

## CB-BEITRAG

Dr. Manfred Rack, RA

# Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Compliance-Management-Systemen

Mit Compliance-Management-Systemen wird die Legalitätspflicht von Vorständen und Geschäftsführern erfüllt. Danach müssen sie dafür sorgen, dass sie sich selbst und dass sich ihre Mitarbeiter im Unternehmen legal verhalten. Alle gesetzlichen Pflichten des Unternehmens müssen erfüllt und kontrolliert werden. Dabei gibt es keinen Entscheidungsspielraum. Beim Einhalten gesetzlicher und tariflicher Regelungen haben Organe kein Bestimmungs- und der Betriebsrat dementsprechend kein Mitbestimmungsrecht. Die Pflicht zum legalen Verhalten im Unternehmen verursacht keine Nachteile für Mitarbeiter, vor denen der Betriebsrat durch Mitbestimmung schützen müsste. Es ist davon auszugehen, dass im Gesetzgebungsverfahren die Interessen der Unternehmensmitarbeiter ausreichend berücksichtigt wurden. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zum Compliance-System würde bedeuten, dass im Ergebnis die Kontrollierten mitbestimmen könnten, ob und wie sie kontrolliert werden, dass sie sich pflichtgemäß verhalten.

### I. Der ungeprüfte Anspruch des Betriebsrats auf Mitbestimmung beim Einhalten gesetzlicher Regelungen

Compliance-Management-Systeme enthalten Kontrollfunktionen, mit denen die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften durch die Mitarbeiter des Unternehmens von Vorständen und Geschäftsführern überwacht werden. Persönlich können Geschäftsleiter nicht alle Pflichten des Unternehmens erfüllen. Deshalb müssen Pflichten an Mitarbeiter delegiert und ihre Einhaltung kontrolliert werden. Wegen der Vielzahl von Mitarbeitern und Pflichten werden für die Kontrollfunktionen in der Unternehmenspraxis EDV-Systeme eingesetzt. Sie werden vorschnell und ungeprüft als „technische Einrichtungen“ i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingeordnet, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistungen der Arbeitnehmer zu überwachen. Der Betriebsrat nimmt Mitbestimmungsrechte in Anspruch, ohne dass zuvor geprüft wurde, welches Verhalten der Arbeitnehmer überwacht wird. Kein Mitbestimmungsrecht besteht nämlich nach § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG wenn das Verhalten der Arbeitnehmer beim Einhalten gesetzlicher Vorschriften kontrolliert wird.

### II. Die gesetzliche Regelung des Mitbestimmungsrechts in § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG

Schon aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich unmissverständlich, dass der Betriebsrat nur Mitbestimmungsrechte hat, „soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht“. Als erstes ist deshalb zu klären, ob das vom Betriebsrat behauptete Recht auf Mitbestimmung sich auf gesetzliche oder tarifliche Regelungen bezieht, bevor in einem zweiten Schritt geprüft werden kann, ob das Kontrollsystem eine „technische Einrichtung“ nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG darstellt.

Bei einem Compliance-Management-System geht es ausschließlich um die Einhaltung gesetzlich vorgegebener Pflichten des Unternehmens, die vollständig ermittelt, auf Mitarbeiter delegiert, regelmäßig aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden müssen.<sup>1</sup> Vorstände und Geschäftsführer haben die Einhaltung der Legalitätspflicht im Unternehmen zu organisieren. Im Durchschnitt von Betrieben aus 40 Branchen ergeben sich 4.300 Pflichten pro Betrieb, wovon durchschnittlich 10% monatlich von der Gesetzgebung der EU, des Bundes und der 16 Bundesländer geändert werden. Zur Überwachung bieten sich digitale Kontrollsysteme an. Die Geschäftsleiter sind nicht nur zur Organisation der Legalitätspflichterfüllung und zur Kontrolle verpflichtet, sondern auch zur Sicherung von Beweisen darüber, dass sie die Kontrollen durchgeführt haben.<sup>2</sup> Organe tragen nämlich nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG die Beweislast. Zum Compliance-Management-System gehört unverzichtbar das Kontrollieren des Mitarbeiterverhaltens beim Einhalten gesetzlicher Rechtspflichten.

### III. Mitbestimmungsrechte nur bei Regelungen des Arbeitgebers zum „Ordnungsverhalten“ der Mitarbeiter im Betrieb

Wenn schon kein Mitbestimmungsrecht bei der Einhaltung gesetzlicher Vorgaben besteht, erübrigt sich auch die Prüfung, ob das eingesetzte EDV-System eine technische Einrichtung zur Überwachung

1 Rack, CB 2014, 279 mit weiteren Nachweisen aus der ständigen Rechtsprechung.

2 BGH, Urt. v. 4.11.2002 – II ZR 224/00 = BGHZ 152, 280, 284 – Beweislastumkehr Kurzarbeiter; BGH v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66 = BGHZ 51, S. 91 – Hühnerpest.

des Arbeitnehmersverhaltens i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG darstellt. Ausdrücklich entschieden wurde vom Bundesarbeitsgericht, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG ausgeschlossen ist, wenn der Gegenstand gesetzlich geregelt ist. Das Bundesarbeitsgericht unterscheidet zu Recht zwischen „dem Ordnungsverhalten der Mitarbeiter, das vom Arbeitgeber den Mitarbeitern vorgegeben ist und den Regelungen zum Arbeitsverhalten, das durch gesetzliche Vorgaben bestimmt ist.“

Gegenstand des Mitbestimmungsrechts ist das betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer, das der „Arbeitgeber kraft seiner Leitungsmacht durch Verhaltensregeln oder sonstige Maßnahmen vorgeben und koordinieren kann. Zweck des Mitbestimmungsrechts ist es, die Arbeitnehmer hieran zu beteiligen. Sie sollen an der Gestaltung des betrieblichen Zusammenlebens gleichberechtigt teilnehmen.“<sup>34</sup> Der Betriebsrat hat nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bei Maßnahmen nur mitzubestimmen, die das sog. „Ordnungsverhalten“ der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen.<sup>4</sup> Nicht mitbestimmungspflichtig sind dagegen Maßnahmen, die das sog. Arbeitsverhalten regeln sollen und mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert und abgefordert wird.<sup>5</sup> Wenn der Arbeitgeber auf Grund einer zwingenden gesetzlichen oder tariflichen Regelung selbst keine Gestaltungsmöglichkeiten mehr besitzt, fehlt es schon an einem Ansatz für eine eigenständige Regelung durch die Betriebsparteien.<sup>6</sup>

Im Compliance-Management-System werden Rechtspflichten aus gesetzlichen Regelungen erfasst, an Mitarbeiter delegiert, auf ihre Erfüllung hin kontrolliert und zur Beweissicherung dokumentiert. Wenn schon Arbeitgeber selbst keinen Entscheidungsspielraum beim Einhalten gesetzlicher Pflichten des Unternehmens haben, muss diese Gesetzesbindung für die Arbeitnehmer des Unternehmens in gleicher Weise gelten. Der Gesetzgeber hat über Rechtspflichten in Form von Gesetzen entschieden, die von allen einzuhalten sind. Gesetzliche und tarifliche Vorgaben sind auch ohne die Akzeptanz durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhalten.

Definiert man Compliance-Management-Systeme nach ihrem Zweck, die Legalitätspflicht der Geschäftsleiter zu erfüllen, nämlich die gesetzlichen Rechtspflichten des Unternehmens einzuhalten, kommen Regelungen des Arbeitgebers zum Ordnungsverhalten im Unternehmen in Compliance-Management-Systemen nicht vor. Das von Arbeitgebern geregelte Ordnungsverhalten der Mitarbeiter in den Betrieben ist gerade nicht durch gesetzliche Vorgaben bestimmt, sondern hängt allein von Entscheidungen des Arbeitgebers ab. Damit die Angestellten nicht schutzlos dem Arbeitgeber ausgeliefert sind, werden die Grenzen durch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gezogen. Die Entscheidungen des Arbeitgebers zum Ordnungsverhalten liegen außerhalb gesetzlicher Regelungen und begründen gerade deshalb die Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer. Das Ordnungsverhalten im Betrieb soll durch die Mitbestimmungsrechte im Einvernehmen der Betriebsparteien geregelt werden. Gesetzliche Regelungen, deren Einhaltung durch das Compliance-Management-System organisiert werden, sind in einem geordneten Gesetzgebungsverfahren entstanden, von dem auszugehen ist, dass auch die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigt wurden, sodass sie nicht mehr den Schutz durch Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats erfordern. Wenn Arbeitnehmerinteressen in gesetzlichen Regelungen zu kurz gekommen sein sollten, sind sie entweder durch Gerichte oder durch Gesetzesänderungen im Gesetzgebungsverfahren zu korrigieren. Der Betriebsrat ist dagegen zu Korrekturen und Novellierungen von Gesetzen und tariflichen Regelungen nicht berechtigt.

Erst wenn es um das betriebliche Ordnungsverhalten geht, setzt also das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer ein.<sup>7</sup> Bei allen gesetzlichen Regelungen fehlt es an einer Ausgestaltungsmöglichkeit durch die Betriebsparteien.<sup>8</sup> Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht somit, wenn sich entsprechende Regelungen in der Wiedergabe der gesetzlichen Vorschriften erschöpfen, die geschuldete Arbeitsleistung konkretisieren oder die Unternehmensphilosophie und die Unternehmensziele beschrieben werden.<sup>9</sup>

Enthält ein Compliance-Management-System gleichwohl Regelungen zum Ordnungsverhalten, müsste es dem Mitbestimmungsrecht durch den Betriebsrat unterliegen.<sup>10</sup> Sollte das Compliance-Management-System eine Mischung aus Regelungen zum Ordnungsverhalten und zum gesetzlich begründeten Verhalten zur Einhaltung gesetzlicher Rechtspflichten darstellen, muss selbstverständlich differenziert werden zwischen dem mitbestimmungsfreien legalen Verhalten bei der Einhaltung von Rechtspflichten des Unternehmens und den mitbestimmungspflichtigen Regelungen des Arbeitgebers zum Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb.

#### IV. Die Überwachungspflicht des Betriebsrats nach § 89 BetrVG zu legalem Verhalten im Arbeits- und Umweltschutz

Darüber hinaus unterliegt der Betriebsrat selbst gem. § 89 BetrVG der Pflicht, sich für die Durchführung von Vorschriften über den Arbeitsschutz und die Unfallverhütung im Betrieb sowie über den betrieblichen Umweltschutz einzusetzen. Den Betriebsrat trifft somit eine gesetzliche Überwachungspflicht bei der Bekämpfung von Gefahren für Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer im Betrieb und der vom Betrieb ausgehenden Gefahren für die Umwelt.<sup>11</sup> Auf Grund dieser Befugnis und Verpflichtung hat sich der Betriebsrat vom Stand des Arbeits- und Umweltschutzes im Betrieb zu überzeugen, sich mit dem Aufzeigen von Gefahrenquellen und Missständen zu befassen, insbesondere Beschwerden und Anregungen aus Kreisen der Arbeitnehmer nachzugehen, soweit sie nicht offensichtlich unbegründet sind. Der Betriebsrat hat den Arbeitgeber auf Gefahren im Betrieb und auf Vernachlässigungen von Schutzeinrichtungen aufmerksam zu machen und mit ihm über deren Beseitigung zu beraten. Ein Mitbestimmungsrecht begründet es allerdings nicht.<sup>12</sup>

Der Betriebsrat müsste zur Erfüllung seiner eigenen Pflichten nach § 89 BetrVG das Compliance-Management-System selbst nutzen. Der Betriebsrat muss im gleichen Umfang wie die Organe des Unternehmens daran interessiert sein, im Arbeits- und Umweltschutz die

3 BAG, Beschl. v. 22.7.2008 – 1 ABR 40/07, Ziff. 4, 4. Leitsatz; LAG Hessen Beschl. v. 18.1.2007 – 5 TaBV 31/06.

4 Moosmayer, Compliance, 3. Aufl., 2015, Rn. 208-209.

5 BAG, Beschl. v. 27.1.2004 – 1 ARB 7/03 = BAGE 109, 235, NZA 2004, 556; BAG, Urt. v. 22.7.2008 – 1 ARB 40/07, Ziff. 57 a, aa.

6 BAG [Ziff. 72] (1), BAG v. 25.1.2000, BAGE 93, 276 = NZA 2000, 665 = NJW 2000, 2127 L; Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 87, Rn. 31-38; Schwarze, in: Nomos Kommentar Gesamtes Arbeitsrecht, BetrVG, § 87 Rn. 46-48.

7 Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmayer, in: Fitting, BetrVG, 28. Aufl., 2016 Anm. 71.

8 Fitting, BetrVG, § 87, 28. Aufl., Rn. 31-38.

9 BAG Beschl. v. 22.7.2008 – 1 ARB 40/07.

10 Neufeld/Knitter, BB 2013, 822.

11 BAG v. 3.6.2003 – 1 ABR 19/07, AB Nr. 1 zu § 89 BetrVG 1972.

12 Fitting, BetrVG, 28. Aufl., § 89 Rn. 11-15.

Pflichten des Unternehmens ermittelt, delegiert, aktualisiert, erfüllt, kontrolliert und dokumentiert werden. Nur dann kann auch der Betriebsrat sicher sein, seine eigene Pflicht aus § 89 BetrVG erfüllt zu haben.

Ein Compliance-Management-System ist somit als Erfüllungshilfe für die vom Gesetzgeber vorgeschriebenen verbindlichen Rechtspflichten eines Unternehmens zum rechtstreuen und legalen Verhalten zu verstehen. Dem Betriebsrat wird dazu kein Beurteilungsspielraum eröffnet. Zum einen ist der Arbeitnehmer bei gesetzlichen Regelungen nicht schutzbedürftig und zum anderen trifft den Betriebsrat ohnehin nach § 89 BetrVG die Pflicht zur Durchsetzung der gesetzlichen Vorschriften. Verletzt der Betriebsrat seine Pflichten aus § 89 BetrVG, so kann er nach § 23 Abs. 1 BetrVG aufgelöst und einzelne Betriebsratsmitglieder können bei einer diesbezüglichen groben Pflichtverletzung ihres Amtes enthoben werden.<sup>13</sup>

## V. Die Pflicht der Organe zum Einsatz eines Compliance-Management-Systems

Inzwischen bestehen keine Zweifel mehr an der Pflicht des Vorstands zur Einrichtung und Unterhaltung eines effizienten Compliance-Management-Systems. Die Gegenansicht ist durch die neuere Rechtsprechung überholt.<sup>14</sup> Hergeleitet wird diese Pflicht zum Compliance-Management methodisch als Gesamtanalogie aus den §§ 93 AktG, 91 Abs. 2 AktG, 4.4.1 DCGK, § 130 OWiG, § 14 GWG, § 76 Abs. 1 AktG. Insbesondere begründet die neuere Rechtsprechung aus dem bloßen Unterlassen eines Compliance-Management-Systems Schadensersatzansprüche durch Organisationsverschulden des Vorstands.<sup>15</sup> Zuletzt hat der BGH am 9.5.2017 entschieden, dass der Einsatz eines Compliance-Managements erstens eine Pflicht darstellt und zweitens sanktionsmindernd vor und nach dem Rechtsverstoß zu berücksichtigen ist.<sup>16</sup>

## VI. Die Organisationspflichten im Compliance-Management-System nach den Vorgaben der Rechtsprechung

Wie die Erfüllung der Legalitätspflicht durch ein Compliance-Management-System zu organisieren ist, ergibt sich nicht aus den gesetzlichen Regelungen, sondern aus Grundsatzentscheidungen des BGH zum Schadensersatz durch Organisationsverschulden.<sup>17</sup> Höchstrichterlich entschieden und dadurch dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats entzogen sind bspw. nach ständiger Rechtsprechung die Organisationspflichten, eine Aufsichtsorganisation anzuordnen, anzuwenden, nachzuweisen und ständig zu verbessern.<sup>18</sup> Zur Risikoanalysepflicht der Vorstände und Geschäftsführer wurde entschieden, die Informationen über Risikofaktoren über ein Meldesystem zu beschaffen und an die Geschäftsleitung weiterzuleiten, die Risikoanalyse persönlich durch die Geschäftsleiter vornehmen zu lassen und nicht durch die Analyse Dritter, insbesondere nicht durch Behörden und Ratingagenturen zu ersetzen,<sup>19</sup> auch latente Gefahren zu berücksichtigen, ohne dass ein Indiz für ein Risiko vorhanden ist.<sup>20</sup> Konkret wurde entschieden, dass die Oberaufsicht nicht delegiert werden kann<sup>21</sup>, dass die Organe des Unternehmens einzugreifen haben, wenn Ursachen für Missstände ungeklärt sind,<sup>22</sup> dass Entscheidungen von großer Tragweite und ruinöser Wirkung den Organen vorzubehalten sind und die Kosten zur Vermeidung von Rechtsverletzung

bei der Risikoabwehr unberücksichtigt zu lassen sind,<sup>23</sup> die verantwortlichen Pflichtenträger namentlich zu benennen und jeweils einen Ersatzmann zuzuweisen<sup>24</sup>. Entschieden wurde auch die Pflicht, zur Dokumentation und wegen der Beweislastumkehr zur Abwendung

13 *Fitting*, BetrVG, 28. Aufl., § 89 Rn. 39.

14 ArbG Frankfurt a.M., 11.9.2013 – 9 Ca 1551/13, 9 Ca 1552/13, 9 Ca 1553/13, 9 Ca 1554/13 – Libor Manipulation; LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14 – Schienenkartell, CB 2015, 127 mit CB-Komm. *Jungermann/Renz*; BB 2015, 907, mit BB-Komm. *Bachmann*; BB 2015, 1018 m. BB Komm. *Kollmann/Aufdermauer*; ZIP 2015, 829–833; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Neubürger, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*; BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*; NZG 2014, 345, 346.

15 *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 2. Aufl. 2010 § 91 Anm. 31; *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*; BB 2015, 1018 m. BB Komm. *Kollmann/Aufdermauer*; ZIP 2015, 829–833; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Neubürger-Entscheidung, CB 2014, 167 mit CB-Komm. *Kränzlin/Weller*; BB 2014, 850 Ls. m. BB-Komm. *Grützner*; NZG 2014, 345, 346.

16 BGH v. 9.5.2017 – 1 StR 265/16, vgl. auch *Eufiger*, ZIP 2018, 615.

17 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, in: RGZ 78, 107 – Kutscher; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37 = RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; BGH v. 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei; BGH v. 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 – Propagandisten-Urteil; BGH v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313 – Tiefbau-Unternehmer-Urteil; BGH v. 26.11.2012 – II ZR 111/2 NZG 2013, 339 – Sardinien-Äußerung-Piech.

18 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11 = RGZ 78 S. 107 – Kutscher; RG v. 28.11.1913 – III 194/13 = RG Warn. (1914) 35, 50 – Neuzement; RG v. 18.4.1914 – 55/14 VI = RGJW 1914 (1914), 759 – Warenhaus; RG v. 25.2.1915 – VI 526/14 = RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz; RG v. 27.11.1916 – VI 275/16 = RGZ 89 (1917), 136 – Asphaltvertiefung; RG v. 19.2.1923 – IV 427/22 = RGJW (1923), 1026 – Fuhrwerk; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37 = RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; RG v. 12.10.1938 – VI 96/38 = RGJW 1938, 3162 – Streupflicht; BGH v. 25.10.1951 – III ZR 95/50 = BGHZ 4, 1 – Benzinfahrt; BGH v. 4.11.1953 – VI ZR 64/52 = BGHZ 11, 151 – Zinkdach; BGH v. 13.5.1955 – I ZR 137/53 = BGHZ 17 (1955), 214 – Bleiwaggon; BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55 = BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff; BGH v. 6.11.1956 – VI ZR 71/56, MDR 1957 (1957), 214 – Streupflicht II; BGH v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59 = BGHZ 32 (1960), 53 – Besitzzdiener; BGH v. 28.10.1958 – V ZR 54/56, VersR 1959, 104 – Gießerei; BGH v. 13.12.1960 – VI ZR 42/60, NJW 1961 (1961), 455 – Propagandisten; BGH v. 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 – LKW-Unfall; BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66, NJW 1968 (1968), 247 – Kfz-Zulieferer; BGH v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69, NJW 1971 (1971), 1313 – Tiefbau-Unternehmer; BGH JZ 1978 (1978) S. 475 – Kfz-Werkstatt; *Rack*, CB 2014, 279–290 mit weiteren Nachweisen aus der ständigen Rechtsprechung und mit Herleitung einzelner Organisationspflichten aus der jeweiligen Grundsatzentscheidung.

19 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.12.2009 – 6 W 45/09, NJW 2010, 1537 – IKB-Entscheidung; BGH v. 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 – LKW-Unfall; Die Rechtsprechung des LKW-Urteils, der IKB wird fortgesetzt in den neueren Entscheidungen des ISON-Urteils und zur Sardinien-Äußerung.

20 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11 = RGZ 78, 107 – Kutscher; RG v. 25.2.1915 – VI 526/14 = RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz; BGH v. 25.10.1951 – III ZR 95/50 = BGHZ 4, 1 – Benzinfahrt; BGH v. 4.11.1953 – VI ZR 64/52 = BGHZ 11, 151 – Zinkdach; BGH v. 13.5.1955 – I ZR 137/53 = BGHZ 17 (1955), 214 – Bleiwaggon; BGH v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59 = BGHZ 32 (1960), 53 – Besitzzdiener; BGH v. 8.11.1963 – VI ZR 257/62, VersR 1964, 297 – LKW-Unfall; BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66 = NJW (1968), 247 ff. – Schubstreben; BGH v. 20.4.1971 – VI ZR 232/69 = NJW 1971 (1971), 1313 – Tiefbau-Unternehmer; BGH JZ 1978 (1978), 475 – Kfz-Werkstatt.

21 RG v. 14.12.1911 (VI 75/11), in: RGZ 78, 107 – Kutscher; RG v. 14.12.1911 – VI 75/11, in: RGZ 78, 107 – Kutscher; RG v. 12.1.1938 – VI 172/37 = RGJW 1938, 1651 – Kleinbahn; RG v. 25.2.1915 – VI 526/14 = RGZ 87 (1916), 1 – Heilsalz; BGH v. 25.10.1951 – III ZR 95/50 = BGHZ 4, 1 – Benzinfahrt; BGH v. 9.2.1960 – VIII ZR 51/59 = BGHZ 32 (1960), 53 – Besitzzdiener; LG München I, 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10 – Neubürger-Entscheidung.

22 RG v. 19.2.1923 – IV 427/22 = RGJW (1923), 1026 – Fuhrwerk.

23 BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55 = BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff.

24 BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66 = NJW 1968, S. 247 ff. – Schubstreben.

der Beweisnot alle organisatorischen Maßnahmen zu dokumentieren.<sup>25</sup>

Die Rechtsprechung zeigt, wie die Erfüllung der Legalitätspflicht zu organisieren ist und wie der Vorwurf des Organisationsverschuldens und die damit verbundenen Schadensersatzansprüche zu vermeiden sind. Wer eine Organisationspflicht nicht verletzen will, sollte sie so erfüllen, wie sie im BGH-Urteil grundsätzlich entschieden wurde. Ansonsten wären Schadensersatzansprüche zu befürchten, die mit der Verletzung von Organisationspflichten nach dieser Rechtsprechung im Rahmen des Compliance-Managements begründet würden. Höchstrichterliche Urteile erzeugen Bindungswirkung für nachfolgende Fälle. Die Ergebnisse von Gerichtsverfahren aus drei Instanzen können nicht ersetzt werden durch die Entscheidungen von Betriebsräten, die i. d. R. gewählt werden, ohne dass sie wie Richter sich durch juristische Kompetenz ausweisen und vergleichbare strenge Zugangsvoraussetzungen mit zwei Staatsexamen erfüllen müssen. Gerichtsentscheidungen werden außerdem nach gesetzlich vorgegebenen Verfahrensordnungen der Zivilprozessordnung (ZPO) der Strafprozessordnung (StPO) und der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) getroffen. Eine Verfahrensordnung garantiert ein geordnetes Verfahren, in dem alle entscheidungserheblichen Tatsachen und alle erheblichen rechtlichen Argumente eingebracht und berücksichtigt werden. Berufungs- und Revisionsverfahren ermöglichen die Vermeidung von Fehlern in der Vorinstanz. Die Legitimation von Gerichtsurteilen ergibt sich aus ihrem formstrengen Verfahren.<sup>26</sup>

Aus Richterrecht ergeben sich die Organisationspflichten. Sie wenden typische Organisationsrisiken in Unternehmen ab. Organisationsrisiken entstehen im Unternehmen durch unterlassene Risikoanalysen, durch die Unkenntnis über Risiken und Rechtspflichten zu ihrer Abwehr, durch Fehler und Lücken bei der Delegation. Der Art nach handelt es sich dogmatisch um Verkehrssicherungspflichten, die jeder zu erfüllen hat, der eine Risikoquelle verursacht, beherrscht und von ihr profitiert. Die Risikoquelle ist das Unternehmen mit vielen Risiken und vielen Angestellten. Rückwirkend und im Nachhinein legen Gerichte für einen Schadensverlauf fest, was der Verantwortliche noch vor dem Schadenseintritt als Organisationspflicht zur Abwehr des Organisationsrisikos hätte veranlassen müssen.<sup>27</sup>

## VII. Die Bindung von Geschäftsleitern und Betriebsrat an höchstrichterliche Entscheidungen zu Organisationspflichten durch das Negationsverbot

Nach dem Wortlaut von § 87 Abs. 1 (Eingangshalbsatz) BetrVG schließt zwar nur eine gesetzliche Regelung das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus. Gesetzesvertretendes Richterrecht ist jedoch nach h. M. dem zwingenden Gesetz i. S. d. § 87 Abs. 1 BetrVG gleichzustellen.<sup>28</sup> Auch tarifdispositive gesetzliche Vorschriften sind für die Betriebspartner zwingend und werden von der Mitbestimmung ausgeschlossen. Die Sperrwirkung des gesetzvertretenden Richterrechts wird damit begründet, dass zwar Richterrecht keine Normen schafft, aber durch die faktische Verbindlichkeit des gesetzvertretenden Richterrechts der Zweck des Gesetzesvorbehalts nach § 87 Abs. 1 BetrVG erfüllt wird. Eine von Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam festgelegte Regelung zum Schutz der Arbeitnehmer des Betriebes wird damit entbehrlich. Es ist nämlich mit der Rechtsordnung nicht vereinbar, wenn Arbeitgeber und Betriebsrat Grundsatzentscheidungen höchster Gerichte durch eigene

Entscheidungen im Rahmen der Mitbestimmung überspielen oder ignorieren könnten. Es muss sich um grundsätzliche Entscheidungen und nicht um Einzelfallentscheidungen handeln, sodass die Sperrwirkung für jede Entscheidung gesondert zu prüfen ist.<sup>29</sup>

Das Gericht müsste seine Rechtsprechung zu einer bestimmten Organisationspflicht selbst aufgeben und die Geltung der jeweiligen Organisationspflicht dadurch aufheben.

Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats setzt Entscheidungsspielräume bei Vorständen und Geschäftsführern voraus. Fehlt dem Arbeitgeber schon das Recht über eine Unternehmensangelegenheit zu bestimmen, weil er an Gesetze und höchstrichterliche Entscheidungen gebunden ist, kann der Betriebsrat auch nicht mitbestimmen. Bei der präventiven Rechtsberatung interessiert allein die Frage, wie im Streitfall die letzte Instanz entscheiden wird. Eine rechtskräftige letztinstanzliche Entscheidung ist geltendes Richterrecht.<sup>30</sup> Für die Praxis gilt das Negationsverbot. Die Rechtsprechung bietet Lösungsmuster für bestimmte Rechtsfragen und Entscheidungsprobleme. Die Lösungsmöglichkeiten müssen nicht jeweils neu erwogen werden. Will ein Geschäftsleiter bei der Organisation seines Unternehmens von den einschlägigen Entscheidungen zum Organisationsverschulden von der Rechtsprechung abweichen, müssen für diese Abweichung nicht nur gleich gute Gründe sprechen, vielmehr müssen zusätzliche Argumente die Abweichung rechtfertigen.<sup>31</sup> Worüber Bundesgerichte letztinstanzlich entschieden haben, kann von Vorständen und Geschäftsführern nicht mehr selbst bestimmt werden und letztlich vom Betriebsrat auch nicht mehr mitbestimmt werden. Bessere Argumente als die in letzter Instanz bekannten müssten die Abweichung rechtfertigen. Die Argumentationslast liegt bei den Geschäftsleitern. Die Legitimation höchstrichterlicher Entscheidungen ergibt sich aus den langjährigen Verfahren vor Gericht über mehrere Instanzen unter Beteiligung von mindestens elf Richtern und sechs Rechtsanwälten, Sachverständigen und Parteivertretern. Die Entscheidung in letzter Instanz begründet deren Geltung, die Vermutung ihrer Richtigkeit und ihre Bindung an die Entscheidung. Höchstrichterliche Entscheidungen haben faktisch gesetzesähnliche Wirkung. Die Instanzgerichte und der Rechtsverkehr stellen sich auf Grundsatzentscheidungen ein. Die Rechtsordnung schreibt darüber hinaus den obersten Bundesgerichten Leitfunktionen bei der normsetzenden Fortbildung der Rechtsordnung und bei der Minimierung von Wertungswidersprüchen im geltenden Recht zu, was sich z. B. aus § 132 Abs. 4 GVG ergibt. Zwar gibt es keine formelle Bindung an Präjudizien der Obergerichte. Das Verfahrensrecht aller Gerichtszweige sorgt jedoch dafür, dass die Instanzgerichte von Entscheidungen der obersten

25 BGH v. 4.11.2002 – Kurzarbeiter = BGHZ 152, 280.

26 Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 12. Aufl. 1989; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre 9. Aufl. Anm. 317, 318

27 Matusche-Beckmann, Organisationsverschulden, 2001, S. 82/83-92, S. 71, 53, 206; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2002, S. 760 ff; BGH v. 28.9.1987 – II ZR 35/87, NJW 1988, 881 als Beispiel zur nachträglich formulierten Organisationspflicht einer Bank beim Ausstellen einer Bankquittung.

28 Wiese, in: Gemeinschaftskommentar zum BetrUG, 11. Aufl., § 87, Rn. 58 und 60.

29 Worzalla, in: Kommentar BetrVG, § 87, Rn. 61; HWK Arbeitsrechtskommentar Clemenz, § 87, Rn. 8; Matthes, MünchKomm/Arbeitsrecht, § 242, Rn. 13.

30 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 9. Aufl., Anm. 317, 318.

31 Rütters/Fischer/Birk (Rn. 30), Anm. 324.

Bundesgerichte oder anderer letztinstanzlicher Gerichte möglichst wenig abweichen.<sup>32</sup>

Im Ergebnis fehlt das Bestimmungsrecht der Geschäftsleitung und damit auch das entsprechende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Nur über das betriebliche Ordnungsverhalten der Mitarbeiter kann die Geschäftsleitung bestimmen und der Betriebsrat mitbestimmen, doch nicht darüber, ob und wie gesetzliche Pflichten des Unternehmens oder die Pflichten aus höchstrichterlicher Rechtsprechung einzuhalten sind.

### VIII. Compliance als ausschließliche Verantwortung der Organe schließt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus

Die Organisation der Einhaltung gesetzlicher Regelungen ist exklusiv und zwingend dem Gesamtvorstand „unen-trinnbar“ zugewiesen.<sup>33</sup> Compliance ist vom Vorstand selbst als Chefsache wahrzunehmen.<sup>34</sup> Die Compliance-Verantwortung des Vorstands gehört zum gesicherten Bestand des aktienrechtlichen Pflichtenkanons.<sup>35</sup> Die Legalitätspflicht der Organe beschränkt sich nicht auf die eigene Rechtstreue. Danach müssen sich die Organe nicht nur selbst legal verhalten, sondern auch dafür sorgen, dass die Mitarbeiter die an sie delegierten Rechtspflichten einhalten. Die Compliance Verantwortung des Vorstands besteht in einer Legalitätskontrollpflicht.<sup>36</sup> Diese Organisationspflicht ist von allen Vorstandsmitgliedern gesamtverantwortlich wahrzunehmen. Von ihrer Pflicht zur Oberaufsicht sind die Organe eines Unternehmens nicht befreit. Die Oberaufsicht lässt sich auch nicht auf Compliance-Beauftragte delegieren.<sup>37</sup>

Diese exklusive Zuweisung der Legalitätspflicht im Rahmen eines Compliance-Systems schließt das Recht zur Mitbestimmung durch den Betriebsrat aus. Der Betriebsrat kann nicht beanspruchen, darüber mitzubestimmen, ob die weisungsabhängigen Arbeitnehmer durch die Organe des Unternehmens kontrolliert werden. Die Organe sind zwingend verpflichtet, die Legalitätskontrolle zu erfüllen und bei drohenden Rechtsverstößen sogar präventiv einzugreifen.<sup>38</sup> Leitungsaufgaben nach § 76 AktG können Vorstände nicht delegieren, zu deren Erfüllung sie selbst verpflichtet sind. Durch ein Mitbestimmungsrecht könnte der Betriebsrat die Legalitätskontrolle durch die Organe unterlaufen. Im Ergebnis würden die Kontrollierten über ihre Kontrollen mitbestimmen.

Auch die Haftung des Vorstands schließt Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus. Nach § 93 Abs. 2 AktG sind Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. Für Verstöße gegen die Legalitätspflicht, insbesondere gegen die Legalitätskontrollpflicht, haftet der Vorstand. Der Betriebsrat haftet trotz seiner Überwachungsverpflichtung im Bereich des Arbeitsschutzes und des betrieblichen Umweltschutzes nach § 89 BetrVG nicht. Verantwortlich bleibt nach herrschender Meinung der Arbeitgeber für die Durchführung und Gewährleistung des betrieblichen Arbeits- und Umweltschutzes.<sup>39</sup>

Die Organhaftung wird noch verschärft durch die Pflicht zum Selbstbehalt beim Abschluss einer D&O-Versicherung für Vorstände. Auf Schadensersatzansprüche gegen Vorstände verzichten kann nach § 93 Abs. 4 AktG die Gesellschaft erst mit Ablauf von drei Jahren nach Entstehung des Anspruchs. Der Gesetzgeber will mit der scharfen

Organhaftung das Organ als alleinigen Verantwortlichen für eventuelle Fehler bei Leitungsaufgaben haften lassen. Mit dieser scharfen Organhaftung sollen Vorstände zur eigenverantwortlichen und sorgfältigen Erfüllung der Leitungspflicht insbesondere der Legalitätskontrollpflicht gezwungen werden, deren Erfüllung im Rahmen eines Compliance-Management-Systems zu organisieren ist.

Diese umfangreiche Organhaftung schließt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus. Die Organhaftung könnte geschmälert werden, wenn Vorstände ihre Verantwortung auf den mitbestimmenden Betriebsrat abwälzen könnten.

Die Gesamtverantwortung des Vorstands für ein funktionierendes Compliance-System wird v. a. in der Neubürger-Entscheidung des Landgerichts München konkretisiert. Danach können Vorstände ihre Organisationspflicht zum Einsatz und zur Überprüfung eines Compliance-Systems nicht an sog. „Bereichsvorstände“ delegieren. Eine Delegation der zentralen Compliance-Pflicht des aktienrechtlichen Organs „Vorstand“ auf Mitarbeiter ohne Organstellung stellt eine Pflichtverletzung dar.<sup>40</sup> Schon das Reichsgericht hat in seinen frühen Urteilen entschieden, dass die Oberaufsicht nicht zu delegieren ist und der Unternehmer selbst seine allgemeine Aufsichts-anordnung treffen muss und damit vorzugehen hat, wie die praktische Aufsichtstätigkeit durch bestellte Aufsichtspersonen durchzuführen ist.<sup>41</sup>

Der BGH hat in seinem Presseangriffsurteil festgestellt, dass Entscheidungen von großer Tragweite mit großem Risiko für absolut geschützte Rechtsgüter und mit ruinöser Wirkung den Organen vorgelegt und vorbehalten werden müssen.<sup>42</sup> Organe müssen die Vorlagepflicht anordnen.

Mit Folgerewägungen lässt sich diese Rechtsprechung zum Delegationsverbot von Leitungsaufgaben begründen. Wenn Organe Risikoentscheidungen auf nachgeordnete Mitarbeiter delegieren könnten, würde die Organhaftung eingeschränkt. Für die pflichtwidrigen Entscheidungen von Angestellten könnten sich die Organe das Unternehmen als Geschäftsherren nach § 831 BGB exkulpieren und der strengeren Organhaftung nach § 31 BGB ausweichen.

### IX. Compliance-Systeme als technische Einrichtung

Selbst wenn die Sperrwirkung durch den Gesetzesvorbehalt verneint werden könnte, fehlt es zur Begründung eines Mitbestimmungsrechts an der technischen Einrichtung mit eigener Kontrollwirkung. „Technische Einrichtungen“ i. S. v. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sind alle Geräte und Anlagen, die unter Anwendung nicht menschlicher, sondern

32 *Rüthers/Fischer/Birk* (Rn. 30), Anm. 245, 246.

33 *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz, Aktiengesetz Kommentar*, 3. Aufl., § 91 Anm. 63, 64; *Koch*, in: *Hüffer/Koch, AktG*, 13. Aufl.; § 76, Anm. 12.

34 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 1; *Koch* (Rn. 33), AktG, § 91 Anm. 1.

35 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 48; *Reichert/Ott*, ZIP 2009, 2173 (2174); *Bachmann*, VGR 2007, 65 (73f.); *Fleischer*, CCZ 2008, 1 (3); *Koch* (Rn. 33), § 76, Anm. 16.

36 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 50.

37 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 91 Anm. 66.

38 *Fleischer* (Rn. 33), AktG § 93 Anm. 112.

39 *Fitting* (Rn. 8), 28. Aufl., § 89 Anm. 15.

40 LG München I, Ur. v. 10.12.2013 – 5 HKO 1387/10 (I, 1.a.ee); *Krause*, BB 2009, 1370, 1373; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl., § 93 Rn. 14.

41 RG v. 14.12.1911 – VI 75/11 = RGZ 78, 107 – Kutscherurteil; ebenso: RG v. 25.2.1915 – VI 526/14 = RGZ 87 1916, 1 – Heilsalz.

42 BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55 = BGHZ 24 (1957), 200 – Presseangriff.

anderweit erzeugter Energie mit den Mitteln der Technik, insbesondere der Elektronik, eine selbstständige Leistung erbringen<sup>43</sup> und die deshalb eine eigenständige Kontrollwirkung entfalten. Dazu zählen alle Geräte und Anlagen, die auf technischem Wege Daten direkt übermitteln oder sichten und miteinander verknüpfen. Die technische Einrichtung müsste dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die Leistung der Beschäftigten zu überwachen.

Mit einem EDV-gestützten Compliance-System werden allerdings alle Kontrollen über die Einhaltung von Rechtspflichten durch Mitarbeiter und nicht durch technische Geräte eines Unternehmens vorgenommen. Es fehlt an einer eigenständigen Kontrollwirkung durch die technische Einrichtung wie bei einer Stechuhr oder einer Videokamera. Deshalb fällt die Überwachung durch ein Compliance-System nicht unter das Mitbestimmungsrecht. Die Nichterfüllung einer Unternehmenspflicht wird nicht automatisch durch ein System erkannt, sondern setzt einen persönlichen Kontrolleur voraus, der die Rechtspflicht und ihre Erfüllung erfasst, was nur in einem methodischen Vorgang der Rechtsanwendung durch Mitarbeiter entschieden werden kann, die das Erfassen und Erfüllen einer Pflicht nachvollziehen können. Die menschliche Entscheidung im Rahmen des Rechtsanwendung ist nicht durch Technik zu ersetzen, weder das Erfassen einer Pflicht durch die Anwendung eines Gesetzes auf einen konkreten Sachverhalt noch deren Erfüllung durch die Kontrolle.

## X. Fazit

Die Diskussion in der Unternehmenspraxis über Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats schafft für die Umsetzung eines Compliance-Management-Systems erhebliche Rechtsunsicherheit. In der Zeit des schwebenden Streits kann es deshalb zu Rechtsverstößen kommen, weil unsicher ist, an wen Rechtspflichten delegiert werden können, insbesondere ob auch die vom Betriebsrat vertretenen Mitarbeiter Rechtspflichten des Unternehmens erfüllen müssen. Alle

Unternehmenspflichten können schon wegen der Pflichtenmenge nicht allein von den Führungskräften erfüllt werden. Rechtsverstöße sind ausschließlich von den Organen und den Führungskräften zur verantworten. Die Organe haften für Schäden durch Organisationsverschulden, während die Betriebsräte dafür nicht haften. Die Compliance-Beauftragten tragen bei strafbewehrten Pflichten das Risiko der Strafbarkeit wegen Beihilfe. Die Organe und ihre Beauftragten müssen deshalb ein starkes Interesse daran haben, die Frage der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu klären. Nur Rechtssicherheit und die Delegation aller Rechtspflichten des Unternehmens auf möglichst viele Mitarbeiter in einem jeweils vertretbaren Pensum schützt vor Schäden durch Rechtsverstöße und vor der Organhaftung wegen Organisationsverschuldens. Zu empfehlen ist die Trennung zwischen mitbestimmungspflichtigen Regelungen zum Ordnungsverhalten im Betrieb und dem mitbestimmungsfreien Compliance-Management zur Organisation gesetzlicher Regelungen. Schließlich ist zu empfehlen, neben den Gesetzen auch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die sich daraus ergebenden Rechtspflichten des Unternehmens ständig zu erfassen und die sich daraus ergebenden Pflichten einzuhalten.

---

## AUTOR



**Dr. Manfred Rack, RA, Rechtsanwältin, Frankfurt.** Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Compliance- und Risikomanagement. Er ist Herausgeber des EDV-gestützten Managementsystems "Recht im Betrieb": Umwelt- und arbeitsschutzrechtliche Betriebsorganisation, Bank- und Kapitalmarktrecht, Pflichtenmanagement für Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat.

43 BVerwG v. 14.6.2011 – 6 P 10.10, PersR 11, 516.