

Regeldurchsetzung im Unternehmen (Compliance) als Systemfrage an der Schnittstelle zwischen Zivil- und Arbeitsrecht

Volker RIEBLE*

I. Compliance: Neue Mode für ein altes Problem

1. Begriff und Funktion

„Compliance“ ist ein aus der Unternehmenslehre der Betriebswirtschaft stammender angelsächsischer Begriff, der ins Deutsche kaum übersetzbar ist.

In der Sache geht es um diejenigen organisatorischen Vorkehrungen, mit denen ein Unternehmen verhindern soll, daß seine Mitarbeiter Rechts- und Regelverstöße begehen. Gemeint ist also eine „organisationale Rechtstreueverantwortung“. Bei näherem Hinsehen handelt es sich um eine verhaltensbezogene Verkehrssicherungspflicht, die die Verantwortung des Unternehmens für das Verhalten der Mitarbeiter im Unternehmensinteresse aufnimmt. Der Unterschied zur klassischen Verkehrssicherungspflicht liegt darin, daß es nicht um objekt- oder produktbezogene Gefahrenabwehr geht, sondern um die Steuerung menschlichen Verhaltens als Gefahrenquelle. Die Verhaltensregeln, deren Befolgung sichergestellt werden soll, dienen vor allem den Interessen Dritter — von der Allgemeinheit (Umweltschutz, lauterer Wettbewerb, soziale Sicherungssysteme) über Lieferanten und Kunden bis zu den Arbeitnehmern. Freilich ist auch der Unternehmenserhalt selbst ein Rechtswert, auch im Interesse der Anteilseigner.

So gesehen ist diese Rechtstreueverantwortung im Kern überhaupt nichts Neues, sondern in der vertragsrechtlichen Verantwortung für Erfüllungsgehilfen und der deliktischen Verantwortung für Verrichtungsgehilfen (§§ 278, 831 BGB) schon immer anerkannt.

Daneben schützt Compliance das Unternehmen selbst und seine Mitarbeiter vor Sanktionen für das zu verhindernde Fehlverhalten — insofern geht es um einen Selbstschutz der Organisation. Verstöße gegen Rechtsregeln können zur Haftung des Unternehmens selbst (Schadensersatz, Vertragsstrafen, im Ausland: punitive damages) und staatlichen Sanktionen gegen das Unternehmen führen (Entzug der Gewerbezulassung, Bußgelder, strafrechtlicher Verfall von Gewinnen, im Ausland auch: echte

* Professor of The Ludwig-Maximilian Universität München.

Unternehmensstrafen); zu denken ist weiter an den durch Rechtsverstöße und deren Verfolgung gefährdeten Ruf, Markt- und Firmenwert.

Auch die Mitarbeiter selbst (vor allem Organmitglieder und Führungskräfte) müssen im Verstoßfall mit persönlicher Haftung gegenüber geschädigten Dritten wie gegenüber dem eigenen Unternehmen und mit staatlichen Sanktionen rechnen und werden durch eine Rechtstreueorganisation geschützt.

Nur ein Beispiel: Das Zusammenwirken von Verkehrssicherungspflicht und Organisationspflicht kann zur persönlichen Haftung der Organmitglieder führen: So hat ein deutsches Obergericht gerade befunden, daß der Geschäftsführer einer Diskothek Kontrollgänge auf dem angemieteten Parkplatz durchführen lassen müsse um dortige Gefahren (hier ein brüchiger Kanaldeckel) von den Besuchern fernzuhalten.¹⁾ Und so hat auch der BGH bereits ausgeführt, daß der Geschäftsführer einer GmbH deliktisch selbst haftet, wenn das Vorbehaltseigentum eines Lieferanten durch Einbau untergeht, weil der Geschäftsbetrieb keine Vorkehrungen gegen die Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt des Lieferanten und Abtretungsverbot mit dem Kunden trifft.²⁾

Compliance ist also in zweiter Linie und als Reflex des primär geschützten Rechtsguts auch Eigenschutz des Unternehmens und seiner Mitarbeiter. Die Funktionen eines (fehlenden) Compliancesystems wurden in Deutschland überdeutlich am **Fall Siemens**: Daß das Unternehmen in Korruptionsaffären verstrickt ist, führt zu Strafverfahren gegen Mitarbeiter — mit der Nebenfolge von Unternehmensbußgeldern und Gewinnverfall.³⁾

Compliance hat eine zweite Dimension, die sich erhellt, wenn der Betrachter den medizin-soziologischen Parallelbegriff berücksichtigt. Compliance zielt dort auf die Therapietreue des Patienten, der sein Verhalten umstellen muß (Medikamenteneinnahme, Diät, Sport). Die „moderne“ Erkenntnis liegt nun darin, daß der Arzt es nicht bei bloßer Information bewenden lassen soll, sondern den Patienten individuell (!) für das richtige therapeutisch sinnvolle Eigenverhalten gewinnen soll. Compliance ist also eine Führungsaufgabe des Arztes — und so ist Compliance im Unternehmen personalwirtschaftlich eine Führungsaufgabe des Vorstandes und der Führungskräfte (also ein „top-down-Prozeß“). So gesehen rechnet Compliance zum Qualitätsmanagement eines Unternehmens — als „Mitarbeiterverhaltensmanagement“. Deswegen rechnet eine Compliance-Organisation auch zur „guten Unternehmensführung“. Das macht die Neufassung des Deutschen Corporate Governance Kodex⁴⁾ deutlich, die Compliance in Nr. 4.1.3 zur Vorstandspflicht erklärt: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“

1) OLG Stuttgart vom 29. 4. 2008 — 5 W 9/08 — NJW 2008, 2514.

2) BGH vom 5. 12. 1989 — VI ZR 335/88 — BGHZ 109, 297 = NJW 1990, 976.

3) BGH vom 29. 8. 2008 — 2 StR 587/07 — NJW 2009, 89.

4) <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/1.html>, abgerufen am 22. 8. 2008.

Aber das ist ein vor allem personalwirtschaftliches Thema.

2. Herkunft aus dem angelsächsischen Rechtskreis: Unternehmensstrafrecht und Verantwortung

Ausgangspunkt der compliance ist die us-amerikanische zivilrechtliche „respondeat superior-Doktrin“, entwickelt 1920 am Fall *Bates vs. Dresser*⁵⁾: Ein Angestellter einer kleinen Bank trieb diese durch Veruntreuungen in den Zusammenbruch; der geschäftsführende Präsident Dresser haftete persönlich, weil er Hinweisen auf mögliche Verfehlungen des Buchhalters nicht nachgegangen ist.⁶⁾

Spezielle gesetzgeberische Akte, die auch für deutsche Unternehmen gelten, sind einmal der Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) von 1977. Er erfaßt Unternehmen die auf dem amerikanischen Markt auch mit Tochtergesellschaften aktiv werden oder deren Aktien an US-Börsen zum Handel registriert sind.⁷⁾ Gefordert ist die Einrichtung und effektive Überwachung des Rechnungswesens zur Korruptionsabwehr; Kontrolle und Sanktion liegen bei der Börsenaufsicht (Security Exchange Commission, SEC). Schärfer noch wirkt der Sarbanes Oxley Act (SOX) von 2002, der explizit die Einführung eines Compliance-Systems fordert⁸⁾ und von der SEC überwacht wird. Auch hier ist Siemens wegen der Zulassung an der NYSE ein Modellfall.

3. Compliance-Regeln im deutschen Recht

Das deutsche Recht — teilweise vorgeprägt durch europäische Vorgaben — kennt unterschiedliche Organisationspflichten mit unterschiedlichem Gefahrenzusammenhang.

Eine grundlegende allgemeine Compliancennorm findet sich nur im Sanktionsrecht: Nach § 130 OWiG⁹⁾ ist es eine mit Geldbuße bis zu 1 Mio. € zu sanktionierende Ordnungswidrigkeit, wenn der Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens eine inhaberbezogene Straftat dadurch ermöglicht, daß er gebotene Aufsichtsmaßnahmen unterläßt. Die Norm setzt eine entsprechende Organisations- und Aufsichtspflicht voraus und schafft sie nicht selbst.

5) *Bates v. Dresser* [1920] 251 U. S. 524, 531.

6) S. a. Fleischer *Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von, Unternehmensangehörigen*, AG 2003, 291 (296).

7) Nietzer, *Die rechtliche Behandlung von Schmiergeldzahlungen in den USA („Foreign Corrupt Practices Act“) und Deutschland*, DAJV-NL 2/98, S. 43 ff.

8) Schneider, *Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung*, ZIP 2003, S. 645 (648).

9) „Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.“

An erster Stelle steht das Unternehmensrecht: § 92a AktG verlangt nur ein Risikomanagement gegen Bestandsgefährdung; in der Literatur wird aus der allgemeinen Verpflichtung des Vorstandes auf das Unternehmensinteresse auch eine allgemeine Schutz- und Organisationspflicht abgeleitet. §§ 289 Abs. 1, 317 Abs. 4 HGB ordnen bilanzrechtlich an, daß der Abschlußprüfer das Überwachungssystem kontrolliert.

Exakter sind bereichsbezogene Gesetze, die Vorkehrungen vor bestimmten Gefahren verlangen. An der Spitze stehen Finanzmarktregeln, die kundenschädliche Interessenkonflikte verhindern wollen: § 25a Kreditwesengesetz verlangt „Regelungen zur Steuerung, Überwachung und Kontrolle der Risiken und der Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen“, „eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation, . . . ein angemessenes internes Kontrollverfahren sowie . . . über angemessene Sicherheitsvorkehrungen für den Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung“ und „angemessene, geschäfts- und kundenbezogene Sicherungssysteme gegen Geldwäsche und gegen betrügerische Handlungen“. Dabei ist bedeutsam, daß hier auch eine konzerndimensionale Organisationspflicht befohlen wird.

In Deutschland liegt ein zweiter Schwerpunkt auf dem Schutz vor **Umweltgefahren**:

§ 52a Bundesimmissionsschutzgesetz verlangt in Abs. 1 eine Umweltschutz-Ressortverantwortlichkeit im Vorstand und schreibt in Abs. 2 eine Mitteilung an die zuständige Behörde über die Betriebsorganisation zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen vor, setzt also eine entsprechende Organisationspflicht voraus. Entsprechendes regelt § 53 Abs. 2 KrW/AbfG für die Abfallbeseitigung. Keine eigene Organisationspflicht, aber einen starken Organisationsanreiz besorgt das neue Umweltschadensgesetz, das die Unternehmen einer umfassenden und verschuldensunabhängigen Sanierungspflicht für von ihnen verursachte Umweltschäden unterwirft.

Als Rechtsbegriff taucht Compliance in § 33 Wertpapierhandelsgesetz auf („**dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion**“). § 14 Geldwäschegesetz verlangt „interne Sicherungsmaßnahmen“ vor allem der Kreditinstitute gegen Geldwäsche, also das Verschleiern von Gewinnen aus schweren Straftaten. Der neue § 64a Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) verlangt „eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation . . . , welche die Einhaltung der von ihnen zu beachtenden Gesetze und Verordnungen sowie der aufsichtsbehördlichen Anforderungen gewährleistet“. ¹⁰⁾ Auch hier formuliert Abs. 2 eine Konzernverantwortlichkeit.

In der allgemeinen Compliance-Diskussion übersehen wird, daß das Arbeitsschutzrecht immer schon vom Arbeitgeber eine besondere Gefahrenabwehrorganisation verlangt, nach dem Arbeitsschutzgesetz vor allem durch Gefährdungsanalyse, Arbeitssicherheitsorganisation, Unterweisungspflicht und arbeitsmedizinische Vorsorge. Eine „moderne“ Compliancepflicht enthält § 12 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): Den

10) Dazu Dreher, Das Risikomanagement nach § 64 a VAG und Solvency II, VersR 2008, 998.

Arbeitgeber trifft eine allgemeine Schutz- und Organisationspflicht vor Belästigung und Diskriminierung; hierzu „soll“ der Arbeitgeber im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung instruieren. Nach Abs. 3 muß der Arbeitgeber auf Verstöße mit Sanktionen gegen den Täter bis hin zur Kündigung reagieren.

II. Allgemeines Rechtsprinzip

Solche lediglich punktuellen Regeln bieten für ein Systemverständnis nur Anhaltspunkte. Compliance als Organisationspflicht muß in das allgemeine Haftungs- und Sanktionensystem eingeordnet werden, um brauchbare Ergebnisse für alle Rechtsverstöße hervorzubringen. Insoweit hilft die Einordnung als eine auf das Mitarbeiterverhalten bezogene Verkehrssicherungspflicht.

Daß Unternehmen (und anderen Organisationen) eine Verantwortung für Mitarbeiterverhalten haben, ist auch nichts Neues.

1. Geschäftsherrenverantwortung

Das deutsche Strafrecht kennt eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, wie sie vor allem in der zentralen Entscheidung des BGH zur strafrechtlichen Produktverantwortung „Leder-Spray“¹¹⁾ deutlich geworden ist: Die Geschäftsführer des Unternehmens sind persönlich verantwortlich dafür, daß das Unternehmen Gesundheitsschäden aus der Verwendung gesundheitsgefährdender Erzeugnisse abwenden — und sei es durch einen Produktrückruf. Auch das Mauerschützenurteil gegen Politbüromitglieder der DDR betont die Täterschaft kraft Herrschaft über „betriebliche“ Organisationsstrukturen.¹²⁾

Auch das Zivilrecht hat die deliktischen Organisations- und Überwachungspflichten intensiv ausdifferenziert, vor allem im Rahmen der Verkehrssicherungs- und Produkthaftungspflichten. Auswahl-, Organisations-, Instruktions- und Überwachungspflichten spielen ebenso im Vertragsrecht eine Rolle — aber nur ergänzend zur Zurechnung von Erfüllungsgehilfenverhalten, § 278 BGB. So brauchte das BAG in seiner Mobbing-Entscheidung vom 25. 10. 2007 auf Organisationspflichten nicht einzugehen, weil der Chefarzt als Vorgesetzter agierte und dessen Pflichtverletzungen gegenüber einem untergebenen Arzt dem Arbeitgeber unmittelbar über § 278 BGB zuzurechnen gewesen sind.¹³⁾ Im Vertragsrecht spielt deshalb die eigene Organisationspflicht nur dort eine Rolle, wo die Zurechnung der Pflichtverletzung des Erfüllungsgehilfen scheitert — etwa bei Kameradendiebstählen.

11) BGH vom 6. 7. 1990 — 2 StR 549/89 — BGHSt 37, 106 ff. = NJW 1990, 2560.

12) BGH vom 26. 7. 1994 — 5 StR 167/94 — BGHSt 40, 241 = NJW 1994, 2708; dazu eingehend Große Vorholt Wirtschaftsstrafrecht 2. Auflage (2007) Rn. 24 ff.

13) BAG vom 25. 10. 2007 — 8 AZR 593/06 — NZA 2008, 223 = EzA § 611 BGB 2002 Persönlichkeitsrecht Nr. 7.

Erklärungsbedürftig ist allerdings der Rechtsgrund für diese umfassende Rechtstreue-Organisationspflicht. Verkehrssicherungs- und Produkthaftungspflichten setzten typischerweise an besonders zu schützenden Rechtsgütern an — vor allem Leben und Gesundheit. Für eine Organisationspflicht im Dienst der Rechtstreue läßt sich zuerst anführen, daß diese in jedem Rechtsstaat einen eigenen Wert hat, ja selbst Rechtsgut ist. Zudem enthält jede zu beachtende Rechtsnorm einen Befehl an das Unternehmen — nicht nur selbst die Norm dadurch zu beachten, daß Verstoßverhalten unterbleibt, sondern auch die eigene Organisation so zu betreiben, daß Mitarbeiter keine Verstöße begehen. Erstaunlicherweise ist dieses Grundprinzip in der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung anerkannt: Ein Unterlassungstitel, der nach § 890 ZPO vollstreckt wird, kann den Unterlassungsschuldner auch zu aktiven Einwirkungsmaßnahmen gegen Dritte verpflichten. So muß der Vermieter aktiv dafür sorgen, daß ein anderer Mieter keinen unzulässigen Wettbewerb betreibt¹⁴⁾ und so muß der Nachbar auf Lieferanten einwirken, die mit laufendem Motor vor dem Grundstück stehen.¹⁵⁾ Auch für das Arbeitskämpfrecht ist anerkannt, daß die Friedenspflicht die Gewerkschaft primär zur Unterlassung von Kampfmaßnahmen verpflichtet, aber gerade auch zur Einwirkung auf eigene Mitglieder, unzulässige Kampfmaßnahmen aufzugeben.¹⁶⁾ Die Organisationspflicht ist also sekundäre Begleitpflicht zur Erfüllung der primären Normbefolgungspflicht.

Ein zweiter Gedanke aus dem Bereich der Verkehrssicherungspflicht kommt hinzu: Die Gefahrenverursachungsverantwortung (Ingerenz). Arbeitsteiliges Wirtschaften ist eine Gefahrenquelle gerade für die Normbefolgung. Der Normadressat hat ein gewisses Eigeninteresse, den an ihn gerichteten Normbefehl zu beachten. Für seine Mitarbeiter gilt das nicht, eine fremde Pflicht zählt weniger als die eigene. Das ist letztlich nur ein Sonderfall des Prinzipal-Agenten-Problems¹⁷⁾: Der Agent der für seinen Geschäftsherrn (Prinzipal) handelt, neigt dazu pflichtwidrig eigene Interessen über diejenigen des Prinzipals zu stellen.

Während das Unternehmen als Prinzipal ein Eigeninteresse an der Normbefolgung hat, kann beim Mitarbeiter Desinteresse oder gar ein konfligierendes Eigeninteresse dominieren. Dieser Systemschwäche muß der Prinzipal durch organisatorische Vorkehrungen begegnen.

2. keine „Privatisierung“ polizeilicher Aufgaben

Eine weitreichende Normbefolgungsverantwortung der Unternehmen sieht sich dem Einwand ausgesetzt, hier würden staatliche Gefahrenabwehraufgaben auf Private

14) BGH vom 13. 12. 1995 — XII ZR 161/95 — NJW-RR 1996, 460.

15) BGH vom 30. 10. 1981 — V ZR 191/80 — NJW 1982, 440.

16) Eingehend *Wallisch* Die tarifvertraglichen Einwirkungspflichten (1998) S. 37 f.

17) Dazu nur *Berle/Means*, *The Modern Corporation and Private Property* (1962); *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 3. Auflage (2003) S. 135 ff, 164.

übertragen. In der Tat steht die öffentlich-rechtliche Polizeiverantwortung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung und damit auch für die Normbefolgung.

Compliance hingegen aktiviert die Eigenverantwortung des Gefahrenverursachers für die präventive Gefahrenbekämpfung. Dafür mögen zwar auch die Ineffektivität polizeilicher Kontrollen und ein gewisses Staatsversagen bei der Normdurchsetzung ein Motiv sein.

In der Sache indes konkurrieren privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Störerhaftung von vornherein. Wer den Organisationsverantwortlichen im Unternehmen für die Normbefolgung verantwortlich macht, folgt dem Verursacherprinzip. Zurechnungsgrund ist die Organisationsherrschaft und das Setzen einer Gefahrenquelle in der arbeitsteiligen Organisation. Wer Gehilfen einschaltet und dadurch die Gefahr der Normignoranz erhöht, ist zu Gegenmaßnahmen verpflichtet.

Im Gegenteil steht also die Rechtstreue-Organisationsverantwortung im Dienst des Subsidiaritätsprinzips und verwirklicht den Vorrang der Selbststeuerung vor dem Staatszugriff.

Das heißt indes nicht, daß der Einwand völlig unbeachtlich wäre: Eine eigene Organisationsverantwortung ist grundsätzlich auf die eigene Organisation beschränkt. Sobald dem Unternehmen eine Überwachungsverantwortung gegenüber Dritten auferlegt wird, bedarf es hierzu einer besonderen Rechtfertigung — insbesondere einer konkreten Gefahrerhöhung.

Fragwürdig von diesem Hintergrund ist zuerst die Konzern-Compliance.¹⁸⁾ Daß eine Obergesellschaft für jedwede Normbefolgung in Tochtergesellschaften (mit)verantwortlich sein soll, läßt sich nicht begründen. Die Rechtsordnung anerkennt mit der juristischen Person zugleich grundsätzlich deren Eigen- und Alleinverantwortlichkeit. Compliance-verpflichtet für eine Tochtergesellschaft ist also zunächst deren Vorstand oder Geschäftsführung; in der Tochtergesellschaft freilich ist die Mutter als Gesellschafter eingebunden und insofern über ihre internen Aufsichtsbefugnisse (Gesellschafterversammlung in der GmbH) mitverantwortlich. Als Obergesellschaft hat sie noch eine gewisse Eigenverantwortung für den Vermögenswert, den die Anteile der Töchter bedeuten. Nur wenn die Obergesellschaft konkrete Leitungsmacht ausübt, muß sie die hierdurch ausgelösten Gefahren auch bei der Tochter kontrollieren.

Noch schwieriger ist die Verantwortung für Kunden und Lieferanten sowie Subunternehmer. Daß etwa ein Generalunternehmer einer Bürgenhaftung für Mindestlohnzahlung bei Subunternehmern unterliegt,¹⁹⁾ läßt sich nicht mehr als organisationale Eigenverantwortung begreifen: Die interne Lohnzahlung beim Subunternehmer ist keine Frage der Organisationsverantwortung des Auftraggebers, sondern fällt in die Eigenverantwortung des Subunternehmers als Arbeitgeber. In der

18) Dazu Fleischer, Corporate Compliance im aktienrechtlichen Unternehmensverbund, CCZ 2008, 1 ff.

19) BAG vom 6.11. 2002 — 5 AZR 617/01 (A) — NZA 2003, 490.

Auftragsvergabe liegt auch kein „gefährerhöhendes Moment“: Kein gewerblicher Auftraggeber ist gehalten, seine Aufgabe vollständig selbst mit eigener (Arbeits-) Organisation zu erfüllen. Daß der Generalunternehmer seinem Auftraggeber auch für Fehler der Subunternehmer nach § 278 BGB haftet, liegt am umfassenden Leistungsversprechen, das er abgegeben hat. Eine Rechtstreuegarantie auch für den Subunternehmer begründet dies nicht. Sehr weit geht deshalb die Entscheidung des BGH vom 6. 5. 2008²⁰⁾: Die Bank muß einen Kunden vor dem anderen warnen, wenn sie aufgrund massiver Anhaltspunkte den Verdacht hegen muß (objektive Evidenz) daß im bargeldlosen Zahlungsverkehr eine Straftat begangen werden soll.

Überhaupt nur mit arbeitsrechtlichen Schutzgedanken für die Person des Arbeitnehmers begründen läßt sich die Pflicht des Arbeitgebers, nach § 12 Abs. 4 AGG auch gegen Kunden und Lieferanten einzuschreiten, die seine Arbeitnehmer (sexuell) belästigen. Zu weit gehen meines Erachtens Bundesarbeitsgericht und Bundesverfassungsgericht, wenn sie den Arbeitgeber dafür haften lassen, daß die staatliche Arbeitsvermittlungsstelle eine Ausschreibung in geschlechtsdiskriminierender Weise vollzieht²¹⁾.

Immerhin kann eine gemeinsame Arbeitsorganisation mehrerer Unternehmen an den Schnittstellen zusätzliche Gefahrenquellen schaffen. Deswegen führt die „Zusammenarbeit mehrerer Arbeitgeber“, nach § 8 Arbeitsschutzgesetz zu einer besonderen Arbeitsschutzverantwortung. Und auch die Eingliederung von Zeitarbeitnehmern in die Arbeitsorganisation des Entleihers macht diesen im Arbeitsschutz gefahrenabwehrpflichtig.

III. Konkretisierung als Anwendungsproblem

Das eigentliche Problem der Organisationsverantwortung liegt nicht im „Ob“, sondern im „Wie“. Keine Compliance-Regelung gibt den Unternehmen vor, welche konkreten Maßnahmen sie zur Rechtstreue-Steuerung durchzuführen haben. Wie bei der Verkehrssicherungspflicht liegt also das eigentliche Rechtsproblem in der Konkretisierung der abstrakt-generellen Sicherungspflicht zu konkret-individuellen Maßnahmen.

Insofern kann die Rechtsordnung nur ein allgemeines Schema vorgeben — wie ein Unternehmen als Organisation konkret zur Mitarbeitersteuerung vorgeht, bleibt ihm überlassen. Die Rechtsordnung kann nur unzureichende Maßnahmen beanstanden, aber kein konkretes Compliance-Konzept vorgeben. Selbst das intensive regulierende Arbeitsschutzgesetz kann nur Elemente eines Gefahrenabwehrprogramms formulieren, aber keine konkrete Verhaltensvorgabe.

Konkretisierung in diesem Sinne muß das Unternehmen gerade im Verhältnis zu den

20) — XI ZR 56/07 — NJW 2008, 2245.

21) BVerfG (Kammer) vom 21. 9. 2006 — 1 BvR 308/03 — NZA 2007, 195 = EzA § 611a BGB 2002 Nr. 4 = AP Nr. 24 zu § 611a BGB in Bestätigung des BAG-Urteils vom 5. 2. 2004 — 8 AZR 112/03.

Mitarbeitern leisten: Ein Mitarbeiter kann sein konkretes Arbeitsverhalten in aller Regel nicht an abstrakten Rechtsnormen ausrichten — er bedarf der Instruktion dahin, wie er sich im Unternehmenssinne konkret normgetreu zu verhalten hat. Deswegen kann ein Unternehmen sich auch mit Ethikrichtlinien („business conduct guidelines“), die letztlich nur das allgemeine Normgebot unternehmensintern wiederholen, von seiner Instruktionspflicht nicht freizeichnen.

Die gängigen Compliance-Ansätze folgen letztlich einem Dreischritt: Gefahrenanalyse — Prävention — Repression.

- Gefahrenanalyse meint mit Blick auf die Rechtstreueverantwortung zunächst und zuerst die abstrakte und umfassende Ermittlung der maßgeblichen Rechtsbefehle inländischer und ausländischer Rechtsordnungen. Sodann folgt die Schadenspotentialanalyse anhand der Unternehmenstätigkeit und schließlich die organisationsbezogene Schwachstellenanalyse.
- Prävention meint vor allem die Verbesserung der eigenen Unternehmensorganisation. Dabei geht es nicht nur um eine spezielle Compliance-Organisation, die im Unternehmen quasi-polizeilich agiert (ggf. mit einer Whistleblowing-Stelle und einem externen Ombudsmann) aktivieren, sondern vor allem um eine Verbesserung der Arbeitsabläufe innerhalb der Arbeitsorganisation (Vier-Augen-Prinzip, konkrete Arbeitsschutzmaßnahmen etc) und schließlich die Mitarbeiterinformation und -führung, aber auch die präventive Kontrolle von Mitarbeiterverhalten. Das alles läßt sich auch als Organisationspflicht im Risiko- und Qualitätsmanagement begreifen.
- Die Repression schließlich erfaßt die Reaktion des Unternehmens auf Normverstöße. Neben der Aufklärung und Nachforschung (die zugleich organisationale Prävention gegen künftige Verstöße ermöglicht) stehen Sanktionen im Vordergrund: Pflichtwidrig handelnde Mitarbeiter müssen gemäßregelt werden, notfalls muß sich das Unternehmen auch von ihnen trennen.

Der BGH verpflichtet die Unternehmen (konkret den Aufsichtsrat) den in seiner der „ARAG-Garmenbeck“-Entscheidung²²⁾ grundsätzlich dazu, Schadensersatzansprüche gegen den pflichtwidrig handelnden Vorstand durchzusetzen. Die Entscheidung ist nicht auf Pflichtverstöße von Organmitgliedern beschränkt, sondern gilt für alle Mitarbeiter.

Daß erhebliche Rechtsverstöße durch Mitarbeiter die Kündigung gebieten können, sagen arbeitsrechtliche Vorschriften vereinzelt: so § 104 BetrVG, § 12 Abs. 3 AGG. Die Pflicht zu sorgfältiger Personalauswahl endet nicht mit der Einstellung.

22) BGH vom 21. 4. 1997 — II ZR 175/95 — BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 = DZWIR 1997, 322; dazu *Paefgen*, Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgement Rule im künftigen UMAG, AG 2004, 245, 247 ff; *Fischer*, Der Entscheidungsspielraum des Aufsichtsrats bei der Geltendmachung von Regreßansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, BB 1996, 225 und *Große Vorholt*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. (2007), Rn. 496 ff.

IV. Compliance und Arbeitsrecht

1. Arbeitsrecht als Schutzgut

Wie jedes andere Rechtsgebiet spielt das Arbeitsrecht als Schutzgut eine Rolle. Das betrifft selbstredend zunächst die Strafnormen und Bußgeldtatbestände wie die Betriebsratsbegünstigung des § 119 BetrVG — deren Probleme im VW-Fall Hartz/Volkert offenbar geworden sind. Sondernormen finden sich im Arbeitszeitgesetz und im Arbeitsschutzgesetz, aber auch im Bereich des Datenschutzes. Wegen der explizit angeordneten Organisationsverantwortung spielen Arbeitsschutz und der Belästigungsschutz nach dem AGG eine Sonderrolle. Die Rufschädigung als Arbeitgeber legt eine gewisse Mobbing-Prävention nahe.

Extreme Schwierigkeiten bereitet die Handhabung moderner, also flexibler Entgeltsysteme: Die falsche Lohnberechnung ist selbstredend kein besonderes Unrecht. Weil aber der vom Arbeitgeber zu leistende Beitrag zu den Sozialversicherungssystemen sich nicht nach dem gezahlten, sondern dem objektiv geschuldeten Entgelt bemißt und die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266a StGB strafbar ist, kann die fehlerhafte Handhabung eines variablen Entgelts in die Strafbarkeit münden. Eventualvorsatz und bewußte Fahrlässigkeit sind nur schwer abzugrenzen.

Das Arbeitsrecht als Schutzgut einer organisationalen Rechtstreueverantwortung spielt keine Sonderrolle im Verhältnis zu anderen erfaßten Rechtsnormen. Besonders ist allenfalls die vorbildliche Regelung der Präventionspflichten im Arbeitsschutzrecht.

2. Betriebsrat als Compliance-Helfer ?

Der Betriebsrat hat im System der deutschen Mitbestimmung selbst Überwachungsaufgaben: Zentral ist § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, der dem Betriebsrat als allgemeine Aufgabe zuweist: „darüber zu wachen, dass die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt werden“. Auch bei Einstellung und Versetzung überwacht der Betriebsrat nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG, ob „die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz, eine Verordnung, eine Unfallverhütungsvorschrift oder gegen eine Bestimmung in einem Tarifvertrag oder in einer Betriebsvereinbarung oder gegen eine gerichtliche Entscheidung oder eine behördliche Anordnung“ verstößt. Nach § 104 BetrVG kann der Betriebsrat die Entfernung betriebsstörender Arbeitnehmer durch Kündigung oder Versetzung verlangen, wenn diese „insbesondere durch rassistische oder fremdenfeindliche Betätigungen, den Betriebsfrieden wiederholt ernstlich gestört“ haben.

Indes: Der Betriebsrat agiert nicht zum Schutz der Rechtsordnung, sondern allein zum Schutz der Belegschaft. Es handelt sich um ein zusätzliches Arbeitnehmerschutzinstrument; der Betriebsrat ist keine „Betriebspolizei“ im Allgemeininteresse. Der

Arbeitgeber wird in seiner Eigenverantwortung durch den Betriebsrat nicht entlastet.

Lediglich faktisch kann der Betriebsrat eine positive Rolle in der Compliance-Organisation des Arbeitgebers spielen: Wirkt er — auch im Rahmen seiner Mitbestimmungsrechte — an den Regeln für betriebliche Compliance-Konzepte mit, so kann dies die Akzeptanz in der Belegschaft für die mit einem solchen Regelsystem verbundenen beschränkungen steigern. Da der Betriebsrat auch Beschwerdestelle für die Arbeitnehmer ist, kann er auch positiv in die Compliance-Organisation eingebunden werden.

3. Mitarbeiterschutz vor Compliance-Maßnahmen

Die eigentliche Bedeutung gewinnt das Arbeitsrecht als mitunter lästiges „Compliance-Hindernis“.²³⁾ Die Rechtstreueorganisation des Unternehmens zielt auf Mitarbeiterverhalten im Arbeitgeberinteresse. Das Arbeitsrecht aber schützt den Arbeitnehmer gerade vor dem umfassenden Zugriff des Arbeitgebers. Das Präventionsinteresse des Unternehmens ist kein allgemeiner Rechtfertigungsgrund.

Das Arbeitsrecht schützt den Arbeitnehmer vor Belastungen mit Compliance-Pflichten auf drei grundsätzlichen Wegen:

- Erstens bedarf jede Mitarbeiterpflicht einer eindeutigen Rechtsgrundlage. Das kann der Arbeitsvertrag, seine Konkretisierung durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers, Arbeitsvertrag aber auch Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag oder Gesetz sein. Ohne eine solche Grundlage ist der Arbeitgeber nicht handlungsfähig.
- Zweitens schützt die Mitbestimmung des Betriebsrats die Arbeitnehmer — sowohl vor allgemeinen Verhaltenspflichten wie vor Kontrollmaßnahmen.
- Drittens schließlich gibt es zum Schutz des Arbeitnehmers absolute Grenzen — sowohl für Verhaltenspflichten als auch in Ansehung von Kontrollmaßnahmen, vor allem um das Persönlichkeitsrecht zu schützen.

Diese Einschränkungen betreffen unterschiedliche Ebenen einer Compliance-Organisation:

a. Mitbestimmung bei Verhaltensregeln

Ein Standardinstrument sind Verhaltensrichtlinien für die Mitarbeiter.

Ein gesetzliches **Compliance-Gebot** kann die Mitbestimmung nicht ernstlich einschränken: Ist es im deutschen Recht enthalten (oben I. 3), so ist stets nur das „Ob“ vorgegeben — nicht aber die konkreten Inhalte; deswegen bleibt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG über „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ erhalten. Dem Betriebsrat ist nur ein „prinzipielles Nein“ verwehrt. Soweit das deutsche Gesetz einzelne Verbote abschließend regelt, darf der Arbeitgeber diese mitbestimmungsfrei in seine Ethikrichtlinie aufnehmen —

23) Dazu *Mengel/Hagemeister*, Compliance und arbeitsrechtliche Implementierung im Unternehmen, BB 2007, 1386; *Zimmer/Stetter*, Korruption und Arbeitsrecht, BB 2006, 1445; *Samson/Hamburg*, Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität im und durch Unternehmen, DB 2007, 1684.

so etwa, wenn das Korruptionsverbot des § 299 StGB wiederholt wird. Sobald allerdings in der Ethikrichtlinie eine eigenständige Konkretisierung vorgenommen wird, etwa die Festlegung einer Bagatellgrenze (Essenseinladung, Werbegeschenke), kann sich der Arbeitgeber nicht auf die Gesetzesvorgabe berufen.

Von vornherein kein mitbestimmungshinderndes „Gesetz“ im Sinne vom § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG sind ausländische Vorgaben. Daß der SOX ein whistleblower-System fordert, kann den deutschen Betriebsrat nicht binden und nicht daran hindern, Bedenken gegen ein System der anonymen Denunziation zu erheben. Die SEC akzeptiert inzwischen solche deutschen Rechtsvorgaben.

Zweite entscheidende Mitbestimmungsgrenze ist die Unterscheidung zwischen **Arbeitsverhalten und Ordnungsverhalten**. Soweit der Arbeitgeber mit seinen Anordnungen nur Arbeitsweisungen zur Konkretisierung der Arbeitspflicht ausspricht, ist das mitbestimmungsfrei. Hierher rechnen etwa Dokumentationspflichten, das Vier-Augen-Prinzip, Geheimhaltungsvorgaben und der Umgang mit Arbeitgeber-Eigentum.

Alle Formalien — wie formalisierte Meldepflichten hingegen — sind mitbestimmungspflichtig,²⁴⁾ auch wenn sie nur „unverbindliche“ Verhaltensempfehlungen bedeuten.²⁵⁾ Dabei stellen sich vielfache Einzelfragen, etwa ob die für Diskriminierungsvorwürfe zuständige Beschwerdestelle nach dem AGG mitbestimmungspflichtig ist, die Einrichtung einer Telefon-Hotline oder die Bestellung eines externen Ombudsmanns.

b. Schutz der Privatsphäre

Der Arbeitgeber darf grundsätzlich nicht in die Privatsphäre des Arbeitnehmers eingreifen. Auch eine Zustimmung des Betriebsrats kann hierzu nicht ermächtigen.

Grundsätzlich unzulässig ist deshalb die verdeckte Videoüberwachung,²⁶⁾ das Mithören oder Mitschneiden von Telefongesprächen (verboten nach § 201 StGB) und die Kontrolle privater email-Korrespondenz oder privaten Internetsurfens.²⁷⁾ Nur wenn der dringende Verdacht schwerer Straftaten besteht, kann dies ausnahmsweise gerechtfertigt sein.

Vollkommen ausgeschlossen sind im deutschen Recht Verbote von Liebesbeziehungen zwischen Belegschaftsangehörigen, wie sie Wal-Mart nach us-amerikanischem Prüderie-Vorbild einführen wollte.²⁸⁾

Keine Frage der Privatsphäre hingegen sind Nebentätigkeiten, Privatkontakte zu

24) LAG Hessen 18. 1. 2007 — 5 TaBV 31/06 — CCZ 2008, 73.

25) BAG 18. 4. 2000 — 1 ABR 22/99 — NZA 2000, 1176.

26) BAG 27. 3. 2003 — 2 AZR 51/02 — EzA § 611 BGB 2002 Persönlichkeitsrecht Nr. 1 = AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 36 = NZA 2003, 1193; BAG 29. 6. 2004 — 1 ABR 21/03 — EzA § 611 BGB 2002 Persönlichkeitsrecht Nr. 2 = NZA 2004, 1278 = AP § 87 BetrVG 1972 Überwachung Nr. 41.

27) Dazu Wolf/Mulert, Die Zulässigkeit der Überwachung von E-mail-korrespondenz am Arbeitsplatz BB 2008, 442, 444; der Zugriff auf dienstliche Korrespondenz ist hingegen unbegrenzt zulässig; die Nutzung steht dem Arbeitgeber zu.

28) LAG Düsseldorf 14. 11. 2005 — 10 TaBV 46/05 — .

Geschäftspartnern oder die Vermögensanlage des Arbeitnehmers, soweit hierdurch konkrete Interessenkonflikte entstehen können. Das hat das BAG für Redakteure einer Wirtschaftszeitung entschieden, um die Unabhängigkeit der Berichterstattung zu gewährleisten.²⁹⁾

c. Arbeitsrecht als Kontrollgrenze

Von vornherein ausgeschlossen ist die Überwachung von Arbeitnehmervertretern, also Mitglieder von Betriebsräten und Sprecherausschüssen hinsichtlich ihrer Amtsführung.

Ansonsten bewirkt schon die Privatsphäre der Arbeitnehmer und deren Persönlichkeitsrecht eine intensive Kontrollgrenze. Ergänzt wird dies durch den Datenschutz.

Die verbleibenden Kontrollbefugnisse werden durch die Mitbestimmung des Betriebsrats bei technischen Kontrolleinrichtungen nach §§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG begrenzt,³⁰⁾ etwa wenn der Arbeitgeber Dienstemails der Arbeitnehmer kontrollieren oder Dienstgespräche über die Telephonanlage erfassen will.³¹⁾ Mitbestimmungsfrei bleibt die menschliche Überwachung, insbesondere durch Privatdetektive (soweit diese nicht im Auftrag des Arbeitgebers technische Überwachungsmittel einsetzen).³²⁾

Besonders Augenmerk gilt den Mitwirkungspflichten der Arbeitnehmer. Will der Arbeitgeber Verdachtsfälle aufklären, so ist er vielfach auf die Mitwirkung der Mitarbeiter angewiesen: Im Grundsatz trifft den Arbeitnehmer auch eine umfassende Informationspflicht als Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis.

Sie endet freilich, wenn der Arbeitnehmer sich selbst einer Straftat bezichtigen müßte. Der strafrechtliche *nemo-tenetur*-Grundsatz schlägt auf das Arbeitsverhältnis durch und macht die Auskunfterteilung unzumutbar gem. § 275 Abs. 3 BGB.³³⁾ Das BVerfG hält es zwar für zulässig, daß das Selbstbeichtigungsverbot durch Gesetz eingeschränkt wird — aber nur um den Preis eines strafprozessualen Verwertungsverbotes (wie in § 93 Insolvenzordnung) — weil der Auskunftsverpflichtete sonst mittelbar an seiner eigenen strafrechtlichen Verfolgung mitwirken müßte.³⁴⁾

29) BAG 28. 5. 2002 — 1 ABR 32/01 „Handelsblatt“ — EZA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 29 = AP Nr. 39 zu § 87 BetrVG 1972 = NZA 2003, 166.

30) Dazu *Junker/Band/Feldmann*, Neue Kommunikationsmittel und Rechte des Betriebsrats, BB 2000 Beilage Nr. 10, 14 ff; *Raffler/Hellig*, Unter welchen Voraussetzungen ist die Überwachung von Arbeitnehmer-E-mails zulässig?, NZA 1997, 862.

31) BAG 27. 5. 1986 — 1 ABR 48/84 — EZA § 87 BetrVG 1972 Kontrolleinrichtung Nr. 16 = NZA 1986, 643.

32) BAG 26. 3. 1991 — 1 ABR 26/90 — EZA § 87 BetrVG 1972 Überwachung Nr. 1 = NZA 1991, 729.

33) *Stürner*, Anmerkung zu BGH vom 4. 7. 1975 — I ZR 115/73, JZ 1976, 320, 322 f.; *derselbe*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, (1976), S. 193 ff. und *Rieble*, Schuldrechtliche Zeugenpflicht von Mitarbeitern, ZIP 2003, 1273, 1277. Allgemein *Bosch*, Aspekte des *nemo-tenetur*-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, (1998), S. 46 ff.

34) BVerfG vom 13. 1. 1981 — 1 BvR 116/77 — BVerfGE 56, 37 = JZ 1981, 303 = NJW 1981, 1431 „Selbstbeichtigung des Gemeinschuldners“ für den damaligen § 100 KO.

Daneben dürfen materiell-rechtliche Auskunftsansprüche nach der Ansicht des Bundesarbeitsgerichts nicht die gesetzlich vorgegebene Verteilung der Darlegungs- und Beweislast im Prozeß verschieben dürfen. Das bedeutet insbesondere, daß der Arbeitnehmer — soweit nicht besondere rechtliche Grundlagen dafür bestehen — **nicht verpflichtet sein darf, außergerichtliche Erklärungen zu möglichen Kündigungsgründen abzugeben.**³⁵⁾

d. Arbeitsrecht als Vollzugsgrenze in der Repression

Compliance verlangt nach repressiven Maßnahmen; das Arbeitsrecht schützt vor eben diesen.

[1] Kündigungsschutz

Insbesondere der Kündigungsschutz läßt es nicht zu, daß der Arbeitnehmer „aus Compliance-Gründen“ gekündigt wird. Großzügig ist das Arbeitsrecht bei vorsätzlichen Straftaten zu Lasten des Arbeitgebers, vor allem, wenn diese das erforderliche Vertrauen zerstören. Auch Straftaten mit **Bezug zum Arbeitsverhältnis** (etwa durch Drittschädigung) rechtfertigen grundsätzlich die Kündigung, vor allem wenn der Arbeitnehmer im Dienst Straftaten zu Lasten Dritter begeht.³⁶⁾

Dagegen ist die Rechtsprechung hart, wenn es um Straftaten im außerdienstlichen Bereich geht. Mitunter soll der Arbeitgeber sogar gehalten sein, eine Straftat des Arbeitnehmers zu überbrücken, um diesen weiterbeschäftigen zu können; der Arbeitgeber wird so zum Resozialisierungshelfer, von Rechts wegen.³⁷⁾

Das deutsche Arbeitsrecht erlaubt in den Fällen der vorsätzlichen Straftat mit Dienstbezug nicht nur die Tat Kündigung — wegen erwiesener Straftat (aber ohne Bindung an das Strafurteil) — sondern auch die Verdachtskündigung wegen des durch hinreichende Tatsachen begründeten Verdachts einer solchen.³⁸⁾

Dabei ist freilich eine Besonderheit des Kündigungsrechts zu beachten: Sein ultima-

35) BAG vom 7. 9. 1995 — 8 AZR 828/93 — EzA § 242 BGB Auskunftspflicht Nr. 4 = AP Nr. 24 zu § 242 BGB Auskunftspflicht = NZA 1996, 637.

36) Statt vieler: BAG vom 3. 7. 2003 — 2 AZR 437/02 — EzA § 1 KSchG Verdachtskündigung Nr. 2 = AP BGB § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 38 = NZA 2004, 307 für einen Untreuefall. Zur fristlosen Kündbarkeit in Schmiergeld- und Korruptionsfällen grundlegend BAG vom 17. 8. 1972 — 2 AZR 415/71 — AP Nr. 65 zu § 626 BGB; auch BAG vom 17. 3. 2005 — 2 AZR 245/04 — NZA 2006, 101 = EzA § 626 BGB 2002 Nr. 9 für einen bestechlichen Baudezernenten; BAG vom 15. 11. 1995 — 2 AZR 974/94 — EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 89 = AP Nr. 73 zu § 102 BetrVG 1972 = NZA 1996, 419: langjährige Annahme von beträchtlichen Schmiergeldern; BAG vom 21. 6. 2001 — 2 AZR 30/00 — EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 7 = NZA 2002, 232 (nur LS) gleichfalls für Korruption im öffentlichen Dienst; weiter BAG vom 6. 11. 2003 — 2 AZR 631/02 — EzA § 626 BGB 2002 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 2 = AP Nr. 39 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung = NZA 2004, 919: Hehlerei des Arbeitnehmers mit gestohlenen Handys.

37) Etwa BAG vom 9. 3. 1995 — 2 AZR 497/94 — NZA 1995, 777.

38) Hoefs, Die Verdachtskündigung, (2001), S. 150 f. Strenger MünchArbR/Berkowsky, Bd. II, 2. Aufl. (2000), § 144 Rn. 5, der eine Verdachtskündigung nur gerechtfertigt sieht, wenn Straftaten gegen Arbeitgeber, Mitarbeiter und Geschäftspartner in Rede stehen.

ratio-Prinzip fragt nur danach, ob das Arbeitsverhältnis mit gerade dem gekündigten Arbeitnehmer in der Zukunft fortgesetzt werden kann. Die Kündigung ist aus arbeitsrechtlicher Sicht gerade keine Sanktion für vergangenes Fehlverhalten — und darf dies auch nicht sein. Überdies spielt es für die Kündbarkeit überhaupt keine Rolle, ob der Arbeitgeber — typisch für compliance — mit der Kündigung auch einen „Warnschuß“ an die übrige Belegschaft geben will, daß schwere Pflichtverletzungen nicht geduldet werden.

Schließlich steht am Ende der Kündigungsprüfung nach der arbeitsgerichtlichen Rechtssprechung stets eine Interessenabwägung. Hat der Arbeitnehmer zwar vorsätzlich, aber uneigennützig gehandelt und ist er schon viele Jahre beschäftigt, so neigen Gerichte dazu, ihm eine „letzte Chance“ zu geben.³⁹⁾ So hat das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz mit Entscheidung vom 10. 7. 2008⁴⁰⁾ gemeint, ein langjährig beschäftigter Personalleiter, der eine vorsätzliche aber uneigennützig an einem Arbeitsvertrag vorgenommen habe, könne nicht gekündigt werden.

[2] (keine) Suspendierung

Dem deutschen Arbeitsrecht ist eine Suspendierung von verdächtigen Arbeitnehmern grundsätzlich fremd. Der Arbeitgeber kann zwar unter engen Umständen von der Arbeit freistellen, muß dann aber das Entgelt weiterzahlen. Nur in einem Extremfall hatte das BAG die Suspendierung ohne Entgeltfortzahlung gebilligt: Eine sonderkündigungsgeschützte Arbeitnehmerin hatte den Arbeitgeber, seine Ehefrau und einen Lehrling mit dem Beil bedroht und die mehrmaligen Arbeitsangebote mit der Zerstörung von Blumen und Blumentöpfen in der Gärtnerei beantwortet.⁴¹⁾

Insofern verhält es sich gerade anders als im **Beamtenrecht**: Dort ist — für die Dauer eines Disziplinarverfahrens — ausdrücklich vorgesehen, daß der Beamte vorläufig des Dienstes enthoben werden kann „wenn durch das Verbleiben im Dienst der Dienstbetrieb oder die Ermittlungen wesentlich beeinträchtigt würden und die vorläufige Dienstenthebung zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Disziplinarmaßnahme nicht außer Verhältnis steht“. Zugleich kann parallel hierzu bis zu 50% der monatlichen Dienstbezüge einbehalten werden.⁴²⁾

Abgesehen davon, daß Beamten- und Arbeitsrecht unterschiedlichen Grundwertungen unterliegen, ist jene Regelung zur Dienstenthebung und Bezügekürzung gerade Kompensation dafür, daß der Dienstherr — anders als der Arbeitgeber — nicht zur fristlosen Kündigung greifen, sondern die Entfernung aus dem Amt nur durch gerichtliche

39) Allgemein BAG vom 27. 4. 2006 — 2 AZR 415/05 — NZA 2006, 1033.

40) — 10 Sa 138/08 — juris.

41) BAG GS vom 26. 4. 1956 — GS 1/56 — EzA § 615 BGB Nr. 1 = AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG.

42) Art. 38 Bundesdisziplinargesetz (BGBl I 2001, 1510); Art. 39 Bayerisches Disziplinargesetz (BayDG), vom 24. Dezember 2005, verkündet als § 1 des Gesetzes zur Neuordnung des Bayerischen Disziplinarrechts und zur Änderung weiterer Vorschriften (Bayerisches Disziplinargesetz — BayDG) vom 24. Dezember 2005, GVBl 2005, S. 665.

Verfügung erreichen kann. Es handelt sich also um eine vorläufige Maßnahme, die der private Arbeitgeber nicht braucht, gerade weil er kündigen kann. Für das private Arbeitsrecht könnte man allenfalls dann nach einer vorläufigen Maßnahme rufen, wenn der Arbeitgeber an der sofortigen außerordentlichen Kündigung gehindert ist (bei Schwerbehinderten und Betriebsräten).⁴³⁾

[3] Keine Disziplinarversetzung

Der Arbeitgeber kann einem Arbeitnehmer aus dienstlichen Gründen einen anderen Arbeitsplatz zuweisen. Diese Versetzung ist Ausübung des arbeitsvertraglichen Weisungsrechts. Sie darf aber ihrerseits nur im Leistungsvollzugsinteresse vorgenommen werden. So ist es hinzunehmen, daß ein der Korruption verdächtiger Arbeitnehmer von dem Arbeitsplatz entfernt wird, auf dem er schädigenden Einfluß ausüben kann. Auch die Verdunkelungsgefahr kann es rechtfertigen, den Arbeitnehmer bei einem Anfangsverdacht von seinem bisherigen Arbeitsplatz zu entfernen.

Schlechthin unzulässig ist es indes, die Versetzung als Arbeitsweisung zur Disziplinierung einzusetzen. Das Arbeitsrecht kennt — abgesehen von der in einer Betriebsvereinbarung geregelten Betriebsbuße und der Vertragsstrafe — grundsätzlich keine Disziplinarstrafen.

[4] Begrenzung von Schadensersatzansprüchen

[a] Arbeitnehmerhaftungsprivileg

Arbeitnehmer werden vor der scharfen zivilrechtlichen Haftung durch eine besondere Haftungsmilderung geschützt.⁴⁴⁾

Diese setzt zunächst voraus, daß die schadensstiftende Tätigkeit des Arbeitnehmers betrieblich veranlaßt ist. Voraussetzung ist also ein innerer Zusammenhang zwischen Schädigung und übertragener Aufgabe, der **auch bei Vorsatztaten** bestehen kann — und zwar selbst dann wenn das schädigende Verhalten ausdrücklichen Weisungen zuwider läuft.⁴⁵⁾

Das Bundesarbeitsgericht läßt die **mißbräuchliche Benutzung von Betriebsmitteln** nicht für die Annahme einer betrieblich veranlaßten Tätigkeit ausreichen — sieht aber andererseits auch eine weisungswidrige Tätigkeit des Arbeitnehmers als betrieblich

43) So in der Tat MünchKommBGB/Müller-Glöge 4. Auflage (2005) § 611 Rn. 976 und LAG Berlin 20. 7. 1978 — 9 Sa 55/78 — AP Nr 6 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

44) BAG (GS) vom 27. 9. 1994 — GS 1/89 (A) — EzA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 59 = AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers m. Anm. *Schlachter* = NZA 1994, 1083; *Ahrens*, Arbeitnehmerhaftung bei betrieblich veranlaßter Tätigkeit, DB 1996, 934.

45) Für §§ 278, 831 BGB BGH vom 8. 10. 1991 — XI ZR 207/90 — NJW 1991, 3208 = ZIP 1991, 1413 = BB 1991, 2250; vom 29. 1. 1997 — VIII ZR 356/95 — NJW 1997, 1233 = ZIP 1997, 548 = WM 1997, 1431 und vom 13. 5. 1997 — XI ZR 84/96 — NJW 1997, 2236 = ZIP 1997, 1144 = WM 1997, 1250.

46) BAG vom 18. 4. 2002 — 8 AZR 348/01 — EzA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 70 m. Anm. *Schwarze* = AP Nr. 122 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers m. Anm. *Deutsch* = SAE 2003, 157 m. Anm. *Sandmann*. Hiergegen wendet *Schwarze* (aaO) ein, daß so die Organisationsgewalt des Arbeitgebers im eigenen Betrieb beschnitten wird; deswegen dürfe eine weisungswidrige Tätigkeit

veranlaßt ansieht, solange sie nur **im Interesse des Arbeitgebers** ausgeführt wird.⁴⁶⁾

Bei Fahrlässigkeit, auch bei grober, gelangt das BAG grundsätzlich zu einer Schadensteilung oder zu einer Haftungsbegrenzung der Höhe nach — um den Arbeitnehmer vor existenzbedrohender Haftung zu bewahren.⁴⁷⁾ Dem vorsätzlich handelnden Täter hilft das nicht; er schuldet grundsätzlich volle Schadenskompensation. Allerdings verlangt das BAG neuerdings für die Totalhaftung des Arbeitnehmers, daß sich sein **Vorsatz** nicht nur auf die Pflichtverletzung, sondern **auch auf den eingetretenen Schaden** bezieht.⁴⁸⁾

Damit reagiert der Achte Senat auf ein bekanntes Problem des deutschen Deliktsrechts: Weil sich der Vorsatz bei § 823 Abs. 1 BGB nur auf die Rechtsgutverletzung und bei § 823 Abs. 2 BGB nur auf die Schutzgesetzverletzung beziehen muß, zugleich aber die §§ 249 ff. BGB eine unbegrenzte Totalreparation für alle Folgeschäden anordnen, drohen bei jeder Pflichtverletzung existenzbedrohende Haftungsrisiken — selbst dann, wenn der Arbeitnehmer nur eine „abstrakte Gefährdungsnorm“ übertritt.⁴⁹⁾

Dieses Problem, das — in den Worten des BAG — durch „die fehlende Synchronisierung von Verschuldenskürzung und Risikozurechnung der Schadensfolgen“ entsteht, sei — unter „Berücksichtigung des Äquivalenzgedankens und des erforderlichen Existenzschutzes des Arbeitnehmers“ — durch die „Erstreckung des Vorsatzes auf den Schaden“ zu lösen.

Das ist im Ansatz verfehlt, weil der Schutz des Schuldners vor existenzbedrohenden Haftungsfolgen richtigerweise nicht schon im materiellen Recht, sondern im Vollstreckungsrecht — genauer: im Restschuldbefreiungsverfahren der §§ 286 ff. InsO — zu gewährleisten ist.⁵⁰⁾ Speziell mit Blick auf die Compliance wird so dem Schadensersatz die Abschreckungsfunktion genommen. Kaum ein Straftäter im Betrieb wird alle Schadensfolgen für das Unternehmen im Blick haben.

[b] Mitwirkendes Organisationsverschulden

Schließlich wird der Straftäter im Unternehmen vielfach den Einwand führen, das Unternehmen treffe ein Mitverschulden, weil es seine Tat nicht durch ein hinreichendes Compliance-System verhindert habe. In der Tat kann ein mitwirkendes Organisationsverschulden nach § 254 BGB die Haftung des Arbeitnehmers mindern. So realisiert sich das Organisationsrisiko des Arbeitgebers in einem Schaden dann, wenn seine internen

nicht als betrieblich veranlaßt angesehen werden.

47) BAG vom 25. 9. 1997 — 8 AZR 288/96 — EZA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 63 m. Anm. Hamacher = AP Nr. 111 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = NZA 1998, 310.

48) BAG vom 18. 4. 2002 — 8 AZR 348/01 — aaO.

49) Instruktiv zum allgemeinen Haftungsrecht *Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993, 1001 ff., der für den materiell-rechtlichen Schutz auch des Vorsatztäters eintritt. Mit Recht kritisch *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192, 35, 66.

50) *Medicus*, Leistungsfähigkeit und Rechtsgeschäft, ZIP 1989, 817, 822 ff. und *Prütting*, Restschuldbefreiung, ZIP 1992, 882, 883.

Kontrollsysteme strukturell unzureichend sind und Schäden der fraglichen Art nicht wirkungsvoll vorbeugen können.⁵¹⁾

Zwar ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, daß jedenfalls § 254 Abs. 1 BGB nicht anzuwenden ist, wenn neben dem vorsätzlich handelnden Schädiger auch ein auf Fahrlässigkeit beruhender Verursachungsbeitrag des Geschädigten einen Schaden bewirkt hat; indes erwägen BGH und BAG jedoch Ausnahmen gerade dann, wenn sich der Vorsatz des Schädigers allein auf die Pflichtverletzung und nicht auch auf den Schaden bezog.⁵²⁾ Für ein mitwirkendes fahrlässiges Organisationsverschulden indes kann das nicht gelten: Dem Täter ist der Einwand verwehrt, das Opfer habe ihn nicht von der Tat abgehalten — sondern ihm, dem Täter und Schädiger, zu Unrecht vertraut.⁵³⁾

V. Fazit

Compliance als neues Kleid für eine altbekannte Organisationspflicht stellt das Arbeitsrecht vor neue Herausforderungen. Der strenge Individualschutz muß überdacht werden — weil die Rechtsordnung nicht vom Unternehmen als Rechtstreuverantwortung dasjenige fordern darf, was ihm das Arbeitsrecht in der Rolle als Arbeitgeber verwehrt. Das impliziert vor allem Erleichterungen des Kündigungsrechts (insbesondere das Zurückdrängen der Interessenabwägung) und die Rückkehr zur Vollhaftung des Vorsatztäters.

51) Dazu BAG vom 16. 2. 1995 — 8 AZR 493/93 — EzA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 60 = AP Nr. 106 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers = DB 1995, 1179 und Ahrens, *Arbeitnehmerhaftung bei betrieblich veranlaßter Tätigkeit*, DB 1996, 934, 936; kritisch wegen der typischen *ex ante* Sicht: *Insoweit kritisch auch Hauschka/Greve*, Compliance in der Korruptionsprävention — was müssen, was sollen, was können die Unternehmen tun?, BB 2007, 165; allgemein Falk, *Urteilsverzerrungen: hindsight bias und anchoring*, in: Brodersen (Hg.) *Antike Kultur und Geschichte* 11 (2008) S. 9 ff..

52) BGH vom 9. 10. 1991 — VIII ZR 19/91 — NJW 1992, 310 = MDR 1992, 752 = WM 1992, 151 und BAG vom 18. 6. 1970 — 1 AZR 520/69 — EzA § 611 BGB Arbeitnehmerhaftung Nr. 1 = AP Nr. 57 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers m. Anm. Steindorff = SAE 1971, 97 m. Anm. Weitnauer. Dazu auch Ahrens, *Arbeitnehmerhaftung bei betrieblich veranlaßter Tätigkeit*, DB 1996, 934, 936 und MünchKommBGB/Oetker, Bd. 2, 5. Aufl (2007), § 254 Rn. 112.

53) Vgl. BGH vom 26. 2. 1980 — VI ZR 53/79 — BGHZ 76, 216 = NJW 1980, 1518 = VersR 1980, 675.