

CB-BEITRAG

Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR

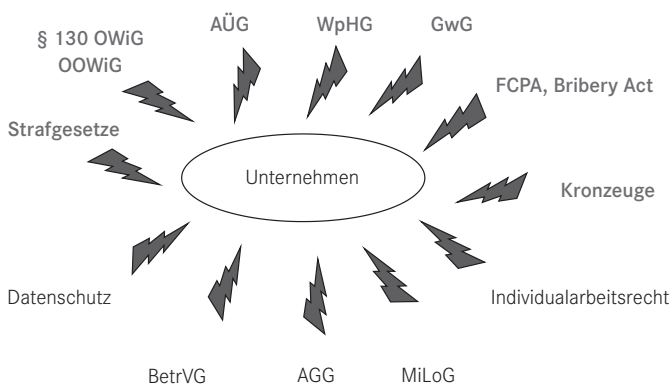
HR-Compliance: Arbeitgeber in der Zwickmühle

– Aktuelle Gesetzesvorhaben und Rechtsprechung –

Arbeitgeber sind oft in der Zwickmühle: Zum einen unterliegen sie rechtlichen Vorgaben, die für sie als Unternehmen als solche gelten, wie z. B. Straf- und Ordnungswidrigkeitengesetze sowie Regeln zur Geldwäsche, Arbeitnehmerüberlassung, Wertpapierhandel und ähnliche regulatorische Vorgaben. Zum anderen stoßen Arbeitgeber bei der Umsetzung dieser rechtlichen Vorgaben auf Grenzen, die ihrerseits in arbeitnehmer-schützenden Gesetzen enthalten sind, wie z. B. Beschäftigtendatenschutz, Gleichbehandlungsgebote oder Mitwirkungsrechte des Betriebsrats. Zusätzliche Relevanz erlangt dieses Spannungsfeld dadurch, dass einige arbeitsrechtliche Vorschriften ihrerseits „Compliance-Charakter“ haben, der Arbeitgeber somit u. U. wegen deren Verletzung in der Haftung ist. Im folgenden Beitrag wird die Stellung des Arbeitgebers in diesem Spannungsfeld anhand aktueller Gesetzesvorhaben und Rechtsprechung erläutert.

I. Gesetze und Gesetzesvorhaben

Abbildung: Unternehmen im Spannungsfeld von Gesetzen und Rechtsprechung



1. Erleichterungen der Mindestlohnvorschriften

Das beschriebene Spannungsfeld lässt sich an der Abbildung verdeutlichen, wobei die genannten Einzelgesetze nur exemplarisch hervorgehoben sind. Zum 16.8.2014 wurde das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) eingeführt.¹ Es sieht ab 1.1.2015 einen Mindestlohn von 8,50 Euro pro Zeitstunde vor. Neben dieser Lohnuntergrenze sehen das MiLoG und seine Ausführungsbestimmungen aufwendige Pflichten für Arbeitgeber zur Dokumentation und Kontrolle vor. Aufgrund zahlreicher kritischer Stimmen aus Wissenschaft und Praxis hat die Bundesregierung im Sommer 2015 entschieden, die Aufzeichnungspflichten der

Arbeitgeber zu lockern und den Umfang der gefährlich weit formulierten Auftraggeberhaftung klarzustellen. Die wesentlichen Erleichterungen werden im Folgenden dargestellt.

a) Lockerung der Arbeitszeit-Dokumentationspflichten

Nach der Mindestlohndokumentationspflichten-Verordnung (MiLoDokV) vom 18.12.2014² waren bisher Minijobs sowie Beschäftigungen in den im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz genannten Branchen außerhalb von Privathaushalten³ dokumentationspflichtig, sofern der Bruttolohn 2958,- Euro monatlich nicht überstieg. Die Aufzeichnungspflicht umfasst den Arbeitsbeginn, das Arbeitsende und die Arbeitsdauer (§ 17 MiLoG). In saisonalen Beschäftigungsverhältnissen oder Verhältnissen, in denen die Arbeitszeiten stark schwanken, bleibt diese Regelung bestehen. Änderungen gibt es dagegen in längerfristigen Minijobs oder Beschäftigungen in den im Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz genannten Branchen. Die zum 1.8.2015 in Kraft getretene Änderung der Verordnung⁴ sieht hier vor, dass Arbeitgeber dann auf eine Aufzeichnung verzichten können, wenn der regelmäßig gezahlte Stundenlohn stets über der Mindestlohnschwelle von 8,50,- Euro liegt. Hier ist eine Dokumentation nur noch für einen Bruttolohn bis zu 2000,- Euro monatlich notwendig. Bedingung dafür

1 Verkündet als Art. 1 Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11.8.2014 (BGBl. I, 1348). – Zum MiLoG allgemein vgl. etwa *Sittard*, NZA 2014, 951; speziell zur Anwendung auf Praktikanten *Natzel*, BB 2014, 2490.
 2 BAnz AT 29.12.2014 V1.
 3 Diese Einschränkung folgt aus § 17 Abs. 1 S. 3 MiLoG.
 4 BAnz AT 31.7.2015 V1.

ist, dass über einen Zeitraum von zwölf Monaten der entsprechende Nettolohn jeweils an den Arbeitnehmer ausgezahlt wurde.⁵ Weiterhin soll die Dokumentationspflicht bei der Beschäftigung von Kindern, Lebenspartnern oder Eltern entfallen.

Durch diese Neuerungen sinkt der häufig bemängelte bürokratische Aufwand der Arbeitgeber, denn ein Großteil der fest angestellten Arbeitnehmer fällt damit aus der Dokumentationspflicht, weil der Richtwert von 2958,- Euro bei Bezahlung des Mindestlohns nur dann erreichbar war, wenn das bis dato geltende, gesetzlich zulässige Überstundenmaximum erreicht wurde.

b) Konkretisierung der Auftraggeberhaftung

Seit Inkrafttreten des MiLoG gab es Unsicherheit über die zivilrechtliche und bußgeldrechtliche Auftraggeberhaftung (§§ 13 bzw. 21 MiLoG).⁶ Beiden wird durch eine Klarstellung des Ministeriums ein eingeschränkter Unternehmerbegriff zugrunde gelegt, wie ihn das Bundesarbeitsgericht (BAG) zu § 14 Arbeitnehmerentendengesetz (AentG) entwickelt hat.⁷ Danach besteht die Haftung nur für Generalunternehmer, also für Unternehmer, die sich zur Durchführung eines für Dritte übernommenen Auftrags anderer (Sub-)Unternehmer bedienen. Die Haftung besteht nicht für sonstige Auftraggeber, die durch die Erteilung des Auftrags lediglich ihren betrieblichen Eigenbedarf decken. Diese Klarstellung des BMAS gilt nach ihrem eindeutigen Wortlaut auch für die bußgeldrechtliche Unternehmerhaftung nach § 21 MiLoG.⁸

2. Regeln zum Fremdpersonaleinsatz

Aus verschiedenen Gründen tendieren Unternehmen dazu, bestimmte Mitarbeiter (v. a. IT-Experten und Ingenieure) nicht selbst anzustellen, sondern über externe Dienstleister als Fremdpersonal einzusetzen. Handelt es sich dabei um ein nach Umfang und Zeit begrenztes Projekt, innerhalb dessen der eingesetzte Mitarbeiter keinen arbeitsrechtlichen Weisungen des Einsatzunternehmens unterliegt, ergeben sich keine arbeits- oder sozialrechtlichen Schwierigkeiten. In der Praxis gestalten sich diese Fälle jedoch häufig anders: Einsatzunternehmen und Fremdarbeitskraft kommen gut miteinander aus, der Mitarbeiter wird über das ursprünglich vereinbarte Projekt hinaus beschäftigt, und er erhält auch arbeitsrechtliche Weisungen vom Einsatzunternehmen (d. h. solche zu Ort, Zeit sowie Art und Weise der Tätigkeit). In einer solchen Situation stellt sich die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis oder jedenfalls ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis zwischen Fremdarbeitskraft und Einsatzunternehmen entstanden ist. Der Entstehung eines Arbeitsverhältnisses wird in aller Regel der fehlende Rechtsbindungswille des Einsatzunternehmens entgegenstehen, das ja mit dem externen Dienstleister kontrahiert. Damit liegen die Voraussetzungen für ein rechtsgeschäftliches Zustandekommen eines Arbeitsvertrages nicht vor. Allerdings sieht § 10 AÜG für derartige Fälle die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses beim Einsatzunternehmen (Entleiher) vor, jedoch nur für den Fall, dass der externe Dienstleister (Verleiher) keine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis besitzt.⁹

Aus diesem Grund haben mehrere Fremdarbeitskräfte, u. a. beim ArbG Stuttgart und beim LAG Baden-Württemberg, erfolgreich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit dem jeweiligen Einsatzunternehmen eingeklagt.¹⁰ Verfügt der externe Personaldienstleister jedoch über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, so stand dies bisher – gemäß dem eindeutigen Wortlaut von § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG – der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses beim Einsatzunternehmen entgegen.¹¹ Allerdings ist nun eine Kammer des LAG

Baden-Württemberg von dieser Rechtsprechung abgewichen. Trotz Bestehens einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis auf Seiten des externen Personaldienstleisters soll nach Ansicht des Gerichts ein Arbeitsverhältnis zwischen der Fremdarbeitskraft und dem Einsatzunternehmen entstehen können.¹² Sollte sich diese Rechtsprechung durchsetzen, so könnte eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis nicht mehr als „Fallschirm“ vor der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses fungieren.¹³

Unabhängig von einer noch ausstehenden höchstrichterlichen Entscheidung zur Klärung dieser divergierenden Rechtsprechung hat sich bereits der Gesetzgeber dieses Themas angenommen. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD von 2013 heißt es auf Seite 49 unter der Überschrift „Missbrauch von Werkvertragsgestaltungen verhindern“ wie folgt:

„Rechtswidrige Vertragskonstruktionen bei Werkverträgen zu Lasten von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern müssen verhindert werden. Dafür ist es erforderlich, die Prüftätigkeit der Kontroll- und Prüfinstanzen bei der Finanzkontrolle Schwarzarbeit zu konzentrieren, organisatorisch effektiver zu gestalten, zu erleichtern und in ausreichendem Umfang zu personalisieren, die Informations- und Unterrichtsrechte des Betriebsrats sicherzustellen, zu konkretisieren und verdeckte Arbeitnehmerüberlassungen zu sanktionieren.“ (Hervorhebung d. Verf.)

Nach der Hälfte der Legislaturperiode ist noch kein Gesetzentwurf zur Durchsetzung dieses Ziels ersichtlich, was u. a. an den regelungstechnischen Herausforderungen liegen dürfte. Falls es zu einem Gesetzentwurf kommen sollte, dürfte er vornehmlich Regelungen zur Darlegungs- und Beweislast enthalten.¹⁴

3. Frauenquote

Das am 24.4.2015 erlassene Gesetz zur Frauenquote¹⁵ hat v. a. gesellschaftsrechtliche, aber auch arbeitsrechtliche Auswirkungen. Zum einen schreibt das Gesetz eine fixe 30%-Geschlechterquote für die Aufsichtsratssitze der börsennotierten und gleichzeitig paritätisch mitbestimmten Aktiengesellschaften¹⁶ sowie Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) vor. Zudem verpflichtet das Gesetz börsennotierte oder der Mitbestimmung unterliegende Kapitalgesellschaften,

5 Vgl. dazu auch die instruktive „Bestandsaufnahme“ des BMAS, abrufbar unter http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2015/bestandsaufnahme-mindestlohn.pdf?__blob=publicationFile (Abruf: 18.8.2015).

6 Vgl. dazu *Bissels/Falter*, BB 2015, 373; *Fuhlrott/Oltmanns*, NZA 2015, 392.

7 Vgl. Bestandsaufnahme des BMAS (Fn. 5).

8 Vgl. Bestandsaufnahme des BMAS (Fn. 5).

9 Dies folgt aus der ausdrücklichen Verweisung des § 10 Abs. 1 S. 1 auf § 9 Nr. 1 AÜG.

10 Vgl. nur LAG Baden-Württemberg, 1.8.2013 – 2 Sa 6/13, BB 2013, 2809 m. BB-Komm. *Zumkeller*, BB 2013, 3136 Ls m. BB-Komm. *Krüger*, NZA 2013, 1017.

11 ArbG Stuttgart, 8.4.2014 – 16 BV 121/13, BB 2014, 1980 m. BB-Komm. *Scharff*, BeckRS 2014, 68959; LAG Baden-Württemberg, 18.12.2014 – 3 Sa 33/14, BB 2015, 955 m. BB-Komm. *Bissels*, BeckRS 2015, 66007.

12 LAG Baden-Württemberg, 3.12.2014 – 4 Sa 41/14, BB 2015, 315 m. BB-Komm. *Rein*.

13 So auch *Rein*, BB 2015, 320.

14 Vgl. *Brors/Schüren*, NZA 2014, 572; *Brors*, NZA 2014, 1377; vgl. auch *Willemssen/Behrens*, NZA 2015, 897.

15 Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im Öffentlichen Dienst, BGBl. I 2015, 642.

16 § 96 Abs. 2 AktG; davon sind gut 100 deutsche Unternehmen betroffen.

für die drei¹⁷ obersten Führungsebenen Zielgrößen zur Beteiligung von Frauen festzulegen.¹⁸ Für Arbeitgeber wird v. a. die Festlegung der Zielgrößen erheblichen Aufwand mit sich bringen.¹⁹

Unternehmen, die börsennotiert oder mitbestimmt sind, müssen bis zum 30.9.2015 ihre eigenen Zielgrößen festlegen. Dies betrifft Unternehmen in Form einer AG, KGaA, SE, GmbH oder VVaG, die i. d. R. mehr als 500 Mitarbeiter beschäftigen. Zwar sieht das Gesetz keine Mindestzahlen vor. Sollte der Frauenanteil in der jeweiligen Führungsebene jedoch unter 30% liegen, darf die Zielgröße nicht unter den aktuellen Anteil fallen. Bspw. muss ein Unternehmen, das in der zweiten Führungsebene 25% Frauenanteil hat, eine Zielgröße von mindestens 25% für diese Ebene festlegen.²⁰

Sanktionen für die Nichteinhaltung selbst festgesetzter Zielgrößen sind bewusst nicht vorgesehen. Der Gesetzgeber möchte keine falschen Anreize schaffen und verhindern, dass Unternehmen vorzugsweise kleine Zielgrößen festlegen, um möglichen Strafen zu entgehen. Der Gesetzgeber vertraut zudem auf den Druck der Öffentlichkeit, denn durch die vorgeschriebene Veröffentlichung der Quoten werden die Unternehmen dazu angehalten, nach Möglichkeit hohe Zielgrößen festzulegen.

Eine spürbare Auswirkung des Gesetzes liegt in folgendem Umstand: Vorstands- und/oder Aufsichtsratsmitgliedern kann die Entlastung verweigert werden, wenn sie der gesetzlich²¹ vorgeschriebenen Pflicht zur Erklärung der Quotenziele und ihrer Erfüllung nicht nachkommen.²² In Betracht kommt etwa die Haftung wegen eines gegen die Gesellschaft verhängten Bußgelds nach § 334 Abs. 1 Nr. 3 HGB i. V. m. § 30 Abs. 1 OWiG.²³

II. Jüngere Rechtsprechung

In Ausübung ihrer Kontrollmaßnahmen geraten Arbeitgeber an rechtliche Grenzen, die vom Gesetz oder von den Gerichten gezogen werden. Im Folgenden sollen die jüngeren Entscheidungen zu diesem Themenkomplex zusammengefasst werden.

1. Allgemeiner Datenschutz

In einigen Urteilen aus dem Datenschutz haben Gerichte die Grenzen der Kontrollbefugnisse von Arbeitgebern konkretisiert.

a) Spindkontrolle („Höschen-Urteil“)

In einem vielbeachteten Urteil zeigte das BAG²⁴ die auf dem Datenschutzrecht beruhenden Grenzen der Kontrollbefugnisse von Arbeitgebern auf, ließ jedoch gleichzeitig eine Hintertür zugunsten einer Verdachtskündigung offen. In dem Fall hatte ein in einem „Cash-and-Carry“-Markt beschäftigter Mitarbeiter durch Indizien den Verdacht auf sich gezogen, einige Teile weiblicher Unterwäsche aus dem entsprechenden Sortiment dieses Marktes ohne Bezahlung an sich genommen und in seinem betrieblichen Spind verwahrt zu haben. Diese Indizien veranlassten den Arbeitgeber zu einer Öffnung des Spinds – in Anwesenheit eines Betriebsrats-Mitglieds, jedoch ohne den verdächtigten Mitarbeiter. Einer vom Arbeitgeber geplanten weiteren Kontrolle am Ende seiner Schicht konnte der Mitarbeiter erfolgreich entkommen, und der Arbeitgeber konnte die Wäsche in dem Spind nicht mehr finden. Die daraufhin ausgesprochene Kündigung blieb erfolglos, weil das BAG in der Durchsuchung des Spinds ohne Beisein des verdächtigten Mitarbeiters einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht sah und hieraus ein Verwertungsverbot schloss. Trotz dieser für viele Arbeitgeber überraschenden Entscheidung enthielt

das Urteil einen Hoffnungsschimmer, indem es auf die Möglichkeit einer Verdachtskündigung hinwies, die nach Ansicht des BAG hier bestanden habe. Zur näheren Prüfung derselben verwies es den Rechtsstreit zurück an das LAG.²⁵

b) Peilsender an Mitarbeiter-Kfz

Im Fall eines krankgeschriebenen Mitarbeiters wollte der Arbeitgeber seinen Verdachtsmomenten gegen den Mitarbeiter mit Hilfe des Einsatzes von Detektiven nachgehen, die ihrerseits ein Bewegungsprofil des Mitarbeiters durch einen an dessen Kfz angebrachten GPS-Empfänger („Peilsender“) erstellen. In seinem Urteil vom 4.6.2013²⁶ war der BGH mit einer Reihe derartiger „Peilsender-Angriffe“ der Detektive betraut und entschied, dass diese nach § 44 BDSG strafbar sein können – je nach Abwägung der widerstreitenden Interessen. Für einige der in dem Urteil behandelten (v. a. gegen Wettbewerber gerichteten) Fälle wurde die Strafbarkeit seitens des BGH bestätigt. Für andere – u. a. auch die durch den Arbeitgeber veranlassten Maßnahmen – verwies der BGH die Sache zurück an das Landgericht. Die Rechtswidrigkeit und damit die Strafbarkeit hingen von einer Abwägung der Interessen des Arbeitgebers einerseits und des Arbeitnehmers andererseits ab, die im Lichte der EU-Datenschutzrichtlinie zu erfolgen habe. Bis zu einer endgültigen Entscheidung der Angelegenheit sollten sich Arbeitgeber und die von ihnen beauftragten Detektive der Erstellung derartiger Bewegungsprofile enthalten.

2. Video-Überwachung

Über heimliche/verdeckte Video-Überwachungen hat das BAG in den letzten Jahren mehrfach entschieden. Mit Urteil vom 21.6.2012²⁷ bestätigte das BAG seine frühere Rechtsprechung,²⁸ wonach eine verdeckte Video-Überwachung zur Überführung von Straftaten eigener Mitarbeiter nur dann zulässig und prozessual verwertbar ist, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers bestand, es keine Möglichkeit zur Aufklärung durch weniger einschneidende Maßnahmen (mehr) gab und die Video-Überwachung insgesamt nicht unverhältnismäßig war. Sind diese strengen Voraussetzungen erfüllt, so stehen die Vorschriften des BDSG der verdeckten

17 Die Organebene und die beiden nachfolgenden Führungsebenen sind wegen verschiedener Zuständigkeit (hier Geschäftsleitung, dort Aufsichtsrat) in unterschiedlichen Normen geregelt, vgl. § 76 Abs. 4 AktG einerseits und 111 Abs. 5 AktG andererseits.

18 §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG, § 36 GmbHG; betroffen sind ca. 3 500 deutsche Unternehmen.

19 Vgl. Löwisch, BB 2015, 1909; Fromholzer/Simons, AG 2015, 457; Weller/Benz, AG 2015, 467; Göpfert/Rottmeier, ZIP 2015, 670.

20 Zu Einzelheiten vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs.18/3784, 122.

21 § 289a Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 4 HGB.

22 Vgl. Fromholzer/Simons, AG 2015, 457, 466 m. w. N. in Fn. 7; Weller/Benz, AG 2015, 467, 474.

23 Fromholzer/Simons, AG 2015, 457, 466 m. w. N. in Fn. 7.

24 BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, BB 2014, 890 m. BB-Komm. Ihle, CB 2014, 260 mit CB-Komm. Wybitul/Astor.

25 Die Revision des Arbeitgebers hatte also Erfolg, was in der Berichterstattung über das Urteil oft unterging.

26 BGH, 4.6.2013 – 1 StR 32/13, K&R 2013, 669 m. K&R-Komm. Wäble/Block, NZV 2014, 369; s. a. NJW-Spezial 2013, 536.

27 BAG, 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 m. BB-Komm. Lipinski.

28 BAG, 27.3.2003 – 2 AZR 51/02, BB 2003, 2578, NJW 2003, 3436, NZA 2003, 1193.

Video-Überwachung auch an öffentlich zugänglichen Arbeitsplätzen nicht entgegen.²⁹ Mit Urteil vom 21.11.2013³⁰ konkretisierte das BAG seine Rechtsprechung insoweit, als sich der begründete Verdacht des Arbeitgebers in derartigen Fällen konkret gegen den betreffenden Arbeitnehmer richten muss; andernfalls seien die Aufnahmen der verdeckten Video-Überwachung nicht gerichtlich verwertbar.

In einem jüngeren Urteil hat das LAG Mecklenburg-Vorpommern³¹ den Fall einer Video-Attrappe behandelt, die der Arbeitgeber (eine Klinik) am Hinterausgang angebracht hatte, ohne den Betriebsrat zu beteiligen. Zu Unrecht beanspruchte der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Nach Ansicht des LAG scheidet ein Mitbestimmungsrecht „bereits auf den ersten Blick ersichtlich aus“, weil die Attrappe objektiv nicht geeignet ist, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.³² Auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG scheidet nach dem LAG aus, weil eine Kamera-Attrappe im Außenbereich des Gebäudes keine Auswirkung auf das innerbetriebliche Zusammenleben der Arbeitnehmer entfalten könne, zumal nicht erkennbar sei, welche konkreten Mitgestaltungsmöglichkeiten sich diesbezüglich ergeben könnten.³³

3. Recht am eigenen Bild

Arbeitgeberinteressen gestärkt hat das BAG mit seinem Urteil vom 19.2.2015.³⁴ Dort hatte sich ein ausgeschiedener Mitarbeiter gegen die Nutzung eines Werbefilms auf der Website seines ehemaligen Arbeitgebers gewandt, in dem er in zwei kurzen Sequenzen von jeweils 2–3 Sekunden zu sehen war. Vor der Produktion dieses Werbefilms hatte der Mitarbeiter durch Unterschrift bestätigt, dass Filmaufnahmen von seiner Person zur freien Nutzung im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit des Unternehmens „verwendet und ausgestrahlt werden dürfen“. Das BAG entschied nun gegen den Mitarbeiter, dass eine ohne Einschränkung erteilte Einwilligung in die Veröffentlichung von Videoaufnahmen durch den Arbeitgeber (vgl. § 22 KUG) nicht automatisch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses erlösche. Sie könne allerdings widerrufen werden, wenn dafür ein plausibler Grund angegeben werde. Für einen solchen Widerruf müsse der Mitarbeiter begründen, warum er nunmehr, anders als zum Zeitpunkt der Einwilligung, sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung „gegenläufig ausüben“ wolle. Das bloße Ausscheiden aus dem Unternehmen reiche dafür nicht.³⁵

4. Verdachtskündigung

Ein weiteres arbeitgeberfreundliches Urteil fällt das BAG am 12.2.2015.³⁶ Auf den ersten Blick (so auch der Leitsatz) erstreckt das BAG damit lediglich die für Arbeitsverhältnisse anerkannte Möglichkeit einer Verdachtskündigung auf Berufsausbildungsverhältnisse nach § 22 Abs. 2 Nr. 1 BbIG. Daneben enthält das Urteil jedoch einige für die arbeitsrechtliche Praxis noch bedeutsamere Aussagen, die im Folgenden zusammengefasst werden sollen.

Erstens ist es nach dem BAG nicht erforderlich, den Auszubildenden vor Durchführung der – für eine Verdachtskündigung notwendigen – Anhörung über deren beabsichtigten Gesprächsinhalt zu unterrichten.³⁷

Zweitens ist der Auszubildende nicht verpflichtet, den Auszubildenden auf die Möglichkeit der Kontaktierung eines Rechtsanwalts oder sonstiger Vertrauenspersonen hinzuweisen.³⁸ Diese beiden für Arbeitgeber sehr wichtigen und hilfreichen Feststellungen müssen m. E. auch für Verdachtskündigungen von Arbeitsverhältnissen gelten, denn es

besteht kein Grund, warum Arbeitnehmer insoweit stärker geschützt sein sollten als Auszubildende (*argumentum a fortiori*).

Drittens war die Anhörung des verdächtigten Auszubildenden nicht nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG verboten, denn das BAG hält den Anwendungsbereich dieser Vorschrift im vorliegenden Fall nicht für eröffnet.³⁹ Das BAG begründet die Nichtanwendung des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG damit, dass die Anhörung vor einer Verdachtskündigung nicht unter den Tatbestand falle. Vielmehr beziehe sich die Vorschrift nicht auf jede Aufklärungshandlung, sondern nur auf Kontroll- bzw. Überwachungsmaßnahmen zur Aufdeckung einer Straftat.⁴⁰ Diese letztgenannte Erwägung dürfte auch für Arbeitsverhältnisse von großer praktischer Bedeutung sein, insbesondere für interne Ermittlungen in Compliance-Sachverhalten.⁴¹

Viertens stellt das BAG heraus, dass bei der Konfrontation des verdächtigten Auszubildenden⁴² mit den Vorwürfen ein interner Revisionsbericht nicht zwingend vorzulegen ist.⁴³ Auch dieser Aspekt dürfte über die Berufsausbildungsverhältnisse hinaus auch für Arbeitsverhältnisse gelten. Somit ist dieses Urteil des BAG, das vordergründig nur Berufsausbildungsverhältnisse zu betreffen scheint, für die Compliance-Praxis allgemein von großer Bedeutung.

5. Geldwäsche

Die wachsende Bedeutung des – oft unterschätzten – Geldwäschegesetzes unterstreicht ein Urteil des LAG Berlin-Brandenburg vom 23.10.2014.⁴⁴ Es hielt die außerordentliche fristlose Kündigung einer Mitarbeiterin für wirksam, die in dringendem Verdacht stand, im privaten Bereich Geldwäsche betrieben zu haben. Pikanterweise handelte es sich um die Leiterin des Bereichs Organisation/IT einer Tochtergesellschaft der *Landesbank Berlin*. Die Dame hatte privat mit einem ukrainischen Unternehmer verdächtige Geschäfte abgewickelt und dabei zahlreiche Bareinzahlungen auf Konten getätigt, die jeweils knapp unterhalb der nach dem GwG meldepflichtigen Grenze von 15000,- Euro lagen. Aufgrund eines Ermittlungsverfahrens gegen die

29 BAG, 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 m. BB-Komm. *Lipinski*.

30 BAG, 21.11.2013 – 2 AZR 797/11, NJW 2014, 810.

31 LAG Mecklenburg-Vorpommern, 12.11.2014 – 3 TaBV 5/14, NZA-RR 2015, 196.

32 LAG Mecklenburg-Vorpommern, 12.11.2014 – 3 TaBV 5/14, NZA-RR 2015, 196.

33 LAG Mecklenburg-Vorpommern, 12.11.2014 – 3 TaBV 5/14, NZA-RR 2015, 196.

34 BAG, 19.2.2015 – 8 AZR 1011/13, Beck RS 2015, 67598, K&R 2015, 534 Ls m. K&R-Komm. *Golla*.

35 BAG, 19.2.2015 – 8 AZR 1011/13, Beck RS 2015, 67598, K&R 2015, 534 Ls m. K&R-Komm. *Golla*.

36 BAG, 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741.

37 BAG, 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741, Rn. 58 ff.

38 BAG, 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741, Rn. 62.

39 BAG, 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741, Rn. 68 – dieser Umstand war im entschiedenen Fall insofern besonders wichtig, als die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG nicht vorgelegen hatten, wie sich aus Rn. 74 des Urteils ergibt.

40 BAG, 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741, Rn. 74.

41 Zur Rolle der Mitarbeiter bei unternehmensinternen Ermittlungen vgl. allg. *Mengel/Ullrich*, NZA 2006, 240; *Zimmer*, ZRFC 2011, 259; speziell zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats *Zimmer/Heymann* BB 2011, 1853.

42 Dies dürfte aus den o. g. Erwägungen auch für Arbeitsverhältnisse gelten.

43 BAG, 12.2.2015 – 6 AZR 845/13, NZA 2015, 741, Rn. 65.

44 LAG Berlin-Brandenburg, 23.10.2014 – 21 Sa 800/14, BB 2015, 698, BB 2015, 768 Ls m. BB-Komm. *Renz/Jungermann*.

Mitarbeiterin erlangte auch ihr Arbeitgeber Kenntnis von dem Sachverhalt, nahm Einsicht in die staatsanwaltlichen Akten und sprach nach weiteren internen Ermittlungsmaßnahmen eine außerordentliche fristlose, hilfsweise ordentliche Verdachtskündigung aus, die vom LAG für wirksam gehalten wurde. Das Gericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass gerade Beschäftigten einer Bank wegen § 9 Abs. 2 Nr. 4 GwG eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht obliegt, sich auch außerdienstlich nicht an unter Geldwäsche-Gesichtspunkten zweifelhaften Transaktionen oder Geschäften aktiv oder passiv zu beteiligen. Das Urteil dürfte insoweit praxisrelevant sein, als Geldwäsche-Aspekte zunehmend an Bedeutung in der Compliance-Praxis gewinnen.⁴⁵

6. Wertpapierhändler und Libor-Skandal

In ein unangenehmes Dilemma geriet die *Deutsche Bank*, als die Aufsichtsbehörde BaFin von ihr verlangte, sich von Mitarbeitern zu trennen, die in den sog. Libor/Euribor-Skandal verwickelt waren. Die von der Bank gekündigten Mitarbeiter waren u. a. damit betraut, die Euribor/Libor-Referenzzinssätze zu ermitteln und an die zuständige Berechnungsstelle zu übermitteln, wobei es zu diversen Manipulationen kam. Die Bank stützte die Kündigung auf den Vorwurf eines unzulässigen Kommunikationsverhaltens der klagenden Arbeitnehmer gegenüber den Derivatehändlern der Bank.⁴⁶ Daraus entstand der Verdacht, die gekündigten Mitarbeiter hätten ihre Position ausgenutzt, um durch die Teilnahme am Prozess zur Ermittlung der Referenzzinssätze einen Profit der Händler zu ermöglichen.

Das Gericht sah zwar Anhaltspunkte dafür, dass die klagenden Arbeitnehmer in unzulässiger Weise mit Händlern kommuniziert und deren Präferenzen bei der Ermittlung der Referenzzinssätze berücksichtigt hätten. Die Kündigung scheiterte jedoch beim ArbG Frankfurt am Main daran, dass bei der Bank „weder klare Regularien implementiert waren, noch Kontrollen erfolgten, um eine strikte Trennung zwischen den Ermittlern/Übermittlern des Referenzzinssatzes und den Derivatehändlern zu gewährleisten“.⁴⁷ Die Bank habe „selbst durch ihre interne Organisation und insbesondere durch eine zum Teil gegebene Personenidentität von Derivatehändlern und Ermittlern/Übermittlern des Referenzzinssatzes einen erheblichen Interessenkonflikt herbeigeführt“⁴⁸.

Diese klageabweisenden Urteile des ArbG Frankfurt am Main⁴⁹ veranlasste die BaFin jedoch nicht dazu, von ihrem Ablösungsverlangen abzusehen. Dadurch entstand ein Dilemma für die Bank: Seitens der Aufsichtsbehörde war sie verpflichtet, sich von bestimmten Mitarbeitern zu trennen, jedoch wehrten diese sich vor den Arbeitsgerichten erfolgreich gegen diese Kündigung.⁵⁰ Das Verfahren endete schließlich im Oktober 2014 durch einen Vergleich vor dem Hessischen LAG. Für einige der betroffenen Mitarbeiter ist damit der Fall jedoch nicht beendet, denn sowohl das amerikanische Justizministerium als auch die Staatsanwaltschaft Frankfurt am Main ermitteln gegen sie.⁵¹

III. Ausblick

Neben stärkeren Bemühungen der Unternehmen um Verhinderung systematischen Fehlverhaltens ihrer Mitarbeiter sind auch Pläne für

Präventionsprogramme gegen sucht- bzw. krankheitsbedingte Ausfälle von Arbeitnehmern zu beobachten. Vor allem die Germanwings-Katastrophe und der Tod zweier Autobahnpolizisten durch den Unfall eines unter Drogen stehenden LKW-Fahrers haben gezeigt, dass HR-Compliance sich nicht darin erschöpft, Systeme zur Einhaltung der bestehenden Regeln zu schaffen, sondern auch proaktiv den in der menschlichen Natur liegenden Ursachen möglicher Ausfälle zu begegnen.

IV. Zusammenfassung

Arbeitgeber müssen das Verhalten ihrer Mitarbeiter aufgrund zahlreicher Vorschriften kontrollieren. Dabei stoßen sie jedoch an Grenzen, die der Arbeitnehmerschutz zieht. In dieser Zwickmühle zu agieren ist anspruchsvoll, zumal die Gerichte diese Aufgabe der Arbeitgeber oft noch erschweren. Wie aufgezeigt, gibt es jedoch auch arbeitgeberfreundliche Gesetze und Urteile.

AUTOR



Dr. Mark Zimmer, RA/FAArbR, ist Partner im Münchner Büro von Gibson, Dunn & Crutcher. Der Fachanwalt für Arbeitsrecht berät seit 20 Jahren Unternehmen in allen arbeitsrechtlichen Angelegenheiten. Einen weiteren Schwerpunkt bilden nationale und internationale Untersuchungen wegen Betrugs, Untreue und Korruption („Fraud“). Über zahlreiche Publikationen und Vorträge hinaus ist Herr Zimmer durch zwei Lehraufträge hervorgetreten.

45 Vgl. nur *Glaab/Zentes*, BB 2011, 1475; *dies.*, BB 2013, 707; *Helmich*, NJW 2009, 3686.

46 PM des ArbG Frankfurt a.M. vom 11.9.2013, abrufbar unter https://arb-gfrankfurt-justiz.hessen.de/irj/ArbG_Frankfurt_am_Main_Internet?rid=HMDJ_15/ArbG_Frankfurt_am_Main_Internet/sub/908/9083d105-1dce-0417-9cda-a2b417c0cf46,,,11111111-2222-3333-4444-100000005003%26overview=true.htm.

47 PM des ArbG Frankfurt a.M. vom 11.9.2013 (Fn. 46).

48 PM des ArbG Frankfurt a.M. vom 11.9.2013 (Fn. 46).

49 ArbG Frankfurt a.M., 9 Ca 1551 bis 1554/13 u.a.

50 Zu ähnlichen Drucksituationen vgl. *Benecke/Groß*, BB 2015, 693.

51 FAZ vom 11.7.2015.