

Memo

Betreff: Straftaten „für“ das Unternehmen „Arbeitsstrafrecht“ und Haftungsrisiken für Führungskräfte

A. Ausgangssituation

I. Fallgestaltungen

Immer wieder treten Fälle auf, in denen sich Mitarbeiter in einer bestimmten Weise verhielten, weil sie davon ausgingen, ihr Verhalten sei im Interesse des Unternehmens und **legal**. Später stellte sich in diesen Fällen jedoch heraus, dass es sich um **strafbares Verhalten** handelte.

II. Strafrechtliche Konsequenzen

- Einige dieser Fälle sind insofern nicht weiter schwierig zu beurteilen, weil die Strafbarkeit bei ihnen mehr oder weniger nahe lag (Fälle im Zusammenhang mit dem Bundesdatenschutzgesetz)
- Bei vielen anderen Sachverhalten ist die Frage nach der Strafbarkeit demgegenüber schwierig zu beurteilen;
 - Beispiel 1: Begünstigung eines Betriebsratsmitgliedes, wenn bei ihm nach einer Lösung für sein Ausscheiden aus dem Unternehmen gesucht wird. Welche (Sonder-)Leistungen (ATZ Bedingungen etc.) kann man ihm anbieten, ohne ihn entgegen dem Gesetz (§§ 78 S. 2, 119 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) zu begünstigen?
 - Beispiel 2: Unschärfe des Untreuetatbestandes, etwa Siemens / Kley:

Kley war Bereichsvorstand für den Geschäftsbereich Power Generation. Hier war er nachweislich an der Bildung verdeckter Kassen beteiligt, die er auch verwaltete. Kley stimmte zudem diversen Schmiergeldzahlungen zu bzw. wies diese an. BGH: „Bereits das Einrichten verdeckter Kassen ist als Untreue gem. § 266 StGB zu werten.“ (BGH, Beschl. v. 30. September 2008, NStZ 2009, S. 95 ff.). Abgestellt wurde dabei maßgeblich auf das Unterlassen der Offenbarung durch ordnungsgemäße Verbuchung der Geldmittel. [Die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde wurde wegen zu weiter Auslegung des Untreuetatbestands womöglich angedacht, aber offenbar nicht erhoben.]

- Lösbar evtl. über § 17 StGB (Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums durch Befragung eines Rechtsbeistands?)

Unvermeidbarer Verbotsirrtum iSd § 17 StGB wird in Praxis aber selten bejaht, vgl. z.B. LG Darmstadt, 712 Js 5213-04 / 9 KLS, Urt. v. 14. Mai 2007, BeckRS 2007, 16611 (Fall Kley, Siemens): Unvermeidbarkeit des Verbotsirrtums **verneint**: „Hätte der Angeklagte K. qualifizierten rechtlichen Rat eingeholt, so hätte vor dem Hintergrund des rechtlichen und tatsächlichen Wandels der Verhältnisse [...] richtigerweise nur die Auskunft erteilt werden können, dass die Rechtslage ungeklärt war und damit eine Anwendbarkeit von § 299 StGB auf die Bestechungszahlungen nicht ausgeschlossen werden könne.“

III. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

- Problem: Arbeitsrechtliches Vorgehen
 - Verdachtskündigung wg. Untreue – hohes Risiko wg. **fehlender Rechtssicherheit** im Zshg. mit dem Untreuetatbestand.
 - Arbeitgeber trägt **Prognoserisiko**: Wenn sich im Lauf des Kündigungsschutzprozesses neue Erkenntnisse ergeben, die den Verdacht entkräften oder sogar die Unschuld des Arbeitnehmers belegen, ist dies lt. BAG zu berücksichtigen, soweit die Tatsachen im Kündigungszeitpunkt bereits vorgelegen haben. Dies gilt auch, wenn sie dem Arbeitgeber nicht bekannt waren (BAG, Urt. vom 14. September 1994, 2 AZR 164/94).

- **Wiedereinstellungsanspruch** des Arbeitnehmers, wenn sich der Verdacht als nachträglich unbegründet herausstellt und die Umstände des Einzelfalls ergeben, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wiederhergestellt ist: *Dörner*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, *Kündigungsrecht*, 3. Aufl. 2007, § 626 BGB Rn. 370 f.
- Vorgehen bei Kley als Sonderfall: Abschluß eines Aufhebungsvertrags, da Kley urspr. zusicherte, keine Kenntnis von den ihm vorgeworfenen Vorgängen gehabt zu haben.

B. Wertungswidersprüche zwischen Arbeitsrecht und Strafrecht am Beispiel der Verdachtskündigung

I. Verdachtskündigung

1. Begriff der Verdachtskündigung

- Verdachtskündigung liegt vor, wenn und soweit der Arbeitgeber seine Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines von ihm nicht für sicher gehaltenen oder erwiesenen strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nötige Vertrauen zerstört (BAG, Urteil vom 12. 8. 1999, NZA 2000, 421).
- Eigenständiger Tatbestand neben Tatkündigung: Bei der Tatkündigung ist für den Kündigungsentschluss im Unterschied dazu maßgebend, dass der Arbeitnehmer nach der Überzeugung des Arbeitgebers die strafbare Handlung bzw. Pflichtwidrigkeit tatsächlich begangen hat und dem Arbeitgeber aus diesem Grund die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist (st. Rechtsprechung, vgl. u.a. BAG, Urt. vom 20. August 1997, NZA 1997, 1340).
- Rückgriff auf Verdachtskündigung, wenn hinreichende kündigungsbegründende Fakten für eine sog. „Tatkündigung“ nicht dargelegt werden können.

- Anmerkung: Verbindung ins Strafrecht gilt zwar auch bei Tatkündigung – allerdings steht in der Praxis zu dem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber über arbeitsrechtliche Konsequenzen befindet, der Sachverhalt nicht hinreichend beweisbar fest bzw. oftmals soll einem Strafverfahren nicht vorgegriffen werden, deshalb regelmäßig Ausspruch (auch) einer Verdachtskündigung.

2. Voraussetzungen der Verdachtskündigung:

- Begründeter Verdacht besteht, dass der betroffene Arbeitnehmer eine **strafbare Handlung oder eine schwere Vertragsverletzung**, die gegen Leben, Gesundheit, Eigentum, Besitz oder Vermögen des ArbGeb., weiterer Mitarbeiter oder Geschäftspartner des ArbGeb. gerichtet ist, begangen hat oder begehen wird und deshalb das Vertrauen des ArbGeb. in ein vertragsgemäßes Verhalten des ArbN zerstört ist (BAG, Urt. v. 13. März 2008, NZA 2008, 809).
- Der Verdacht ist begründet, wenn nachweisbare Umstände vorliegen, die den Verdacht als dringend erscheinen lassen; ein bloßer Anfangsverdacht reicht nicht aus.
- Aufklärungspflicht des Arbeitgebers / Anhörung des Arbeitnehmers
- Ggf. Anhörung des Betriebsrats / des Integrationsamts

II. Konfligierende Wertungen

1. Strafrechtliche Wertungen

- staatlicher Sanktionsmechanismus, daneben Zwecke der Generalprävention. Strafausspruch drückt hohe gesellschaftliche Ächtung / Missbilligung eines Verhaltens aus. Daher strenge Anforderungen, Unschuldsvermutung.
- Strafrecht ist hinsichtlich des Schuldspruchs vergangenheitsbezogen, es wird nicht auf die mögliche zukünftige Entwicklung des Täters abgestellt (diese ist lediglich bei Art und Maß der Strafe relevant). Es soll allein das abgeschlossene Verhalten in der Vergangenheit sanktioniert werden.

2. Arbeitsrechtliche Wertungen

- Aufrechterhaltung oder Beendigung eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses. Maßgeblicher Aspekt: Zumutbarkeit der weiteren Beschäftigung (vgl. etwa Reuter, NZA 2009, 594)
- Es gilt das Prognoseprinzip, d.h. Arbeitsrecht ist zukunftsbezogen. Die Unschuldsvermutung greift nach gefestigter Rechtsprechung des BAG nicht, sondern wird durch das Prognoseprinzip überlagert, BAG NZA-RR 2009, S. 188 ff. (190).
- Kündigung hat keinen Sanktionscharakter, Reuter, NZA 2009, S. 594; Adam, NZA 1998, S. 284 ff. (287)

3. Konflikt

- Arbeitsrecht und Strafrecht sind hinsichtlich der beteiligten Personen bzw. Personengruppen grundverschieden:
 - Strafrecht: Individuum vs. Rechtsgemeinschaft, die hoheitlich durch den Staat vertreten wird.
 - Arbeitsrecht: Individuum vs. Individuum, privatautonome Verbindung zwischen diesen Individuen.
- Unterschiedliche Zielsetzungen. Wertungswiderspruch, wenn Arbeitsrichter lediglich ein „vorweggenommenes Strafverfahren“ durchführen. Problematisch hinsichtlich Zeitpunkt, Form des Verfahrens, aber auch in Anbetracht der Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der Reichweite einiger strafrechtlicher Normen.
- Mit der strafrechtlichen Beurteilung wird aber keine Aussage über die eigentlich zu beurteilende Frage getroffen, nämlich inwiefern das vorgeworfene Verhalten betriebliche Interessen tangiert. „Auf der Flucht aus der eigentlichen arbeitsrechtlichen Verantwortung heraus schwingt sich der Arbeitsrichter zum Strafrechtler auf. Der soziale Konflikt zwischen Arbeitgeber und dem Beschäftigten bleibt ungelöst.“

- Beispiel „Bienenstichfall“ (BAG, Urt. v. 17. Mai 1984, NZA 1985, S. 91 f.): Straftat wird – leicht darzulegend – bejaht, daraus fast zwangsläufig die Rechtmäßigkeit der Kündigung angenommen. Unbeleuchtet bleibt der – schwerer darzutunende – soziale Konflikt zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber, d.h. die eigentliche Frage nach dem Vertrauensbruch und der tatsächlichen Beeinträchtigung des betrieblichen Verhältnisses.
 - „Erste Stufe“: Straftat wird stets, d.h. unabhängig vom materiellen Schaden des Arbeitgebers, als wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB gewertet, der eine außerordentliche Kündigung an sich rechtfertigen kann (LAG Berlin – Brandenburg vom 24.02.2009, NZA-RR 2009, 188, 189).
 - „Zweite Stufe“ (Interessenabwägung): Bei Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile kann sich ergeben, dass die außerordentliche Kündigung nicht berechtigt ist, (LAG Berlin-Brandenburg vom 24.02.2009, NZA-RR 2009, S. 188, 189)
 - Die Fälle, dass auf der zweiten Stufe des § 626 Abs. 1 BGB eine Kündigung bei Vorliegen einer Straftat als nicht gerechtfertigt angesehen wird, sind selten z.B. ArbG Dortmund vom 10. März 2009, 7 Ca 4977/08; LAG Bremen vom 9. April 1988, 1 Sa 61/87; LAG Hamburg, NZA-RR 1999, S. 469, 470 (aufgehoben durch BAG, NZA 2000, 421); LAG Düsseldorf, NZA 2005, 585; Klueß, NZA 2009, 337, 339 m.w.N. Dies deutet auf einen gewissen Automatismus in der Rechtsprechung zwischen Vorliegen einer Straftat und Rechtfertigung einer außerordentlichen Kündigung hin (s. insbesondere BAG, NZA 2000, 421, 425; Klueß, NZA 2009, 337, 338 f.), der dem oben dargestellten Interessenkonflikt nicht hinreichend Rechnung trägt.
- Widerspruch besteht auch zwischen Arbeitsgerichtsbarkeit und ordentlicher Gerichtsbarkeit; bei Dienstverträgen wird dem materiellen Schaden des Arbeitgebers im Rahmen des § 626 BGB deutlich mehr Bedeutung beigemessen, Klueß, NZA 2009, S. 337, 340; widersprechend Reuter, NZA 2009, 594, 595.
- Auch bei schweren Straftaten (Korruption / Untreue / Betrug) zieht sich die Rechtsprechung auf eine strafrechtliche Subsumtion zurück. Das Instrument der Verdachtskündigung wird damit entwertet.

III. Korrekturbedarf

1. Entwicklung der Rechtsprechung zur verhaltensbedingten Kündigung

- Das BAG hat die Anforderungen an verhaltensbedingte Kündigungen *praeter legem* immer weiter vom eigentlichen Kern des Konfliktes wegentwickelt.
- In Teilbereichen musste Rspr. aufgrund der unterschiedlichen Wertungen und Zielsetzungen und der sich ergebenden Friktionen bereits Korrekturen vornehmen:
 - Unschuldsvermutung (4 EMRK) gilt zwar im Strafrecht, nicht aber im Arbeitsrecht.
 - Teilweise „Verrenkungen“ erforderlich, um Friktionen zu entgehen:
 - Beispiel: Siemens / Martin (Verstoß gegen Treu und Glauben, Fürsorgepflicht des Arbeitgebers; ArbG München vom 2. Oktober 2008, NZA-RR 2009, S. 134 ff): Martin hat in der Zeit, in der er bei der Siemens Jeddah Ltd. in Saudi-Arabien angestellt war (1.8.2003 – 31.10.2006), Bonuszahlungen auf sein privates Konto erhalten, die er dann bar abgehoben und an seinen Vorgesetzten weitergereicht hat. Siemens hat ausgeführt, Martin habe seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt und aufgrund dieser Vorfälle gekündigt. Das Arbeitsgericht München hielt es für fraglich, ob das bezeichnete Verhalten strafrechtlich relevant war, ist aber nicht näher darauf eingegangen. Es hat die Kündigung als unverhältnismäßig und treuwidrig gewertet. Nur Abmahnung wäre gerechtfertigt gewesen. Die Kündigung verstoße gegen das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens, weil Siemens das dem Arbeitnehmer vorgeworfene Verhalten selbst initiiert oder geduldet habe.
 - auch der Wiedereinstellungsanspruch dient letztlich der Korrektur eines im Einzelfall doch als unbillig empfundenen Automatismus zwischen Straftatverdacht und außerordentlichen Kündigung.

2. Richtiger Lösungsansatz

- *Gilberg*, DB 2006, S. 1755 ff., schlägt zu Recht vor, von einer „Vertrauenskündigung“ zu sprechen (und diese Kündigung mit der Tatkündigung zusammenzufassen).
- Dieser Gedanke weist in die richtige Richtung, er müsste indes noch einen Schritt weiter geführt werden: Loslösung von den strafrechtlichen Determinationen:
 - Strafrechtliche Rahmen ungerechtfertigt, wenn eine Kündigung bei Vorliegen einer Straftat in aller Regel als gerechtfertigt erachtet wird, obwohl der materielle Schaden äußerst gering ist und eine Basis für eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit bestehen könnte
 - Abhängigkeit der Kündigung von strafrechtlichen Wertungen schränkt den Handlungsspielraum des Arbeitgebers beträchtlich ein: Ob der Tatbestand der Untreue, § 266 StGB, zu weit gefasst und deswegen evtl. verfassungsrechtlich nicht haltbar ist, hat Auswirkungen auf die Strafbarkeit des Arbeitnehmers; dass hiervon aber auch die Möglichkeit zur Kündigung abhängen soll, wenn das Vertrauensverhältnis zerstört ist, ist nicht sachgerecht.
 - Beispiel LAG Hamburg NZA-RR 1999, 469, 472: beim Diebstahl einer geringwertigen Sache muss ein Vertrauensverlust nicht zwangsläufig indiziert sein; aufgehoben durch BAG NZA 2000, 421 ff.

C. Reaktionsmöglichkeiten aus Sicht des Arbeitgebers

I. Kein ausreichender Schutz durch Reaktion

- In wichtigen Teilbereichen ist Reagieren faktisch nicht mehr möglich. Beispiel: Kommunikation per E-Mail.

- Duldung privater E-Mail-Nutzung als Standard. Hat zur Folge, dass Einsichtnahme in E-Mails für Arbeitgeber nur dann zulässig ist, wenn ein Verdacht einer schweren Straftat vorliegt.
 - Erneut müssen der Arbeitgeber bzw. später der Arbeitsrichter in die Rolle des Strafrichters schlüpfen (vgl. Einsichtnahme in E-Mails bei der Deutschen Bahn)
 - Diese Rechtsprechung wird gerade dem Industriestandort Deutschland große Probleme bereiten: Als Know-how Träger sind Unternehmen massiv von Industriespionage bedroht – die Datenschutzrechtsprechung macht die Unternehmen noch anfälliger.
- Strategieansätze
- Was ist dem Management, den Rechts- und Personalabteilungen und der Konzernsicherheit angesichts der beschriebenen „wirtschaftsunfreundlichen“ Rechtsprechung zu raten?
 - D&O – Versicherungen als Lösung? Problem: Versicherungen zahlen oft nur unter eingeschränkten Voraussetzungen und oft nur auf massiven Druck. Zudem: Versicherungen ziehen Schaden an, Schaden ist aber im Vorfeld zu vermeiden. Ferner ist den Beteiligten oft nicht bewusst, dass es sich um eine Versicherung des Unternehmens, nicht aber des betreffenden Managers handelt.
 - Die betreffenden Personen für den entstandenen Schaden haftbar machen? Problematisch angesichts diverser, unkalkulierbarer Entschuldigungsmöglichkeiten, hohe Schadensersatzansprüche faktisch auch nicht durchsetzbar.

II. Erforderlichkeit von funktionierenden Compliance- und Whistleblowingsystemen

- Daher: Jedes Unternehmen muss zwingend über funktionierende Compliance- und Whistleblowingsysteme verfügen; Compliance bedeutet Einhaltung von Regeln, und zwar nicht nur von strafrechtlichen, sondern auch von arbeitsrechtlichen Regeln (Leipold, NJW-Spezial 2009, S. 24) und. auch Regeln, die sich

das Unternehmen selbst auferlegt hat (Kort, NZG 2008, S. 81 ff. (82)); Compliance erfordert die Einrichtung geeigneter Organisationsstrukturen, Prozesse und Systeme (Kort, NZG 2008, S. 81)

- Zwar kennt das Strafrecht selbst keine allgemeine strafbewehrte Pflicht zur Errichtung einer Compliance-Organisation im Unternehmen (Schneider, NZG 2009, S. 1321 ff. (1322))
 - Es besteht aber die Möglichkeit, den Inhaber des Betriebs nach § 130 O-WiG mit einem Bußgeld zu belegen, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig 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 (Schneider, NZG 2009, S. 1321 ff. (1322 f.)); weiterhin steht eine zivilrechtliche Haftung der Organmitglieder im Raum, insbesondere nach §§ 93, 116 AktG sowie §§ 823, 826 BGB (Kort, NZG 2008, S. 81 ff. (86))
 - In erster Linie geht es aber um die Schutzfunktion von Compliance für das Unternehmen. Darüber hinaus hat Compliance aber auch Beratungs- und Informationsfunktion (Früherkennung von Risiken), Qualitätssicherungs- und Innovationsfunktion sowie Marketingfunktion (Kort, NZG 2008, S. 81)
- Folge der Organisationspflichten des Arbeitgebers: So wie in den 70er und 80er Jahren ein besonderes Augenmerk darauf gelegt wurde, dass Bildschirmarbeitsplätze nach der entsprechenden Arbeitsplatzschutzverordnung korrekt eingerichtet waren, so müssen heute sämtliche Vorgänge im Unternehmen so organisiert werden, dass sich die beteiligten Arbeitnehmer „compliant“, also im Rahmen des rechtlich zulässigen halten.
 - Bei Vorliegen eines Verdachts eines Compliance-Verstoßes muss der Arbeitgeber umgehend Aufklärungsmaßnahmen ergreifen.
 - Bedeutung des „Whistleblowing“
 - Begriff des Whistleblowers: „Hinweisgeber“
 - Funktion: Mitteilung von Missständen/ Verdachtsmomenten bzgl. Regelverstöße im Unternehmen durch Arbeitnehmer oder Dritte an die verant-

wörtlichen Entscheidungsträger im Unternehmen (intern) oder an Dritte (z.B. Strafverfolgungsbehörde/Presse)

- Problem: Whistleblower sind von ihrer Aufgabe her teilweise gehalten, gegen den Willen der Vorgesetzten zu agieren; der Arbeitgeber muss daher Maßnahmen ergreifen, damit dies möglich ist; weiterhin müsste die Rechtsprechung den Schutz von Whistleblowern durch eine weite Auslegung des Maßregelverbots nach § 612a BGB gewährleisten

D. Ausblick

Nicht nur der notwendige Schutz des Unternehmens vor strafbarem Verhalten der eigenen Mitarbeiter, sondern auch Globalisierung macht Compliance-Systeme erforderlich (Beispiel: Ermittlungen durch US-Börsenaufsicht SEC gegen Siemens AG).