

Aufsätze

Volker Rieble^{*)}

Schuldrechtliche Zeugenpflicht von Mitarbeitern

Das deutsche Recht verpflichtet Zeugen hoheitlich zur Zeugenaussage und setzt dies mit Zwangsmitteln durch. Ausländische Gerichte – insbesondere in den USA – setzen auf eine zivilrechtliche Zeugen- und Aussagepflicht und verlangen von deutschen Unternehmen, dass sie ihre Arbeitnehmer als Zeugen beibringen. Ob das rechtlich überhaupt geht, ob es also eine schuldrechtliche Pflicht des Arbeitnehmers gibt, auf Verlangen des Arbeitgebers vor ausländischen Gerichten oder vor Schiedsgerichten auszusagen, ist eine in Deutschland bislang nicht diskutierte Frage. Der Beitrag geht ihr nach.

I. Zeugenbeweissführung im Ausland und vor Schiedsgerichten als Problem

Die Pflicht, als Zeuge vor Gericht auszusagen, ist in Deutschland als öffentlich-rechtliche Pflicht ausgestaltet: Das Gericht kann mit hoheitlichen Zwangsmitteln dafür sorgen, dass der Zeuge erscheint und aussagt. Nach §§ 373 ff. ZPO ist der vom Gericht ordnungsgemäß geladene Zeuge verpflichtet, vor Gericht zu erscheinen, auszusagen und gegebenenfalls die Aussage zu beeden. Zeugnisverweigerung ist nur in den Fällen der §§ 383, 384 ZPO zulässig. Verweigert ein Zeuge seine Aussage ohne rechtlichen Grund, stehen dem Gericht die Zwangsmittel des § 380 ZPO, Ordnungsgeld und Ordnungshaft, zu. Daneben kann der Zeuge gewaltsam vorgeführt werden. Ein zivilrechtlicher Anspruch des Beweisführers gegen den Zeugen erscheint daneben auf den ersten Blick überflüssig.

Andere Staaten regeln das anders. Das Beibringungsprinzip kann auch die Beibringung von Beweismitteln umfassen. Vor allem das US-amerikanische Prozessrecht überlässt die Beibringung von Zeugen der Partei. Auch vor deutschen Schiedsgerichten ist keine hoheitliche Zeugenpflicht denkbar,¹⁾ wegen § 1050 ZPO die Unterstützung der staatlichen Gerichte vorsieht – wobei die Norm auch und gerade auf den Zeugen-

beweis zielt: Dem Schiedsrichter als Privatperson fehlen staatliche Zwangsmittel, um einen Zeugen zum Erscheinen und zur Aussage zu bewegen.²⁾ Dass das Schiedsgericht „freiwillig“ erschienene und aussagebereite Zeugen vernehmen kann, sagt § 1043 Abs. 2 ZPO.

In wirtschaftlich relevanten Verfahren sind die in Betracht kommenden Zeugen häufig Mitarbeiter des klagenden oder verklagten Unternehmens, also die Arbeitnehmer, Führungskräfte, Organmitglieder. Je länger der streitige Sachverhalt zurückliegt, desto eher ist das Unternehmen auf die Aussage ehemaliger Arbeitnehmer angewiesen. Das wirft die konkret-praktische Frage auf, ob ein Unternehmen von seinem aktiven oder ehemaligen Mitarbeiter schuldrechtlich verlangen kann, dass dieser in einem fremden Staat oder vor einem Schiedsgericht eine Zeugenaussage macht.

Die Frage wird dadurch verschärft und eigentlich interessant, dass das Prozessrechtsverhältnis die eine Partei verpflichten kann, ihr zur Verfügung stehende Beweismittel dem Gegner zu überlassen.³⁾ Die Vorlegung von Urkunden durch den Gegner nach §§ 421 ff. ZPO wird praktisch im Fall des § 422 ZPO in Abhängigkeit gerade vom materiell-rechtlichen Urkundenvorlegungsanspruch.⁴⁾ Gilt das auch für Zeugen? Kann der Kläger vom Beklagten verlangen, dass dieser mit Hilfe seiner schuldrechtlichen Ansprüche einen eigenen Arbeitnehmer als Zeugen im Gegnerinteresse vor das Schiedsgericht oder das ausländische Gericht bringt? Das verdoppelt die schuldrecht-

1) Allgemeines zum Zeugenbeweis vor Schiedsgerichten Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 6. Aufl., 2000, S. 149 f.

2) Schwab/Walter (Fußn. 1), S. 149.

3) Im Falle des § 142 ZPO kann das Gericht auch ohne Beweisantritt des Gegners nach richterlichem Ermessen die Urkundenvorlage – neuerdings auch gegenüber Dritten – anordnen. Freilich darf dieses Instrument nicht der Parteiausforschung dienen, Zöller/Greger, ZPO, 23. Aufl., 2002, § 142 Rz. 1 f., vgl. dazu auch Lüpke/Müller, NZI 2002, 588.

4) Vor allem § 810 BGB, aber auch §§ 259, 371, 402, 666, 667, 716, 896, 952, 1799 BGB und §§ 118, 157, 166 HGB, § 51a GmbHG, § 129 Abs. 4 AktG; allgemein Grimme, JA 1985, 320.

^{*)} Dr. iur., Universitätsprofessor in Mannheim

liche Frage: Einmal geht es um den Anspruch zwischen den Parteien, der seinerseits aus einer fremden Rechtsordnung folgen kann, und zum anderen geht es um den Zeugenanspruch des (beklagten) Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer.

Eben das widerfährt deutschen Unternehmen im Ausland, vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika: Der Kläger verlangt Schadensersatz und will den Beweis mit Hilfe des Beklagten führen, der dazu seine Unterlagen und seine Arbeitnehmer als Beweismittel in den Dienst der Gegenseite stellen soll – bis hin zur Ausforschung.

Im Rahmen eines pre-trial-discovery-Verfahrens in den USA bestehen unabhängig von der Beweislast einer Partei Aufklärungs- und Informationspflichten, die inhaltlich weit über die prozessuale Aufklärungspflicht im deutschen Recht hinausgehen.⁵⁾ Da zwischen den Parteien die Pflicht zur redlichen Zusammenarbeit („in good faith“) zur Aufklärung des Sachverhaltes besteht,⁶⁾ kann das Gericht auf die Verletzung von Aufklärungspflichten einer Partei mit prozessualen Sanktionen reagieren: Es kann

- streitige Tatsachen gegen die Partei als erwiesen erachten,
- Beweismittel, soweit sie der Partei günstig sind, für den weiteren Verlauf des Verfahrens ausschließen
- oder eine Strafe wegen contempt of court verhängen.⁷⁾

Der deutsche Arbeitgeber ist insofern darauf angewiesen, seine Mitarbeiter zur Aussage zu bewegen. Da das deutsche Prozessrecht kein vergleichbares Vorverfahren kennt, die Rechtshilfe nach dem Haager Übereinkommen über die Beweisaufnahme im Ausland in Zivil- und Handelssachen vom 18. 3. 1970⁸⁾ nur von dem US-amerikanischen Gericht ausgelöst werden kann, bleibt dem deutschen Arbeitgeber, der eigene Mitarbeiter zur Aussage bewegen will, nur das materielle Recht. Der Arbeitsvertrag müsste also eine Pflicht des Arbeitnehmers zur Aussage vor einem Gericht oder in einem pre-trial-discovery-Verfahren auslösen.

Umgekehrt gilt auch im US-amerikanischen Recht und vor Schiedsgerichten der allgemeine Grundsatz des „impossibilium nulla est obligatio“: Wenn der deutsche Arbeitgeber nach deutschem Recht seine Mitarbeiter nicht zur Aussage bewegen kann – und sei es mit Kündigungsandrohung –, dann kann er dazu auch nicht mit Hilfe einer court order angehalten werden.

II. Aussagepflicht von (ehemaligen) Mitarbeitern

1. Schuldrechtliche Grundlegung

Eine gesetzliche Regelung über Vertragspflichten zur Zeugenaussage vor Gericht besteht nicht. Weder spricht das Gesetz eine solche Pflicht aus, noch ist andererseits der Vorrang der prozessualen, also öffentlich-rechtlichen Zeugenpflicht angeordnet und die schuldrechtliche ausgeschlossen. Das BGB kennt zwar einen allgemeinen Urkundenvorlageanspruch zu Beweis Zwecken (§ 810 BGB), nicht aber einen allgemeinen Zeugen- oder Aussageanspruch.⁹⁾ Geregelt ist nur punktuell der Anspruch auf Rechenschaft und Auskunft über einen Sachbestand (§§ 259, 260 BGB), die beide den Zweck haben, die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern.¹⁰⁾

Nicht ansatzweise ist bestreitbar, dass die (schuldhaft) Falschaussage zu Lasten insbesondere einer Vertragspartei zu Schadensersatzansprüchen führen können muss. Deliktsrechtlich folgt das insbesondere aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 153 ff., 263 StGB.¹¹⁾ Allerdings greifen die §§ 153 ff. StGB bei freiwilligen Aussagen vor Schiedsgerichten nicht – diese sind keine für die eidliche Vernehmung von Zeugen zuständige Stelle. Vertragsrechtlich folgt das aus der allgemeinen Nebenpflicht des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber nicht zu schädigen.¹²⁾ Wenn aber der Arbeitnehmer nicht nur gegenüber dem Gericht, sondern auch gegenüber seinem Arbeitgeber schadensrechtlich die Wahrheit sagen muss, dann steht hinter dem Schadensersatzanspruch als Primäranspruch die vertragsrechtliche Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage. Von dort bis zur Pflicht zur Aussage überhaupt – also nicht nur zur Wahrheit – ist materiell-rechtlich nur ein kleiner Schritt. Man denke an den Arbeitnehmer, der ein nicht bestehendes Aussage- oder Zeugnisverweigerungsrecht behauptet, nicht vernommen wird und deshalb seinen Arbeitgeber in Beweisnot bringt. Dass hier Ersatzansprüche aus § 280 BGB (früher: pVV) möglich sind, lässt sich wiederum kaum ernsthaft bestreiten.

Wenn ein Arbeitgeber zunächst Auskunftsansprüche gegen seinen Arbeitnehmer geltend machen kann, um einen Prozess gegen einen Schuldner zu ermöglichen, dann muss der Arbeitnehmer im Prozess gegen den Schuldner auch zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet sein.

2. Kein Sperrvorrang des Prozessrechts

Solche materiellen Pflichten des Arbeitnehmers zur Aussage überhaupt und zur wahrheitsgemäßen Aussage scheitern auch nicht am Vorrang des Prozessrechts. Von vornherein geht es hier nicht um eine Kollision zwischen hoheitlicher und vertraglicher Aussagepflicht, sondern um ihre Parallelität. Die hoheitliche Zeugenpflicht wird durch die privatrechtliche verstärkt. Gerade im Arbeitsrecht ist es typische Erscheinung, dass öffentlich-rechtliche Pflichten (etwa aus dem technischen Arbeitsschutz) vertragsrechtlich flankiert werden – besonders durch § 618 BGB.¹³⁾

Das Prozessrecht verdient Vorrang gegenüber dem materiellen Recht nur mit seinem zentralen Zweck: die materielle Wahr-

5) Vgl. Lorenz, ZZZ 111, 35, 46, 60. Im deutschen Recht gibt es nur wenige Mitwirkungspflichten, etwa §§ 141 bis 144 ZPO. Darüber hinaus besteht die allgemeine Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht, § 138 ZPO, an deren Umfang auch die ZPO-Reform nichts geändert hat, vgl. Zöller/Vollkommer (Fußn. 3), Einl. Rz. 53, 55.

6) Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), Rule 26 f; Reufels, RIW 1999, 667, 669; Stadler, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozess und im Rechtshilfeverfahren, 1989, S. 67.

7) Rule 30 (b) (6) FRCP; Lorenz, ZZZ 111, 35, 53; Stadler (Fußn. 6), S. 88 ff.

8) BGBl 1977 II, 1477, für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 26. 6. 1979, BGBl 1979 II, 780.

9) Der Begriff Zeugnispflicht oder -anspruch ist missverständlich wegen der Zeugniserteilung nach § 630 BGB und § 109 GewO.

10) Weitere Pflichten bei Staudinger/Bittner, BGB, 2001, § 259 Rz. 8.

11) Zum Schutzgesetzcharakter der §§ 153 ff. StGB: Staudinger/J. Hager, BGB, 1999, § 823 Rz. G 42 m. w. N.

12) Blomeyer, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl., 2000, § 51 Rz. 19; Bitter, Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, AR-Blattei SD 190, 1992, Rz. 87; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 10. Aufl., 2002, § 53 Rz. 1 ff. jew. m. N.

13) Dazu Staudinger/Oetker, BGB 2002, § 618 Rz. 14 f.

heit innerhalb der Verfahrensregeln zu ermitteln.¹⁴⁾ Mit dem Prozessrecht unvereinbar ist es demzufolge, wenn durch privatrechtliche Vereinbarungen die prozessuale Wahrheitsfindung gestört wird. Eben deshalb ist anerkannt, dass durch Vertrag die prozessuale Zeugenpflicht nicht hintertrieben werden darf. Weder kann ein zur Aussage verpflichteter Zeuge vertraglich versprechen, nicht auszusagen,¹⁵⁾ noch kann durch Vertrag eine Aussage *bestimmten* Inhaltes vorgegeben werden. Mit einer solchen Festlegung würde die prozessuale Wahrheitspflicht ignoriert. Die Abrede ist sittenwidrig und deshalb unwirksam, § 138 Abs. 1 BGB.¹⁶⁾ Die Verpflichtung eines Dritten zur wahrheitsgemäßen Zeugenaussage beeinträchtigt die prozessuale Wahrheit hingegen nicht. Denn das Vertragsrecht wiederholt nur die öffentlich-rechtliche Verpflichtung.

Insofern lässt sich zwar befürchten, dass jeder private Zwang zur – wahrheitsgemäßen – Aussage die Wahrheitsfindung gefährden kann. Der Anspruchsteller, namentlich der Arbeitgeber, der von seinem Arbeitnehmer eine Aussage verlangt, mag unter Wahrheit anderes erwarten als dieser. Andererseits kennt das Privatrecht zahlreiche Auskunftspflichten – von gesetzlich geregelten Fällen bis zum allgemeinen Auskunftsanspruch aus Treu und Glauben (§ 242 BGB).¹⁷⁾ Auskunft- und Rechenschaftspflichten haben häufig prozessvorbereitende Funktion. Das gilt gerade für den allgemeinen Auskunftsanspruch, den das Reichsgericht aus § 242 BGB entwickelt hat – gezielt zur Prozessvorbereitung.¹⁸⁾ Nur so ist auch zu verstehen, dass der Auskunftsberechtigte vorprozessual unter Umständen eine Versicherung an Eides statt verlangen kann, in Form eines Hilfsanspruchs (§ 259 Abs. 2, § 260 Abs. 2, § 261 BGB). Mithin kann der schuldrechtliche Zwang zur Aussage als solcher kein Hindernis sein.

Grundsätzlich sind damit nicht nur ausdrückliche Vereinbarungen über eine positive Pflicht zur Zeugenaussage zulässig; dem Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer lassen sich auch ungeschriebene Zeugen- und Aussagepflichten entnehmen, § 241 Abs. 2 BGB. Eine derartige materiell-rechtliche Pflicht zur Zeugenaussage ist nicht auf deutsche Gerichte in deutschen Verfahren oder auf Schiedsgerichte im Geltungsbereich der ZPO beschränkt. Sofern der Arbeitnehmer zur Aussage im Interesse des Arbeitgebers verpflichtet sein kann, kann diese Rechtspflicht auch für Verfahren vor ausländischen Gerichten gelten. Dem Schutz des Arbeitnehmers ist durch die jeweils gebotene Einschränkung seiner Pflichten Rechnung zu tragen, nicht durch generellen Ausschluss der Aussagepflicht.

Das gilt gerade auch für das US-amerikanische pre-trial-discovery-Verfahren. Zwar erfolgt die Zeugenaussage des Arbeitnehmers (deposition) in diesem Verfahren ohne Mitwirkung des Gerichts nur gegenüber den Anwälten. Das macht die Nähe zum prozessvorbereitenden Auskunftsanspruch nur größer. Soweit der Arbeitnehmer als Zeuge vor Nachteilen zu schützen ist, liegt die Lösung wiederum nicht im Ausschluss der Zeugenpflicht, sondern in der sachgerechten Beschränkung – etwa indem dem befragten Arbeitnehmer ein eigener Rechtsbeistand für die außergerichtliche Vernehmung zugestanden wird.

3. Rechtsgrundlage der Aussagepflicht aktiver Mitarbeiter

3.1 Ausnahmsweise Aussagepflicht als Pflicht zur Arbeitsleistung

Nahezu voraussetzungslos wäre die Aussagepflicht des Arbeitnehmers, wenn die Aussage Teil der geschuldeten und vergüteten Arbeitsleistung ist. Der Arbeitgeber könnte dann durch bloße Arbeitsweisung im Rahmen des Direktionsrechts (jetzt: § 106 GewO) die Aussage „abrufen“. Indes: Dass eine Aussage vor Gericht oder einer Behörde zur vertraglich geschuldeten – und damit zu bezahlenden – Arbeitsleistung zählt, ist nur ausnahmsweise anzunehmen, etwa bei solchen Beschäftigten, zu deren üblicher Arbeitsleistung auch Auftritte bei Gericht oder vor Behörden gehören, wie etwa Detektive, angestellte Rechtsanwälte oder Mitarbeiter von Inkassounternehmen. Im Übrigen gilt für die Aussagepflicht, was auch für Auskunftspflichten nach deutschem Recht gilt: Sie sind keine Hauptpflicht, sondern bloße Nebenpflicht.¹⁹⁾

3.2 Treuepflicht des Arbeitnehmers

In den übrigen Fällen lässt sich die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis begreifen. Schuldverhältnissen eignen Nebenpflichten auch ohne ausdrückliche Regelung nach Treu und Glauben – § 241 Abs. 2 BGB sagt das inzwischen deutlich. Im Arbeitsverhältnis wird diese allgemeine Rücksichtnahmepflicht noch gesteigert, weil es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt und weil Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Person verbunden sind. Der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber zur Loyalität verpflichtet.

Der Arbeitnehmer hat „seine Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis so zu erfüllen, seine Rechte so auszulegen und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren, wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebs nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden kann“. ²⁰⁾ Dadurch lässt sich aber keine konturenlose Aussagepflicht begründen. Die Rechtsprechung versucht stets, Nebenpflichten an möglichst konkrete Voraussetzungen zu binden, um die Freiheitsbeeinträchtigung des Arbeitnehmers überschaubar zu halten.²¹⁾

Für die Treuepflicht zur Zeugenaussage liegt eine Verbindung zum allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 242 BGB nahe.

14) Vgl. Lorenz, ZJP 111, 39, 40.

15) OLG Dresden v. 4. 2. 1930 – 7 O 159/28, JW 1930, 767.

16) MünchKomm-Damrau, ZPO, 2. Aufl., 2000, § 373 Rz. 23.

17) Staudinger/Bittner (Fußn. 10), § 260 Rz. 18 ff.

18) RG v. 4. 5. 1923 – II 310/22, RGZ 108, 1, 7; zum Aspekt der Prozessvorbereitung auch BGHZ 81, 21, 24. Hierzu auch Stürner, JZ 1976, 320; eingehend ders., Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976, S. 152 ff.

19) Für Auskunftspflichten Boenke, Auskunftspflichten im Arbeitsverhältnis, 1997, AR-Blattei SD 320 Rz. 18; Schaub (Fußn. 12), § 53 Rz. 6.

20) BAG AP Nr. 1 zu § 103 BetrVG 1972 = NJW 1975, 181 = BB 1974, 1578; BGH AP Nr. 1 zu § 611 BGB Treuepflicht = RdA 1954, 400 = NJW 1954, 320; BGH ZIP 1989, 528 = AP Nr. 9 zu § 611 BGB Treuepflicht = NJW-RR 1989, 614, dazu EWIR 1989, 553 (Becker); Schaub (Fußn. 12), § 53 Rz. 1; gezielt zur Prozessvorbereitung Blomeyer (Fußn. 12), § 51 Rz. 1, 16 ff.

21) Siehe Bitter, Die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers, AR-Blattei SD 190, 1992, Rz. 91.

Denn der Auskunftsanspruch dient der Prozessvorbereitung, das Zeugnis dann nur dem Beweis dessen, worüber zuvor Auskunft erteilt werden musste. Der vorprozessualen Informationspflicht folgte mithin eine prozessuale Aussagepflicht. *Stürner* hat diese Verbindung von Auskunft und Aussage so beschrieben, dass der Dritte einer materiell-rechtlichen Zeugnispflicht im Prozess unterfalle, aus deren Vorverlagerung man einen Auskunftsanspruch entwickeln könne.²²⁾

Mir scheint der entgegengesetzte Weg dogmatisch richtig zu sein, also aus dem Auskunftsanspruch eine materiell-rechtliche Zeugnispflicht zu entwickeln. Kraft des allgemeinen aus § 242 BGB entwickelten Auskunftsanspruchs schuldet jemand Auskunft, wenn

- ein Schuldverhältnis zwischen beiden Parteien besteht,
- der Auskunft Begehrende in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und
- der auf Auskunft in Anspruch Genommene die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann.²³⁾

Das haben gerade die Arbeitsgerichte für das Arbeitsverhältnis und die Auskunftspflicht des Arbeitnehmers bestätigt.²⁴⁾

Überträgt man wegen der Verbindung von Auskunft und Zeugenaussage diese Voraussetzungen abstrakt auf den Auskunftsanspruch des Arbeitgebers, so geht es nicht darum, dass der Arbeitgeber über sein Recht zu wenig weiß, sondern dass er sein Recht zwar kennt, aber in Beweisnot ist. Der Arbeitgeber muss also in entschuldbarer Weise seine Rechtsposition nicht beweisen können. Auf Arbeitnehmerseite ist nicht nur Voraussetzung, dass diesem das Zeugnis möglich ist, er also etwas zur Sache aussagen kann. Mit „unschwer“ nimmt die Rechtsprechung auf das Interessenabwägungsgebot des § 242 BGB Bezug. Erforderlich ist also, dass dem Arbeitnehmer die Aussage zumutbar ist, er durch sie nicht „unbillig belastet“ wird.²⁵⁾

Insofern besteht ein Unterschied zwischen Zeugenpflicht und Auskunftsanspruch: Dieser zielt in erster Linie auf persönliche Umstände des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber ohne Auskunft von vornherein nicht wissen kann (etwa: Nebentätigkeiten, anderweit erzielten Verdienst). Bei jener dagegen geht es um Dinge aus der betrieblichen Sphäre des Arbeitgebers, von denen er bereits weiß, die er aber womöglich nicht beweisen kann. Insofern wird dem Arbeitnehmer nicht zugemutet, über Privates oder Betriebsfernes auszusagen.

Besonderes Gewicht gewinnt insofern das Tatbestandsmerkmal „entschuldbar“. Die Beweisnot darf vom Arbeitgeber weder anders zu beseitigen sein, noch darf er sie selbst verursacht haben. Insofern lässt sich eine Zeugnispflicht aus § 242 BGB vor allem für den vom Arbeitnehmer selbst verantworteten Arbeitsbereich annehmen. Wird der Arbeitnehmer dort Zeuge von Vorgängen – die er selbst veranlasst hat oder Dritte –, dann ist allenfalls zu fragen, ob nicht ein ranghöherer Beschäftigter mit mehr Verantwortung die Aussage machen kann.²⁶⁾

Geht es um Vorgänge außerhalb des eigenen Aufgaben- und Verantwortungsbereiches, besteht grundsätzlich keine Aussagepflicht. Der Arbeitgeber ist gehalten, sich an die „zuständi-

gen“ Arbeitnehmer zu halten. Erst wenn jene als Zeugen ausscheiden – sei es, dass sie verhindert oder gar verstorben sind, sei es, dass sie den Arbeitgeber schädigen, also in Gegnerschaft zu ihm stehen –, kann auf andere Arbeitnehmer als Zeugen ausgewichen werden. Ansonsten ist der Arbeitgeber gehalten, auf denjenigen Zeugen zuzugreifen, der „näher dran“ ist, also dem Beweisthema näher steht. Dass der Arbeitgeber womöglich in den USA gehalten ist, bestimmte Zeugen zur Aussage zu bewegen, kann eine materiell-rechtliche Aussagepflicht nach deutschem Recht nicht begründen.

Die Aussagepflicht scheidet richtigerweise aus, wenn der Arbeitgeber seine Beweisnot selbst verschuldet hat. Wird etwa über geschäftliche Vorgänge kein Berichts- und Urkundensystem geführt, so ist es nicht Aufgabe von Arbeitnehmern, dieses vom Arbeitgeber verursachte Organisationsdefizit durch Zeugenaussagen zu kompensieren. Allenfalls in krassen Ausnahmesituationen lässt sich das durchbrechen, wenn etwa die wirtschaftliche Existenz bedroht ist.

4. Nachwirkende Treuepflichten ausgeschiedener Mitarbeiter als Ausnahme

Während aktive Arbeitnehmer eine allgemeine Treuepflicht gegenüber ihrem Arbeitgeber trifft, die Grundlage einer Aussagepflicht sein kann, gilt das für bereits ausgeschiedene Mitarbeiter nur ausnahmsweise: Unter dem Gesichtspunkt der nachvertraglichen Treuepflicht können sich auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewisse Verhaltenspflichten der Arbeitsvertragsparteien ergeben.²⁷⁾

Soweit es nicht um die unmittelbare Abwicklung des Arbeitsverhältnisses geht, bei dem der Arbeitnehmer etwa über zuletzt getätigte Geschäfte zu berichten hat, der Arbeitgeber die Arbeitspapiere ausfertigen muss etc., ist die Rechtsprechung bei der Annahme nachvertraglicher Treuepflichten mit Recht sehr zurückhaltend. Hierher gehören etwa nachvertragliche Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten des Arbeitnehmers über Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.²⁸⁾ Ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot dagegen muss besonders vereinbart – und vergütet – werden, §§ 74 ff. HGB.²⁹⁾ In diesen

22) *Stürner*, Anm. zu BGH vom 4. 7. 1975, JZ 1976, 320, 321 f.; *ders.*, Aufklärungspflicht (Fußn. 18), S. 300 ff.

23) Allgemeine Meinung seit RG vom 4. 5. 1923 – II 310/22, RGZ 108, 1, 7; ständige Rechtsprechung des BGH, etwa vom 4. 6. 1981 – III ZR 31/80, BGHZ 81, 21, 24 = NJW 1981, 2000.

24) BAG v. 18. 1. 1996 – 6 AZR 314/95, EzA § 242 BGB Auskunftspflicht Nr. 5 = AP Nr. 25 zu § 242 BGB Auskunftspflicht = NZA 1997, 41: Auskunft über Nebentätigkeiten; BAG v. 7. 9. 1995 – 8 AZR 828/93, EzA § 242 BGB Auskunftspflicht Nr. 4 = AP Nr. 24 zu § 242 BGB Auskunftspflicht = NZA 1996, 637: Auskunftspflicht des Arbeitnehmers über DDR-Vergangenheit, dazu EWIR 1996, 393 (*Heckelmann*); LAG Berlin v. 15. 6. 1992 – 9 Sa 21/92, NZA 1993, 27.

25) Vgl. BGH v. 13. 6. 1985 – I ZR 35/83, BGHZ 95, 285, 293 f. = NJW 1986, 1247, 1249.

26) Vgl. BAG v. 7. 7. 1960 – 5 AZR 61/59, AP Nr. 2 zu § 242 BGB Auskunftspflicht = DB 1960, 1043.

27) Allgemein *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987, § 10 II f, S. 141 f.

28) BAG v. 16. 3. 1982 – 3 AZR 83/79, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis = NJW 1988, 1186 = NZA 88, 502; BAG v. 15. 12. 1987 – 3 AZR 474/86, ZIP 1988, 733 = DB 1988, 1020 = EzA § 611 BGB Betriebsgeheimnis Nr. 1 = AP Nr. 5 zu § 611 BGB Betriebsgeheimnis = NZA 1988, 502.

29) Siehe BAG v. 15. 6. 1993 – 9 AZR 558/91, ZIP 1994, 642 = EzA § 74 HGB Nr. 55 = AP Nr. 40 zu § 611 BGB Konkurrenzklausele = NZA 1994, 502.

Fällen ist die nachvertragliche Pflicht des ausgeschiedenen Mitarbeiters darauf gerichtet, den Arbeitgeber nicht zu schädigen – und zwar durch Unterlassen schädigender Aktivitäten. Eine Aussagepflicht oder ein Auskunftsanspruch würde von dem ehemaligen Mitarbeiter ein aktives Tun verlangen. Eine solche aktive Förderpflicht des ausgeschiedenen Mitarbeiters ist abzulehnen, wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart ist.

Mit dem Eintritt in den Ruhestand enden grundsätzlich alle Handlungspflichten. Der ehemalige Mitarbeiter muss darauf vertrauen dürfen, dass er zu Unterstützungsleistungen für seinen Arbeitgeber nicht mehr herangezogen wird, dass er im Ruhestand auch seine Ruhe hat. Er ist weder in die betriebliche Arbeitsorganisation eingebunden, noch erhält er für die Ruhezeit ein Entgelt. Eine etwaige betriebliche Altersversorgung ist lediglich nachgelagertes Entgelt für die in der aktiven Zeit bereits geleisteten Dienste (deferred compensation) und kein Entgelt für die Treue im Ruhestand (siehe noch IV 4). Mithin kann auch dies keine Treuepflichten begründen.

Umgekehrt ist man sich gleichfalls einig: Der ehemalige Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, über seinen Arbeitnehmer Auskunft zu erteilen. Die nachvertragliche Treuepflicht gebietet ihm kein aktives Tun, um das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers zu fördern.³⁰⁾ Eine Aussagepflicht im Umfang wie für aktive Mitarbeiter ist mithin ausgeschlossen. Das gilt auch für ehemalige Führungskräfte. Wollen Unternehmen auf deren Wissen und Erfahrung auch nach Vertragsende noch zugreifen, können sie einen Beratungsvertrag abschließen, aus dem dann entsprechende Auskunft- und Aussagepflichten folgen können.

Nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) kann der Grundsatz „keine aktiven nachvertraglichen Pflichten“ nur in krassen Ausnahmefällen durchbrochen werden, wenn nämlich die Existenz des Unternehmens bedroht ist oder schwerste Schäden abzuwenden sind und das Unternehmen nur durch die Aussage des Ruheständlers hiervor bewahrt werden kann.

5. Grenzen der Aussagepflicht

5.1 Zeugnisverweigerungsrechte

Gegenüber der hoheitlichen Aussagepflicht kann sich der Zeuge auf Zeugnisverweigerungsgründe nach §§ 383, 384 ZPO berufen. Die ZPO selbst regelt Zeugnisverweigerungsrechte nur als Einschränkung der Zeugnispflicht gegenüber dem Staat. Doch kann die privatrechtliche Aussagepflicht des Arbeitnehmers im Ausgangspunkt nicht weiter gehen, als diejenige gegenüber dem Staat. Andernfalls bedeutete der Aussageanspruch zugleich einen Anspruch darauf, dass der Arbeitnehmer auf sein Schweigerecht verzichtet. Das wiederum muss besonders vereinbart werden und kann auch nicht gegenüber allen Zeugnisverweigerungsgründen greifen. Namentlich ist es ausgeschlossen, dass sich der Arbeitnehmer verpflichtet, sich selbst der Gefahr einer Strafverfolgung auszusetzen.³¹⁾

Wenn also ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht, ist dem Arbeitnehmer die Aussage stets unzumutbar im Sinne von § 242 BGB. Dass fremdes, insbesondere US-amerikanisches Recht deutsche Zeugnisverweigerungsrechte nicht anerkennt, kann eine Aussagepflicht nach deutschem Recht nicht begründen.

Der Arbeitnehmer kann also insbesondere geltend machen, die Beantwortung

- könne ihm vermögensrechtlich unmittelbar schaden, worunter insbesondere eine Haftung aufgrund der berichteten Wahrnehmung fällt (§ 384 Nr. 1 ZPO),³²⁾
- bringe ihn in Gefahr einer Strafverfolgung, gleichgestellt: Ordnungswidrigkeit (§ 384 Nr. 2 ZPO), was bei Kartellverstößen jedenfalls sorgfältig zu prüfen ist,³³⁾ oder
- gereiche ihm zur Unehre (§ 384 Nr. 2 ZPO).

Dabei kann nicht der Umstand der Aussage als solcher („Verrat“), sondern nur der Inhalt unehrenhaft sein. Das wird bei Aussagen über wirtschaftliche Verhältnisse selten eine Rolle spielen.

Soweit Arbeitnehmer an zu bezeugenden Rechtsgeschäften selbst als Vertreter des Arbeitgebers beteiligt waren, entfällt das Schweigerecht des § 384 Nr. 1 ZPO gem. § 385 Abs. 1 Nr. 4 ZPO. War der Arbeitnehmer dagegen (nur) Zeuge des Rechtsgeschäftes, entfällt sein Zeugnisverweigerungsrecht nur dann, wenn er als Zeuge „zugezogen“ war, also gerade als Beweismittel fungieren sollte, § 385 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Die nicht auf Beweiszwecke gerichtete, „zufällige“ Anwesenheit genügt dagegen nicht,³⁴⁾ ebenso wenig die Anwesenheit bei Vorverhandlungen.³⁵⁾

Der Geheimnisschutz – § 383 Abs. 1 Nr. 6, § 384 Nr. 3 ZPO – als Zeugnisverweigerungsgrund reicht nicht sehr weit, soweit es um Unternehmensgeheimnisse des Arbeitgebers geht. Denn der Arbeitgeber kann gegenüber Dritten verpflichtet sein, seinen Arbeitnehmer von der Schweigepflicht über Geschäftsgeheimnisse zu entbinden, und zwar nach deutschem wie nach US-amerikanischem Recht – nämlich in dem Umfang, in dem er selbst gegenüber dem Dritten zur Offenbarung des Geheimnisses verpflichtet ist.³⁶⁾

Damit entfällt dann auch die Schweigepflicht und damit das Schweigerecht des Arbeitnehmers, § 385 Abs. 2 ZPO. Allerdings ist der Zeuge nicht schon dann verpflichtet auszusagen, wenn sein Arbeitgeber verpflichtet ist, ihn von der Schweigepflicht zu befreien, sondern erst dann, wenn die Befreiung ausgesprochen ist. Zwangsmittel gegen den Arbeitnehmer als Zeuge scheiden bis dahin aus.³⁷⁾

30) Etwa MünchArbR/Wank, 2. Aufl., 2000, § 128 Rz. 57.

31) So vor allem Stürmer, Anm. zu BGH vom 4. 7. 1975, JZ 1976, 320, 322 f.; ders., Aufklärungspflicht (Fußn. 18), S. 193 ff. Zum Ausschluss der Selbstbezeichnung BGH v. 23. 2. 1989 – IX ZR 236/86, ZIP 1989, 528 = BB 1989, 649 = NJW-RR 1989, 614.

32) Etwa OLG Karlsruhe v. 17. 1. 1990 – 14 W 64/89, NJW 1990, 2758; Zöller/Greger (Fußn. 3), § 384 Rz. 4; Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., 1999, § 384 II Rz. 3. Richtigerweise rechnet hierher auch die Gefahr einer Haftung nach einer ausländischen Rechtsordnung, jedenfalls solange ein etwaiges Urteil im Inland vollstreckbar wäre, also nicht gegen den hiesigen ordre public verstößt.

33) Zöller/Greger (Fußn. 3), § 384 Rz. 5, 6; Berger (Fußn. 32), § 384 II Rz. 8; droht Strafverfolgung im Ausland, genügt für das strafrechtliche Zeugnisverweigerungsrecht aus § 55 StPO auch dies, soweit sie hinreichend konkret ist, Lemke, in: Lemke/Julius/Krehl/Kurth/Rautenberg/Temming, Strafprozessordnung, 3. Aufl., 2001, § 55 Rz. 3 m. w. N.

34) Zöller/Greger (Fußn. 3), § 385 Rz. 2; Berger (Fußn. 32), § 385 Rz. 2.

35) Zöller/Greger (Fußn. 3), § 385 Rz. 2.

36) Stürmer, Aufklärungspflicht (Fußn. 18), § 14 IV, S. 229; Stadler (Fußn. 6), S. 114, 328.

37) Vgl. Stadler (Fußn. 6), S. 327.

5.2 Sonstige Unzumutbarkeit

Da die allgemeine Aussagepflicht – gleich der Auskunftspflicht – aus dem in § 242 fixierten Prinzip von Treu und Glauben folgt, entfällt sie, sobald auf der Arbeitnehmerseite ein besonderes gerechtfertigtes Interesse an der Nichtaussage besteht, das das Aussage- und Informationsinteresse des Arbeitgebers überwiegt. So gesehen steht die private Aussagepflicht unter einem allgemeinen Zumutbarkeitsvorbehalt.³⁸⁾

Dass solche Unzumutbarkeitserwägungen der hoheitlichen Aussagepflicht im Prozess nicht entgegengehalten werden können, rechtfertigt kein „Durchschlagen“ auf die privatrechtliche Aussage- und Zeugnispflicht. Denn die öffentlich-rechtliche Aussagepflicht steht im Staats- und Allgemeininteresse an einem funktionierenden (deutschen) Justizwesen. Insofern ist die Zeugenpflicht allgemeine Dienstpflicht gegenüber dem Staat. Die private Pflicht zur Aussage steht aber im ebenfalls privaten Interesse des Arbeitgebers an der Aussage. Ihm müssen gleichfalls private Hinderungsgründe entgegengehalten werden können.

Insbesondere kann der Arbeitgeber von seinem Arbeitnehmer nicht verlangen, dass er sich zur Aussage in die USA oder einen Drittstaat begibt. Mehr als eine Aussage im Inland kann der Arbeitgeber jedenfalls von dem Arbeitnehmer nicht verlangen, der seinen Arbeitsplatz im Inland hat. Dass die Rechtsordnung eines anderen Staates eine dortige Aussage bevorzugt, kann grundsätzlich keine Reisepflicht des Arbeitnehmers begründen.

Das gilt erst recht, wenn der Arbeitnehmer sich dort der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzt. Gleichzustellen sind – wie die Ordnungswidrigkeiten in § 384 Nr. 2 ZPO zeigen, andere repressive Sanktionen, damit auch eine Bestrafung wegen contempt of court.

5.3 Wahrnehmung berechtigter Interessen

Während der Streit über eine Zeugnisverweigerung bei der prozessualen Aussagepflicht im Wege eines Zwischenstreites vor dem Prozessgericht geklärt werden kann (und muss), § 387 ZPO, bleibt bei der privatrechtlichen Aussagepflicht nur der eigenständige Prozess. Das birgt für die Zwischenzeit Gefahr: Wenn die Aussagepflicht insgesamt oder hinsichtlich ihrer Reichweite umstritten ist, könnte der Arbeitnehmer negative Feststellungsklage erheben, der Arbeitgeber seinerseits Leistungsklage. Das geschieht aber nicht. Vielmehr wird der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit Sanktionen bedrohen – vor allem Schadensersatz (unten IV 2.1) und Kündigung (IV 3). Will der Arbeitnehmer das nicht riskieren, müsste er aussagen, obwohl noch nicht feststeht, ob er überhaupt hierzu verpflichtet ist. Denn für die Dauer des Prozesses kann der Arbeitnehmer der Auffassung sein, er sei zum Zeugnis nicht verpflichtet.

Richtigerweise hilft dem Arbeitnehmer insofern schon, dass der unverschuldete Rechtsirrtum Sanktionen wie Schadensersatz oder Kündigung ausschließt (unten IV 3). Für die Frage des Verschuldens kommt es insofern gerade darauf an, dass der Arbeitnehmer einen Prozess riskieren darf.

Darüber hinaus ist aber anerkannt, dass die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Befugnis, Rechte geltend zu machen, als Wahrnehmung berechtigter Interessen einen Rechtfertigungsgrund für ein an sich pflichtwidriges Verhalten abgeben kann. Damit wird nicht nur die (unbewusst) unwahre Behauptung im Prozess nach § 193 StGB geheilt; richtigerweise ist auch die Anmaßung nicht bestehender Rechte, ebenso wie das Bestreiten bestehender Rechte ein erlaubtes Verhalten.

Jedenfalls dann, wenn – wie bei dem aus § 242 BGB folgenden Auskunfts- und Zeugnisanspruch – eine Interessenabwägung erforderlich ist, darf der Arbeitnehmer das Risiko eines Verfahrens eingehen, wenn das Ergebnis nicht eindeutig absehbar ist. Dabei fällt besonders ins Gewicht, dass eine einmal gemachte Aussage nicht mehr zurückzunehmen ist, während bei anderen Leistungen eine Rückgewähr möglich ist. Die Zeugenaussage nur aufgrund einer vorläufigen Aussagepflicht führt mithin stets zur Vorwegnahme der Hauptsache. Wenn aber schon keine einstweilige Verfügung gegen den Arbeitnehmer ergehen darf, dann kann man ihn bei bestrittener Aussagepflicht auch materiell-rechtlich nicht für vorläufig zur Aussage verpflichtet halten.

Meines Erachtens ist es deshalb zu streng, ausschließlich danach zu fragen, ob der Arbeitnehmer den Rechtsirrtum verschuldet hat. Es geht vielmehr um die Frage des erlaubten Risikos.

III. Aussagepflicht im Interesse des Drittgläubigers

Bis hierher ist aus Sicht des deutschen Rechts unberücksichtigt geblieben, dass nicht der Arbeitgeber selbst an der Gerichtsaussage interessiert ist, sondern der potenzielle Drittgläubiger. Die Aussage des Arbeitnehmers soll nicht im Arbeitgeberinteresse, sondern im Drittinteresse des Klägers vor dem Schiedsgericht oder dem ausländischen Gericht erfolgen. Gerade das pre-trial-discovery-Verfahren stellt sich so als prozessrechtlicher Zugriff des Drittgläubigers auf den Aussageanspruch des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer dar.

Der Zugriff erfolgt nicht unmittelbar: Der Auskunftsanspruch des Arbeitgebers wird weder gepfändet noch an den Drittgläubiger abgetreten. Das wäre auch gar nicht möglich: Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche sind grundsätzlich unselbstständige Nebenrechte, die nur in Zusammenhang mit dem Hauptanspruch gepfändet oder übertragen werden können, § 851 ZPO, § 399 BGB.³⁹⁾ Vor allem aber ist das Arbeitsverhältnis durchweg höchstpersönlich ausgestaltet: Weder der Anspruch auf Arbeitsleistung noch gar die auf „Treue“ gerichteten Nebenpflichten des Arbeitnehmers können von einem Dritten geltend gemacht werden. Die persönliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers kennzeichnet das Arbeitsverhältnis.⁴⁰⁾ Dementsprechend ist die Treuepflicht, die den Arbeitnehmer zur Aussage vor Gericht verpflichtet, in dem Sinne höchstpersönlich,

38) Vgl. für die Auskunft BAG v. 7.9.1995 – 8 AZR 828/93, AP Nr. 24 zu § 242 BGB Auskunftspflicht = EzA § 242 BGB Auskunftspflicht Nr. 4 = NZA 1996, 637; Köhler, NJW 1992, 1477, 1481.

39) Etwa Sähr, WM 1985, 741, 742; BGH v. 1.12.1983 – VIII ZR 279/81, ZIP 1983, 34 = NJW 1983, 687.

40) Allgemein Staudinger/Richardi, BGB, 1999, § 613 Rz. 7, § 611 Rz. 330. Zur daraus folgenden Unpfändbarkeit Zöller/Stöber (Fußn. 3), § 851 Rz. 3.

als dem Arbeitnehmer diese Pflicht nur im Leistungsinteresse gerade seines Arbeitgebers auferlegt wird.

Die court order im discovery-Verfahren stellt diese Treuepflicht in den Dienst eines Dritten – der seinerseits gegen den Arbeitgeber gerichtete Interessen vertritt. Die höchstpersönliche Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber wäre ins Gegenteil verkehrt: Der Arbeitnehmer würde vom Drittgläubiger gezielt gegen den Arbeitgeber eingesetzt. Das wiederum ist dem Arbeitnehmer nach deutschem Recht nicht zumutbar.

Selbst Rule 30 (b) (6) FRCP fordert im discovery-Verfahren nur von bestimmten Führungskräften („officers, directors, managing agents“) die Aussage gegen deren eigenen Arbeitgeber und setzt bei den übrigen Zeugen deren Einverständnis voraus („other persons who consent to testify“). Das bestätigt das Grundprinzip, dass es keine Aussagepflicht im Fremdinteresse geben kann.

Zudem kann das US-amerikanische Prozessrecht am deutschen Recht nichts ändern.⁴¹⁾ Das deutsche Recht sieht die Zeugenpflicht durchweg als höchstpersönlich an. Eine Wissensvertreterstellung von Führungskräften, die für das Unternehmen, also an seiner Stelle, über das Wissen der Organisation aussagen („matters known or reasonably available to the organisation“) und auf die deshalb Informationspflichten des Unternehmens im Wege eines Durchgriffs durchschlagen, ist ihm fremd.

Der juristischen Person wird nach deutschem Recht ausschließlich das Verhalten ihrer vertretungsberechtigten Organe zugerechnet. Nur Vorstand und Geschäftsführung sind Partei und nicht Zeuge und unterfallen insofern den Parteipflichten.⁴²⁾ Auch dass der Arbeitgeber womöglich Gefahr läuft, prozessuale Nachteile zu erleiden, zählt insofern nicht. Denn andernfalls würde das deutsche Recht jeder fremden Rechtsordnung gestatten, durch Zufügen oder Androhen von dort rechtmäßigen, aber hier ungerechtfertigten Nachteilen, eine Rechtspflicht zu Lasten von Mitarbeitern zu begründen.

Hiernach scheidet eine Aussagepflicht im Drittinteresse praktisch aus. Die Auskunfts- und Zeugenpflicht besteht ausschließlich im originären und persönlichen Arbeitgeberinteresse. Kein Mitarbeiter eines deutschen Unternehmens ist verpflichtet, einem Dritten gegen den Arbeitgeber durch Zeugenaussage beizustehen – und zwar auch nicht auf „selbstschädigendes“ Verlangen des Arbeitgebers (zu dem dieser seinerseits gezwungen wird).

Dagegen mag man einwenden, dass so letztlich dem Arbeitnehmer die Last und die Verantwortung auferlegt würde, nach dem Aussageinteresse zu differenzieren: Nur wenn der Arbeitgeber wirklich aus eigenem Interesse die Aussage des Arbeitnehmers erwartet, wäre der Arbeitnehmer verpflichtet; stünde aber ein Dritter dahinter, würde vom Arbeitnehmer erwartet, dass er die Aussagepflicht bestreitet. Freilich: Wäre der Arbeitnehmer aufgrund des bloßen Arbeitgeberaussageverlangens – das dieser seinerseits dem Gegner schuldet – stets zur Aussage verpflichtet, so müsste er eine Aussage zu Lasten des Arbeitgebers vornehmen, die diesen schädigt und womöglich in der Existenz bedroht, ja unter Umständen andere Arbeitsplätze

vernichtet. Das kann den Arbeitnehmer nicht minder belasten. Und vor allem: Wenn die Rechtsordnung die Aussagepflicht im Drittinteresse verneint, dann ist es dem Dritten nicht mehr möglich, dem Arbeitgeber die Aussage des Arbeitnehmers abzuverlangen; dem Arbeitnehmer wird damit der Konflikt von vornherein erspart.

IV. Durchsetzung einer bestehenden Aussagepflicht

Selbst wenn man eine Aussagepflicht annimmt, scheitert diese daran, dass sie nicht durchzusetzen ist.

1. Klage und Vollstreckung

Verletzt der Arbeitnehmer seine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage, kann der Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht auf Erfüllung, also auf Vollzug der Aussage klagen – und zwar auch dann, wenn es sich um eine bloße Loyalitätspflicht handelt.⁴³⁾ Erwirkt der Arbeitgeber ein entsprechendes Urteil, ist dieses nicht durchsetzbar. Die Vollstreckung scheitert an § 888 Abs. 3 ZPO, der die Pflicht zur Leistung von Diensten von der Zwangsvollstreckung ausnimmt, jedenfalls wenn die Dienstpflicht – wie hier die Zeugenpflicht – höchstpersönlich ist.⁴⁴⁾ Das Vollstreckungsverbot gilt auch im vorläufigen Rechtsschutz.⁴⁵⁾

2. Vertragsrechtliche Sanktionen

2.1 Schadensersatz

Das deutsche Recht reagiert auf die Nichterfüllung von Leistungspflichten in erster Linie mit Schadensersatz. Dementsprechend könnte womöglich auch der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer, der die Aussage verweigert, Schadensersatz geltend machen, bzw. diesen als Druckmittel einsetzen.

Die Ersatzpflicht setzt Dreierlei voraus:⁴⁶⁾

- bestehende Aussagepflicht des Zeugen, insbesondere keine Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrechte,
- Verstoß hiergegen und
- Vertretenmüssen des Arbeitnehmers.

Nach der hier vertretenen Meinung fehlt es für diesen Fall schon an einer Aussagepflicht, so dass jedwede Schadensersatzforderung von vornherein unbegründet ist.

Aber selbst dort, wo eine Aussagepflicht besteht, ist dem Arbeitnehmer zwar bewusst, dass er die Aussage verweigert. Gleichwohl hängt sein Vertretenmüssen davon ab, ob er die Aussagepflicht als solche und das Fehlen von Zeugnisverwei-

41) Siehe Stadler (Fußn. 6), S. 72 f., 338 f.

42) Richtig Stadler (Fußn. 6), S. 80.

43) Vgl. Stürner, JZ 1976, 384, 385 und nunmehr § 241 Abs. 2 BGB; weiter Palandt/Heinrich, BGB, 62. Aufl., 2003, § 242 Rz. 25.

44) Vgl. Stoffels, Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers, 1993, S. 58 ff.; Brehm, in: Stein/Jonas, ZPO, 21. Aufl., 1996, § 888 III Rz. 40 f.; MünchKomm-Schilken, ZPO, 2. Aufl., 2002, § 888 Rz. 4, 10.

45) LAG Baden-Württemberg v. 27.1.1958 – VII Ta 2/58, AP Nr. 5 zu § 611 BGB Anspruch auf Arbeitsleistung; LAG Frankfurt v. 19.10.1989 – 3 SaGa 1120/89, NZA 1990, 614.

46) Dazu van Venrooy, Anm. zu BAG v. 24.9.1987 – 2 AZR 26/87, AP Nr. 19 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, dazu EWIR 1988, 1233 (Schwerdtner); Klein, NZA 1998, 1208, 1210.

gerungsrechten erkennen musste oder ob er – gegebenenfalls nach ausführlicher rechtlicher Beratung – vertretbar seine Aussagepflicht verneinen durfte.

Verneint der Arbeitnehmer objektiv falsch, aber subjektiv vertretbar, seine Aussagepflicht – sei es, dass er ein Zeugnisverweigerungsrecht bejaht, die Güterabwägung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteresse anders vollzieht –, kann das Verschulden durch den Rechtsirrtum ausgeschlossen sein, mit der Folge, dass eine Schadenshaftung ausscheidet.⁴⁷⁾

Die hier behandelten Aussagepflichten sind von deutschen Gerichten noch nicht ansatzweise geklärt: Weder ist erforscht, ob einen Arbeitnehmer generell eine Aussagepflicht gegenüber dem Arbeitgeber treffen kann, noch sind deren Grenzen bekannt, noch ist gar der hier zu begutachtende Sonderfall erörtert worden, dass der Arbeitnehmer im Interesse nicht des Arbeitgebers, sondern eines externen Dritten aussagen soll. Eben deshalb greift der Grundsatz, dass der Schuldner bei einer derartigen zweifelhaften Rechtsfrage nicht etwa verpflichtet ist, vorläufig zu leisten, sondern eine höchststrichterliche Entscheidung abwarten darf.⁴⁸⁾ Anders gewendet: Es ist nicht schuldhaft, eine zweifelhafte Rechtsfrage auszutragen. Gerade das Bundesarbeitsgericht anerkennt, dass ein unverschuldeter Rechtsirrtum den Schadensersatz ausschließt, und lässt hierfür genügen, dass die Rechtslage objektiv zweifelhaft ist und der Schuldner sie sorgfältig geprüft hat.⁴⁹⁾

Das wiederum heißt: Der Arbeitgeber müsste erst einmal die Aussagepflicht des Arbeitnehmers vor Gericht geltend machen. Erst mit einem entsprechenden rechtskräftigen Urteil, das die Leistungspflicht feststellt (auch wenn es nicht vollstreckbar ist, oben 1), ist dem Arbeitnehmer hinreichend klar gemacht, dass er zur Aussage verpflichtet ist. Erst ab diesem Zeitpunkt kann das Verschulden bejaht werden.

Überwindet man diese Hürde des Verschuldens, ist bei normalen Arbeitnehmern stets, bei Führungskräften bestritten: Erhebliche Schwierigkeiten folgen schließlich aus dem Erfordernis eines adäquat kausal entstandenen Schadens. Der Arbeitgeber erleidet durch die fehlerhafte oder verweigerte Aussage einen Schaden zunächst nur, wenn die geschuldete und vorenthaltene Aussage dem Arbeitgeber günstig ist, also im prozessualen Interesse des Arbeitgebers erfolgt.

Soll die Aussage dagegen im Interesse eines Drittgläubigers erfolgen, begünstigt die Nichtaussage den Arbeitgeber in der Regel. Ihm entsteht also unmittelbar kein Schaden. Ein Schaden träte für den Arbeitgeber nur insofern ein, als er wegen Nichtbefolgung der discovery-Anordnung prozessuale Nachteile nach Rule 30 (b) (6) FRCP erlitt, also ein bestimmtes Beweisergebnis unterstellt wird, Gegenbeweise abgeschnitten werden, ein Versäumnisurteil ergeht oder gar eine Bestrafung wegen „contempt of court“ erfolgt.⁵¹⁾

Das wirft einmal die Frage auf, ob US-amerikanische Prozessfolgen nach deutschem Recht schadensrechtlich überhaupt zurechenbar sind. Denn der Grundsatz, dass ein zum Scha-

densersatz Verpflichteter für alle vorhersehbaren Schadensfolgen einzutreten hat, wird normativ begrenzt. Der Schaden muss vom Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm oder Pflicht gedeckt sein. Insofern stellt sich die Frage, ob die Aussagepflicht des Arbeitnehmers auch den Zweck hat, solche verfahrensrechtlichen Nachteile abzuwenden, etwa eine contempt-Strafe von 50 000 \$ für die Nichtbefolgung einer court order zahlen zu müssen.

Das ist meines Erachtens – anders als beim Vertragsstraferegress⁵²⁾ – zu verneinen. Denn die Aussagepflicht des Arbeitnehmers ist vom deutschen Recht bewusst mit begrenzten Sanktionen belegt: Die prozessuale Zeugenpflicht wird durch die Ordnungsmittel des § 380 ZPO sanktioniert. Ordnungsmittel gegen einen Arbeitgeber wegen Nichterscheins eines Arbeitnehmers sind nicht möglich. Die vertragsrechtliche Aussagepflicht kann durch den Ausschluss der Zwangsvollstreckung von vornherein nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, § 888 Abs. 3 ZPO.

Würde man US-amerikanische Zwangsmittel gegen den Arbeitgeber im deutschen Schadensrecht auf den Arbeitnehmer überwälzen, würde so ein Vollstreckungsdruck gegenüber dem Arbeitnehmer geschaffen, den die deutsche Rechtsordnung mit § 888 Abs. 3 ZPO gerade ausschließt.

Als Sanktion für die Nichterfüllung einer Dienstpflicht sieht § 61 Abs. 2 ArbGG außerdem eine Entschädigung vor, wenn der Arbeitnehmer diejenige Arbeitsleistung, zu der er verurteilt worden ist, nicht innerhalb einer Frist erbringt. Das spielt gerade bei der Auskunftserteilung eine erhebliche Rolle.⁵³⁾ Die Vorschrift hat aber keine Bestrafungsfunktion, sondern bloße Ersatzfunktion. Die vom Richter festzusetzende Entschädigung muss sich also am für den Arbeitgeber erwartbaren Schaden orientieren.⁵⁴⁾ Hat der Arbeitgeber – wie hier – keinen

47) Eingehend *Soergel/Wiedemann*, BGB, 12. Aufl., 1990, § 285 Rz. 9 ff. m.N.

48) BGH v. 18. 5. 1955 – I ZR 8/54, BGHZ 17, 266, 295 f.; *Soergel/Wiedemann* (Fußn. 47), § 285 Rz. 12.

49) BAG v. 12. 11. 1992 – 8 AZR 503/91, EzA § 276 BGB Nr. 37 = AP Nr. 1 zu § 285 BGB Nr. 1 = NZA 1993, 500.

50) Allgemein BAG Großer Senat v. 27. 9. 1994 – GS 1/89 [A], ZIP 1994, 1712 = EzA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 59 = AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = NZA 1994, 1083, dazu EWIR 1995, 345 (*Kaiser*). Für ein Haftungsprivileg von Führungskräften (leitende Angestellte) vor allem: BAG v. 11. 11. 1976 – 3 AZR 266/75, AP Nr. 80 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = EzA § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers Nr. 13: Betriebsleiter eines Baubetriebs für die fehlerhafte Bauüberwachung, weil Bauaufsicht für leitende Angestellte nicht charakteristisch sei; vgl. auch LAG Baden-Württemberg v. 17. 9. 1954, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers (Geschäftsführerin) mit abl. Anm. *A. Hueck; Otto/Schwarze*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 3. Aufl., 1998, S. 76; *Schaub* (Fußn. 12), § 52 Rz. 84; *Bieler*, BB 1977, 1000; *Gaul*, GmbHR 1989, 357, 361; für einen Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit auch *Monjau*, DB 1969, 84, 86 f. Gegen ein Haftungsprivileg BGH v. 7. 10. 1969 – VI ZR 223/67, AP Nr. 51 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = RdA 1970, 288; BGH v. 14. 2. 1985 – IX ZR 145/83, ZIP 1985, 529, dazu EWIR 1985, 277 (*Gagel*); *Kaiser*, AR-Blattei SD 70.2 Leitende Angestellte (1996) Rz. 216; *Blomeyer* (Fußn. 12), § 59 Rz. 68; abwägend *Pfeifer*, AR-Blattei SD 870 Haftung des Arbeitnehmers Rz. 61.; *ders.*, ZfA 1996, 69.

51) *Stadler* (Fußn. 6), S. 88.

52) Dazu BGH v. 18. 12. 1997 – VII ZR 342/96, ZfR 1998, 280 = NJW 1998, 1493; *Rieble*, DB 1997, 1165.

53) Etwa BAG v. 28. 10. 1992 – 10 AZR 541/91, EzA § 61 ArbGG 1979 Nr. 17 = AP Nr. 8 zu § 61 ArbGG 1979 = NZA 1993, 1479.

54) Siehe BAG v. 5. 6. 1985 – 4 AZR 533/83, EzA § 4 TVG Bauindustrie Nr. 30 = AP § 1 TVG Tarifverträge: Bau Nr. 67 = AR-Blattei Einigungsstelle 1890 Nr. 43.

Schaden im Rechtssinne, kommt allenfalls eine symbolische Entschädigung in Betracht, weil andernfalls die Grenze zum in Deutschland unzulässigen Strafschadensersatz überschritten ist.⁵⁵⁾ Damit ist die Entschädigung ein unzureichendes Mittel, um den Arbeitnehmer zur Aussage zu bewegen.

2.2 Vertragsstrafe

Eine Strafzahlung des Arbeitnehmers ist allenfalls dann geschuldet, wenn im Arbeitsvertrag eine entsprechende Vertragsstrafe (§ 339 BGB) – wirksam – vereinbart ist. Unabhängig vom neuerlichen Streit darum, ob Formular-Vertragsstrafen nach § 309 Nr. 6 BGB noch zulässig sind,⁵⁶⁾ müsste die Strafbedingung – um dem Transparenzgebot zu genügen – gerade für die Verletzung der Aussagepflicht klar und durchschaubar formuliert sein. Das wird selten der Fall sein.⁵⁷⁾ Hohe Strafsummen wären aber selbst dann nicht zu erwarten. Denn das Gesetz sieht eine Vertragsstrafenermäßigung in § 343 BGB zwingend vor. Auch insofern wird der deutsche Richter bei seiner Entscheidung über die Strafhöhe berücksichtigen, dass dem Arbeitgeber kein Schaden entstanden ist und dass nicht das Aufklärungsinteresse des Arbeitgebers, sondern dasjenige eines Dritten betroffen ist.

3. Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Verletzt ein Arbeitnehmer vertragliche Pflichten, kommt als Sanktion die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Betracht. Gerade ausländische Gerichte fragen nach dieser Möglichkeit – für ihre Entscheidung über eine court order.

In Deutschland ist die Kündigung von Arbeitnehmern grundsätzlich nicht frei, sondern an Sachgründe gebunden. Liegen solche Sachgründe nicht vor, kann dem Mitarbeiter nicht gekündigt werden.

In keinem Fall kann der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer kündigen, der die Zeugenaussage berechtigt verweigert. Das verbietet das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Mit der Kündigung oder der Kündigungsandrohung darf also nur eine geschuldete Aussage (oben II 3) erzwungen werden. Deshalb kann der Arbeitgeber auch dort, wo der Kündigungsschutz gelockert ist – gegenüber leitenden Angestellten mit der Befugnis zur Einstellung oder Entlassung gemäß § 14 Abs. 2 KSchG –, nicht die Kündigung einsetzen, um eine nicht geschuldete Aussage zu erzwingen.

Die schuldhafte Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten kann die verhaltensbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG rechtfertigen, in krassen Fällen auch die außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB.⁵⁸⁾ Der Arbeitgeber kann Mitarbeiter mithin nur dann kündigen, wenn erstens die Aussagepflicht des Arbeitnehmers besteht, er zweitens dagegen – schuldhaft – verstoßen hat und drittens der Verstoß hinreichend schwer wiegt, so dass die Kündigung als ultima ratio gerechtfertigt ist.

Wenn etwa ein leitender Angestellter positiv wüsste, dass er gemäß der geschilderten Treuepflicht zur Aussage verpflichtet ist, er sich insbesondere nicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen kann und eine Instrumentalisierung seiner Aussage gegen den eigenen Arbeitgeber im Drittinteresse zulässig ist (entgegen III), dann wäre die Aussageverweigerung trotz

entsprechender Aufforderung ein vorsätzlicher Verstoß gegen die arbeitsvertragliche Treuepflicht.

Jedenfalls bei Führungskräften rechtfertigte dies die außerordentliche fristlose Kündigung, weil das erforderliche Vertrauen in eine Führungskraft, die das eigene Unternehmen vorsätzlich schädigt, nicht mehr gegeben ist.⁵⁹⁾ Darauf, ob der prozessuale Schaden in den USA zurechenbar ist, käme es nicht an, weil die außerordentliche Kündigung keinen Schaden im Rechtssinne voraussetzt.⁶⁰⁾ Auf der anderen Seite kommt dann, wenn der Arbeitnehmer objektiv zwar eine Aussagepflicht hat, er aber subjektiv einem Rechtsirrtum unterliegt, eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich nicht in Betracht. Denn dann ist der Führungskraft die Pflichtwidrigkeit des eigenen Verhaltens nicht „ohne weiteres erkennbar“.⁶¹⁾

Ist dem Arbeitnehmer bei der Verkenntung seiner Aussagepflicht nur ein fahrlässiger Rechtsirrtum vorzuwerfen, bleibt die außerordentliche Kündigung ausgeschlossen. Möglich ist aber die verhaltensbedingte (ordentliche) Kündigung, wenn auch grundsätzlich erst nach Abmahnung. Abmahnung bedeutet die Aufforderung zu pflichtgemäßem (Aussage-)Verhalten unter Androhung der Kündigung. Eine Abmahnung ist zwar für die Kündigung dann entbehrlich, wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer ihr ohnehin nicht folgen will.⁶²⁾ Auf der anderen Seite kann die Kündigung – schon wegen des Maßregelungsverbotes aus § 612a BGB – dem Arbeitnehmer nicht das Recht nehmen, sich auf die fehlende Aussagepflicht zu berufen. Wenn man insofern nicht schon die Aussagepflicht wegen der Wahrnehmung berechtigter Interessen fallen lässt, so bedeutet der unverschuldete Rechtsirrtum, dass dem Arbeitnehmer nicht gekündigt werden kann – und zwar weder außerordentlich noch ordentlich.⁶³⁾

55) Allgemein Klumpp, in: Die Privatstrafe, 2002, S. 110 ff.

56) Vgl. Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl., 2003, S. 134 f.

57) BAG v. 27. 4. 2000 – 8 AZR 301/99, nicht veröffentlicht.

58) Blomeyer (Fußn. 12), § 56 Rz. 15; Klein, NZA 1998, 1208, 1210; zur fristlosen Kündigung bei Ablauf der Zweiwochenfrist BGH v. 5. 6. 1975 – II ZR 131/73, NJW 1975, 1698; LAG Nürnberg v. 5. 9. 1990 – 3 Sa 346/89, LAGE § 626 Nr. 51: Verschweigen von Interessenkonflikten.

59) BAG v. 30. 1. 1976 – 2 AZR 518/74, AP Nr. 2 zu § 626 BGB Krankheit; Fischermeier, in: KR (Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz), 6. Aufl., 2002, § 626 Rz. 139, 277. Allgemein für den Vertrauensverlust bei Führungskräften BAG v. 11. 3. 1999 – 2 AZR 507/98, ZIP 1999, 1368 = EZA § 626 BGB n. F. Nr. 176 = AP Nr. 130 zu § 626 BGB = NZA 1997, 487: Androhung schädlicher Presseveröffentlichungen durch Mitarbeiter der vierten Führungsebene genügt grundsätzlich für die außerordentliche Kündigung, anders im Einzelfall nur wegen der 30jährigen Betriebszugehörigkeit, dazu EWIR 1999, 997 (Boudon). Weiter BAG v. 21. 11. 1996 – 2 AZR 357/95, EZA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 50 = AP Nr. 130 zu § 626 BGB = NZA 1997, 487 für die beharrliche Arbeitsverweigerung.

60) MünchArbR/Wank (Fußn. 30), § 120 Rz. 30; Fischermeier (Fußn. 59), § 626 BGB Rz. 110.

61) BAG v. 11. 3. 1999 – 2 AZR 507/98, ZIP 1999, 1368 = EZA § 626 BGB n. F. Nr. 176 = AP Nr. 149 zu § 626 BGB = NZA 1999, 587.

62) Etwa BAG v. 18. 5. 1994 – 2 AZR 626/93, EZA § 611 BGB Abmahnung Nr. 31 = AP Nr. 3 zu § 108 BPersVG = NZA 1995, 65 zur hartnäckigen und uneinsichtigen Pflichtverletzung.

63) BAG v. 14. 10. 1960 – 1 AZR 254/58, EZA § 123 GewO Nr. 2 = AP Nr. 24 zu § 123 GewO = BB 1961, 178; BAG v. 12. 4. 1973 – 2 AZR 291/72, EZA § 611 BGB Nr. 12 = AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht = DB 1973, 1904 für die vom Arbeitnehmer für unwirksam gehaltene Arbeitsweisung; vgl. auch für die Kündigung wegen gutgläubiger Teilnahme am unzulässigen Streik BAG 29. 11. 1983 – 1 AZR 469/82, ZIP 1984, 737 = EZA § 626 BGB n. F. Nr. 89 = AP Nr. 78 zu § 626 BGB = NZA 1984, 34; Fischermeier (Fußn. 59), § 626 BGB Rz. 144; Etzel, in: KR (Fußn. 59), § 1 KSchG Rz. 400.

Wenn ein Arbeitnehmer die Überzeugung haben darf, dass er zur Aussage nicht verpflichtet ist, dann darf er es auch auf einen Rechtsstreit um die Aussagepflicht ankommen lassen. So wenig in Ermangelung von Verschulden Schadensersatz geschuldet ist, so wenig kommt eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht. Für das fehlende Verschulden kommt es wie sonst auch darauf an, ob der Arbeitnehmer die Rechtsfrage sorgfältig geprüft hat und sich insbesondere rechtlich hat beraten lassen.

Mithin kann ein gesonderter Rechtsstreit um die Zeugen- und Aussagepflicht notwendig werden, vergleichbar dem Zwischenstreit nach § 387 ZPO.

4. Versagung einer Betriebsrente

US-Amerikanische Gerichte fragen gelegentlich nach der Möglichkeit, Arbeitnehmer durch die Androhung der Beschneidung einer betrieblichen Altersversorgung zur Aussage zu bewegen. Unternehmen, die ihren Beschäftigten eine Betriebsrente zugesagt haben, können diese Betriebsrente jedoch nur unter extremen Voraussetzungen kürzen. Die Betriebsrente ist Entgelt für bereits geleistete Arbeit und schon erbrachte Betriebstreue. Überdies stellt § 1 Abs. 1 BetrAVG die Rentenanwartschaft unter den besonderen Unverfallbarkeitsschutz.

Ein Eingriff in das Versorgungsversprechen setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass

- ein besonders gewichtiger Verstoß gegen Dienstpflichten vorliegt,
- dem Unternehmen dadurch ein schwerer, die Existenz bedrohender Schaden zugefügt wird
- und sich deshalb die bereits erbrachte Betriebstreue nachträglich als wertlos oder erheblich entwertet erweist, wobei insbesondere die Zeit tadelloser Dienstleistung zu berücksichtigen ist.⁶⁴⁾

Die Rechtsprechung bejaht dies nur in krassen Ausnahmefällen – gerade weil andere Sanktionen, vor allem Schadensersatzansprüche, die gegen die Rente zur Aufrechnung gestellt werden können, Vorrang haben. So hat der Bundesgerichtshof gemeint, dass die bewusste und gewollte Schädigung einer Bank durch ein Vorstandsmitglied um mehr als 1 Milliarde DM ihm das Ruhegeld nehmen kann.⁶⁵⁾ Ansonsten überwiegt die Ablehnung der Betriebsrentenversagung, weil Pflichtverletzungen, die nach Art, Ausmaß und Folgen dieses außergewöhnliche Gewicht nicht haben, für einen Pensionsentzug selbst dann nicht genügen, wenn sie eine fristlose Kündigung rechtfertigten.⁶⁶⁾

Diese Anforderungen gelten für aktive Mitarbeiter. Sie würden durch einen Verstoß gegen die Aussagepflicht nicht erfüllt. In der einmaligen Weigerung liegt keine nach der Rechtsprechung notwendige fortgesetzte Schädigung des Unternehmens. Auch ist die unterbliebene Aussage in einem singulären Rechtsstreit grundsätzlich für das Unternehmen nicht derart existenzbedrohend, dass sich die geleistete Betriebstreue als weitgehend wertlos herausstellte.

Für Pflichtverletzungen bereits ausgeschiedener Mitarbeiter müssen die Anforderungen noch gesteigert werden. Denn

nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist die Treuepflicht abgeschwächt, weil der Mitarbeiter keinen Arbeitskontakt mehr hat. Selbst wenn trotzdem und ganz ausnahmsweise eine Aussagepflicht besteht, mindert das das Gewicht des Vorwurfs. Überdies steht der nachvertraglichen Pflichtverletzung ein ganzes Arbeitsleben an Betriebstreue gegenüber.

Man wird deshalb einen Ruhegeldentzug wegen der Pflichtverletzung eines bereits ausgeschiedenen Mitarbeiters nur in Extremfällen zulassen können, wenn etwa der Mitarbeiter einen „Vernichtungsfeldzug“ gegen das ehemalige Unternehmen führt. Eine Betriebsrentenkürzung bei Weigerung eines ehemaligen Mitarbeiters, eine Aussage vor Gericht zu machen, ist nicht möglich.

V. Ergebnisse

1. Den Arbeitnehmer kann – entsprechend der allgemeinen aus § 242 BGB hergeleiteten Auskunftspflicht – eine **schuldrechtliche Nebenpflicht** zur Zeugenaussage vor deutschen und ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten treffen. Die hoheitlich ausgestaltete prozessrechtliche Zeugenpflicht sperrt die schuldrechtliche nicht.

2. Der **aktive Mitarbeiter** ist aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage nur dann verpflichtet, wenn der Arbeitgeber unverschuldet auf die Aussage gerade dieses Arbeitnehmers angewiesen ist und die Aussage dem Arbeitnehmer zumutbar ist. Grundsätzlich kommt eine Aussagepflicht nur Betracht in Ansehung solcher Umstände, die der Arbeitnehmer im Rahmen seiner eigenen Arbeitsverantwortung wahrgenommen hat. Auch dann muss der Arbeitgeber darlegen, dass er andere Beweismittel nicht hat.

3. Der **ehemalige Mitarbeiter** ist ohne ausdrückliche Vereinbarung im Arbeitsvertrag grundsätzlich nicht zu aktiver Unterstützung seines ehemaligen Arbeitgebers verpflichtet.

4. Die Aussagepflicht des Arbeitnehmers besteht **nur gegenüber seinem Arbeitgeber**. Dritte, insbesondere Gläubiger des Arbeitgebers, können auf diese Aussagepflicht nicht zugreifen, weil damit die Höchstpersönlichkeit des Arbeitsverhältnisses

64) BGH v. 13.12.1999 – II ZR 152/98, ZIP 2000, 380 = EZA § 1 BetrAVG Rechtsmissbrauch Nr. 4 = NJW 2000, 1197, dazu EWIR 2000, 263 (H.-H. Schumann); BGH v. 25.11.1996 – II ZR 118/95, NZA-RR 1997, 147 = NJW-RR 1997, 348 = AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG Treuebruch; BAG v. 8.5.1990 – 3 AZR 152/88, ZIP 1990, 1612 = EZA § 1 BetrAVG Rechtsmissbrauch Nr. 3 = AP Nr. 10 zu § 1 BetrAVG Treuebruch = NZA 1990, 807, dazu EWIR 1990, 1155 (Reichold); BAG v. 11.5.1982 – 3 AZR 1239/79, ZIP 1982, 1347 = EZA § 1 BetrAVG Nr. 23 = AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Treuebruch.

65) BGH v. 20.9.1993 – II ZA 4/93, nicht veröffentlicht, mitgeteilt in NZA-RR 1997, 148; siehe auch BGH v. 19.12.1983 – II ZR 71/83, ZIP 1984, 307 = NJW 1984, 1529 = BB 1984, 366 für einen GmbH-Geschäftsführer, der sein Unternehmen um 6 Mio. DM schädigte und eine Kapitalerhöhung um 5 Mio. DM erforderlich machte.

66) BAG v. 8.2.1983 – 3 AZR 463/80, ZIP 1983, 1113 = NJW 1984, 141 = AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Treuebruch = EZA § 1 BetrAVG Rechtsmissbrauch Nr. 1: Pfortner unterschlägt 30 000 DM in neun Monaten, hat aber zuvor 235 Monate gearbeitet; BAG v. 24.4.1990 – 3 AZR 497/88, ZIP 1990, 1615 = AR-Blattei Einigungsstelle 460 Nr. 245: Versorgungswiderruf wegen groben Treuebruchs, dazu EWIR 1991, 125 (Paulsdorff); BAG v. 8.5.1990 – 3 AZR 152/88, ZIP 1990, 1612 = NZA 1990, 807 = EZA § 1 BetrAVG Rechtsmissbrauch Nr. 3 = AP Nr. 10 zu § 1 BetrAVG Treuebruch: Widerruf der Betriebsrente bei Missbrauch der Arbeitnehmerstellung über lange Zeit; BAG v. 29.1.1991 – 3 AZR 85/90, AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung = EZA § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung: Hinterbliebenenrente bei Freitod des Arbeitnehmers.

verletzt würde. Insbesondere ist es ausgeschlossen, den Arbeitnehmer zu einer gegen den Arbeitgeber gerichteten Aussage in einem US-amerikanischen pre-trial-discovery-Verfahren zu verpflichten. Eine gegen den Arbeitgeber gerichtete objektive Aussagepflicht besteht nur als hoheitliche gegenüber dem Gericht; sie muss ggf. im Wege der Rechtshilfe erzwungen werden.

5. Die schuldrechtliche Aussagepflicht wird begrenzt durch **Zeugnisverweigerungsrechte** des Arbeitnehmers nach deutschem Prozessrecht, eine etwaige Unzumutbarkeit der Zeugen-aussage und durch das Recht des Arbeitnehmers, die Aussagepflicht zu bestreiten.

6. Die Aussagepflicht scheitert in der Praxis an ihrer **fehlenden Durchsetzbarkeit**. Sie kann zwar als Nebenpflicht eingeklagt werden; eine Vollstreckung durch Zwangsmittel ist nach § 888 Abs. 3 ZPO aber ausgeschlossen. Mittelbare Sanktionen können einen gewissen Aussagedruck erzeugen. Die Kündigung scheitert aber, wenn der Arbeitnehmer das Fehlen der Aussagepflicht geltend machen kann, auch wenn das im Ergebnis zu Unrecht geschieht. Hieran scheitert auch der Schadensersatz; darüber hinaus fehlt es an einem Schaden. In den USA eintretende Nachteile des Arbeitgebers sind kein überwälzbarer Schaden im Rechtssinne. Eine Betriebsrentenkürzung ist unzulässig.