VersR 2013, 792 ff.; weitere Beispiele bei *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247 f.

136 BAG 14.12. 2010 – 1 AZR 19/10, NZA 2011, 89; zum verweigerten Vertrauensschutz BAG 13.3. 2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, 1659; BAG 13.3. 2013 – 5 AZR 146/12, NZA 2013, 782.

137 BGH 20.9. 2011 – II ZR 234/09, NZG 2011, 1271 Rn. 18 (Ision); *Bicker*, AG 2014, 8, 10 mit Fn. 24 weist auf den noch schärferen Maßstab des EuGH 18.6. 2013 – C-681/11, NZG 2013, 1198 Rn. 37 ff. (Schenker) hin.

Die Unternehmensleitung muss also die Rechtslage sorgfältig prüfen, soweit erforderlich Rechtsrat einholen¹³⁸ und die – bis dahin bekannte – höchstrichterliche Rechtsprechung sorgfältig beachten¹³⁹. Ein Zeichen von *Social Judgement* ist insofern, dass ausgerechnet das BAG milder ist und bei objektiv zweifelhafter Rechtslage jede vertretbare Rechtsmeinung zulässt, ohne eine Expertise über künftige Rechtsprechung zu fordern¹⁴⁰. Wer indes heute mit der CGZP oder einer anderen, aus gleichen Gründen tarifunfähigen Spitzenorganisation Tarifverträge schließt, kann sich nur noch damit rechtfertigen, gezielt einen Rechtsprechungswandel herbeiführen zu wollen¹⁴¹ – alles andere wäre aus *Legal-Judgement*-Sicht nicht mehr vertretbar.

Ist eine Entscheidung auf unsicherer Rechtsgrundlage nach den Regeln der *Legal Judgement Rule* gerechtfertigt, hat der Vorstand schon tatbestandlich nicht seine Legalitätspflicht verletzt¹⁴². Es kann deshalb dazu kommen, dass der Vorstand *nach außen* pflicht-, da rechtswidrig, aber *nach innen* zugleich pflichtgemäß handelt¹⁴³. Diese Unterscheidung will freilich den Richtern erst einmal vermittelt werden, wenn sie im Haftungsprozess gegen den Vorstand erstmalig auch über die (bis dahin ungeklärte) materielle Rechtslage befinden, bevor sie sich deren (Fehl-) Beurteilung durch den Vorstand widmen¹⁴⁴. Nur für die BaFin ist die *Legal Judgement Rule* bereits normiert: Die Finanzaufsicht handelt nach § 48a Abs. 2 Satz 2 KWG beim Erlass einer Übertragungsanordnung auch dann rechtmäßig, wenn sie bei verständiger Würdigung der ihr zum Zeitpunkt ihres Handelns erkennbaren Umstände annehmen durfte, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für ihr Handeln vorliegen, obwohl das nicht der Fall war¹⁴⁵.

138 Eingehend *Binder*, Anforderungen an Organentscheidungsprozesse in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung – Grundlagen einer körperschaftsrechtlichen Entscheidungslehre?, AG 2012, 885, 890 ff.; *Bürkle*, VersR 2013, 792, 799 f.; *Sander/S. Schneider*, Die Pflicht der Geschäftsleiter zur Einholung von Rat, ZGR 2013, 725 ff.; speziell zu Anforderungen an unternehmensinternen Rechtsrat *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 602; *Klöhn*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmensinterner Rechtsrat, DB 2013, 1535 ff.

139 BGH 20.9. 2011 – II ZR 234/09 (Fn. 137), Rn. 16 ff. (Ision).

140 BAG 15.9. 2011 – 8 AZR 846/09, NZA 2012, 377 Rn. 42.

141 Vgl. Fn. 129.

142 *Bürkle*, VersR 2013, 792, 796 unter Verweis auf *U. H. Schneider*, Die Haftung von Mitgliedern des Vorstands und der Geschäftsführer bei Vertragsverletzungen der Gesellschaft, Festschrift Hüffer, 2010, S. 905, 909.

143 *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 525.

144 Zur defizitären Praxis der Strafrichter bei der Prüfung des subjektiven Tatbestands bei Fachrechtsverstößen *Latzel*, Rechtsirrtum und Betriebsratsbenachteiligung, wistra 2013, 334, 338 f.

145 Dazu *Bürkle*, VersR 2013, 792, 798 f.

ee) Zwischenergebnis

Die Legalitätspflicht trifft zwar alle Unternehmensorgane, doch ist damit nur gesagt, dass Rechtsverstöße der Unternehmensleitung zugleich pflichtwidrig und nicht zu rechtfertigen sind – wenn nicht die Rechtslage *ex ante* unklar war und sich die Unternehmensleitung nach Einholung von Rechtsrat auf einen vertretbaren Standpunkt gestellt hat. Der *Duldung* von Rechtsverstößen ist damit *keine* generelle Absage erteilt. Lediglich der *Aufsichtsrat* darf nicht Rechtsverstöße des Vorstands dulden und *muss* ihn für Fehlverhalten prinzipiell in Haftung nehmen. Doch einerseits kann er dabei mit Rücksicht auf den Betriebsfrieden ausnahmsweise absehen und andererseits setzt die Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats einen Pflichtenverstoß des Vorstands voraus¹⁴⁶. Duldet der *Vorstand* aber Rechtsverstöße, verletzt er nicht automatisch seine Pflichten. Die ARAG/Garmenbeck-Doktrin mag den Vorstand zum Einschreiten bei Pflichtverletzungen des *Aufsichtsrats* verpflichten¹⁴⁷, nicht jedoch zur Verfolgung von Rechtsverstößen *Dritter*¹⁴⁸, wie Arbeitnehmern und Betriebsräten¹⁴⁹.

Außerdem darf die Unternehmensleitung immer dann Rechtsverstöße dulden, wenn die Rechtslage *ex ante* nicht sicher beurteilt werden kann, was im Kollektivarbeitsrecht nicht selten der Fall ist. Vor allem das BAG streut Rechtsunsicherheit, die zwangsläufig Rechtsirrtümer provoziert und rechtstreues Verhalten erschwert¹⁵⁰. Oder wer wagt aus heutiger Sicht im Vorhinein rechtssicher zu beurteilen, ob der Betriebsrat rechtswidrig seine Zustimmung zur Eingliederung von Leiharbeitnehmern verweigert, wenn deren Einsatzdauer im Betrieb „irgendwie“ *vorübergehend* im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG sein soll, aber ihr genaues Ende noch nicht feststeht¹⁵¹? Die Legalitätspflicht zwingt den Arbeitgeber jedenfalls nicht, gegen die verweigerte Zustimmung des Betriebsrats ein Ersetzungsverfahren einzuleiten.

Die Duldung von Rechtsverstößen kann sich also schon daraus rechtfertigen, dass die rechtssichere Erkenntnis eines Rechtsverstoßes mindestens ebenso schwierig ist, wie die rechtssichere Reaktion darauf. Die Unter-

146 Auf diese Selbstverständlichkeit sieht sich auch *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 601, gezwungen hinzuweisen.

147 Vgl. Fn. 112.

148 Vgl. *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1126.

149 Anderer Ansicht *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 775; *Rieble*, CCZ 2008, 34, 36.

150 Luzide zur „Ingerenz“ des Gesetzgebers im Versicherungsaufsichtsrecht *Bürkle*, VersR 2013, 792, 798.

151 Vgl. BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296 Rn. 48; Individualrechtsfolgen „nicht nur vorübergehender“ Überlassung scheiden mangels gesetzlicher Anordnung ohnehin aus, BAG 10.12. 2013 – 9 AZR 51/13, NZA 2014, 196 Rn. 17 ff.

nehmensleitung darf sich auf einen für das Betriebsklima günstigen, vertretbaren Rechtsstandpunkt stellen. Das rechtfertigt auch die Mitbestimmungspraxis, sich bei Rechtsstreitigkeiten „um des Betriebsfriedens Willen“ zu vergleichen¹⁵².

b) Pflicht zur Wahrung des Gesellschaftsvermögens

Die Unternehmensleitung ist neben der Legalität vor allem dem Gesellschaftsvermögen verpflichtet und muss Schaden von ihm abwenden¹⁵³. Obgleich der Vorstand nicht aus Legalitätsgründen gegen Rechtsverstöße im Unternehmen vorgehen *muss*, kann er dazu gleichwohl im Interesse des Gesellschaftsvermögens verpflichtet sein. Der Vorstand hat bei seinen unternehmerischen Entscheidungen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters walten zu lassen (§ 93 Abs. 1 AktG, § 43 Abs. 1 GmbHG), also seine Entscheidungen am Unternehmenswohl auszurichten.

aa) Gewinnstreben und Unternehmenswohl

Ob deshalb rigoros Ansprüche der Gesellschaft gegen Arbeitnehmer, Betriebsratsmitglieder und Gewerkschaften durchgesetzt werden müssen, lässt sich aber pauschal nicht behaupten. Freilich wird das „Wiederauffüllen des geschädigten Gesellschaftsvermögens regelmäßig dem Interesse der Gesellschaft“ entsprechen¹⁵⁴, doch einerseits sind nicht alle Rechtsverstöße für das Unternehmen nachteilig – Betriebsratsvorsitzende werden ja nicht ohne Grund wie Co-Manager vergütet – und andererseits ist das Durchsetzen von Ansprüchen nur ein Gesellschaftsinteresse unter vielen – und dazu noch ein sehr kurzfristiges.

Die Unternehmensleitung muss aber wenigstens mittelfristig denken. Nach welchen Gesichtspunkten der Vorstand Ansprüche der Gesellschaft durchsetzt oder nicht, entzieht sich deshalb *grundsätzlich* rechtlicher Bewertung. Auch wenn Juristen gern Ermessensspielräume¹⁵⁵ mit Prinzipien und Verhaltensmaximen durchkreuzen und damit justiziabel machen wollen¹⁵⁶, ja schon über eine „körperschaftsrechtliche Entscheidungslehre“ nachgedacht wird¹⁵⁷, darf nicht in Vergessenheit geraten, dass unter-

152 B. Müller (Fn. 2), S. 218 f.

153 Thole, ZHR 173 (2009), 504, 517 f.

154 Casper, ZHR 176 (2012), 617, 631.

155 Kritisch zum Ermessensbegriff im Zivilrecht von Falkenhausen, NZG 2012, 644, 650.

156 Vgl. von Falkenhausen, NZG 2012, 644 f.

157 Binder, AG 2012, 885 ff.

nehmerische Entscheidungen bestenfalls auf Prognosen beruhen und typischerweise riskant sind¹⁵⁸.

bb) Business Judgement Rule

Das sieht der Gesetzgeber auch so und hat 2005 in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG die *Business Judgement Rule* normiert¹⁵⁹, die der BGH bereits in seiner ARAG/Garmenbeck-Entscheidung¹⁶⁰ in Kompensation der strengen Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats¹⁶¹ dem Vorstand eingeräumt hat¹⁶². Ansätze dafür finden sich freilich schon in der Begründung zum Aktiengesetz von 1937¹⁶³, ja sogar im Aktiengesetz von 1884¹⁶⁴. Nach der *Business Judgement Rule* verletzt ein Vorstandsmitglied¹⁶⁵ nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters, wenn es bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen¹⁶⁶ zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Es muss weder die wirtschaftlich sicherste Möglichkeit, also den risikoärmsten Weg wählen, noch die riskanteste Maßnahme ergreifen, auch wenn sie am gewinnträchtigsten erscheint¹⁶⁷.

Die *Business Judgement Rule* trägt unbeherrschbaren Risiken Rechnung, die nicht justiziabel sein sollen (*safe haven*)¹⁶⁸; sogenannten Rückschaufehlern (*hindsight biases*) soll vorgebeugt werden. Gerade Richter unterstellen gern, dass nachträgliche Einsichten schon im Moment der Ent-

158 BGH 28.5. 2013 – 5 StR 551/11 (Fn. 40): Risiken sind „wesentliche Strukturelemente im marktwirtschaftlichen System“ und die „Eingehung von Risiken notwendiger Bestandteil unternehmerischen Handelns“.

159 Zur Normengenese von *Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 645.

160 BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100), 1926.

161 Dazu oben III 3 a, bb.

162 *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn (Fn. 112), § 93 AktG Rn. 17.

163 *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1130: Dem Vorstand dürfe nicht durch eine allzu strenge Haftung „jeder Mut genommen“ werden.

164 *Lutter*, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 f.; *von Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 647.

165 Gilt auch für die Geschäftsführung der GmbH, *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1122, sowie übriger Gesellschaftsformen, *von Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 646.

166 Zu den variierenden Anforderungen der Rechtsprechung *Binder*, AG 2012, 885, 887 f.; *von Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 648.

167 *Heinz*, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht (Fn. 92), § 22 Rn. 54 unter Verweis auf BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100), 1928.

168 *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn (Fn. 112), § 93 AktG Rn. 17; *Heinz*, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht (Fn. 92), § 22 Rn. 55; kritisch *von Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 648 ff., unter Gegenüberstellung der Vorstandshaftung innerhalb wie außerhalb der *Business Judgement Rule* sowie der Haftung von Anwälten und Ärzten.

scheidung irgendwie zu erlangen gewesen wären¹⁶⁹. Um die unternehmerische Entscheidungsfreiheit gegen nachträgliche Besserwisser zu verteidigen, sind unternehmerische Entscheidungen – soweit sie auf angemessener Informationsgrundlage getroffen werden – schon tatbestandlich keine Pflichtverletzungen des Vorstands¹⁷⁰ und können folglich keine Haftung, geschweige denn eine Abberufung (§ 84 Abs. 3 AktG) begründen¹⁷¹.

Während die *Legal Judgement Rule* gerade nur bei rechtlich determinierten, also gebundenen Entscheidungen greift¹⁷², gilt die *Business Judgement Rule* nur bei rein wirtschaftlichen Entscheidungen *ohne* rechtliche Vorgaben¹⁷³. Erkennt man die *Legal Judgement Rule* nach den gleichen Regeln wie die *Business Judgement Rule* an, ist die Abgrenzung freilich entbehrlich.

cc) Schranken der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit

[1] Legalitätsprinzip

Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit wird freilich auch durch die *Business Judgement Rule* nicht zur „Narrenfreiheit“. Insbesondere überwindet auch die *Business Judgement Rule* nicht das Legalitätsprinzip, deckt also nicht sogenannte nützliche Rechtsverletzungen¹⁷⁴. Auf Rechtsfolgen wegen bloß *vertragswidrigen* Verhaltens kann es die Unternehmensleitung indes ankommen lassen, wenn die Chancen die Risiken – nach der *Business Judgement Rule* – zu überwiegen scheinen¹⁷⁵. Auch *pacta sunt servanda* macht Vertragsinhalte nicht zu Gesetzesrecht¹⁷⁶. Schon gar nicht geht die bloße *Vertragstreue* im Konfliktfall dem Kollektivarbeitsrecht vor¹⁷⁷.

169 Kocher, CCZ 2009, 215, 216 mit weiteren Nachweisen.

170 Heinz, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht (Fn. 92), § 22 Rn. 56.

171 Heinz, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht (Fn. 92), § 22 Rn. 56.

172 Dazu oben III 3 a, dd.

173 Kocher, CCZ 2009, 215, 216 ff.

174 Dauner-Lieb, in: Henssler/Strohn (Fn. 112), § 93 AktG Rn. 20 unter Verweis auf *Winnen* (Fn. 104), S. 162 f.; einschränkend Kocher, CCZ 2009, 215, 218 f.

175 Bicker, AG 2014, 8, 9 f.; Fleischer, ZIP 2005, 141, 144, 150.

176 Kocher, CCZ 2009, 215, 218; Thole, ZHR 173 (2009), 504, 518 f.; zu Recht weist Bicker, AG 2014, 8, 10, aber auf die nicht disponiblen § 826 BGB und § 263 StGB hin.

177 Anderer Ansicht B. Müller (Fn. 2), S. 125 ff., 126 – für den Fall rechtsmissbräuchlichen Betriebsratsverhalten: „Insoweit gibt es ausnahmsweise den ‚unternehmensnützlichen‘ Rechtsverstoß“.

[2] Verbot übergroßer Risiken

Auch im Rahmen seines Entscheidungsspielraums darf der Vorstand nicht unverhältnismäßig große Risiken eingehen¹⁷⁸, was freilich einzelfallabhängig nach Unternehmensgegenstand und vor allem *ex ante* zu beurteilen ist¹⁷⁹. Die Rechtsprechung ist hier – zu Recht – zurückhaltend und erachtet nur markante Fehlentscheidungen für pflichtwidrig, die „von üblichen Verhaltensstandards“ drastisch abweichen und „unter keinen erkennbaren Gesichtspunkten“ mehr im Unternehmensinteresse gerechtfertigt sind¹⁸⁰.

[3] Verschwendungsverbot und Untreue nach der Mannesmann-Doktrin

Entsprechend endet die unternehmerische Entscheidungsfreiheit dort, wo das Verhalten der Geschäftsführung auch nach allen mittel- und langfristigen Strategieerwägungen nicht mehr als sorgsamer Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen betrachtet werden kann, sondern nur noch als dessen Verschwendung¹⁸¹. Das Verschwendungsverbot ist bekannt aus der *Mannesmann*-Entscheidung des BGH, wonach die Zahlung „kompensationsloser Anerkennungsprämien“ als „treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens“ anzusehen ist¹⁸². Es ist daher Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB), wenn anvertrautes Vermögen „nutzlos hingegeben“ wird¹⁸³, wobei gerade die *Freiwilligkeit* der Leistung die Pflichtverletzung ausmacht¹⁸⁴.

Daraus folgt aber nicht, dass der Vorstand gegen jeden Rechtsverstoß im Unternehmen sofort einschreiten muss, sobald sonst der kleinste wirtschaftliche Schaden drohte. Zum einen ist es ein qualitativer Unterschied, ob Unternehmensvermögen *aktiv* weggegeben wird oder nur *passiv* nicht durch Eintreiben von Forderungen und Durchsetzung von Rechten vermehrt wird¹⁸⁵. Zum anderen ist dem Vorstand nur die *Verschwendung*, nicht die großzügige *Verwendung* von Gesellschaftsvermögen untersagt. Auch die Mannesmann-Doktrin zwingt weder zur Gier noch zum Geiz. Wie

178 BGH 21.4. 1997 – II ZR 175/95 (Fn. 100), 1928; vgl. *Binder*, AG 2012, 885, 889.

179 *Heinz*, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht (Fn. 92), § 22 Rn. 61; vgl. *Binder*, AG 2012, 885, 894 f.

180 *Binder*, AG 2012, 885, 889 f. mit weiteren Nachweisen.

181 *Bachmann*, NZG 2013, 1121 mit weiteren Nachweisen.

182 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04 (Fn. 40), Rn. 19 (Mannesmann); *Bachmann*, NZG 2013, 1121.

183 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04 (Fn. 40), Rn. 21 (Mannesmann).

184 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04 (Fn. 40), Rn. 22 (Mannesmann).

185 *Brand/Petermann*, Die Auswirkungen der „AUB-Rechtsprechung“ auf die Untreuehaftung des Aufsichtsrates, WM 2012, 62, 66; vgl. BGH 10.7. 2012 – VI ZR 341/10 (Fn. 37), Rn. 18 ff.: keine Garantenstellung allein aus Stellung als Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied.

der BGH jüngst entschieden hat, ist die Bezahlung von Rechtsanwälten auch weit über RVG-Gebühren hinaus nicht automatisch eine Verschwendung von Gesellschaftsvermögen, sondern „selbstverständlich“ von der *Business Judgement Rule* gedeckt¹⁸⁶. Der Verschwendungs- und damit der Untreue-Vorwurf steht solange nicht im Raum, wie die Gesellschaft wenigstens „irgendwelche Vorteile“ aus einem Geschäft oder der Duldung des Rechtsverstoßes zieht – und sei es ein Reputationsgewinn¹⁸⁷ oder eben Betriebsfrieden.

Auch wenn dabei die Schwelle zur Betriebsratsbegünstigung oder Bestechung überschritten wird, liegt darin nicht automatisch eine *untreuerrelevante* Pflichtverletzung. Vielmehr muss die verletzte Rechtsnorm ihrerseits (wenigstens mittelbar) schützenden Charakter für das Unternehmensvermögen haben, wie der BGH im Fall Siemens/AUB entschieden hat¹⁸⁸. Ein solcher Schutzzweckzusammenhang fehlt namentlich § 119 BetrVG¹⁸⁹ wie den Spendenvorschriften des Parteiengesetzes¹⁹⁰. Freilich können auch nicht-vermögensschützende Normen vertragliche Vereinbarungen über § 134 BGB *nichtig* machen und deren Begleichung somit gleichwohl den Untreuevorwurf begründen¹⁹¹.

§ 266 StGB ist aber kein strafrechtlicher „Superverbotstatbestand“¹⁹², der alle Gesetzesverstöße der Unternehmensleitung vor die Strafgerichte bringt. Diese müssen ohnehin immer wieder vom BVerfG daran erinnert werden, dass Untreue ein *Vermögensdelikt* ist, die Tatrichter also einen Vermögensschaden bei einer Gesamtsaldierung auch konkret feststellen müssen¹⁹³ – selbst die Verletzung vermögensschützender Pflichten indiziert nicht den Schaden („Verschleifungsverbot“)¹⁹⁴ und der BGH hat nunmehr daraus richtig gefolgert, dass auch bedingter Schädigungsvorsatz nicht automatisch den Willen zum *pflichtwidrigen* Handeln impliziert¹⁹⁵. Die Mahnung des BVerfG kommt nicht von ungefähr, ist der BGH doch

186 BGH 18.6. 2013 – II ZR 86/11, NZG 2013, 1021 Rn. 29; dazu *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1125.

187 *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1125.

188 BGH 13.9. 2010 – 1 StR 220/09 (Fn. 91), Rn. 36 ff.

189 BGH 13.9. 2010 – 1 StR 220/09 (Fn. 91), Rn. 39.

190 BGH 13.4. 2011 – 1 StR 94/10, NJW 2011, 1747 Rn. 24 f. (CDU Köln).

191 BGH 10.10. 2012 – 2 StR 591/11, NJW 2013, 401 Rn. 31 f.

192 Vgl. *Brand/Petermann*, WM 2012, 62, 65.

193 BVerfG 1.11. 2012 – 2 BvR 1235/11, NJW 2013, 365 Rn. 19; großzügig hingegen BGH 10.10.2012 – 2 StR 591/11 (Fn. 191) Rn. 33.

194 BVerfG 23.6. 2010 – 2 BvR 2559/08 und andere (Fn. 40) Rn. 113; *Wittig*, in: BeckOK-StGB, Edition 23 (7/2013), § 266 Rn. 39.

195 BGH 28.5. 2013 – 5 StR 551/11 (Fn. 40), 715 f.: „Das gedankliche Hinnehmen einer Vermögensgefährdung ist für sich genommen nicht aussagekräftig, weil sie eine Begleiterscheinung unternehmerischen Handelns ist“.

bei der Schadensfeststellung recht großzügig und nimmt etwa schon dann einen endgültigen Vermögensnachteil (keine schadensgleiche Vermögensgefährdung) an, wenn „schwarze Kassen“ nur *angelegt* werden, selbst wenn das Geld zum Vorteil des Unternehmens verwendet werden soll¹⁹⁶. Das BVerfG hat dieses extreme Verständnis zwar dem Grunde nach noch toleriert¹⁹⁷, fordert aber eine umfassende Würdigung *aller* wirtschaftlichen Nachteilskompensationen¹⁹⁸.

dd) Sozial gerechtfertigte Duldung von Rechtsverstößen keine Untreue

Wegen der Untreue-Rechtsprechung des BGH wird es gemeinhin als Verschwendung von Gesellschaftsvermögen erachtet, Ansprüche der Gesellschaft nicht durchzusetzen¹⁹⁹, jedenfalls wenn deren Verfolgung wirtschaftlich sinnvoll erscheint²⁰⁰ oder die mit der Verfolgung verbundenen Nachteile, insbesondere etwaige Reputationsschäden, nicht größer sind als der zu erwartende Gewinn²⁰¹. Die Geschäftsleitung soll deswegen namentlich auch Ansprüche gegen Arbeitnehmer und Betriebsräte geltend machen *müssen*²⁰².

Indes ist die Angst, mit der *Duldung* von Rechtsverstößen Untreue zu begehen, in den meisten Fällen unbegründet. Auch wenn es für das Unternehmensvermögen kurzfristig vorteilhaft wäre, die Gewerkschaft auf Schadensersatz wegen eines rechtswidrigen Streiks zu verklagen (Erfolg vorausgesetzt), muss das mittelfristig überhaupt nicht der Fall sein. Das zeigt sich spätestens dann, wenn man den Sozialpartner wieder außerhalb des Gerichtssaals bei den nächsten Tarifverhandlungen trifft. Auch Maßregelungsverbote in Tarifverträgen, mit denen auf alle Ansprüche wegen Rechtsverstößen in den vorangegangenen Arbeitskämpfen verzichtet wird²⁰³, sind deshalb keine Vermögensverschwendung. Der BGH hat jüngst betont: Ob Ansprüche geltend gemacht werden oder nicht, ist

196 BGH 29.8. 2008 – 2 StR 587/07, NJW 2009, 89 Rn. 42 ff.; vgl. *Reichert*, Festschrift Hommelhoff, 2012, S. 907, 914.

197 BVerfG 23.6. 2010 – 2 BvR 2559/08 und andere (Fn. 40), Rn. 123, 125.

198 BVerfG 1.11. 2012 – 2 BvR 1235 /11 (Fn. 193), 366 f.

199 *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 91), § 93 Rn. 60.

200 *Franz/Jüntgen*, Die Pflicht von Managern zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Kartellverstößen, BB 2007, 1681, 1682; *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 777.

201 *Spindler*, in: MünchKommAktG (Fn. 91), § 93 Rn. 60.

202 *Böhm* (Fn. 22), S. 269; *Rieble*, CCZ 2008, 34, 36: „Verfolgt das Unternehmen diese [Rückforderungs-] Ansprüche [gegen Betriebsratsmitgliedern] nicht, liegt darin eine weitere Untreue der Verantwortlichen“.

203 Dazu *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 2024 ff.

grundsätzlich eine unternehmerische Angelegenheit²⁰⁴. Das aktienrechtliche Verzichtsverbot (§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG) ist restriktiv auszulegen und steht dem nicht entgegen²⁰⁵. Und die unternehmerische Abwägung von kurzfristigem *Cash-Flow* und gepflegter Sozialpartnerschaft entzieht sich rechtlicher Überprüfung, wie die weit überobligatorische Vergütung von Rechtsanwälten.

Materielle wie immaterielle Amortisationserwartungen der Geschäftsleitung stehen unter dem Schutz der *Business Judgement Rule*²⁰⁶, die insofern zur *Social Judgement Rule* wird, als Betriebsfrieden und Sozialpartnerschaft von der Unternehmensleitung für wichtiger erachtet werden können als ein kurzfristiger Vermögenszuwachs²⁰⁷. Denn auch „eine (scheinbar) kompensationslose Leistung“ kann gerechtfertigt sein, wenn die Unternehmensleitung aus ihrer Perspektive „vernünftigerweise annehmen durfte, damit dem Wohl der Gesellschaft zu dienen“²⁰⁸.

Wenn nach der Rechtsprechung des BGH der Betriebsfrieden schon den Aufsichtsrat von seiner strengen Verfolgungspflicht entbindet²⁰⁹, kann der Vorstand *erst Recht* über Rechtsverstöße Dritter aus sozialen Gründen hinwegsehen. Die Grenze zur Verschwendung ist erst erreicht, wenn der mit dem Rechtsverzicht verbundene Vermögensnachteil – wie im Fall Mannesmann – wirklich „kompensationslos“ ist. So kann es auch die *Social Judgement Rule* schwerlich rechtfertigen, *evident* nichtige Forderungen zu begleichen²¹⁰ oder Schadensersatzansprüche gegen *ausgeschiedene* Arbeitnehmer nicht durchzusetzen. Deshalb sind etwa übermäßige Betriebsrenten von Mandatsträgern auf ein vertretbares Maß zu kürzen²¹¹. Ruft indes ein Betriebsratsmitglied eigenmächtig „Hitzefrei“ aus, ist der Verzicht auf seine außerordentliche Kündigung durchaus sozial zu rechtfertigen, wenn die Unternehmensleitung keinen „Märtyrer“ schaffen will und sich gerade durch ihren Sanktionsverzicht künftig besondere Loyalität des Betriebsratsmitglieds erhofft – und womöglich sogar bekommt²¹². Verweigert sich der Betriebsrat trotz einer Auftragsspitze einer Überstundenvereinbarung (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG), ist es weder Untreue noch eine

204 BGH 18.6. 2013 – II ZR 86/11 (Fn. 186), Rn. 50; ebenso *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1126; *von Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 647.

205 *Hasselbach/Seibel*, AG 2008, 770, 772 f.; *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 597 f.; *Reichert*, Festschrift Hommelhoff, 2012, S. 907, 917 ff.

206 *Franz/Jüntgen*, BB 2007, 1681, 1684.

207 Anderer Ansicht *B. Müller* (Fn. 2), S. 164: „Die Wahrung des Betriebsfriedens ist auch kein kompensierender geldlich messbarer Vorteil“.

208 *Bachmann*, NZG 2013, 1121, 1126; ähnlich *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 593.

209 Dazu oben III 3 a, bb.

210 Vgl. BGH 10.10. 2012 – 2 StR 591/11 (Fn. 191), Rn. 30 ff.

211 *Bittmann/Mujan*, BB 2012, 1604, 1605.

212 Anekdotischer Nachweis bei *B. Müller* (Fn. 2), S. 223.

pflichtwidrige Verschwendung von Gesellschaftsvermögen, wenn der Arbeitgeber die Einigungsstelle *nicht* anruft, sondern die Gewinneinbußen um des Betriebsfriedens willen hinnimmt.

4. Zwischenergebnis

Es kann sozial gerechtfertigt sein, gegen Rechtsverstöße im Unternehmen nicht einzuschreiten. Ansätze für eine *Social Judgement Rule* finden sich nicht nur im Betriebsverfassungsrecht, sondern auch in der ARAG/Garmenbeck-Doktrin des BGH, der *Legal Judgement Rule* und vor allem der *Business Judgement Rule*. In den genannten Grenzen ist es daher durchaus Compliance-konform, gegen Rechtsverstöße im Rahmen der kollektiven Arbeitsbeziehungen aus sozialen Gründen nicht einzuschreiten, auch wenn das Unternehmen dadurch wirtschaftlichen Schaden erleidet.

Die Vorteile einer friedvollen Betriebs- und Sozialpartnerschaft lassen sich nicht monetarisieren und in eine Gesamtsaldierung einstellen, um mathematisch zu ermitteln, welcher Kollektivarbeitsrechtsverstoß hingenommen und gegen welchen vorgegangen werden muss. Die Grenze zwischen akzeptabler und inakzeptabler „Kungelei“ hat der Gesetzgeber gezogen und dabei den Schutz der Kollektivarbeitsbeziehungen prinzipiell über die Vermögenswahrungspflicht gestellt, denn die Spielräume, die das Kollektivarbeitsrecht eröffnet²¹³, verschließt das insoweit konfligierende Gesellschaftsrecht gerade nicht²¹⁴. An dieser *Social Judgement Rule* kann kein Compliance-Standard vorbeigehen, wenn er nicht vom legitimen Mittel zur Einhaltung der Rechtstreue im Unternehmen zur Scheinlegitimation für kurzfristige und damit rücksichtslose Gewinnmaximierung verkommen soll. Unternehmen sind gut beraten, sich nicht aus falsch verstandener Vorsicht rigoroser Rechtsverfolgung und Rechtsdurchsetzung in den Kollektivarbeitsbeziehungen zu verschreiben, denn sie berauben sich damit Handlungsoptionen, die einer dauerhaft gedeihlichen Betriebs- und Sozialpartnerschaft dienlich sein können.

IV. Die Social Judgement Rule im Compliance-System

1. Die Social Judgement Rule als Compliance-Bereichsausnahme

Die hier in Grundzügen entwickelte *Social Judgement Rule* suspendiert von der ansonsten strengen Compliance-Pflicht zur Verfolgung von Rechtsverstößen im Unternehmen. Sie ist der Legalitätspflicht nachgeordnet und basiert teilweise auf den Spielräumen, die *Business Judgement Rule* und *Legal Judgement Rule* eröffnen. Die *Social Judgement Rule* ist

213 Dazu oben III 2.

214 Dazu oben III 3.

in den Regeln unseres Kollektivarbeitsrechts angelegt und trägt den besonderen Bedürfnissen der Betriebs- und Sozialpartnerschaft deutscher Prägung Rechnung. In der engen und dauerhaften Kooperationspflicht, in der sich Arbeitgeber, Betriebsrat und Gewerkschaft befinden, wäre ein einschränkungsloser Rechtsverfolgungszwang kontraproduktiv, weil er den Betriebsfrieden zerstören und Tarifverhandlungen erschweren würde.

Die *Social Judgement Rule* kann theoretisch auf allen Ebenen der Compliance-bedingten Pflicht zur Verfolgung von Rechtsverstößen (Aufklären, Abstellen, Sanktionieren)²¹⁵ zur Anwendung kommen. Allerdings kann die *Social Judgement Rule* nicht von der Pflicht zum *Aufklären* von Verstößen entbinden. Denn um die Grenzen der Bereichsausnahme einhalten zu können und nicht allgemeine Sorglosigkeit in Kollektivarbeitsbeziehungen einziehen zu lassen, müssen die geduldeten Rechtsverstöße der Unternehmensleitung bekannt sein.

Droht die *Duldung* bekannter Rechtsverstöße ihrerseits gegen Rechtsgrenzen zu verstoßen, hilft auch *Social Judgement* nicht und müssen die Rechtsverstöße zumindest *abgestellt* werden. Die soziale Rechtfertigung kann dann aber noch auf der dritten Stufe, der Sanktionsebene, bewirken, dass die Protagonisten ungestraft bleiben oder zumindest Milde erfahren, sofern das aus Sicht der Unternehmensleitung dem Betriebsfrieden dienlich und langfristig dem Unternehmenswohl förderlich ist.

2. Zwei-Klassen-Compliance

Gemeinhin wird zwar gefordert, dass der Vorstand gegen Compliance-Verstöße eine Null-Toleranz-Politik vertritt, damit nicht unter den Mitarbeitern der Eindruck entsteht, dass Compliance-widriges Verhalten von der Unternehmensleitung hingenommen wird²¹⁶. Werden Rechtsverstöße in den Kollektivarbeitsbeziehungen eher geduldet als im Übrigen, wird die Glaubwürdigkeit der gesamten Compliance zweifelsohne gefährdet. Deswegen lockert das Vorbild hiesiger Compliance-Bestrebungen, die *Principles of Corporate Governance* des American Law Institute²¹⁷, die Rechtstreuepflicht auch nur bei Pflichtenkollisionen in Katastrophenfällen, gegenüber Rechtsvorschriften, die schon länger nicht mehr durchgesetzt werden und wenn Rechtsvorschriften bewusst verletzt werden, um sie gerichtlich überprüfen zu lassen. Für *Social Judgement* scheint insofern kein Raum zu sein.

215 Dazu oben II 2.

216 Reichert/Ott, ZIP 2009, 2173, 2176, 2178.

217 Dazu Fleischer, ZIP 2005, 141, 147 f.

Doch ist die Zwei-Klassen-Compliance – wie aufgezeigt²¹⁸ – im deutschen Recht bereits angelegt. Nicht nur das BGB schützt den Rechtsfrieden in Dauerrechtsbeziehungen, sondern auch das BetrVG greift den Gedanken auf und selbst die gesellschaftsrechtliche Legalitäts- und Vermögenswahrungspflicht erkennen soziale Belange, insbesondere den Betriebsfrieden als zu schützenden Eigenwert an.

3. Erosion des Rechts?

Die *Social Judgement Rule* ist kein Aufruf, zur Missachtung des Rechts. Sie betrifft ohnehin nur die *Duldung* von Rechtsverstößen. Sie rechtfertigt also nicht Rechtsverstöße an sich, sondern nimmt der Unternehmensleitung nur die Compliance-Pflicht, gegen Rechtsverstöße im Unternehmen vorzugehen, soweit sie das aus sozialen Gründen nicht für opportun hält und mit diesem Unterlassen nicht ihrerseits gegen Gesetze verstößt oder Unternehmensvermögen kompensationslos verschwendet. Eine überbordende Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit zur Durchsetzung der Regeln, die das betriebliche und tarifliche Miteinander betreffen, besteht nicht, solange der Betriebs- bzw. Sozialpartner einverstanden ist (vgl. § 119 Abs. 2 BetrVG).

Etwas anderes folgt auch nicht aus § 130 OWiG, denn die *Social Judgement Rule* setzt schon an den von § 130 OWiG vorausgesetzten Unternehmenspflichten an. Davon abgesehen, dass deren Verletzung in den meisten Fällen nicht mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, schließt die soziale Rechtfertigung bereits deren Verletzung aus. Freilich ist der Tatbestand des § 130 Abs. 1 OWiG erfüllt, wenn der *Aufsichtsrat* es duldet, dass der Vorstand den Betriebsrat begünstigt (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG)²¹⁹ – insoweit greift keine soziale Rechtfertigung, wie sie auch generell nicht Straftaten und Ordnungswidrigkeiten rechtfertigen kann.

Auch Pflichten des Unternehmens gegenüber Dritten, insbesondere Schutzpflichten des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft (§ 12 Abs. 3 AGG, § 241 Abs. 2 BGB), können der Duldung von Rechtsverstößen im Wege stehen. Denn auch Betriebsratsmitglieder haben keinen Freibrief für sexuelle Belästigungen (vgl. § 75 BetrVG) und Arbeitgeber dürfen einen solchen auch nicht unter Verweis auf die *Social Judgement Rule* ausstellen²²⁰. Dass aber die Unternehmensleitung gegen einen eindeutig rechtswidrigen Arbeitskampf einschreiten *muss*, weil dadurch die Pflichten gegenüber Vertragspartnern nicht mehr erfüllt²²¹ und arbeitswillige

218 Dazu oben III.

219 Rieble, CCZ 2008, 34, 36.

220 Vgl. Böhm (Fn. 22), S. 222 f.

221 Vgl. Ricken, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht (MünchArbR), Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 206 Rn. 15.

Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigt werden können, ist damit nicht gesagt. Denn auch die Legalitätspflicht erstreckt sich nicht auf rein schuldrechtliche Verpflichtungen²²². Die Unternehmensleitung kann deshalb *Vertragsverstöße* bewusst hinnehmen, wenn die damit verbundenen Vorteile die Nachteile zu überwiegen scheinen. Die Abwägung ist eine unternehmerische, die nicht nur unter dem Schutz von *Business* und *Legal Judgement Rule*, sondern vor allem auch der *Social Judgement Rule* steht.

4. Missbrauchspotenzial

Mit allen Bereichsausnahmen und Erlaubnistatbeständen geht Missbrauchspotenzial einher. Das ist gründlich im Strafrecht erforscht: Täter können sich gezielt in den Zustand der Schuldunfähigkeit versetzen, um Straftaten zu begehen (*actio libera in causa*), können sich im Vorhinein ihre Pflichterfüllung unmöglich machen (*omissio libera in causa*) oder extra eine Rechtfertigungssituation für ihr Tun herbeiführen (*actio illicita in causa*)²²³. Auch Arbeitgeber können beim Betriebsrat oder der Gewerkschaft möglichst großen Druck „bestellen“, um dann unter Verweis auf die *Social Judgement Rule* und die Gefährdung des Betriebsfriedens Rechtsverstöße mehr *volens* als *nolens* hinzunehmen. Die Arbeitnehmerseite kann auch unangestiftet geneigt sein, auf die Unternehmensleitung besonders großen Druck auszuüben und den Betriebsfrieden bewusst aufs Spiel zu setzen, um etwa die Ahndung von aufgedeckten Rechtsverstößen wenigstens abzumildern. Die *Social Judgement Rule* gefährdete dann letztlich selbst den Betriebsfrieden, den sie schützen will.

Wie im Strafrecht sollte freilich auch in der Compliance nicht die mutwillige Herbeiführung von Erlaubnistatbeständen zum gewünschten Erfolg führen. Wer sozialen Druck „bestellt“, provoziert oder anderweitig künstlich aufbaut, kann sich grundsätzlich nicht zu seinem Vorteil darauf berufen. Doch sind die Möglichkeiten der formellen Motivforschung begrenzt und liefere daher eine Missbrauchskontrolle darauf hinaus, dass jeder kollektivarbeitsrechtliche Machtungleich auf seine materielle Angemessenheit überprüft werden müsste. Das ist unmöglich. Denn ob im konkreten Fall der Betriebsfrieden tatsächlich (und in inakzeptablem Maß) gefährdet wird, wenn sich die Unternehmensleitung in strenger Rechtsdurchsetzung übt, lässt sich *ex ante* von außen nicht valide beurteilen.

222 Dazu oben III 3 b, cc [1].

223 *Satzger*, Dreimal in causa – actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa, Jura 2006, 513 ff.

Eine Angemessenheitskontrolle scheidet deshalb – ähnlich wie bei der *Business Judgement Rule*²²⁴ – aus. Bis zur Grenze des zwingenden Rechts und der Vermögensverschwendung kann die Unternehmensleitung dem Betriebsfrieden und der guten Sozialpartnerschaft mehr Bedeutung beimessen als rigoroser Rechtsdurchsetzung. Wenn aber Betriebsrat und Gewerkschaft selbst zur Aufklärung drängen, ist jedenfalls aus *sozialen* Gründen kein Raum mehr, davon abzusehen, weil dann weder Betriebs- noch Sozialpartnerschaft Schaden nehmen können. Folglich kommt es auch nur auf die betroffenen Akteure an und können Außenstehende – etwa Minderheitsgewerkschaften – nicht die *Social Judgement Rule* gegen den Willen der tatsächlich involvierten Betriebs- und Sozialpartner abschalten.

5. Internationale Akzeptanz der Social Judgement Rule

Da die Vorbilder des modernen Gesellschaftsrechts und damit auch der Compliance vornehmlich aus dem anglo-amerikanischen Rechtsraum zu uns gelangen²²⁵ und dort Arbeitnehmerbeteiligung keineswegs so kooperativ abläuft wie bei uns, verwundert es nicht, dass noch keine befriedigende Regelung für einen Compliance-gerechten Umgang mit Rechtsverstößen in den Kollektivarbeitsbeziehungen gefunden wurde. Es wurde schlicht nicht danach gesucht. Das heißt aber nicht, dass wir unser Kollektivarbeitsrecht, das gerade nur auf *gegenseitiger*, vor staatlicher Einflussnahme weitgehend geschützter Rechtskontrolle abläuft, im allgemeinen Compliance-Streben blindlings der reinen Lehre unterstellen müssen. Denn wie *Holger Fleischer* zu recht betont:

„Rezeption ... ist immer Assimilation, das heißt ein eigener Entwicklungsprozess, in dem ausländische Rechtsideen an die Besonderheiten der inländischen Dogmatik angepasst und zu einem Element des eigenen Lebens und Denkens gemacht werden. ... Für aktienrechtliche Rechtsimporte bedeutet dies, dass sie sich mit ihrer Übernahme in Deutschland von ihren angelsächsischen Wurzeln lösen und eine eigenständige nationale Färbung annehmen. ... US-amerikanische und britische Entscheidungen haben nur den Rang einer *persuasive authority* und hindern deutsche Gerichte nicht, fortan eigene Akzente zu setzen.“²²⁶

Freilich ist eine *Social Judgement Rule* als Compliance-Ausnahme ein deutlich bedeutsamerer Akzent als die deutsche Nuance zur *Business Judgement Rule*, die sich im Wesentlichen in einer Beweislastverlagerung vom Aufsichtsrat auf das Vorstandsmitglied erschöpft²²⁷.

224 Zum (äußerst restriktiv zu verstehenden) Verbot „übergroßer“ Risiken oben III 3 b, cc [2].

225 Instruktiv *Fleischer*, NZG 2004, 1129 ff.

226 *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1137, unter Verweis auf *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 128.

227 *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1137.

Bedeutsam wird das für all diejenigen Unternehmen, die durch sogenannte *dual listing*²²⁸ an deutschen wie US-amerikanischen Börsen nicht nur der hiesigen, sondern auch der klassischen Compliance-Lehre verpflichtet sind. Die US-amerikanische Börsenaufsicht SEC hat indes schon einmal gegenüber unserer Kollektivarbeitsrechtsordnung Rücksicht bewiesen und bei der Unabhängigkeit der Mitglieder des Prüfungsausschusses im Aufsichtsrat eine Ausnahme für Arbeitnehmervertreter eingeführt²²⁹. Es ist also auch die internationale Akzeptanz der *Social Judgement Rule* als ein weiterer Schritt der weltweiten Konvergenz der Rechtssysteme²³⁰ nicht ausgeschlossen.

V. Fazit

Bis zur ARAG/Garmenbeck-Entscheidung wurde die Überwachungspflicht des Aufsichtsrats über den Vorstand als rechtsfreier Raum verstanden, der von der Maxime beherrscht wurde „Regress nimmt man nicht“ – aber die Folge von ARAG/Garmenbeck ist auch nicht die rigorose Rechtsverfolgung ohne Rücksicht auf Verluste²³¹. Ebenso verhält es sich mit der Duldung von Verstößen gegen Kollektivarbeitsrecht: Nachdem medienwirksame Skandale den *laissez faire* des letzten Jahrhunderts abrupt beendet und einen regelrechten Compliance-Hype ausgelöst haben, ist es an der Zeit, auf Spezifika rechtlicher Teilbereiche Rücksicht zu nehmen: „Compliance, ja aber“ und zwar „ja aber“ unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Kollektivarbeitsbeziehungen, wie sie der deutsche Gesetzgeber angelegt hat.

Die eigene Legalitätspflicht der Unternehmensleitung steht dabei keineswegs zur Diskussion – die „soziale Rechtfertigung von Rechtsverstößen“ steht auf einem anderen Blatt. Die *Duldung* von Rechtsverstößen ist hingegen – unter den aufgezeigten Einschränkungen – kein Compliance-Verstoß, soweit sie dem Betriebsfrieden und der guten Sozialpartnerschaft und damit letztlich dem Unternehmenswohl dient. Das kann letztlich nur die Unternehmensleitung beurteilen.

228 *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1135; eingehend *Gruson*, Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse – die so genannte Globale Aktie, AG 2004, 358 ff.

229 Rule 10A-3(b)(1)(iv)(C) Security Exchange Act; dazu *Block*, Neue Regelungen zur Corporate Governance gemäß Sarbanes-Oxley Act, BKR 2003, 774, 781; *Regelin/Fisher*, Zum Stand der Umsetzung des Sarbanes-Oxley Act aus deutscher Sicht, IStR 2003, 276, 280 f.

230 *Fleischer*, NZG 2004, 1129, 1135.

231 Vgl. *Goette*, ZHR 176 (2012), 588, 590 f.

Diskussion

Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Vielen Dank, Herr *Latzel*, für den wunderbaren Vortrag mit den genauen Abstufungen und mit dem tröstlichen Ergebnis, dass die These des Vortrags eben nicht bedeutet, wir haben ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, also *Social Judgement Rule* als Rechtfertigung, sondern als Ausnahme für die Anwendung des Legalitätsprinzips. Das ist für mich schon einmal tröstlich. Ich darf jetzt die Diskussion eröffnen.

Dr. Jan Lessner-Sturm, Metro AG, Düsseldorf:

Im Sinne der Lösung unserer demografischen Probleme wäre es sicherlich sinnvoll, wenn Ehegatten untereinander verpflichtet wären, auf Vollzug der ehelichen Pflichten auch zu klagen, wenn diese unterlassen werden und es dabei *zero tolerance* gäbe. Für das Familienrecht wird es wohl keiner anwenden wollen.

Ich glaube in der Tat auch, dass volkswirtschaftlich – aber dazu könnte uns Professor *Rieble* vielleicht mehr sagen – es ganz sinnvoll wäre, wenn alle Unternehmen sich gegenseitig in Vertragsbeziehungen immer verklagen würden, um auf diese Art und Weise vielleicht nicht so gute Unternehmen aus dem Markt zu drängen. Bei den Arbeitsbeziehungen – da gebe ich Ihnen Recht – sollte, wenn es eine solche Pflicht gäbe, dann eine Bereichsausnahme bestehen. Nur sehe ich hier eigentlich gar keine Notwendigkeit für eine Bereichsausnahme und würde diesen Punkt gern noch einmal hinterfragen. Die *Business Judgement Rule* und die *Legal Judgement Rule* geben doch selber genügend Ausnahmen, die Sie auch genannt haben, nicht zu klagen. Warum braucht man dann eine Bereichsausnahme? Würde es nicht völlig ausreichen, die Grundsätze der *Business Judgement Rule* auch auf die Arbeitsbeziehungen anzuwenden?

Die zweite Frage: Wenn es die *Social Judgement Rule* in Ihrem Sinne nicht gäbe, hieße das dann auch, dass der Betriebsrat zu *zero tolerance* verpflichtet wäre und jeden Verstoß gegen die Betriebsverfassung im Beschlussverfahren ahnden müsste?

Dr. Clemens Latzel, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Könnten Sie die zweite Frage noch einmal wiederholen? Ich habe den Anfang nicht verstanden.

Jan Lessner-Sturm:

Der Betriebsrat könnte sagen: „Wenn ich immer klagen muss, wenn der Arbeitgeber gegen die Betriebsverfassung verstößt, müsste ich dann davon auch Gebrauch machen und wirklich immer, wenn ich sehe, ein Mitbestimmungsrecht ist missachtet worden, sofort ein Beschlussverfahren einleiten?“ Das wäre die Kehrseite davon.

Clemens Latzel:

Um mit der zweiten Frage anzufangen: Der Betriebsrat – das hatten wir gerade von Herrn *Sittard* gehört – hat nicht die Polizeibefugnis oder, in dem Fall, eine Strafverfolgungs- oder Rechtsverfolgungspflicht. Diese halten sich sehr in Grenzen. Der Betriebsrat ist in erster Linie nur Interessenvertreter der Belegschaft und für ihn gilt die Legalitätspflicht; er hat keine Vermögenswahrungspflicht, allenfalls nur sehr eingeschränkt. Im Umkehrschluss zur *Social Judgement Rule* für Arbeitgeber kann man nicht sagen: „Weil der Arbeitgeber darüber hinwegsehen kann, muss der Betriebsrat dem Arbeitgeber auf die Finger klopfen.“ Es zeigt sich gerade an § 23 III BetrVG, dass nur bei groben Pflichtverstößen eine Möglichkeit besteht, den Arbeitgeber zur Rechtstreue zwingen. Natürlich gibt es noch den allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, der aber nur bei Mitbestimmungsverfehlungen greift, und auch er muss natürlich nicht durchgesetzt werden. Der Betriebsrat hat vielleicht auch ein Interesse, „seine“ Unternehmensleitung nicht zum Zorn zu reizen, indem er jede Woche mit dem Arbeitgeber einen *Jour Fixe* vor dem ArbG hat und komplett auf Rechtstreue beharrt, sondern er hat auch ein Interesse daran, sich ein gutes Verhältnis zur Unternehmensleitung aufzubauen, indem er mit verständigem, auch unternehmerischen Blick auf diese zugeht. Ob er das will oder nicht will, ist seine Sache. Er ist weder verpflichtet, noch muss er sich für irgendetwas rechtfertigen, wenn er etwas tut oder etwas nicht tut. Eine Dissertation über Verbands-Compliance wird demnächst noch erscheinen. Vielleicht ergeben sich daraus neue Erkenntnisse.

Zur ersten Frage: Langen nicht *Business Judgement Rule* und *Legal Judgement Rule*? Wieso brauchen wir noch die *Social Judgement Rule*? Erstens, weil es Englisch ist und Englisch ist modern. Den Titel habe ich mir nicht ausgedacht. Aber im Ernst: Die *Social Judgement Rule* hat vor allem einen Vorteil: Sie gibt dem Kind einen Namen. Bei der *Business Judgement Rule* denken alle nur an Wirtschaft, an Euro, an Bilanzen. Die *Legal Judgement Rule* ist hingegen erst noch „*upcoming*“; dazu gibt es noch nicht so viele Publikationen – am ehesten noch im Versicherungsaufsichtsrecht. Die *Social Judgement Rule* kann die Funktion erfüllen, dem Kind einen Namen zu geben, indem daran erinnert wird: Es geht hier um Betriebs- und Sozialpartnerschaft und nicht nur um Euros und Paragra-

fen. Dass die soziale Rechtfertigung – wie man es auch auf Deutsch sagen könne – dem Gedanken nach in *Business* und *Legal Judgement Rule* schon zum Teil drinsteckt, dass man auch bei einer unternehmerischen Entscheidung, wie sie die *Business Judgement Rule* schützt, die Wertungen berücksichtigen kann, den Betriebsfrieden zu schützen, die Sozialpartnerschaft zu schützen – geschenkt, aber es wird quasi nicht gemacht. Insbesondere wird es nicht von Leuten gemacht, die über Compliance schreiben.

Richard Giesen:

Noch eine Ergänzung für Herrn *Lessner*: Die §§ 93 und 116 AktG gelten eben nicht für den Betriebsrat, sondern man muss vor allem mit § 80 BetrVG arbeiten.

Dr. Georg Schima, Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG, Wien:

Ich kann Ihren Thesen nur weitestgehend und eigentlich umfassend zustimmen. Ich zweifle aber auch ein bisschen, ob man das als eigene Kategorie sehen kann. Sie haben natürlich Recht. Die Leute, die sich damit beschäftigen, haben kaum fachliche Überschneidungen, und das erklärt, dass das von der Arbeitsrechtsseite her anders gesehen wird als von Personen, die sich mit Gesellschaftsrecht und Compliance beschäftigen. Ich gehöre zu denen, die das fachlich ein bisschen verbinden und sich auch wissenschaftlich mit beidem beschäftigen. Ich würde es schon so sehen, dass die Erwägungen, die Sie ins Treffen führen, dafür, dass man schonender vorgehen kann gegen jemanden, mit dem man lange noch zu tun hat und auf den man angewiesen ist, genauso anwenden kann im Rahmen der allgemeinen *Business Judgement Rule*, wenn es um die Rücksichtnahme auf sonstige Geschäftspartner und sonstige Beziehungen außerhalb des Arbeitsrechts geht. Insofern glaube ich schon, dass die *Business Judgement Rule*, richtig verstanden, das hergibt. Wobei man sie in Deutschland bekanntlich ohnehin nicht richtig umgesetzt hat, weil die Beweislastverteilung des amerikanischen Fallrechts genau nicht übernommen wurde. Daher ist es aus meiner Sicht eine völlig verunglückte Transponierung ins deutsche Aktienrecht. Das habe ich aber auch schon mehrmals gesagt. Das wird in Deutschland teilweise auch so gesehen, aber es ist offenbar gewollt, weil es auch vom Gesetzgeber in Form irgendeines Abtausches, der 2005 erfolgte, so vorgesehen wurde. Das, was herausgekommen ist, hat mit der amerikanischen *Business Judgement Rule* fast nichts zu tun, das muss man sagen. Der *Safe Harbour* ist natürlich damit nicht verwirklicht. Prinzipiell glaube ich schon, dass man zu dem, was Sie gesagt haben

– vom Ergebnis her würde ich das alles teilen –, vielleicht nicht unbedingt zu einer eigenen Kategorie bilden muss. Wobei ich Ihnen ganz zustimme – das habe ich schon zum Vortrag von *Barbara Reinhard* gesagt, und Sie haben das jetzt noch griffigere Argument oder das zusätzliche Argument verwendet –, dass nicht jede sehr gute oder Überbezahlung eines Betriebsrats Untreue ist. Das liegt nicht nur daran, –dass keine Schädigungsabsicht vorliegt, sondern gilt vor allem, weil es natürlich darauf ankommt – wie Sie ganz zutreffend gesagt haben –, ob die übertretene Norm das Vermögen des Machthabers schützen soll. Das sehe ich auch, dass das bei § 119 BetrVG nicht der Fall ist. Für Österreich müsste das noch verstärkt gelten, weil wir nicht einmal ein explizites Bevorzugungsverbot haben. Wir leiten es ab aus dem Gebot der Ehrenamtlichkeit und dem weitgehend unstrittigen zweiseitig zwingenden Charakter des Betriebsverfassungsrechts insgesamt, und daher judiziert auch unser Oberster Gerichtshof genau so. Ich darf dem Betriebsrat nichts geben, was nicht im Gesetz steht. Insbesondere Geldzuwendungen sind verboten, weil das Gesetz nur die Verpflichtung zur Sachausstattung vorsieht. Das dann strafsanktionsbewehrt zu sehen, würde wahrscheinlich in Österreich noch schwerer fallen. Darüber hat bei uns auch noch niemand nachgedacht, aber das wird sich vielleicht auch noch ändern. Da stimme ich Ihnen vollkommen zu: Untreue, glaube ich, sollte das nicht sein. Die Frage ist allerdings schon, ob man nicht eine flagrante Bestechung, denn das ist es eigentlich im unjuristischen Sinne, speziell unter Strafe stellen sollte. Ich kenne die deutschen Urteile zu VW zu wenig oder habe sie nicht wirklich gelesen, dass ich nicht weiß, wo dort angesetzt wurde, aber wenn ich jetzt dem Betriebsrat Geld gebe, um ihn zu einer zahnlosen Amtsführung zu bewegen, ist das aus meiner Sicht zumindest *de lege ferenda* sicher strafwürdig. Ich würde es aber nicht als Untreue bezeichnen. Vielleicht ist es aber auch schon *de lege lata* strafbar, weil ich ihn ja korrumpiere. Er ist in Wahrheit ein Amtsträger; wäre er ein Beamter, wäre es eine klare Bestechung. Es ist wahrscheinlich derzeit nicht vom Korruptionsstrafrecht erfasst, sollte es aber eher schon sein.

Professor Dr. Volker Rieble, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich wollte nur klarstellen: Es gibt in Deutschland zwei merkwürdige Urteile, die genau die Frage stellen, ob das Bestechen eines Betriebsrats als Korruption aufgefasst werden kann. Das LG München hat einen Personalrat, der in der Stadtreinigung der Stadt München gearbeitet hat und Türke war und seinen türkischen Landsleuten für je 1.000 € einen Arbeitsplatz versprochen hat, als Amtsträger wegen Bestechlichkeit verurteilt. Das halte ich für falsch, weil Amtsträger nur derjenige ist, der abschließend entscheiden kann. Der Betriebsrat entscheidet nicht, wer bei der Stadtreini-

gung in München eingestellt wird. Der Mann hat eine Haftstrafe ohne Bewährung bekommen.

Zweiter Fall ist der Fall Magirus Deutz: Dort hat der Gesamtbetriebsratsvorsitzende von Magirus in Ulm von einer Tochtergesellschaft der Nürnberger Versicherung 600.000 € entgegengenommen mit der dankenswerten Aufgabe, dafür zu sorgen, dass die gesamte betriebliche Altersversorgung zu der Tochtergesellschaft der Nürnberger Versicherung kommt. Auch da hat das LG ihn bestraft wegen Korruption und zwar deswegen, weil man gesagt hat, es sei Wirtschaftskorruption im Sinne von § 299 StGB, weil der Betriebsrat als faktischer Geschäftsführer darüber entschieden hat, wer diese betriebliche Altersversorgung bekommt. Dann ist es so, als würde ein normaler Einkäufer bestochen. Und auch hier eine Haftstrafe. Das ist schon ganz schön viel.

Clemens Latzel:

Ich wollte noch etwas zu dem sagen, was Dr. *Schima* gesagt hat: Ich vermute, dass die Zivilrechtssenate am BGH lebensnäher denken als die Strafsenate am BGH, die die Untreuerechtsprechung gern vorantreiben. Die Maßstäbe, mit denen dort gemessen wird, scheinen verkehrt zu sein. Das Strafrecht ist eigentlich der äußerste Rahmen dessen, was noch erlaubt ist, während das Zivilrecht ein bisschen enger ist und dazwischen gibt es einen Bereich, der straflos aber zivilrechtswidrig ist. Das scheint sich bei der Untreuerechtsprechung bisweilen umzudrehen, so dass sich im zivilrechtlichen Innenverhältnis mancher einwandfrei verhält, aber in „Wirklichkeit“ nach Meinung des Strafsenats schon im Bereich der Strafbarkeit ist. Dort scheinen einige Bewertungsmaßstäbe auseinanderzufallen. Das hat auch ein Mitglied des Zivilrechtssenats einmal in einem längeren Aufsatz am Rande einfließen lassen, aber er kann natürlich – mit Rücksicht auf die Kollegen – im Aufsatz nicht so deutlich werden, wie er es vielleicht bei einer Tagung wie dieser hier werden würde.

Richard Giesen:

Vielen Dank Herr *Latzel*. Ich darf jetzt zum Ende unserer Tagung überleiten. Vor dem Ende möchte ich kurz auf die nächsten Veranstaltungen hinweisen. Unsere Vortragsveranstaltungen werden im Internet angekündigt. Wir werden aber außerhalb der normalen Reihe am 23.1. 2014 in München in der Aula der Universität das zehnjährige Bestehen unseres ZAAR feiern, also unserer kleinen wissenschaftlichen Einrichtung. Dazu werden Sie noch Einladungen erhalten, aber Sie sind auch jetzt schon herzlich eingeladen. Außerdem möchte ich ganz herzlich den Mitarbeitern des ZAAR danken, dafür, dass Sie diese Veranstaltung vorbereitet und hier

mitgetragen haben und auch die Reise auf sich genommen haben, zu uns zu kommen und natürlich den Referenten des heutigen Tages und vor allem der HessenChemie und Herrn Dr. *Schack* dafür, dass Sie uns heute hier eingeladen haben, in dieses wunderbare Gebäude. Wir haben schon gehört, dass wir auch künftig kommen dürfen. Wir würden sehr gern dieses Angebot annehmen. Ganz herzlichen Dank an Sie und Ihnen vielen Dank fürs Kommen, gute Reise und auch Herrn *Latzel* ganz herzlichen Dank für den letzten und unter erschwerten Bedingungen gehaltenen Vortrag. Kommen Sie gut nach Hause, auf Wiedersehen.

Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble
(Herausgeber)

Compliance im kollektiven Arbeitsrecht

5. ZAAR-Tagung
Wiesbaden, 22. November 2013



ZAAR Verlag München 2014

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2014 Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht
Destouchesstraße 68 | 80796 München
www.zaar.uni-muenchen.de | info@zaar.uni-muenchen.de

Druck: AZ Druck und Datentechnik GmbH
Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in Germany

ISSN 1863-0847

ISBN 978-3-939671-30-5

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 35