

Compliance im kollektiven Arbeitsrecht

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von
Richard Giesen, Abbo Junker und Volker Rieble

Band 35

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@kaar.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

Vorwort

Compliance ist als Thema in aller Munde, aber noch nicht in seiner ganzen Reichweite erfasst. Compliance im Arbeitsrecht ist doppelgesichtig: Arbeitsrecht ist selbst Schutzgegenstand, Compliance muss auf Arbeitsrechtstreue insbesondere des Arbeitgebers achten – etwa auf Tarifeinhaltung oder auch Achtung der Betriebsratsrechte. Auf der anderen Seite werden Compliance-Maßnahmen des Arbeitgebers durch das Arbeitsrecht beschränkt. Die Aufklärung von Straftaten im Betrieb muss Persönlichkeitsrechte, Datenschutz und Mitbestimmungsrechte achten; Prävention und Repression sind nur im Rahmen des Rechts möglich. Compliance darf Rechtstreue nicht mit Rechtsverstößen herbeiführen.

Wenig diskutiert ist die Einstrahlung des Compliance-Denkens in das kollektive Arbeitsrecht und seine Akteure. Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften achten darauf, ihre berufsverbandlichen Steuerprivilegien nicht zu verletzen (weil das teuer käme). Nicht immer wird gesehen, dass innovative kollektive Steuerungen des Unternehmerverhaltens in ein verbotenes Kartell umschlagen können. Und noch gar nicht diskutiert ist Compliance bei der Rechtsberatung durch das Kollektiv. Darf die Gewerkschaft eine Klage auf eine schlechthin rechtswidrige Betriebsrats-Amtszulage unterstützen?

Weil Arbeitsrecht die Arbeitnehmer schützt, wirkt effektive Arbeitsrechts-Compliance überwiegend zugunsten der Arbeitnehmer. Doch sind auch Betriebsräten und Gewerkschaften Grenzen gesetzt – wer setzt hier Rechtstreue um? Als Organisationsrecht bezieht Compliance womöglich den Betriebsrat mit ein – doch soll er betriebliche Arbeitspolizei sein?

Diesen Fragen geht unsere 5. ZAAR-Tagung am 22. November 2013 nach. Die Tagung findet in Wiesbaden im neuen Hessen-Chemie Campus statt. HessenChemie stellt uns dankenswerterweise Räume zur Verfügung; die Tagung verantwortet allein das ZAAR.

München, November 2013

Professor Dr. Richard Giesen

Professor Dr. Abbo Junker

Professor Dr. Volker Rieble

Inhalt	Seite
Vorwort	5
Inhalt	7
Autoren	9
Abkürzungen	11
 <i>David Barst</i>	
(Kollektives) Arbeitsrecht in der Compliance-Praxis	15
Diskussion	27
 <i>Christian Fischer</i>	
Compliance-Verantwortung und Koalitionsfreiheit	37
Diskussion	64
 <i>Barbara Reinhard</i>	
Betriebsratsbegünstigung als Compliance-Problem des Arbeitgebers	73
Diskussion	82
 <i>Ulrich Sittard</i>	
Der Betriebsrat als Compliance-Agent oder Compliance-Verhinderer? – Die Rolle des Betriebsrats bei Internal Investigations, Arbeit- nehmerüberlassung und Lohnmitbestimmung	89
Diskussion	115

Clemens Latzel

Social Judgement Rule – soziale Rechtfertigung der Duldung von

Rechtsverstößen..... 121

Diskussion157

Diskussionsteilnehmer163

Sachregister165

Autoren

Barst, David, Dr. iur, LL.M. (Cambridge), Rechtsanwalt, Pohlmann & Company, Frankfurt am Main

Fischer, Christian, Dr. iur., ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Zivilprozessrecht und Rechtstheorie, Friedrich-Schiller-Universität Jena

Latzel, Clemens, Dr. iur., Stipendiat, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München

Reinhard, Barbara, Dr. iur., Rechtsanwältin, Kliemt & Vollstädt, Frankfurt am Main

Sittard, Ulrich, Dr. iur., Rechtsanwalt, Freshfields, Bruckhaus, Deringer Rechtsanwälte, Köln

Abkürzungen

Abs.	Absatz, Absätze	BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleis- tungsaufsicht
AcP	Archiv für die ci- vilistische Praxis (Zeitschrift)	BAG	Bundesarbeits- gericht
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	BAGE	Entscheidungen des Bundes- arbeitsgerichts
AG	Aktiengesell- schaft, Die Ak- tiengesellschaft (Zeitschrift)	BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Ge- schäftsbedingun- gen	Bd.	Band, Bände
AGG	Allgemeines Gleichbehand- lungsgesetz	BDSG	Bundesdaten- schutzgesetz
AktG	Aktiengesetz	BeckOK-StGB .	Beck'scher Onli- ne-Kommentar Strafgesetzbuch
AO	Abgabenordnung	BeckRS	Beck- Rechtsprechung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Entschei- dungssammlung)	BetrVG	Betriebsverfas- sungsgesetz
ArbG	Arbeitsgericht	BGB	Bürgerliches Ge- setzbuch
ArbGG	Arbeitsgerichts- gesetz	BGBI.	Bundesgesetzblatt
ArbSchG	Arbeitsschutzge- setz	BGH	Bundesgerichts- hof
ArbZG	Arbeitszeitgesetz	BGHSt	Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Strafsachen
Art.	Artikel	BGHZ	Entscheidungen des Bundesge- richtshofs in Zi- vilsachen
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)	BImSchG	Bundes- Immissions- schutzgesetz
AuB	Arbeitsgemein- schaft Unabhän- giger Betriebsan- gehöriger	BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapi- talmarktrecht
AÜG	Arbeitnehmer- überlassungsge- setz	BT-Drucks.	Bundestags- Drucksache
Aufl.	Auflage	BtMG	Betäubungsmit- telgesetz

BVerfG	Bundesverfas- sungsgericht	GmbH & Co.	Gesellschaft mit
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesver- fassungsggerichts	KG	beschränkter Haf- tung & Compa- gnie Kommandit- gesellschaft
bzw.	beziehungsweise	GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
CCZ	Corporate Com- pliance Zeitschrift	GmbHHR	GmbH- Rundschau (Zeit- schrift)
CEO	Chief Executive Officer	GwG	Geldwäschegesetz
CGZP	Tarifgemeinschaft christlicher Ge- werkschaften für Zeitarbeit und PersonalService- Agenturen	HR	Human Resource
DAX	Deutscher Aktien- index	Hrsg.	Herausgeber
DB	Der Betrieb (Zeit- schrift)	IG BCE	Industriegewerk- schaft Bergbau, Chemie, Energie
ders.	derselbe	IStR	Internationales Steuerrecht (Zeit- schrift)
EStG	Einkommen- steuergesetz	Jura	Juristische Aus- bildung (Zeit- schrift)
etc.	et cetera	JZ	Juristenzeitung
EU	Europäische Union	KrW-/AbfG ...	Kreislaufwirt- schafts- und Ab- fallgesetz
EuGH	Europäischer Ge- richtshof	KSchG	Kündigungss- chutzgesetz
EzA-SD	Entscheidungs- sammlung zum Arbeitsrecht Schnelldienst	KStG	Körperschafts- steuergesetz
f., ff.	folgende	KWG	Gesetz über das Kreditwesen
FAS	Frankfurter All- gemeine Sonn- tagszeitung	LAG	Landesarbeitsge- richt
Fn.	Fußnote, Fußno- ten	LAGE	Entscheidungen der Landes- arbeitsgerichte
GewO	Gewerbeordnung	LG	Landgericht
GG	Grundgesetz	LPartG	Lebenspartner- schaftsgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haf- tung	MuSchG	Mutterschutzge- setz

NJW	Neue Juristische Wochenschrift	StPO	Strafprozessord- nung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift	StVO	Straßenverkehrs- ordnung
Nr.	Nummer, Num- mern	TKG	Telekommunika- tionsgesetz
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht	TVG	Tarifvertragsge- setz
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	US	United States
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht- Rechtsprechungs- Report Arbeits- recht	usw.	und so weiter
NZ Bau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht	VAG	Versicherungs- aufsichtsgesetz
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschafts- recht	ver.di	Vereinte Dienst- leistungsgewerk- schaft
OLG	Oberlandesge- richt	VersR	Versicherungs- recht (Zeitschrift)
OWiG	Ordnungswidrig- keitengesetz	vgl.	vergleiche
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nord- rhein-Westfalen	VW	Volkswagen
Rn.	Randnummer, Randnummern	WiB	Wirtschaftsrecht- liche Beratung (Zeitschrift)
RVG	Rechtsanwalts- vergütungsgesetz	wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
S.	siehe; Seite, Sei- ten	WM	Wertpapier- Mitteilungen (Zeitschrift)
SEC	Securities and Exchange Com- mission	WpHG	Wertpapierhan- delsgesetz
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands	WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb – Entscheidungs- sammlung
Slg	Amtliche Samm- lung	ZAAR	Zentrum für Arbeitsbeziehun- gen und Arbeits- recht
StGB	Strafgesetzbuch	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
		ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesell- schaftsrecht

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Wirt- schaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdog- matik

(Kollektives) Arbeitsrecht in der Compliance-Praxis

David Barst

	Seite
I. Einleitung.....	16
II. Acht Thesen zum kollektiven Arbeitsrecht in der Compliance-Praxis.....	16
Diskussion	27

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Compliance im kollektiven Arbeitsrecht (München 2014), S. 15-26

I. Einleitung

Compliance und effektives Compliance-Management ist in den letzten Jahren – nicht zuletzt aufgrund medienwirksamer Compliance-Krisen – stark in den Fokus der Öffentlichkeit geraten. Die meisten großen und mittleren Unternehmen haben mittlerweile systematische Compliance-Management-Systeme aufgebaut, die auf den drei Säulen „Prävention“, „Erkennen“ und „Reagieren“ basieren. Während dabei teilweise erhebliche Anstrengungen in den Bereichen Korruptionsbekämpfung, Kartellrecht, Geldwäsche-Prävention, Schutz des Betriebsvermögens, kapitalmarktrechtliche Compliance und Datenschutz unternommen werden, kommt die Einhaltung (kollektiv-) arbeitsrechtlicher Pflichten in den üblichen Aufgabenzuweisungen an die Compliance-Funktion in der Regel nicht vor.

Der Beitrag beleuchtet die Frage, ob hier ein Kontrolldefizit entstanden ist oder ob andere Kontrollfunktionen, wie etwa der Betriebsrat, die Einhaltung arbeitsrechtlicher Pflichten und Normen effektiv sicherstellen können. Diese und weitere Fragen werden in Form von prägnanten Thesen aufgegriffen und in diesem Beitrag behandelt. Die Thesen beruhen auf den Beobachtungen des Autors aus seiner täglichen Beratungspraxis und der forensischen Ermittlungstätigkeit im Rahmen von Compliance-Untersuchungen.

II. Acht Thesen zum kollektiven Arbeitsrecht in der Compliance-Praxis

1. These: Arbeitsrechtliche Compliance wird von den gängigen Compliance-Management-Systemen in deutschen und schweizerischen Unternehmen inhaltlich nicht abgedeckt

Die 1. These dieses Artikels beschreibt die grundlegende Beobachtung des Autors, dass die Einhaltung arbeitsrechtlicher Normen und Vertragspflichten in den meisten deutschen und schweizerischen Unternehmen weder von der Rechtsabteilung noch der Compliance-Funktion inhaltlich abgedeckt bzw. in systematischer Art und Weise berücksichtigt wird¹. Zwar haben viele große und mittelständische Unternehmen die Bedeutung von Compliance für ihr Unternehmen erkannt und zu einem großen Teil professionelle Compliance-Strukturen geschaffen. Die gängigen Compliance-Management-Systeme decken regelmäßig einen breiten juristischen Themenkanon mit Schwerpunkt in der Vermeidung von Korruption und

¹ Vgl. hierzu auch die ähnliche Beobachtung der Hans-Böckler-Stiftung, Gewerkschaften – Das Arbeitsrecht gehört zur Compliance, Magazin Mitbestimmung, Heft 5/2013, S. 2.

Kartellverstößen ab und enthalten (bei entsprechendem Compliance-Risikoprofil) teilweise selbst exotisch anmutende Themenfelder wie die Verhinderung von Terrorismusfinanzierung sowie die Einhaltung von Embargos oder Handelsbeschränkungen. Eine ebenso systematische Einbeziehung von kollektiv- und individualarbeitsrechtlicher Compliance hat jedoch noch nicht im erforderlichen Maße stattgefunden.

Arbeitsrecht wird in den meisten Unternehmen zwar von spezialisierten Mitarbeitern der Rechts- oder Personalfunktion abgedeckt, hierbei steht jedoch in der Regel lediglich die Unterstützung der Geschäftsleitung bei Verhandlungen und Abschluss von Vereinbarungen mit dem Betriebsrat sowie die Behandlung individualarbeitsrechtlicher Fragestellung im Verhältnis zu einzelnen Mitarbeitern im Vordergrund.

Weder die Compliance-Funktion noch die Rechtsabteilung fühlen sich für die Prävention, das Erkennen und Beheben von (kollektiv-) arbeitsrechtlichen Verstößen zuständig. Für beide Funktionen typisch ist die Aussage: „Das sind rein arbeitsrechtliche Fragen, die eigentlich nicht in meine Zuständigkeit fallen.“²

Dieses Zuständigkeits- und Kontrolldefizit überrascht umso mehr, als die Relevanz (kollektiv-) arbeitsrechtlicher Pflichten und das Risiko von Verstößen für die meisten mitbestimmten Unternehmen erheblich ist. Vergleicht man Relevanz und Compliance-Aufwand von arbeitsrechtlichen Pflichten mit Themen wie Terrorismusfinanzierung oder Geldwäsche ist ein teilweise eklatantes Missverhältnis festzustellen. (Kollektiv-) arbeitsrechtliche Verstöße können mannigfaltige Formen annehmen, beginnend bei der rechtswidrigen Anwendung von Tarifverträgen (vor allem bei Sanierungs-Haustarifverträgen, bei Branchenzuschlägen oder Urlaubsgeldberechnung für Leiharbeiter), Nichteinhaltung von Höchstarbeitszeiten, systematische „Verkettung“ von befristeten Arbeitsverträgen, Nichtbeachtung des KSchG oder des MuSchG, Nichtvornahme von Betriebsrentenanpassungen, Behinderung der Betriebsratsgründung und dessen Tätigkeit, Verstöße gegen Informations- oder Mitbestimmungsvorschriften, und endend bei Verstößen im Bereich Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht oder dem Abhören von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat³.

2 So beispielsweise auch Frau Dr. *Christine Hohmann-Dennhardt*, Vorstandsmitglied der Daimler AG für Integrität und Recht, in einem Interview mit der FAS vom 14.10. 2012, S. 40.

3 Weitere relevante Bereiche sind vor allem das AGG, ArbSchG, ArbZG, AÜG, BetrVG, BDSG, TKG sowie das Sozialversicherungs- und Lohnsteuerrecht.

2. These: Weder im Rahmen einer Matrix- noch bei einer autonomen Compliance-Organisation ist die arbeitsrechtliche Compliance im Sinne eines systematischen Ansatzes an eine Fachfunktion im Unternehmen delegiert

Die 2. These baut auf der eben geschilderten Beobachtung auf und fügt sie in einen organisationsrechtlichen Rahmen ein. Im Hinblick auf das „Ob“ von Compliance ist grundsätzlich kein unternehmerisches Ermessen im Sinne der *Business Judgment Rule* eröffnet⁴. Dies ergibt sich im Hinblick auf die Pflicht des Vorstands bzw. der Geschäftsführung, sich selbst gesetzestreu zu verhalten, unmittelbar aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bzw. § 43 GmbHG. Die Legalitätspflicht der Leitungsorgane ist jedoch nicht auf die eigene Rechtstreue beschränkt, sondern schließt eine Legalitätskontrollpflicht für andere ein: Die Leitungsorgane haben Sorge dafür zu tragen, dass auch die ihnen nachgeordneten Mitarbeiter sich rechtskonform verhalten. Insoweit trifft die Geschäftsleitung eine gesellschaftsrechtliche Überwachungspflicht⁵. Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) setzt dieses Verständnis der Leitungspflichten in Ziffer 4.1.3 DCGK voraus.

„Wie“ Compliance im jeweiligen Unternehmen umgesetzt wird und welche Maßnahmen im Einzelnen erforderlich sind, steht dagegen grundsätzlich im unternehmerischen Ermessen des Vorstands⁶. Hier ist der Anwen-

-
- 4 Vgl. OLG Köln 31.8. 2000 – 18 U 42/00, AG 2001, 363 = NZG 2001, 135, 136; BGH 25.6. 1985 – KRB 2/85, WuW/E 2202, 2203; *Fleischer*, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1, 2; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 93 AktG Rn. 14 ff.; *Goette*, Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 388, 390; *Verse*, Zur Legalitätskontrollpflicht der Geschäftsleiter einer Konzernobergesellschaft, ZHR 175 (2011), 401, 403 f.; *Arnold*, in: Marsch-Barner/Schäfer (Hrsg.), Handbuch börsennotierte AG, 2. Aufl. 2009, § 18 Rn. 18; *Reichert/Ott*, Non Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173.
 - 5 Diese Überwachungspflicht wird regelmäßig entweder aus §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG bzw. § 91 Abs. 2 AktG (der jedoch nur eine Mindestanforderung an Aufsichtsmaßnahmen für existenzbedrohende Risiken beschreibt), unmittelbar aus § 130 Abs. 1 OWiG sowie alternativ aus einer Gesamtanalogie zu aufsichtsrechtlichen Compliance-Vorschriften, etwa § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG, § 25a KWG, § 64a Abs. 1 VAG, § 14 Abs. 1 und 2 GwG hergeleitet, vgl. hierzu ausführlich *Bicker*, Compliance – organisatorische Umsetzung im Konzern, AG 2012, 542, 543 f.
 - 6 *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 4), § 91 Rn. 50, 53; *Kort*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Aktiengesetz, Großkommentar, 4. Aufl. 2012, § 91 Rn. 65;

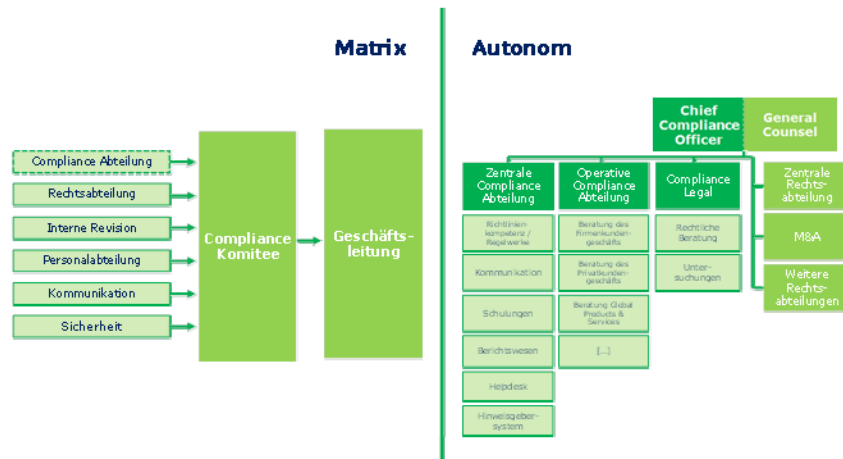
dungsbereich der *Business Judgment Rule* eröffnet, obgleich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion (zumindest bei einem entsprechenden Compliance-Risikoprofil) eine zunehmende Tendenz zu einer „Ermessensreduzierung auf Null“ bei der Pflicht zur Einrichtung eines Compliance-Management-Systems festzustellen ist⁷.

In den meisten Unternehmen hat mittlerweile eine Delegation der Compliance-Verantwortlichkeit an eine autonome oder an eine aus den schon bestehenden Fachfunktionen zusammengesetzte Matrix-Compliance-Organisation stattgefunden. Die beiden Varianten lassen sich wie folgt grafisch veranschaulichen:

Mertens/Cahn, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (KölnerKommAktG), Bd. 2/1, 3. Aufl. 2010, § 91 Rn. 36; *Spindler*, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (MünchKommAktG), Bd. 2, 4. Aufl. 2014, § 91 Rn. 66.

- 7 *Fleischer*, CCZ 2008, 1, 3; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 8 Rn. 43; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 4), § 91 AktG Rn. 50; *Fleischer*, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291, 299; *Uwe H. Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645, 648 f.; *Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, Konzern-Compliance als Aufgabe der Konzernleitung, ZIP 2007, 2061, 2062; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2174; *Bicker*, AG 2012, 542, 544; *Liese*, Much Adoe About Nothing? oder: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, eine Compliance-Organisation zu implementieren?, BB-Special 2008 Nr. 5, S. 17, 18 ff.; *Eisele/Faust*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2011, § 109 Rn. 95; *Hüffer*, Aktiengesetz, 10. Aufl. 2012, § 76 AktG Rn. 9b; *Dreher*, Die Vorstandsverantwortung im Geflecht von Risikomanagement, Compliance und interner Revision, Festschrift Hüffer, 2010, S. 161, 168; *Hauschka*, in: Verbraucherschutz im Kreditgeschäft. Compliance in der Kreditwirtschaft (Bankrechtstag 2008), S. 103, 116 f.; *Mertens/Cahn*, in: KölnerKommAktG (Fn. 6), § 91 AktG Rn. 36; *Winter*, Die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats für „Corporate Compliance“, Festschrift Hüffer, 2010, S. 1103, 1105; zurückhaltend noch *Bürkle*, Corporate Compliance – Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG?, BB 2005, 565, 568 ff.; *Hauschka*, Compliance am Beispiel der Korruptionsbekämpfung, ZIP 2004, 877, 880, 882.

Varianten der Compliance Organisation (Beispiele)



Basierend auf These 1 liegt danach der Schluss nahe, dass die Leitungsorgane vieler Unternehmen im Hinblick auf arbeitsrechtliche Compliance bislang keine hinreichenden organisatorischen Vorkehrungen – etwa durch die Delegation an eine systematisch agierende Compliance-Organisation⁸ – getroffen haben und damit ihrer umfassenden Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht nicht in der gesellschaftsrechtlich gebotenen Weise nachgekommen sind.

3. These: Die der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht unterworfenen Geschäftsleitung der Unternehmen setzt bei individualarbeitsrechtlichen Verstößen auf eine Einigung mit den betroffenen Arbeitnehmern

Die Gründe für die mangelnde Wahrnehmung der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflicht in Bezug auf arbeitsrechtliche Pflichten liegen wohl zu einem Großteil in dem Fehlen von schmerzhaften Sanktionen oder staatlicher Durchsetzung in der Form von invasiven Ermittlungsmaßnahmen und Strafen. Nur wenige arbeitsrechtliche Rechtsnormen sind strafbewehrt⁹, und die staatlichen Ermittlungsbehörden haben bislang auch nicht

8 Vgl. hierzu das sehr lesenswertere Urteil des LG München I 10.12. 2013 – 5HK O 1387-10, ZIP 2014, 570 zur Haftung eines Vorstandsmitglieds, das es pflichtwidrig unterlassen hat, eine effektive Compliance-Organisation einzurichten und dessen Wirksamkeit zu prüfen.

9 Eine sehr relevante Ausnahme stellt § 266a StGB dar (Nichtabführung von Sozialabgaben).

auf allgemeine Ordnungsnormen zur betrieblichen Organisation¹⁰ zurückgegriffen. Anders als bei Korruptions- und Kartellverstößen, in denen teilweise existenzgefährdende Bußgelder und Vermögensabschöpfungen verhängt wurden, kam es in der Vergangenheit zu keinen nennenswerten staatlichen Sanktionen als Reaktion auf mangelnde Arbeitsrechts-Compliance bzw. Compliance-Management. Die Unternehmen setzen bei individualarbeitsrechtlichen Verstößen auf eine Einigung mit den betroffenen Arbeitnehmern. Bei kollektivarbeitsrechtlichen Verstößen wird zu meist eine effektive Überwachungs- und Durchsetzungsfunktion des Betriebsrats unterstellt (hierzu sogleich). Sanktionen oder finanzielle Einbußen scheinen für die meisten Leitungsorgane deswegen eher unwahrscheinlich. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die (teilweise wissentliche bzw. systematische) Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten eine Verletzung der Legalitäts- und/oder Legalitätskontrollpflicht der verantwortlichen Leitungsorgane darstellt. Selbst wenn Verstöße auf einer nachgelagerten Ebene stattfinden, kann es mittlerweile als gesichert gelten, dass bei konkreten Verdachtsmomenten auf einen Gesetzesverstoß (und insbesondere bei Straftaten) die Leitungsorgane den Sachverhalt umfassend und zeitnah aufklären müssen¹¹. Diese Überwachungs- und Durchsetzungsfunktion gilt auch im Fall von (kollektiv-) arbeitsrechtlichen Verstößen.

Ein Vorgang bei der Commerzbank, in welchem es um Unregelmäßigkeiten bei Betriebsratswahlen ging, verdeutlicht dies anschaulich: Das ArbG Frankfurt erklärte die Wahlen wegen der Verletzung wesentlicher Wahlvorschriften, Wahlmanipulation und Unregelmäßigkeiten bei der Stimmauszählung für rechtswidrig¹². Der Vorstand der Bank hatte sich während des gesamten Vorfalls auf seine Neutralität in dem Fall berufen und daher keine weiteren Maßnahmen zur Aufdeckung der Umstände und Verdachtsmomente unternommen. Um seiner Legalitätskontrollpflicht ausreichend nachzukommen, hätte der Vorstand jedoch von sich aus Beweissicherungsmaßnahmen ergreifen und gegebenenfalls eine unabhängige Untersuchung durchführen (lassen) müssen. Erst nach einer erfolgreichen und lückenlosen Aufklärung und im Falle, dass sich die Vorwürfe als haltlos erwiesen hätten, hätte sich die Bank neutral verhalten dürfen. Ein Vorstand darf sich in derartigen Situationen nicht „zurücklehnen“, sondern

10 So beispielsweise § 130 OWiG, der häufig die rechtliche Grundlage für Bußgelder und Gewinnabschöpfung bei Korruptions- und BtMG-Verstößen ist.

11 BGH 8.10. 1984 – II ZR 175/83, GmbHR 1985, 143, 144; OLG Koblenz 10.6. 1991 – 6 U 1650/89, GmbHR 1991, 416 = ZIP 1991, 870, 871; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173, 2176; *Fleischer*, AG 2003, 291, 292 ff.

12 Vgl. ArbG Frankfurt 22 BV 203/10 personalintern 4/11, abzurufen unter http://www.mediaproverlag.de/pdf/personalintern/2011/ausgabe04_11.pdf (20.5. 2014).

muss bewusst aktiv werden, um den Verdachtsmomenten zu begegnen. Es zeigt sich einmal mehr: Compliance zwingt zu aktivem Handeln.

4. These: Die Vielzahl an (medienwirksamen) Skandalen und Verfehlungen in den vergangenen Jahren lässt Zweifel an der fachlichen und strukturellen Eignung des Betriebsrats für die Sicherstellung kollektiv-arbeitsrechtlicher Compliance aufkommen

Ungerechtfertigte Sonderzahlungen an Betriebsratsmitglieder, gesponserte Lustreisen, sowie evident fehlende Distanz und Professionalität haben in der Vergangenheit sowohl die Integrität als auch die Unabhängigkeit etlicher Betriebsratsmitglieder gegenüber der Geschäftsleitung infrage gestellt. In einigen der öffentlich gewordenen Skandale der vergangenen Jahre kann man wohl sogar von einer Form der Korruption der Betriebsräte sprechen, welche sich durch Vorteilsannahme in eine „schleichende Abhängigkeit“ von der Geschäftsleitung begeben. Auch wenn dabei individuelles Fehlverhalten und mangelnde Integrität einzelner Betriebsratsmitglieder zugrunde gelegen haben mag, stellt sich die Frage, ob der Betriebsrat strukturell für die Überwachung der arbeitsrechtlichen Compliance geeignet ist. Die Praxis zeigt zudem, dass viele Betriebsräte ein mangelndes Verständnis für Compliance-Maßnahmen und deren rechtliche Grundlagen an den Tag legen, sobald auch Mitarbeiterrechte tangiert werden. So scheint es dem Betriebsrat an Wissen zu konkreten Compliance-Pflichten, internationalen „best practice“-Standards und Maßnahmen, deren Umfang und Bedeutung für Mitarbeiterrechte, zu fehlen. Dies legt den Schluss nahe, dass sich Betriebsräte der Wichtigkeit des Themas (noch) nicht bewusst sind¹³.

5. These: Einflussnahme auf oder Bevorteilung der Betriebsratsmitglieder wird zivilrechtlich zumeist aus Gesellschaftssicht als „nützlicher“ Pflichtenverstoß qualifiziert und ist strafrechtlich oft nur durch den mit erheblichen Unsicherheiten subsumierbaren Tatbestand der Untreue sanktionierbar

Die unzulässige Einflussnahme auf Betriebsratsmitglieder durch Zuwendungen wird gesellschaftsrechtlich zumeist als „nützlicher“ Pflichtenverstoß qualifiziert und ist strafrechtlich oft nur durch den mit erheblichen Unsicherheiten subsumierbaren Tatbestand der Untreue sanktionierbar. Dies verstärkt die Zweifel an der Zuständigkeit bzw. Fähigkeit des Betriebsrats zur effektiven Durchsetzung von Compliance. Gerade wenn An-

13 Vgl. Grabenkriege, Compliance – Online-Zeitschrift des Finance-Magazins, Ausgabe Februar 2011, S. 1, abzurufen unter http://compliance-plattform.de/uploads/media/Compliance_Februar_2011.pdf. (19.5. 2014).

reiz-Strukturen eher in Richtung Non-Compliance bestehen und Sanktionsmechanismen nicht in ausreichendem Maße greifen, kommt den bestehenden Legalitäts- und Legalitätskontrollpflichten der Geschäftsleitung, und – im Falle vertikaler Delegation – auch der Ausgestaltung der Compliance-Funktion durch die Geschäftsleitung, entscheidende Bedeutung zu.

Effektiv beheben ließe sich das Kontrolldefizit hingegen durch die inhaltliche Erweiterung des Verantwortungsbereichs der Compliance-Funktion. Ein Unternehmen, das bedingungslose Compliance als Chance und Grundlage seiner nachhaltigen Reputation und Wettbewerbsstellung ansieht, wird sein Compliance-Management-System nicht nur auf Rechtsgebiete beschränken, in denen Aufsichts- oder Ermittlungsbehörden, Gerichte oder einzelne Beschäftigte die Regeldurchsetzung erzwingen können, sondern auch die folgenden Aspekte einbeziehen:

- 1) kollektivarbeitsrechtliche Pflichten,
- 2) Kontrollmechanismen betreffend den Betriebsrat.

Eine derart ausgestaltetes Compliance-Management-System, flankiert von Compliance-fokussierten HR-Prozessen¹⁴, würde den Legalitäts- und Legalitätskontrollpflichten der Geschäftsleitung und zugleich der Anforderung gerecht, Compliance nicht neutral, sondern aktiv voranzutreiben¹⁵.

6. These: Kollektivarbeitsrechtliche Non-Compliance hat nicht nur Auswirkungen innerhalb des Unternehmens, sondern kann insbesondere im (Sanierungs-) Tarifbereich das für den Wettbewerb geltende level playing field empfindlich stören

Bei näherem Hinsehen wird schnell offensichtlich, dass kollektivarbeitsrechtliche Rechtsverstöße nicht nur Auswirkungen im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer haben, sondern auch den Wettbewerb zwischen konkurrierenden Unternehmen empfindlich stören können. Dies gilt vor allem im Rahmen der Tarifbindung. Wenn und soweit sich Unternehmensleitung und Betriebsrat zu einem sogenannten „Bündnis gegen den Tarifvertrag“ zusammenschließen, ergeben sich daraus in der Regel für das Unternehmen niedrigere Lohnkosten als bei ebenfalls tarifgebundenen Wettbewerbern. Im Bereich der Sanierungstarifverträge ergibt sich ein deutlich erhöhtes Risiko für solche Vorgehensweisen, die teilweise nicht einmal vorsätzlich und mit der Absicht des Wettbewerbsvorteils zustande kommen, sondern auch aufgrund nicht richtiger Interpretation

14 Sehr treffend dazu ein Zitat von *Warren Buffet*, CEO von *Berkshire Hathaway Inc.*: „In looking for people to hire, you look for three qualities: Integrity, intelligence and energy. And if you don't have the first, the other two will kill you.“

15 Vgl. oben These 3 am Ende.

oder Anwendung des Tarifvertrags. Professor *Rieble* hat in der Diskussion ein schönes Beispiel aus dem Sanierungstarifvertragsrecht eingebracht, das eine typische Fallkonstellation umschreibt: Ein befristeter Sanierungstarifvertrag ist abgeschlossen worden, jedoch verzögert sich die Sanierung. Es wird dann jedoch nicht mit den Sozialpartnern die tariflich einwandfreie Verlängerung des Tarifvertrags vollzogen, sondern Betriebsrat und Arbeitgeber sagen: „Wir stellen jetzt einfach einmal die Uhr zurück und geben uns noch fünf Monate.“ Ein solches Vorgehen ist klar rechtswidrig und kann zudem neben einer unzulässigen Wettbewerbsverzerrung auch strafrechtliche Folgen haben: Jedwede Entgeltherabsetzung ist nach Ende der Befristung des Sanierungstarifvertrags rechtlich unwirksam. Es werden dann jedoch nicht nur zu niedrige Löhne an die Arbeitnehmer gezahlt, sondern auch zu niedrige Sozialbeiträge an den Staat abgeführt. Die Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen ist gemäß § 266a StGB strafbar. Genau wie man nichtige Tarifverträge nicht mehr anwenden darf, wenn man ihre Nichtigkeit kennt, darf man Tarifverträge nicht anwenden, wenn sie aufgrund zeitlicher Befristung nicht mehr gelten.

7. These: Die Mitwirkungsrechte des deutschen Betriebsrats behindern in der Praxis die effektive Implementierung international geforderter und als „best practice“ anerkannter Compliance-Prozesse

Der Betriebsrat hat erhebliche Mitbestimmungsrechte bei der Compliance-Prävention, bei der Aufdeckung von Compliance-Verstößen („*Detect*“) und der Reaktion darauf („*Respond*“). So bestehen beispielsweise Mitbestimmungsrechte bei der Benennung von Compliance-Verantwortlichen, Regelungen in Compliance-Richtlinien und dem „*Code of Conduct*“ zum sogenannten Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer, Einführung von Compliance als arbeitsvertragliche Zielvereinbarung, Durchführung von Compliance-Schulungen („*e-learning*“), Etablierung eines Hinweisgeber-Systems („*Whistleblowing*“), Durchführung von systematischen Interviews und Datenscreenings bei internen Ermittlungen und der Sanktionierung nach Abschluss interner Ermittlungen.

Ob – und in welchem zeitlichen Rahmen – solche Compliance-Maßnahmen im Unternehmen umgesetzt werden können, hängt in der Praxis hauptsächlich davon ab, ob ein gutes oder angespanntes Verhältnis zwischen Betriebsrat und Unternehmensleitung besteht. Im letzteren Fall reagiert der Betriebsrat oft mit einer kategorischer Ablehnung (ungeachtet inhaltlicher Argumente oder internationaler „*best practice*“-Standards¹⁶),

16 So fordern zum Beispiel die *Dow Jones Sustainability Indices* effective Compliance-Prozesse, was „*Detection*“ in Form von Hinweisgebersystemen beinhaltet.

kommt es in der Praxis auch oft zu einer Verknüpfung der erforderlichen Zustimmung mit sachfremden Zugeständnissen auf Arbeitgeberseite, gibt es immer wieder starke Vorbehalte gegenüber Compliance-Instrumenten wie zum Beispiel Online-Schulungen, da Betriebsräte befürchten, dass Mitarbeiter dadurch kontrolliert werden könnten. Zudem steht einer kooperativen Zusammenarbeit auch häufig die Anspruchshaltung aufseiten der Arbeitnehmervertreter im Weg, in alle Entscheidungsprozesse – selbst in solche, welche nicht mitbestimmungspflichtig sind – eingebunden zu werden¹⁷.

8. These: Derzeit scheint kein staatliches Interesse zur Durchsetzung kollektivarbeitsrechtlicher Compliance erkennbar. Das Kontrolldefizit könnte man momentan allenfalls durch drittschützende Wirkung der relevanten Normen zugunsten der Arbeitnehmer oder Wettbewerber beseitigen

Da – wie oben dargelegt – die Nichteinhaltung von arbeitsrechtlichen Compliance-Vorschriften nicht nur ein unternehmensinternes Störpotenzial beinhaltet, sondern sich auch extern negativ auf den Markt und Wettbewerb (insbesondere im Tarifbereich) auswirken kann, läge an sich eine höhere staatliche Aktivität zur Kontrolle kollektivarbeitsrechtlicher Compliance nahe. Neben § 266a StGB sind jedoch nur wenige arbeitsrechtliche Rechtsnormen strafbewehrt, und die staatlichen Ermittlungsbehörden haben bislang auch nicht auf Ordnungsnormen zur betrieblichen Organisation¹⁸ zurückgegriffen. So kam es in der Vergangenheit zu keinen nennenswerten staatlichen Sanktionen als Reaktion auf mangelnde Arbeitsrechts-Compliance bzw. Compliance-Management.

Zu überlegen wäre, das Kontrolldefizit durch die Ausgestaltung der relevanten arbeitsrechtlichen Normen mit drittschützender Wirkung zu lösen. Konkret könnten dann die betroffenen Arbeitnehmer oder Wettbewerber auf die Einhaltung klagen. Neben der schwierigen dogmatischen Fundierung einer solchen drittschützenden Wirkung und dem erheblichen Missbrauchspotenzial (gerade im Verhältnis zwischen Wettbewerbern) spricht gegen eine solche Lösung, dass die betroffenen Arbeitnehmer oder Wettbewerber in der Regel gar keine Kenntnis von konkreten arbeitsrechtsbezogenen Pflichten und Verstößen durch das Unternehmen haben werden.

Es liegt daher keine einfache Lösung dieses Kontrolldefizits auf der Hand. Neben der stärkeren Betonung der Legalitäts- und Legalitätskontrollpflichten der Leitungsorgane und der Aufnahme von arbeitsrechtlicher

17 Vgl. Grabenkriege, Compliance – Online-Zeitschrift des Finance-Magazins, Ausgabe Februar 2011, S. 2, abzurufen unter http://compliance-plattform.de/uploads/media/Compliance_Februar_2011.pdf. (19.5. 2014).

18 Vgl. oben Fn. 10.

Compliance in „*corporate citizenship*“ und andere nicht rechtlich verbindliche „*best practice*“-Standards sollte der Fokus auf der Steigerung der Compliance-Kompetenz und größeren Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder liegen. All diese Themen werden in diesem Tagungsband an anderer Stelle eingehend beleuchtet¹⁹.

¹⁹ Vgl. Dr. *Barbara Reinhard*, Betriebsratsbegünstigung als Complianceproblem des Arbeitgebers; Dr. *Ulrich Sittard*, Betriebsrat als Compliance-Agent oder Compliance-Verhinderer? und Dr. *Clemens Latzel*, Soziale Rechtfertigung der Duldung von Rechtsverstößen („Social Judgement Rule“).

Diskussion

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

Herr *Barst*, vielen und herzlichen Dank für diesen sehr instruktiven Überblick über unsere Gefechtsfeldlage.

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

Ich habe zu Ihrer These, dass der Betriebsrat grundsätzlich kein geeigneter Compliance-Manager sei, zwei Anmerkungen: Der Betriebsrat hat noch ein paar andere Aufgaben außer Überwachung. Insofern könnten Sie Ihre These vielleicht schärfen, wenn Sie die hypothetische Frage stellen würden: Hätte es diese Skandale auch gegeben, wenn es die gesamte Mitbestimmung nicht gäbe, sondern der Betriebsrat nur nach § 80 BetrVG das Überwachungsmandat hätte? Da wäre meine Gegenthese: Dann hätte es viele von den Skandalen nicht gegeben.

Zu dem anderen Aspekt über die Zeitschiene und über die Dichte der Betriebsräte und deren Aufgaben ist klar, dass es irgendwann auch einmal ein paar Skandale gibt. Vielleicht können wir in 30 Jahren beurteilen, wie viele Compliance-Officer sich dysfunktional verhalten haben. Sie haben es ja selber angedeutet. Wenn Sie den Falschen haben, dann nutzt auch Ihre Investition in den Compliance-Bereich am Ende nichts. Überall dort, wo Menschen arbeiten, wird es auch solche Skandale geben. Da würde ich nicht soweit gehen wollen, das Kind mit dem Bade auszuschütten und zu sagen, dass Betriebsräte für arbeitsrechtliche Compliance nicht geeignet seien. Sie haben auch noch viele andere Aufgaben und erbringen auch dort ihre Leistungen. Die These, dass die Mitwirkungsrechte oder Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte einer effektiven Compliance entgegenstünden, habe ich von unserem Compliance-Officer auch schon einmal gehört. Nun muss ich allerdings dazu sagen, die Betriebsräte berufen sich dabei auch auf ihre gesetzlichen Zuständigkeiten. Wenn Sie diese These vielleicht an dem Beispiel der Deutschen Bahn und deren Datenschutzskandal schärfen könnten: Was hat der Compliance-Officer dagegen getan, dass die Gehaltskonten mit den Lieferantenkonten abgeglichen worden sind und es dadurch zu dem Datenschutzskandal bei der Bahn gekommen ist? Da hätte es sicherlich geholfen, wenn man den Betriebsrat vorher darüber informiert und er seinen üblichen Katalog abgearbeitet hätte.

Dr. David Barst, Pohlmann & Company, Frankfurt am Main:

Da haben Sie absolut Recht. Ich glaube, man muss meine These so schärfen, dass man sagt: „Man kann sich nicht allein auf den Betriebsrat als Hüter des kollektiven Arbeitsrechts verlassen.“ Je mehr Menschen sich mit einem Prozess beschäftigen, desto höhere Prozesssicherheit haben Sie auch. Aber dadurch wird es natürlich auch träger und langsamer. Meine Erfahrung sagt einfach, sobald Sie den Betriebsrat dabei haben, können Sie jeden Zeitplan vergessen. Wir haben in sechs Wochen wieder Sitzung und da haben wir die Agenda schon voll und dann können wir es vielleicht vor Weihnachten noch einmal hineinnehmen. Ich glaube einfach, der Betriebsrat hat verschiedene Aufgaben, wie Sie gesagt haben. Er hat unter anderem auch diese Kontrollfunktion. Man darf sich aber nicht allein auf ihn verlassen in dieser Kontrollfunktion. So, wie Sie als Vorstand sagen: „Ich delegiere jetzt die Verantwortlichkeit für diesen Bereich auf die Funktion oder die Person“, darf ich eben nicht sagen: „Das macht der Betriebsrat“ und damit ist für mich die Geschichte erledigt. Das war die Hauptaussage, die ich verdeutlichen wollte.

Jan Lessner-Sturm:

Nur um noch einmal nachzuhaken, weil das in dem Vortrag und jetzt in der Antwort mitschwang, Koppelungsgeschäfte und sachfremde Erwägungen des Betriebsrats, die Langsamkeit, da könnte man jetzt fragen: Sind das Einzelfälle oder sind sie im System begründet? Wenn sie im System begründet wären, dann wäre die richtigere Antwort zu fragen: „Haben wir ein System, das schnell genug ist?“ Das ist in letzter Zeit etwas beschleunigt worden. Wenn man feststellt, es gibt dort sachfremde Koppelungserwägungen, was hält Ihr Unternehmen davon ab, in die Einigungsstelle zu gehen? Der Einigungsstellenvorsitzende ist kraft Gesetzes verpflichtet, solchen Koppelungsgeschäften keinen Vorschub zu leisten und nach seinem Ermessen eine gesetzmäßige Entscheidung zu treffen.

Volker Rieble:

Wir wollen nicht zu sehr jetzt schon in das Thema von Herrn *Sittard* heute Nachmittag hineingehen, denn wir haben einen speziellen Fokus auf die Betriebsverfassung und den Betriebsrat als Compliance-Agenten und -verhinderer.

Jan Lessner-Sturm:

Entschuldigung, da hatte ich das Veranstaltungsprogramm nicht ganz im Kopf, vielen Dank.

David Barst:

Ich kann noch dazu sagen: Ich berate auch Unternehmen, in denen wir sehr konstruktiv mit dem Betriebsrat zusammenarbeiten. Er sitzt mit in den Meetings, es läuft alles wunderbar. Aber ich glaube, es kann einfach nicht sein, dass die Implementierungsgeschwindigkeit Ihres Compliance-Managementsystems davon abhängt, wie gut Ihr Verhältnis zum Betriebsrat ist.

Stefan Mößner, Verein der Bayerischen Chemischen Industrie e.V., München:

Durch Ihre These 6 fühle ich mich auf die Non-Compliance-Seite gestellt, weil wir in der Chemischen Industrie für unsere Firmen viele Sanierungstarifverträge abschließen als unternehmensbezogene Verbandstarife. Allein im letzten Quartal in Bayern sieben Stück, die ich allein verhandelt habe. Da muss ich schon einmal nachfragen: Wir machen die Tarifverträge nicht allein mit den Unternehmen, sondern es gibt auf der anderen Seite jemanden gegenüber, nämlich die IG BCE und die Betriebsräte. Ich sage, wenn man gut verhandelt, kann ich darin keinen Compliance-Verstoß sehen. Also gut verhandelt auf der Unternehmensseite, deswegen muss ich noch einmal nachfragen

David Barst:

Das war nicht so gemeint. Sie dürfen jeden Sanierungstarifvertrag verhandeln, aber es ging darum, dass bei dessen Anwendung getrickst und er zum Beispiel tatbestandlich überdehnt angewendet wird in der Hoffnung, dass es keiner merkt. Es ging um eine rechtswidrige tatbestandliche Erweiterung.

Volker Rieble:

Was wirklich häufig vorkommt: Ich habe einen befristeten Sanierungstarifvertrag, die Sanierung ist nicht abgeschlossen, ich brauche noch fünf Monate und dann wird nicht mit den Sozialpartnern die tariflich einwandfreie Verlängerung des Tarifvertrags vollzogen, sondern Betriebsrat und Arbeitgeber sagen: „Wir stellen jetzt einfach einmal die Uhr zurück und

geben uns noch fünf Monate“. Das ist genauso rechtswidrig wie das klassische betriebliche Bündnis zulasten des Tarifvertrags und das führt zu den brutalen Compliance-Folgen. Wenn ich Entgeltherabsetzung praktiziere, ist sie rechtlich unwirksam, dann bin ich sofort bei der Sozialversicherungsbeitrags hinterziehung zu § 266a StGB und das ist ein ganz hartes Compliance-Thema. Nur darum geht es, rechtmäßige Tarifverträge darf man auch anwenden, nichtige Tarifverträge vielleicht nicht, wenn man weiß, dass sie nichtig sind. Jedenfalls darf man Tarifverträge nicht anwenden, wenn sie nicht mehr gelten. Das kommt in der Chemie nicht vor, aber anderswo schon.

Stefan Wolf, Pensionskasse der Mitarbeiter der Hoechst-Gruppe VVaG, Frankfurt am Main:

Ich möchte auch einmal etwas Provozierendes, weil Sie auch provoziert haben, zurücksagen: Es ist natürlich so, wenn sich Betriebsräte – wie ich das öfter sehe, je größer das Unternehmen – teilweise eher als Aufsichtsrat sehen als als Betriebsrat, sagen sie natürlich: „Dann muss ich auch 300.000 € verdienen.“ Das sind Gehälter, die sind bei DAX-Konzernen keine Seltenheit gewesen. Das dürfte rein theoretisch, wenn man von Betriebsratsbegünstigung ausgeht, überhaupt nicht sein. Normalerweise dürfte der Betriebsrat nur das verdienen, was er bei idealer Situation, wenn er nicht Betriebsrat wäre, verdient hätte. Also ist dieses Aufsichtsratsthema überhaupt nicht da. Da es hier um Vergütung geht, und das ist schon Jahrzehnte oder ich weiß nicht wie lange zurück – soweit kann ich gar nicht denken – akzeptiert ist, dass es so läuft, reden wir ja nicht von Korruption, das sind gewachsene Strukturen und es ist hier wohl überall üblich, dass es so sein kann, dass in einem DAX-Konzern ein Betriebsrat 300.000 € verdient und einen Firmenwagen hat. Solange das aufrechterhalten wird, können Sie natürlich Compliance in dem Punkt vergessen. Da können Sie die Auswüchse wie eine Fahrt nach Brasilien dort packen, aber das Thema – wir sagen, wir bezahlen diesen Betriebsräten, die jetzt 300.000 € verdienen, künftig nur noch 50.000 € – bekommen wir nicht hin. Deswegen glaube ich, dass wir dort im Prinzip Compliance überhaupt nicht ansetzen können oder wir zumindest einmal darüber reden müssten.

David Barst:

Absolut. Wie gesagt, ich glaube, man muss einfach nur sagen: „Dann hat der Betriebsrat gesetzlich noch eine Art Kontrollfunktion zur Compliance, aber wir müssen schauen, dass wir das anderweitig sicherstellen und nicht uns darauf verlassen, dass der Betriebsrat sich darum kümmert.“

Volker Rieble:

Auch dazu gibt es heute Nachmittag im Vortrag von Frau *Reinhard* noch eine erhebliche Vertiefung gerade auch zum Bezahlthema. Das ist im Moment sehr aktuell.

Vielleicht noch ein bisschen zu den Schlussthese von Herrn *Barst*: Was sollen wir eigentlich tun? Sollen wir weiter die Augen zumachen und sagen: „Ach, kollektives Arbeitsrecht, das ist Sozialpartnerschaft und die funktioniert am besten, wenn man nicht hinguckt.“ Die These des unregulierten Machtungleichs hat in Deutschland viele Freunde. Der ehemalige Präsident des Bundesarbeitsgerichts *Dieterich* sagt sogar, man soll das Arbeitskampfrecht ganz abschaffen, denn es sei viel besser, wenn die Sozialpartner das alles irgendwie unter sich ausmachen. Ungeregelter Machtungleich oder – das ist jetzt das Gegenprogramm, auch angelsächsisch getrieben: Wenn ich in den USA einen englischsprachigen Aufsatz zu deutschen Problemen von kollektivarbeitsrechtlicher Compliance publizierte, was glauben Sie, was dann die nächsten Wochen los wäre? Wenn jene wüssten, was wir hier alles machen? Insofern warte ich auf Angebote dafür, dass ich diesen Aufsatz nicht schreibe.

Vielleicht aber noch einmal Fragen zu diesen letzten Thesen: Wie kommen wir denn aus den Missständen heraus?

Dr. Axel Schack, Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien für das Land Hessen e.V., Wiesbaden:

Ich meine, wenn Sie uns provozieren, müssen wir antworten. Kollege *Mößner* hat schon eine Frage von mir vorweggenommen. Zunächst ist das Rechtssystem so aufgestellt. Die Sozialpartner, die Tarifvertragsparteien – jetzt benutze ich einmal diese beiden Worte – verhandeln Verträge aufgrund einer Rechtsgrundlage. Zunächst muss man meines Erachtens einmal nachweisen, dass wir diese Rechtsgrundlage missbrauchen. Das ist bis jetzt nicht nachgewiesen worden, das muss ich wirklich sagen. 20 Beispiele aus dem Internet oder der Zeitung zeigen das noch nicht. Herr *Mößner* hat eben angesprochen, er habe acht verbandsbezogene Tarifverträge dieses Jahr abgeschlossen, wir werden bei uns wahrscheinlich so um die 20 abgeschlossen haben. Das liegt aber nur daran, dass wir größer sind, nicht, dass wir mehr arbeiten. Diese Tarifverträge sind zu keinem Zeitpunkt angefochten worden. Wenn Sie jetzt unterstellen, dass die Sozialpartner oder die Tarifvertragsparteien ihre übertragene Kompetenz oder Autonomie nicht richtig ausüben oder überdehnen, brauchen wir erst einmal mehr Beispiele.

Was mir aufgefallen ist bei Ihrem Übersichtsblatt bei der Betriebsrätstätigkeit: Es war kein Chemieunternehmen dabei. Entschuldigen Sie, dass

ich das hier ganz bewusst mache. Es kann auch durchaus ein Chemieunternehmen betroffen sein; wir haben Professor *Rieble* schon einmal eingeladen, vor unseren Personalleitern über Betriebsrats-Compliance zu sprechen, aber uns liegt kein einziger Fall vor.

Wir haben jetzt die Diskussion um Mindestlohn im gesamten deutschen Bereich über Kommissionen. Sind diese Kommissionen dann gerechter als von den Arbeitnehmern und den Arbeitgebern gewählte Organisationen, die versuchen – und das ist das Konzept unseres Tarifsystems –, in einem gesellschaftsrechtlichen und gesellschaftspolitischen Ausgleich für ein richtiges Ergebnis zu sorgen. Das haben Sie für mich heute noch nicht widerlegt, das muss ich ganz ehrlich sagen.

Wir haben in unserem Land – wir vertreten 300 Unternehmen, mit der entsprechenden Zahl von Betriebsräten gebildet, weil wir auch viele kleinere Unternehmen vertreten – in den letzten Jahren noch keinen Fall gehabt – ich bin jetzt erst acht Jahre hier Hauptgeschäftsführer –, in dem die Betriebsratsbefugnisse überzogen wurden. Die Diskussion gibt es in den Betriebsratsstrukturen. Was muss man bei einem Sanierungstarifvertrag tatsächlich tun, damit das Unternehmen überlebt und die Mitarbeiter einen Arbeitsplatz erhalten? Das wird sicher so sein. Aber wir haben auch in diesen Tarifverträgen regelmäßig nicht einen Verstoß gegen Gesetz oder gegen Tarifverträge. Ich schätze Ihre Arbeit sehr, aber ich wäre vorsichtig, das gerade so auf den Prüfstand zu stellen, weil bei uns funktioniert es und wenn es nicht funktioniert – das kann ich Ihnen sagen – sind meine Mitarbeiter auch angewiesen, darauf hinzuweisen, damit wir das, was wir übertragen bekommen haben – nämlich eine verfassungsrechtlich gesicherte Koalitionsfreiheit erhalten. Ich glaube, das ist das Wichtige, was wir nicht vergessen dürfen, das haben Sie sicher erwartet.

David Barst:

Ich glaube, man muss das noch einmal klarstellen. Es ging nicht darum zu sagen, die Tariffreiheit oder Koalitionsfreiheit oder sonst etwas ist ein Problem, sondern mein Vortrag war ausschließlich auf Rechtsverstöße bezogen. Die Rechtsverstöße können vorkommen in vielerlei Hinsicht. Es ging nicht darum, wie Sie Ihre Tarifverträge verhandeln, ob Sie dort gute Verhandlungen oder weniger vorteilhafte Verhandlungen führen, sondern es ging einfach darum zu sagen, es kann kollektivarbeitsrechtliche Verstöße geben in verschiedenen Bereichen. Momentan sehen wir ein gewisses Kontroll- und Zuständigkeitsdefizit. Ich habe auch gesagt, ich möchte nicht behaupten, dass die 500.000 Betriebsräte in Deutschland alle keinen guten Job machen. Es zeigt sich aber einfach durch mehrere strukturelle Themen, dass der Betriebsrat nicht allein mit der Compliance-Durchsetzung beauftragt werden kann.

Volker Rieble:

Inwiefern das Tarifsysteem Compliance-aufsichtsbedürftig ist, ist eine ganz andere Frage, denn Tarifparteien dürfen recht viel, weil die Tarifmacht weit reicht. Als Rechtsverstoß lässt sich nur brandmarken, wenn eine Tarifpartei handelt, die nicht tariffähig oder tarifzuständig ist, also wenn jemand einen Sanierungstarifvertrag mit Medsonet macht, eine christliche Scheingewerkschaft, der inzwischen vom LAG Hamburg rechtskräftig die Tariffähigkeit aberkannt wurde. Da hätte man vielleicht auch schon vor diesem Judikat sagen müssen: „Mit denen ist es gefährlich, Tarifverträge abzuschließen.“ Dann ist es ein Compliance-Thema für den Arbeitgeber, der einen Haustarifvertrag mit einer solchen Scheingewerkschaft oder scheintariffähigen Arbeitnehmervereinigung schließt.

Dann folgt das Problem, wenn man Tarifnormen abschließt, die rechtlich unwirksam sind, also zum Beispiel gegen Diskriminierungsverbote oder gegen Grundrechte verstoßen und Dinge tun, die man nicht tun darf. Dazu gibt es arbeitsrechtliche Judikatur. Regeln Tarifparteien etwas, von dem kein Mensch weiß, ob es erlaubt oder verboten ist, dann ist es erlaubtes Risiko. Niemand zwingt die Tarifparteien dazu, möglichst defensive Tarifverträge zu machen. Aber wenn ich weiß, dass ein Gericht etwas beanstandet hat, muss ich vielleicht vorsichtiger werden und darf bestimmte Dinge nicht mehr tun. Das BAG hat einmal gesagt, Tarifverträge dürfen den Arbeitgeber nicht zu Kurzarbeit Null ermächtigen. Danach hätten Sanierungstarifverträge das nicht mehr tun dürfen. Tun sie es doch, wird die Arbeitszeit nicht gekürzt, kommt es zum Annahmeverzug und dann bin ich wieder bei § 266a StGB, habe ich also ein Compliance-Problem in der Anwendung eines unwirksamen Tarifvertrags. Das Tarifsysteem ist nicht rechtskontrollfrei, aber die Spielräume sind viel größer. Dort, wo ein Rechtsverstoß vorkommt, muss das Compliance-System Anwendung finden. Man soll auch nicht versuchen – das ist ein Grundproblem von Compliance –, durch Angst vor Sanktionen am Ende die Handlungsspielräume einzuengen. Darum geht es letztlich nicht. Aber dort, wo etwas hinreichend sicher rechtswidrig ist, muss man es auch unterbinden. Das geschieht in der Tat nicht. Ich habe mich schon lange für eine Reform der Betriebsratsbezahlung bei Spitzenbetriebsräten ausgesprochen, aber solange das Gesetz gilt, muss man es auch beachten und so lebenswürdig Herr *Adler* bei Siemens ist, die 300.000 €, die er bekommen hat, sind in keinem denkbaren Fall Ergebnis einer betriebsüblichen beruflichen Entwicklung. Das kann niemand darstellen. Damit habe ich ein Compliance-Problem. Dann bleibt, Herr *Barst*, meine Frage: Wenn der Konkurrentenschutz nicht greift, ist es dann am Ende vielleicht der Staat, der die Strafvorschriften, die wir haben (§ 119 BetrVG) womöglich effektuieren muss? Dort droht die Gefahr vom BGH, der in der Volkert-Entscheidung das Untreueschwert geschwungen hat. Das BVerfG hat für die Untreue sodann

allgemein Zurückhaltung gefordert, weswegen in der Schelsky-Entscheidung ein anderer Senat des BGH die Steuerhinterziehung aktiviert hat. Es ist wie bei *Al Capone*: „Wer dem Betriebsrat etwas zahlt und das verwirklicht den Tatbestand des § 119 BetrVG, führt es eben zur Steuerhinterziehung“. Das könnte ein Compliance-Problem sein, wenn nämlich solche überhöhten Betriebsratsgehälter nicht mehr als Betriebsausgaben absetzbar sind. Dann wird es effektiv.

David Barst:

Das ist eigentlich auch ein Einfallstor in den Korruptions-Compliance-Bereich, dass eigentlich oft über die Steuerprüfung problematisch aktivierte Zahlungen an die Staatsanwaltschaft gemeldet werden und dann erst die Investigation ins Rollen kommt.

Dr. Mark Zimmer, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München:

Ich habe einen kleinen Lichtblick für die Arbeitgebervertreter im Raum: Sie hatten in These 7 gesagt, Herr *Barst*, dass die Fragen bei internen Ermittlungen mit dem Betriebsrat abgestimmt werden müssen innerhalb des Mitbestimmungsrechts. Wir haben vor drei Jahren in einem Aufsatz im Betriebs-Berater (BB 2010), nachgewiesen, dass das nicht der Fall ist, dass im Regelfall keine Mitbestimmungsrechte bestehen, und zwar im Wesentlichen aus zwei Gründen: Erstens geht es bei dem Mitbestimmungsrecht § 87 BetrVG um die Gestaltung und nicht um die Aufarbeitung. Zweitens handelt es sich bei den aufzuklärenden Vorgängen in aller Regel um Arbeitsverhalten und nicht um Ordnungsverhalten.

Standardisierte Fragebögen haben Sie in der Praxis fast nie, so dass auch ein Mitbestimmungsrecht aus § 94 BetrVG grundsätzlich ausscheidet. Der Regelfall der internen Ermittlungen ist der, dass ich die Fragen zuschneide auf die Interviewperson und dies muss ich mit dem Betriebsrat nicht abstimmen.

David Barst:

Es ist natürlich immer eine schwierige Abgrenzungsfrage, aber so wie Sie es jetzt tatbestandlich umfassen, ist es in der Tat nicht erforderlich. In der Regel macht man es so, dass man einen Investigation-Prozess festlegt und diesen mit dem Betriebsrat vereinbart. Dabei kann man dann auch eine Art generelle Ermächtigung für Maßnahmen ohne vorherige Betriebsrats-Zustimmung aufnehmen, oft vereinbart man beispielsweise: „Für einen bestimmten Strafkatalog (gegebenenfalls in Anlehnung an die StPO), dür-

fen wir ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats die E-Mails und systematisch die Daten untersuchen, Interviews führen und erst hinterher informieren wir den Betriebsrat.“ Das heißt, Sie holen sich ohnehin für den Untersuchungsprozess vorab die Betriebsratszustimmung und schließen damit die Interviewfragebögen mit ein.

Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht, München:

Ich habe noch eine Frage zu der Struktur, die Sie hier als Matrixstruktur und als Organisationsstruktur gegenübergestellt haben für die Compliance-Vorsorge: Wir hatten hier auch die Wortmeldung von Herrn Dr. *Mößner* und von Herrn *Schack* dazu, dass sie gesagt haben: „Wenn wir das im Verband machen, haben wir eigentlich kein Compliance-Problem.“ Das leuchtet mir ein, weil hier Strukturen existieren, die außerhalb eines Unternehmens liegen und der Verband nicht derjenige ist, der das Geld mitverdienen muss. Weil er auf diese Weise vielleicht auch Gefahr von sich fernhalten muss, sorgt er dafür, dass Gesetze auch tatsächlich eingehalten werden. Ich glaube den beiden Herren, dass dort keine Gesetzesverstöße zugelassen werden, denn in ihrer Beratung müssten sie eigentlich auch solche organisatorische Vorsorge empfehlen, bei der dann Strukturen innerhalb des Unternehmens oder Konzerns so aussehen, dass Compliance eingehalten wird. Wie sieht da Ihre Beratung aus?

David Barst:

Das ist in der Tat so. Sie haben – das habe ich mehrfach gesagt – als Geschäftsleiter oder als Aufsichtsrat ein erhebliches Ermessen, wie Sie das Compliance-Management sicherstellen. Wenn Sie zum Beispiel in einem Verband sind und wissen, bestimmte Bereiche sind kompetent von dieser Seite abgedeckt, können Sie das entsprechend berücksichtigen, wenn Sie Ihr hausinternes Compliance-Managementsystem implementieren oder ausgestalten. Sie können von oben und von unten oder von der Seite die Ressourcen berücksichtigen und müssen es dann selbst nicht machen. Es kommt immer darauf an. Es gibt Verbände, die, wie Sie, sich dem Thema enorm kompetent annehmen und zum Beispiel Professor *Rieble* schon lange eingeladen haben zu arbeitsrechtlicher Compliance – das ist, glaube ich, außergewöhnlich –, aber es gibt vielleicht auch Verbände, die eine halbe juristische Stelle haben, die dann eben nicht für ihre 200 Mitgliedsunternehmen die Kartell-Compliance sicherstellen kann. Im Abfallwesen haben Sie zum Beispiel oft eher unterbesetzte Verbandsjuristenfunktionen, wo die Mitglieder dann immer anrufen, um sich zu erkundigen, ob sie

sich nun mit ihren Konkurrenten treffen dürfen oder nicht. Das ist dann nicht unbedingt ausreichend.

Volker Rieble:

Ich sehe keine weiteren Wortmeldungen. Das ist sehr schön, ein pünktliches Publikum. Ich bedanke mich dafür. Wir sind jetzt reif für 20 Minuten Kaffeepause. Vielen Dank, Herr *Barst*, für Vortrag und anregende Diskussionen.

Compliance-Verantwortung und Koalitionsfreiheit

Christian Fischer

Seite

I. Vorbemerkungen.....	39
II. Ausgangslage.....	42
1. Das arbeitsrechtliche Schrifttum	42
2. Facetten von „Compliance“	42
3. Die arbeitsrechtliche Normenpyramide.....	44
4. Vorverständnisse.....	46
III. Rechtstheoretische Anmerkungen.....	47
1. Recht und „soft law“	47
2. Rechtsgeltung und „Rechtstreue“	48
IV. Mögliche Grundlagen einer allgemeinen „Compliance-Pflicht“ der arbeitsrechtlichen Koalitionen.....	49
1. Gesetz.....	49
2. Gesetzes- oder Rechtsanalogie.....	50
a) Analogievoraussetzungen.....	50
b) Einzelanalogie zu § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG?	50
c) Einzelanalogie zu § 12 AGG?	51
d) Gesamtanalogie?	52
3. Verkehrssicherungspflicht bzw. Organisationsverant- wortung	53
a) Riebles These	53
b) Das gesetzgeberische Konzept.....	53
c) Das Richterrecht der Verkehrssicherungspflichten	54
4. Der Verlust von Privilegien.....	57
5. Tarifvertrag.....	59
V. Weitere Aspekte des Themas	59
1. Spezielle „Compliance-Pflichten“	59
2. „Arbeitskampf-Compliance“	60
3. Tarifliche Compliance-Vorgaben und Kartellrecht	60
4. Compliance und gewerkschaftliche Rechtsberatung	61

VI. Schlussfolgerungen	62
Diskussion	64

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Compliance im kollektiven Arbeitsrecht (München 2014), S. 37-63

I. Vorbemerkungen

Beim Hören des spannenden ersten Vortrags und beim Blick in die Teilnehmerliste habe ich mich vorhin gefragt – und das ist mir seit Jahren nicht mehr passiert – ob das Konzept meines Referats zu dieser Veranstaltung passt. Ich hatte folgendes Bild vor meinem inneren Auge: Der Redner kommt in eine Sportlerkneipe, rammelvoll, die Luft flirrt vor lauter Energie, ganz viele Sportler sind gekommen, alle Anwesenden sind total sportbegeistert – und der Redner hat einen Vortrag zu der Frage vorbereitet, ob eine Rechtspflicht zum Sport besteht. Möglicherweise kommt das nicht so gut an. Ich habe deshalb kurz darüber nachgedacht, jetzt über etwas anderes zu sprechen. Das schien mir aber doch etwas verwegen. Stattdessen habe ich mich entschieden, den juristischen Bauch dieses Vortrags ein bisschen einzuziehen, das grundlegende Konzept aber beizubehalten und das Ziel zu verfolgen, eine gewisse Grundskepsis bei Enthusiasten hervorzurufen.

Obwohl ich schon so nett angekündigt worden bin, stelle ich mich kurz noch einmal selber vor, weil ich vom Normalbild eines deutschen Hochschullehrers in mindestens zweifacher Hinsicht abweiche – so jedenfalls mein Selbstbild. Zum einen bin ich Arbeitsrechtler mit besonderem Praxisbezug, war mehrere Jahre Rechtsanwalt, habe in meiner spät begonnenen wissenschaftlichen Qualifikationsphase betriebliche Lohn-Arbeitszeit-Modelle konzipiert, nebenberuflich für ein großes deutsches Beratungsunternehmen gearbeitet, war lange Jahre Einigungsstellenvorsitzender und habe arbeitsrechtliche Konfliktberatung insbesondere in Familienunternehmen durchgeführt. In den letzten Jahren war ich zudem als Schlichter in kleineren Tarifkonflikten tätig. Ich betreibe Arbeitsrecht nicht dogmatisch, entwickle Lösungen also nicht aus angeblichen übergeordneten Prinzipien, sondern bevorzuge eine wirklichkeitsbezogene Herangehensweise. Mich interessieren vor allen Dingen konkrete Interessenlagen und Interessenkonflikte sowie deren gesetzgeberische und richterrechtliche Bewertungen. Zum anderen sehe ich mich, und das ist für mich kein Widerspruch, als Rechtstheoretiker bzw. Rechtsmethodiker. Dabei geht es mir nicht um eine Methodenlehre der Rechtswissenschaft im *Larenzschen* Sinne, sondern um eine Rechtstheorie der Rechtspraxis, um konkrete Hilfestellungen für juristische Alltagsfragen und um die Entmythologisierung juristischer Leerformeln¹. Zwar bin ich Mitautor des mittlerweile verbreitetsten deutschsprachigen Buchs zu Rechtstheorie und juristischer Methodenlehre. Den idealistischen Glauben vieler Rechtstheore-

1 *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007; *ders.*, Der Schein der reinen Auslegung, in: *Depenheuer* (Hrsg.), Reinheit des Rechts, 2010, S. 101 ff.

tiker an philosophisch begründete Großtheorien, an Systeme von allgemeinen Prinzipien und an sogenannte sachlogische Strukturen des Rechts teile ich aber nicht. Mit derartigen juristischen Welterklärungsversuchen kann ich als Skeptiker wenig anfangen.

Das Thema meines heutigen Vortrages habe ich mir nicht selbst ausgesucht. *Volker Rieble* hat mich ausweislich meines E-Mail-Ordners – ich hoffe, das darf man wörtlich zitieren – gebeten, den „Theorieteil“ zu bestreiten und zur Compliance-Pflicht der Verbände zu sprechen, weil die grundlegende Frage, wie Rechtstreueorganisationspflichten in nicht-unternehmerischen Organisationen entstehen und ausgerichtet sind, bislang noch gar nicht grundlegend bearbeitet sei und er sich freuen würde, mich einmal sprechen zu hören. Ich habe geantwortet: „Lieber Herr *Rieble*, wenn Sie von mir etwas Schönes hören wollen, sollten Sie mich über ein Thema sprechen lassen, von dem ich etwas verstehe. Dass wenig konturierte, für andere Kontexte entwickelte Rechtstreuegebote gegenüber der Koalitionsfreiheit weichen müssen, scheint mir evident, vermutlich, weil ich über diese Problematik noch nicht nachgedacht habe. Sie müssen mich also aufklären.“ Daraufhin *Volker Rieble*: „Lieber Herr *Fischer*, ich kann nicht aufklären, weil ich selbst erst rudimentäre Vorstellungen habe. Wir machen ja Tagungen zu Themen, die noch nicht vollends aufgeklärt sind.“

Warum skizziere ich diesen leicht skurrilen Schriftverkehr? Sofern sie nicht als reine Interessenvertreter für eines der arbeitsrechtlichen Lager agieren, so etwas soll es ja auch geben, sind Arbeitsrechtsprofessoren Wissenschaftler. Wissenschaftler müssen kritische Rationalisten sein, also wissen, dass unsere Erkenntnisse stets den letzten bzw. aktuellen Stand des möglichen Irrtums darstellen. Dessen ungeachtet ist man sich auch als kritischer Rationalist seiner Sache manchmal mehr und manchmal weniger sicher. Bei dem Thema „Compliance-Verantwortung und Koalitionsfreiheit“ ist mir besonders deutlich bewusst, dass Erkenntnisse und Ergebnisse stets vorläufig sind und alles in Wirklichkeit ganz anders sein kann. Ich komme heute nicht als Belehrender, sondern als leider immer noch unaufgeklärter Lernender zu Ihnen. Dabei habe ich mich im Vorfeld durchaus bemüht, insbesondere die – zum konkreten Thema allerdings kaum vorhandene – arbeitsrechtliche Literatur ausgewertet, auch einen besonders geschätzten Fachkollegen zu Rate gezogen und – ein Akt echter Verzweiflung – in der letzten Woche sogar meine Mitarbeiter um Rat gefragt. Einer von ihnen, kein Arbeitsrechtler, riet mir, das – so seine Formulierung – Schlagwort Compliance als Marketinggag zu entlarven, neu sei nur der Begriff, und auf diese Weise der zusätzlichen finanziellen Belastung der deutschen arbeitsrechtlichen Koalitionen durch von hoch spezialisierten Anwälten zu erstellende ausufernde Compliance-Regelungen im Keim zu begegnen. Die anderen Mitarbeiter schlugen mir im Ergebnis

vor, das Thema so zu behandeln, dass man in nicht ganz unbekanntes Fahrwasser gelangt, also zum Beispiel Möglichkeiten und Sinn tarifvertraglicher Compliance-Regeln zu diskutieren, etwa nach dem Motto „Flucht aus der harten Tarifbindung in die weiche Compliance-Bindung“, die Auswirkungen einer Compliance-Verantwortung der Koalitionsmitglieder auf die Koalitionsbetätigungsfreiheit der Verbände oder auch auf die Friedenspflicht zu untersuchen, Tarifflycht als Verstoß gegen *codes of conduct* zu durchdenken oder schwerpunktmäßig AGG und BDSG in Koalitionen oder die sogenannte Arbeitskampf-Compliance zu behandeln.

Das alles mache ich nicht, jedenfalls nicht schwerpunktmäßig. Als Vertreter eines autorbezogenen Textinterpretationsansatzes² – Stichwort sogenannte subjektive Auslegungstheorie³ – fühle ich mich dem aus dem Kontext deutlich erkennbaren Willen von Herrn *Rieble* verpflichtet, die allgemeine Compliance-Pflicht bzw. Compliance-Verantwortung der arbeitsrechtlichen Koalitionen und gegebenenfalls ihr Verhältnis zur Koalitionsfreiheit zu thematisieren. Ob ich Herrn *Rieble*, Ihnen und mir damit einen Gefallen tue, steht auf einem anderen Blatt. Die Frage, ob und wann die arbeitsrechtlichen Koalitionen zur Compliance verpflichtet sind, führt zu sehr grundsätzlichen, rechtstheoretischen, bürgerlich-rechtlichen und koalitionsrechtlichen Problemen. Zu Letzteren komme ich – wie Sie sehen werden – freilich nur am Rande, weil ich die vorrangige Frage nach einer allgemeinen Compliance-Verantwortung der Verbände anders beantworte als der Themensteller, vielleicht zu Unrecht.

Das Thema wird, wie Sie der Gliederung entnehmen können, in fünf Schritten behandelt. Nach meiner Darstellung der Ausgangslage folgen zwei grundsätzliche, rechtstheoretische Anmerkungen. Anschließend werden mögliche Grundlagen einer allgemeinen „Compliance-Pflicht“ der arbeitsrechtlichen Koalitionen diskutiert. Weitere Aspekte des Themas werden angesprochen, wobei die Untergliederungspunkte 3. und 4. in der an die Wand geworfenen Gliederung bewusst kursiv gesetzt wurden, weil sie zwar im Flyer und im Vorwort des Programmhefts angesprochen worden sind, aber allenfalls am Rande zu dem von mir zu behandelnden Thema gehören. Der Vortrag schließt mit sechs Thesen, die möglicherweise provokant wirken. Das ist beabsichtigt.

2 Hierzu im Hinblick auf die Gesetzesbindung *Fischer* (Fn. 1), S. 489 ff.

3 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl. 2013, Rn. 796 ff.

II. Ausgangslage

1. Das arbeitsrechtliche Schrifttum

Zu unserem Thema gibt es in der Literatur wenig bis nichts. Ich habe brav in das Buch von Frau *Mengel* geschaut⁴, auch in andere Werke, sogar in Heft 5/2013 der Mitbestimmung, auf das mich Herr *Rieble* freundlicherweise hingewiesen hat. Nirgendwo steht da etwas über die Compliance-Verantwortung bzw. Compliance-Pflicht der Koalitionen. Allenfalls liest man etwas über Tarifnormen als Gegenstand von Compliance. Durchaus interessant ist eine Arbeit zur kollektivarbeitsrechtlichen Wehrhaftigkeit des Unternehmens als Compliance-Gebot⁵. Aber auch das ist ein anderes Thema. Lesenswert ist ein Beitrag über die Schwierigkeiten, die durch Compliance-Regeln für die Arbeit von Arbeitgeberverbänden entstehen⁶, und das war es dann fast schon – bis auf *Volker Rieble*. Mit Blick auf Flashmobs hat er Compliance 2008 erstmals für eine gewerkschaftliche Streik- und Exzessverantwortung thematisiert⁷. *Steffen Klumpp* hat das aufgenommen und den Begriff Arbeitskampf-Compliance in die Diskussion eingeführt⁸. Das war es aus meiner Sicht an arbeitsrechtlichem Schrifttum mit direktem Bezug zum Thema Compliance-Verantwortung der arbeitsrechtlichen Koalitionen. Einschlägige Rechtsprechung gibt es gar nicht.

2. Facetten von „Compliance“

„Compliance – was ist das?“, könnte man fragen. Compliance steht zunächst für Einhaltung, für Befolgung, letztlich für Regeltreue. Der in der deutschen Betriebswirtschaftslehre mittlerweile gut eingeführte Begriff wird häufig verwendet, als wenn er selbstverständlich wäre: Auf eine die Bedeutung konkretisierende Begriffserläuterung wird meist verzichtet. Das gilt auch und gerade im deutschen Wirtschaftsleben. Compliance steht im Kontext mit Corporate Governance, also den Grundsätzen guter bzw. verantwortungsvoller Unternehmensführung. Versucht man die durchaus unterschiedlichen Sprachverwendungen zusammenfassend zu umschreiben, so lässt sich Compliance etwa als die Sicherstellung der Übereinstimmung der Unternehmenswirklichkeit mit allen für ein Unternehmen bedeutsamen Regeln erläutern. Der Deutsche Corporate Governance-Kodex definiert Compliance als die in der Verantwortung des Vorstands liegende Pflicht, „für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmun-

4 *Mengel*, Compliance und Arbeitsrecht, 2009.

5 *Müller*, Die kollektivarbeitsrechtliche Wehrhaftigkeit des Unternehmens als Compliance-Gebot, 2009.

6 *Andritzky*, Compliance-Regelungen und Tarifrecht, NZA 2009, 990 ff.

7 *Rieble*, Flash-Mob – ein neues Kampfmittel?, NZA 2008, 796, 798 f.

8 *Klumpp*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, CCZ 2010, 197.

gen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen“ und auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hinzuwirken⁹. Bezugsobjekte von Compliance sind Gesetze, Verträge, Standards, freiwillige Kodizes, ethische Gebote, auch bloße Absichtserklärungen¹⁰, also staatlich gesetzte und/oder vor staatlichen Gerichten durchsetzbare Vorgaben, aber auch vom Unternehmen selbst gesetzte Verhaltensgebote und Ideale. Frau *Mengel* spricht in ihrem schönen Buch von einem modernen US-amerikanischen Begriff, der mit Gesetzestreue, Erfüllung oder Einhaltung nur verkürzt und unvollkommen übersetzt sei¹¹, von einem „Wort, das sich nicht gut auf Deutsch übersetzen lässt“¹². Woran liegt das? Ist unsere deutsche Sprache so arm? Oder ist das mit Compliance Bezeichnete so wenig benennbar? Es lohnt sich, gelegentlich einmal etwas über die Herkunft „der“ Compliance zu lesen¹³. Nicht alles, was uns heute unverzichtbar erscheint, ist so selbstverständlich, wie wir manchmal glauben. Juristen, das fällt schnell auf, definieren Compliance häufig sehr stark rechtsorientiert, beispielsweise als Gesetzestreue¹⁴ bzw. Rechtstreue¹⁵ oder, wie Herr *Rieble*, als Rechtstreuerverantwortung¹⁶. Bei Ihnen, lieber Herr *Rieble*, bekommt die Sache dann auch einen neuen „Drive“. Während man vorher immer nur von Unternehmen spricht, wird Compliance von Herrn *Rieble* ausdrücklich allgemein auf Organisationen erstreckt¹⁷.

Gestatten Sie mir eine kurze Anmerkung zum Begriff der Rechtstreue bzw. Rechtstreuerverantwortung: Der Begriff ist entweder zu eng, weil es bei den Compliance-Objekten ganz offensichtlich auch um Nicht-

-
- 9 4.1.3. des Deutschen Corporate Governance Kodex (in der Fassung vom 13.5. 2013).
- 10 Vgl. [http://de.wikipedia.org/wiki/Compliance_\(BWL\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Compliance_(BWL)) (21.11. 2013).
- 11 *Mengel* (Fn. 4), Einleitung.
- 12 *Mengel* (Fn. 4), Vorwort.
- 13 Beispielsweise *Eufinger*, Zu den historischen Ursprüngen der Compliance, CCZ 2012, 21 f., der fünf unterschiedliche Entwicklungen skizziert, die mit unserer Rechts- und Wirtschaftskultur zunächst wenig Berührungspunkte aufwiesen.
- 14 Etwa *Kreitner*, in: *Küttner*, Personalbuch 2014, 21. Aufl. 2014, Stichwort Compliance, A. Arbeitsrecht Rn. 1; vgl. auch *Reichert/Ott*, Non-Compliance in der AG – Vorstandspflichten im Zusammenhang mit der Vermeidung, Aufklärung und Sanktionierung von Rechtsverstößen, ZIP 2009, 2173: „Gesamtheit aller Maßnahmen, die erforderlich sind, um ein rechtmäßiges Verhalten eines Unternehmens, seiner Organmitglieder und Mitarbeiter im Hinblick auf alle gesetzlichen Vorschriften zu gewährleisten“.
- 15 Zum Beispiel *Schaupensteiner*, Rechtstreue im Unternehmen – Compliance und Krisenmanagement, NZA, Beilage Nr. 1, 2011, S. 8.
- 16 *Rieble*, NZA 2008, 796, 798.
- 17 *Rieble*, NZA 2008, 796, 798; *ders.*, Pädophile Priester und Kirchen-Compliance, CCZ 2010, 107, 108; *ders.*, Anwaltscompliance, Compliance-Berater 2013, 5.

Rechtsfragen geht, oder es liegt ein angreifbarer Rechtsbegriff zugrunde, der auch Standards sowie moralische Gebote und Absichtsbekundungen einbezieht. Wie dem auch sei: Es sollte deutlich geworden sein, dass der Begriff „Compliance“ zwar omnipräsent ist, von den Verwendern aber mit unterschiedlichen Inhalten versehen wird, sofern er denn überhaupt gefüllt wird. Compliance ist also ein ausgesprochen facettenreicher, schillernder Begriff, schillernd wie eine Benzinpflanze hat *Jan Philipp Reemtsma* einmal in anderem Kontext gesagt. Die Formulierung finde ich einprägsam und gelungen, weil sie die Assoziation auslöst, dass man bei solchen Begriffen lieber nicht mit dem Feuer spielen sollte. Vor dem geschilderten Hintergrund meine ich, dass der Begriff „Compliance“ durchaus mit einer gewissen Grundskepsis und mit Sorgfalt¹⁸ behandelt werden sollte. „Compliance“ erhält erst im jeweiligen Kontext Kontur, wenn der konkrete Inhalt des Begriffs denn überhaupt deutlich wird. „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache“, heißt es bei *Wittgenstein*¹⁹. Bei sehr unterschiedlich gefüllten, besonders facettenreichen Begriffen wie Compliance besteht stets die Gefahr, dass sie als Worthülsen leerformelhaft verwendet werden²⁰.

3. Die arbeitsrechtliche Normenpyramide

Arbeitsrechtlern drängt sich die Frage auf, wie Compliance in die arbeitsrechtliche Normenpyramide einzuordnen ist, die genauer als Pyramide arbeitsrechtlicher Gestaltungsfaktoren²¹ oder als Hierarchie der Rechtsquellen im Arbeitsverhältnis²² bezeichnet wird. Sie kennen diese Pyramide, die bei manchen eher wie eine Treppe aussieht, vielleicht noch aus Ihrem Studium. Die gebräuchlichen Abbildungen weisen unterschiedliche Stufen bzw. Schichten auf, Anzahl zwischen fünf und elf. Meist fehlt bemerkenswerterweise das Richterrecht, welches im Arbeitsrecht bekanntlich doch unser Schicksal sein soll²³. Als Beispiel nehme ich heute die Darstellung von Herrn *Maties*, die in der Komplexität besonders reduziert ist und deshalb auch mit Worten einfach zu veranschaulichen ist. Da haben wir von unten nach oben fünf sich verengende Schichtungen: Arbeitsvertrag und Direktionsrecht, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag (bei norma-

18 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang etwa auf die Unterscheidung zwischen „Hard Compliance“ und „Soft Compliance“ bei *Mengel* (Fn. 4), Rn. 68.

19 *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, in: *Wittgenstein*, Werkausgabe, Bd. 1, 1984, § 43.

20 Zum Begriff und zu Arten von Leerformeln *Fischer* (Fn. 1), S. 552 ff. mit weiteren Nachweisen.

21 *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2008, S. 55.

22 *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 13. Aufl. 2014, Rn. 70.

23 *Gamillscheg*, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, AcP 164 (1964), 385, 445; hierzu mit weiteren Nachweisen *Fischer* (Fn. 1), S. 184.

tiver Wirkung), Gesetz (auch Richterrecht) und Grundgesetz²⁴. Bei Herrn *Maties* schwebt über der Pyramide eine Wolke, und in dieser Wolke steht „Europarecht“. In anderen Darstellungen ist das Recht der EU schon in die Pyramide integriert, meist an der Spitze, was inhaltlich verkürzend ist (Stichwort Richtlinien). Aber bei Herrn *Maties* schwebt das Europarecht wolkig über allem. Das kann zwei Assoziationen erzeugen. Die Normpyramide wirkt wie ein Vulkan, was – vorsichtig ausgedrückt – eine gewisse Entwicklungsdynamik verspricht. Oder man sieht die Normpyramide als festen deutschen Berg, und das Europarecht nicht als Ascheauswurf, sondern als klassische Bilderbuchwolke. Sie alle wissen, was passiert, wenn Wolken vor Gebirgen steigen, dann wird es meistens nass und grau.

Wie lassen sich nun Grundprobleme unseres Themas mit Hilfe der arbeitsrechtlichen Normen- bzw. Rechtsquellenpyramide verdeutlichen? Es geht um rechtliche Klassifikations- und Einordnungsfragen. Zunächst zur Koalitionsfreiheit: Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG und das dazu ergangene Richterrecht, das gehört auf der Gesetzesstufe weit nach oben, Spitzengruppe Verfassung. Wo Compliance einzuordnen ist, weiß ich nicht so recht. Man wird zwischen den Bezugsobjekten der Regelkonformität und den Einhaltungsgelboten zu differenzieren haben. Bei Letzteren wird man zwischen moralischen und rechtlichen Gelboten unterscheiden müssen. Nur rechtliche Regeleinhaltungsgelbote können in der Pyramide arbeitsrechtlicher Gestaltungsfaktoren einen Platz finden. Wo rechtliche Regeleinhaltungsgelbote gegebenenfalls einzuordnen sind, hängt von ihrer jeweiligen Grundlage, insbesondere von den jeweiligen Gelbotssetzern ab. Denkbare Grundlagen sind Gesetz, Richterrecht und Vertrag, wobei man bei „Verträgen“ zwischen Tarifvertrag, Vereinbarungen der Betriebsparteien²⁵ und der Arbeitsvertragsparteien unterscheiden muss. Ihre Wirksamkeit vorausgesetzt, sind die letztgenannten vertraglich begründeten Regeleinhaltungsgelbote wieder auf den drei unteren Stufen der Rechtsquellen- bzw. Normenpyramide einzuordnen. Compliance-Bezugsobjekte sind Gesetze, Verträge, Standards, ethische Gelbote bzw. freiwillige Kodizes, Absichtserklärungen usw. Gesetze gehören auf die Gesetzesebene, Verträge werden von der Normpyramide nur bei bestimmten Vertragspartnern (Tarifvertrags-, Betriebsvereinbarungs- und Arbeitsvertragsparteien) erfasst und sind dann, ihre Wirksamkeit vorausgesetzt, jeweils auf einer der drei unteren Stufen anzusiedeln. Absichtserklärungen und Ideale stellen keine Rechtsquellen im Sinne der arbeitsrechtlichen Normenpyramide dar, bleiben also außen vor. Die geschilderten Klassifikations- und Einordnungsschwierigkeiten sind meines Erachtens Ausdruck ungeklärter rechtlicher Grundfragen von Compliance.

24 *Maties*, Arbeitsrecht, 2009, Kapitel 1 Rn. 31.

25 Der Begriff „Vertrag“ wird an dieser Stelle wegen des Betriebsrats „untechnisch“ verwendet.

Nicht vorenthalten möchte ich Ihnen, dass Herr Kollege *Thüsing* etwas Neues entdeckt hat. Er spricht im Hinblick auf Compliance davon, dass hier ein neues Rechtsgebiet entstehe²⁶. Vielleicht müssen wir also Compliance gar nicht in die arbeitsrechtliche Normpyramide eingliedern, wenn das Compliance-Recht bereits ein neues Rechtsgebiet oder jedenfalls auf dem Wege dahin ist. Freilich habe ich gewisse Zweifel, was die kurzfristige Entstehung von Teilrechtsgebieten mit eigenen Wertungen betrifft. Ich veranstalte in Jena den Deutschen Mediationstag. Im Recht der Mediation gibt es entsprechende Diskussionen. Die erkennbar utopische Züge aufweisende Frühvorstellung, irgendwann sterbe das Recht ab und alles sei nur noch Mediation, ist im Prozess der Institutionalisierung der Mediation aus der Mode gekommen. Stattdessen diskutiert man heute über Eckpunkte und „Prinzipien“ eines Mediationsrechts. Alle Beteiligten sind sich sicher, dass ein Mediationsrecht bereits existiert oder zumindest gerade entsteht. Die Rechtsfragen, die unter dem neuen Etikett des Mediationsrechts diskutiert werden, sind aber ganz klassische zivilrechtliche und zivilprozessrechtliche Fragen. Wir können also davon ausgehen, dass wir arbeitsrechtliche Probleme von Compliance in Zukunft weiter als Arbeitsrechtsfragen diskutieren müssen. Die Frage, wie Compliance in der Pyramide arbeitsrechtlicher Gestaltungsfaktoren zu verorten ist, bleibt daher nach wie vor aktuell.

4. Vorverständnisse

Meine Ausführungen zur Ausgangslage beende ich mit der Benennung zweier persönlicher Vorverständnisse. Vorverständnisse soll man ja offenlegen, um sie der Diskussion zugänglich zu machen.

Erstens: Die Verwendung von Schlagworten in rechtlichen Diskussionen betrachte ich skeptisch, weil Schlagworte in der Sache stets verkürzen. Stammen sie aus anderen Rechtskreisen, kommen zusätzliche Risiken hinzu. Einen „*legal transplant*“ im Sinne von *Alan Watson* stellt Compliance im hier interessierenden Kontext wohl nicht dar. Es geht weniger um einen Rechts- als um einen Begriffsimport, allerdings unterschiedlich gefüllt von den einzelnen Importeuren.

Zweitens zur sogenannten Arbeitskampf-Compliance, die ganz am Ende behandelt wird: Arbeitskampf lässt sich meines Erachtens nicht voll umfänglich domestizieren. Ich zitiere:

Der „Arbeitskampf hat sich geschichtlich gegen die geltenden Gesetze durchgesetzt. ... Regelungsstreitigkeiten ... sollen im freien Spiel der Kräfte ausgetragen werden. ... Gewalt [ist, C.F.] zur Durchsetzung eigener Interessen gestattet.“

26 *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010, Rn. 10.

Diese von mir etwas eigenwillig zusammengestellten Formulierungen stammen nicht aus einem 1970er-Jahre Rotbuch für angehende Sozialrevolutionäre. Sie finden sich in einer, wie ich meine, relativ unverfänglichen Quelle, nämlich im Grundkurs Arbeitsrecht von *Abbo Junker*²⁷. Arbeitskampf ist Kampf, auch wenn man dem Streikposten – um eine Formulierung von *Otto Kahn-Freund* abzuwandeln – einen Compliance-Officer zur Seite stellt.

III. Rechtstheoretische Anmerkungen

1. Recht und „soft law“

Im Zusammenhang mit Compliance ist häufig von *soft law* die Rede. Früher hätte man eher von nicht-rechtsgeschäftlichen Erklärungen bzw. Gentlemen's-Agreements gesprochen. *Soft law* zeichnet sich dadurch aus, dass die Adressaten der Gebote jedenfalls nicht rechtlich gebunden werden. Ist es dann überhaupt Recht? Eine einfache Antwort ist nicht möglich. Das Grundproblem besteht darin, dass der Begriff des Rechts schwer zu bestimmen ist. *Kants* Anmerkung in der Kritik der reinen Vernunft – „Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht“²⁸ – gilt auch über 230 Jahre später noch. Ich nenne nur die Begriffspaare positives Recht oder Naturrecht, Gewohnheitsrecht oder geschriebenes Recht, Gesetzesrecht oder Richterrecht, staatliches Recht oder privates Recht, nationales oder internationales bzw. supranationales Recht usw. Im Normalfall können sich Juristen mit der Arbeitshypothese vom Recht als der Summe der geltenden Rechtsnormen begnügen. Recht sind die vom Gesetzgeber erlassenen und/oder von den Gerichten angewendeten („gerichtsfähigen“) Normen²⁹, mit anderen Worten all das, was vom Staat gesetzt und/oder durchgesetzt wird. Diese Definition ermöglicht die Einbeziehung von Normen, die nicht vom Staat gesetzt, aber von ihm anerkannt werden³⁰. Was ist jetzt das Entscheidende am Recht? Rechtsnormen, die durch staatliche Setzung oder Anerkennung gelten, ist gemein, dass sie mit Zwang durchgesetzt werden können. In seiner Metaphysik der Sitten schreibt schon *Kant*: „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden.“³¹ *Hans Kelsen* meinte: „Als Zwangsordnung unterscheidet sich das Recht von anderen Gesellschaftsordnungen. Das Zwangsmoment ... ist das entscheidende Kriterium.“³² Allein Rechtsnormen werden mittels staatlich organisierten Zwangs gegen den Willen der Betroffenen

27 *Junker* (Fn. 22), Rn. 590 f.

28 *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1998, B 759 Anmerkung.

29 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 53.

30 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 56.

31 *Kant*, Metaphysik der Sitten, in: Weischedel (Hrsg.), *Kant Werkausgabe*, Bd. 8, 1977, B 35.

32 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1960, S. 34 ff.

durchgesetzt. *Rudolf von Jhering*, der Begründer der Interessenjurisprudenz, hat das Recht als die Summe aller in einem staatlich gewährleisteten Zwangsverfahren durchsetzbaren Normen definiert³³:

„Der vom Staat in Vollzug gesetzte Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Zwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet.“³⁴

Soweit Compliance sogenanntes *soft law* darstellt, ist es nach dem gängigen Verständnis kein Recht, im Übrigen schon.

2. Rechtsgeltung und „Rechtstreue“

Recht gilt. Rechtsnormen wirken *per se*. Rechtliche Verhaltensregeln gelten auch dann, wenn sie des Öfteren nicht befolgt werden. In der Rechtstheorie wird zwischen juristischer, faktischer und moralischer Geltung von Rechtsnormen unterschieden. Die juristische Geltung bezeichnet einen allgemeinen Geltungsanspruch, ein an die Adressaten gerichtetes Sollen, die tatsächliche Geltung die Frage, ob und inwieweit eine Rechtsnorm von den Bürgern befolgt wird, und die moralische Geltung die Frage, ob eine Rechtsnorm freiwillig aus Überzeugung von ihrer Richtigkeit beachtet wird³⁵. Man kann insoweit auch zwischen Soll-Geltung, Ist-Geltung und Anerkennungsgeltung unterscheiden³⁶. Diese drei Geltungsarten hängen in konkreten Rechtssystemen funktionell zusammen³⁷. Die allgemeine juristische Geltung einer Norm setzt aber weder deren allgemeine tatsächliche noch deren allgemeine moralische Geltung voraus. So heißt es etwa bei *Alexy* zu den Voraussetzungen der Geltung von Normen:

„Eine ordnungsgemäß gesetzte Norm eines im großen und ganzen sozial wirksamen Rechtssystems verliert ihre rechtliche Geltung nicht schon dann, wenn sie häufig nicht befolgt und ihre Nichtbefolgung nur selten sanktioniert wird.“³⁸

Ausreichend sei eine minimale soziale Wirksamkeit oder Wirksamkeitschance³⁹. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, was mit dem diffusen, im besten Fall germanische Assoziationen weckenden Begriff der Rechtstreue zum Ausdruck gebracht werden soll? Zielt er auf die moralische Überzeugung oder auf die Ist-Geltung? Was heißt Rechtstreue? Geht es um schlichte Normbefolgung oder um den überzeugten Vollzug? Verstehen Sie mich bitte nicht falsch. Ich habe kein Problem mit der Treue, sondern mit der Rechtstreue. Meiner Frau bin ich treu. Aber Straßenver-

33 Hierzu *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 58.

34 *von Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3. Aufl. 1893, S. 322.

35 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 334 ff.

36 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 337.

37 *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 3), Rn. 340.

38 *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 147.

39 Vgl. hierzu auch *Fischer*, *Die tarifwidrigen Betriebsvereinbarungen*, 1998, S. 19.

kehrsordnungsregeln, die befolge ich meist – oder eben auch mal nicht. Dessen ungeachtet gilt die StVO. Vor dem geschilderten Hintergrund sollte man über den Begriff der Rechtstreue meines Erachtens nochmals nachdenken, auch und gerade in der Compliance-Diskussion. Ist eine „Rechtstreueorganisationspflicht“ etwas anderes als eine Normeinhaltungskontrollpflicht? „Rechtstreueorganisationspflichten“ ergeben sich jedenfalls nicht aus der Rechtsgeltung. Der unter einer Überschrift „Anforderung an die Compliance“ zu findende Satz „Die Notwendigkeit zur Einhaltung gesetzlicher Regelungen durch Unternehmen ergibt sich aus dem Grundsatz, dass Gesetze – auch durch juristische Personen – einzuhalten sind“⁴⁰, ist tautologisch. So lässt sich eine allgemeine Compliance-Pflicht nicht plausibel begründen.

IV. Mögliche Grundlagen einer allgemeinen „Compliance-Pflicht“ der arbeitsrechtlichen Koalitionen

Besteht eine Rechtspflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen, ein allgemeines Compliance-System zu errichten? Die Frage ist neu. Die vorhandene Literatur zu Compliance-Pflichten betrifft nahezu ausschließlich Unternehmen, also wirtschaftlich tätige Institutionen. Als mögliche Grundlagen einer allgemeinen Compliance-Pflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen werden im Folgenden das Gesetz, eine Gesetzes- oder Rechtsanalogie, eine entsprechende Verkehrssicherungspflicht bzw. Organisationsverantwortung, der ansonsten drohende Verlust von Privilegien und der Tarifvertrag angesprochen. Ich mache das relativ kurz, da ich ja versprochen habe, den juristischen Bauch des Vortrags etwas einzuziehen.

1. Gesetz

Schon *Harry Westermann* hat sinngemäß gesagt, dass ein Blick ins Gesetz die Rechtsfindung erleichtert. Aus für die arbeitsrechtlichen Koalitionen geltenden Gesetzen wie dem AGG und dem BDSG lassen sich allenfalls spezielle, aber keine allgemeinen Compliance-Pflichten der Verbände herleiten. Die einzige Norm, die man findet, in der eine „Compliance-Funktion“ ausdrücklich zur Pflicht gemacht wird, ist § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG. Diese Vorschrift verpflichtet Wertpapierdienstleistungsunternehmen, „eine dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion einzurichten ..., die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann“⁴¹. Die arbeitsrechtlichen Koalitionen sind keine Wertpapierdienstleistungs-

⁴⁰ [http://de.wikipedia.org/wiki/Compliance_\(BWL\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Compliance_(BWL)) (21.11. 2013).

⁴¹ Seit 1.11. 2007; vorher galt ab 2000 § 33 Abs. 1 Nr. 3 WpHG: „... muß über angemessene interne Kontrollverfahren verfügen, die geeignet sind, Verstößen gegen Verpflichtungen nach diesem Gesetz entgegenzuwirken“.

unternehmen, so dass § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG nicht anwendbar ist, zumindest nicht direkt.

2. Gesetzes- oder Rechtsanalogie

Wer eine allgemeine Compliance-Pflicht der Koalitionen sucht und sie im Gesetz nicht findet, mag geneigt sein, von einer gesetzlichen Regelungslücke auszugehen. Lückensuche, Lückenfeststellung und Lückenschließung fallen bei der Analogie bekanntlich oft zusammen⁴². Als Anknüpfungspunkt für eine Analogie bietet sich vielleicht § 12 Abs. 3 ArbGG oder vor allen Dingen § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG oder auch eine im Unternehmensrecht vertretene Gesamtanalogie bzw. Rechtsanalogie⁴³ zu den §§ 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG, 25a KWG, 64a VAG, 9 GwG und weiteren öffentlich-rechtlichen Normen an.

a) Analogievoraussetzungen

Die allgemeinen Voraussetzungen der Analogie sind vermutlich allen Zuhörern bekannt. Wir brauchen eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage. Bei der planwidrigen Regelungslücke stellt sich die Frage, auf wessen Plan man insoweit abstellen muss. Es gibt Menschen, die sagen, man müsse auf den Plan der Gesamtrechtsordnung abstellen. Aber wer kennt den? Den angeblichen Plan der Gesamtrechtsordnung macht immer der Rechtsanwender, der ihn „feststellt“, tatsächlich aber erst konstruiert. Wegen der Gesetzesbindung kann es nur um den Plan des Gesetzgebers gehen – so jedenfalls meine Überzeugung. Im Zusammenhang mit den zu diskutierenden Analogien ist noch ein weiterer grundsätzlicher Aspekt zu betonen. Man denkt vielleicht im ersten Moment, wenn man viele Gesetze analog heranzieht, ist das besonders überzeugend. Dieser Gedanke ist falsch, weil sie sich bei einer Gesamt- bzw. Rechtsanalogie immer weiter von den gesetzgeberischen Interessenbewertungen entfernen. Deshalb wird im methodischen Schrifttum ein Vorrang der Einzel- vor der Gesamtanalogie propagiert – meines Erachtens zu Recht⁴⁴.

b) Einzelanalogie zu § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG?

§ 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG entspricht inhaltlich und, soweit es die Pflicht zur Einrichtung einer Compliance-Funktion betrifft, sogar wörtlich Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2006/73/EG zur Durchführung der Richtlinie

⁴² Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 3), Rn. 873.

⁴³ Zur Terminologie Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 3), Rn. 891 f.

⁴⁴ Konsequenz des aus der Gesetzesbindung folgenden Gebots möglichst gesetzesnaher Rechtsfortbildung, siehe Fischer (Fn. 1), S. 493 f. mit weiteren Nachweisen.

2004/39 EG, der sogenannten Finanzmarktrichtlinie, konkret deren Art. 13 Abs. 2, die einem vorgelagerten mittelbaren Anlegerschutz dient⁴⁵. In der Richtlinie und in der Gesetzesbegründung werden ausführlich die besonderen Risiken der Wertpapierdienstleistungen betont. Man liest dort sehr Spezielles, das will der Arbeitsrechtler gar nicht verstehen, denkt stattdessen lieber an *Winnetou*, *Scalping* und was da alles zu finden ist. Ich glaube, ich muss das nicht weiter ausführen. Überspitzt formuliert: Dass die arbeitsrechtlichen Koalitionen Anleger oder sonst wen skalpieren, ist nicht zu erwarten. Dieses Risiko besteht nicht. Wir haben mithin jedenfalls keine vergleichbare Interessenlage. Schon deshalb liegen die Analogievoraussetzungen im Hinblick auf § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG nicht vor. Selbstverständlich ist das Fehlen einer Compliance-Organisationspflicht für arbeitsrechtliche Koalitionen im Rahmen des WpHG – gemessen am gesetzgeberischen Regelungskonzept – auch nicht planwidrig.

c) Einzelanalogie zu § 12 AGG?

Gelegentlich hört man, aus § 12 Abs. 3 AGG könne sich als im Einzelfall geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme auch eine Compliance-Pflicht des Arbeitgebers ergeben, was für die vom AGG grundsätzlich erfassten arbeitsrechtlichen Koalitionen entsprechend gelten müsse⁴⁶. Dass diese Annahme trägt, erscheint mir zweifelhaft. Abs. 3 des § 12 AGG zielt auf Maßnahmen gegenüber den benachteiligenden Beschäftigten, und auch § 12 Abs. 1 AGG dürfte als Grundlage einer Normeinhaltungsorganisationspflicht nicht tragen, da die Pflichten des Arbeitgebers im Sinne des § 12 Abs. 1 AGG gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 AGG als erfüllt gelten, wenn er seine Beschäftigten in geeigneter Weise zum Zwecke der Verhinderung von Benachteiligungen geschult hat. Die Frage muss aber nicht abschließend beantwortet werden. § 12 AGG normiert besondere Organisationspflichten zur Bekämpfung und Vermeidung von Benachteiligungen im Sinne des AGG, hat also ebenfalls einen speziellen Regelungskontext. Eine allgemeine Compliance-Pflicht der Koalitionen lässt sich mit einer Analogie zu § 12 AGG mangels vergleichbarer Interessenlage selbst dann nicht begründen, wenn sich aus § 12 AGG tatsächlich spezielle Compliance-Pflichten ergeben sollten. Entsprechendes gilt für etwaige datenschutzrechtliche Compliance-Pflichten.

45 Vgl. BT-Drucks. 16/4028, S. 52 f., 71.

46 Veröffentlicht ist insoweit kaum etwas. Immerhin wird § 12 Abs. 3 AGG als gesetzliche Regelung, die zum Ergreifen von Maßnahmen zur Gewährleistung von Rechtstreue verpflichtet, klassifiziert, siehe Müller (Fn. 5), S. 54.

d) Gesamtanalogie?

Wie sieht es nun mit einer Gesamt- bzw. Rechtsanalogie aus? *Uwe H. Schneider* hat eine Verpflichtung zur Einrichtung einer unternehmensweiten Compliance-Organisation schon 2003 auf eine Rechtsanalogie zu den §§ 25a KWG, 33 WpHG, 91 Abs. 2 AktG, 130 OWiG, 52a Abs. 2 BImSchG, 53 KrW-/AbfG, 14 Abs. 2 GwG in der damals geltenden Fassung gestützt⁴⁷. Da § 91 Abs. 2 AktG nach der Wortfassung allein bestandsgefährdende Entwicklungen betrifft⁴⁸, § 130 Abs. 1 Satz 1 OWiG explizit eine den Inhaber treffende Pflicht, deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, voraussetzt⁴⁹ und einige Spezialnormen mittlerweile anders lauten bzw. hinzugekommen sind, kommt heute eher eine Gesamt- bzw. Rechtsanalogie zu den §§ 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG, 25a KWG, 64a VAG, 9 GwG und weiteren öffentlich-rechtlichen Normen in Betracht. Alle genannten Vorschriften haben einen ausgesprochen branchenspezifischen Charakter. Sie sind kein Ausdruck eines allgemeinen, branchenübergreifenden Prinzips, jedenfalls noch nicht. Selbst im Unternehmensrecht, *pars pro toto* im Aktienrecht, hat sich die von *Schneider* vertretene Rechts- bzw. Gesamtanalogie nicht durchgesetzt⁵⁰. Dafür hat man in diesem konkreten Bereich ja die Legalitätspflicht des Vorstands. Das haben wir im ersten Vortrag schon gehört. Im Übrigen kann man noch ergänzend darauf hinweisen, dass die einzige der genannten Normen, die ausdrücklich eine Compliance-Funktion vorschreibt, § 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG in der seit 1.11. 2007 geltenden Fassung ist. Die anderen Normen sind weniger konkret, fordern ein Risikomanagement mit Institut (§ 25a KWG), ein angemessenes Risikomanagement (§ 64a VAG) bzw. diverse interne Sicherungsmaßnahmen (§ 9 GwG). Warum soll die (Gesamt-) Analogie „besser“ und überzeugender als die bereits abgelehnte Einzelanalogie zu

47 *Uwe H. Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645, 648 f.

48 Entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung verpflichtet die Norm nicht dazu, ein allgemeines Risikomanagementsystem zu errichten, vgl. *Liese*, Much Adoe About Nothing? oder: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, eine Compliance-Organisation zu implementieren?, BB-Spezial 5/2008, 17, 19 m.w.N.

49 Eine allgemeine Einstandspflicht des Inhabers eines Betriebes oder Unternehmens für Verstöße von Mitarbeitern gegen an diese adressierte Rechtspflichten ergibt sich aus § 130 OWiG gerade nicht. Im Übrigen sind die arbeitsrechtlichen Koalitionen keine Betriebe oder Unternehmen. Selbst bei Unternehmen zwingt das OWiG nach vorherrschender Auffassung aber nicht zur Errichtung einer förmlichen Complianceorganisation, s. *Pelz*, in: Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen.

50 *Liese*, Much Adoe About Nothing? oder: Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft verpflichtet, eine Compliance-Organisation zu implementieren?, BB-Spezial 2008, Nr. 5, S. 17 mit weiteren Nachweisen.

§ 33 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG sein, wenn man sich zusätzlich auf mehrere Normen stützt, die allgemeinere Kontroll- und Organisationspflichten enthalten?

3. Verkehrssicherungspflicht bzw. Organisationsverantwortung

Damit komme ich zu dem juristisch vielleicht interessantesten Punkt dieses Vortrags. Ergibt sich eine allgemeine Compliance-Pflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen aus ihrer Verkehrssicherungspflicht bzw. Organisationsverantwortung?

a) Riebles These

Auf diese Idee muss man erst einmal kommen. Ich zitiere die zwei zentralen Sätze des grundlegenden Aufsatzes von *Volker Rieble* aus dem Jahr 2008. Dort heißt es im Zusammenhang mit gewerkschaftlicher Compliance⁵¹:

„Die Rechtstreueverantwortung (Compliance) verlangt von jeder arbeitsteilig agierenden Organisation, dass sie Vorkehrungen zur Regeltreue der eingesetzten „Mitarbeiter“ trifft. Der Sache nach handelt es sich um eine Form der Verkehrssicherungspflicht für die Eröffnung einer Gefahrenquelle.“

Dazu könnte ich jetzt ganz viel sagen, weil ich irrtümlicherweise gedacht habe, man erwarte hier und heute einen extrem tief gehenden rechtswissenschaftlichen Vortrag. Ich fasse mich, wie zu Beginn versprochen, aber kurz.

b) Das gesetzgeberische Konzept

Ausgangspunkt meiner Anmerkungen ist eine Passage⁵² zu Organisationspflichten im Deliktsrecht aus dem lesenswerten Buch über Unternehmensorganisationspflichten von Herrn *Spindler*:

„Obwohl dem historischen Gesetzgeber des BGB bereits die Regelung des französischen und anglo-amerikanischen Rechts zur unbedingten Haftung des Geschäftsherrn für schuldhaft verursachte Schadensverursachung seines Personals (*respondet superior*) vor Augen stand, blieb er entsprechend der vorherrschenden Meinung in der Pandektenwissenschaft im Denken in individueller Schadens- und Schuldverantwortung verhaftet, dem eine generelle Einstandspflicht des Auftraggebers ohne dessen eigene Pflichtverletzung fremd war.“

⁵¹ *Rieble*, NZA 2008, 796, 798.

⁵² *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 689; einführend zur Entstehungsgeschichte der Gehilfenhaftung *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB (MünchKommBGB), Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 831 Rn. 1.

Der deutsche Gesetzgeber hat also bewusst weder eine generelle Einstandspflicht für die Gefahrenquelle „Unternehmen“ in Form einer Betreiberverantwortung eingeführt⁵³, noch eine vom Verschulden des Geschäftsherrn unabhängige Zurechnung von Mitarbeiterverschulden außerhalb von Schuldverhältnissen normiert. Im deliktischen Gesetzesrecht gibt es keine Einstandspflicht für das schuldhaft deliktische Verhalten anderer ohne eigene Pflichtverletzung⁵⁴. Die Annahme einer auf die „Rechtstreue“ der Mitarbeiter zielenden Rechtstreueverantwortung arbeitsteilig agierender Organisationen steht daher im Widerspruch zum „klassischen“ Konzept des BGB-Gesetzgebers.

Das wird Herrn *Rieble* vermutlich nicht sonderlich beeindrucken. Die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten, auch allgemeine Sorgfalts- oder Verkehrspflichten genannt, sind ja bekanntermaßen Richterrecht. Was der Gesetzgeber sich insoweit ursprünglich gedacht hat, spielt hier in der Praxis nicht mehr die entscheidende Rolle.

c) Das Richterrecht der Verkehrssicherungspflichten

Aber entspricht die Annahme *Volker Riebles*, eine Organisation sei allgemein für die Rechtstreue ihrer „Mitarbeiter“ bzw. ihrer Mitglieder verantwortlich, tatsächlich der obergerichtlichen Rechtsprechung zu den Verkehrssicherungspflichten? Existiert wirklich ein Richterrecht, das den Geschäftsherrn, der seine eigenen Rechtspflichten beachtet, deliktisch haften lässt, wenn voll verantwortliche Personen sich aufgrund einer autonomen Entscheidung nicht an für sie geltende normative Vorgaben halten?

Meines Erachtens gibt es ein solches Richterrecht nicht. Es steht außer Frage, dass eine Organisation die sie treffenden Rechtspflichten einhalten und bei Nichteinhaltung gegebenenfalls Schadensersatz leisten muss. Dass eine Organisation nach dem BGH allgemein deliktisch dafür einzustehen hat, wenn ihre Mitglieder und Mitarbeiter die für diese geltenden Rechtspflichten nicht beachten, sehe ich aber nicht. Jedes voll verantwortliche Individuum trägt nach meinem Dafürhalten seine „Rechtstreueverantwortung“ selbst.

Die traditionelle Funktion der allgemeinen Verkehrssicherungspflichten besteht darin, eine Haftung für ein Unterlassen der Sicherung des Verkehrs, also für ein Nichtstun, zu begründen⁵⁵. Was ist die Grundlage der

53 Hierauf weist im Zusammenhang mit Compliance zu Recht hin *Müller* (Fn. 5), S. 63.

54 Letzteren Aspekt betont beispielsweise *Spindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB (BeckOK BGB), Stand 1.11. 2013, § 831 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen.

55 Vgl. etwa *Sprau*, in: *Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl. 2013, § 823 Rn. 45; *Spindler*, in: BeckOK BGB (Fn. 54), § 831 Rn. 23.

allgemeinen Verkehrssicherungspflichten? Sie werden demjenigen richterrechtlich auferlegt, der im Verkehr eine Gefahrenquelle erzeugt oder unterhält. Wer in seinem Verantwortungsbereich eine Gefahrenlage für Dritte schafft oder andauern lässt, muss tun, was erforderlich und ihm zumutbar ist, um die Schädigung Dritter möglichst zu verhindern⁵⁶, oder er haftet. Da es keine allgemeine Rechtspflicht gibt, andere vor Schäden zu bewahren, setzen allgemeine Verkehrssicherungspflichten die Verantwortlichkeit des Pflichtigen für eine bestimmte Gefahrenquelle voraus⁵⁷. Die Konstellationen, die im Laufe der Jahre als relevante Gefahrenquelle angesehen wurden, sind mittlerweile kaum mehr überschaubar. Im *Palandt* werden auf siebeneinhalb Seiten Stichworte aneinandergereiht⁵⁸. Eine „Rechtstreueverantwortung“ arbeitsteilig agierender Organisationen findet sich hier allerdings nicht, auch nicht angedeutet. Im Schrifttum werden meist vier bis fünf große Fallgruppen von Verkehrssicherungspflichten unterschieden. Es geht zunächst um Verkehrssicherungspflichten aus Verkehrseröffnung, also um Straßen, Wege, Gebäude, Schwimmbäder, Friedhöfe, Freizeitanlagen, Hotelanlagen usw. Die zweite Fallgruppe sind Verkehrssicherungspflichten aus Sachbeherrschung, also die Verantwortung für gefährliche Sachen. Sie müssen also Waffen, Kraftfahrzeuge und Baustellen sichern. Die dritte Fallgruppe bilden Verkehrssicherungspflichten aus gefährlichem Beruf und Gewerbe. Man kann auch allgemeiner von der Übernahme einer Pflicht sprechen. Die Reichweite dieser Fallgruppe ist unklar. Die Berechtigung einer allgemeinen deliktischen Berufs- bzw. Übernahmehaftung wird mit guten Gründen in Abrede gestellt⁵⁹. Als vierte Fallgruppe werden noch Verkehrssicherungspflichten aus Inverkehrbringen gefährlicher Sachen oder aus vorangegangenen gefährlichen Taten genannt. Meines Erachtens könnte man mittlerweile auch noch Verkehrssicherungspflichten beim Sport als eigenständige Fallgruppe nennen. Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen den einzelnen Fallgruppen von Verkehrssicherungspflichten ist nicht möglich und auch nicht nötig. Sie sind jedenfalls alle Ausdruck einer bestehenden besonderen Gefahrenquelle.

Vor diesem Hintergrund drängen sich im Hinblick auf die angebliche Rechtstreueorganisationspflicht als Verkehrssicherungspflicht der Organisation verschiedene Fragen auf. Worin besteht hier die relevante Gefahr? Die Gefahr besteht darin, dass voll verantwortliche Personen sich nicht an normative Vorgaben halten, dass sie nicht „rechtstreu“ sind. Schafft die Organisation diese Gefahrenquelle? Stets muss es um eine Erhöhung des allgemeinen Lebensrisikos gerade infolge der vom Pflichtigen eröffneten

56 Sprau, in: *Palandt* (Fn. 55), § 823 Rn. 46.

57 Spindler, in: BeckOK BGB (Fn. 54), § 831 Rn. 225.

58 Sprau, in: *Palandt* (Fn. 55), § 823 Rn. 185 ff., unter der Überschrift „Fallgruppen“.

59 Spindler, in: BeckOK BGB (Fn. 54), § 831 Rn. 231 f.

oder beherrschten Gefahrenquelle gehen⁶⁰. Dann müsste die „Rechtsbruchgefahr“ in Organisationen höher sein als sonst im Leben. Empirische Belege für eine solche Annahme sind mir nicht bekannt. Es fehlt also an der Grundvoraussetzung für die Annahme einer allgemeinen Verkehrssicherungspflicht, an der Verantwortung der Organisation für die Gefahrenquelle „rechtsuntreuer“ Mitarbeiter bzw. Mitglieder. Die Gefahr ist hier der einzelne Mensch, und die Gefahr von Normverstößen ist eine abstrakte Gefahr. Es erscheint mir falsch, den „Mensch als Gefahrenquelle“ als fünfte Fallgruppe neben die geschilderten vier Fallgruppen zu stellen. Die Normbefolgungsverantwortung tragen die Individuen nach unserem freiheitlichen Menschenbild, das ich hier überzeugt zugrunde lege, selbst. Aber verstehen Sie mich bitte nicht falsch. Vertreten kann man vieles. Selbstverständlich ist vertretbar, was Herr *Rieble* vertritt. Die allgemeine Verkehrssicherungspflicht ist so wenig fassbar, dass man da fast alles reinstecken kann, was man will. Ob man das tun sollte, ist eine andere Frage. Den bisher richterrechtlich anerkannten Fallgruppen entspricht die Annahme einer allgemeinen „Rechtstreueverantwortung“ arbeitsteilig agierender Organisationen für ihre Mitarbeiter bzw. Mitglieder jedenfalls nicht. Allerdings kann sich das ändern, auch weil es in diesem Kontext immer auf Verkehrsstandards ankommt. Momentan stellen die Verkehrssicherungspflichten nach meiner Überzeugung aber keine taugliche Grundlage für eine allgemeine Compliance-Pflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen dar. Eine entsprechende allgemeine Organisationsverantwortung tragen das aktuelle Richterrecht der Verkehrssicherungspflichten und die absehbare Rechtsprechungsentwicklung nicht.

Abschließend gebe ich noch den in der neueren Rechtsprechung zu allgemeinen Verkehrssicherungspflichten stets benutzten Textbaustein⁶¹ wieder, weil er den gegenwärtigen Rechtsprechungsstand anschaulich dokumentiert und sich in ihm eher restriktive Tendenzen als eine Ausweitung der Verkehrssicherungspflichten anzudeuten scheinen:

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist derjenige, der eine Gefahrenlage – gleich welcher Art – schafft, grundsätzlich verpflichtet, die notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung anderer möglichst zu verhindern. Die rechtlich gebotene Verkehrssicherung umfasst diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und verständiger, in vernünftigen Grenzen vorsichtiger Mensch für notwendig und ausreichend hält, um andere vor Schäden zu bewahren ... Verkehrssicherungspflichtig ist auch derjenige, der in seinem Verantwortungsbereich eine eingetretene Gefahrenla-

60 *Spindler*, in: BeckOK BGB (Fn. 54), § 831 Rn. 228.

61 BGH 1.10. 2013 – VI ZR 369/12, BeckRS 2013, 19780 Rn. 13-15; BGH 2.10. 2012 – VI ZR 31/11, NJW 2012, 48, 48 f. Rn. 6-8; ähnlich bereits BGH 6.2. 2007 – VI ZR 274/05, NJW 2007, 1683, 1684 Rn. 14-16 mit weiteren Nachweisen.

ge andauern lässt ... Zu berücksichtigen ist jedoch, dass nicht jeder abstrakten Gefahr vorbeugend begegnet werden kann. Ein allgemeines Verbot, andere nicht zu gefährden, wäre utopisch. Eine Verkehrssicherung, die jede Schädigung ausschließt, ist im praktischen Leben nicht erreichbar. Haftungsbegründend wird eine Gefahr erst dann, wenn sich für ein sachkundiges Urteil die naheliegende Möglichkeit ergibt, dass Rechtsgüter anderer verletzt werden. Deshalb muss nicht für alle denkbaren Möglichkeiten eines Schadenseintritts Vorsorge getroffen werden. Es sind vielmehr nur die Vorkehrungen zu treffen, die geeignet sind, die Schädigung anderer tunlichst abzuwenden. Der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt ist genügt, wenn im Ergebnis derjenige Sicherheitsgrad erreicht ist, den die in dem entsprechenden Bereich herrschende Verkehrsauffassung für erforderlich hält. ... Daher reicht es anerkanntermaßen aus, diejenigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die ein verständiger, umsichtiger, vorsichtiger und gewissenhafter Angehöriger der betroffenen Verkehrskreise für ausreichend halten darf, um andere Personen vor Schäden zu bewahren, und die den Umständen nach zuzumuten sind ... Kommt es in Fällen, in denen hiernach keine Schutzmaßnahmen getroffen werden mussten, weil eine Gefährdung anderer zwar nicht völlig ausgeschlossen, aber nur unter besonders eigenartigen und entfernter liegenden Umständen zu befürchten war, ausnahmsweise doch einmal zu einem Schaden, so muss der Geschädigte – so hart dies im Einzelfall sein mag – den Schaden selbst tragen ... Er hat ein „Unglück“ erlitten und kann dem Schädiger kein „Unrecht“ vorhalten ...“.

4. Der Verlust von Privilegien

Damit komme ich noch kurz zu einem Hilfsargument für das Bestehen einer Compliance-Pflicht, und zwar dem sonst drohenden Verlust von Privilegien. Im Flyer und im Vorwort des Programmhefts sind die berufsverbandlichen Steuerprivilegien der arbeitsrechtlichen Koalitionen angesprochen worden. Es geht um die Frage, ob ein faktischer Zwang besteht, ein allgemeines Compliance-System zu errichten, weil man sonst bestehende Privilegien verlieren würde. Denken kann man an den Verlust der Tariffähigkeit und an den Verlust von Steuerprivilegien.

Verlust der Tariffähigkeit wegen fehlender Compliance-Organisation? – die Frage ist meines Erachtens eher theoretisch. Zwar wird in Tarifvertragsgesetzkommentaren darauf hingewiesen, dass die Tariffähigkeit unter anderem die Anerkennung des geltenden staatlichen Tarif-, Schlichtungs- und Arbeitskampfrechts voraussetze⁶². Vereinzelt wird dies auch mit „Rechtstreue“ tituliert⁶³ und aus der Kombination von Leistungsfähigkeit der Verbände und „Rechtstreue-Anforderung“ sogar das Erfordernis

62 Zum Beispiel *Franzen*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK)*, 14. Aufl. 2014, § 2 TVG Rn. 10; *Löwisch/Rieble*, *Tarifvertragsgesetz*, 3. Aufl. 2012, § 2 Rn. 156.

63 *Löwisch/Rieble* (Fn. 62), § 2 vor Rn. 156.

einer Compliance-Organisation für Verbände „herausgelesen“⁶⁴. Mir scheint diese Lesart aber aus verschiedenen Gründen zu gewagt. Es fällt bereits auf, dass die für das Erfordernis der Anerkennung des staatlichen Tarif-, Schlichtungs- und Arbeitskampfrechts genannten Entscheidungen des BAG nur die Anerkennung des geltenden Tarifrechts anführen⁶⁵. Außerdem denkt man bei Rechtstreue an eine allgemeine Rechtsbeachtungspflicht. Selbst die Vertreter einer Compliance-Pflicht für Verbände betonen aber, dass für die Tariffähigkeit Rechtsverstöße ohne Tarifbezug, etwa gegen die Betriebsverfassung, irrelevant seien⁶⁶, nicht jeder einzelne, selbst absichtliche Rechtsverstoß die Zuverlässigkeit entfallen lasse und es bislang in der Praxis noch nie zum Entzug der Tariffähigkeit wegen Rechtsverstößen gekommen sei⁶⁷. Aus dem Erfordernis der Tariffähigkeit ergibt sich also gegenständlich keine allgemeine Rechtsbeachtungspflicht, geschweige denn eine umfassende Rechtstreueorganisationspflicht. Wer im Kampf um einen Tarifvertrag seine Rechtspflichten verletzt, der hat Schadensersatz zu leisten, verliert aber nicht die Tariffähigkeit. In ganz drastischen Fällen mag das anders sein.

Zum Steuerrecht – da befinde ich mich auf ganz dünnem Eis, weil mir diese Materie wenig vertraut ist. Deshalb habe ich fachlichen Rat eingeholt und meine geschätzte Fakultätskollegin *Anna Leisner-Egensperger* um ihre Einschätzung gebeten. Sie hat zu mir gesagt: „Naja, Verlust steuerrechtlicher Privilegien, was soll denn da passieren?“ Zunächst zum Körperschaftssteuerrecht: Die Tarifvertragsparteien sind im Körperschaftsteuergesetz nicht etwa als gemeinnützige Vereinigungen von der Steuer befreit, sondern haben einen eigenen Tatbestand als Berufsverbände (§ 5 Abs. 1 Nr. 5 KStG). Von daher sehe ich nicht, wie die Nichtbeachtung von Rechtsgeboten durch Mitglieder oder Mitarbeiter unmittelbar auf das (Körperschafts-) Steuerrecht durchschlagen soll. Entsprechendes gilt meines Erachtens für das Gemeinnützigkeitsrecht: Das Gemeinnützigkeitsrecht knüpft an die Einhaltung der Rechtsordnung an. Wenn eine allgemeine Compliance-Pflicht bestehen sollte, wenn es eine solche Rechtspflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen gäbe, dann müsste sie eingehalten werden. Ob eine allgemeine Compliance-Pflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen besteht, ist aber gerade die Frage. Besteht nach der (allgemeinen) Rechtsordnung keine rechtliche Compliance-Pflicht für Koalitionen, dann kann ein Verein steuerrechtlich unproblematisch ohne Compliance gemeinnützig sein. Man kann also vom Gemeinnützigkeitsrecht nicht auf das Bestehen einer Compliance-Pflicht und damit auf die Rechtsordnung

64 So *Löwisch/Rieble* (Fn. 62), § 2 Rn. 142, 159 („zwanglos“).

65 Ebenso aus jüngerer Zeit BAG 5.10. 2010 – 1 ABR 88/09, NZA 2011, 300, 302 Rn. 30; BAG 14.12. 2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289, 296 Rn. 67.

66 *Löwisch/Rieble* (Fn. 62), § 2 Rn. 156 am Ende.

67 *Löwisch/Rieble* (Fn. 62), § 2 Rn. 157.

im Übrigen schließen. Aus dem Steuerrecht lässt sich daher keine Compliance-Pflicht der Koalitionen begründen, so auch die Einschätzung der Fachfrau. Ein Verlust von Privilegien droht den Koalitionen ohne Compliance also auch unter diesem Gesichtspunkt nicht.

5. Tarifvertrag

Als letzte mögliche Grundlage einer allgemeinen Compliance-Pflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen erörtere ich den Tarifvertrag. Selbstverständlich können die Tarifvertragsparteien auch eine allgemeine Compliance-Pflicht in dem Sinne vereinbaren, dass eine eigene Compliance-Organisation einzurichten ist. Im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags kann man sich gegenüber der anderen Tarifpartei unproblematisch ausdrücklich zu Compliance-Maßnahmen verpflichten. Ob ein konkreter Tarifvertrag eine allgemeine Compliance-Pflicht der Koalitionen enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln. Die Frage ist, wie konkret die Anhaltspunkte im Tarifvertrag sein müssen. Dass man bei der Andeutung von irgendwelchen Compliance-Erwägungen automatisch sofort im rechtsrelevanten Bereich des schuldrechtlichen Tarifvertrags ist, da habe ich doch gewisse Zweifel, weil Compliance sowohl rechtliche als auch moralische Gebote umfasst (Stichwort: *soft law*). Aus der jedem Tarifvertrag immanenten Durchführungspflicht bzw. der beim Verbandstarifvertrag stets bestehenden Einwirkungspflicht lässt sich eine Pflicht zur Einrichtung einer allgemeinen Compliance-Organisation auch nicht ableiten. Die Tarifvertragsparteien können sich wechselseitig die Einrichtung einer eigenen Compliance-Organisation versprechen. Sie müssen es aber auch tarifvertragsrechtlich nicht.

V. Weitere Aspekte des Themas

Einige weitere Aspekte des Themas kann ich aus Zeitgründen nur „anreißen“.

1. Spezielle „Compliance-Pflichten“

Insoweit kann man trotz § 28 Abs. 9 BDSG auf die §§ 4f, 9 BDSG und auf § 12 Abs. 1, 3 AGG für die Koalitionen als Arbeitgeber und im Übrigen auf §§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 18 AGG verweisen. Ob man etwaige nach diesen Normen bestehende spezielle Organisationspflichten unter dem Etikett „Compliance“ behandeln sollte, oder ob das eher „verunklart“, ist eine andere Frage. Wie ich diese beantworten würde, können Sie sich wahrscheinlich denken.

2. „Arbeitskampf-Compliance“

Entsprechendes gilt für die von *Klumpp* so genannte Arbeitskampf-Compliance⁶⁸. Diskutiert werden unter diesem Etikett ganz überwiegend alte arbeitskampfrechtliche Fragen⁶⁹, also etwa die Frage: Wie sieht es aus mit der Pflicht des Verbands, auf Arbeitskampfteilnehmer einzuwirken, die sich nicht an die allgemeinen Kampfgrenzen halten? Dass man den Flashmob über Compliance-Denken in den Griff bekommt, wage ich zu bezweifeln. Zwar mag man den Aufruf Beliebiger durchaus als besondere Gefahrenquelle im Sinne der Verkehrspflichten einstufen. Das eigentliche Problem ist aber die verfehlte Zulassung streikbegleitender Flashmob-Aktionen als Arbeitskampfmittel durch den ersten Senat des BAG⁷⁰. Bei allem Verständnis dafür, dass man beim Flashmob irgendwie – notfalls durch die Hintertür – noch etwas zu retten versucht, stellt Compliance kein taugliches Instrument zur Rechtsprechungsbereinigung dar. Dass sich rechtmäßige – bzw. vom BAG rechtskräftig für rechtmäßig erklärte – Arbeitskampfmaßnahmen gegenüber „an sich“ einschlägigen Rechtsgeboten durchsetzen, ergibt sich aus der im Hinblick auf Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG richterrechtlich entwickelten Privilegierung des Arbeitskampfs. Soweit diese reicht, besteht die normale „Rechtstreuepflicht“ nicht.

3. Tarifliche Compliance-Vorgaben und Kartellrecht

Es folgt der erste der zwei abschließenden Aspekte, die meines Erachtens nur lose zum Thema passen, weil es nicht um das Bestehen einer Compliance-Pflicht der Verbände, sondern um Rechtsfragen geht, die sich stellen, wenn die Tarifvertragsparteien denn eine Compliance-Regelung getroffen haben. Im Flyer und im Vorwort des Programmhefts heißt es dazu, es werde nicht immer gesehen, dass innovative kollektive Steuerungen des Unternehmerverhaltens in ein verbotenes Kartell umschlagen können. Damit ist die wichtige Frage angesprochen, ob Compliance-Vorgaben der Tarifvertragsparteien einen Kartellrechtsverstoß darstellen können.

Es geht um die Reichweite der Kartellierungsverbote in Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB. Das ist jetzt wirklich nicht meine traditionelle Spielwiese, auf der ich jeden Grashalm, jeden Huckel und jedes Kaninchenloch kenne; von daher galoppiere ich noch etwas schneller über das Terrain hinweg. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Albany⁷¹ wird allgemein so verstanden, dass wirksame Tarifverträge vom Kartellrecht ausgenommen sind – wie man das genau dogmatisch klassifiziert, ist eine an-

68 *Klumpp*, CCZ 2010, 197.

69 Vgl. *Klumpp*, CCZ 2010, 197 ff.

70 Vgl. hierzu beispielsweise außer den bereits genannten Kritiken noch *Rüthers/Höpfner*, Anmerkung zu BAG 22.9. 2009 – 1 AZR 972/08, JZ 2010, 261 ff.

71 EuGH 21.9. 1999 – C-67/96, Slg. 1999, I-5751 (Albany).

dere Frage⁷². Diese ungeschriebene Bereichsausnahme gilt auch für den schuldrechtlichen Teil von Tarifverträgen.

Problematisch wird es im hier interessierenden Kontext nun zum einen, wenn die Tarifvertragsparteien bloße Empfehlungen an ihre Mitglieder in die tariflichen Compliance-Regelungen aufnehmen, etwa dergestalt, nur tarifgebundene oder bestimmte soziale Mindeststandards erfüllende Lieferanten zu wählen⁷³. Die Bereichsausnahme für Tarifverträge greift bei bloßen Empfehlungen der Tarifvertragsparteien nicht, und das Kartellrecht verbietet es, das Marktverhalten von Unternehmen gegenüber vor- oder nachgelagerten Marktstufen zu beeinflussen⁷⁴. Das hat mich alles überzeugt, Herr *Rieble*, was Sie da in der Festschrift Goos auf S. 51 f. geschrieben haben. Ein weiteres Problem taucht auf, wenn die Tarifvertragsparteien die sachlichen oder personellen Grenzen der Tarifmacht, die ihnen gesetzt sind, überschreiten⁷⁵. Wenn sie unwirksame Tarifregelungen treffen, greift die Kartellbereichsausnahme nicht. Zu denken ist insbesondere an schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen über die Arbeitsbedingungen von tariffreien Arbeitnehmern⁷⁶, die man als private Tariftreueregelung diskutieren muss, oder auch unter dem für mich als bürgerlich-rechtlich geprägten Arbeitsrechtler etwas irritierenden, von *Volker Rieble* geschaffenen Etikett „Privative Tariftreue“⁷⁷. In der Sache geht es um die tariflichen und wettbewerbsrechtlichen Grenzen der Tarifmacht – nach meinem Dafürhalten kein spezifisches Compliance-Problem.

4. Compliance und gewerkschaftliche Rechtsberatung

Wie beim gerade besprochenen Punkt handelt es sich bei „Compliance und gewerkschaftlicher Rechtsberatung“ um ein anderes als das von mir ansonsten behandelte Thema, da eine Compliance-Pflicht der Verbände vorausgesetzt wird – so verstehe ich jedenfalls die im Flyer und im Vorwort des Programmhefts im Hinblick auf „Compliance bei Rechtsberatung durch das Kollektiv“ gestellte Frage, ob die Gewerkschaft eine Klage auf eine schlechthin rechtswidrige Betriebsratsamtszulage unterstützen darf. Dazu nur eine Bemerkung aus erkenntnistheoretischer Perspektive: Wer soll denn bitte *a priori* entscheiden, ob ein Klagebegehren schlechthin

72 Vgl. *Löwisch/Rieble* (Fn. 62), § 1 Rn. 956 ff. mit weiteren Nachweisen; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl. 2007, § 1 Rn. 192 f.

73 Beispiel von *Rieble*, Ethikrichtlinien der Tarifparteien, Festschrift Goos, 2009, S. 39, 52.

74 *Rieble*, FS Goos, 2009, S. 39, 51 f. mit weiteren Nachweisen.

75 *Löwisch/Rieble* (Fn. 62), § 1 Rn. 966 ff mit weiteren Nachweisen.

76 Hierzu *Löwisch/Rieble* (Fn. 62), § 1 Rn. 969 ff.; *Serr*, Privative Tariftreue, 2013, S. 56 ff.

77 Eingehend hierzu jetzt *Serr* (Fn. 76).

rechtswidrig ist? Ja, den Zwischenruf habe ich gehört, lieber Herr *Rieble*, danke für den Hinweis auf die Gerichte – aber die gerichtliche Entscheidung haben wir nicht *a priori*, die steht am Ende des Verfahrens, ergeht somit hinterher als Erkenntnis *a posteriori*. Wer soll also *a priori* entscheiden, ob die Gewerkschaft eine Klage auf eine schlechthin rechtswidrige Forderung unterstützt? Die Rechtswidrigkeit steht in der Tat – Sie sehen Herr *Rieble*, wie nah wir beieinander sind – erst mit der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung fest, und das grundsätzlich nur zwischen den Parteien. Unsere Rechtskultur lebt davon, dass man auch – gemessen an der bisherigen Gesetzes- und Rechtsprechungslage – fernliegende Rechtspositionen verfolgt, um eine Veränderung der Beurteilungsmaßstäbe zu erreichen. Ich habe als Junganwalt in einer Alt-68er Sozietät in Berlin in der ersten Hälfte der 1990er Jahre – als amtlich bestellter Vertreter für sich nacheinander auf halbjähriger Weltreise befindende erfahrenere Kollegen – gelegentlich vor Gericht Rechtspositionen vertreten müssen, die mir zunächst peinlich waren, weil ich das Vertretene gemessen an der bisherigen Rechtsprechung und überwiegenden Literatur schlechterdings abwegig fand, und in zwei dieser Fälle zu Rechtsprechungsänderungen beigetragen, die für mich vollständig überraschend kamen. „Schlechthin rechtswidrig“ ist für mich nur eine Rechtsposition, die sich von Rechts wegen nicht rational begründen lässt, für die sich keine rechtlichen Gründe anführen lassen – und vertretbar ist bekanntlich vieles. Dass eine Ansicht im Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung steht, macht sie jedenfalls nicht schlechthin rechtswidrig.

VI. Schlussfolgerungen

Damit komme ich zu meinen Schlussfolgerungen. Ich spreche bewusst nicht von Ergebnissen, um das vorläufige, thesenhafte der folgenden Bemerkungen zu verdeutlichen, entsprechend der Vorbemerkung von unseren Erkenntnissen als dem letzten bzw. aktuellen Stand des möglichen Irrtums.

1. Compliance ist ein ausgesprochen facettenreicher, diffuser Begriff. Bezugspunkte der Einhaltunggebote sind gesetzliche und richterliche Normen, Verhaltensstandards und ethische bzw. moralische Empfehlungen und Selbstverpflichtungen bis hin zu kaum greifbaren Absichtserklärungen.
2. Soweit es bei Compliance um Recht geht, sollten diese Compliance-Aspekte als Rechtsfragen und nicht als Compliance-Fragen diskutiert werden. Sonst besteht die Gefahr, dass außerrechtliche Wertungen als Rechtsgebote ausgegeben werden. Hier sehe ich ein großes freiheitsbedrohendes Risiko der Compliance-Diskussion.

3. Die Compliance-Diskussion bietet im Recht die Chance, mit einem modernen Schlagwort traditionelle verfestigte Rechtsansichten zu hinterfragen, sie nochmals auf den Prüfstand zu bringen. Diese kritische Funktion des Compliance-Arguments sehe ich als kritischer Rationalist positiv. Compliance eröffnet insoweit neue Perspektiven auf klassische Rechtsprobleme, die aber weiterhin nach rechtlichen Maßstäben zu beurteilen sind. Compliance ist keine Rechtsquelle. Aus ihr sprudelt kein neues Recht hervor. Sie ist, wenn man es bildhaft mag, ein „neuer Schlauch für alten Wein“.
4. Es ist nicht auszuschließen, dass die sogenannte Compliance-Kultur mittelfristig Verhaltensstandards in allen Lebensbereichen verändert. Dass man sich das wünschen sollte, bezweifle ich persönlich. Rechtstreueorganisationspflicht lässt sich auch mit Überwachungspflicht übersetzen („Schöne neue Welt/Brave New World“).
5. Eine allgemeine Compliance-Pflicht der arbeitsrechtlichen Koalitionen – verstanden als Rechtspflicht, ein allgemeines Compliance-System zu errichten – besteht gegenwärtig (noch) nicht (anderer Ansicht *Volker Rieble*).
6. Wünschenswert erscheint mir, dass die Tarifvertragsparteien über eine Regelung der Rechtsfragen der Compliance nachdenken. Was die Tarifvertragsparteien sich wechselseitig an Rechtsbefolgungsorganisation versprechen, ist ihre autonome Entscheidung. Auch entsprechende Tarifnormen sind denkbar. Tarifverträgen wird eine Angemessenheitsvermutung zugesprochen. Augenmaß und Beschränkung auf Regelungsnotwendigkeiten sind hier eher zu erwarten als bei anderen Regelungssetzern. Keinesfalls sollten sich die arbeitsrechtlichen Koalitionen von der Compliance-Regelungshysterie mancher arbeitsrechtlicher Akteure anstecken lassen. Überregulierungen sind nie gut – nicht in Unternehmen und auch nicht in Verbänden.

Diskussion

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

Herr *Fischer*, vielen Dank. Sie haben so ziemlich genau das gemacht, wovon ich gehofft habe. Ich hatte gehofft, dass Sie einen kritischen Scheinwerfer auf all diese Compliance-Konstruktionen werfen. Ich kann sofort sagen, wo ich das Feld räume. Erstens: Das Wort „Rechtstreue“ werde ich nicht mehr benutzen. Ich muss auch sagen, dass ich es in der Publizistik benutzt habe, um die Abgrenzung von der gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht vorzunehmen. Im Kern wird man auch im Verbändewesen und im Arbeitsrecht von Legalitätspflicht und Legalitätskontrollpflicht sprechen müssen und dieses Blut-und-Boden-Treuedenken auch begrifflich zu vermeiden suchen. Das ist alles richtig.

Es gibt einen – und dann höre ich auch schon auf, ich will kein Korreferat halten – begrifflichen Dissens. Mir sind all diese ethischen Compliance-Formulierungen zuwider. Ich finde auch Ethikrichtlinien pervers, dass man so etwas macht. Für mich ist Compliance in der Tat die Durchsetzung dessen, was ohnehin gilt, also keine Rechtsaufbauschungsmethode in der Tat freiheitsbeschränkenden Einengung der Privatrechtssubjekte – darum geht es nicht. Aber die Regeln, die gelten, müssen eingehalten werden. Das scheint mir wichtig zu sein und da kann nur der Verkehrssicherungspflichtgedanke helfen. Insofern ist das nicht Stand der Rechtsprechung des BGH. Aus meiner Sicht ist diese Gefahrsteuerungsverantwortung in der Mauerschützenentscheidung des BGH klar hervorgehoben worden. Dort hat der BGH gesagt, dass das Zentralkomitee der SED für jeden einzelnen Mauertoten verantwortlich ist, weil sie das steuern konnten. Ich zitiere das, weil der BGH selbst so boshaft war, in dieser Entscheidung zu sagen: „Das gilt auch für jedes Wirtschaftsunternehmen“. Mauertote und Wirtschaftsunternehmen – das ist nicht meine Gleichsetzung, sondern es ist die Entscheidung des BGH gewesen und von dort aus ist es relativ leicht, weiterzudenken und zu sagen: „Wenn es eine Organisation gibt, in der oben Prozesse gesteuert werden, dann gibt es eine korrespondierende Gefahrenverantwortung.“ Das ist dann für einen zivilrechtlich denkenden Menschen der Schritt zur Verkehrssicherungspflicht nicht so fernliegend. Vielleicht haben Sie aber auch da noch eine Erkenntnis, wie wir den BGH in seine Schranken weisen können und sagen können: „Es bleibt bei dem Grundprinzip. Es ist immer nur der unten, der Einzeltäter, verantwortlich.“ Also der Mauerschütze, der zum Gewehr greift, begeht eine Tötung. *Egon Krenz* und andere haben damit überhaupt gar nichts zu tun. Das ist die spannende Frage. Ich würde in der Tat sagen, die Gewerkschaft, die den Streik organisiert, muss den Streikexzess, die Betriebsbesetzung oder

das Zusammenschlagen von Streikwilligen unterbinden, wenn sie davon Kenntnis hat. Das gebietet ihre Legalitätskontrollpflicht. Die Frage ist: Was muss ich tun? Muss die Gewerkschaft eine Compliance-Organisation unterhalten? Muss sie einen Streikorganisator haben? Wenn die Tarifparteien eine Tarifregelung schaffen, die später von Gerichten als unwirksam qualifiziert wird, gibt es vielleicht eine Rückrufpflicht. Man muss die Mitglieder informieren, bitte wendet Paragraf Soundso nicht mehr an, weil das zu einem Rechtsverstoß führt. Es weiß ja vielleicht nicht jedes Mitglied, wie das BAG entschieden hat. Es geht also nicht darum, in den Verbänden teure Büros von Compliance-Agenten einzurichten, die den ganzen Tag den Hauptgeschäftsführer nerven, sondern es geht letztlich um die Frage, was müssen die Verbände materiell tun.

Professor Dr. Christian Fischer, Friedrich-Schiller-Universität Jena:

Da stimme ich Ihnen in fast allem zu. Die Parallele mit Mauerschützen – also die Gleichsetzung von SED-Institutionen und arbeitsrechtlichen Verbänden – aus Ihrem Mund finde ich allerdings – vorsichtig ausgedrückt – bemerkenswert, obwohl ich schon weiß, was Sie zum Ausdruck bringen wollten. Verbände und SED-Staat, Verbandsspitze und Politbüro, Verbandsmitglieder und Mauerschützen – darüber denke ich noch einmal näher nach. Im Ernst: Mir scheinen da evidente Unterschiede zu bestehen. Ich glaube außerdem nicht, dass man unmittelbar aus strafrechtlichen Verantwortungszuordnungen auf zivilrechtliche Verantwortungen rückschließen kann. Das würde voraussetzen, dass es so etwas wie die Einheit der Rechtsordnung gäbe und dazu sage ich aus rechtstheoretischer Perspektive – denn von der verstehe ich ein bisschen – nur: Die gibt es als etwas fertig Vorgefundenes nicht. Die Einheit der Rechtsordnung macht der Rechtsanwender erst immer, indem er einem von widerstreitenden Rechtssätzen den Vorrang einräumt. Insoweit würde ich mich im Zivilrecht nicht am Strafrecht orientieren. Ob jemand als Täter hinter dem Täter bestraft werden kann, der – mit Willen zur Tatherrschaft – durch Organisationsstrukturen regelhafte Abläufe und faktische Automatismen schafft, das ist doch eine ganz andere Frage als die nach einer Compliance-Organisationspflicht der Koalitionen.

Ansonsten denke ich auch – aber das bestätigt eher meine These –, dass das Compliance-Argument im kollektiven Arbeitsrecht für die Fragestellung, die wir jetzt gerade behandelt haben, in der Tat nur ein neuer Schlauch für alten Wein ist. Die Fragen sind alle schon diskutiert worden. Gibt es Arbeitskampfkontrollpflichten der Verbände? Was müssen die Gewerkschaften vorhalten? Schon in den 1980er Jahren ist das teilweise sehr breit diskutiert worden. Ich habe, wie gesagt, mit dem Compliance-

Argument keine Probleme. Ich kann damit wenig anfangen, weil ich davon wenig verstehe. Als Rechtswissenschaftler übersetze ich wirtschaftliche Topoi in juristische Fragestellungen. Ich würde auch keine Dissertation über Whistleblowing vergeben, sondern eine über Anzeigepflichten des Mitarbeiters. Das ist eine andere Herangehensweise. Mir bringen diese neusprachlichen Schlagworte relativ wenig. Ich weiß, dass man sie aus Marketinggründen braucht, und ich finde es auch in Ordnung, dass man wichtige arbeitsrechtliche Fragen mit der Compliance-Diskussion verknüpft, weil man dann auf einmal auch eine Zuhörerschaft bekommt, die man sonst nicht hätte. Taktisch, Herr *Rieble*, haben Sie alles richtig gemacht. Die Argumentation überzeugt mich trotzdem inhaltlich nicht.

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

Erst einmal ganz herzlichen Dank. Als Rechtsanwender hat man mit den Begrifflichkeiten und den Feinheiten der Begrifflichkeiten weniger zu tun und in einem solchen Vortrag das noch einmal so dezidiert dargestellt zu bekommen, ist schon eine sehr angenehme Abwechslung. Das hat mich auch sehr erfreut. Als Rechtsanwender und dazu relativ einfach gestrickt stelle ich mir immer die Fragen: Wozu braucht man das denn? Haben wir das nicht schon? Diese würde ich allerdings etwas anders beantworten als Sie und habe dazu ein paar Fragen, die sich darum ranken.

Sie haben selber gesagt: Reichen nicht Schuld und Haftung aus, um die Rechtssubjekte dazu zu bringen, das Recht anzuwenden? Dann braucht man kein danebenstehendes ergänzendes Durchsetzungssystem. Aber für bestimmte Fälle reicht es nicht aus und da denke ich zum Beispiel an den Umweltschutz, wo es kein richtiges Opfer gibt. Dort gibt es auch keinen, der klagt. Deswegen muss es etwas geben, was aus objektiver Sicht oder im Innenbereich der Organisation dagegen wirkt, dass auf Kosten der Umwelt Schindluder getrieben wird. So würde ich aber auch hier sagen, dass sich Compliance für Koalitionen doch durchaus begründen lässt. Denn am Ende einer Tarifbewegung steht ein Tarifvertrag, und beide Parteien sind in dieses Boot gezwungen und ein Arbeitgeberverband kann vielleicht auch nach einem Tarifabschluss relativ schlecht noch einmal unschöne Vorfälle während der Tarifbewegung aufarbeiten, weil er auf den Verhandlungspartner Gewerkschaft danach angewiesen ist. Das ist durchaus ähnlich wie bei der Korruption. Beide Parteien sitzen in einem Boot und können die andere Seite nicht angreifen, ohne sich für die Zukunft Probleme zu schaffen. So ist es auch relativ schwer für die Koalitionen, nachdem sie einen Tarifvertrag geschlossen haben, diesen Kompromiss durch Klagen und Repressalien wieder infrage zu stellen. Das auftauchende Problem ist die Unwirksamkeit von Tarifverträgen und da gefällt mir die Ansicht von Ihnen, Professor *Rieble*, dass Sie von *ex tunc*-Unwirk-

samkeit ausgehen. Aus Anwendersicht ist das eine ziemlich unschöne Sache – *ex tunc*-Unwirksamkeit –, aber wenn man das so sieht – nehmen Sie die CGZP-Tarifverträge in der Zeitarbeit, die über einen großen Zeitraum einen großen Schaden verursachen können –, gewinnt doch der Gedanke der Prävention durchaus Charme. Wenn es eine Compliance-Abteilung auf Arbeitgeberverbands- und Gewerkschaftsseite gegeben hätte, hätte es solche Tarifverträge geben können, oder mit dem AGG nicht konforme Tarifverträge: Hinterher bereiten diese ein großes Problem, weil diese Normen in der Anwendung waren und schlecht wieder so einfach beseitigt werden können. Von daher ist Compliance vielleicht auch besser als Haftung, weil Gewerkschaften und teilweise vielleicht auch Arbeitgeberverbände relativ vermögensarme Organisationen sind und für Haftung keinen geeigneten Vorschub leisten können.

Letzter Punkt: Es gibt durchaus so etwas schon, zum Beispiel bei der Gewerkschaft ver.di – Handelssicht wiederum –, da hat die Gewerkschaft, als sie sich aus diesen Quellgewerkschaften zusammengesetzt hat – ich weiß gar nicht, ob es das in anderen Gewerkschaften auch so gibt – diese berühmt-berüchtigte Clearing-Stelle geschaffen. Das ist im Prinzip eine Tarifvertrags-Compliance-Organisation. Jedes Mal, wenn ein Tarifvertrag von ver.di geschlossen wird, muss der Verhandlungsführer vorher das Verhandlungsergebnis bei der Clearing-Stelle einreichen, damit diese prüft, ob Recht und Gesetz und tarifpolitische Grundsätze befolgt und eingehalten sind. Nur dann bekommen die Verhandlungsparteien die Freigabe von dieser Clearing-Stelle. Da könnte man doch sagen: Offensichtlich hat die Gewerkschaft ver.di schon im Vorgriff der Rechtsauffassung von Professor *Rieble* eine Compliance-Stelle geschaffen.

Christian Fischer:

Da bin ich jetzt missverstanden worden. Mein Appell war ja gerade, nicht mit gewagten juristischen Konstruktionen hintenherum durch das Knie über das Haftungsrecht und eine Ausdehnung von Organisationspflichten Verhalten zu steuern, sondern mein Appell bestand darin, dass die Tarifvertragsparteien das in die Hand nehmen sollen. Selbstverständlich können sie das machen, aber das ist deren Sache. Es ist doch nicht meine Aufgabe als Rechtswissenschaftler – darin sehe ich jedenfalls nicht meine Aufgabe –, Tarifvertragsparteien insoweit Empfehlungen zu geben. Diese Frage werden die Tarifvertragsparteien autonom beantworten, und wenn sie das machen, ist das gut. Sie sind dazu berufen. Damit habe ich überhaupt keine Probleme. Das habe ich jetzt aber nicht vorzuschlagen, und ich sehe den Sinn meines künftigen Lebens auch nicht darin, für die Tarifvertragsparteien irgendwelche Compliance-Regeln zu entwickeln. Ich denke, sie können das selbst und sie können das im Zweifel auch besser

als irgendwelche Anwälte, die mit fertigen Musterhandbüchern aus anderen Kontexten neue Regularien aufstellen.

Natürlich können die Tarifvertragsparteien Compliance-Regelungen schaffen. Und wenn sie es machen, ist es gut. Compliance ist ja nichts Schlechtes, da möchte ich nicht missverstanden werden. Was immer Compliance sein mag, ich weiß es nicht so genau, aber dass man auf die Einhaltung von „Rechtstreue“ achtet, das ist – auch wenn der Begriff nicht so schön ist – etwas Positives, das ist wünschenswert. Meine Frage ist eine andere: Soll man, weil man das Richtige und Gute erkannt hat oder erkannt zu haben glaubt, die Tarifvertragsparteien, um die geht es hier, dazu verpflichten, so etwas zu machen, und wenn sie es dann nicht machen, kommen sie wegen der Nichtorganisation in die Haftung? Das scheint mir ein anderes Problem zu sein. Es besteht also überhaupt kein Widerspruch zwischen uns. Ich finde es gut, wenn die Tarifvertragsparteien sich dieser Regelungsmaterie annehmen.

Volker Rieble:

Vielleicht zur Klarstellung noch: Nicht einmal die ganz intensiven Compliance-Vorgaben für Finanzinstitute – also im Versicherungsaufsichtsrecht, Instituteverordnung usw. – definieren, was man ganz konkret an Organisation haben muss. Sie formulieren nur ein prinzipielles Gebot. Deshalb hat Herr *Barst* die Grundvarianten gezeigt: Matrix- und eigenständige Organisation. Das ist im kleinen Unternehmen anders als im großen. Und selbstverständlich hat jeder Arbeitgeberverband und jede Gewerkschaft rechtskundige Menschen, die Tarifrrechtsfragen behandeln können. Ich habe auch Zweifel, ob eine Gewerkschaft, die eine Nullexpertise in Rechtsfragen hätte, vom BAG als tariffähig angesehen würde. Da würde man vielleicht sagen: „Die Anerkennung des staatlichen Tarif- und Arbeitskampfrechts als Tariffähigkeitsvoraussetzung setzt voraus, dass es dort einen Juristen gibt, der das beurteilt.“ Man kann nicht einfach das aus der Hosentasche heraus bedienen. Ich glaube, die Gefahr besteht nicht, dass daraus das Organisations-Compliance-Handbuch mit 483 Seiten und der perfekten Gewerkschafts- oder Arbeitgeberverbandorganisation herauskommt.

Christian Fischer:

Ich glaube schon, dass es Leute gibt, die das gern schreiben würden.

Professor Dr. Achim Seifert, Friedrich-Schiller-Universität Jena:

Ganz herzlichen Dank für den anregenden Vortrag. Ich sehe es genauso wie Du. Auch ich kann mit dem Begriff der Compliance wenig anfangen, und das obwohl ich als Kommentator des § 32 BDSG immer wieder mit diesem Begriff konfrontiert werde. Ich meine auch, dass durch diesen „Newspeak“ letztendlich der Blick auf die harten rechtlichen Fragen verdunkelt werden kann. Das, was wir mit unserer juristischen Begriffsbildung erreicht haben, droht in wachweichen Formulierungen, deren rechtliche Qualität äußerst unklar bleibt, zu diffundieren. Darum würde ich es auch befürworten, wenn Juristen stattdessen wieder stärker auf Rechtsbegriffe zurückgriffen. Ich beschränke mich hier auf das Datenschutzrecht als Beispiel: Es liegt auf der Hand, dass bei unternehmensinternen Ermittlungen („*Investigations*“) natürlich in vielfältiger Weise Persönlichkeitsrechte und andere Grundrechte von Arbeitnehmern betroffen sein können, und genau dort spielt die Musik, wenn wir uns als Juristen über das Machbare und die Grenzen desselben unterhalten möchten. Mit dem Begriff der Compliance, also der unternehmensinternen Organisation von Rechtstreue, ist hier wenig gewonnen. Das ist der erste Punkt, den ich thematisieren möchte.

Mein zweiter Punkt betrifft den rechtstheoretischen Teil Deiner Ausführungen. Ich würde an sie gerne ein Gedankenexperiment anschließen und Dich fragen, wie Du damit umgehen würdest. Du hast natürlich sehr geschickt den *Kantischen* Rechtsbegriff zur Grundlage Deiner Überlegungen genommen und damit das Recht auf Verhaltensregeln beschränkt, die von staatlichen Institutionen geschaffen worden sind. Das kann man so machen, das muss man aber nicht. Insbesondere wenn man von einem weiteren Rechtsbegriff ausgeht, wie ihn namentlich die Theorie des Rechtspluralismus entwickelt hat, und der anerkennt, dass Recht auch jenseits des Staates gesetzt werden kann, etwa durch Verbände oder auch durch (transnationale) Unternehmen. Einer der bekanntesten zeitgenössischen Vertreter der Theorie des Rechtspluralismus ist der Rechtssoziologe *Gunther Teubner*. Er würde die Verhaltenskodizes, „Ethikrichtlinien“ oder Compliance-Richtlinien von Unternehmen als Verhaltensregeln mit rechtlicher Qualität ansehen, obwohl sie nicht von einer staatlichen Instanz gesetzt worden sind. Warum? Sein zentrales Argument im Gefolge von *H.L.A. Hart* ist, dass es in diesen Fällen – jedenfalls zumeist – ähnlich wie im staatlichen Recht zugleich auch sekundäre Normen gibt, welche die Durchsetzung dieser – nennen wir sie einmal – Unternehmensnormen sicherstellen sollen. Meine Frage ist die Folgende: Wenn man diesen weiten Rechtsbegriff der Theorie des Rechtspluralismus anlegt und damit auch die Regeln, die von Unternehmen oder von anderen privaten Akteuren oder Privatrechtssubjekten autonom geschaffen werden wie beispielsweise

Compliance-Regeln, als Rechtsregeln begreift, würden sich dann andere Fragen für Dich stellen? Würde man dann Compliance genauso bewerten müssen, wie Du das getan hast? Wie würdest Du damit umgehen, wenn man den Ansatzpunkt anders wählte als Du es getan hast?

Christian Fischer:

Vielen Dank. Prinzipiell habe ich den Rechtsbegriff offener gehalten. Ich habe mit einem Zitat von *Kant* angefangen und dann pragmatisch abgrenzend gesagt – das machen wir in der *Rütherschen* Rechtstheorie auch so, da sind wir relativ unangreifbar –, man stellt gar nicht auf den Erzeugungsakt ab, sondern auf die Summe der Normen, die vom Gesetzgeber erlassen und/oder von den Gerichten angewendet und vollzogen werden. Das ermöglicht es ohne weiteres, auch private Rechtsetzungsakte einzubeziehen in den Begriff des Rechts. Ich denke aber, dass man bei Compliance sehr genau hinsehen muss. Was sind das für Regeln? Dort werden teilweise bloß gesetzliche Regelungen wiederholt. Das dürfte eine rein deklaratorische Wirkung haben. Dann sind dort vertragsrechtliche Vereinbarungen enthalten, je nachdem, welche Akteure tätig werden. Auch das ist sehr unterschiedlich. Ich hatte vornehmlich die Koalitionen im Blick, aber es sind auch ganz andere Konstellationen denkbar. Da muss man jeweils ganz konkret hinschauen. Ich würde dort schon mit einem positivistischen Ansatz herangehen. Ich würde gucken, welche Rechtsquellen – und dazu zähle ich durchaus auch den Vertrag beziehungsweise Vereinbarungen zwischen Akteuren des Privatlebens – welche Quellen sind rechtsverbindlich, sind rechtlich durchsetzbar. Was davon nicht erfasst ist, würde ich in der Tat als letztlich rechtlich unverbindlich bezeichnen. Man kann natürlich anfangen und rechtskulturell die Entstehung von Gewohnheitsrecht oder sonstige Sachen konstruieren. Da halte ich es mit *Max Weber*. Ich glaube, „echtes“ Gewohnheitsrecht gibt es in modernen Staaten nicht. Gewohnheitsrecht ist in Wirklichkeit immer verkapptes Juristenrecht. Ich will auch nicht verhehlen, dass ich mich etwas schwer tue, mich in den Kopf von Herrn *Teubner* zu versetzen; der ist für mich wahrscheinlich etwas zu groß.

Dr. Axel Schack, Arbeitgeberverband Chemie und verwandte Industrien für das Land Hessen e.V., Wiesbaden:

Die Tarifvertragsparteien setzen Recht, deswegen komme ich jetzt als Rechtstheoretiker von Herrn *Adomeit* auch zu dem prozeduralen Rechtskonzept, das wir die ganze Zeit umsetzen. So sind die Organisationen aufgebaut und ich möchte noch einmal sagen: Nicht dass der falsche Eindruck entsteht, dort sitzt kein Hauptgeschäftsführer oder Gewerkschafts-

vertreter und formuliert einen Tarifvertrag, sondern es sind Tarifkommissionen. Da sind wir bei der Organisationsverantwortung. Das ist tatsächlich etwas, auf das wir achten müssen. Das ist in jeder Satzung eines Arbeitgeberverbands genauso wie in den Statuten der Gewerkschaften niedergelegt. Dieser Rechtsprozess, der dann nach prozeduralen Gesichtspunkten abläuft, wird von vielem beeinflusst. Das ist der Unterschied zur unternehmerischen Handlung. Dort agiert einer; in einem tarifvertraglichen System agieren unterschiedliche Personen. Das macht den großen Unterschied aus. Die Organisationsverantwortung, das hat das BAG schon oft festgestellt, haben die Verbände selber. Die haben wir und die müssen wir selber wahrnehmen. Aber eins finde ich ganz wichtig, das haben Sie gesagt: Wir beschäftigen in den Arbeitgeberverbänden genauso wie in den Gewerkschaften nicht Gärtner, sondern ausgebildete Juristen, die zuerst, bevor etwas in eine tarifvertragliche Verhandlungssituation eingeführt wird, überprüfen, ob das rechtskonform ist oder nicht. Und die deutschen Gesetze, und das sind die, die wir anwenden, sind die wichtigen. Ich bin verheiratet mit einem Compliance-Officer, das sage ich hier, deswegen habe ich die Diskussion schon oft geführt.

Volker Rieble:

Dann stelle ich wegen Zeitmangels nicht mehr die Frage, ob es ein häusliches Compliance-System gibt im Hause *Schack*. Ich bedanke mich sehr herzlich bei Herrn *Fischer*. Sie haben gedacht, Sie laufen hier in ein Widerstandsnest hinein. Das ist aber genau das, was wir brauchen. Wir brauchen den kritischen Blick. Man muss sich aus diesem *Mainstream* von Diskussionen auch einmal danebenstellen und gucken, wie der Fluss so dahintreibt, schauen, welche Leichen an der Oberfläche und auch darunter schwimmen und dann mit einem geklärten Blick auf eine begriffliche, aber auch auf eine denkerische enge Führung hinarbeiten. Dafür – das war meine Idee – haben wir Sie eingeladen und ich finde, Sie haben das ganz toll gemacht! Vielen Dank.

Betriebsratsbegünstigung als Compliance-Problem des Arbeitgebers

Barbara Reinhard

Seite

I. Die Gemengelage.....	74
1. Gesetzliche Grundstruktur.....	74
2. Lebenswirklichkeit und Praxis.....	75
II. Klare gesetzliche Regelung	75
1. Das unentgeltliche Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG)	75
2. Lohnfortzahlung.....	76
III. Das Problem der „anderen Seite“	78
1. Betriebsratsbegünstigung.....	78
2. Steuerhinterziehung	78
3. Untreue.....	78
IV. Fazit	81
Diskussion	82

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Compliance im kollektiven Arbeitsrecht (München 2014), S. 73-81

I. Die Gemengelage

Selten weichen Recht und Rechtswirklichkeit so häufig voneinander ab, wie im Bereich der Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat. Damit ist nicht etwa die häufig vermisste „vertrauensvolle“ Zusammenarbeit gemeint. Es geht vielmehr um die angemessene und rechtskonforme Vergütung und Behandlung von Betriebsratsmitgliedern, die möglicherweise zu vertrauensvoll ausgestaltet wird. Dieses Problem des angemessenen Umgangs mit dem Betriebsrat ist kein neues. Allerdings haben die Abweichungen zwischen Recht und Rechtswirklichkeit unter dem Oberbegriff „Compliance“ für Unternehmen und vor allem deren Organe eine neue Bedeutung erhalten. Während es früher zunächst nur um die Frage ging, wie eng die gesetzlichen Vorgaben im Einzelfall auszulegen sind, geraten die betriebsverfassungsrechtlichen Umgangsformen nun ins Blickfeld der Compliance-Beauftragten. Deren Vorgaben und Kontrollmechanismen zwingen nicht selten zu neuen Abwägungs- und Entscheidungsprozessen.

1. Gesetzliche Grundstruktur

Kommt es zur Frage der angemessenen Behandlung von Betriebsratsmitgliedern, ist die gesetzliche Grundstruktur denkbar klar: Das Betriebsratsamt ist als unentgeltliches Ehrenamt ausgestaltet (§ 37 Abs. 1 BetrVG). Betriebsratsmitglieder dürfen wegen ihrer Betriebsratstätigkeit weder bevorzugt noch benachteiligt werden. Jegliche Behinderung, Benachteiligung oder Begünstigung des Betriebsrats ist als Straftatbestand ausgestaltet (§ 119 BetrVG).

Trotz dieser klaren Vorgaben kann die Subsumption unter den jeweiligen Einzeltatbestand zu Auslegungstreitigkeiten führen. Denn der Gesetzgeber hat mit zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen gearbeitet, die einen Anwendungsspielraum zulassen. So ist eine Arbeitsbefreiung für Betriebsratstätigkeit nur dann zulässig, wenn und soweit diese „*erforderlich*“ ist. Weiter darf Betriebsratstätigkeit auch außerhalb der Arbeitszeit ausgeübt werden, soweit dies aus „*betriebsbedingten Gründen*“ erfolgt. Schließlich soll das Arbeitsentgelt eines Betriebsratsmitglieds nicht geringer ausfallen als das eines „*vergleichbaren*“ Arbeitnehmers; entsprechend ist ein Betriebsratsmitglied mit „*gleichwertigen*“ Tätigkeiten zu beschäftigen. Schließlich hat der Arbeitgeber sicherzustellen, dass eine „*betriebsübliche*“ berufliche Entwicklung nachzuholen ist.

Der Hinweis auf die vorgenannten unbestimmten Rechtsbegriffe vermag gleichwohl ein regelwidriges Verhalten nur schwer zu rechtfertigen. Denn ein vertiefter Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass klare Leitlinien vor-

gegeben sind und eine insoweit gefestigte Rechtsprechung für Rechtssicherheit sorgt.

2. Lebenswirklichkeit und Praxis

So ist das Umsetzungsproblem auch weniger in der Gesetzesauslegung zu suchen, sondern liegt in der Systematik der Mitbestimmung begründet. Sonderregeln für Betriebsratsmitglieder, Forderungen von Betriebsratsmitgliedern und Begünstigungen durch den Arbeitgeber scheinen in der Praxis ein Problem des Kräftespiels der Betriebspartner zu sein. So finden sich im betrieblichen Alltag nicht selten Regelungen zu Zulagen, Zuschlägen oder Sonderurlaub, die allein an die Stellung des Betriebsrats anknüpfen. Entsprechendes gilt für die Gewährung von Dienstwagen, Vertragsverlängerungen oder Sonderschulungen, der Verzicht auf An- und Abmeldekontrollen und Arbeitszeitmitschnitte und schließlich Absprachen zu Bonusberechnungen, die nur auf den ersten Blick eine bloße Umsetzungs-erleichterung darstellen. Sämtliche dieser Regelungen sind Ausdruck des Bemühens der Unternehmen, eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zu praktizieren und Betriebsräte von einer Blockadehaltung abzubringen. Dabei ist eine interessensgerechte Zusammenarbeit und Ausübung der Mitbestimmung auch zum Wohl des Unternehmens sicherlich nicht nur möglich, wenn gegen das Begünstigungsverbot verstoßen wird. Zeitkritische Restrukturierungsmaßnahmen, Mitbestimmungstatbestände in wirtschaftlichen Angelegenheiten, Zustimmungserfordernisse beim Einsatz von Leiharbeitnehmern und ein immer härter werdender Marktwettbewerb sind jedoch der Nährboden, auf dem Begünstigung gedeiht. Die in der Presse diskutierten Verfehlungen großer DAX-Konzerne zeigen, dass die vom Gesetzgeber erwünschte vertrauensvolle Zusammenarbeit offensichtlich häufig nicht ohne eine gewisse finanzielle Beigabe auskommt.

II. Klare gesetzliche Regelung

Wie bereits in der Einleitung kurz angerissen, wird es selten an den gesetzlichen Bestimmungen und ihrer Auslegung durch die Gerichte liegen, wenn es in der Praxis zu Verstößen gegen den Begünstigungstatbestand kommt. Denn die Bestimmungen sind auch im Einzelfall klar umzusetzen.

1. Das unentgeltliche Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG)

Im Mittelpunkt der Organstellung des Betriebsrats steht die Grundnorm zur Ausgestaltung des Betriebsratsamts als unentgeltliches Ehrenamt. Der Gesetzgeber wollte damit eine unparteiische und unabhängige Amtsführung und die innere Unabhängigkeit der Betriebsratsmitglieder sichern¹.

¹ BAG 5.5. 2010 – 7 AZR 728/08, NZA 2010, 1025; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 37 Rn. 7.

Er hat die Unentgeltlichkeit des Amts als wesentliche Voraussetzung angesehen, die betriebliche Mitbestimmung sachgerecht durchzuführen. Aus diesem Grund hält auch die Rechtsprechung den Zweck sehr hoch und übt eine strenge Auslegung und Handhabung dieser Norm. Besonderes Gewicht wird der Regelung durch die Verbotsnorm sowie dem Straftatbestand der §§ 78, 119 BetrVG verliehen.

Auf der Grundlage der genannten Regelungen steht zunächst fest, dass jede besondere Vergütung für die Betriebsratstätigkeit selbst und jede Form der Sonderzahlung, die allein an das Tatbestandsmerkmal der Betriebsratstätigkeit anknüpft, verboten sind. Ein Betriebsrat darf weder unmittelbar noch mittelbar für seine Amtstätigkeit vergütet werden². Daher sind Zulagen für die Betriebsratstätigkeit, zum Beispiel Sitzungsgelder, wie auch Eingruppierungen oder Zuschläge aufgrund der besonderen Anforderungen im Betriebsratsamt ausgeschlossen. Das in der Praxis immer wieder vorgebrachte Argument, ein Betriebsrat, insbesondere ein Betriebsratsvorsitzender oder gar Konzernbetriebsratsvorsitzender, müsse auf „Augenhöhe agieren“, wenn er mit Arbeitgebervertretern am Tisch sitze und müsse daher auch entsprechend entlohnt werden, vermag über den Begünstigungstatbestand nicht hinwegzuhelfen.

Ist die Ausgestaltung des Ehrenamts auf der einen Seite durch das Begünstigungsverbot begrenzt, bildet das Benachteiligungsverbot die Grenze zur anderen Seite. So soll dem Betriebsrat auch kein Nachteil durch die Betriebsratstätigkeit widerfahren. Insbesondere ist ihm Arbeitsbefreiung und Arbeitsentgeltschutz mit Blick auf mögliche negative Konsequenzen der Betriebsratstätigkeit zu gewähren (§ 37 Abs. 2, 4 BetrVG). Weiter ist der Betriebsrat für sämtliche Sonderaufwendungen und Kosten zu entschädigen; die Kosten der Betriebsratstätigkeit trägt allein der Arbeitgeber (§ 40 BetrVG). Zudem darf sich aus der Betriebsratstätigkeit auch keine mittelbare Benachteiligung – etwa bei der Berücksichtigung der Dauer von Betriebszugehörigkeits- und Einsatzzeiten, beim weiteren beruflichen Fortkommen und der finanziellen Lohnentwicklung – ergeben. Damit hat es aber auch ein Ende.

2. Lohnfortzahlung

Sofern es um die Lohnfortzahlung während der Betriebsratstätigkeit geht, ist das Benachteiligungsverbot dahingehend konkretisiert, dass einem Betriebsratsmitglied dasjenige Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist, das er ohne die Wahrnehmung der Betriebsratstätigkeit erhalten hätte (Lohnausfallprinzip). Dieses Lohnausfallprinzip gilt nicht nur für das ausgefallene

2 Rieble, Die Betriebsratsvergütung, NZA 2008, 276; umfassende Aufzählung von Praxisbeispielen bei Moll/Roebers, Pauschale Zahlungen an Betriebsräte?, NZA 2012, 57.

Grundentgelt, sondern bezieht auch Überstundenvergütungen, Sachleistungen und sonstige Zulagen mit ein, die der Arbeitgeber dem Betriebsrat für die Arbeitsleistung schuldete, wenn dieser nicht der Betriebsratstätigkeit nachgegangen wäre, sondern gearbeitet hätte. Die Lohnfortzahlung umfasst daher auch leistungsbezogene Entgeltbestandteile wie Boni, Provisionen oder Prämien. Eine feine Grenze ist dort zu ziehen, wo dem Arbeitnehmer keine im Synallagma stehende Vergütung zukommt, sondern ein konkreter Mehraufwand entschädigt wird. Dies ist etwa bei einer Schmutzzulage zur Entschädigung für die Kosten der Reinigung von Arbeitskleidung der Fall; macht ein Betriebsrat sich nicht mehr die Hände beziehungsweise die Kleidung schmutzig, bedarf es auch keiner Aufwandsentschädigung³.

Ergänzend zum Lohnausfallprinzip greift der Grundsatz, dass die Lohnentwicklung der Betriebsratsmitglieder derjenigen vergleichbarer Arbeitnehmer entsprechen muss. An dieser Stelle ergibt sich zwar wiederum ein Wertungsspielraum; dieser ist jedoch mit praktischen Erwägungen gut auszufüllen. Sofern auf die vergleichbaren Arbeitnehmer abzustellen ist, geht es um diejenigen im selben Betrieb, die eine im Wesentlichen gleich qualifizierte Tätigkeit wie das Betriebsratsmitglied ausgeübt haben sowie eine persönlich und fachlich vergleichbare Qualifikation aufweisen. Nach der Rechtsprechung des BAG ist dieser Vergleich zum Zeitpunkt der Wahl zum Betriebsratsmitglied anzustellen⁴. Denn nur zu diesem Zeitpunkt ist insofern eine echte Vergleichbarkeit herzustellen, als eine vorübergehende oder dauerhafte Betriebsratstätigkeit noch nicht zu einer abweichenden Entwicklung geführt hat.

Unternehmen kann insofern nur geraten werden, zu Beginn der Wahlperiode für jedes Betriebsratsmitglied eine Gruppe vergleichbarer Arbeitnehmer festzulegen und anhand dieser Gruppe die Lohnentwicklung über die nächsten Jahre nachzuvollziehen. Dieses Nachvollziehen ist so umzusetzen, dass auf die „betriebsübliche“ Entwicklung abzustellen ist, das heißt, es ist auf die Entwicklung der vergleichbaren Arbeitnehmer abzustellen, welche diese bei Berücksichtigung der *normalen* betrieblichen und personellen Entwicklung in beruflicher Hinsicht genommen haben („Normalfall“). Insofern kann dem Betriebsratsmitglied allein aufgrund des Vergleichs zu einer bestimmten Arbeitnehmergruppe nicht eine individuelle Beförderung eines vergleichbaren Arbeitnehmers zuteil werden, die auf dessen besonderen Einzelleistungen beruht und persönlich auf ihn zugeschnitten ist oder auf eine hypothetische Entwicklung des Betriebsratsmitglieds selbst abstellt. Entscheidend ist vielmehr die allgemeine Entwicklung der Vergleichsgruppe.

3 BAG 5.4. 2000 – 7 AZR 213/99, NZA 2000, 1174.

4 BAG 19.1. 2005 – 7 AZR 208/04, AuA 2005, 436.

III. Das Problem der „anderen Seite“

Sofern die Rechtsauslegung hinreichend klar ist, stellt sich aufseiten der Unternehmen unmittelbar die Frage, wann Vorstand oder Geschäftsführung schuldhaft Legalitätspflichten verletzen oder, um es auf Neudeutsch auszudrücken, in welchen Fällen kein compliance-gerechtes Verhalten mehr vorliegt und welche Rechtsfolgen drohen⁵.

Da der Gesetzgeber spezifische Straftatbestände im Betriebsverfassungsgesetz ausdrücklich geregelt hat und darüber hinaus weitere allgemeine Tatbestände in Betracht kommen, ergibt sich ein bunter Katalog verschiedener Prüfungsansätze.

1. Betriebsratsbegünstigung

In Betracht kommt zunächst der schon angesprochene Spezialtatbestand der Betriebsratsbegünstigung nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Dieser spielt in der Praxis jedoch eine eher unbedeutende Rolle, da es sich um ein Antragsdelikt handelt. Der Antrag kann vonseiten des Arbeitgebers, des Betriebsrats oder einer Gewerkschaft gestellt werden. Da Begünstigender und Begünstigungsempfänger in der Praxis als Antragsteller schon ausscheiden und auch eine Gewerkschaft kein Interesse daran haben dürfte, die Mitglieder des jeweiligen „Betriebspartners“ an den Pranger zu stellen, gilt hier in der Regel der schöne Satz: „*Wo kein Kläger, da kein Richter*“.

2. Steuerhinterziehung

Ein weiterer Prüfungsansatz findet sich im Steuerrecht⁶. Da die Sonderausgaben für die Begünstigung des Betriebsrats in der Steuererklärung häufig als Betriebsausgaben deklariert werden, kann der Straftatbestand der Steuerhinterziehung nach § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO erfüllt sein. Die nicht geschuldeten, ja sogar rechtswidrigen Begünstigungszahlungen unterliegen nach § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG dem Betriebsausgabenabzugsverbot. Der Straftatbestand der Steuerhinterziehung ist kein Antragsdelikt. Theoretisch kann daher bei jeder Steuerprüfung dieser Tatbestand zum Tragen kommen.

3. Untreue

Schließlich kommt ein gewichtiger Vermögensdeliktstatbestand in Betracht, nämlich der der Untreue nach § 266 StGB. Auch hier handelt es

5 *Dzida/Mehrens*, Straf- und haftungsrechtliche Risiken im Umgang mit dem Betriebsrat, NZA 2013, 753.

6 *Rieble*, NZA 2008, 276; *Dzida/Mehrens*, NZA 2013, 753.

sich nicht um ein Antragsdelikt, so dass Verfolgungsrisiken deutlich erhöht sind.

Vorstand und Geschäftsführung können ihre Vermögensbetreuungspflicht aufgrund der unrechtmäßigen Betriebsratszuwendungen verletzen. Der Tatbestand ist in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in prominenten Verfahren bereits ausführlich diskutiert worden. Der Prüfungsansatz liegt daran, dass den Organen einer Gesellschaft eine spezifische Vermögensbetreuungspflicht zukommt. Sofern Zahlungen an einen Betriebsrat erbracht werden, die im Gesetz keinen Rechtsgrund finden, ja sogar eine rechtswidrige Begünstigung darstellen können, wird der Gesellschaft möglicherweise ein Vermögensnachteil zugefügt. In der bekannten Mannesmann/Vodafone-Entscheidung hat der BGH am 21.12. 2005 hierzu ausgeführt:

„Bewilligt der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft für eine erbrachte dienstvertraglich geschuldete Leistung einem Vorstandsmitglied nachträglich eine zuvor im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung, die ausschließlich belohnenden Charakter hat und dem Unternehmen keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringt (kompensationslose Anerkennungsprämie), liegt hierin eine treupflichtwidrige Schädigung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens.“⁷

Während es in diesem Fall um eine Sonderzahlung an ein Vorstandsmitglied ging, fällt es nicht schwer, die vorgenannten Ausführungen auf den Tatbestand der Begünstigung eines Betriebsratsmitglieds zu übertragen. So dürfte jedenfalls relativ einfach zu bejahen sein, dass Sonderleistungen an ein Betriebsratsmitglied nicht vereinbarte und gesetzlich nicht geschuldete Sonderzahlungen mit belohnendem Charakter sind. Zwar mag man darüber diskutieren, inwiefern diese Zahlung dem Unternehmen einen zukunftsbezogenen Nutzen bringt, denn ihr Leistungszweck liegt ja gerade darin, den Betriebsrat zu einem Handeln im Sinne des Unternehmens zu motivieren.

Auch mit dieser Frage hat sich der BGH bereits in der „VW-Affäre“ beschäftigt und eine klare Entscheidung zugunsten des Rechts und zulasten der Rechtswirklichkeit getroffen. So hat der BGH entschieden, dass ein „Wohllwollen“ eines Betriebsrats keinen kompensationsbegründenden Vermögensvorteil im Sinne des § 266 StGB darstelle⁸. Von der täglichen Praxis möglicherweise im Einzelfall weit entfernt, im Sinne des rechts- und regelkonformen Verhaltens aber dankenswert klar, hat der BGH zur Begründung weiter ausgeführt, ein Betriebsrat sei bereits kraft Gesetzes zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber – und zwar zu einer Zusammenarbeit zum Wohl auch des Betriebs – gehalten, soweit er betriebsverfassungsrechtliche Aufgaben wahrzunehmen habe. Ein darüber

7 BGH 21.12. 2005 – 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331.

8 BGH 17.9. 2009 – 5 StR 521/08, BGHSt 54, 148.

hinausgehendes „übersteigertes Wohlwollen“ unter Verletzung möglicher Arbeitnehmerinteressen könne sodann nur noch als sittenwidriges Ziel gewertet werden und einen Vermögensnachteil nicht rechtskonform kompensieren.

Für einen die Grenzen der Begünstigung überschreitenden Vorstand oder einen Geschäftsführer bleibt der Ausweg aus dem Untreuetatbestand dann nur noch über die Frage, ab welcher Erheblichkeitsschwelle die Vermögensbetreuungspflicht straftatrelevant verletzt wird. Während in früheren Urteilen ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal im Untreuetatbestand dahingehend gefordert wurde, dass die erforderliche Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht bei unternehmerischen Entscheidungen eines Gesellschaftsorgans „gravierend“ sein müsse, hat der BGH in der zitierten Mannesmann/Vodafone-Entscheidung ein solches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ausdrücklich abgelehnt.

Allerdings steht in dieser Hinsicht das BVerfG den Gesellschaftsorganen als Heilsbringer an der Seite, als es eine restriktive und präzisierende Auslegung des Vermögenstreuetatbestands fordert. Hintergrund der Entscheidung des BVerfG sind Angriffe auf die hinreichende Bestimmtheit des Tatbestands des § 266 StGB. Bisher hat das BVerfG eine Verletzung des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 Abs. 2 GG zwar regelmäßig abgelehnt. Das Bestimmtheitsgebot verlangt, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass die Normadressaten im Regelfall anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht. Dies fällt bei einem Blick auf den gesetzlichen Tatbestand des § 266 StGB tatsächlich schwer. Allerdings hat das BVerfG dem Gesetzgeber zugestanden, dass dieser in der Lage bleiben muss, der Vielgestaltigkeit des Lebens begegnen zu können; auch dem Strafgesetzgeber steht es daher zu, mit wertausfüllungsbedürftigen Begriffen und Ermessenstatbeständen zu arbeiten, soweit und solange eben eine restriktive und präzisierende Auslegung möglich ist. Zu § 266 StGB hat das BVerfG den ordentlichen Gerichten jedoch die Vorgabe gemacht, den Untreuetatbestand auf die Fälle eines klaren und deutlichen (evidenten) pflichtwidrigen Handelns zu beschränken, Wertungswidersprüche zur Ausgestaltung spezifischer Sanktionsregelungen zu vermeiden und den Charakter des Untreuetatbestands als Vermögensdelikt zu bewahren⁹.

Schaut man sich Folgeentscheidungen des BGH an, so ergibt sich hier noch nicht das Bild einer gebannten Gefahr. Zwar wurde mit Urteil vom 13.9.2010 (Siemens/Wahlbeeinflussung)¹⁰ eine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht abgelehnt; die Begründung stützt sich aber darauf, dass der spezifischen Norm des § 119 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG der unzulässigen

⁹ BVerfG 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, BVerfGE 126, 170.

¹⁰ BGH 13.9.2010 – 1 StR 220/09, BGHSt 55, 288.

Wahlbeeinflussung keine vermögensschützende Wirkung zugesprochen werden könne. Insofern erübrigten sich weitere Ausführungen zur Frage einer gravierenden Vermögensbetreuungspflichtverletzung. Dagegen hat der BGH in seiner Parteispendenentscheidung vom 13.4. 2011¹¹ bereits die Vorgaben in einer Satzung einer Partei als hinreichend spezifische Ausgestaltung einer Vermögensbetreuungspflicht angesehen und deren Verletzung als hinreichenden Ansatzpunkt für die Begründung des Untreuetatbestands bejaht. Es ist insofern nicht ausgeschlossen, über die spezifischen Organisations- und Aufsichtspflichten der Organe einer Gesellschaft (§§ 76 ff. AktG, § 43 GmbHG) einen Ansatzpunkt zu finden, der zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht taugt. Mit Blick auf die obigen Ausführungen zur klaren Rechtslage der Betriebsratsbegünstigung ist der Schritt konsequent, im Fall einer solchen Begünstigung von einem evident pflichtwidrigen Verhalten auszugehen. Stellt sich die Rechtslage als klar dar, ist ein Verstoß gegen diese auch als eindeutig und gegebenenfalls sogar als gravierend zu bezeichnen. Die Vorgaben des BVerfG stehen daher der Erfüllung des Untreuetatbestands nach § 266 StGB im Umgang mit dem Betriebsrat keineswegs entgegen.

IV. Fazit

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das in der Praxis beobachtete Auseinanderfallen von Recht und Rechtswirklichkeit – oder, um es nicht verschönend zu bezeichnen, die klare Verletzung von Betriebsverfassungsnormen – nicht nur abstrakt eine Verletzung von Legalitätspflichten der Organe juristischer Personen begründet. Aufgrund der sich aus der Organstellung ergebenden Compliance-Pflichten, das heißt der Legalitäts-, Aufsichts- und Organisationspflichten, droht aus der gefühlten Lappalie der Betriebsratsbegünstigung ein Straftatbestand zu werden. Zwar vermag die Feststellung dieser Gefahr mit Blick auf das systemimmanente Ungleichgewicht von Arbeitgeber und Betriebsrat nicht unmittelbar weiterzuhelfen. Insbesondere hebt die bloße Feststellung der Rechts- und Regelwidrigkeit das Verhandlungsdilemma nicht auf. Diese Situation ist aber nicht grundlegend anders als diejenige, in der sich vermeintlich der berühmte Vertriebsmitarbeiter befindet, der aufgrund des Marktdrucks und Wettbewerbs meint, nur mit Sonderzuwendungen sein Geschäft vernünftig umsetzen zu können. So kann die Abwehr unberechtigter Forderungen eines Betriebsrats und die Einstellung lang geübter Praktiken leichter fallen, wenn das hieraus folgende Risiko unzweifelhaft dargelegt werden kann. So mag man – wie bei Siemens den Vertriebsmitarbeitern – den Organen zurufen: Nur Mut zur Lücke! Und vielleicht stellt sich ja dann sogar eine vertrauensvolle Zusammenarbeit ein.

11 BGH 13.4. 2011 – 1 StR 94/10, BGHSt 56, 203.

Diskussion

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

Ganz herzlichen Dank, liebe Frau *Reinhard*. Sie sind der Vielgestaltigkeit des Lebens mit Sicherheit begegnet und das Ganze noch auf allerhöchstem Niveau, dafür sind wir Ihnen sehr dankbar. Ich darf die Diskussion eröffnen.

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

Ich habe, ehrlich gesagt, in den letzten Wochen das Problem so gar nicht richtig verstanden, warum auf einmal und warum überhaupt die Leute sich darüber aufregen. Heute Morgen fiel der Begriff „Betriebsrat als Compliance-Hindernis“, eben war die Rede von „sperrigen Betriebsräten“. Es gibt den Spruch: „Jedes Unternehmen bekommt den Betriebsrat, den es verdient“. Wenn ein Unternehmen verantwortungsvoll mit Mitarbeitern und Betriebsräten umgeht, vertrauensvoll zusammenarbeitet, rechtzeitig, frühzeitig und umfassend informiert, glauben Sie, dass es in einem solchen Unternehmen überhaupt eine Notwendigkeit gäbe, sich Betriebsräte mit hohen Vergütungen gefügig zu machen?

Dr. Barbara Reinhard, Kliemt & Vollstädt, Frankfurt am Main:

Erstens: Ein vernünftig agierendes Unternehmen, ein vernünftig agierender Arbeitgeber, der transparent ist, der informiert, der redet, der kommuniziert kann gleichwohl nicht verhindern, dass die von mir benannten schwarzen Schafe oder Ausreißer auch einmal in den Betriebsrat gewählt werden oder dort die eine oder andere vernünftige Person eine Entwicklung nimmt, die auch nicht vorhersehbar war. Deshalb kann ich als Unternehmen es nicht verhindern, dass die Dinge in die falsche Richtung laufen und Forderungen gestellt werden.

Zweitens: Ich halte es für geradezu menschlich, dass ein Betriebsrat – ich komme noch einmal zu dem Beispiel –, der 20 Jahre als Konzernbetriebsratsvorsitzender in einem Großkonzern unterwegs ist, sich nicht mehr fühlt wie der Mitarbeiter am Band. Das ist die ganze Diskussion dazu. Müssen wir eigentlich etwas ändern? Müssen wir das Problem einfach einmal offen angehen? Gibt es andere Lösungen als die, die das Gesetz sich hier überlegt hat? Das Ehrenamtsprinzip und die Unparteilichkeit und die Unabhängigkeit sind extrem wichtig, und ich würde sie hochhalten. Gleichwohl ist doch nicht ausgeschlossen, dass jemand, der plötzlich

in einer 60-Stunden-Woche aktiv ist, anders behandelt werden müsste, könnte, als er noch behandelt würde, wenn er die normale Arbeitnehmerkarriere nimmt. Und wenn ich sage: „Das ist menschlich“, dann heißt es nicht, dass ein Arbeitgeber darauf eingehen muss. Man spricht immer so schön von der Kindererziehung und so müsste man auch mit Betriebsräten umgehen – ich glaube, dass manche Unternehmen auch einmal ein bisschen mutiger sein und sich dem entgegensetzen sollten. Aber ich bekomme damit nicht jedes Problem eingefangen.

Jan Lessner-Sturm:

Ich meine, die Diskussion haben wir auch bei Korruption: Wenn Sie ein schlechtes Produkt haben, müssen Sie bestechen, um Ihre Waren noch irgendwie auf den Markt zu bekommen. Wenn Sie ein gutes Produkt haben, haben Sie vielleicht auch schwarze Schafe, die das nicht kaufen wollen, aber Sie finden dann genügend andere Käufer.

Barbara Reinhard:

Das ist doch ein wunderbares Beispiel, das gute oder das schlechte Produkt. Ist ein Personalabbau von 500 Mitarbeitern ein gutes oder ein schlechtes Produkt? Kann ich daran etwas ändern? Nein. Ich kann als Arbeitgeber bestimmte Botschaften überhaupt nicht verändern. Aus gut verstandener Arbeitnehmersicht, und wenn ich die Interessen der Arbeitnehmer vertrete, sind es schlechte Produkte und schlechte Botschaften. Es gibt Betriebsräte, die agieren an der Stelle – ich formuliere es noch einmal – menschlich.

Richard Giesen:

Um dort einmal einzugreifen: Ich denke, wir sprechen über zwei rechtspolitische Fragen. Das eine ist das Koppelungsrisiko, das wir im Betriebsratsamt angelegt haben. Deswegen glaube ich persönlich, es ist nicht ein Problem der schwarzen Schafe, sondern wir haben – vor allen Dingen in der Automobilindustrie – dieses Problem, weil wir eine arbeitsteilige kapitalintensive Wirtschaft haben, in der der Betriebsrat ein hohes Eingriffspotenzial darstellt, welches schon der Natur der Sache nach gern einmal gesteuert werden wird aus Unternehmenssicht. Das ist das eine strukturelle Problem. Das ist die Gefährdungslage.

Das zweite strukturelle Problem haben Sie auch genannt, dass ist die im Vergleich zum gewöhnlichen Anforderungsprofil wahrscheinlich etwas höhere Qualität der Betriebsratsarbeit, wie wir sie auch aus dem Bundes-

tag kennen. Es gibt viele Lehrer im Bundestag, die mehr Geld bekommen, weil sie im Bundestag sitzen, als wenn sie weiter in der Schule unterrichten. Das sind die zwei strukturellen Probleme, auf die wir eventuell eine rechtspolitische Antwort finden müssen.

Ich bin erst einmal davon beeindruckt, dass Sie die Ausgangslage hier so geschildert haben. Haben Sie eine rechtspolitische Meinung zu diesen zwei Punkten, die Sie beide gerade entwickelt haben? Hätten Sie einen Rat für den neuen Bundestag?

Barbara Reinhard:

Ratschlag zu Fall Nr. 1: Das ist eine Fantasie, die ich habe, von der ich träume: heraus aus der Unternehmensmitbestimmung, was bestimmte betriebliche Mitbestimmungstatbestände angeht, Begrenzung der betrieblichen Mitbestimmung. Dies könnte ergänzt werden, durch einen großen Katalog von Wünschen. Ich finde es schon bemerkenswert, dass ich ein Betriebsratsmitglied außerordentlich nur kündigen kann, wenn eine abschließend rechtskräftige Entscheidung zur Zustimmungsersetzung vorliegt, und ich finde es genauso bemerkenswert, dass ich im Katalog des § 106 BetrVG und des § 111 BetrVG in stark unternehmensgesteuerten Maßnahmen den Betriebsrat zu 100 % mit an Bord habe und ihm als Unternehmen ausgeliefert bin, jedenfalls im Bereich von § 111 BetrVG. Wie gesagt – Wunschdenken.

Wunschdenken Nr. 2 – nein, da bin ich nicht beim Wunschdenken. Was die zweite Struktur angeht, dazu habe ich auch eine Meinung: Ja, ich würde das Problem offen angehen. Herr *Bauer* hat das vor drei Wochen einmal bei einer Hamburger Veranstaltung so formuliert, Betriebsratsvorsitzende müssten wie Personalvorstände vergütet werden. Das sehe ich ein bisschen anders. Aber ja: Ein Hauptfunktionär darf auch anders vergütet werden.

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

Zunächst einmal großes Kompliment für Dein Referat. Es war wirklich spannend, und es ist für mich immer wieder sehr interessant zu sehen, dass in Österreich zwar die Suppe oft ähnlich heiß gekocht wird wie in Deutschland, aber fast nie so heiß gegessen. Die gesetzlichen Grundlagen sind bei uns ähnlich, also das Beschränkungsbenachteiligungs- aber auch Bevorzugungsverbot gibt es. Es ist nicht strafbewehrt. Wir haben eine Bestimmung gegen die Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung, aber wir haben natürlich auch eine Untreuebestimmung, die sich vom deut-

schen § 266 StGB – den ich auch ein bisschen kenne, weil ich mich mit Mannesmann sehr eingehend beschäftigt habe – doch unterscheidet. Bei uns ist wissentlicher Befugnismissbrauch verlangt, und wir haben nicht diesen zweigeteilten Tatbestand.

Was die Ehrenamtlichkeit betrifft, geht es in Österreich noch weiter, denn bei uns ist sogar die Tätigkeit als Belegschaftsvertreter im Aufsichtsrat zwingend ehrenamtlich. Ich bin gerade in Österreich am Versuchen, anhand der Bankenbranche eine Diskussion darüber vom Zaun zu brechen, ob das zeitgemäß ist. Denn Kreditinstitute unterliegen verschärften Regeln und seit kurzem noch stärker, weil jetzt auch noch unsere Finanzmarktaufsicht *fit & proper*-Tests für alle Aufsichtsräte in Umsetzung dieser *fit & proper guidelines* der europäischen Bankenaufsicht durchführt, das in einem Rundschreiben ausdrücklich gesagt hat: „Bei Arbeitnehmervertretern, auch wenn sie freigestellt sind, wird die Qualifikation vermutet“ – vermutet wohlgemerkt –, „und es gibt keinen *fit & proper*-Test“ – was ich für gesetzwidrig halte. Aber es ist der typisch österreichische Weg – wie hat sich jemand ausgedrückt: Sozialpartnerschaft durch Wegschauen. Es gibt keine sondergesetzlichen Regelungen, die für Betriebsratsmitglieder im Aufsichtsrat geringere Qualifikationen in Österreich vorschreiben. Man wollte eben nur nicht anstreifen, weil die Konsequenz letztlich ist, dass die Finanzmarktaufsicht einer Bank im Extremfall auch die Konzession entziehen könnte, wenn die Aufsichtsratsmitglieder nicht ausreichend qualifiziert sind, und sie würde dann in die Autonomie des entsendenden Belegschaftsorgans eingreifen, was sie *de lege lata* meines Erachtens aber in Österreich zumindest ab 1.1. 2014 tun dürfte.

Bei der Ehrenamtlichkeit kann man das natürlich diskutieren. Im Aufsichtsrat halte ich das dann vielleicht wirklich nicht für ganz zeitgemäß. Aber was schon interessant ist und wo ich eigentlich ein bisschen Besorgnis habe: das Strafrecht als Keule, um Sachverhalte zu erfassen, die man früher zumindest unter strafrechtlichen Gesichtspunkten nicht gesehen hat. Das ist nicht unproblematisch, und ich glaube, dieses Bevorzugungsverbot ist ein ganz gutes Beispiel. Es ist interessant, dass in Deutschland zumindest das Bewusstsein stärker ausgeprägt ist, dass es nicht das erste Mal am BVerfG war, die Frage der Bestimmtheit des § 266 StGB zu überprüfen. Das ist bei unserer Untreue letztlich ähnlich. Man merkt es insofern bei der Kredituntreue. Von klar und vorherdeterminiert kann nicht weit die Rede sein. Ich glaube, dass die Sachverhalte, die es hier gibt, mit der Untreue zu erfassen, schon problematisch ist, vor allem glaube ich, dass nach österreichischem Verständnis es zumindest deshalb keine Untreue wäre, weil einfach der Schädigungsvorsatz fehlt. Das wäre bei uns, glaube ich, unter Strafrechtlern relativ klar. Früher dachte ich, es sei auch in Deutschland klar, aber seit dieser Schwarze Kassen-Entscheidung wird offensichtlich die Abgrenzung zwischen Bestechung und Untreue irgend-

wie aufgeweicht, weil ein Vorstand, der jemanden besticht, das Unternehmen eigentlich nicht schädigen will, sondern einen Vorteil für das Unternehmen erwirken möchte. Der ist zwar zivilrechtlich nicht kompensationsfähig – das ist völlig richtig. Genauso will der Vorstand, der dem Betriebsrat etwas mehr zahlt, das Unternehmen sicher nicht schädigen. Daher ist das, glaube ich, keine Untreue. Ob es Bestechung ist, hängt wohl davon ab, ob der Betriebsrat die Qualifikation hat, die für das deutsche Bestechungsrecht maßgebend ist – damit kenne ich mich zu wenig aus. Wenn man das so nimmt, ist der Fall Adler wohl eine lupenreine Untreue. Dafür gibt es zumindest aus Österreich sicher Beifall, weil das doch dieser garstige Mensch ist, der unsere Frau *Ederer* aus dem Vorstand gemobbt haben soll. So gesehen, wäre es vielleicht einen Versuch wert.

Richard Giesen:

Ich darf noch einmal anschließen an die zwei Strukturprobleme, Kopplungsrisiken und unterwertige Bezahlung: Ließe sich so etwas mit Compliance-Regeln machen? Dass man zum Beispiel sagt: „Wir müssen prinzipiell andere Leute mit dem Betriebsrat verhandeln lassen, als diejenigen, die später über seine Bezahlung entscheiden“ oder „Wir wollen Kopplungsrisiken ausschließen, indem wir andere Leute verhandeln lassen über das Thema Urlaubsregelung und andere über die Frage der betrieblichen Altersversorgung.“ Sehen Sie in so etwas einen Sinn oder ist das Unsinn?

Barbara Reinhard:

So scharf hätte ich es jetzt nicht formuliert und es nicht als Unsinn bezeichnet: Es klingt vielleicht auf dem Papier ganz wunderbar, aber die Leute reden doch miteinander. Und derjenige, der in der Verhandlung sitzt und über Urlaub oder Bonussysteme verhandelt oder der den Interessenausgleich zu verhandeln hat, muss ja nicht dieselbe Person sein – und in großen Konzernen auch schon gar nicht mehr – wie diejenige, die am Ende die Vergütungsentscheidung trifft. Das hilft kein bisschen weiter.

Volker Rieble:

Ich habe zwei Fragen. Die erste Frage ist: Wie ist es mit der Arbeitszeit für Betriebsräte? Es gibt Unternehmen wie Opel, die einfach alle Betriebsräte voll freistellen, ohne dass ein Erforderlichkeitsnachweis oder irgendetwas vorliegt. Wie bewerten Sie das? Gibt es dort *money for nothing*? Ist das ok? Und muss der Arbeitgeber womöglich auch sehen, ob die Betriebsräte in der Freistellungszeit auch Freistellung leisten. Stichwort: Fall Bell bei

Daimler. Er hatte seine Frau ins andere Werk gefahren und das auf Betriebsratsfreistellungsticket abgefrühstückt. Das ist die erste Frage.

Die zweite Frage: Ein Anwalt hat einmal empört darauf hingewiesen, dass er einen Sozialplan zur Kenntnis genommen habe, bei dem es einen Härtefallfonds gab, den aber der Betriebsrat selbst verteilen durfte – unbeaufsichtigt, was dazu geführt hat, dass alle Betriebsratsmitglieder schwere Härtefälle gewesen sind und sonst niemand. Ist das vielleicht ein gutes Modell für den Arbeitgeber, dass er treuherzig die Augen aufschlägt und sagt: „Ich gebe dem Betriebsrat das Geld, ich will aus Datenschutzgründen gar nicht wissen, welche alleinerziehende Schwerbehinderte beim Sozialplan irgendetwas bekommen hat und ich vertraue auf die reinen Herzen?“ Dass der Arbeitgeber sich praktisch abkoppelt vom Zahlungsfluss und die Selbstbedienung ermöglicht.

Barbara Reinhard:

Herr Professor *Rieble*, wenn Sie Fragen stellen, weiß ich immer schon, dass Sie Antworten im Kopf haben. Ich habe auch das Gefühl, dass Sie in eine bestimmte Richtung zielen. Ich hoffe, ich schlage jetzt die richtige Richtung ein.

Erster Punkt: Arbeitszeit. Ja, ich habe es nur am Rande auf den Folien erwähnt. Was ist eigentlich mit der Arbeitszeitkontrolle, bezogen auf die Betriebsratsstätigkeit? Da gibt es eine jüngere Entscheidung des BAG, in der noch einmal ganz klar gesagt wurde: „Der bloße Umstand, dass ich als Arbeitgeber nicht genau hineinsehen darf in die Betriebsratsstätigkeit, heißt nicht, dass der Betriebsrat sich nicht ab- und anzumelden hat, damit man die Kontrolle hat über die Lohnausfallperiode.“ Das kann man kombinieren mit den von Ihnen angesprochenen Themen der Vollfreistellung für alle und der sonstigen Kontrolle. Was ist angemessen und erforderlich? Auch da bewege ich mich im Bereich der Begünstigung. Der Gesetzgeber hat eine klare Staffel vorgegeben. Ich kann von der Staffel aus bestimmten sachlichen Gründen angemessen abweichen, aber das heißt nicht: Augen zu und durch, Vollfreistellung für alles. Klare Aussage.

Der zweite Ansatz: Ich mache die Augen zu und jemand wird es schon richten. Und wenn ich nicht hinsehe, mache ich auch nichts falsch. Ich glaube, da sind wir vollständig in der Compliance-Thematik. Das funktioniert nicht. Das funktioniert sowohl dann nicht, wenn ich auf bestimmten Hierarchien Aufgaben nach unten delegiere und sage: „Jetzt geht mich das nichts mehr an und ich schaue nicht mehr genau hin.“ Und es funktioniert auch nicht, wenn ich sage: „Lieber Betriebsrat, mach doch selbst.“ Das könnte man beim Sozialplan auch noch damit kombinieren, dass man sagt: „Du hast ein bestimmtes Budget, ich weiß wie teuer das ist, sich

einen Betriebsrat zu halten, bitte verteile Du den Lohn an die entsprechenden Betriebsratsmitglieder.“ Das wäre genauso fehlerhaft. Auch da klare Aussage: Wenn ich zu viel Geld und Freiraum gebe, ist das für mich auch eine Form der Begünstigung.

Richard Giesen:

Ganz herzlichen Dank. Damit dürfen wir für diesen Teil der Veranstaltung schließen und sofort anschließen mit Herrn Dr. *Sittard*, der passenderweise, nachdem wir die Qualifikation – auch die materielle des Betriebsrats – gerade hervorgehoben haben, zum Thema sprechen wird „Der Betriebsrat als Compliance-Agent oder Compliance-Verhinderer?“

Der Betriebsrat als Compliance-Agent oder Compliance-Verhinderer? – Die Rolle des Betriebsrats bei Internal Investigations, Arbeitnehmerüberlassung und Lohnmitbestimmung*

Ulrich Sittard

Seite

I. Einleitung: § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG als arbeitspolizeiliche Ermächtigungsgrundlage?	91
1. Umfang der Kontrollrechte des Betriebsrats	92
2. Rechtsfolge der Kontrollrechte und Schranken des Betriebsrats.....	93
3. Zwischenergebnis	96
II. Die Rolle des Betriebsrats im Rahmen von Internal Investigations	97
1. Konkrete Ermittlungsmaßnahmen und Mitbestimmungsrechte.....	97
a) E-Mail-Screening und E-Mail-Review	97
b) Auswertung sonstiger elektronischer Daten (beispielsweise elektronische Datenbanken).....	98
c) Auswertung von Papierakten	99
d) Mitarbeiterinterviews	100
e) Amnestie-Programme	101
f) Final Report	102
2. Rechtsfolgen bei Missachtung von Mitbestimmungsrechten ...	102
3. Fazit	103
III. Der Betriebsrat als „Arbeitspolizei“ am Beispiel der Arbeitnehmerüberlassung	104
1. Verstöße gegen das Equal-Pay-Prinzip (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG).....	104
2. Verbot der nicht vorübergehenden Leiharbeit	105
3. Fazit	107

* Der Verfasser dankt den Wissenschaftlichen Mitarbeitern der Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer Dr. *Patrick Flockenhaus* und *Merle Sassen* für die Unterstützung bei der Vorbereitung des Vortrags bei der 5. ZAAR-Tagung am 22.11. 2013.

IV. Der Betriebsrat als „Tarifpolizei“ am Beispiel der Tarifpluralität.....	107
1. Kompetenzen des Betriebsrats bei der Tarifierstellung im	
tarifgebundenen Betrieb	107
2. Kompetenzen des Betriebsrats bei der Tarifierstellung im	
tariflosen Betrieb.....	110
V. Schlussthesen.....	112
Diskussion	115

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Compliance im kollektiven Arbeitsrecht (München 2014), S. 89-114

Das Phänomen „Compliance“ hat in den vergangenen Jahren auch im Bereich des Arbeitsrechts immer größere Bedeutung erhalten. Hierbei stellen sich in der Praxis häufig Fragen nach der Beteiligung verschiedener Betriebsratsgremien. Letztlich geht es um die Problematik, welche Rolle der Betriebsrat in der Compliance-Diskussion spielt: Wo darf er mitreden? Wo darf er mitbestimmen? Hiermit sind im Kern Rechtsfragen angesprochen, nämlich, wo stehen Betriebsräten Unterrichts-, Konsultations- oder gar Mitbestimmungsrechte zu, wenn der Arbeitgeber Compliance-Maßnahmen plant, vorbereitet, oder durchführt? Diese Rechte könnte der Betriebsrat nutzen, um die unternehmensinterne Compliance zu fördern – dann Compliance-Agent – oder sie zu behindern – dann Compliance-Verhinderer. Eng damit verknüpft ist die Frage, ob der Betriebsrat eine Art betriebsinterne Arbeitspolizei ist, also ob ihm die Rolle zukommt, etwaige Rechtsverstöße aufzuklären und gegebenenfalls zu sanktionieren.

Der nachfolgende Beitrag wird sich dabei zunächst einleitend mit der Thematik auseinandersetzen, auf welcher allgemeinen Rechtsgrundlage der Betriebsrat bei Compliance-Maßnahmen tätig werden kann. Es wird – um den polizeirechtlichen Duktus aufzugreifen – eine allgemeine „Ermächtigungsgrundlage“ für eine „Arbeitspolizei Betriebsrat“ gesucht. Darüber hinaus wird an drei Praxisbeispielen dargestellt, welche konkreten Mitbestimmungsrechte dem Betriebsrat in Compliance-nahen Themen zustehen. Der Anfang soll hier mit den Beteiligungsrechten des Betriebsrats bei sogenannten *Internal Investigations*, also unternehmensinternen Ermittlungsmaßnahmen – ein klassisches Compliance-Thema – gemacht werden. Weiterhin wird untersucht, inwieweit der Betriebsrat eine Art „Arbeitspolizei“ im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung ist. Zudem wird die Frage gestellt, ob dem Betriebsrat aufgrund der geänderten BAG-Rechtsprechung zur Tarifpluralität im Betrieb¹, eine Rolle als „Tarifpolizei“ zukommt. Die beiden letztgenannten Themen sind zwar weniger typische Problemfelder in der Compliance-Diskussion, was aber einzig und allein damit zusammenhängt, dass beispielsweise der Begriff der „Tarifrechts-Compliance“ – ob zu Recht oder zu Unrecht – bislang nicht gängig ist.

I. Einleitung: § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG als arbeitspolizeiliche Ermächtigungsgrundlage?

Wenn man sich fragt, auf welcher Grundlage der Betriebsrat eine Art „Arbeitspolizei“ oder Compliance-Agent sein könnte, so stößt man schnell auf § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Dieser lautet:

¹ BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08, NZA 2010, 1068.

Abs. 1: Der Betriebsrat hat folgende allgemeine Aufgaben:

1. Darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden.

1. Umfang der Kontrollrechte des Betriebsrats

Was folgt aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nach herrschender Auffassung? Zunächst, dass die aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG abzuleitende Überwachungsaufgabe den Betriebsrat nicht zu einem dem Arbeitgeber übergeordneten Kontrollorgan macht². Zudem wird im Schrifttum betont, dass die Überwachungsaufgabe nicht von der Regelverletzung des Arbeitgebers abhängt, sondern der Betriebsrat – wie auch die Polizei nach den jeweiligen Landespolizeigesetzen³ – vorbeugend tätig werden kann⁴. Ob und wann er von der Befugnis zur Überwachung Gebrauch macht, bestimmt der Betriebsrat selbst unter Berücksichtigung der Umstände und mit dem Maßstab eines „ordentlichen und gewissenhaften Betriebsrats“.

Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Betriebsrat eine „Arbeitspolizei“ ist, kommt es entscheidend darauf an, welche geltenden Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften der Überwachung durch den Betriebsrat unterliegen. In diesem Punkt ist sich das arbeitsrechtliche Schrifttum einig, dass von dieser Überwachungskompetenz sämtliche Rechtsvorschriften erfasst werden, die sich zugunsten der Arbeitnehmer auswirken können⁵. Dies erfasst zunächst alle arbeitsrechtlichen Schutzgesetze, nach Auffassung des BAG zum Beispiel auch das Nachweisgesetz sowie das gesamte AGB-Recht⁶. Zudem sollen auch das BDSG, das vom Arbeitgeber einzuhaltende Sozialversicherungsrecht und das Lohnsteuerrecht der Überwachungskompetenz unterliegen. Darüber hinaus soll der Betriebsrat zuständig sein für die Überwachung der Einhaltung von Tarifverträgen. Dies soll unabhängig davon gelten, auf welcher Grundlage (sei es kollektivrechtlich oder individualrechtlich) die Geltung der Tarifverträge begrün-

-
- 2 BAG 11.7. 1972 – 1 ABR 2/72, AP Nr. 1 zu § 80 BetrVG 1972; *Kania*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht (ErfK), 14. Aufl. 2014, § 80 BetrVG Rn. 3; *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl. 2012, § 80 BetrVG Rn. 16.
 - 3 Vgl. zum Beispiel § 1 Abs. 1 PolG NRW.
 - 4 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier*, Betriebsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2012, § 80 BetrVG Rn. 5; *Schrader*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl. 2012, § 80 BetrVG Rn. 18; *Koch*, in: *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 15. Aufl. 2013, § 233 Rn. 2.
 - 5 *Kania*, in: ErfK (Fn. 2), § 80 BetrVG Rn. 3; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinge/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 6; *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 2), § 80 BetrVG Rn. 5; *Koch*, in: *Schaub* (Fn. 4), § 233 Rn. 2.
 - 6 BAG 16.11. 2005 – 7 ABR 12/05, AP Nr. 64 zu § 80 BetrVG 1972.

det ist. Laut *Fitting* soll sich diese Überprüfungscompetenz des Betriebsrats sogar auf die Vereinbarkeit der Tarifverträge mit höherrangigem Recht beziehen⁷. Sollte man dies für richtig halten – was meines Erachtens äußerst zweifelhaft ist –, wäre der Betriebsrat hier eine „Arbeitspolizei“ mit Normverwerfungscompetenz. Dies ginge – das sei nur angemerkt – weit über typische polizeirechtliche Kompetenzen hinaus. Der Kommentierung im *Fitting*⁸ lässt sich darüber hinaus ein weiterer interessanter Gegenstand der betriebsverfassungsrechtlichen Überwachungscompetenz entnehmen: Danach soll der Betriebsrat zuständig sein für die Überwachung der „Einhaltung der einheitlichen Regelung von Arbeitsbedingungen durch Abschluss gleichlautender Arbeitsverträge wegen Gleichbehandlung“. Auch dies ist kritisch zu hinterfragen, wird doch ein Rechtsgrundsatz aufgestellt, den es nach herrschender Meinung überhaupt nicht gibt, so dass auch seine Überwachung nicht in die Kompetenz des Betriebsrats fallen kann.

2. Rechtsfolge der Kontrollrechte und Schranken des Betriebsrats

Was sind die Rechtsfolgen, wenn der Betriebsrat von seiner Überwachungscompetenz aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG Gebrauch macht? Nach der Rechtsprechung des BAG folgt aus dem Überwachungsrecht kein Anspruch des Betriebsrats auf Unterlassung der beanstandeten Maßnahme⁹. Aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG resultiert darüber hinaus kein zusätzliches Mitbestimmungsrecht. Der Betriebsrat ist – so die Formulierung in der Rechtsprechung des BAG – darauf beschränkt, „Rechtsverstöße zu beanstanden und auf Abhilfe zu drängen“¹⁰.

Entscheidende Rechtsfolge der Überwachungscompetenz ist das umfassende Unterrichtsrecht des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG. Dieses besteht allerdings nicht unbeschränkt. Für einen Unterrichtsanspruch muss der Betriebsrat vielmehr einen Grund für die Unterrichtung darlegen können¹¹. Allerdings reicht hier schon eine gewisse Wahrscheinlichkeit einer Aufgabe des Betriebsrats, die im Zusammenhang mit der

7 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 11.

8 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 12.

9 BAG 17.5. 2011 – 1 ABR 121/09, AP Nr. 73 zu § 80 BetrVG 1972.

10 Vgl. BAG 28.5. 2002 – 1 ABR 32/01, AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

11 BAG 15.12. 1998 – 1 ABR 9/98, AP Nr. 56 zu § 80 BetrVG 1972; vgl. außerdem BAG 5.2. 1991 – 1 ABR 32/90, AP Nr. 89 zu § 613a BGB, wonach der Betriebsrat eine Auskunft nicht allein deshalb verlangen kann, weil sie ihn „sachkundiger macht“; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 52; *Schrader*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 64 f.

Maßnahme besteht, hinsichtlich derer der Betriebsrat Unterrichtung verlangt. Um auch hier im Duktus des Polizeirechts zu bleiben, könnte man von einer Art „Anfangsverdacht“ sprechen, der erforderlich ist, damit der Betriebsrat einen Unterrichtsanspruch geltend machen kann¹².

Das BAG schränkt den Unterrichtsanspruch nach § 80 Abs. 2 BetrVG aber noch in einem weiteren entscheidenden Punkt ein: In Anlehnung an den Wortlaut von § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG nimmt das BAG nur dann ein Unterrichtsrecht des Betriebsrats an, wenn es um die *Durchführung* von Gesetzen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen geht. Nach Auffassung des BAG sind aber nur Ge- und Verbote *durchzuführen*¹³. Deshalb soll ein Unterrichtsrecht nur bestehen, wenn ein arbeitgeberseitiger Verstoß gegen ein Ge- oder Verbot anzunehmen ist. Dies sei – so das BAG – nicht der Fall, wenn die Rechtsfolge eines Rechtsverstoßes für den Arbeitnehmer allein günstig sei. Das hat das BAG konkret hinsichtlich einer unwirksamen Befristung entschieden, denn hier ist Rechtsfolge des Rechtsverstoßes gegen das Befristungsrecht ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, das für den Arbeitnehmer regelmäßig günstig sei. Überträgt man dies auf Verstöße des Arbeitgebers gegen das AGB-Recht, so muss Gleiches gelten: Auch Verstöße gegen AGB-Vorschriften (sei es gegen § 307 BGB oder gegen die speziellen Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB) wirken sich für den Arbeitnehmer im Endeffekt nur positiv aus. Entweder wird eine AGB-widrige Klausel schon nicht Vertragsgegenstand oder sie wird zugunsten des Arbeitnehmers ausgelegt. Für die Praxis folgt daraus – und dies ist durchaus ein häufiger Streitpunkt –, dass einem Betriebsrat über § 80 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 80 Abs. 2 BetrVG kein Kontrollrecht hinsichtlich der Arbeitsvertragsbedingungen im Allgemeinen zusteht. Die Kontrolle der Standardarbeitsverträge durch den Betriebsrat findet im BetrVG keine Grundlage¹⁴.

Weiterhin muss man sich mit den Schranken des Überwachungsrechts beziehungsweise des Unterrichtsanspruchs nach § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG beschäftigen.

Eine Schranke ergibt sich aus § 77 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, wonach dem Betriebsrat Eingriffe in die Leitung des Betriebs nicht gestattet sind. Weiterhin ergeben sich Einschränkungen aus dem Gebot der vertrauensvollen

12 Rieble, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2014, § 80 BetrVG Rn. 14.

13 BAG 27.10. 2010 – 7 ABR 86/09, NZA 2011, 418.

14 Thüsing, in: Richardi (Fn. 2), § 80 BetrVG Rn. 14; Weber, in: Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz (GK-BetrVG), 10. Aufl. 2014, § 80 BetrVG Rn. 19; vgl. auch BAG 21.10. 2003 – 1 ABR 39/02, AP Nr. 62 zu § 80 BetrVG 1972.

Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG¹⁵. Anders als in vielen anderen Konstellationen führt das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit hier zu konkreten Rechtsfolgen: Im Anwendungsbereich von § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG führt das Gebot nämlich zu einem Vorrang der innerbetrieblichen Klärung¹⁶. Daraus ist zu folgern, dass der Betriebsrat bei von ihm vermuteten oder sogar positiv festgestellten Verstößen gegen Gesetze zunächst innerbetrieblich auf Abhilfe drängen muss, das heißt, den Arbeitgeber zur Beseitigung des Rechtsverstoßes auffordern muss. Die Einschaltung externer Behörden ist ihm grundsätzlich untersagt. Eine Einschaltung von Behörden kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die innerbetriebliche Klärung gescheitert ist, der Arbeitgeber also trotz Abhilfeersuchen des Betriebsrats keine Maßnahmen zur Herstellung eines rechtmäßigen Zustands ergriffen hat. Richtigerweise wird man ein Recht des Betriebsrats zur Einschaltung externer Behörden überhaupt nur annehmen dürfen, wenn die Verstöße des Arbeitgebers sich auf Arbeitsschutz- und Unfallverhütungsvorschriften beziehen, also die Rechtsverstöße mit einer Gefahr für Leben, Leib und Gesundheit der Arbeitnehmer in Zusammenhang stehen.

Eine weitere Schranke von § 80 BetrVG wird im Allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot gesehen¹⁷. Praktische Konsequenzen aus dieser Schranke lassen sich allerdings nur in Ausnahmefällen konstruieren. Man könnte sich allenfalls vorstellen, dass der Betriebsrat sich gegenüber dem Arbeitgeber nicht ohne weiteres auf die Rechtswidrigkeit einer mit ihm geschlossenen Betriebsvereinbarung berufen darf.

Von besonderer Bedeutung ist, dass der Arbeitgeber eine Unterrichtung des Betriebsrats nicht mit dem Argument verweigern kann, er müsse dabei Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse offenlegen¹⁸. Nach Rechtsprechung des BAG kann dies dem Betriebsrat nicht entgegengehalten werden, da dessen Mitglieder nach § 79 BetrVG selbst zur Geheimhaltung verpflichtet sind¹⁹. In der Praxis führt dies bei Arbeitgebern zu häufiger Verwunderung. Gerade ausländische Arbeitgeber können kaum nachvollziehen, dass Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse dem Betriebsrat offengelegt werden müssen. Insbesondere im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungsmaßnahmen führt eine frühzeitige Unterrichtung des Betriebsrats (beziehungsweise der beteiligten Betriebsräte) dazu, dass dessen/deren

15 Vgl. nur Weber, in: GK-BetrVG (Fn. 14), § 80 BetrVG Rn. 25; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 13.

16 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 16; *Schrader*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 19.

17 Vgl. dazu BAG 11.7. 1972 – 1 ABR 2/72 (Fn. 2); Weber, in: GK-BetrVG (Fn. 14), § 80 BetrVG Rn. 25; *Kania*, in: ErfK (Fn. 2), § 80 BetrVG Rn. 1.

18 *Schrader*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 68.

19 BAG 5.2. 1991 – 1 ABR 24/90, AP Nr. 10 zu § 106 BetrVG 1972.

Mitglieder mehr wissen, als einzelne Vorstandsmitglieder des betroffenen Unternehmens.

Ebenso wenig kann der Arbeitgeber das Datenschutzrecht dem Betriebsrat entgegenhalten. Er kann also einem berechtigten Unterrichtsverlangen nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 2 BetrVG nicht mit dem Argument widersprechen, das BDSG verbiete eine Information des Betriebsrats. Grund hierfür ist, dass nach herrschender Meinung der Betriebsrat Teil der „verantwortlichen Stelle“ im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG ist²⁰. Etwas anders gilt nur beim Konzernbetriebsrat, der nach herrschender Auffassung nicht Teil des Rechtsträgers „Unternehmen“, sondern außerhalb dessen angesiedelt ist (hierüber kann man sich allenfalls im Verhältnis herrschendes Unternehmen – Konzernbetriebsrat streiten, im Übrigen ist klar, dass der Konzernbetriebsrat außerhalb des Rechtsträgers steht). Allerdings soll hier der Unterrichtsanspruch nach § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG eine Rechtsvorschrift im Sinne von § 4 BDSG sein, welche die Datenübermittlung an den Konzernbetriebsrat erlaubt²¹. Angemerkt sei hierzu, dass dies ein fast schon absurdes Ergebnis bedeutet: Der Konzernbetriebsrat kann aufgrund der Vorschrift von § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG Unterrichtung verlangen, die Konzernobergesellschaft selbst hingegen eventuell nicht, weil bekanntlich im BDSG kein Konzernprivileg existiert.

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als „Ermächtigungsgrundlage“ dem Betriebsrat extrem weitreichende Überwachungskompetenzen vermittelt. In der polizeirechtlichen Sprache könnte man also resümieren, die Ermächtigungsgrundlage des § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG weise einen äußerst „weiten“ Tatbestand auf. Auf der anderen Seite sind die Rechtsfolgen von § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG jedoch sehr begrenzt. Der Betriebsrat kann hier nur Unterrichtung verlangen, die Einschaltung externer Behörden ist ihm grundsätzlich untersagt. Es lässt sich also davon sprechen, dass der Betriebsrat aufgrund von § 80 Abs. 1 und 2 BetrVG zwar eine Art „Arbeitspolizei“ ist, allerdings – auf Grundlage dieser konkreten „Ermächtigungsgrundlage“ – nicht zu Zwangsmaßnahmen berechtigt ist.

20 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 58; *Gola/Schomerus*, Bundesdatenschutzgesetz, 11. Aufl. 2012, § 3 BDSG Rn. 49.

21 *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 58a.

II. Die Rolle des Betriebsrats im Rahmen von Internal Investigations

Im Zuge sogenannter unternehmensinterner Ermittlungen (in „Neudeutsch“ *Internal Investigations*), die in der Praxis häufig bei kartellrechtlichen Untersuchungsmaßnahmen, im Rahmen der Korruptionsaufklärung sowie bei Bilanzuntersuchungen relevant werden, wird häufig die Frage aufgeworfen, ob der Betriebsrat Compliance-Agent oder Compliance-Verhinderer ist.

Für den Arbeitgeber stellt sich in der Situation einer *Internal Investigation* in der Praxis meist das Problem, dass er, sei es von Behörden oder intern, sehr enge Fristen und strenge Auflagen im Zuge der internen Ermittlungsmaßnahme zu beachten hat. Häufig werden unter anderem aus diesem Grund unternehmensexterne Anwälte und/oder andere externe Berater in den Aufklärungsprozess eingebunden. Zudem muss die Vertraulichkeit der *Internal Investigation* gewahrt bleiben. All dies scheint einer intensiven Beteiligung des Betriebsrats entgegenzustehen. Nachfolgend soll am Beispiel einzelner typischer Untersuchungsmaßnahmen im Rahmen einer *Internal Investigation* dargestellt werden, ob und inwieweit Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten sind.

Zunächst ist allerdings festzuhalten, dass es kein allgemeines Mitbestimmungsrecht hinsichtlich einer *Internal Investigation* gibt. Zwar wird teilweise vertreten, dass der Betriebsrat gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 2 BetrVG im Rahmen der Untersuchungsmaßnahmen allgemein über die jeweilige Maßnahme des Arbeitgebers zu unterrichten ist²². Dies erscheint allerdings zu weitgehend, da ein Unterrichtsanspruch – wie eben dargestellt – nur dann besteht, wenn auch eine konkrete Aufgabe des Betriebsrats ersichtlich ist. Dies wird allerdings bei einer *Internal Investigation* anzunehmen sein, da mehrere typische *Internal Investigation*-Maßnahmen im Regelfall ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auslösen.

1. Konkrete Ermittlungsmaßnahmen und Mitbestimmungsrechte

a) E-Mail-Screening und E-Mail-Review

Bestandteil einer *Internal Investigation* ist häufig ein sogenanntes E-Mail-Screening anhand und mithilfe eines sogenannten E-Search-Systems. Mit einem solchen technischen System werden unter anderem E-Mails von Mitarbeitern auf bestimmte Schlagworte und Suchbegriffe durchsucht und ausgewertet. Erst eine solche Vorfilterung durch ein technisches Sys-

22 Schürre/Olbers, Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 2010, 178.

tem macht – aufgrund ihrer sonst kaum handhabbaren Vielzahl – eine Durchsuchung unternehmensinterner E-Mails faktisch möglich.

Der Einsatz derartiger E-Mail-Screening-Systeme löst ganz regelmäßig Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus: Zunächst ist hier selbstverständlich § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG zu nennen²³. Die am Markt angebotenen E-Search-Systeme ermöglichen es in gewissen Einstellungen regelmäßig, dass auch Daten ausgewertet werden, die Aussagen über das Verhalten und die Leistung der Arbeitnehmer ermöglichen. Daher wird häufig kaum Zweifel bestehen, dass es sich bei einem solchen E-Mail-Screening-System um eine technische Einrichtung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG handelt.

Darüber hinaus wird in vielen Fällen auch § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG einschlägig sein, weil das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betroffen ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn den Mitarbeitern die private Nutzung von E-Mails gestattet war²⁴, da damit das Ordnungsverhalten angesprochen ist. Auch diese Sachlage zeigt, dass Arbeitgeber in der Praxis gut beraten sind, ihre internen E-Mail-Policies zu überdenken und zu prüfen, ob ein privater Gebrauch der dienstlichen E-Mail-Adresse den Mitarbeitern verboten werden soll.

Im Ergebnis unterliegt mithin der Einsatz von E-Mail-Screening-Systemen zur technischen Vorfilterung regelmäßig einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, womit dieses „Ermittlungsinstrument“ in einem Betrieb mit Betriebsrat ohne dessen Zustimmung oder jedenfalls Beteiligung kaum rechtmäßig eingesetzt werden kann.

b) Auswertung sonstiger elektronischer Daten (beispielsweise elektronische Datenbanken)

Eine weitere Standardmaßnahme bei *Internal Investigations* ist die Durchsuchung sonstiger elektronischer Daten wie zum Beispiel von elektronischen Datenbanken. Gemeint sind damit beispielsweise Buchungssysteme, in denen die Adress- und Kontodaten von Kunden und Lieferanten enthalten sind. Ein Vergleich der in diesen Buchungssystemen enthaltenen Daten mit Mitarbeiterdaten kann im Einzelfall einen Hinweis auf korruptionsrelevantes Verhalten liefern, so dass die Auswertung für den

23 Vgl. Wiese, in: GK-BetrVG (Fn. 14), § 87 BetrVG Rn. 551; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 87 BetrVG Rn. 244.

24 Kort, in: Maschmann (Hrsg.), Beschäftigtendatenschutz in der Reform, 2012, S. 109, 127; *Mengel/Ulrich*, Arbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Investigations, NZA 2006, 240, 244; *Neufeld/Knitter*, Mitbestimmung des Betriebsrats bei Compliance-Systemen, BB 2013, 821, 823; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 87 BetrVG Rn. 71.

Arbeitgeber gerade im Zuge von Korruptionsermittlungen von Interesse ist.

Auch diese Maßnahme bedarf regelmäßig der Zustimmung des Betriebsrats, weil das Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ausgelöst ist. Etwas anderes könnte man nur annehmen, wenn das eingesetzte System ausschließlich anonyme Daten zugrunde legt und keine Rückschlüsse auf Individualpersonen zulässt²⁵. Zweifelhaft ist es allerdings, wenn das System zwar eine Anonymisierung technisch ermöglicht, aber die Systemfunktionen auch eine Auswertung von mitarbeiterbezogenen Daten ermöglicht. Da es nach ständiger Rechtsprechung des BAG bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nur auf die Eignung eines Systems zur Auswertung von Verhaltens- und Leistungsdaten ankommt²⁶, dürfte schon ein solches System regelmäßig dem Mitbestimmungsrecht unterliegen, obwohl der Arbeitgeber eine ausschließlich anonyme Auswertung durchführen will. Das reine „Ausschalten“ einer Funktion schließt das Mitbestimmungsrecht nicht rechtssicher aus. Interessant ist dann der Fall, wenn Anbieter von elektronischen Auswertungssystemen ein eigenes Produkt anbieten, das nur eine anonyme Auswertung zulässt und damit an sich keine Eignung zur Auswertung personenbezogener Daten aufweist. In diesem Fall lässt sich mit guten Argumenten an einem Mitbestimmungsrecht zweifeln.

c) Auswertung von Papierakten

Im Rahmen einer *Internal Investigation* wertet der Arbeitgeber darüber hinaus regelmäßig dienstliche Unterlagen aus, die in Papierform vorgehalten werden. Auch wenn sich diese im Gewahrsam des Arbeitnehmers befinden, ist dieser nach richtiger Auffassung nur Besitzdiener des Arbeitgebers (§ 855 BGB). Zudem besteht eine Herausgabepflicht des Arbeitnehmers aus § 667 BGB analog²⁷. Demgegenüber darf der Arbeitgeber keinen Zugriff auf erkennbar private Unterlagen und private Dateien der Mitarbeiter nehmen. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber die besonderen Vertraulichkeitsanforderungen für Personalakten²⁸ beachten. Ein Zugriff

25 BAG 6.2. 1983 – 1 ABR 43/81, NJW 1984, 1476.

26 Ständige Rechtsprechung seit BAG 9.9. 1975 – 1 ABR 20/74, AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; siehe auch BAG 23.4. 1985 – 1 ABR 39/81, AP Nr. 11 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

27 LAG Sachsen 17.1. 2007 – 2 Sa 808/05, LAGE Nr. 96 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung.

28 Besonders sensible Daten wie Angaben zum körperlichen, geistigen und seelischen Zustand sind vor Einblick zu sichern. Sie müssen gesondert außerhalb der formellen Akte oder im verschlossenen Umschlag aufbewahrt werden, damit sie nicht bei der regelmäßigen Sachbearbeitung der Personalakte ohne konkreten Anlass ins Auge fallen, vgl. BAG 12.9. 2006 – 9 AZR 271/06, NZA 2007, 269; BAG 15.7. 1987 – 5 AZR 215/86, DB 1987, 2571.

auf diese kommt nur in engen Grenzen in Betracht und zwar insoweit, wie es zur Wahrnehmung berechtigter Ermittlungsinteressen erforderlich ist²⁹. Besonders sensible Daten, wie zum Beispiel Gesundheitsdaten, dürfen in der Regel nicht offengelegt werden.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht allerdings bei der Auswertung derartiger Papierakten regelmäßig nicht. Soweit es nur um ein Verlangen des Arbeitgebers nach der Herausgabe dienstlicher Unterlagen geht, handelt es sich schlicht um eine Ausübung des Direktionsrechts (§ 106 GewO), die keinem Mitbestimmungsrecht unterliegt. Hier ist das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten betroffen; ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ist nicht einschlägig³⁰.

d) Mitarbeiterinterviews

Mitarbeiterinterviews sind ein weiterer typischer Bestandteil von internen Ermittlungen. Häufig werden diese begonnen, nachdem erste elektronische Daten oder Papierakten ausgewertet wurden und damit bestimmte Mitarbeiter als potenzielle „Täter“ oder „Zeugen“ identifiziert worden sind. Teilweise wird mit dem Interview aber auch schon in der Anfangsphase einer internen Ermittlung begonnen.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats wird hinsichtlich derartiger Mitarbeiterinterviews teilweise aus § 94 Abs. 1 BetrVG hergeleitet³¹. Dann müssten Mitarbeiterinterviews mit einem Personalfragebogen in Zusammenhang stehen. Richtig ist, dass Mitarbeiterinterviews typischerweise ein vorbereiteter Fragenkatalog zugrunde liegt, der theoretisch als Personalfragebogen eingeordnet werden könnte. Überzeugender ist es hingegen, einen Personalfragebogen hier nicht anzunehmen, da das Mitbestimmungsrecht bei § 94 Abs. 1 BetrVG darauf abzielt, den beruflichen Aufstieg beziehungsweise die berufliche Weiterentwicklung der Mitarbeiter zu fördern; hierzu soll ein Personalfragebogen ein Hilfsmittel sein. Dieser Zweck ist hingegen bei Mitarbeiterinterviews im Zuge von *Internal Investigations* nicht einschlägig.

Darüber hinaus besteht bei derartigen Interviews regelmäßig auch kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, wenn sich das Auskunftsverhalten des Arbeitgebers auf die Kontrolle von dem Arbeitnehmer auferlegten Arbeitspflichten bezieht. Problematisch ist hier die Situation,

29 Vgl. *Mengel/Ullrich*, NZA 2006, 240, 242.

30 BAG 24.11. 1981 – 1 ABR 108/79, AP Nr. 3 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes.

31 *Vogt*, Compliance und Investigations – Zehn Fragen aus Sicht der arbeitsrechtlichen Praxis, NJOZ 2009, 4206, 4218; vgl. *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier* (Fn. 4), § 94 BetrVG Rn. 6 f.

dass auch Angelegenheiten des betrieblichen Ordnungsverhaltens berührt sein können, was zur Einschlägigkeit von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG führen könnte.

Für die Praxis muss daraus die Konsequenz gezogen werden, dass bei der Erarbeitung des Themenkatalogs für die Mitarbeiterinterviews genau zu prüfen ist, ob Fragen, die über das Arbeitsverhalten hinausgehen, wirklich erforderlich sind. Nur wenn derartige Fragen nicht gestellt werden, kann ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG rechtssicher ausgeschlossen werden.

Im Zusammenhang mit Mitarbeiterinterviews kommt in der Praxis teilweise die Frage auf, ob der Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG ein Informationsrecht hinsichtlich der laufenden Ermittlungen und konkret hinsichtlich der Inhalte der geführten Mitarbeiterinterviews hat. Selbstverständlich kann ein Informationsrecht über die laufende Ermittlung aus § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 BetrVG bestehen, allerdings besteht kein Informationsanspruch hinsichtlich des konkreten Inhalts der Interviews, hierfür fehlt es an einem Anhaltspunkt im Gesetz. Interessant ist ferner, ob dem Betriebsrat (beziehungsweise Betriebsratsmitgliedern) bei den Mitarbeiterinterviews ein Teilnahmerecht zusteht. Aus einem Gegenschluss zu § 82 Abs. 2 BetrVG, wonach ein Teilnahmerecht des Betriebsrats an Mitarbeitergesprächen nur besteht, wenn es um die Zusammensetzung des Gehalts des Arbeitnehmers, seine Leistungen oder seine berufliche Entwicklung geht, kann geschlossen werden, dass das BetrVG ein solches zwingendes Anwesenheitsrecht nicht vorsieht.

e) Amnestie-Programme

Amnestie-Programme – die ebenfalls häufig in Zusammenhang mit *Internal Investigations* beschlossen und eingeführt werden – sehen in der Regel vor, dass Arbeitgeber auf individualvertragliche Maßnahmen gegenüber Arbeitnehmern verzichten, soweit Mitarbeiter freiwillig bei der internen Ermittlung mitwirken und über die Vorfälle aussagen.

Die Frage des „Ob“ der Einführung derartiger Amnestie-Programme wird überwiegend als mitbestimmungsfrei angesehen³². Demgegenüber ist umstritten, ob das „Wie“, das heißt die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Amnestierung im Detail, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats

32 Göpfert/Merten/Siegrist, Mitarbeiter als „Wissensträger“ – Ein Beitrag zur aktuellen Compliance-Diskussion, NJW 2008, 1703, 1708; Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, Inhalte und Grenzen von Amnestien bei Internal Investigations, NZG 2009, 721, 725; Mengel, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Hrsg.), Internal Investigations, 2013, Kapitel 13 Rn. 79; Zimmer/Heymann, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, BB 2010, 1853, 1858.

nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG berührt³³. Hier geht es letztlich um die Frage, ob ein solches Amnestie-Programm eine indirekte Verhaltenssteuerung mit sich bringt, die das Ordnungsverhalten der Mitarbeiter betrifft. Richtigerweise wird man einen Eingriff in das Ordnungsverhalten der Mitarbeiter nicht annehmen können, da ein Amnestie-Programm nicht das Verhalten des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber betrifft, sondern den Verzicht des Arbeitgebers auf individualvertragliche Rechte regelt. Nach vorzugswürdiger Ansicht ist damit die Ausgestaltung von Amnestie-Programmen mitbestimmungsfrei.

f) Final Report

Am Ende einer internen Ermittlung wird regelmäßig ein sogenannter „*Final Report*“ erstellt, in dem die Ermittlungsergebnisse zusammengefasst werden. Dies geschieht meist durch unternehmensexterne Anwälte und/oder andere externe Berater (zum Beispiel Wirtschaftsprüfer).

Umstritten ist insoweit, ob dem Betriebsrat ein Einsichtsrecht in den finalen Report gewährt werden muss. Ein solches Einsichtsrecht könnte sich aus § 80 Abs. 2 BetrVG herleiten lassen. Im Ergebnis erscheint ein solches Einsichtsrecht zumindest argumentierbar, wenn der *Final Report* Passagen enthält, die einen unmittelbaren Bezug zu Arbeitnehmerdaten und/oder dem Arbeitnehmerverhalten aufweisen. Überzeugend erscheint es hier, ein Einsichtsrecht allerdings nur in diese konkreten „arbeitsrechtlichen“ Passagen anzunehmen. Auf eine „Kompletteinsicht“ besteht hingegen kein Anspruch. Auch gegen ein teilweises Einsichtsrecht kann angeführt werden, dass § 80 Abs. 2 BetrVG nur dann einen Unterrichtsanspruch vorsieht, wenn der Betriebsrat einen „Anfangsverdacht“ für Rechtsverstöße dargelegt hat. Man wird daher rechtmäßigerweise als Arbeitgeber verlangen können, dass der Betriebsrat selbst für ein insoweit beschränktes Einsichtsrecht Rechtsverstöße in der *Internal Investigation* darlegen kann beziehungsweise zumindest Anhaltspunkte dafür darlegt.

2. Rechtsfolgen bei Missachtung von Mitbestimmungsrechten

Nachdem im vorstehenden Teil die Einschlägigkeit einzelner Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im Zuge einer *Internal Investigation* analysiert wurden, soll es nun um die Rechtsfolgen bei Verstößen des Arbeitgebers gegen solche Mitbestimmungsrechte gehen.

Hier ist zunächst an einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, der gegebenenfalls im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden

33 Befürwortend: Göpfert/Merten/Siegrist, NJW 2008, 1703, 1708; ablehnend: Mengel, in: Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (Fn. 32), Kapitel 13 Rn. 79; Zimmer/Heymann, BB 2010, 1853, 1855.

kann, zu denken. Ein solcher wäre durchaus realistisch, wenn dem Arbeitgeber ein Verstoß gegen § 87 BetrVG nachzuweisen ist. Da eine einstweilige Verfügung gegen die Durchführung einer internen Ermittlung im Regelfall einer Katastrophe gleichkäme, ist Arbeitgebern dringend zu empfehlen, bei einer *Internal Investigation* den Betriebsrat „ins Boot zu holen“ und jedenfalls die Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG im Detail zu beachten und die Maßnahmen mit dem Betriebsrat durchzusprechen.

Von Interesse ist darüber hinaus, ob Verstöße gegen Mitbestimmungsrechte zu einem Beweisverwertungsverbot hinsichtlich mitbestimmungswidrig gewonnener Beweismittel führen können. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG ist dies regelmäßig nicht der Fall; denkbar sei dies nur bei einem erheblichen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter und einem Eingriff in Grundrechtspositionen der Mitarbeiter durch eine nachfolgende Auswertung der mitbestimmungswidrig erlangten Beweismittel³⁴. Problematisch ist die Situation, wenn ein Gericht, das die mitbestimmungswidrig erlangten Informationen für die Entscheidungsbegründung verwerten muss, selbst gegen ein Grundrecht verstoßen würde. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn ein Mitbestimmungsrecht das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer schützt und eine gerichtliche Verwertung der Informationen ebenfalls in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen würde. Zwar kann man im Grundsatz sagen, dass Verstöße des Arbeitgebers gegen das BetrVG nach der Rechtsprechung des BAG nicht zu Beweisverwertungsverböten führen, es gibt allerdings gerade im Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Grauzonen, die der Arbeitgeber berücksichtigen sollte.

Aus Sicht des Unternehmens ist darüber hinaus die Frage von besonderem Interesse, ob ein Mitbestimmungsverstoß die auf diese Weise erlangten Informationen in den Ermittlungen, die den eigentlichen Anlass für die *Internal Investigation* geboten haben, unverwertbar macht oder nicht. Das wäre beispielsweise für kartellrechtliche Untersuchungen äußerst relevant und aus Arbeitgebersicht misslich. Hier erscheint es überzeugend, ein „Durchschlagen“ eines Mitbestimmungsverstoßes beispielsweise auf das Kartellrecht nicht anzunehmen, da hier verschiedene Schutzzwecke einschlägig sind. Auch das Postulat der „Einheit der Rechtsordnung“ führt hier aufgrund der verschiedenen Zweckrichtungen der (unterlassenen) Betriebsratsbeteiligung und dem nicht-arbeitsrechtlichen Untersuchungsverfahren nicht zu einem anderen Ergebnis.

3. Fazit

Letztlich kommt man aber dennoch an der Erkenntnis kaum vorbei, dass in Betrieben mit Betriebsrat (Fragen der Kompetenzzuordnung zwischen

34 Vgl. nur BAG 13.12. 2007 – 2 AZR 537/06, NZA 2008, 1008.

dem Betriebsrat sowie Gesamt- und Konzernbetriebsrat sollen hier außen vor bleiben) eine *Internal Investigation* ohne dessen Beteiligung kaum gesetzeskonform durchführbar ist. Damit hängt der Erfolg der Untersuchungsmaßnahme auch von der ordnungsgemäßen Beteiligung des Betriebsrats ab. Schon aus Gründen der Öffentlichkeitswahrnehmung erscheint es regelmäßig ratsam, auf zusätzliche „Skandale“ im Zuge der *Internal Investigation* zu verzichten; ein solcher könnte aber gerade in einer Missachtung von Mitbestimmungsrechten liegen, durch die der mit der *Internal Investigation* begonnene „Aufklärungsprozess“ seinerseits entwertet würde.

In der Praxis führt dies dazu, dass es oft empfehlenswert ist, den Betriebsrat möglichst frühzeitig in eine *Internal Investigation* einzubeziehen. Besonders hilfreich kann es sein, wenn bereits vor Beginn einer konkreten Untersuchungsmaßnahme eine „Datenschutzbetriebsvereinbarung“ mit dem zuständigen Betriebsratsgremium abgeschlossen wurde. Eine solche kann neben den von den Arbeitnehmern allgemein und unabhängig von einer internen Ermittlung regelmäßig verlangten Datenschutzregeln auch Regelungen dazu enthalten, welche Maßnahmen der Arbeitgeber im Zuge einer *Internal Investigation* ohne erneute Betriebsratsbeteiligung (oder nur verbunden mit einem Unterrichtsanspruch) durchführen darf. Hierdurch kann im Einzelfall ein erheblicher Zeitgewinn erreicht werden.

III. Der Betriebsrat als „Arbeitspolizei“ am Beispiel der Arbeitnehmerüberlassung

Das derzeit neben dem gesetzlichen Mindestlohn³⁵ rechtspolitisch wohl umstrittenste Thema ist die Arbeitnehmerüberlassung. Im Zuge einer Befassung mit Compliance-Fragen ist zunächst zu überlegen, welche Compliance-Verstöße im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung denkbar sind. Nachfolgend sollen zwei besonders praxisrelevante „Rechtsverstöße“ des Arbeitgebers im Bereich des AÜG dargestellt werden und auf mitbestimmungsrechtliche Konsequenzen untersucht werden, was zu der Frage führt, ob der Betriebsrat hier als eine Art „Arbeitspolizei“ tätig werden kann und darf.

1. Verstöße gegen das Equal-Pay-Prinzip (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG)

Der sogenannte *Equal Pay*- beziehungsweise der *Equal Treatment*-Grundsatz nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 und § 9 Nr. 2 AÜG verlangt vom Arbeitgeber (und „Verleiher“) des Leiharbeitnehmers, dass dieser dem Leiharbeitneh-

35 Vgl. dazu aktuell nur Sittard, Mindestlöhne in Deutschland – Derzeitige Rechtslage und geplante Neuerungen, Schnellbrief für Personalwirtschaft und Arbeitsrecht, Heft 3/2014, S. 21.

mer für die Zeit der Überlassung an einen Entleiher die im Betrieb dieses Entleihers für einen vergleichbaren Arbeitnehmer geltenden wesentlichen Arbeitsbedingungen, einschließlich des Arbeitsentgelts, gewährt.

Die Einhaltung des AÜG in einem Betrieb unterliegt im Grundsatz der allgemeinen Überwachungsaufgabe des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 BetrVG³⁶, jedoch ist die Reichweite der Einschreitenskompetenzen streitig. Entscheidend ist die Frage, ob ein Verstoß gegen den *Equal Pay*- beziehungsweise *Equal Treatment*-Grundsatz (nachfolgend vereinfacht nur *Equal Pay*-Grundsatz) den Betriebsrat des Entleiherbetriebs zur Zustimmungsverweigerung bei einer Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG berechtigt. Das BAG steht hier seit der Entscheidung vom 21.7. 2009³⁷ auf dem Standpunkt, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nicht zur Verweigerung der Zustimmung berechtigt ist, da dies der Gesamtkonzeption des AÜG widersprechen würde und den Arbeitnehmer schlechterstellen würde als er bei einem Verstoß gegen den *Equal Pay*-Grundsatz stehen würde. Hintergrund dessen ist, dass der *Equal Pay*-Verstoß des Verleih-Arbeitgebers kraft Gesetzes zur Unwirksamkeit der abweichenden Entgeltvereinbarung führt, mit der Folge, dass der *Equal Pay*-Grundsatz gilt und damit der mit Stammarbeitnehmern vergleichbare Lohn sowie die sonstigen Arbeitsbedingungen geschuldet sind. Zudem kommt nach § 10 Abs. 1 AÜG ein Entzug der Verleiherlaubnis in Betracht, Rechtsfolge dessen wäre dann ein Arbeitsverhältnis des Leiharbeitnehmers mit dem Entleiher. Aufgrund dieser Rechtsfolgen nimmt das BAG an, dass eine Zustimmungsverweigerung des Betriebsrats wegen eines *Equal Pay*-Verstoßes systemwidrig sei.

2. Verbot der nicht vorübergehenden Leiharbeit

Mit Wirkung zum 1.12. 2011 hat der Gesetzgeber § 1 Abs. 1 AÜG um einen neuen Satz 2 ergänzt, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher nur „vorübergehend“ erfolgt³⁸. Diese Neuregelung wirft eine Vielzahl von Problemen auf, denen im Rahmen dieses Beitrags nicht im Detail nachgegangen werden kann. Auf Grundlage der aktuellen Rechtsprechung des BAG wird aus § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG ein Verbot der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung abgeleitet. § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG enthalte nicht nur einen unverbindlichen Programmsatz, sondern die Vorschrift untersage die nicht nur vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung³⁹. Noch völ-

36 Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier (Fn. 4), § 80 BetrVG Rn. 6.

37 BAG 21.7. 2009 – 1 ABR 35/08, NZA 2009, 1156.

38 Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28.4. 2011, BGBl. I 2011, S. 642 ff.

39 BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11, NZA 2013, 1296.

lig unklar ist hingegen, wann eine Arbeitnehmerüberlassung nicht mehr „vorübergehend“ erfolgt.

Die Frage ist nun, welche mitbestimmungsrechtlichen Folgen sich aus dem vom BAG statuierten Verbot der nicht vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung ergeben. Auch hier ist die entscheidende Vorschrift § 99 BetrVG (in Verbindung mit § 14 Abs. 3 AÜG): Nach aktueller Rechtsprechung des BAG kann der Betriebsrat gemäß § 99 Abs. 2 Nr. 1 seine Zustimmung zur Einstellung eines Mitarbeiters verweigern, wenn dieser nicht nur vorübergehend als Leiharbeiter eingesetzt werden soll⁴⁰. Obwohl der Gesetzgeber § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG – unabhängig von seinem Inhalt und seiner Auslegung als Verbotsvorschrift – jedenfalls ohne konkrete Rechtsfolge ausgestaltet hat, sanktioniert das BAG die dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung mit einem Einstellungsverbot, das der Betriebsrat des Entleiherbetriebs über § 99 BetrVG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 AÜG durchsetzen kann. Hat der Gesetzgeber mithin noch eine Rechtsfolge gescheut, so kann die „Arbeitspolizei Betriebsrat“ hier konkrete Rechtsfolgen durchsetzen. Das jedenfalls ist das fragwürdige Ergebnis der BAG-Rechtsprechung, die dazu führt, dass vom Gesetzgeber nicht ausgesprochene Folgen durch Betriebsräte durchgesetzt werden können.

Bislang ungeklärt war die Frage, ob im Fall einer – nach dem BAG unzulässigen – dauerhaften Leiharbeit ein Arbeitsverhältnis zum Entleiher fingiert wird. Dies hat das LAG Berlin-Brandenburg mit einer Entscheidung vom 9.1. 2013⁴¹ so angenommen. Abgesehen davon, dass dies meines Erachtens unvertretbar ist, hätte eine Übernahme dieser Rechtsprechung durch das BAG zur Konsequenz, dass dieses seine soeben dargestellte Rechtsprechung zum Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 BetrVG bei nicht nur vorübergehender Arbeitnehmerüberlassung aufgeben müsste. Denn in diesem Fall wäre die Rechtsfolgensituation identisch mit dem *Equal Pay*-Verstoß gewesen; auch hier wäre ein „Rechtsverstoß“ für den Arbeitnehmer letztlich günstig und dementsprechend ein Zustimmungsverweigerungsrecht systemfremd⁴². Richtigerweise hat sich das BAG dieser Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg allerdings nicht angeschlossen, was sich aus der Entscheidung des 9. Senats vom 10.12. 2013 ergibt⁴³. Das BAG ist damit nicht gezwungen, seine Rechtsprechung zur Zustimmungsverweigerung bei „dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung“ schon aus Gründen der Konsistenz der Rechtsprechung wieder zu ändern.

40 BAG 10.7. 2013 – 7 ABR 91/11 (Fn. 39).

41 LAG Berlin-Brandenburg 9.1. 2013 – 15 Sa 1635/12, NZA-RR 2013, 234.

42 BAG 21.7. 2009 – 1 ABR 35/08 (Fn. 37).

43 BAG 10.12. 2013 – 9 AZR 51/13, EzA-SD 2014, Nr. 4, 7-9.

3. Fazit

Letztlich kann festgehalten werden, dass der Betriebsrat des Entleiherbetriebs nach aktueller Rechtsprechung des BAG über § 99 BetrVG Verstöße gegen den *Equal Pay*- und *Equal Treatment*-Grundsatz nicht unterbinden kann. Vielmehr sind hier die Mitarbeiter selbst und die Arbeitsbehörden gefordert, die Verstöße zu sanktionieren – sei es durch Klagen auf einem dem *Equal Pay*-Prinzip entsprechenden Lohn, sei es durch behördliche Maßnahmen und die Einleitung von Ordnungswidrigkeitsverfahren (§ 16 AÜG). Die Kompetenzen der „Arbeitspolizei Betriebsrat“ sind damit in diesem Punkt begrenzt.

Demgegenüber bejaht das BAG ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 AÜG bei dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung. Der Betriebsrat wird hier in der Tat zu einer Art „Arbeitspolizei“, dem dabei weitreichende Möglichkeiten zukommen. Rechtspolitisch fragwürdig ist insoweit, dass das BAG dem Betriebsrat hier im „Kampf gegen die Arbeitnehmerüberlassung“ konkrete Rechte zugesteht, obwohl der Gesetzgeber ganz offensichtlich konkrete Rechtsfolgen bei dauerhafter Arbeitnehmerüberlassung nicht aussprechen wollte.

IV. Der Betriebsrat als „Tarifpolizei“ am Beispiel der Tarifpluralität

Ein weiteres Themenfeld und eine „Compliance-Spielwiese“ für Betriebsräte könnte sich aus der neuen Rechtsprechung des BAG zur Zulässigkeit von Tarifpluralitäten im Betrieb ergeben⁴⁴, weil sich hierdurch in tarifpluralen Betrieben ganz neue Fragen der Anwendbarkeit von Tarifverträgen stellen. Hier tritt die Problematik auf, ob der Betriebsrat Mitbestimmungsrechte dahingehend hat, welcher Tarifvertrag vom Arbeitgeber angewandt wird. In der Beratungspraxis lässt sich hier eine Tendenz feststellen, dass Betriebsräte mit dem Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der betrieblichen Lohngestaltung aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG Einfluss auf die Anwendung der Tarifverträge im Betrieb nehmen wollen.

1. Kompetenzen des Betriebsrats bei der Tarifierstellung im tarifgebundenen Betrieb

Recht einfach lässt sich die Frage nach Kompetenzen des Betriebsrats bei der Tarifierstellung für kongruent tarifgebundene Mitarbeiter beantworten, das heißt für Mitarbeiter, die Mitglied einer Gewerkschaft sind und der von dieser Gewerkschaft abgeschlossene Tarifvertrag im Betrieb auch kollektivrechtlich zur Anwendung kommt. In diesem Fall ergibt sich die

44 BAG 7.7. 2010 – 4 AZR 549/08 (Fn. 1).

Lösung des anwendbaren Tarifvertrags grundsätzlich allein aus dem Tarifrecht. Mitbestimmungsrechte hinsichtlich der Anwendbarkeit eines Tarifvertrags über § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG können schon deshalb nicht bestehen, weil hier unstreitig die Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG entgegensteht.

Relevant wird aber die Frage, inwieweit dem Betriebsrat Mitbestimmungsrechte zustehen, wenn es um die „Eingruppierung“ von nicht tarifgebundenen Mitarbeitern („Außenseiter“) in die im Betrieb anwendbaren Tarifverträge geht. Hier ist das Problem angesprochen, ob dem Betriebsrat bei der Ausgestaltung von individualvertraglichen Bezugnahme Klauseln auf Außenseiter ein Mitspracherecht zukommt. So kann es im tarifpluralen Betrieb durch Bezugnahme Klauseln dem Arbeitgeber möglich sein, den einen oder anderen Tarifvertrag für die kollektivrechtlich nicht tarifgebundenen Mitarbeiter zur Anwendung zu bringen. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Auswahl der Bezugnahme Klausel einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG unterliegt. Relevant wird dieses Problem jedenfalls dann, wenn der Betriebsrat der Eingruppierung eines Außenseiter-Mitarbeiters nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG widersprechen will, wenn der Arbeitgeber bei der Ausgestaltung der Bezugnahme Klausel den Betriebsrat nicht beteiligt hat. Betriebsräte argumentieren hier, es bestehe ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, da die Bezugnahme Klausel mitbestimmungswidrig – im Wege des Verstoßes gegen § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – zustande gekommen sei. Welche Vergütungsordnung der Arbeitgeber im Betrieb zur Anwendung bringe, unterliege nun einmal der Mitbestimmung durch den Betriebsrat.

Diesbezüglich hält indes der 1. Senat des BAG eine „arbeitgeberfreundliche“ Lösung bereit: Mit Entscheidung vom 18.10. 2011⁴⁵ hat das BAG entschieden, dass auch nach Änderungen der Rechtsprechung zur Tarifpluralität für die Tarifsperre von § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG allein die Tarifbindung des Arbeitgebers genügt. Auf die Tarifbindung des Arbeitnehmers komme es hingegen auch in tarifpluralen Betrieben nicht an. Der Arbeitgeber sei allerdings verpflichtet – hier endet die „Arbeitgeberfreundlichkeit“ –, den „sperrenden“ Tarifvertrag auch auf solche Mitarbeiter anzuwenden, die an diesen nicht gebunden sind, weil es ansonsten zu einer Schutzlücke käme, da für diese Mitarbeiter weder der Tarifvertrag greife noch dem Betriebsrat Kompetenzen zukämen. Dieser Rechtsprechung des 1. Senats ist grundsätzlich zuzustimmen: Jedenfalls soweit der „sperrende“ Tarifvertrag in der Lage ist, alle Mitarbeiter eines Betriebs zu erfassen, ist es richtig, für die Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz

45 BAG 18.10. 2011 – 1 ABR 25/10, NZA 2012, 392; vgl. auch *Clemenz*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 87 BetrVG Rn. 12.

BetrVG die einseitige Tarifbindung des Arbeitgebers ausreichen zu lassen. Dogmatisch nicht unproblematisch bleibt aber die vom BAG aufgestellte „Anwendungspflicht“ für an sich nicht an den Tarifvertrag gebundene Arbeitnehmer, für die es an einer Rechtsgrundlage fehlt.

Die soeben dargestellte Rechtsprechung des BAG ist hinsichtlich des Anwendungsbereichs der „Tarifsperre“ gegen in der arbeitsrechtlichen Literatur teilweise geäußerte Kritik zu verteidigen. Hier wird zum Teil verlangt, dass die Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG nur bei kongruenter Tarifbindung⁴⁶ oder bei einer gewissen Mindestrepräsentativität des „sperrenden“ Tarifvertrags anzunehmen sei⁴⁷. Diese Auffassungen überzeugen nicht: Anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1 TVG fehlt es für das Erfordernis einer Mindestrepräsentativität bei der Auflösung von Tarifpluralitäten schon an einer Grundlage im Gesetz. Insbesondere können aber Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nicht von einer Mindestrepräsentativität eines Tarifvertrags abhängen, weil es verfassungsrechtlich vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 GG äußerst problematisch wäre, nur einigen wenigen Tarifverträgen eine besondere Sperrwirkung zuzubilligen. Der damit verbundene Grundrechtseingriff bedarf jedenfalls einer gesetzlichen Grundlage und könnte nicht durch die Rechtsprechung herbeigeführt werden. Die Auffassung, wonach für die Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG eine kongruente Tarifbindung erforderlich sei, ist schon deshalb abzulehnen, weil es ansonsten zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Geltungsbereichs zwischen Betriebsvereinbarung und Tarifvertrag kommen würde, die durch die Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG gerade verhindert werden sollte. Da eine Betriebsvereinbarung grundsätzlich an eine betriebsweite Geltung anknüpft, wäre es systemfremd, diese nur in Abhängigkeit von der individuellen Tarifbindung zur Anwendung zu bringen. Damit ist der Rechtsprechung des 1. Senats zu folgen, wonach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG weiterhin im Grundsatz nur voraussetzt, dass der Arbeitgeber tarifgebunden ist.

Letztlich sind damit Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats im tarifpluralen Betrieb weiterhin erheblich eingeschränkt, soweit in dem jeweiligen Betrieb ein Tarifvertrag kollektivrechtlich zur Anwendung kommt. Die neue Rechtsprechung des BAG zur Tarifpluralität führt damit zu keiner Ausweitung von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats im tarifgebundenen Betrieb. § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG ist in tarifpluralen Be-

46 Greiner, in: Henssler/Moll/Bepler (Hrsg.), Der Tarifvertrag, 2012, Teil 9 Rn. 254.

47 Klebe, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 13. Aufl. 2012, § 87 BetrVG Rn. 68; vgl. auch Richardi, in: Richardi (Fn. 2), § 87 BetrVG Rn. 156.

trieben nicht anders auszulegen, als in Betrieben, in denen nur ein Tarifvertrag zur Anwendung kommt. Dem Betriebsrat kommt aufgrund der Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG kein Mitbestimmungsrecht dahingehend zu, welchen von zwei oder mehr möglichen Tarifverträgen ein Arbeitgeber auf einen nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmer anwendet. Weder § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG noch § 99 BetrVG sind hier einschlägig; die Tarifsperre steht einem Mitbestimmungsrecht entgegen. Der Arbeitgeber kann selbst festlegen, welche Bezugnahmeklausel er einem nicht-tarifgebundenen Arbeitnehmer anbietet.

In diesem Zusammenhang bietet sich ein kurzer Schwenk dazu an, was Compliance eigentlich ist: Im Regelfall ist Compliance nämlich Anwendung von geltendem Recht⁴⁸. Wenn der Arbeitgeber das geltende Recht allerdings privatautonom gestalten kann, so wie die Anwendung von Tarifverträgen auf Außenseiter, so bestehen auch keine Compliance-Kompetenzen. Dies führt für den Betriebsrat dazu, dass er die Anwendung des maßgeblichen Rechts nicht bestimmen, sondern nur die Einhaltung des geltenden Rechts kontrollieren darf.

2. Kompetenzen des Betriebsrats bei der Tarifierung im tariflosen Betrieb

Weitergehend sind nach der Rechtsprechung des BAG allerdings die Kompetenzen von Betriebsräten, wenn es um tariflose Betriebe geht. Rechtlicher Ausgangspunkt der weitergehenden Betriebsratskompetenzen ist hier die dann nicht einschlägige Tarifsperre nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG.

Besonders praxisrelevant ist die Situation, in der ein Arbeitgeber seine bisherige Tarifbindung abgestreift hat und nun ein neues Vergütungsschema im Betrieb zur Anwendung bringen will. Das BAG⁴⁹ steht hier auf dem Standpunkt, dass der Arbeitgeber auch nach Abstreifen der tariflichen Vergütungsordnung weiterhin zur Anwendung dieser Ordnung verpflichtet ist, bis eine anderweitige Regelung mit dem Betriebsrat unter Beachtung des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gefunden worden ist. Zwar sei die Tarifgeltung beim Arbeitgeber nach Verlust der Tarifbindung nicht mehr kollektivrechtlich legitimiert, allerdings bleibe das tarifliche Entgeltschema die maßgebliche Entgeltstruktur, die nur

48 Zum Begriff Compliance Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, 2010, Compliance; Kreitner, in: Küttner, Personalbuch, 20. Aufl. 2013, Compliance Rn. 1.

49 BAG 8.12. 2009 – 1 ABR 66/08, NJW 2010, 1990; siehe auch Clemenz, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Fn. 4), § 87 BetrVG Rn. 183.

unter Wahrung des Mitbestimmungsrechts geändert werden könne⁵⁰. Dies führt für Mitarbeiter, die nach arbeitgeberseitigem Abstreifen der Tarifbindung (sei es durch Austritt aus dem Arbeitgeberverband oder beispielsweise infolge eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB) eingestellt worden sind, dazu, dass ihnen unter Umständen ein Anspruch auf die tarifliche Vergütung zusteht, obwohl sie hierauf weder tarifrechtlich noch individualrechtlich einen Anspruch haben. Denn laut BAG ist eine Bezahlung unterhalb des ehemaligen Tarifniveaus regelmäßig mit Einführung einer neuen Vergütungsstruktur verbunden, die ohne Beteiligung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht möglich ist. Das BAG folgert hieraus, dass der Arbeitnehmer – obwohl er an sich außerhalb des Anwendungsbereichs eines Tarifvertrags eingestellt worden ist und die Nachwirkung nach § 4 Abs. 5 TVG beziehungsweise die Fortgeltung von Tarifverträgen nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB Neueintritte grundsätzlich nicht erfasst – Anspruch auf die tarifliche Vergütung haben. Hiermit konstruiert das BAG einen Anspruch „ohne Anspruchsgrundlage“, der nach Auffassung des 1. Senats auf „den Arbeitsvertrag in Verbindung mit den bei der Beklagten geltenden Entlohnungsgrundsätzen“⁵¹ zurückzuführen ist⁵².

Diese Rechtsprechung ist kritisch zu würdigen. Sowohl das tarifrechtliche Rechtsfolgensystem der §§ 3 Abs. 3 und 4 Abs. 5 TVG sowie die Rechtsfolgen beim Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB werden durch diese Rechtsprechung umgangen. Das BAG gelangt zu einem Anspruch, der weder eine tarifrechtliche noch eine individualrechtliche Grundlage hat. Es ist aber anerkannt, dass Verstöße gegen Mitbestimmungsrechte grundsätzlich nicht anspruchsbegründend für den Mitarbeiter sind⁵³. Für die Praxis ist diese Rechtsprechung dennoch maßgeblich und führt dazu, dass ein mögliches Tarifaustrittsszenario – neben der ohnehin extrem wichtigen Untersuchung der Auslegung von etwaigen Bezugnahme Klauseln – immer noch daraufhin zu untersuchen ist, ob Mitbestimmungsrechte einer Umsetzung des Tarifausstiegs entgegenstehen⁵⁴.

50 BAG 8.12. 2009 – 1 ABR 66/08 (Fn. 49); BAG 22.6. 2010 – 1 AZR 853/08, AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; BAG 17.5. 2011 – 1 AZR 797/09, NZA-RR 2011, 644.

51 BAG 22.6. 2010 – 1 AZR 853/08 (Fn. 50); BAG 17.5. 2011 – 1 AZR 797/09 (Fn. 50).

52 Kritisch zu dieser Rechtsprechung auch *Sittard*, in: Henssler/Moll/Bepler (Fn. 46), Teil 14 Rn. 31; *Bauer/Günther*, Änderung der betrieblichen Lohnstruktur – rechtliche und personalpolitische Probleme, DB 2009, 620; *Reichold*, Anmerkung zu BAG 2.3. 2004 – 1 AZR 271/03, AP Nr. 31 zu § 3 TVG.

53 Vgl. unter anderem *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier* (Fn. 4), § 87 BetrVG Rn. 601.

54 Vgl. *Sittard*, in: Henssler/Moll/Bepler (Fn. 46), Teil 14 Rn. 30 ff.

In Hinblick auf unsere Frage des Betriebsrats als „Tarifpolizei“ kann damit resümiert werden, dass den Betriebsräten in Betrieben ohne Tarifbindung des Arbeitgebers gerade im Hinblick auf die Vergütungsordnung sehr weitreichende Kompetenzen zustehen und die Rechtsprechung des BAG ein Abstreifen alter Tarifbindungen faktisch über die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG und mittelbar auch über § 99 BetrVG erheblich erschwert. Der Arbeitgeber ist in einer derartigen Situation darauf angewiesen, Entgeltabsenkungen im alten Entgeltschema durchzusetzen, wozu es sich beispielsweise anbieten kann, nur lineare Absenkungen für Neueintritte vorzunehmen.

V. Schlussthesen

Die Ergebnisse dieses Beitrags lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG macht den Betriebsrat in der Tat faktisch zu einer Art „Arbeitspolizei“ im Betrieb. Dieser kann grundsätzlich die Beachtung aller arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften – sei es auf Grundlage von Gesetz, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung – unter Rückgriff auf diese „arbeitspolizeilichen Ermächtigungsgrundlage“ überwachen. § 80 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BetrVG gibt der „Arbeitspolizei Betriebsrat“ allerdings kaum „polizeiliche Zwangsmaßnahmen“ an die Hand – mehr als einen Unterrichtsanspruch gewährt § 80 Abs. 2 BetrVG dem Betriebsrat hier nicht. Eine weitere Begrenzung ergibt sich, wenn die Rechtsfolgen eines Rechtsverstoßes für den Arbeitnehmer nur günstig sind. Dies ist beispielsweise bei Verstößen gegen das Befristungsrecht (Rechtsfolge: unbefristetes Arbeitsverhältnis) und bei AGB-Verstößen (Rechtsfolge: Unwirksamkeit der Klausel) der Fall. Hier hat der Betriebsrat keine „polizeilichen Kompetenzen“.

2. Bei sogenannten *Internal Investigations* kommt der ordnungsgemäßen Einschaltung der zuständigen Betriebsratsgremien erhebliche Bedeutung zu. Ohne die Beteiligung des Betriebsrats ist eine rechtmäßige Durchführung einer *Internal Investigation* in der Praxis kaum möglich, weil jedenfalls die Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG und häufig auch des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG regelmäßig bestehen. Daher erscheint es im Regelfall empfehlenswert, den Betriebsrat frühzeitig einzubeziehen, um hier eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zu ermöglichen. Ein Arbeitgeber ist zumeist gut beraten, den Betriebsrat zum Compliance-Agenten zu machen. Erfahrungsgemäß lässt sich sagen, dass bei einer frühzeitigen Betriebsratsbeteiligung der Betriebsrat bei *Internal Investigations* auch nicht zum Compliance-Verhinderer wird, sondern vielmehr regelmäßig das Ermittlungsziel durchaus unterstützt. Häufig geht es Betriebsräten bei der Involvierung in *Internal Investigations* in erster Linie darum zu verhindern, dass nur hierarchisch niederrangige Mitarbeiter arbeitsrechtliche Konsequenzen aufgrund der festgestellten Verstöße be-

fürchten müssen, hierarchisch höherrangige Mitarbeiter oder Mitglieder der Unternehmensleitungsorgane hingegen nicht. Bei der Verfolgung dieses durchaus richtigen Zwecks sollte der Arbeitgeber den Betriebsrat unterstützen.

3. Im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung kommt dem Betriebsrat aufgrund der aktuellen Rechtsprechung des BAG durchaus eine Aufgabe als „Arbeitspolizei“ zu. Relevant wird dies insbesondere bei der Durchsetzung des vom BAG postulierten Verbots der dauerhaften Arbeitnehmerüberlassung. Hat sich der Gesetzgeber noch gesträubt, an § 1 Abs. 1 Satz 2 BetrVG („Arbeitnehmerüberlassung erfolgt vorübergehend“) konkrete Rechtsfolgen zu knüpfen, so tut dies das BAG, indem es dem Betriebsrat ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 AÜG zugesteht, wenn es um dauerhafte Arbeitnehmerüberlassung geht. Dies ist rechtspolitisch durchaus interessant, weil hier die „Arbeitspolizei Betriebsrat“ Rechtsfolgenkompetenzen bekommt, deren Setzung sich der Gesetzgeber offensichtlich nicht getraut hat.

4. Die Kompetenzen des Betriebsrats als „Tarifpolizei“ hängen stark davon ab, ob in einem Betrieb Tarifverträge kollektivrechtlich zur Anwendung kommen oder nicht. Praxisrelevant ist hier insbesondere das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Nach Rechtsprechung des BAG können Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG grundsätzlich nicht bestehen, wenn ein einschlägiger Tarifvertrag im Betrieb kollektivrechtlich Anwendung findet, weil dann die Tarifsperre des § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG einschlägig ist. Auf eine kongruente Tarifbindung oder eine Mindestrepräsentativität des nach § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG „sperrenden“ Tarifvertrags kommt es für die Tarifsperre nicht an. Hier ist der Rechtsprechung des BAG zuzustimmen. Der Betriebsrat hat mithin kein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Frage, welcher von verschiedenen möglichen Tarifverträgen in einem Betrieb auf einzelne Außenseiter-Arbeitnehmer (insbesondere im Wege von Bezugnahmeklauseln) anzuwenden ist. Dies gilt jedenfalls, wenn Mitarbeiter nicht durch ihre Gewerkschaftsmitgliedschaft zwingend in einen Tarifvertrag einzugruppieren sind. Anders ist die Situation, und hier kommt dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der „Tarifflucht“ des Arbeitgebers große Bedeutung zu, wenn ein nicht mehr tarifgebundener Arbeitgeber betroffen ist. Hier nimmt das BAG systemfremd ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auch dann an, wenn der Arbeitgeber die alte Tarifbindung an sich tarifrechtlich wirksam abgestreift hat. Faktisch führt dies auch für Neueintritte zu einem Anspruch auf den Tariflohn, der ihnen weder individualvertraglich noch tarifvertraglich zusteht. Hier kann der Betriebsrat eine Gestaltungsrolle wahrnehmen, die ihm an-

sonsten im Bereich des Tarifrechts nicht zukommt und die über rein „polizeirechtliche“ Überwachungskompetenzen klar hinausgeht.

Diskussion

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

Herr *Sittard*, ganz herzlichen Dank für diesen dicht gedrängten, hoch informativen Vortrag, der wirklich alles gespiegelt hat, was wir hier wahrscheinlich hören wollten. Ich darf die Diskussion eröffnen und um Wortmeldungen bitten.

Professor Dr. Georg Caspers, Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg:

Ich würde gerne auf den letzten Punkt zu sprechen kommen. Wir haben in der Tat die etwas abseitige Rechtsprechung des BAG mit der Teilnachwirkung des Tarifvertrags durch § 87 I Nr. 10 BetrVG und folgend auch die Entscheidung vom 18.10. 2011, nach der jetzt der tarifgebundene Arbeitgeber die Nichtgewerkschaftsmitglieder in das Entgeltsystem eingruppieren muss, auch wenn er den Tarifvertrag der Höhe nach, also das tarifliche Entgelt, nicht weitergeben muss. Jetzt haben Sie gesagt – das leuchtet mir ein –, wenn ich einen nachwirkenden Tarifvertrag habe und einen normativ geltenden, muss ich den nehmen, der sperrt. Das ist der normativ geltende. Wenn ich aber im Rahmen der Tarifpluralität mehrere normativ geltende habe, wo gruppiere ich dann die Tarifaußenseiter, also die Nichtgewerkschaftsmitglieder, ein? Führt das nicht die ganze Rechtsprechung in diesem Punkt *ad absurdum*?

Dr. Ulrich Sittard, Freshfields Bruckhaus Deringer Rechtsanwälte, Köln:

Absolut. Da kommt die Rechtsprechung an ihre Grenze. Die Frage wird in der Praxis dadurch besonders kompliziert, dass der Arbeitgeber natürlich selbst im tarifpluralen Betrieb klassischerweise noch eine Bezugnahme-klausel hat, die natürlich die Tarifpluralitätsrechtsprechung meistens noch nicht widerspiegelt. Dann wird die Diskussion ganz spannend, weil die Arbeitnehmerseite sagt: „Ihr müsst eingruppieren und zwar nach dem Günstigkeitsprinzip.“ Dann wird eine Sachgruppendifferenzierung gemacht und es kommt das ganz große Rosinenpicken, dass nämlich die Sachgruppe A aus Tarifvertrag A günstiger ist und die Sachgruppe B aus Tarifvertrag B mit der Konsequenz, dass nachher – so jedenfalls teilweise die Auffassung sowohl von Betriebsräten als auch von Arbeitnehmern – es zu einer großen Mischung eines möglichst günstigen Tarifvertrags kommt.

Das ist auf jeden Fall die Erfahrung, die wir in dem Punkt in der Praxis gemacht haben.

Dr. Mark Zimmer, Gibson, Dunn & Crutcher LLP, München:

Herr *Sittard*, ich habe Sie so verstanden, dass in dem tarifungebundenen Betrieb der Betriebsrat zu beteiligen ist, wenn ich Bezugnahmeklauseln verwende. Dann müsste eigentlich der Amazon-Betriebsrat leichtes Spiel haben, wenn er darauf drängt, dass die Eingruppierung falsch ist, oder? In den Logistik- statt in den Versandhandelstarifvertrag?

Ulrich Sittard:

Aus unserer Sicht gibt es kein Mitbestimmungsrecht bei Bezugnahmeklauseln. Erst einmal muss für eine Eingruppierung ein Mitarbeiter darlegen, dass ein anderer Tarifvertrag für ihn einschlägig ist. Er müsste meines Erachtens in dem Fall auch seine Gewerkschaftsmitgliedschaft nachweisen. Wenn der Arbeitgeber grundsätzlich frei darin ist, auf Grundlage von Bezugnahmeklauseln zu sagen, welcher Tarifvertrag anwendbar ist, dann besteht insoweit auch kein Mitbestimmungsrecht. Es ist kein Fall von § 87 Nr. 10 BetrVG. Es ist dann ein Fall von § 99 BetrVG, wenn der Arbeitgeber wirklich falsch eingruppiert. Das setzt erst einmal voraus, dass nach klassischer Rechtsanwendung der Mitarbeiter in einen anderen Tarifvertrag eingruppiert werden muss. Bei Amazon ist gerade die Frage, in welcher Branche spielen wir denn eigentlich und welcher Tarifvertrag ist maßgeblich? Ohne Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband – die fehlt meines Wissens, ich kenne den Fall nur aus der Presse – ist der Tarifvertrag einfach nicht einschlägig mit der Konsequenz, dass weder § 99 BetrVG noch § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einschlägig sein kann.

Richard Giesen:

Genau zu dieser Frage von Herrn *Zimmer* zwei Fragen von Herrn *Rieble* und von mir: Ich möchte den Fall einmal so modifizieren, dass die Bezugnahmeklausel in den Arbeitsverträgen bei Amazon offen ist und dass insofern auch ein Streit darüber besteht, auf welches Tarifwerk die Regelung im Arbeitsvertrag jeweils verweist und dass dann auf Betriebsratsseite die Meinung vertreten wird, es sei Einzelhandel einschlägig, laut Arbeitgeberseite ist jeweils Logistik einschlägig.

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

Soweit ich das weiß, ist es so, dass Amazon auf gar keinen Tarifvertrag Bezug nimmt, sondern nur in der Vergütungsstruktur die Logistiktarifverträge anwendet. Dann gibt es natürlich keine tariflichen Vergütungsgruppen, die gelten ja gerade nicht, und man kann allenfalls überlegen, ob die Vergütungspraxis eine Art Handhabungsvergütungsgruppe gibt, so dass es ein praktiziertes System gibt, und dann gibt es natürlich auch eine Eingruppierungsmitbestimmung. Aber eben nicht über die vertragsrechtlichen Grundlagen dieses Vergütungsgruppensystems, sondern einfach nur über die Zuordnung des Mitarbeiters: Ist es jetzt einer, der Pakete packt und bekommt deshalb 9,20 €, oder ist es einer der noch Verwaltungsaufgaben bekommt, deshalb erhält er 12,10 €? Aber mehr ist da nicht drin und deswegen ist eigentlich der Amazon-Weg für diejenigen, die sehr eingruppierungswütige Betriebsräte haben, kein schlechter.

Ulrich Sittard:

Genau. Es wäre vielleicht noch einmal mein Credo in diesem Punkt. Der Betriebsrat kann über § 99 BetrVG die richtige Rechtsanwendung verlangen. Bei der Frage, welcher Tarifvertrag maßgeblich ist, hat er kein Mitbestimmungsrecht und kann dementsprechend auch über § 99 BetrVG, wenn der Arbeitgeber frei ist, diesen Hebel nicht benutzen.

Richard Giesen:

Und wenn der Arbeitgeber einheitliche Bezugnahmeklauseln hat in allen Arbeitsverträgen?

Ulrich Sittard:

Dann ist es meines Erachtens eine Frage der Rechtsanwendung, wie diese Bezugnahmeklauseln auszulegen sind, und keine Kompetenz des Betriebsrats. Das ist eine AGB-Frage: Wie ist diese Bezugnahmeklausel auszulegen? Und das Ergebnis ist verbindlich und dort hat der Betriebsrat meines Erachtens schlicht nicht mitzureden.

Dr. Jan Lessner-Sturm, Metro AG, Düsseldorf

Ihre Erfahrungen zu den *internal investigations* und Ihre Thesen dazu teile ich völlig, das sind auch meine Erfahrungen. Sie verwenden hier zweimal den Begriff „Polizei“, einmal Tarifpolizei, einmal Arbeitspolizei in

Bezug auf den Betriebsrat, und einmal den Begriff „Compliance-Agent“. Nun ist es bei der Compliance so, jeder Compliance-Officer wird Ihnen sagen, Compliance ist eine präventive Aufgabe und keine repressive. Wir hatten heute Morgen den Compliance-Begriff als solchen und seine Inhaltsweite. Der schöne deutsche Begriff „Polizei“ ist uns allen geläufiger, aber die Polizei hat – wenn ich mich an das Studium erinnere – auch eine eher präventive Aufgabe als eine repressive. Was waren Ihre Assoziationen zu dem Begriff „Arbeitspolizei“ und „Tarifpolizei“ und der Grund, diese Begriffe zu verwenden?

Ulrich Sittard:

Die Assoziation kommt schlicht und ergreifend von Professor *Rieble*, der gefragt hat: „Ist der Betriebsrat eine Arbeitspolizei?“ Beispielsweise § 80 BetrVG knüpft zumindest auch an einen Verstoß an und sagt dann: „Rechtsfolge des Verstoßes ist, der Betriebsrat darf sich darum kümmern und er darf auf zukünftige Rechtseinhaltung drängen.“ Mehr eben nicht. Insoweit würde ich sagen, die Kompetenz des Betriebsrats ist eine klassische Doppelkompetenz. Auch wenn die Rechtsfolge, die er hat – der Unterrichtsanspruch und das Drängen auf Rechtseinhaltung –, relativ schwach ausgestaltet ist, aber er kann es damit in gewisser Weise ahnden, ohne individualrechtliche Konsequenzen für die Arbeitnehmer ziehen zu dürfen. Er kann aber auch gleichzeitig darauf drängen, dass es zukünftig besser gemacht wird, dass die Compliance-Regeln und das geltende Recht eingehalten werden. Deswegen würde ich sagen: Es ist, wie auch bei der Polizei, eine Doppelrolle.

Richard Giesen:

Nur noch eine kurze Frage von mir: Mich haben Ihre Ausführungen beeindruckt zu den *internal investigations*. Was mich immer ein bisschen umgetrieben hat, ist die Wundervorschrift § 4 Abs. 1 BDSG. Die Betriebsvereinbarung und wohl auch der Einigungsstellenspruch als Norm, die vieles erlaubt. Ich denke einmal, bevor Sie das gemacht haben, haben Sie sich etwas genauer damit beschäftigt. Wird das so bleiben oder meinen Sie, es wird sich irgendwann einmal ändern, dass diese Interpretation herrschend ist?

Ulrich Sittard:

Die eine Frage ist: Was macht der Gesetzgeber? Kommt in der neuen Legislaturperiode eventuell tatsächlich das Arbeitnehmer-Datenschutzgesetz? Wenn es nicht kommt, müssen wir mit § 4 BDSG weiter leben. Ich

habe nicht den Eindruck, dass auf Grundlage des geltenden Rechts massiv infrage gestellt wird, ob die Betriebsvereinbarung eine Rechtsnorm in § 4 BDSG ist. Die spannende Frage ist: Inwieweit kann man damit tatsächlich die Schutzstandards des BDSG unterschreiten? Dort ist die Handhabung, die wir versuchen, damit umzugehen, Vorsicht. Wenn man irgendwo eine Streitfrage im BDSG hat, kann man sie über eine Betriebsvereinbarung entscheiden. Eine komplette Abweichung, bei der man sagt, das ist von den Schutzstandards des BDSG weit entfernt, würde ich einem Mandanten nicht raten auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung zu machen. Abgesehen von dem Fakt, dass das typischerweise auch – außer vielleicht im Rahmen des ganz massiven Kopplungsgeschäfts – mit dem Betriebsrat nicht zu machen ist.

Richard Giesen:

Dann darf ich ganz herzlich danken. Wir sehen uns in 17 Minuten um 15.50 Uhr.

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

Quelle: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), *Compliance im kollektiven Arbeitsrecht* (München 2014), S. 121-156

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 Zustimmungsersetzungsverfahren 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 kündigungsgefährdeten 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

„Machtabgleich 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 Untreue“¹⁹.

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 rechtstreu 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: Louven/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 Böhmer (Fn. 22), S. 62 f.; Habersack, AG 2014, 1, 2; Siegel, 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 Rönau/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 RechtsanwaltsHandbuch, 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 Entscheidungsermessen⁵⁶.

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 *EntschlieÙung*, 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 SanktionsentschlieÙung 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 Garantensstellung 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 Böhmer (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 Böhmer (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 abzumahnen (§ 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 Kollektiv-arbeitsrecht *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 Überwachfunktion 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 Gesellschafts-auflösung 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 Instrukтив *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 Judgment 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 praxisgerecht 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 – höchststrichterliche 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 höchststrichterlichen 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 rechtstreu 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 Rückschau-*fehlern* (*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 *untreurelevante* 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 Instrukтив *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 sogenanntes *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.

Diskussionsteilnehmer

Barst, David – Seite 28, 29, 30, 32, 34, 35

Caspers, Georg – Seite 115

Fischer, Christian – Seite 65, 67, 68, 70

Giesen, Richard – Seite 35, 82, 83, 86, 88, 115, 116, 117, 118, 119, 157, 159,
161

Latzel, Clemens – Seite 157, 158, 161

Lessner-Sturm, Jan – Seite 27, 28, 29, 66, 82, 83, 117, 157, 158

Mößner, Stefan – Seite 29

Reinhard, Barbara – Seite 82, 83, 84, 86, 87

Rieble, Volker – Seite 27, 28, 29, 31, 33, 36, 64, 68, 71, 86, 117, 160

Schack, Axel – Seite 31, 70

Schima, Georg – Seite 84, 159

Seifert, Achim – Seite 69

Sittard, Ulrich – Seite 115, 116, 117, 118

Wolf, Stefan – Seite 30

Zimmer, Mark – Seite 34, 116

Sachregister

ARAG/Garmenbeck-Doktrin 137

Arbeitnehmerüberlassung 89, 104

Arbeitskampf-Compliance 59

Arbeitspolizei 91, 104

Betriebsfrieden 134, 136

Betriebsrat 22, 24, 89, 92, 93, 97, 104, 107, 110, 123

- Arbeitspolizei 91, 104
- Internal Investigation 97
- Kontrollrechte 92, 93
- Lohnfortzahlung 76
- Mitbestimmungsrechte 24, 97, 102
- Rechtsuntreue 123, 124
- Tarifpolizei bei Tarifpluralität 107

Betriebsratsbegünstigung 22, 73, 74, 78

Business Judgement Rule 145

Compliance 25, 42, 61

- Facetten 42
- Kontrolle 25
- Normenpyramide 44

Compliance-Pflicht 49, 59, 126, 129

Compliance-Pflicht arbeitsrechtlicher Koalitionen 49, 59

- Tarifvertrag 59
- Verkehrssicherungspflicht 53, 54
- Verlust von Privilegien 57

Compliance-Praxis 15, 16

Gesellschaftsvermögen 144

Gewerkschaftliche Rechtsberatung 61

Internal Investigations 89, 97

- Anmnestie-Programme 101
- Elektronische Daten 98
- E-Mail-Screening 97
- Ermittlungsmaßnahmen 97
- Final Report 102
- Mitarbeiterinterviews 100
- Mitbestimmungsrecht Betriebsrat 97, 102
- Papierakten 99

Kartellrecht 60

Koalitionsfreiheit 37

Legal Judgement Rule 139

Legalitätspflicht

Mannesmann-Doktrin 147

Non-Compliance 23, 129 (s. auch Rechtsverstoß)

Rechtstreue 48, 123, 124

Rechtsverstoß 23, 121, 126, 129, 130, 133, 149

- Duldung 121, 133, 149

- Sanktionierung 130

- Verfolgung 126, 129, 130

Steuerhinterziehung 78

Social Judgement Rule 121, 151, 155

Soft law 47

Tarifpolizei 107

Tarifvertrag 23, 59, 60, 107, 110

- Kartellrecht 60

- Tarifpluralität 107

- Wettbewerb 23

Untreue 22, 78, 147, 149

- Mannesmann-Doktrin 147

- Duldung von Rechtsverstößen 149

Verkehrssicherungspflicht 53, 54**Wettbewerb 23**

ZAAR Schriftenreihe

Herausgegeben von Volker Rieble, Abbo Junker und
Richard Giesen

ISSN 1863-0847

- Band 1 Zukunft der Unternehmensmitbestimmung
 1. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2004, ISBN 3-9809380-1-8 (ISBN 978-3-9809380-1-3)
- Band 2 Zukunft des Arbeitskampfes
 1. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-2-6 (ISBN 978-3-9809380-2-0)
- Band 3 Zukunft der Arbeitsgerichtsbarkeit
 2. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-3-4 (ISBN 978-3-9809380-3-7)
- Band 4 Robert Lubitz
 Sicherung und Modernisierung der Unternehmensmitbestimmung
 ZAAR Verlag 2005, ISBN 3-9809380-4-2 (ISBN 978-3-9809380-4-4)
- Band 5 Transparenz und Reform im Arbeitsrecht
 2. Ludwigsburger Rechtsgespräch
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-5-0 (ISBN 978-3-9809380-5-1)
- Band 6 Reformdruck auf das Arbeitsrecht in Europa – Wie reagieren nationale Rechtsordnungen?
 3. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 3-9809380-7-7 (ISBN 978-3-9809380-7-5)
- Band 7 Till Brocker
 Unternehmensmitbestimmung und Corporate Governance
 ZAAR Verlag 2006, ISBN 9809380-8-5 (ISBN 978-3-9809380-8-2)

-
- | | |
|---------|---|
| Band 8 | Folgenabschätzung im Arbeitsrecht
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-9809380-9-3 (978-3-9809380-9-9) |
| Band 9 | Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts
3. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2007, ISBN 3-939671-00-2 (978-3-939671-00-8) |
| Band 10 | Unternehmensführung und betriebliche Mitbestimmung
4. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-02-2 |
| Band 11 | Das Grünbuch und seine Folgen – Wohin treibt das europäische Arbeitsrecht?
4. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-03-9 |
| Band 12 | Vereinbarte Mitbestimmung in der SE
5. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2008, ISBN 978-3-939671-04-6 |
| Band 13 | Arbeitsstrafrecht im Umbruch
5. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-06-0 |
| Band 14 | Jan H. Lessner-Sturm
Gewerkschaften als Arbeitgeber
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-07-7 |
| Band 15 | Zukunft der Zeitarbeit
6. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2009, ISBN 978-3-939671-08-4 |
| Band 16 | Kartellrecht und Arbeitsmarkt
6. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-10-7 |
| Band 17 | Bernd Wiebauer
Kollektiv- oder individualrechtliche Sicherung der Mitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-11-4 |
| Band 18 | Neues Arbeitskampfrecht?
7. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-12-1 |

-
- Band 19 Christian A. Velten
Gewerkschaftsvertreter im Aufsichtsrat – Eine
verfassungsrechtliche, gesellschaftsrechtliche und
arbeitsrechtliche Analyse
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-13-8
- Band 20 Arbeitsrecht im Konzern
2. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-14-5
- Band 21 Volker Rieble
Verfassungsfragen der Tarifeinheit
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-15-2
- Band 22 Clemens Latzel
Gleichheit in der Unternehmensmitbestimmung
ZAAR Verlag 2010, ISBN 978-3-939671-16-9
- Band 23 Mindestlohn als politische und rechtliche
Herausforderung
7. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-17-6
- Band 24 Finanzkriseninduzierte Vergütungsregulierung und
arbeitsrechtliche Entgeltsysteme
8. ZAAR-Kongress
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-18-3
- Band 25 Richard Giesen
Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-
Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-19-0
- Band 26 Freie Industriedienstleistung als Alternative zur
regulierten Zeitarbeit
3. ZAAR-Tagung
ZAAR Verlag 2011, ISBN 978-3-939671-20-6
- Band 27 Ausweitung der Tarifmacht – Zugriff auf
Unternehmensautonomie und Marktverhalten
8. Ludwigsburger Rechtsgespräch
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-21-3
- Band 28 Onur Sertkol
Deutsch-Türkische Integration am Arbeitsplatz
ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-22-0

-
- Band 29 Know-how-Schutz im Arbeitsrecht
 9. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-23-7
- Band 30 Volker Rieble/Clemens Latzel
 Wirtschaftsförderung nach sozialen Kriterien
 ZAAR Verlag 2012, ISBN 978-3-939671-24-4
- Band 31 Arbeiten im Alter [von 55 bis 75]
 4. ZAAR-Tagung
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-25-1
- Band 32 Stephan Vielmeier
 Tarifzensur
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-26-8
- Band 33 Funktionswandel der Sozialversicherung – von der
 Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum
 Marktakteur
 10. ZAAR-Kongress
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-27-5
- Band 34 Stephan Serr
 Private Tariftreue
 ZAAR Verlag 2013, ISBN 978-3-939671-29-9