

CB-BEITRAG

Dr. Sarah Reinhardt, RAin/FAinArbR

Sozialpartner-Compliance*

Die Sozialpartnerschaft und Mitbestimmung ist in Deutschland und Europa ein hohes Gut und befördert die Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen nachhaltig. Dem Ideal einer ausgewogenen Lösung bei Interessensgegensätzen kommt die Zusammenarbeit zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern in vielen Fällen nahe. Die Zusammenarbeit ist jedoch grundsätzlich anfällig für verschiedene Störungen und sogar Versuche einseitiger Vorteilserlangung.

I. Herausforderungen und Grenzen für Compliance im Rahmen der Sozialpartnerschaft

Compliance wird für viele Unternehmen immer wichtiger. Hierbei geht es insbesondere um die schnellstmögliche Erarbeitung oder den Ausbau eines Compliance-Systems, also um Compliance-Regelungen bzw. Compliance-Richtlinien. Im Rahmen der Sozialpartner-Compliance müssen hierbei insbesondere die Beteiligungsrechte des Betriebsrats beachtet werden, wobei hinsichtlich des Einbezugs des Betriebsrats grundsätzlich dahingehend unterschieden werden muss, welche Qualität das Beteiligungsrecht hat. Zu nennen sind hier Zustimmungsverweigerungsrechte und Mitwirkungsrechte, aber auch echte erzwingbare Mitbestimmungsrechte. Bei Letzteren muss, sofern innerbetrieblich keine Einigung mit dem Betriebsrat gefunden werden kann, eine Einigung im Rahmen einer Einigungsstelle erfolgen, will der Arbeitgeber das entsprechende Vorhaben auch umsetzen. Denn wird arbeitgeberseitig unter Umgehung einer Einigungsstelle die entsprechende Compliance-Regelung umgesetzt, so hat der Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch, den er auch im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzen kann. Der einzelne Arbeitnehmer muss sich in diesem Fall nicht an die Regelung halten, da im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmungsrechte die sog. Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung gilt: Nach der vom BAG¹ entwickelten Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung sind Maßnahmen und Rechtsgeschäfte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats verletzen, unwirksam, wenn sie den Arbeitnehmer belasten. Dies gilt sowohl für einseitige Anordnungen, die der Arbeitgeber in Ausübung des Direktionsrechts vornimmt, als auch für einzelvertragliche Vereinbarungen. Damit soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber dem Einigungszwang mit dem Betriebsrat durch Rückgriff auf arbeitsvertragliche Gestaltungsmöglichkeiten ausweicht. Dem Arbeitgeber darf aus einer betriebsverfassungsrechtlichen Pflichtwidrigkeit auch im Rahmen des Arbeitsverhältnisses kein Vorteil erwachsen.

Nachfolgend sollen daher anhand der zugrundeliegenden Beteiligungsrechte einzelne Compliance-Regelungen untersucht werden.

1. Whistleblower-Hotline

Die Einführung einer Whistleblower-Hotline beinhaltet arbeitgeberseitig die Aufforderung an seine Arbeitnehmer, Vorgesetzte und Kollegen, sofern sie gegen Gesetze oder auch nur interne Unternehmensrichtlinien verstoßen, anzuzeigen. Die Möglichkeit derartige Anzeigen vorzunehmen, betrifft nach ständiger Auffassung das betriebliche Ordnungsverhalten, da der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bestimmte Verhaltenspflichten auferlegt. Dementsprechend ist bezüglich der Einführung und Ausgestaltung einer Whistleblower-Hotline das Mitbestimmungsrecht gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 Betriebsverfassungsgesetz („BetrVG“)² betroffen. Nach der Auffassung des BAG³ muss die Einrichtung einer Whistleblower-Hotline keine verbindlichen Verhaltensregeln enthalten, vielmehr genügt es, wenn das Verhalten der Arbeitnehmer gesteuert wird oder die Ordnung gewährleistet werden soll.

Das diesbezügliche Mitbestimmungsrecht an einzelnen Regelungen begründet aber nicht automatisch ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der gesamten Whistleblower-Hotline; kann eine Teilung in mitbestimmungspflichtige und mitbestimmungsfreie Regelungen erfolgen, so besteht das Mitbestimmungsrecht nur hinsichtlich des mitbestimmungspflichtigen Teils. Mitbestimmungsfrei sind z. B. die Darstellung der Unternehmensphilosophie, allgemeine moralisch-ethische Programmsätze oder Zielvorgaben, Selbstverpflichtungen des Arbeitgebers und nur das Arbeitsverhalten betreffende Regelungen.

Des Weiteren kann ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG⁴ eingreifen. Zweck dieses Mitbestimmungsrechts ist der

* Dieser Beitrag beleuchtet ausschnittsweise die Themen, die Inhalt des Vortrags „Sozialpartner Compliance“ im Rahmen des „Compliance Dialog – HR-Compliance“ am 24.11.2015 in Frankfurt sind.

1 BAG, 11.6.2002 – 1 AZR 390/01, BB 2003, 213, Ls.

2 „Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen: 1. Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb; (...)“.

3 BAG, 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, BB 2008, 2520 m. BB-Komm. *Sittard*.

4 „Der Betriebsrat hat, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht, in folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen: (...) 6. Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen; (...)“.

Schutz der Arbeitnehmer vor den Gefahren anonymer technischer Kontrolleinrichtungen und der kollektivrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Davon nicht umfasst ist allerdings die Frage des „Ob“ der Anschaffung von technischen Einrichtungen für eine Whistleblower-Hotline. Nach Auffassung des BAG muss, damit ein Mitbestimmungsrecht eingreift, die technische Einrichtung zur Überwachung bestimmt sein, es ist irrelevant, ob sie das primäre Ziel war.⁵ Überwachung in diesem Sinne ist sowohl das Sammeln von Informationen als auch das Auswerten bereits vorliegender Informationen.⁶ Mitbestimmungspflichtig im Rahmen dieser Vorschrift sind daher die Aufzeichnung der eingehenden Meldungen, die Identifizierung des Meldenden via Datenerfassung sowie die Vornahme von Auswertungen und Statistiken, sofern diese personenbezogen sind.

2. Einrichtung eines Compliance-Offices und Benennung von Compliance-Verantwortlichen

Es stellt sich die Frage, ob die Implementierung einer Compliance-Struktur und hierbei insbesondere die Schaffung eines Compliance-Offices und die Benennung von Compliance-Verantwortlichen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats auslöst. Allein die Einrichtung eines Compliance-Offices unterliegt nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats, da es sich hierbei um eine unternehmerische Entscheidung handelt, ob ein neuer Arbeitsplatz oder eine neue Abteilung geschaffen wird. Solange mit dieser Einrichtung die betriebliche Organisationsstruktur nicht verändert und damit keine Betriebsänderung i. S. v. § 111 BetrVG ausgelöst wird, unterliegt die Einrichtung dementsprechend nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats. Bei der Einstellung von Compliance-Verantwortlichen ist allerdings wiederum das Zustimmungsgeschäft des Betriebsrats gem. § 99 Abs. 1 BetrVG zu berücksichtigen; sollte ein bereits im Unternehmen befindlicher Arbeitnehmer zum Compliance-Officer ernannt und versetzt werden, gilt ebenfalls das Zustimmungsgeschäft des Betriebsrats i. S. d. § 99 Abs. 1 BetrVG. Der Betriebsrat kann auch gem. § 93 BetrVG die Ausschreibung entsprechender Arbeitsplätze des Compliance-Verantwortlichen verlangen und einen Zustimmungsverweigerungsgrund i. S. v. § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG geltend machen, wenn eine derartige Ausschreibung unterbleibt.

3. Durchführung von internen Ermittlungen

Oftmals werden bei internen Ermittlungen Fragebögen verwendet, welche dem Arbeitgeber die aus seiner Sicht relevanten Informationen verschaffen können, und zwar im Falle der schriftlichen Beantwortung in belastbarer Form. Werden in den geplanten Befragungen Fragebögen verwendet, so kann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 94 Abs. 1 BetrVG entstehen. Nach dieser Vorschrift bedürfen Personalfragebögen der Zustimmung des Betriebsrats. Um einen zustimmungspflichtigen Personalfragebogen handelt es sich allerdings nur, wenn und soweit Informationen über persönliche Verhältnisse, Kenntnisse und Fertigkeiten erhoben werden.⁷ § 94 BetrVG soll das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers schützen, so dass der Arbeitgeber nicht nach persönlichen Verhältnissen fragen darf, die bei objektiver Betrachtung für den Arbeitsplatz und die berufliche Entwicklungsmöglichkeit im Betrieb keine Bedeutung haben.⁸ Auch eine mündliche Befragung in der Form eines Interviews, die anhand einer Checkliste und einer anschließenden schriftlichen Fixierung der Antworten erfolgt, fällt grundsätzlich unter § 94 BetrVG. Keine Rolle spielt auch, ob die befragte Person selbst den Personalfragebogen ausfüllt oder ob ein Fragesteller die Personaldaten

erhebt.⁹ Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Art und Weise der Durchführung des Tests selbst nicht dem Mitbestimmungsrecht unterliegt.¹⁰ Eine sich im Fragebogen befindliche zustimmungspflichtige Frage macht aber nicht den gesamten Fragebogen zustimmungspflichtig. Damit der Betriebsrat allerdings prüfen kann, ob ein Fragebogen zustimmungspflichtige Fragen enthält, ist der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet, diesen dem Betriebsrat vor seinem Einsatz rechtzeitig zur Verfügung zu stellen. Werden im Nachgang zu den Befragungen übergebende Unterlagen seitens des Arbeitgebers gesichtet, d. h. durchgelesen, so löst dies weder ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG noch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG aus, da es sowohl an einer Anordnung als auch an einer technischen Einrichtung fehlt. Sollten technische Einrichtungen zur weiteren Verarbeitung der Ergebnisse einer Befragung allerdings genutzt werden, ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG denkbar. Sollten also etwa gewonnene Erkenntnisse über das Verhalten der Befragungen in einer elektronischen Datenbank eingegeben und dort gesammelt werden und die Datenbank als technische Einrichtung zu qualifizieren sein, wäre ein Mitbestimmungsrecht gegeben.

4. Compliance-Schulungen

Um das Verständnis für Compliance zu verbessern und die Bereitschaft zu erhöhen, entsprechend zu handeln, ist die Schulung der Arbeitnehmer einer der zentralen Bestandteile der Implementierung und erfolgreichen Führung von Compliance-Systemen. § 98 Abs. 1 BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG¹¹ ist der Begriff der betrieblichen Berufsbildung in § 98 BetrVG weit auszulegen. Er umfasst alle Maßnahmen der Berufsbildung i. S. d. § 1 Abs. 1 BBiG und damit solche der Berufsausbildung, der beruflichen Fortbildung und der beruflichen Umschulung. Hierunter fallen auch Compliance-Schulungen, denn hier werden Lerninhalte vermittelt, so dass es sich hierbei um eine sonstige Bildungsmaßnahme handelt, die gem. § 98 Abs. 6 BetrVG der betrieblichen Mitbestimmung unterliegt. Der Betriebsrat kann dementsprechend bezüglich des Inhalts, Umfangs und der Methode der Vermittlung von Kenntnissen, Fähigkeiten und Fertigkeiten ebenso wie der Ausgestaltung der Prüfung mitbestimmen.¹² Damit die Teilnahme der Arbeitnehmer an der Schulung nachgewiesen werden kann, wird der Arbeitgeber in den meisten Fällen die Schulungsteilnahme registrieren und archivieren. Üblicherweise geschieht dies dadurch, dass der Arbeitgeber die entsprechenden Teilnehmerlisten einscannet, elektronisch ablegt und verwaltet. Eine solche Vorgehensweise unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, da hierdurch eine Leistungs- und Verhaltenskontrolle der Arbeitnehmer mittels einer technischen Einrichtung stattfindet. Auch sog. Web-based-Trainings unterliegen dem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

5 BAG, 9.9.1975 – 1 ABR 20/74, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 2.

6 BAG, 14.11.2006 – 1 ABR 4/06, DB 2007, 1141.

7 BAG, 2.12.1999 – 2 AZR 724/98, BB 2000, 1092.

8 *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 94 BetrVG, Rn. 37a.

9 BAG, 21.9.1993 – 1 ABR 28/93, BB 1994, 75 Ls.

10 BAG, 18.7.1978 – 1 ABR 8/75, DB 1978, 2320.

11 BAG, 5.3.2013 – 1 ABR 11/12, AP BetrVG 1972 § 98 Nr. 15.

12 BAG, 5.11.1985 – 1 ABR 49/83, BB 1986, 1575 Ls, DB 1986, 1341.

II. Folgen der einseitigen Vorteilserlangung

Nicht ganz von der Hand zu weisen ist die Gefahr, dass der Betriebsrat bestimmte Vorteile verlangt, damit er seine Zustimmung zur Einführung von bestimmten Compliance-Regelungen gibt. Diese Vorgehensweise ist allerdings unzulässig:

Rechtlich gesehen ist das Betriebsratsamt ein unentgeltliches Ehrenamt (§ 37 Abs. 1 BetrVG). Dem Betriebsratsmitglied steht während der Arbeitsbefreiung zur Wahrnehmung seiner Betriebsratsstätigkeit jedoch dasjenige Arbeitsentgelt zu, das er ohne Freistellung verdient hätte¹³ – sog. Entgeltausfallprinzip. Das bedeutet, dass dem Betriebsratsmitglied seine fiktive Arbeitsleistung bezahlt wird. Deshalb ist eine Vergütungsanhebung zur Bezahlung „auf Augenhöhe“ unzulässig. Denn der Arbeitgeber darf einem Betriebsratsmitglied nach dem in § 78 S. 2 BetrVG festgeschriebenen Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot keine Zuwendungen machen, die diesem nicht auf Grund seines Arbeitsverhältnisses zustehen.¹⁴ Aus diesem Begünstigungs- und Benachteiligungsverbot folgt demgegenüber jedoch auch, dass bei einer länger dauernden Freistellung im Rahmen der Gehaltsanpassung die (fiktive) berufliche Entwicklung des Betriebsratsmitglieds zu berücksichtigen ist.¹⁵ Maßstab hierbei ist die „betriebsübliche berufliche Entwicklung“ (§ 37 Abs. 4 BetrVG), nur in diesem Rahmen sind Gehaltsanhebungen zulässig.

Es ist auch unzulässig, dem Betriebsratsmitglied jegliche Art von Sondervorteilen zu gewähren, die vor der Tätigkeit als Betriebsratsmitglied nicht bestanden haben.¹⁶ Auch unzulässig ist die Gewährung von Aufwandspauschalen, denn § 40 Abs. 1 BetrVG sieht nur die Erstattung tatsächlich entstandener Aufwendungen vor. Das heißt, Betriebsratsmitgliedern darf keine pauschale Aufwandsentschädigung ohne Rücksicht darauf gezahlt werden, ob das Betriebsratsmitglied im Einzelfall wirklich Aufwendungen in dieser Höhe hatte.¹⁷

Die Begünstigung von Betriebsratsmitgliedern stellt eine Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG dar, die mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bestraft werden kann. Die Besonderheit hierbei ist allerdings, dass es sich bei § 119 BetrVG um ein Antragsdelikt handelt. Das heißt, die potentiellen Täter (Betriebsrat und Arbeitgeber) müssen selber einen Strafverfolgungsantrag stellen, damit die Staatsanwaltschaft überhaupt tätig werden kann. Zu beachten ist allerdings, dass auch jede im Betrieb vertretene Gewerkschaft¹⁸ antragsberechtigt ist.

Anders ist dies allerdings bei der ebenfalls im Raum stehenden Untreue nach § 266 StGB. Hier ist die Strafverfolgung grundsätzlich nicht von einer Antragstellung abhängig.¹⁹ Werden an Betriebsratsmitglieder seitens des Arbeitgebers Zahlungen im Zusammenhang mit ihrer Betriebsratsstätigkeit geleistet, die mit dem Entgeltausfallprinzip des § 37 Abs. 2 BetrVG und dem Begünstigungsverbot des § 78 S. 2 BetrVG nicht im Einklang stehen, droht daher eine Strafverfolgung nach § 266 StGB wegen des Vorwurfs der Untreue.²⁰ Der Tatbestand des § 266 StGB kann allerdings unmittelbar nur durch die Arbeitgeberseite verwirklicht werden.²¹ Denn nur die Unternehmensvertreter (insbesondere Vorstände einer AG sowie Geschäftsführer einer GmbH) trifft eine Vermögensbetreuungspflicht i. S. v. § 266 StGB.²² Den Betriebsratsmitgliedern fehlt es an dieser für den Tatbestand der Untreue unabdingbaren Vermögensbetreuungspflicht gegenüber dem Unternehmen. Allerdings ist die Entgegennahme der gewährten Begünstigung nicht in jedem Fall strafrei. Auch Betriebsratsmitgliedern droht dann eine Strafverfolgung, wenn ihr Verhalten als Beihilfe (§ 27 StGB) oder als Anstiftung (§ 26 StGB) zur Untreue des Unternehmensvertreters zu qualifizieren ist.²³

Die bereits eingangs erwähnte Strafvorschrift des § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG erlangt zudem im Zusammenspiel mit der Regelung des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO weitere strafrechtliche Bedeutung. Denn § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO belegt die vorsätzliche Falschangabe über steuerlich erhebliche Tatsachen gegenüber den Finanzbehörden als Steuerhinterziehung mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Eine solche Falschangabe hinsichtlich steuerlich erheblicher Tatsachen liegt insbesondere auch dann vor, wenn der Arbeitgeber die an das Betriebsratsmitglied gezahlten und diesen i. S. v. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG begünstigenden Zuwendungen in der Steuererklärung als Betriebsausgaben verzeichnet. Denn das Betriebsausgabenabzugsverbot des § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG (Zuwendung von Vorteilen) erfasst auch Begünstigungen i. S. v. § 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.²⁴ Schließlich droht dem Arbeitgeber, der Betriebsratsmitglieder begünstigt, auch eine Unterlassungsverfügung nach § 23 Abs. 3 BetrVG. Denn der Betriebsrat oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft können bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen seine gesetzlichen Pflichten beim Arbeitsgericht beantragen, dem Arbeitgeber aufzugeben, eine solche Handlung zu unterlassen.

AUTORIN



Dr. Sarah Reinhardt, RAin/FAinArbR, ist Partnerin bei Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in München. Ihr Tätigkeitsbereich umfasst Restrukturierungen, Sanierungen und Insolvenzen, wobei sie ihre nationalen und internationalen Mandanten zu allen Fragen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts einschließlich der Prozessvertretung und auch zu arbeitsrechtlichen Compliance-Themen berät.

13 BAG, 23.6.2004 – 7 AZR 514/03, BB 2005, 111.

14 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 78, Rn. 26.

15 BAG, 17.8.2005 – 7 AZR 528/04, DB 2006, 511.

16 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 78, Rn. 32.

17 Thüsing, in: Richardi, BetrVG, 14. Aufl. 2014, § 40, Rn. 46.

18 Im Betrieb vertreten ist eine Gewerkschaft dann, wenn sie mindestens einen Arbeitnehmer des Betriebs zu ihren Mitgliedern zählt, BAG, 25.3.1992 – 7 ABR 65/90, BB 1992, 2295 Ls.

19 Nach § 266 Abs. 2 StGB ist nur in den entsprechend anzuwendenden Fällen des § 247 StGB (Angehörigenverhältnis zwischen Täter und Treugeber) bzw. § 248a StGB (Geringwertigkeit) ein Antrag (bzw. im Fall des § 248a StGB alternativ ein besonderes öffentliches Interesse) zur Strafverfolgung erforderlich.

20 LG Braunschweig, 22.2.2008 – 6 KLS 20/07, NJW 2010, 92.

21 LG Braunschweig, 22.2.2008 – 6 KLS 20/07, NJW 2010, 92.

22 BGH, 27.8.2010 – 2 StR 111/09, BB 2010, 2590 m. BB-Komm. Hugger.

23 LG Braunschweig, 22.2.2008 – 6 KLS 20/07, NJW 2010, 92.

24 Wied, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, 127. Aufl. 2015, Stand: März 2015, § 4 EStG, Rn. 906.