

Compliance Berater

6 / 2023

Betriebs-Berater Compliance

25.5.2023 | 11.Jg
Seiten 201–244

EDITORIAL

HR & Compliance – eine symbiotische Beziehung | I

Torsten Krumbach

AUFSÄTZE

Kartellrecht im Personalbereich: Das immer noch unterschätzte Risiko | 201

Dr. Christian Steinle und Evelyne Fuhrer

Herausforderungen und Grenzen der Mitarbeiterüberwachung am Beispiel aktueller Rechtsprechung | 206

Dr. Frank Schemmel

Compliance der Compliance bei Internal Investigations aus arbeitsrechtlicher Sicht | 211

Dr. Martin Knaup und Jan-Patrick Vogel

Status-Compliance – Teil II | 218

Maximilian Lachmann

Human Ressource: Compliance zwischen Praxis und Ideologie | 223

Mario Prudentino

Die Mauer des Schweigens bei Rechtsverstößen | 229

Dr. Justus Frank und Paul Single

RECHTSPRECHUNG

EuGH: Pflicht zur Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern bei Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung durch Tarifvertrag | 234

Kommentar: Zeitarbeit – Wann kann vom Gleichbehandlungsgrundsatz abgewichen werden? | 243

Dr. Oliver Bertram und Dr. Anne Förster

Schwerpunktheft
HR-Compliance

CB-BEITRAG

Dr. Justus Frank, RA, Maître en droit, LL. M., Paul Single, RA

Die Mauer des Schweigens bei Rechtsverstößen

Der Mauerfall durch Amnestieprogramme?

Eine Compliance-Organisation sollte zum Ziel haben, ein Umfeld zu schaffen, in dem Mitarbeiter¹ dazu motiviert werden, keine Rechtsverstöße zu begehen, und in dem auch kein Vorschub zu deren Begehung geleistet wird. Kommt es dennoch zu Rechtsverstößen, stößt das Unternehmen oftmals auf eine Mauer des Schweigens bei den Wissensträgern. Daraufhin legen Unternehmen teilweise Amnestieprogramme auf, um die Wissensträger zur Mitwirkung bei der Aufklärung des Sachverhalts zu bewegen. Der Beitrag befasst sich mit den arbeitsrechtlichen Fragestellungen bei der Auflegung eines Amnestieprogramms.

I. Arbeitsrechtliche Fragestellungen

1. Fragen im Vorfeld der Auflegung eines Amnestieprogramms

a) Entscheidung über Einführung und Ausgestaltung eines Amnestieprogramms

Die Unternehmensleitung unterliegt bei der Entscheidung über die Einführung und Ausgestaltung eines Amnestieprogramms zahlreichen Einschränkungen. Der bei ihrer Entscheidung anzuwendende Maßstab ist dabei für die Vorstandsmitglieder einer AG die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG) bzw. für die Geschäftsführer einer GmbH die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 43 Abs. 1 GmbHG). Im Falle einer Pflichtverletzung haften die Vorstandsmitglieder einer AG nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG bzw. die Geschäftsführer einer GmbH nach § 43 Abs. 2 GmbHG für den daraus entstandenen Schaden. Ferner droht eine Strafbarkeit wegen Untreue gemäß § 266 StGB.

Erwägt der Vorstand einer AG bzw. die Geschäftsführung einer GmbH ein Amnestieprogramm, ist daher hierfür Voraussetzung, dass die Unternehmensleitung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln (sog. Business Judgement Rule).² Dabei hängen die Anforderungen an die der unternehmerischen Entscheidung zugrundeliegenden angemessenen Informationen von den Umständen des Einzelfalles ab. Insbesondere den tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten des Informationszugangs und des Verhältnisses von Kosten und Nutzen der weiteren Informationsbeschaffung sowie der Art und Bedeutung der zu treffenden Entscheidung kommt dabei Bedeutung zu.³ Auf der Basis dieser angemessenen Informationen hat die Unternehmensleitung zu beurteilen, ob überhaupt, und wenn ja, unter welchem Aufwand und in welchem Zeitfenster das Ermittlungsziel ohne Amnestieprogramm erreicht werden kann. Erst wenn es danach eines Amnestieprogramms bedarf, z. B. weil das Ermittlungs-

ziel nicht innerhalb des Zeitfensters für die Antragstellung im Rahmen eines Kronzeugenprogramms erreicht werden könnte, sind die im Einzelnen mit einer Sachverhaltsaufklärung verbundenen Vorteile mit den mit einer Amnestiegewährung verbundenen Nachteilen abzuwägen. Dabei hat die Unternehmensleitung neben den sich aus der konkreten Zusage gegenüber dem kooperierenden Arbeitnehmer unmittelbar ergebenden Nachteilen, z. B. Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, auch die sich daraus mittelbar ergebenden Nachteile zu berücksichtigen. Denkbar ist hier beispielweise der Ausschluss bei künftigen Vergabeverfahren aufgrund fehlender Selbstreinigung im Unternehmen bei Verzicht auf den Ausspruch von Kündigungen.

Bei der Abwägung muss das Aufklärungsinteresse stets das Sanktionsinteresse überwiegen. Unzulässig wären danach z. B. eine Generalamnestie, die ohne Bezug zu konkreten Aufklärungsmaßnahmen eine allgemeine Sanktionsverschonung gewährt,⁴ oder Amnestiezusagen, die dem Arbeitnehmer vor Begehung und Entdeckung eines Fehlverhaltens einen Verzicht auf arbeitsrechtliche Sanktionierung und Regress zusichern. Dies würde dem gesetzeswidrigen Handeln der Mitarbeiter Vorschub leisten.⁵

Die Unternehmensleitung sollte sich vor ihrer Entscheidung über die

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Hiervon umfasst ist gleichwohl jedes Geschlecht.

2 *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721, 723 f.

3 *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721, 724; *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 14, 18.

4 *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703, 1704; *Kahlenberg/Schwinn*, CCZ 2012, 81, 83; *Lakner*, CB 2015, 193; einschränkend *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721, 722, wonach jedenfalls das Absehen von der Anzeige von Straftaten zulässig sein soll.

5 *Sieg*, in: Festschrift für Herbert Buchner zum 70. Geburtstag, 1. Aufl. 2009, S. 859, 870; *Eufinger*, RdA 2017, 223, 229; *Eufinger*, DB 2018, 891, 895; *Henssler*, NZA-Beilage 2018, 31, 41.

Einführung und Ausgestaltung eines Amnestieprogramms auch stets versichern, dass sie und nicht etwa der Aufsichtsrat oder ein Beirat nach der in der Gesellschaft bestehenden Kompetenzverteilung hierüber zu entscheiden hat.⁶ Sollte zwar die Unternehmensleitung zuständig sein, aber eine Unsicherheit in Bezug auf die Einhaltung der Business Judgment Rule bestehen, könnte die Unternehmensleitung die Einwilligung der Anteilseigner bzw. der Gesellschafterversammlung ergänzend einholen. Eine Unsicherheit kann bestehen, wenn bei der Abwägung das Aufklärungsinteresse nicht klar das Sanktionsinteresse überwiegt oder sich die von Organmitgliedern der Obergesellschaft getroffenen Entscheidungen auf den von ihnen bei Tochtergesellschaften übernommenen Pflichtenkreis auswirken.⁷ In jedem Fall sollte die Unternehmensleitung ihre Entscheidungsfindung, insbesondere die Abwägungspunkte und den Abwägungsvorgang nachvollziehbar protokollieren.⁸

b) Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats beim Amnestieprogramm

aa) Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Entscheidet sich die Unternehmensleitung für ein Amnestieprogramm, besteht jedenfalls kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Entscheidung „ob“ der Einführung eines solchen Programms.⁹

Unklar ist jedoch, ob ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei der Ausgestaltung eines Amnestieprogramms besteht.¹⁰ Danach hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, bei Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb mitzubestimmen. Unklar ist es deshalb, weil maßgeblich *Göpfert/Merten/Siegrist*¹¹ von einem solchen Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Ausgestaltung eines Amnestieprogramms ausgehen, ohne dies jedoch näher zu begründen, woraufhin zahlreiche Stimmen in der Literatur die Frage des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats bei der Ausgestaltung eines Amnestieprogramms offen gelassen haben.¹² Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, das sich auf die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb bezieht, unterscheidet dabei zwischen dem mitbestimmten Ordnungsverhalten und dem nicht-mitbestimmten Arbeitsverhalten.¹³ Beim Arbeitsverhalten geht es um Maßnahmen, mit denen die Arbeitspflicht im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar konkretisiert wird. Richtigerweise ist daher auch beim Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Ausgestaltung eines Amnestieprogramms danach zu differenzieren, ob sich die durch das Amnestieprogramm bezweckte Informationsgewinnung allein auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers bezieht und deswegen mitbestimmungsfrei ist oder darüber hinaus das Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer im Betrieb berührt und deswegen mitbestimmungspflichtig ist.

Bisher nicht diskutiert wurde, ob je nach Ausgestaltung eines Amnestieprogramms ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG besteht. Danach hat der Betriebsrat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, bei Fragen der betrieblichen Lohngestaltung mitzubestimmen. Der Begriff „Lohn“ ist in einem weiten Sinne zu verstehen und jedenfalls der steuerbare Arbeitslohn ist stets auch mitbestimmter Arbeitslohn.¹⁴ Im Rahmen eines Amnestieprogramms kann im Einzelfall insbesondere der Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen sowie die Übernahme von Verfahrenskosten und auch

Geldstrafen, Geldbußen und Geldauflagen steuerpflichtigen Arbeitslohn¹⁵ darstellen und zu einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats führen.

bb) Mitwirkungsrechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat ist allerdings über die Einführung und Ausgestaltung eines Amnestieprogramms zu unterrichten.¹⁶ Nach § 80 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BetrVG ist der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben nach dem Betriebsverfassungsgesetz rechtzeitig und umfassend vom Arbeitgeber zu unterrichten. Durch diese Unterrichtung soll der Betriebsrat in die Lage versetzt werden, in eigener Verantwortung zu prüfen, ob er tätig werden kann und soll, und ihm dadurch die sachgerechte und wirksame Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben ermöglicht werden.¹⁷ In jedem Fall empfiehlt sich für die Akzeptanz eines Amnestieprogramms bei der Belegschaft eine Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat, da in der Regel nur ein informierter und eingebundener Betriebsrat das Amnestieprogramm unterstützen wird.

c) Adressatenkreis eines Amnestieprogramms

Der Adressatenkreis bestimmt sich nach dem (potentiellen) Kreis der Wissensträger, die durch die Amnestie zur Mitwirkung bei der Aufklärung des Sachverhalts bewegt werden sollen. Dabei empfiehlt es sich, nur diejenigen Arbeitnehmer in das Amnestieprogramm aufzunehmen, die einen nennenswerten Anteil zur Sachverhaltsaufklärung erbringen können. Ferner können zusätzliche Kriterien aufgestellt werden, um bestimmte Arbeitnehmer, beispielsweise solche, die sich durch ihr Fehlverhalten persönlich bereichert haben¹⁸ oder

6 *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 14, 17.

7 *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 14, 18.

8 *Wessing/Dann*, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 1. Aufl. 2013, § 8 Rn. 25; *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 14, 18.

9 Vgl. *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721, 725; *Zimmer/Heymann*, BB 2010, 1853, 1855; *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 14, 20; *Kahlenberg/Schwinn*, CCZ 2012, 81, 84.

10 Ein Mitbestimmungsrecht ablehnend: *Majer*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, 2. Aufl. 2018, E. Rn. 16; *Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein*, NZG 2009, 721, 725; *Zimmer/Heymann*, BB 2010, 1853, 1855; *Kahlenberg/Schwinn*, CCZ 2012, 81, 84.

11 Vgl. *Göpfert/Merten/Siegrist*, NJW 2008, 1703, 1708; so im Ergebnis auch *Lakner* CB 2015, 193, 199.

12 Vgl. z.B. *Matthey/Dittrich*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 42 Rn. 34; *Grützner*, in: Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 493; *Dendorfer-Ditges*, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 35 Rn. 249, laut dem jedenfalls die Entscheidung über die Festlegung des sachlichen und persönlichen Geltungsbereichs des Amnestieprogramms mitbestimmungsfrei sei; ebenso *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 14, 20.

13 *ErfK/Kania*, 23. Aufl. 2023, BetrVG § 87 Rn. 18 ff.

14 *ErfK/Kania*, 23. Aufl. 2023, BetrVG § 87 Rn. 96.

15 Hierzu *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 16 ff.; *Kahlenberg/Schwinn*, CCZ 2012, 81, 85; *Matthey/Dittrich*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 42 Rn. 33; *Majer*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, 2. Aufl. 2018, E. Fn. 19.

16 So *Wessing/Dann*, Deutsch-Amerikanische Korruptionsverfahren, 1. Aufl. 2013, § 8 Rn. 26; *Matthey/Dittrich*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, Kartellverfahren und Kartellprozess, 1. Aufl. 2017, § 42 Rn. 34; *Dendorfer-Ditges*, in: Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2021, § 35 Rn. 249; *Majer*, in: Moosmayer/Hartwig, Interne Untersuchungen, 2. Aufl. 2018, E. Rn. 16; *Annuß/Pelz*, BB Beilage 2010, Nr. 4, 14, 20; *Kahlenberg/Schwinn*, CCZ 2012, 81, 84.

17 *ErfK/Kania*, 23. Aufl. 2023, BetrVG § 80 Rn. 17.

18 *Grützner*, in: Momsen/Grützner, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2020, § 16 Rn. 496.

vorsätzliche Straftaten zum Nachteil des Arbeitgebers begangen haben¹⁹, von der Teilnahme am Amnestieprogramm auszuschließen. Bei der Festlegung des persönlichen Geltungsbereichs hat der Arbeitgeber den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten.

2. Fragen bei der Durchführung eines Amnestieprogramms

Bei der Ausgestaltung eines Amnestieprogramms kommen individualarbeitsrechtliche Fragestellungen in den Fokus. Die Teilnahme eines Arbeitnehmers am Amnestieprogramm stellt eine Vereinbarung innerhalb des Arbeitsverhältnisses dar, geprägt von Leistung und Gegenleistung. Aber auch wenn Arbeitnehmer sich weigern, an dem Amnestieprogramm teilzunehmen, kann dies Konsequenzen nach sich ziehen.

a) Leistung und Gegenleistungen

Die Leistung des Arbeitnehmers im Rahmen seiner Teilnahme am Amnestieprogramm ist schnell beschrieben: Der Arbeitnehmer kooperiert mit dem Arbeitgeber im Rahmen der internen Untersuchung, indem er diesem Informationen bereitstellt und die Fragen des Unternehmens zum Untersuchungsgegenstand beantwortet. Ein wesentlicher Teil dieser Leistung besteht selbstverständlich darin, dass der Arbeitnehmer die ihm bekannten Tatsachen und Umstände nach bestem Wissen und Gewissen umfassend und wahrheitsgemäß offenbart. Denn nur richtige Informationen helfen dem Arbeitgeber weiter, das übergeordnete Ziel des Amnestieprogramms zu erreichen: Die Aufklärung des Sachverhalts, der Gegenstand der internen Untersuchung ist.

Die Gegenleistung des Arbeitgebers kann vielfältig ausgestaltet sein und sowohl rechtliche als auch wirtschaftliche Interessen des Arbeitnehmers berühren. Kein zwingendes Erfordernis besteht dabei, allen im Amnestieprogramm teilnehmenden Arbeitnehmern identische Gegenleistungen zukommen zu lassen. Unter Umständen können bereits vor dem Start eines Amnestieprogramms verschiedene Mitarbeitergruppen ausgemacht werden, die absehbar über ein unterschiedlich wertvolles Wissen verfügen, an welches das Unternehmen im Rahmen des Amnestieprogramms gelangen will. In diesem Fall bietet es sich an, den Umfang der Gegenleistungen auf die verschiedenen Mitarbeitergruppen zuzuschneiden. Nicht zu raten ist hingegen, dass Arbeitgeber die Auswahl ihrer Gegenleistung dergestalt unter einen Vorbehalt stellen, dass diese von dem tatsächlichen Wert der preisgegebenen Informationen abhängig gemacht wird. Eine solche pauschale und wenig verbindliche Ankündigung wird für Unsicherheit bei den Arbeitnehmern und einen geringeren Anreiz zur Teilnahme am Amnestieprogramm führen.²⁰

Aber nur wenn sich nachträglich nicht herausstellt, dass der Arbeitnehmer unvollständige oder gar unrichtige Informationen berichtet hat, hat der Arbeitgeber auch ein Interesse daran, die versprochene Gegenleistung zu erbringen. Verspricht der Arbeitgeber Gegenleistungen, sollten diese deshalb stets unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass die am Amnestieprogramm teilnehmenden Arbeitnehmer umfassend und wahrheitsgemäß Auskunft erbringen.

Zu den möglichen Gegenleistungen im Amnestieprogramm, mit einem Fokus auf den arbeitsrechtlichen Instrumenten:

aa) Verzicht auf eine Abmahnung

Einer Abmahnung wird regelmäßig ein nur geringer Sanktionseffekt zugesprochen, da sich an den Ausspruch der Abmahnung keine

Konsequenzen knüpfen, die unmittelbar Einfluss auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nehmen. Aus Arbeitgebersicht kann es somit nahe liegen, den Verzicht auf eine Abmahnung als Gegenleistung im Rahmen des Amnestieprogramms in Aussicht zu stellen. Es bestehen jedoch verschiedene Gründe, den Verzicht auf die Abmahnung nicht als Gegenleistung in das Amnestieverhältnis einzubringen:

Gerade aufgrund des vermeintlich schwachen Sanktionseffektes reicht allein der Verzicht auf eine Abmahnung kaum aus, um Arbeitnehmer von der Teilnahme am Amnestieprogramm zu überzeugen. Der Verzicht auf die Abmahnung stellt somit immer nur einen untergeordneten Bestandteil des Entgegenkommens des Arbeitgebers dar.

Gleichzeitig müssen sich Arbeitgeber bewusst sein, dass für eine verhaltensbedingte Kündigung aufgrund der Verletzung vertraglicher Pflichten regelmäßig eine Abmahnung vorausgesetzt wird.²¹ Für den aktuellen, im Rahmen der internen Untersuchung aufgedeckten Pflichtverstoß eines Arbeitnehmers mag die Abmahnung noch keine direkten Auswirkungen haben. Eine einschlägige Abmahnung im Falle einer wiederholten und gleichartigen Pflichtverletzung steigert die Erfolgsaussichten des Arbeitgebers in einem möglichen Kündigungsschutzverfahren nach Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung jedoch erheblich. Die Hingabe des Sanktionsmittels mag sich kurzfristig als sinnvolle Incentivierung für die Teilnahme am Amnestieprogramm erweisen. Mittel- und langfristig rächt sich der Verzicht jedoch, will man als Arbeitgeber wiederholte Pflichtverletzungen mit einer verhaltensbedingten Kündigung des Arbeitsverhältnisses sanktionieren.

Darüber hinaus liegt in dem Ausspruch einer Abmahnung ein klares Bekenntnis des Arbeitgebers zu einem pflichtbewussten und ordnungsgemäßen Verhalten im Arbeitsverhältnis. Ein Verzicht des Arbeitgebers auf die Abmahnung als niederschwellige Form der Sanktionierung kann daher durchaus den Eindruck erwecken, dass das Fehlverhalten schlicht hingenommen wird.²² Dieser Eindruck sollte in der eigenen Belegschaft vermieden werden. Insbesondere um keinen Vorschub für zukünftige Pflichtverstöße zu leisten, bei denen das Sanktionsinteresse das Aufklärungsinteresse überwiegt, die also kein Amnestieprogramm rechtfertigen. Im Interesse der nachhaltigen Stärkung des Compliance-Bewusstseins aller Beteiligten im Unternehmen stellt der Verzicht auf die Abmahnung im Ergebnis somit keine taugliche Gegenleistung im Rahmen des Amnestieverhältnisses dar.

bb) Verzicht auf eine Kündigung

Dem Verzicht des Arbeitgebers auf den Ausspruch einer verhaltensbedingten Beendigungskündigung kommt eine zentrale Bedeutung zu. In dem sicheren Wissen, dass aus den Pflichtverletzungen, über die im Rahmen des Amnestieprogramms gegebenenfalls berichtet wird, nicht die Beendigung des Arbeitsverhältnisses folgt, fällt es Arbeitnehmern leichter, Aussagen zu tätigen.

Eine derartige Rechtssicherheit für Arbeitnehmer besteht jedoch grundsätzlich nur bei einem Verzicht des Arbeitgebers auf eine *ordentliche* Kündigung. Auf diese können Arbeitgeber auch im

19 *Straube*, in: *Straube/Rasche*, Arbeitsrechtliche Korruptionsbekämpfung, 1. Aufl. 2017, C Rn. 193.

20 *Lakner*, CB 2015, 193, 194.

21 *BAG*, Urt. v. 10.06.2010, 2 AZR 541/09, NZA 2010, 1227, 1231.

22 *EBwein*, CCZ 2018, 73, 74.

Voraus, also vor Kenntnis sämtlicher Tatsachen, die mögliche Gründe für eine verhaltensbedingte Kündigung bereiten, verzichten.²³ Wichtig ist, den sachlichen Anwendungsbereich des Verzichts klar von Sachverhalten abzugrenzen, an die kein Kündigungsverzicht geknüpft sein soll. Hervorzuheben ist also, dass allein Pflichtverletzungen, die in Zusammenhang mit dem Ermittlungsgegenstand stehen, keine ordentliche verhaltensbedingte Beendigungskündigung nach sich ziehen.

Bei *außerordentlichen* Kündigungen sind einem Kündigungsverzicht enge Grenzen gesetzt. Einem Verzicht auf den Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung mangelt es immer dann an rechtlicher Verbindlichkeit, wenn dieser „ins Blaue hinein“²⁴ erklärt wird. Die Kündigungsvorschrift des § 626 BGB ist zwingendes Recht, das unabdingbar ist und das vertraglich nicht wirksam ausgeschlossen werden kann.²⁵ In einem Stadium der internen Untersuchung, in dem noch kein Verdacht hinsichtlich des Fehlverhaltens eines Arbeitnehmers besteht, der, sollte er sich bewahrheiten, den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen würde, kann im Voraus nicht wirksam auf dieses Kündigungsrecht verzichtet werden.

Anders verhält es sich hingegen, wenn der Verzicht auf die außerordentliche Kündigung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem der Arbeitgeber bereits ausreichende Tatsachenkenntnis hat, an die sich der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung unmittelbar anknüpfen ließe.²⁶ Fraglich ist jedoch, welcher Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, bezüglich dessen Arbeitsverhältnis die enorm hohe Schwelle einer fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund einmal überschritten ist, tatsächlich weiterbeschäftigen will. Dieser Biss in den sauren Apfel macht regelmäßig nur dann Sinn und kann unternehmerisch gerechtfertigt werden, wenn die Informationen, die der betroffene Arbeitnehmer im Rahmen der internen Untersuchung beisteuert, von herausragender Relevanz für das Aufklärungsziel des Arbeitgebers sind. Denkbar ist hier beispielsweise die Aufdeckung von Netzwerkstrukturen im Unternehmen, die ohne das Wissen des Arbeitnehmers nicht möglich wäre.

Völlig wertlos ist der unwirksame Ausschluss der außerordentlichen Kündigung vor Tatsachenkenntnis für den Arbeitnehmer hingegen nicht. Spricht der Arbeitgeber trotz des initialen Verzichts eine außerordentliche Kündigung aus, dürfte der unverbindliche Verzicht im Rahmen einer etwaigen gerichtlichen Überprüfung der Kündigung bei der Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer zugunsten des Arbeitnehmers berücksichtigt werden.

Offenhalten sollte sich der Arbeitgeber stets die Möglichkeit des Ausspruchs einer verhaltensbedingten Änderungskündigung oder einer Versetzung des Arbeitnehmers auf einen anderen Arbeitsplatz im Rahmen des dem Arbeitgeber zustehenden Weisungsrechts. Auch wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund des Kündigungsverzichts nicht beendet werden kann, wird so jedenfalls ein Bruch in Bezug auf die konkrete Tätigkeit des Arbeitnehmers erzeugt, der das Risiko gleichartiger Pflichtverstöße in der Zukunft reduziert.

cc) Verzicht auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen

Neben dem Verzicht auf Sanktionen, die den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses betreffen, können auch wirtschaftlich geprägte Gegenleistungen des Arbeitgebers in das Amnestieprogramm einfließen. Denkbar ist dies insbesondere in Form eines Verzichts des Arbeitgebers auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber Arbeitnehmern. Begrenzt wird diese Möglichkeit

durch § 276 Abs. 3 BGB, der den vorausseilenden Erlass einer Haftung von Arbeitnehmern für vorsätzliches Verhalten ausschließt.

Der Schutz vor der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, ganz gleich wie dieser Schutz dogmatisch hergeleitet wird,²⁷ ist angesichts der bedrohlichen Wirkung von finanziellen Forderungen des Arbeitgebers von enormem Interesse für Arbeitnehmer. Häufig liegt in innerdeutschen Sachverhalten²⁸ das wirtschaftliche Risiko bei Compliance-Verstößen für Unternehmen nicht in ordnungsrechtlichen Konsequenzen wie Geldbußen, sondern in umfangreichen oder einer Vielzahl von Rechtsgeschäften, die aufgrund von Pflichtverstößen von Arbeitnehmern im Rahmen von Geschäftsanbahnung oder -abschluss nicht wirksam zustande kommen bzw. rückabgewickelt werden müssen. Den dadurch entstehenden wirtschaftlichen Schaden nicht auf die verantwortlichen Arbeitnehmer umzulegen, kann für diese von existenzieller Wichtigkeit sein.

Gerade aufgrund der erheblichen wirtschaftlichen Dimension ist die Unternehmensleitung hier zu besonders sorgfältigen Entscheidungen veranlasst, um sich ihrerseits nicht die Verursachung eines (weiteren) Schadens vorwerfen lassen zu müssen.²⁹ Das Informationsinteresse muss das Sanktionsinteresse folglich deutlich überwiegen.

dd) Weitere Formen der Gegenleistung

Im wirtschaftlichen Interesse des Arbeitnehmers können ferner Zusagen des Arbeitgebers sein, gemäß derer das Unternehmen etwaige Kosten der persönlichen Rechtsverteidigung eines Arbeitnehmers oder, im Falle der Verurteilung, Geldstrafen oder Bußgelder übernimmt. In letzterem Falle ist angesichts einer möglichen strafbaren Untreue oder Strafreitelung erhöhte Vorsicht für die Verantwortlichen im Unternehmen geboten.³⁰

Eine weitere Form der Gegenleistung ist die Zusage des Arbeitgebers, keinen Strafantrag aufgrund der gegebenenfalls strafrechtlich relevanten Pflichtverstöße des Arbeitnehmers zu stellen. Da die Entscheidung über strafverfolgende Maßnahmen jedoch nicht dem Arbeitgeber obliegt, kommt diesem Mittel regelmäßig nur ein psychologischer Effekt im Rahmen des Amnestieverhältnisses zu.

b) Handlungsmöglichkeiten bei ausbleibender Teilnahme am Amnestieprogramm

Arbeitnehmer sind nicht verpflichtet, an einem Amnestieprogramm teilzunehmen, das in einem Unternehmen aufgesetzt wird. Im Rahmen des bestehenden Arbeitsverhältnisses besteht für Arbeitgeber dann ein anderer Weg der Informationsgewinnung, der Gebrauch des Weisungsrechts.

Der Arbeitgeber kann gemäß § 106 GewO unter anderem den Inhalt

23 BAG BeckRS 2004, 41495.

24 Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721, 724.

25 BAG BeckRS 2005, 30349196.

26 Gieseler, in: Gallner/Mestwerdt/Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl. 2021, § 626 BGB, Rn. 19.

27 Zu der Abgrenzung zwischen Erlass und Stillhaltevereinbarung ausführlich *Eßwein*, CCZ 2018, 73, 75 f.

28 Zum Beispiel in US-amerikanischen Sachverhalten ist dieses Risiko angesichts von durch die Börsenaufsichtsbehörde (SEC) drohender Strafen deutlich höher.

29 Breßler/Kuhnke/Schulz/Stein, NZG 2009, 721, 723.

30 Kahlenberg/Schwinn, CCZ 2012, 81, 85.

der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen. Dies beinhaltet die Möglichkeit, den Arbeitnehmer anzuweisen, über Art und Umfang seiner Arbeitsleistung Auskunft zu erteilen.³¹ Darüber hinaus wird die Mitwirkung des Arbeitnehmers in der Aufklärung des Untersuchungsgegenstands als arbeitsvertragliche Nebenpflicht angesehen.³² Nach überwiegend vertretener Ansicht findet das Recht, sich im Rahmen seiner Aussagen nicht selbst belasten zu müssen (lat. *nemo tenetur se ipsum accusare*) im Verhältnis von Arbeitnehmer zu Arbeitgeber grundsätzlich keine Anwendung.³³ Sollten Arbeitnehmer eine Mitwirkung an der Aufklärung außerhalb eines Amnestieprogramms verweigern, kann der Arbeitgeber darauf mit den üblichen arbeitsrechtlichen Sanktionen reagieren. Die Pflichtverletzung, auf die der Arbeitgeber hier reagiert, liegt nicht in der Entscheidung des Arbeitnehmers gegen seine Teilnahme am Amnestieprogramm. Vielmehr sanktioniert der Arbeitgeber den Arbeitnehmer dafür, dass dieser sich entgegen der Weisung des Arbeitgebers nicht mit dem ihm verfügbaren Wissen an der Aufklärung beteiligt. Diese Unterscheidung ist wichtig, da der Verzicht des Arbeitnehmers auf die Teilnahme am Amnestieprogramm sein gutes Recht ist, an das gemäß des in § 612a BGB geregelten Maßregelungsverbots keine nachteiligen Maßnahmen geknüpft werden dürfen.

Eine denkbare Sanktion ist zunächst der Ausspruch einer Abmahnung, deren rügender und warnender Charakter den Arbeitnehmer gegebenenfalls zum Umdenken und zur Unterstützung der Untersuchung bewegt. Sollte die Abmahnung keine Wirkung zeigen, ist in einem nächsten Schritt der Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung zu erwägen.

Insbesondere eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses, die, ob sozial gerechtfertigt oder nicht, mit hoher Wahrscheinlichkeit das Ende des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben wird, ist dem übergeordneten Ziel der internen Untersuchung nur wenig zuträglich. Denn auf diesem konfliktträchtigen Weg verlassen Wissensträger das Unternehmen, ohne dass der Arbeitgeber eine Möglichkeit hat, auf deren Kenntnisse über den Untersuchungsgegenstand zugreifen zu können. Das Ziel des Arbeitgebers bei der Auflegung eines Amnestieprogramms sollte deshalb sein, ein attraktives Angebot für die Teilnahme an dem Programm zu vermitteln, das eine Vertrauensgrundlage, insbesondere auch für die im Amnestieprogramm folgenden Interviews bildet.

II. Zusammenfassung

Wissensträger können wertvolle Beiträge dazu leisten, das Fehlverhalten natürlicher oder juristischer Personen aufzudecken, und es dadurch dem Unternehmen erst ermöglichen, dieses Fehlverhalten abzustellen und dessen Folgen einzudämmen. Die in der Praxis oftmals anzutreffende Mauer des Schweigens der Wissensträger kann durchbrochen werden, indem für die Wissensträger, die am Fehlverhalten mitgewirkt haben und die Sanktionierung und den Regress fürchten, ein Amnestieprogramm aufgelegt wird, und für die Wissensträger, die zwar nicht am Fehlverhalten mitgewirkt haben, die aber als hinweisgebende Person (Whistleblower) Repressalien fürchten, ein Hinweisgeberschutzsystem installiert wird.

AUTOREN



Dr. Justus Frank, LL. M., Maître en droit, ist Rechtsanwalt bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, insbesondere zur arbeitsrechtlichen Begleitung von internen Untersuchungen.



Paul Single ist Rechtsanwalt bei Hogan Lovells International LLP in Frankfurt am Main und berät nationale und internationale Mandanten zu diversen Themen rund um Arbeitsverhältnisse, insbesondere auch zu aufenthalts- und sozialversicherungsrechtlicher Compliance.

31 Lützeler/Müller-Sartori; CCZ 2011, 19.

32 Lakner, CB 2015, 193, 195.

33 Ausführlich m. w. N. Lakner, CB 2015, 193, 196.