

Bankarbeitsrecht § 83

Wolfgang Däubler (Universität Bremen, Bremen, Deutschland, E-Mail: daebler@uni-bremen.de)

Schrifttum

Borgmann, Ethikrichtlinien und Arbeitsrecht, NZA 2003, 352; *Clemenz/Kreft/Krause* (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht. Kommentar, 2013; *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. 2006; Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl. 2009 (Nachdruck 2012); Gläserne Belegschaften? Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 6. Aufl. 2015; Zielvereinbarungen und AGB-Kontrolle, ZIP 2004, 2209; Zielvereinbarungen als Mitbestimmungsproblem, NZA 2005, 793; Sonderarbeitsrecht für Finanzdienstleister? AuR 2012, 380; Compliance für den Betriebsrat, FS v. Hoyningen-Huene, 2014, S. 59; *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Handkommentar, 3. Aufl. 2013; *Däubler/Bonin/Deinert*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2014; *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath* (Hrsg.), Handkommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2013 (zitiert als HK-ArbR-Bearbeiter); *Däubler/Küttner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 15. Aufl. 2016 (zitiert als DKKW-Bearbeiter); *Diller/Arnold*, Vergütungsverordnungen für Banken und Versicherungen: Pflicht zum Mobbing? ZIP 2011, 837; *Fitting*, Handkommentar zum BetrVG, 28. Aufl., 2016; *Gerenkamp/Kuklick*, Die Regulierung der Anreiz- und Vergütungssysteme von Banken vor dem Hintergrund der Prinzipal-Agent-Theorie, ZBB/JBB 2011, 430; *Gola/Wronka*, Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz, 6. Aufl. 2013; *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, 2. Aufl. 2003; *Grobys* (Hrsg.), Arbeitsrecht in Kreditinstituten, 2003; *Hanau/Hromadka*, Richterliche Kontrolle flexibler Entgeltregelungen in Allgemeinen Arbeitsbedingungen, NZA 2005, 73; *Hauschka*, Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: Eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management?, NJW 2004, 257; *Hefendehl*, Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, JZ 2006, 119; *Henssler/Willemsen/Kalb* (Hrsg.), Kommentar Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2016 (zitiert als HWK-Bearbeiter); *Höfer*, Kommentar zum Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung, Loseblatt (Stand Juni 2013); *Hromadka*, Schriftformklauseln in Arbeitsverträgen, DB 2004, 1261; *Däubler/Deinert/Zwanziger* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl. 2016 (zitiert als DDZ-Bearbeiter); *Käufer*, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, 2003; *Küttner* (Hrsg.), Personalbuch 2016, 2016; *Lakies*, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, 2014; *Lembke*, Die Ausgestaltung von Aktienoptionsplänen in arbeitsrechtlicher Hinsicht, BB 2001, 1469; *Lösler*, Das moderne Verständnis von Compliance im Finanzmarktrecht, NZG 2005, 104; *Löwisch*, Der Grundsatz der freien Anlagenwahl im Recht der Vermögensbildung, FS Däubler, 1999, S. 473 ff.; *Mauer*, Zielbonusvereinbarungen als Vergütungsgrundlage im Arbeitsverhältnis, NZA 2002, 540; *Mengel/Hagemeister*, Compliance und Arbeitsrecht, BB 2006, 2466; Compliance und arbeitsrechtliche Implementierung im Unternehmen, BB 2007, 1386; *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016 (zitiert als ErfK-Bearbeiter); *Pinkepank/Schulze*, Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz, AiB 2011, 646; *Preis* (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag. Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung, 4. Aufl., 2011; *Pulz*, Personalbindung mit Aktienoptionen, BB 2004, 1107; *Reifner*, Erfolgsprovisionen bei Finanzdienstleistungen – Zur rechtlichen Bewältigung der Finanzkrise, VuR 2011, 83; *Reim*, Aktienoptionsrechte, ZIP 2006, 1076; *Riesenhuber/v. Steinau-Steinrück*, Zielvereinbarungen, NZA 2005, 785; *Röder/Göpfert*, Aktien statt Gehalt, BB 2001, 2002; *Rosenblum*, Überlegungen und Aspekte zum Anlegerschutz im Lichte aktueller gesetzlicher Regelungen, DB 2012, 1105; *Schaub* (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015 (zitiert als Schaub-Bearbeiter); *Seel*, Wirksamkeit von Überstundenregelungen in Formulararbeitsverträgen, DB 2005, 1330; *Tappert*, Auswirkungen eines Betriebsübergangs auf Aktienoptionsrechte von Arbeitnehmern, NZA 2002, 1188; *Thüsing*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2007; *Thüsing/Lambrich*, Das Fragerecht des Arbeitgebers – aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema, BB 2002, 1146; *Thüsing/Leder*, Gestaltungsspielräume bei der Verwendung vorformulierter Arbeitsvertragsbedingungen – Besondere Klauseln, BB 2005, 1563; *Tinnefeld/Buchner/Petri*, Einführung in das Datenschutzrecht, 5. Aufl. 2012; *Tschöpe* (Hrsg.) Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2013; *Wiese/Kreutz u.a.* Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 2 Bände, 10. Aufl. 2014 (zitiert als GK-Bearbeiter); *Wisskirchen/Jordan/Bissels*, Arbeitsrechtliche Probleme bei der Einführung internationaler Verhaltens- und Ethikrichtlinien, DB 2005, 2190; *Worzalla*, Die Wirksamkeit einzelner Arbeitsvertragsklauseln nach der Schuldrechtsreform – Entgelt, Arbeitszeit und Tätigkeit, Betriebsvereinbarungs- und Tarifvertragsoffenheit, Änderung des Arbeitsvertrags, NZA 2006, Beil. 3, S. 122.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
B. Einstellung und Ausgestaltung des Arbeitsvertrags	6
I. Das Einstellungsverfahren	6
II. Zulässige und unzulässige Klauseln	20
III. Fragen der Vergütung	28
IV. Arbeitszeit	47
V. Nebenpflichten des Arbeitgebers	57
VI. Nebenpflichten des Arbeitnehmers	63
VI. Genehmigung von Nebentätigkeiten	69
VIII. Versetzung	72
IX. Störfälle	76
X. Ausschlussfrist	92
XI. Schriftform, Veränderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrags	94
XII. Auslandsentsendung	96
XIII. Klauseln zu den Arbeitsergebnissen	97
C. Compliance-Regeln	99
I. Begriff	99
II. Rechtsgrundlage	100
III. Mitarbeitergeschäfte	101
IV. Zusatzpflichten nach sog. Ethikrichtlinien	107
V. Whistleblower-Hotline	114
VI. Einhaltung des Arbeitsrechts als Teil der Compliance?	116

D. Verstärkung der Bankenaufsicht.....	117
I. Vorgaben für die Vergütungsstruktur.....	117
1. Die Interventionsform.....	118
2. Die Beeinflussung der variablen Vergütung.....	119
3. Mitbestimmung.....	122
4. Sonderregeln für bedeutende Institute.....	123
II. Sicherung der Beratungsqualität.....	126
1. Der Interessenkonflikt.....	126
2. Die Neuregelung.....	130
3. Insbesondere: Eingriffsbefugnisse der BaFin.....	133
4. Die Sonderstellung sonstiger Anlageberater.....	135
5. Verfassungsrechtliche Bedenken.....	137
III. Überwachung der Verwaltungs- und Aufsichtsratsmitglieder durch die BaFin ..	140
IV. Weitere Änderungen mit möglichen Auswirkungen im Arbeitsrecht.....	142
1. Betriebsänderungen und MaRisk.....	142
2. Outsourcing.....	143
E. Beendigung des Arbeitsverhältnisses	144
I. Freistellung während des Laufs der Kündigungsfrist	145
II. Aufhebungsverträge	148
III. Diskriminierungsverbote	151
IV. Zeugnis	152

Stichwortverzeichnis

Abgeltung von Überstunden	49 ff.
AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen	20 ff.
– Änderungsverträge	21
– Aktienoptionen	42
– Arbeitnehmer als Verbraucher	22
– Aufhebungsverträge	21
– ausgehandelte Bedingungen	22
– Auslegung zugunsten des Arbeitnehmers	24
– Begriff AGB	22
– Darlehensverträge	21
– Einschränkung von Mitarbeitergeschäften	106
– geltungserhaltende Reduktion, Ausschluss	27
– Inhaltskontrolle	25 ff.
– intransparente Bestimmungen	25
– Rechtsgrundlage	20
– Reglementierung des persönlichen Verhaltens	111
– Tarifverträge	21
– Transparenz	25
– überraschende Bedingungen	23
– ungewöhnliche Bestimmungen	23
– Versetzung	73
Aktienoptionen	42 ff.
– AGB-Kontrolle?	42
– bei Betriebsübergang	45
– Bindungsfrist	44
– Haltefrist	46
– Verfallklauseln	44
– Wartezeit für Bezug von Aktien	43
Allgemeine Vertragsbedingungen im Arbeitsrecht s. AGB-Kontrolle	
Änderungsvertrag und AGB-Kontrolle	21
Anfechtung des Arbeitsvertrags durch den Arbeitgeber wegen unzutreffender Antworten ...	16
Anlageberater s. Kundenberater	
Anzeige gegen den Arbeitgeber	115
Anzeige- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers	63
Arbeitnehmer als Verbraucher	22
Arbeitnehmerhaftung	81 ff.
– Arbeitskollege, geschädigter	89
– Aufwendungsersatzanspruch Arbeitnehmers	90
– Außenhaftung	88
– Fahrlässigkeitsmaßstab	84
– Gefahrgeneignisse	82
– mitwirkendes Verschulden	87
– Schadenseintritt und Verschulden	85
– Schwere des Verschuldens	83
Arbeitsergebnisse, Recht an den	97
Arbeitsvertragspraxis im Kreditgewerbe	2

des

Arbeitszeit	47 ff.
– Flexibilitätspuffer	48
– Lage	54
– Mitbestimmung bei Überstunden	51
– pauschale Abgeltung von Überstunden	49
– Überstunden	49
Assessment-Center	18
AT-Angestellte und Tarifverträge	4
– tarifliche Abgeltung der Überstunden?	56
– und Arbeitszeit	47 ff.
Aufhebungsvertrag und AGB-Kontrolle	21
Aufhebungsverträge	148 ff.
– Gebot fairen Handelns	150
– Informationspflichten des Arbeitgebers	149
Aufsichtsratsmitglieder, Kontrolle durch BaFin	140
Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers	90
Ausgehandelte Verträge	22
Auslandsentsendung	96
Auslagerung von Aufgaben	143
Auslegung des Arbeitsvertrags zugunsten des Arbeitnehmers	24
Ausschlussfristen im Arbeitsvertrag	93
Ausschreibung einer Stelle	7, 19
Bankenaufsicht, Verstärkung der-	117 ff.
BaFin	117 ff.
- Bekanntmachung von Sanktionen	134
- MaRisk	142
- Mitarbeitergeschäfte	101
- Outsourcing	143
- sonstige Anlageberater	135
- Überwachung der Kundenberater	133 ff.
- Überwachung der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsräten	140 ff.
- Überwachung der Vergütungsstruktur	118 ff.
- verfassungsrechtliche Einwände	137 ff.
Bedeutende Institute, Vergütungsstruktur	123 ff.
Behinderung und Ausgestaltung der Arbeitsplätze	78
Berater s. Kundenberater	
Beratungsqualität und Eigeninteresse der Berater	126
Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers	146
Bestechungsversuche, Anzeigepflicht	109
Betriebsänderung und MaRisk	142
Betriebsräte im Bankensektor	5
Betriebsübergang und Aktienoptionsrechte	65
Betriebsübung und Internetnutzung	65
Beweislast bei Verstoß gegen Diskriminierungs- verbote im Einstellungsverfahren	17
Bewerbungsgespräch, Pflichten zur Offenlegung von bestimmten Umständen	8
Bildschirmarbeit	60
Bindungsfrist bei Aktienoptionen	44
Branchenarbeitsrecht	1
Compliance	3, 99 ff.
– Einhaltung des Arbeitsrechts?	116
– für Betriebsräte?	110
Compliance-Regeln	99 ff.
– Annahme von Geschenken und Gefälligkeiten	109
– Entstehung	99
– Mitarbeitergeschäfte	101 ff.
– Rechtsgrundlage	100
– Reglementierung des persönlichen Verhaltens	111
– Verschwiegenheitspflicht	107
Computersoftware und Urheberrecht des Arbeitnehmers	97
Datenbank der BaFin zu Beratern	138
Denunziationspflicht	114
Direktionsrecht und Versetzung	73
Diskriminierung	
– arbeitsrechtliche Pflicht zur Unterlassung von	63
– bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses	151
Diskriminierungsverbot	
– bei Ausschreibungen	7
– und Fragerecht des Arbeitgebers	17
Doppelte Schriftformklausel, Unwirksamkeit	95
Ehrenämter, Arbeitsbefreiung	80
Eingebrachte Sachen des Arbeitnehmers	59
Eingliederungsmanagement nach Erkrankung	77
Einstellungsuntersuchung	18
Einstellungsverfahren	6 ff.
– Ausgangssituation	6
– Einstellungsuntersuchung	18
– Fragerecht des Arbeitgebers	10 ff. (s. dort)
– genetische Tests	18

– Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	19
– Pflichten von Arbeitgeber und Bewerber	8
– Stellenbeschreibung	7
– Vertraulichkeit	9
Erkrankung des Arbeitnehmers	76
Erkrankung von Kindern und Entgeltfortzahlung ..	79
Ethikrichtlinien	107 ff.
– Bezugnahme im Arbeitsvertrag	112
Faires Verhandeln bei Aufhebungsverträgen	150
Finanzanlagenvermittlungs-VO	136
Firmenparkplatz und Beschädigung von Fahrzeugen	59
Formularverträge s. AGB-Kontrolle von Arbeitsverträgen	
Fragerecht des Arbeitgebers	10 ff.
– Anerkennung als Schwerbehinderter	12
– Freizeitbeschäftigungen des Bewerbers	11
– gesundheitliche Einschränkungen	12
– Lohn- und Gehaltspfändungen	15
– Schwangerschaft einer Bewerberin	12
– unzutreffende Antworten	16
– Vergütung, bisherige	14
– Vermögensverhältnisse des Bewerbers	11
– Vorstrafen	13
– Wehrdienst, abgeleiteter	12
Freistellung während des Laufs der Kündigungsfrist	145
Freiwilligkeitsvorbehalt	
– bei laufenden Leistungen	30
– bei sonstigen Leistungen	31 ff.
Freizeitbeschäftigungen des Bewerbers	11
Geltungserhaltende Reduktion, Ausschluss	27
Genetische Tests	18
Geschenke und Gefälligkeiten	109
Gesundheitsschäden und Ersatzansprüche des Arbeitnehmers	60
Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers	60
– Bildschirmarbeit	60
– Haftung des Arbeitgebers	60
– Mitbestimmung des Personalrats	61
– Mobbing	60
– Überforderung	60
Gewerbeaufsicht und Arbeitszeit	53
Gewerbeaufsicht und private Anlageberater	135
Gläserner Bankangestellter	105
Gleichheitssatz und unterschiedliche Arten von Kundenberatern	137, 139
Haftung eines Wertpapierhändlers	91
Haltefrist bei Belegschaftsaktien	46
Hoheitliche Interventionen im Bankensektor	3
Informationelles Selbstbestimmungsrecht	138
Informationspflicht des Arbeitgebers bei Aufhebungsverträgen	149
Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen	25 ff.
Instituts-Vergütungsverordnung	117 ff.
- und tarifliche Vergütung	118
Internetnutzung, private	64 ff.
Intransparenz von Klauseln	25
Intransparenz von Zusatzleistungen des Arbeitgebers	29
Kleiderordnung	67
– Mitbestimmung	67
– veränderte Anschauungen	67
Kontrolleinheiten, Vergütungsstruktur	121
Krankenrückkehrgespräche	76
Kundenberater	127 ff.
- außerhalb der Banken u. Sparkassen	135
- Berufsverbot auf Zeit	133
- Eingriffsbefugnisse der BaFin	133
- Erfassung in Datenbank	132
- Sachkunde	131
- Situation	127 ff.
- Zuverlässigkeit	131
Lage der Arbeitszeit	54
– Direktionsrecht des Arbeitgebers	54
Lohn- und Gehaltspfändungen, Frage nach – bei Einstellung	15
Manteltarifvertrag und Samstagsarbeit	55
Mitarbeitergeschäfte	101 ff.
Mitbestimmungsrechte – bei übertariflichen Leistungen	36
– bei Bestellung des Vergütungsbeauftragten	125

Betriebsrats

und

des

- bei Regeln über Mitarbeitergeschäfte.....	104
- bei Zielvereinbarungen	41
- Ethikrichtlinien	113
- Gesundheitsschutz	61
- Kleiderordnung	67
- Versetzung	75
- vorgeschriebene Vergütungsstrukturen.....	122
Mitbestimmungsrechte bei der Einstellung	19
Mobbing	60
Namhaftmachung, Recht auf – als Urheber oder Erfinder	98
Nebenpflichten des Arbeitgebers	57 ff.
- Bildschirmarbeit	60
- eingebrachte Sachen des Arbeitnehmers	59
- Gesundheitsschutz	60
- Mobbing	60
- Rücksichtnahme auf des Arbeitnehmers	57
- Überforderung des Beschäftigten	60
- Weiterqualifizierung der Arbeitnehmer	62
Nebenpflichten des Arbeitnehmers	63 ff.
- Anzeige- und Nachweispflichten	63
- Kleiderordnung	67
- Preisgabe von Wissen	68
- private Internetnutzung, Unterlassung?	64 ff.
- Verschwiegenheitspflicht	63
Nebentätigkeiten	69
- Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung	70
- intransparente Klauseln	70
- Vorträge und Veröffentlichungen	71
Negative Erfolgsbeiträge.....	124
Outsourcing.....	143
Personalausstattung und MaRisk.....	142
Private Internetnutzung	64 ff.
Privatsphäre und Mitarbeitergeschäfte.....	104
Recherchen im Internet über Bewerber.....	15a
Rückzahlungsklauseln.....	35
Samstagsarbeit und Manteltarifvertrag	55
Schriftform	94
Schriftformklausel, Unwirksamkeit	95
Schwangerschaft und Bewerbung	12
Schwerbehinderung und Bewerbung	12
Skill-Datenbank	68
Softwarepatente	97
Stellenbeschreibung	7
Tarifverträge im Bankensektor	4
- Abgeltung von Überstunden	56
- Arbeitszeit	47
- Samstagsarbeit	55
Transparenz	
- fehlende – Arbeitgebers	29
- Nebentätigkeitsgenehmigung	70
- und Abgeltung von Überstunden	50
Überraschende Klauseln	23
Überstunden, pauschale Abgeltung	49 ff.
- Mitbestimmung des Betriebsrats	51
Übertarifliche Leistungen	29 ff.
Ungewöhnliche Klauseln	23
Ungleichgewicht von Arbeitgeber und Arbeitnehmer	6
Unterlassungsanspruch des Betriebsrats	51
Urheberpersönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers	97
Urlaubszeitpunkt	147
Variable Vergütung.....	119 ff.
- Begriff.....	119
- Beschränkung.....	119
- Festlegung.....	120
Verbesserungsvorschläge	98
Verbraucher, Arbeitnehmer als –	22
Verfallklauseln bei Aktienoptionen	44
Vergütung, bisherige, und Einstellungs- verhandlungen	14
Vergütungsbeauftragter.....	125
Vergütungssysteme, Vorgaben durch die BaFin.	118
Verjährung und Ausschlussfristen	92
Vermögensverhältnisse eines Bewerbers	11
Verschwiegenheitspflicht von Arbeit- nehmern	63, 107 f.
Versetzung	72 ff.
- Berücksichtigung interessen	74
- Beteiligung des Betriebsrats	75

die familiäre Situation

bei Zusatzleistungen des

von Arbeitnehmer-

– erweitertes Direktionsrecht	73		
– typische Klauseln	72		
Versetzungsklauseln	74		
Vertrauensarbeitszeit	52		
Vertraulichkeit von Bewerbungen	9		
Verwaltungsratsmitglieder, Kontrolle durch BaFin	140		
Vollständigkeitsklärung	103		
Vorstrafen, Frage nach – bei Einstellung	13		
Vorträge und Veröffentlichungen als Nebentätigkeit	71		
Weiche Ziele bei Zielvereinbarungen	36		
Weiterbildung	62		
Weiterbildungskosten, Rückzahlung	35, 44		
Weiterqualifizierung	62		
Wertpapierhandel und Compliance-Regeln	99		
Whistleblower	115		
Whistleblower-Hotline	114		
Widerrufsvorbehalt	30 ff.		
– Angabe der Widerrufsgründe	33		
– Anteil der		widerrufen	Vergütung
– am Gesamtentgelt	34		
– unklare Formulierung	33		
– Vorliegen	31 ff.		
Wissen, Umgang mit	68		
Zeugnis	152		
Zielerreichungsprämie	37		
Zielvereinbarungen	37 ff.		
– Erfolgsgarantie?	39		
– Freiwilligkeitsvorbehalt für Bonus?	40		
– Mitbestimmung des Betriebsrats	41		
– Rahmenvereinbarung und Einzelabrede	27		
– weiche Ziele	38		
– Zielerreichungsprämie	37		
Zusatzvergütung für Sonderleistungen	97		
– pauschale Abgeltung im Arbeitsvertrag?	98		

A. Einleitung

1

Das deutsche Arbeitsrecht erfasst grundsätzlich alle Arbeitnehmer, die in der Bundesrepublik tätig sind. Mitarbeiter in Kreditinstituten und Sparkassen unterliegen ihm daher in gleicher Weise wie Arbeiter eines Metallbetriebs, Verkäuferinnen im Supermarkt oder Zugbegleiter der Bahn AG. Mit Rücksicht auf die **spezifischen Verhältnisse einzelner Branchen** existieren allerdings **Sonderregeln**, die die allgemeinen Normen ergänzen, zum Teil auch modifizieren. Bisweilen finden sie sich in Spezialgesetzen wie etwa im Bergbau oder in der Seeschifffahrt. Häufiger und von größerer praktischer Bedeutung sind unterschiedliche Tarifverträge; als Beispiele mögen der Bausektor mit seinen Gemeinsamen Einrichtungen oder der öffentliche Dienst mit seinen Annäherungen an den Beamtenstatus stehen. Weniger sichtbar sind Differenzierungen, die sich aus der Natur der Arbeitgebertätigkeit ergeben; wer in verantwortlicher Stelle in einem Tendenzbetrieb oder bei einer Kirche beschäftigt ist, hat weitergehende Pflichten als andere zu erfüllen. In den vergangenen 30 Jahren sind bei zahlreichen Tätigkeiten intensive staatliche Reglementierungen hinzugekommen. Kernkraftwerke oder gefährliche chemische Anlagen, die unter die Störfallverordnung fallen, sind hierfür nur die (historisch) ersten Beispiele.

2

Das Kreditgewerbe gehört nicht zu den Branchen, bei denen man von vorne herein Sonderregeln erwartet. Allerdings gibt es eine **spezifische Arbeitsvertragspraxis**, die sich beispielsweise in weitgehenden Geheimhaltungspflichten niederschlägt. Üblicherweise werden Musterverträge abgeschlossen, die seit 1.1.2002 der AGB-Kontrolle unterliegen (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) und die in vielen Fällen immer noch nicht an diesen seit mehr als zehn Jahren geltenden rechtlichen Rahmen angepasst sind. Insoweit bedarf es einer eingehenden Durchsicht. Empirische Grundlage ist die Praxis von fünf Bankhäusern, die in unterschiedlichen Bereichen angesiedelt sind (Einzelheiten unten B.).

3

Auch im Bankenbereich haben **hoheitliche Interventionen** drastisch zugenommen. Sie begannen längst vor der Finanzkrise und betrafen etwa die Geldwäscheprävention (§ 70 in diesem Buch), aber auch das Kreditgeschäft (§§ 10 ff. in diesem Buch) und insbesondere die Insider-Regeln nach §§ 12 ff. WpHG sowie das Verhalten bei Wertpapiergeschäften (§§ 31 ff. WpHG). Dazu § 52 in diesem Buch. Unter dem Stichwort „**Compliance**“ sind weitere

Regeln entwickelt worden, die sich insbesondere auf Mitarbeitergeschäfte im Wertpapierhandel beziehen, die aber bis hin zu einem **Ethik-Kodex** für alle Beschäftigten und der Einrichtung einer Whistleblower-Hotline gehen können. Hier ergeben sich zahlreiche noch nicht abschließend geklärte Rechtsfragen (unten C.). Nach dem Beginn der Finanzkrise hat sich die Staatsintervention deutlich verstärkt. Arbeitsrechtliche Auswirkungen ergaben sich insbesondere durch die mit Wirkung vom 1. 1. 2014 neu gefasste Instituts-Vergütungsverordnung, durch die hoheitliche Eingriffsmöglichkeiten gegenüber Kundenberatern, Vertriebs- und Compliance – Beauftragten geschaffen wurden, sowie durch das CRD IV-Umsetzungsgesetz, das erweiterte Aufsichtsmöglichkeiten auch gegenüber Arbeitnehmervertretern im Verwaltungs- und Aufsichtsrat brachte (unten D.). Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses provoziert erfahrungsgemäß die meisten Streitigkeiten; deshalb ist diesem Bereich ein besonderer Abschnitt gewidmet (unten E.). Inhaltlich geht es insbesondere um die Freistellung während des Laufs der Kündigungsfrist, um Aufklärungspflichten beim Aufhebungsvertrag und um Probleme der Altersdiskriminierung („kein Investmentbanker über 40“).

4

Die hier zu behandelnden Arbeitsbedingungen im weitesten Sinne sind nur zu einem Teil aus dem **Arbeitsvertrag** ersichtlich. Viele finden sich in den **Tarifverträgen für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken**, die im Folgenden nach dem Stand vom Mai 2014 zugrunde gelegt werden (abrufbar unter www.agvbanken.de und unter www.verdi.de). In den Arbeitsverträgen der „tariflichen Mitarbeiter“ wird üblicherweise auf diese Tarifwerke verwiesen. Sie sind also auch dann zu beachten, wenn der fragliche Arbeitnehmer nicht Gewerkschaftsmitglied ist. „**Außertarifliche Angestellte**“ sind nach § 1 Abs. 3 Manteltarif nur dann ausgenommen, wenn ihr Gehalt über dem der höchsten Tarifgruppe liegt und wenn ihre sonstigen Bedingungen nicht schlechter als die tariflich vorgesehenen sind. Bei allen Einzelfragen des Arbeitsvertrags, bei zusätzlichen Compliance-Pflichten und bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist unter diesen Umständen immer auch eine mögliche tarifliche Regelung in Betracht zu ziehen.

5

In privaten Banken existieren in der Regel **Betriebsräte**, in öffentlich-rechtlichen Banken und Sparkassen **Personalräte**. Beiden stehen Mitbestimmungsrechte und sonstige Beteiligungsmöglichkeiten zu. Für Betriebsräte ergeben sie sich aus dem BetrVG, bei Personalräten aus dem jeweiligen Landespersonalvertretungsgesetz, bei der Deutschen Bundesbank aus dem Bundespersonalvertretungsgesetz. Nur soweit man diese Rechte und etwa abgeschlossene Betriebsvereinbarungen mit in Betracht zieht, erhält man ein vollständiges Bild von der arbeitsrechtlichen Regelung eines bestimmten Sachbereichs.

B. Einstellung und Ausgestaltung des Arbeitsvertrags

I. Das Einstellungsverfahren

1. Ausgangssituation

6

Bei einer Bewerbung und **bei Einstellungsverhandlungen** besteht in aller Regel ein **fundamentales Ungleichgewicht**. Der Arbeitsuchende ist gezwungen, einen Arbeitsplatz zu finden, weil er nur so das zum Lebensunterhalt Notwendige verdienen kann (klar angesprochen auch in BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 2R; BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegeld-Unterstützungskassen Bl. 3). Sozialleistungen wie das ALG II gewähren lediglich das absolut Notwendige, stellen aber keine wirkliche „Grundsicherung“ dar. Der Arbeitnehmer unterliegt einem „ökonomischen Kontrahierungszwang“. Umgekehrt hat der Arbeitgeber in der Regel die Wahl, welchen Bewerber er berücksichtigen will. Selbst wenn ihm auch die anderen Bewerber nicht zusagen, würde es für ihn häufig keine unzumutbare Belastung bedeuten, mit der Stellenbesetzung noch einige Zeit zuzuwarten, um die aus seiner Sicht optimale Arbeitskraft zu finden. Die ungleiche Verhandlungsmacht ist noch ausgeprägter, wenn der Bewerber zu einer Problemgruppe auf dem Arbeitsmarkt gehört, also beispielsweise älter als 50 Jahre ist oder keine abgeschlossene Berufsausbildung besitzt.

7

Der **Arbeitgeber entscheidet** nicht nur über die Einstellung als solche, sondern auch darüber, wie eine etwaige **Stellenbeschreibung** aussieht und welchem Anforderungsprofil die fragliche Person entsprechen muss. Weiter bestimmt er das **Verfahren**, entscheidet also über die Frage, ob eine innerbetriebliche oder eine öffentliche Ausschreibung erfolgt oder ob eine geeignete Arbeitskraft über die Arbeitsagentur oder durch ein Zeitungsinserat gewonnen werden soll. Dennoch erfolgen Bewerbungen nicht im rechtsfreien Raum; der Arbeitgeber hat bestimmte Rahmenbedingungen zu beachten, darf etwa bei Ausschreibungen nicht auf die Merkmale des § 1 AGG abstellen, also beispielsweise nur einen Mann oder nur eine Frau oder einen EU-Staatsangehörigen oder eine „Verstärkung für unser junges dynamisches Team“ suchen.

2. Rechte und Pflichten im Bewerbungsverfahren

8

Bewirbt sich jemand auf eine offene Stelle, wird ein vorvertragliches Rechtsverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB begründet. Aus diesem folgen nach Treu und Glauben bestimmte wechselseitige Pflichten. Der **Arbeitgeber** muss beispielsweise die eingereichten Unterlagen sorgfältig aufbewahren, der Arbeitnehmer muss darauf hinweisen, dass er erst ab einem bestimmten Zeitpunkt zur Verfügung steht. Im Bewerbungsgespräch müssen beide Seiten unaufgefordert

alle Umstände offen legen, die die Durchführung des Vertrages unmöglich oder unzumutbar machen könnten. Der **Arbeitnehmer** muss etwa darauf hinweisen, dass er die für die Tätigkeit vorausgesetzte Prüfung noch gar nicht bestanden hat, der Arbeitgeber muss überdurchschnittliche Anforderungen sowie Gesundheitsgefahren ausdrücklich erwähnen.

9

Verhandlungen über den Abschluss eines Arbeitsvertrags haben ähnlich wie die Personalakte **vertraulichen Charakter**. Erfährt der Bewerber beispielsweise Interna des Arbeitgebers, z. B. die Namen der wichtigsten Kunden oder erhält der Arbeitgeber Kenntnis von gesundheitlichen Problemen des Bewerbers, so ist ersichtlich beides geheim zu halten. Darüber hinaus dürfen ohne Einwilligung der anderen Seite auch sonstige Angaben nicht an Dritte weitergegeben werden; insbesondere muss sich ein ungekündigter Arbeitnehmer darauf verlassen können, dass die Bewerbung seinem bisherigen Arbeitgeber nicht bekannt wird (*Gola/Wronka*, Rn. 631). Eine Pflichtverletzung würde dem Betroffenen gegenüber zum Schadensersatz verpflichten.

3. Begrenzung des arbeitgeberseitigen Fragerechts

10

Der Arbeitgeber darf im Bewerbungsgespräch sowie im Personalfragebogen nur nach **Tatsachen** fragen, **an deren Kenntnis** er ein „berechtigtes, billiges und schutzwürdiges Interesse“ hat (grundlegend BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB; weiter BAG DB 2003, 396; im Grundsatz ebenso BVerfG EuGRZ 1997, 279). Dies ist nur dann anzunehmen, wenn sein Informationsbedürfnis so gewichtig ist, dass es den Vorrang vor dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers beanspruchen kann (*Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 1146). Die Information muss sich deshalb auf das Arbeitsverhältnis beziehen, darf nicht Grundlage für eine mögliche Diskriminierung sein und nicht gegen einzelne gesetzgeberische Wertungen verstoßen. Wichtig könnten im Bankenbereich die folgenden Punkte sein:

1

Für das Arbeitsverhältnis irrelevant sind **Freizeitbeschäftigungen des Bewerbers** einschl. seiner Trinkgewohnheiten (*Künzl*, BB 1993, 1583) sowie Angaben über Verwandte und Bekannte. Auch die **privaten Vermögensverhältnisse** sind grundsätzlich tabu. Eine Ausnahme gilt dann, wenn nach zulässigen Compliance-Regeln (unten C.) in einem bestehenden Arbeitsverhältnis entsprechende Dinge abgefragt werden dürfen. Wer sich um eine Position bewirbt, die erhebliche finanzielle Spielräume lässt, muss darüber hinaus monatliche Belastungen aus Zinsen und Tilgung sowie ihnen gegenüberstehende Einkünfte angeben. Auch nach einer möglichen Überschuldung kann in solchen Fällen gefragt werden.

– Umstände, die zu einer Diskriminierung führen, dürfen nicht erfragt werden.

1

Dies gilt etwa für die **Schwangerschaft einer Bewerberin**, und zwar auch dann, wenn es sich um eine befristete Tätigkeit handelt (EuGH NZA 2000, 255 – Mahlburg; EuGH NZA 2001, 1241 – Tele Danmark). Inwieweit eine Ausnahme für Schwangerschaftsvertretungen besteht, ist noch nicht definitiv geklärt (dazu *Däubler*, Arbeitsrecht 2, Rn. 53; *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 1146). Die Frage, ob bereits Wehr- oder Zivildienst abgeleistet wurde, konnte sich nur an Männer richten und hatte von daher diskriminierenden Charakter. Insoweit mussten dieselben Grundsätze wie bei der Schwangerschaft gelten; wegen der Aussetzung der Wehrpflicht ist die Problematik derzeit ohne Bedeutung (DKKW-*Klebe*, § 94 Rn. 24; GK-*Raab*, § 94 Rn. 35; HWK-*Thüsing*, § 123 BGB Rn. 27 m. w. N.).

Nach der **Anerkennung als Schwerbehinderter** oder als Gleichgestellter darf entgegen der überkommenen Rechtsprechung des BAG (AP Nr. 40 zu § 123 BGB) nicht mehr gefragt werden; die Literatur ist sich insoweit praktisch einig (s. statt aller *Brors*, DB 2003, 1734 ff.; *Deinert*, in: Neumann (Hrsg.), § 17 Rn. 7 ff.; *Grobys*, S. 21; DKKW-*Klebe*, § 94 Rn. 13; *Düwell*, BB 2006, 1741 (1743); ErfK-*Preis*, § 611 BGB Rn. 274a; *Rolfs/Paschke*, BB 2002, 1261; a. A. *Schaub*, NZA 2003, 299 f.; unentschieden KR-*Gallner*, §§ 85 – 90 SGB IX Rn. 32). Der Arbeitgeber ist allerdings befugt, die **gesundheitliche Eignung** des Arbeitnehmers für die in Aussicht genommene Tätigkeit zu erkunden. Ergeben sich hier Defizite, kann er ohne Verstoß gegen das Verbot der Diskriminierung wegen Behinderung einen anderen Bewerber einstellen oder auf die Besetzung der Stelle verzichten.

1

Nach der Rspr. des BAG darf nicht nach Vorstrafen schlechthin, sondern nur nach „**einschlägigen**“ **Vorstrafen** gefragt werden (BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB, seither st. Rspr.). Der Kraftfahrer darf also nach Verkehrsdelikten, der Kontoführer oder Kassierer nach Vermögensdelikten gefragt werden. Ein polizeiliches Führungszeugnis würde auch die nicht einschlägigen Vorstrafen ausweisen, weshalb der Arbeitgeber seine Vorlage grundsätzlich nicht verlangen darf (*Däubler*, Gläserne Belegschaften?, Rn. 220; *Linnenkohl*, AuR 1983, 135; *Wohlgemuth*, DB 1985, Beil. 21, S. 6).

1

Die **bisherige Vergütung** kann dann in die Einstellungsverhandlungen eingehen, wenn der Bewerber diese bewusst als „Minimum“ ins Spiel bringt. Tut er dies nicht, würde eine entsprechende Frage lediglich die Verhandlungsposition des Arbeitgebers verbessern und wird deshalb als unzulässig angesehen (*Fitting*, § 94 Rn. 21; im Grundsatz auch ErfK-*Preis*, § 611 BGB Rn. 279; s. weiter BAG DB 1984, 298 = BB 1984, 534). Dahinter steht die Wertung, dass das typischerweise bestehende Verhandlungsungleichgewicht nicht noch stärker zugunsten des

Arbeitgebers verschoben werden soll.

1

Lohn- und Gehaltspfändungen hängen normalerweise nicht mit der beruflichen Tätigkeit, sondern mit Unterhaltspflichten oder mit Fehldispositionen im Konsum- oder Anlagebereich zusammen. Gleichzeitig vermitteln sie jedoch den Eindruck, es handle sich um eine Person, die die eigenen Angelegenheiten jedenfalls nicht optimal zu steuern vermag. Aus diesem Grund wird auch diese Frage von der herrschenden Meinung für unzulässig erklärt (DKKW-Klebe, § 94 Rn. 19; *Fitting*, § 94 Rn. 21; GK-Raab, § 94 Rn. 42; a. A. *Richardi/Thüsing*, § 94 Rn. 26). Kommt es bei der Tätigkeit in der Bank gerade auf die Fähigkeit zu wirtschaftlich sinnvollen Dispositionen an, wird man mit Rücksicht auf ein überwiegendes Arbeitgeberinteresse jedoch eine Ausnahme machen müssen.

15a

1

16

Wird eine unzulässige Frage gleichwohl gestellt, darf der Bewerber sie **unrichtig beantworten** („Ich bin nicht schwanger“). Der Arbeitgeber kann in einem solchen Fall den Arbeitsvertrag **nicht** wegen arglistiger Täuschung **anfechten** (so bereits BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB). Die Diskriminierungsverbote schließen es überdies aus, dass der Arbeitgeber wegen Irrtums über eine „verkehrswesentliche Eigenschaft“ den Arbeitsvertrag nach § 119 Abs. 2 BGB anfecht. Dies ist für den Fall der Schwangerschaft ausdrücklich entschieden worden (EuGH NZA 2003, 373 Tz. 49 – Wiebke Busch), muss jedoch auch in anderen Fällen gelten (Däubler/Bertzbach-Däubler, AGG, § 7 Rn. 276). Die Entscheidung des BAG (DB 1991, 1943), wonach die Unkenntnis über eine Geschlechtsumwandlung einen Anfechtungsgrund darstellen soll, ist deshalb überholt.

1

Unzulässige Fragen nach den **Merkmale**n im Sinne des § 1 AGG wie ethnische Zugehörigkeit, Behinderung usw. stellen überdies ein gewichtiges **Indiz dafür** dar, dass im Einstellungsverfahren **gegen Diskriminierungsverbote verstoßen** wurde. Nach § 22 Abs. 1 AGG muss in einem solchen Fall der Arbeitgeber den Nachweis führen, dass ausschließlich andere Gesichtspunkte bei der Einstellungsentscheidung eine Rolle gespielt haben (Däubler/Bertzbach-Bertzbach, § 22 Rn. 44h ff.).

4. Weitere Erkenntnismöglichkeiten

18

Einstellungsuntersuchungen sind grundsätzlich zulässig, dürfen jedoch nur die gesundheitliche Abklärung für die in Aussicht genommene Tätigkeit zum Gegenstand haben. Der Arzt ist nicht berechtigt, dem Arbeitgeber darüber hinaus einzelne Diagnosedaten mitzuteilen. Diese unterliegen der ärztlichen Schweigepflicht (*Keller*, NZA 1988, 562 f.). Er ist lediglich auf Schlussfolgerungen beschränkt, wobei im positiven Falle durchaus graduelle Unterscheidungen wie „mit Einschränkungen geeignet“, „geeignet“ oder „hervorragend geeignet“ gemacht werden dürfen. Der Bewerber kann den Arzt nicht von der Schweigepflicht entbinden, da ihm hierfür die nötige Entscheidungsautonomie fehlt (näher *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, Rn. 230). Zu psychologischen und **genetischen Tests** sowie zu Auswahlverfahren in Assessment-Centern s. *Däubler*, Arbeitsrecht 2, Rn. 72 ff.).

5. Mitbestimmungsrechte

19

Der Betriebsrat kann nach § 93 BetrVG verlangen, dass freie **Stellen innerbetrieblich ausgeschrieben** werden. Geschieht dies nicht, kann er einer gleichwohl vom Arbeitgeber gewünschten Einstellung nach § 99 Abs. 2 Nr. 5 BetrVG die Zustimmung versagen. Weiter besitzt der Betriebsrat nach § 94 ein Mitbestimmungsrecht über Inhalt und Verwendung von **Personalfragebögen**, die auch die Natur einer Gesprächsgrundlage haben können. Auswahlrichtlinien fallen unter § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG (Einzelheiten zu den Beteiligungsrechten des Betriebsrats bei *Däubler*, Arbeitsrecht 1, Rn. 1024 ff.).

II. Zulässige und unzulässige Klauseln

20

Dass von Banken abgeschlossene Arbeitsverträge gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB oder gegen die guten Sitten nach § 138 BGB verstoßen, ist – soweit ersichtlich – bisher nicht zum Problem geworden. Möglich ist jedoch, dass einzelne Vertragsbestimmungen wegen Verstoßes gegen ein Gesetz oder einen Tarifvertrag unwirksam sind. Durch das „Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts“ vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) sind mit Wirkung vom 1. Januar 2002 die Grundsätze über die **Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen auf Arbeitsverträge erstreckt** worden. Soweit diese zum damaligen Zeitpunkt bereits bestanden, unterfielen sie erst ab 1. Januar 2003 dem neuen Recht (Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB). Die Konsequenzen für die Auslegung und die rechtliche Überprüfung von arbeitsvertraglichen Klauseln sind beträchtlich.

1. Gegenstand der AGB-Kontrolle

21

Neben dem Arbeitsvertrag ist auch ein entsprechender **Vorvertrag** in die AGB-Kontrolle einbezogen (BAG NZA 2006, 539). Einvernehmliche **Änderungen** sowie **Aufhebungsverträge** sind ebenfalls erfasst (Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Einl. Rn. 27 m. w. N.). **Darlehensverträge**, die die Bank zu Vorzugskonditionen mit einzelnen Beschäftigten abschließt, unterlagen schon vor der Schuldrechtsreform dem AGB-Recht (grundlegend BAG AP Nr. 3 zu § 23 AGB-Gesetz). Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen sind demgegenüber von der Kontrolle gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB ausgenommen.

2. Begriff der AGB

22

Die erfassten Vertragsbedingungen können aus einem Satz bestehen (was für Änderungsabreden bedeutsam ist), sich aber auch über viele Seiten erstrecken. Entscheidend ist, dass sie **von der Bank „vorformuliert“** wurden, was auch in der Weise geschehen kann, dass sie sich des Musters z. B. eines Verbandes bedient. Da der **Arbeitnehmer** von der Rechtsprechung zu Recht als **Verbraucher** im Sinne des § 13 BGB angesehen wird (BAG NZA 2005, 1111; BAG NZA 2006, 324, bestätigt durch BVerfG NZA 2007, 85), reicht es nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB aus, dass von einem Modell nur einmal Gebrauch gemacht wurde. Auch wird nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB vermutet, dass die Bedingungen von der Bank „gestellt“ wurden. Dies hat zur Folge, dass eine AGB-Kontrolle nur dann ausscheidet, soweit **einzelne Bedingungen „ausgehandelt“** wurden (§ 305 Abs. 1 Satz 3 BGB). Dies ist dann der Fall, wenn sie die Bank ernsthaft zur Disposition gestellt und der Arbeitnehmer Gestaltungsfreiheit zur Wahrung seiner eigenen Interessen hatte (so BAG NZA 2005, 1111, 1116 unter Bezugnahme auf BGH NJW 1998, 2600, 2601). Die bloße Bekundung der Bank, sie sei zu Verhandlungen über alle Punkte des Vertrages bereit, genügt nicht (BGH NJW 1987, 1634). In der Praxis wird daher so gut wie immer die AGB-Kontrolle Platz greifen.

3. Kontrollprinzipien

23

Ungewöhnliche Bestimmungen, mit denen der Arbeitnehmer nicht zu rechnen brauchte, werden nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsinhalt. „Ungewöhnlich“ sind Bedingungen dann, wenn sie von dem allgemein Üblichen, aber auch erheblich von dem abweichen, womit nach den Vertragsverhandlungen zu rechnen war. Weiter ist dieser Fall auch dann gegeben, wenn eine als solche nicht ungewöhnliche, aber den Arbeitnehmer erheblich belastende Klausel unter falscher oder nichtssagender Überschrift im Vertrag „versteckt“ wurde. Voraussetzung ist weiter, dass der Betroffene vernünftigerweise nicht mit einer solchen Klausel rechnen musste; wurde er extra auf sie hingewiesen, fehlt es am Überraschungseffekt.

2

Denkbar ist, dass eine Klausel trotz aller Bemühungen verschiedene Auslegungen zulässt. Nach § 305c Abs. 2 BGB ist hier die **„arbeitnehmerfreundlichste“ Lesart** zu wählen (vgl. BAG NZA 2006, 202). Ist eine der Auslegungsvarianten (d. h. die „arbeitnehmerfeindlichste“) rechtswidrig, so ist die Klausel insgesamt hinfällig. Anders zu entscheiden würde bedeuten, dass der Arbeitgeber den Versuch machen könnte, über das Maß des Zulässigen hinauszugehen, ohne dabei die Gültigkeit der Abmachung zu riskieren. Die entsprechende Rechtsprechung des BGH (BGH NJW 1992, 1097, 1099; BGH NJW 1994, 1798, 1799) hat auch im Arbeitsrecht Zustimmung gefunden (BAG NZA 2008, 1004 Tz. 24; *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rn. 261; *Hromadka*, NJW 2002, 2526; *Lakies*, Vertragsgestaltung und AGB im Arbeitsrecht, Teil 1 Rn. 272; MünchKommBGB-*Basedow*, § 305c Rn. 20, 35; *Preis/Roloff*, RdA 2005, 144, 149u. a.).

2

Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt eine **unangemessene Benachteiligung** des Arbeitnehmers auch darin, dass die Vertragsbedingungen nicht „klar und verständlich“, d. h. **intransparent** sind. Ein marktkonformes Verhalten setzt voraus, dass das gesamte Angebot des Verwenders erfasst und mit anderen Angeboten verglichen werden kann. An Transparenz fehlt es allen Regelungen, die so kompliziert sind, dass ein „durchschnittlich verständiger“ Arbeitnehmer sie nicht nachvollziehen kann, zumal von ihm keine Rechtskenntnisse verlangt werden. Die Transparenz ist aber auch dann nicht gegeben, wenn die Formulierung zwar vom Wortlaut her völlig klar ist, wenn sie den Arbeitnehmer aber zu Fehlschlüssen verleiten kann. Das BAG hat mit Recht betont, der Einzelne müsse wissen, was auf ihn zukomme, seine Pflichten müssten so genau umschrieben sein, dass er sich darauf einstellen könne (BAG NZA 2005, 465; BAG NZA 2006, 34, 36).

2

Der wohl wichtigste Teil der AGB-Kontrolle betrifft die **inhaltliche Überprüfung** der erfassten Verträge. Dabei ist allerdings – pauschal gesprochen – das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung durch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von vorneherein ausgenommen, es sei denn, insoweit würden ausnahmsweise rechtliche Regelungen existieren. In allen anderen Fällen ist zu fragen, ob ein Klauselverbot ohne Wertungsspielraum (§ 309 BGB) oder ein Klauselverbot mit Wertungsspielraum (§ 308 BGB) verletzt ist oder ob eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vorliegt, die nach der Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB rechtswidrig ist. Dabei sind nach § 310

Abs. 4 Satz 2 BGB die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten“ zu berücksichtigen.

2

Wird eine Klausel nicht Vertragsinhalt oder ist sie wegen Verstoßes gegen das Transparenzprinzip oder aus inhaltlichen Gründen unwirksam, so bleibt der übrige Vertragsinhalt nach § 306 Abs. 1 BGB unberührt. An die Stelle der unwirksamen Klausel tritt nach § 306 Abs. 2 BGB die **gesetzliche Regelung**. Eine „Anpassung“ der Klausel an das gerade noch Zumutbare findet nicht statt; eine sog. **geltungserhaltende Reduktion ist ausgeschlossen** (BAG NZA 2005, 1111, 1114; BAG NZA 2006, 150; allg. Meinung). Dies gilt sogar dann, wenn der Vertrag eine sog. salvatorische Klausel enthält, wonach statt unwirksamer Abmachungen eine Regelung gelten soll, die dem eigentlich Gewollten am nächsten kommt (BAG NZA 2005, 1111, 1115). In einzelnen Fällen kann durch die Unwirksamkeit einer Klausel eine Lücke im Vertrag entstehen, die seine Durchführbarkeit beeinträchtigt. Wird etwa die Arbeitszeit zu weitreichend flexibilisiert, so muss entschieden werden, in welchem Umfang der Arbeitnehmer zur Arbeit verpflichtet ist. Hier bleibt als Ausweg eine sog. ergänzende Vertragsauslegung (BAG NZA 2006, 423, 428).

III. Fragen der Vergütung

28

Probleme macht in der Regel nicht das Festgehalt, das sich eindeutig aus dem Tarifvertrag bzw. dem Arbeitsvertrag ergibt. Zahlreiche juristische Zweifelsfragen ergeben sich jedoch im Zusammenhang mit Zusatzvergütungen. Die Auswirkungen der Instituts-Vergütungsverordnung sind unten (Rn. 118 ff.) separat abgehandelt.

1. Pauschale Voraussetzungen

29

In vielen Fällen ist nur in ganz groben Umrissen oder überhaupt nicht festgelegt, unter welchen Voraussetzungen eine „Zulage“, ein „Bonus“ oder eine vergleichbare Leistung gewährt wird. Wenn es etwa heißt, der Bonus werde „unter Berücksichtigung der Ertragslage der Bank und nach individuellen Leistungsgesichtspunkten“ jedes Jahr neu festgelegt, so sind die Voraussetzungen im Grunde eine „black box“: Wie schlecht muss die Ertragslage sein, damit die Zahlung wegfällt, auch wenn die individuelle Leistung hervorragend war? Oder umgekehrt: Kann auch bei einer Gewinnexplosion die Zahlung auf einen symbolischen Betrag reduziert oder völlig verweigert werden, wenn die Leistung des Einzelnen zu wünschen übrig ließ? In wessen Hand liegt die **Leistungsbeurteilung**? Noch weniger kann der Einzelne voraussehen, was auf ihn zukommt, wenn es heißt, die Höhe des **Bonus** liege „**im Ermessen der Bank**“. In allen Fällen dieser Art fehlt die in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vorausgesetzte Transparenz, die Klausel kann als solche keinen Bestand haben. Bei einer dadurch notwendig werdenden ergänzenden Vertragsauslegung muss insbesondere auf die bisherige Praxis abgestellt werden (so BAG NZA 2006, 423, 428 für den Bereich der Arbeitszeit).

2. Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalt

30

Ist die Zusatzleistung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft oder gar betragsmäßig fixiert, so steht sie gleichwohl häufig unter „**Freiwilligkeitsvorbehalt**“. Beim laufenden Arbeitsentgelt kommt dieser allerdings nicht in Betracht (BAG NZA 2007, 853 für eine Leistungszulage). In anderen Fällen unterscheidet die Rechtsprechung

3

– Zum einen ist es möglich, dass der Arbeitgeber eine Zusatzleistung so ausgestaltet, dass jedes Jahr neu über ihre Gewährung zu entscheiden ist. Die Bezeichnung als „freiwillig“ reicht hierfür allerdings nicht aus; hinzukommen muss sinngemäß oder ausdrücklich die Aussage, dass kein Anspruch für die Zukunft entstehe.

3

- Die zweite Form liegt darin, dass die Leistung in der Zukunft widerrufen werden kann; ohne Widerruf muss sie weitergewährt werden. Der **Widerrufsvorbehalt** ist nur dann wirksam, wenn ein Widerruf als Mittel zur Anpassung an veränderte Umstände notwendig sein kann und die dafür maßgebenden Umstände in groben Zügen im Arbeitsvertrag festgelegt sind (BAG NZA 2005, 465; BAG ZTR 2007, 202). Bei Verträgen, die vor dem 1. 1. 2002 geschlossen wurden, führt das Fehlen dieser Voraussetzungen gleichfalls zur Unwirksamkeit, jedoch lässt das BAG (a. a. O.) den Vorbehalt nicht einfach wegfallen, sondern verlangt eine ergänzende Vertragsauslegung.

–

3

Ist die **Formulierung unklar**, ist beispielsweise von einer „freiwilligen, widerruflichen Leistung“ die Rede, so fehlt es an der nötigen Transparenz. Die Klausel ist deshalb unwirksam, die Leistung ohne Vorbehalt geschuldet (BAG ZTR 2012, 103 Tz. 21 ff.).

3. Zulässigkeitsgrenzen

34

Der Widerrufsvorbehalt darf sich auf **höchstens 25 % der Gesamtvergütung** beziehen (BAG NZA 2005, 465). Eine Erhöhung auf 30 % ist dann möglich, wenn es auch um den Ersatz für Aufwendungen geht, die wie die Kosten der Fahrt zum Arbeitsplatz normalerweise vom Arbeitnehmer selbst getragen werden (BAG NZA 2006, 423, 428). In diesen Richtwerten sieht das Gericht einen angemessenen Ausgleich zwischen den Belangen beider Seiten. Auch eine freiwillige Leistung ohne Anspruch in der Zukunft darf keinen größeren Anteil ausmachen (ebenso *Hanau/Hromadka* NZA 2005, 73, 74).

3

Häufig findet sich die Klausel, dass die Leistung nur dann erbracht wird, wenn sich der Arbeitnehmer im **Zeitpunkt der Auszahlung** in einem **ungekündigten Arbeitsverhältnis** befindet. Auch dagegen bestehen Bedenken. Das BAG hat es für unzulässig erklärt, dass die vom Arbeitgeber übernommenen Weiterbildungskosten teilweise zurückzuerstatten sind, wenn das Arbeitsverhältnis vor Ablauf von drei Jahren ende; hier hätte man nach Beendigungsgründen differenzieren und insbesondere die betriebsbedingte Kündigung ausnehmen müssen (BAG NZA 2006, 1042). Bei der Gewährung von Leistungen kann nichts anderes gelten, wenn diese primär die gezeigte Arbeitsleistung honorieren wollen. Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn es in erster Linie um einen Anreiz für künftige „Betriebstreue“ gehen würde: Hierfür wäre in der Tat keine Grundlage mehr vorhanden. Dieselben Grundsätze gelten für **Rückzahlungsklauseln**. Sie sind unzulässig, wenn es sich um eine Gegenleistung für erbrachte Arbeit handelt. Wollen sie nur die Betriebstreue honorieren, muss eine übermäßig lange Bindung vermieden werden, da dies eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen würde (Einzelheiten bei *Däubler*, ZTR 2012, 543, 548).

4. Mitbestimmung

36

Soweit eine Zusatzleistung AGB-rechtlich nicht zu beanstanden ist, bleibt das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu beachten. Kann der Einzelne durch seine Leistung die Höhe der Zuwendung unmittelbar beeinflussen, greift § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG ein, so dass auch der Umfang mitbestimmt werden kann. In allen anderen Fällen beschränkt sich die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG auf die Verteilungskriterien.

5. Zielvereinbarungen

37

In der Praxis kommt es häufig zu Zielvereinbarungen (dazu eingehend *Däubler/Bonin/Deinert-Däubler*, Anhang, Rn. 401 ff.). Werden bestimmte Ziele wie eine Umsatzsteigerung oder eine Erhöhung der verwalteten Depotwerte erreicht, entsteht für den Arbeitnehmer im Regelfall ein zusätzlicher Vergütungsanspruch, eine „**Zielerreichungsprämie**“. Zugrunde liegt meist eine Rahmenvereinbarung (die auch die Form einer Betriebsvereinbarung haben kann), in der die Grundsatzfragen geregelt sind. Sie wird durch die konkrete Zielvereinbarung mit dem einzelnen Arbeitnehmer oder einer Arbeitsgruppe ausgefüllt. Beide (nicht jedoch die Betriebsvereinbarung) unterliegen der AGB-Kontrolle (dazu *Däubler*, ZIP 2004, 2241; *Riesenhuber/von Steinau-Steinrück*, NZA 2005, 785 ff.).

3

Werden sog. **weiche Ziele** vereinbart („hohe Kundenzufriedenheit“ als Ziel für den Vermögensmanager), so ist die Zielerreichung nur schwer nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen (*Mauer*, NZA 2002, 540, 541). Liegt die Beurteilungskompetenz beim Arbeitgeber, ist der Arbeitnehmer schon wegen mangelnder Transparenz der Regelung in unangemessener Weise benachteiligt (*Thüsing*, AGB-Kontrolle, Rn. 467). Ein Ausweg könnte darin liegen, bei Meinungsverschiedenheiten eine unabhängige dritte Person als Schiedsgutachter entscheiden zu lassen. Nur eine Festlegung konkreter Ziele und ein objektives Beurteilungsverfahren tragen dem Transparenzgedanken Rechnung. Ist bei **mehreren Zielen** unklar, welche Bedeutung jedem von ihnen zukommt, so ist ihnen im Zweifel **gleiches Gewicht** beizumessen (*Däubler*, ZIP 2004, 2241; *Thüsing*, AGB-Kontrolle, Rn. 477).

3

Die Zielvereinbarung darf dem Arbeitnehmer **keine Erfolgsgarantie** auferlegen; sie will aus dem Arbeitsvertrag keinen Werkvertrag machen (*Plander*, ZTR 2002, 155, 161; *Lakies*, Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, Rn. 984). Würde gleichwohl Derartiges vereinbart, läge eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers vor, da die Zielerreichung typischerweise nicht allein von seinem Arbeitseinsatz abhängt und da er überdies nicht die Verdienstmöglichkeiten besitzt, die üblicherweise mit dem Abschluss von Werkverträgen, d. h. mit einer selbständigen Tätigkeit verbunden sind. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB wäre auch verletzt, wenn die Vergütung von der Erreichung eines Zieles abhängig gemacht würde, das wie z. B. der Bilanzgewinn vom einzelnen Arbeitnehmer nicht wirklich beeinflusst werden kann (*Thüsing*, AGB-Kontrolle, Rn. 466).

4

Die im Falle der Zielerreichung vorgesehene **Leistung** darf **nicht unter Freiwilligkeitsvorbehalt** gestellt werden: Die Ungewissheit, ob man aus subjektiven Gründen oder wegen wirtschaftlicher Probleme des Unternehmens für die geleistete Zusatzarbeit überhaupt eine Vergütung erhält, ist dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten und stellt daher eine unangemessene Benachteiligung dar (dazu *Däubler/Bonin/Deinert-Däubler*, Anhang, Rn. 406; *Preis*, Arbeitsvertrag, II Z 5 Rn. 16 ff.; *Thüsing*, AGB-Kontrolle, Rn. 470 f.). Auch ein Widerrufsvorbehalt kann nur für die Zukunft wirken.

4

Dem **Betriebsrat** steht ein **Mitbestimmungsrecht** sowohl in Bezug auf die Rahmenvereinbarung als auch in Bezug auf die konkrete Zielvereinbarung zu (Nachweise bei *Däubler*, NZA 2005, 793; s. auch *Fitting*, § 87 Rn. 498).

6. Aktienoptionen

42

Sie werden insbesondere Führungskräften gewährt, die auf diese Weise das Recht erhalten, innerhalb bestimmter Fristen Aktien des Arbeitgeber- oder eines anderen Konzernunternehmens zu einem bestimmten Betrag zu beziehen (*Küttner-Röller*, Personalbuch 2016, Aktienoptionen, Rn. 1 ff.). Die Entwicklung des Börsenkurses wird so zu einem Ziel auch für den einzelnen Mitarbeiter. Als **Teil der Gegenleistung des Arbeitgebers** fällt die Einräumung von Optionsrechten grundsätzlich unter § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, unterliegt also **keiner Angemessenheitskontrolle**. Transparenzprobleme, die nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB zu berücksichtigen sind, können sich dadurch ergeben, dass die Bedingungen für den Bezug so diffus umschrieben sind, dass der Arbeitnehmer nicht erkennen kann, unter welchen Voraussetzungen ihm welche Rechte zustehen. Wird etwa auf den „verbesserten Auftritt des Unternehmens in der Öffentlichkeit“ abgestellt, so läge ein solcher Fall und damit eine nach § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB unwirksame Abrede vor (*Reim*, ZIP 2006, 1076). Eine hier notwendig werdende ergänzende Vertragsauslegung würde mangels anderer Anhaltspunkte vermutlich dazu führen, dass stattdessen auf die Steigerung des Bilanzgewinns (ohne außerordentliche Aufwendungen und Erträge) abgestellt würde.

4

Der Arbeitnehmer kann dadurch unangemessen benachteiligt sein, dass er eine **Wartefrist** beachten muss, bevor er seine Optionsrechte ausüben und Aktien beziehen kann. § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG legt eine Mindestfrist von vier Jahren fest, mit fünf Jahren dürfte in Anlehnung an § 624 BGB und § 15 Abs. 4 TzBfG die Obergrenze erreicht sein (*Küttner-Röller*, Aktienoptionen, Rn. 10; s. weiter *Pulz* BB 2004, 1108). In der Regel ist während dieser Zeit auch eine Veräußerung der Optionsrechte ausgeschlossen; erfolgt sie gleichwohl, ist sie wegen Verstoßes gegen § 399 zweite Alternative BGB unwirksam (*Pulz*, BB 2004, 1108).

4

Ist die Wartezeit verstrichen, muss der Arbeitnehmer die Aktien nicht sofort beziehen, sondern kann sich während eines Zeitraums von bis zu zehn Jahren den ihm angemessen erscheinenden Zeitpunkt aussuchen oder auch ganz auf die Ausübung seiner Rechte verzichten, weil der Bezugspreis über dem Börsenkurs liegt. Hier setzen nun die **Verfallklauseln** ein, die verlangen, dass sich der Arbeitnehmer bei Ausübung seiner Rechte noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis befinden muss. Legt man die Maßstäbe des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zugrunde, so ist kein überwiegendes Interesse der Gesellschaft oder der Aktionäre erkennbar, nach Ablauf der Wartefrist noch eine zusätzliche Bindung zu vereinbaren. Von diesem Moment an können die Aktien bezogen und weiterveräußert werden. Die vom Gesetzgeber durchaus intendierte langfristige Bindung ist mit einer Höchstgrenze von fünf Jahren erreicht; noch weiter zu gehen, würde die Berufsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig beschränken (für einen prinzipiellen Gleichklang von Wartefrist und Bindungsdauer auch *Lembke*, BB 2001, 1469, 1473). Erst recht kann es nicht in Betracht kommen, einen Verfall auch für den Fall einer betriebsbedingten Kündigung vorzusehen: Nicht anders als bei der Rückzahlung von Weiterbildungskosten (BAG NZA 2006, 1042) wäre dies eine inakzeptable Risikoverlagerung auf den Arbeitnehmer. Tritt ein solcher Fall während der Wartefrist ein, wird aber das für die Gewährung von Aktien vorgesehene unternehmerische Ziel dann doch erreicht, ist eine zeitanteilige Berücksichtigung der gegen ihren Willen Ausgeschiedenen geboten.

4

Umstritten ist eine Verfallklausel des Inhalts, dass die Optionsrechte in dem Augenblick gegenstandslos werden, in dem das **Arbeitsverhältnis auf ein konzernfremdes Unternehmen übergeht**. Mit Recht wird der Standpunkt vertreten, eine solche Klausel sei wegen Verstoßes gegen § 613a Abs. 1 BGB unwirksam (*Tappert*, NZA 2002, 1188, 1192 f.; a. A. *von Steinau-Steinrück*, NZA 2003, 473, 474); ein AGB-rechtliches Problem stellt sich in diesem Falle nicht. Ist man anderer Ansicht, läge ein der betriebsbedingten Kündigung vergleichbarer Fall vor, so dass eine entsprechende Klausel an § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB scheitern müsste. Auch wäre in diesem Fall zu berücksichtigen, dass die Übernahme der Zusage durch ein anderes Konzernunternehmen gegenüber dem Verfall die bei weitem mildere Maßnahme wäre, die für den Erwerber gleichfalls keine Belastungen mit sich bringen würde.

4

Sind die Aktien einmal bezogen, stellt sich das Problem einer „**Haltefrist**“. Diese kann grundsätzlich vorgesehen werden, um den Kurs vor einem plötzlichen massiven Verkaufsdruck zu schützen. Ein Jahr sollte allerdings nicht überschritten werden (*Reim*, ZIP 2006, 1075, 1080 bestr.), da es sich der Sache nach um eine „Entgeltverwendungsabrede“ handelt, die früher durch § 117 Abs. 2 GewO verboten war. Auch heute ist sie nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich (Einzelheiten bei *Däubler*, Arbeitsrecht 2, Rn. 834a), da sie in die außerbetriebliche Lebensgestaltung des Arbeitnehmers eingreift (vgl. BAG NZA 2001, 462, 464). Eine Verpflichtung zur Rückübertragung der Aktien bei Ausscheiden kommt selbst dann nicht in Betracht, wenn der aufgewandte Betrag erstattet würde: Auch der Arbeitnehmer ist vollwertiger Aktionär, dessen Rechtsstellung nicht durch einen „Status“ bestimmt werden darf. Weitere Einzelheiten bei *Däubler/Bonin/Deinert-Däubler*, Anhang, Rn. 14 ff.

IV. Arbeitszeit

1. Allgemeiner Rahmen

47

Nach dem Tarifvertrag für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken beträgt die Wochenarbeitszeit derzeit **39 Stunden**. Dies ist allerdings eine **flexible Größe**: In der einzelnen Woche kann bis zu 45 Stunden gearbeitet werden, sofern sich nur innerhalb von sechs Monaten ein Durchschnitt von 39 Stunden ergibt. Außerdem enthält der Manteltarifvertrag in § 2 Abs. 4 eine Öffnung zugunsten von betrieblichen Gleitzeitmodellen. Soweit die auf diese Weise fixierte „Normalarbeitszeit“ überschritten wird, liegt „Mehrarbeit“ vor; in der Praxis ist auch von „Überstunden“ die Rede, was keinen sachlichen Unterschied ausmacht. In den Arbeitsverträgen wird häufig die Pflicht ausgesprochen, auch über die regelmäßige Dauer der Arbeitszeit hinaus tätig zu sein, wenn die übernommene Aufgabe es erfordert. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden. In **AT-Verträgen** werden als Ausgangsgröße normalerweise die 39 Wochenstunden genannt – sei es, dass sie ausdrücklich erwähnt werden, sei es, dass in diesem Punkt auf den Tarifvertrag verwiesen wird. Bisweilen ist auch von „betriebsüblicher“ Arbeitszeit die Rede. In sehr nachhaltiger Art und Weise wird dann die Pflicht fixiert, im Rahmen der geschäftlichen Erfordernisse länger zu arbeiten.

4

Eine **Obergrenze** stellt lediglich das **ArbZG** dar, das in seinem § 3 eine werktägliche Arbeitszeit von acht Stunden vorschreibt, was einer 48-Stunden-Woche entspricht. Eine Verlängerung auf zehn Stunden täglich ist jederzeit möglich, soweit innerhalb von sechs Kalendermonaten oder von 24 Wochen der Durchschnittswert von acht Stunden werktäglich nicht überschritten wird. Die Arbeitsverträge wären transparenter, würde ausdrücklich auf diese Obergrenze verwiesen. Die fraglichen Bestimmungen sind jedoch gleichwohl als wirksam anzusehen, da es nicht Absicht der Beteiligten ist, eine gegen das ArbZG verstoßende Regelung zu treffen. Auch überschreitet der „Flexibilitätspuffer“ nicht die vom BAG (NZA 2006, 423, bestätigt durch BVerfG NZA 2007, 85) zugelassenen 25 %.

2. Pauschale Abgeltung der Überstunden

49

In den Arbeitsverträgen findet sich häufig die Klausel, dass die Überstunden mit dem Gehalt abgegolten seien. Nach der Rechtsprechung des BAG (NZA 2006, 149, 150) betrifft dies allerdings nicht diejenigen Stunden, die **über das nach ArbZG Zulässige hinaus** abgeleistet wurden. Da die Pauschalierungsabrede für sie nicht gilt, können die Betroffenen insoweit ein separates Entgelt verlangen, da es nicht Sinn des ArbZG sei, den unzulässig lange beschäftigten Arbeitnehmern die Vergütung für ihre Tätigkeit zu nehmen (BAG a.a.O.). Soweit wie in § 5 des Manteltarifvertrags Zuschläge vorgesehen sind, müssen sie auch in einer solchen Situation bezahlt werden. Werden innerhalb einer Woche mehr als acht Überstunden geleistet, beträgt der Zuschlag 50 %. Im Streitfall würde vermutlich ein Gericht diese Regelung schon aus Gleichbehandlungsgrundsätzen auch auf die unzulässige Mehrarbeit von AT-Angestellten anwenden.

5

Das BAG hat zunächst die Frage dahinstehen lassen, ob eine Pauschalabgeltung zulässiger Überstunden mit dem **Transparenzprinzip** vereinbar ist. In der Literatur bestand jedoch weitgehende Einigkeit darüber, dass eine Abmachung, wonach alle „bei Bedarf“ oder „mit Rücksicht auf die übernommene Aufgabe“ geleisteten Überstunden durch das Gehalt abgegolten seien, wegen Intransparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB **unwirksam ist** (Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, § 307 Rn. 290; Seel, DB 2005, 1330, 1332; Thüsing/Leder, BB 2005, 1563 (1570); Worzalla, NZA 2006, Beil. 3, S. 128). Inzwischen hat sich das BAG (NZA 2011, 575) dieser Auffassung angeschlossen; die Intransparenz liege darin, dass der Arbeitnehmer nicht wisse, welche Arbeitsleistungen von der vereinbarten Vergütung erfasst würden, welche Leistung er maximal erbringen müsse. Anders verhält es sich allenfalls dann, wenn der Arbeitsvertrag ein bestimmtes Quantum an Überstunden („bis zu zehn pro Woche“) vorsieht und als mit dem Gehalt abgegolten bezeichnet (s. die Formulierung bei Worzalla, NZA 2006, Beil. 3, S. 129). Dasselbe dürfte auch dann anzunehmen sein, wenn der Umfang der zu leistenden Mehrarbeit mit Rücksicht auf eine langjährige Praxis relativ genau feststeht (ähnlich für eine pauschale Abgeltung des Nachtarbeitszuschlags BAG NZA 2006, 324). Eine Bezahlung der pauschal vereinbarten Überstunden kommt nach der Rechtsprechung des BAG (NZA 2012, 861) nur dann in Betracht, wenn das vereinbarte Gehalt nicht über der Beitragsbemessungsgrenze für die Rentenversicherung liegt; bei Höherverdienenden fehle es an der in § 612 BGB vorausgesetzten Vergütungserwartung.

3. Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung

51

Dem Betriebsrat bzw. Personalrat kommt auch bei Fragen der Dauer der Arbeitszeit eine wichtige Rolle zu. **Überstunden** können **nur mit Zustimmung** der betrieblichen Interessenvertretung angeordnet werden (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG und die entsprechenden Vorschriften des Personalvertretungsrechts); übergeht der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht, kann der Betriebsrat im Wege der einstweiligen Verfügung die weitere Ableistung der Überstunden stoppen lassen, bis Einvernehmen erzielt oder eine Entscheidung der Einigungsstelle herbeigeführt ist (für einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats BAG DB 1994, 2450, bestätigt durch BAG DB 1997, 378; dieser kann durch einstweilige Verfügung gesichert werden – Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 1, Rn. 919 ff.). Das Mitbestimmungsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Betroffenen freiwillig zur Ableistung von Überstunden bereit sind oder dass diese nicht „angeordnet“, sondern nur bewusst geduldet werden.

5

Der Betriebsrat kann außerdem nach der Rechtsprechung des BAG (DB 2003, 2445) verlangen, dass der Arbeitgeber ihm die **Anwesenheitszeiten** aller Beschäftigten **im Betrieb mitteilt**. Nur so ist er in der Lage, die Einhaltung des ArbZG und tariflicher Arbeitszeitregeln zu kontrollieren (BAG, a.a.O.). Der Arbeitgeber kann sich seinerseits nicht darauf berufen, er wisse selbst nicht Bescheid, weil im Betrieb keine Zeiterfassung stattfindet. Vielmehr muss er nach Ansicht des BAG (a.a.O.) den Betrieb so organisieren, dass entsprechende Daten vorhanden sind. Nach § 16 Abs. 2 ArbZG muss jede Überschreitung des Acht-Stunden-Tags vom Arbeitgeber dokumentiert werden.

4. Gewerbeaufsicht

53

Die Einhaltung des ArbZG wird durch die Gewerbeaufsicht kontrolliert. Ihre Einschaltung kann zur Verhängung von Bußgeldern und einem erheblichen Imageschaden für die Bank führen, sofern Verstöße effektiv festgestellt werden.

5. Lage der Arbeitszeit

54

Was die Lage der Arbeitszeit betrifft, so kann sie nach § 106 GewO grundsätzlich durch die Bank bestimmt werden. Will der Arbeitnehmer die bei Aufnahme seiner Tätigkeit bestehende Situation für die Zukunft **vertraglich festschreiben** lassen, kann er dies nur durch eine sehr deutlich formulierte Abmachung tun (BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Arbeitszeit). Andernfalls greift das Direktionsrecht des Arbeitgebers ein, wonach selbst nach einer zehnjährigen Praxis noch eine Veränderung angeordnet werden kann (*Thüsing*, AGB-Kontrolle, Rn. 135 m. w. N.).

5

Angesichts dieser Schwäche der arbeitsvertragsrechtlichen Position ist es umso wichtiger, auf anderem Wege bestimmte Grenzen zu ziehen. Der **Manteltarifvertrag** für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken regelt und beschränkt insbesondere die Samstagsarbeit und sieht insoweit eine 6%-Quote vor. Weiter erhält der Einzelne für acht Samstagsersätze einen bezahlten freien Tag extra. Schließlich sieht der Tarifvertrag vor, dass unbezahlte Arbeitsunterbrechungen nicht länger als eine Stunde pro Tag dauern dürfen. Eine Arbeit in zwei Blöcken z. B. von 8.00 bis 12.00 und von 14.00 bis 18.00 Uhr wäre daher unzulässig. Soll die Lage der Arbeitszeit aus betrieblichen Gründen verändert werden, steht im Übrigen dem Betriebsrat bzw. dem Personalrat ein **Mitbestimmungsrecht** zu.

6. Tarifvertrag und Abgeltung

56

Der Manteltarif für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken enthält eine Protokollnotiz zu § 1, die eine pauschale Abgeltung von Mehrarbeitsvergütungen und Sozialzulagen für alle die Arbeitnehmer vorsieht, deren laufendes Monatsgehalt das Endgehalt der höchsten Tarifgruppe überschreitet. Die **Pauschalabgeltung** muss „angemessen“ sein und kann auch in die Bemessung einer Jahresabschluss-Vergütung eingehen. Diese auf AT-Angestellte gemünzte Regelung geht von vorneherein dann ins Leere, wenn **in den Arbeitsverträgen nicht** auf die Arbeitszeitregeln des Tarifvertrags **verwiesen** wird. Ist dies im Einzelfall anders, könnte das bisher Gesagte zu revidieren sein, da die AGB-rechtlichen Grundsätze einschließlich der Transparenzkontrolle nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht auf Tarifverträge erstreckt werden und dies nach § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB auch dann gilt, wenn im Arbeitsvertrag auf Tarifverträge verwiesen wird. Insoweit bestehen allerdings **gleichfalls Bedenken**. Zum einen scheidet die AGB-Kontrolle nur aus, wenn ein ganzer Tarifvertrag in Bezug genommen ist. Geht es lediglich um eine einzelne Bestimmung oder eine Gruppe von Vorschriften, findet dagegen die AGB-Kontrolle statt, da insoweit die Vermutung der inneren Ausgewogenheit („Richtigkeitsgewähr“) keine Grundlage hat (Einzelheiten bei Clemenz/Kreft/Krause-Kreft, § 310 Rn. 75; Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, § 310 BGB Rn. 43 ff.). Zum zweiten deckt die Verweisung auf Tarifverträge nur solche Vorschriften, mit denen der Einzelne vernünftigerweise rechnen musste. Eine Regelung, die von den Transparenzanforderungen des § 307 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 BGB bewusst abweicht, ist jedoch völlig unüblich und auch aus anderen Branchen nicht bekannt. Mit Rücksicht auf den Rechtsgedanken des § 305c Abs. 1 BGB ist sie daher nicht Gegenstand der arbeitsvertraglichen Bezugnahme Klausel geworden.

V. Nebenpflichten des Arbeitgebers

57

Soweit der Arbeitgeber die Lage der Arbeitszeit einseitig bestimmt, muss er auch auf die **familiäre Situation des Arbeitnehmers** Rücksicht nehmen. Dies gilt insbesondere für solche Beschäftigte, die während der Elternzeit weiter Teilzeit arbeiten und die mit Rücksicht auf Pflichten gegenüber dem Kind sehr viel weniger als andere über ihre „Freizeit“ verfügen können.

5

Das Arbeitsverhältnis bringt nach allgemeiner Auffassung für beide Vertragsparteien sog. Nebenpflichten mit sich, deren Existenz durch § 241 Abs. 2 BGB anerkannt ist und deren Inhalt sich nach Treu und Glauben im Sinne des § 242

BGB bestimmt. Bei ihrer Konkretisierung sind insbesondere grundrechtliche Wertentscheidungen zu beachten. Drei Bereiche bedürfen der Hervorhebung.

1. Sorge um eingebrachte Sachen

59

Der Arbeitgeber muss in gewissem Umfang auf die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitnehmers Rücksicht nehmen. Bringt dieser erlaubterweise Gegenstände in die Bank mit, die er während der Arbeit nicht selbst beaufsichtigen kann, ist ihm ein verschließbarer Schrank oder eine vergleichbare Vorrichtung zur Verfügung zu stellen (BAG AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht). Wichtigster Anwendungsfall ist heute das Abstellen des Privatwagens auf dem Firmenparkplatz. Ob ein solcher überhaupt vom Arbeitgeber einzurichten ist, hat das BAG nie eindeutig entschieden (Schaub-Koch, § 106 Rn. 33), doch ist die Frage jedenfalls dann zu bejahen, wenn das Betriebsgelände mit öffentlichen Verkehrsmitteln schwer zu erreichen ist und öffentliche Parkplätze gleichfalls nicht zur Verfügung stehen. Auch kann sich für den Einzelnen ein Anspruch auf Schaffung von Parkraum aus einer Betriebsübung ergeben. Stellt der Arbeitgeber einen Parkplatz zur Verfügung, muss sich dieser in verkehrssicherem Zustand befinden. Dabei kann im Einzelfall sogar die Anstellung eines Parkwächters geboten sein, um Diebstähle in der Zukunft zu verhindern (s. den Fall LAG Hessen NZA-RR 2004, 69). Erfüllt der Arbeitgeber seine Pflichten nicht, haftet er auf Schadensersatz.

2. Gesundheitsschutz

60

§ 618 Abs. 1 BGB verpflichtet den Arbeitgeber, im Rahmen seiner Möglichkeiten den Arbeitnehmer vor Gefahren für Leben und Gesundheit zu schützen. Dies ist eine notwendige Konsequenz der Tatsache, dass die Arbeit im Herrschaftsbereich des Arbeitgebers erbracht wird, der deshalb grundsätzlich die dort entstehenden Risiken zu verantworten hat (HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 239). Alle wesentlichen Einzelpflichten sind im Arbeitsschutzrecht niedergelegt. Obwohl dieses zum öffentlichen Recht gehört, stellt seine Einhaltung zugleich eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers dar (BAG AP Nr. 17 zu § 618 BGB; ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 618; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 252). Von besonderer Bedeutung ist die Einhaltung der **Bildschirmarbeitsverordnung**, die eine regelmäßige Überprüfung des Sehvermögens sowie Unterbrechungen der Bildschirmarbeit vorschreibt. Die Normen des Arbeitsschutzrechts haben keinen abschließenden Charakter in dem Sinn, dass nicht auch andere Verpflichtungen aus § 618 BGB abzuleiten wären. So ist etwa der Arbeitgeber verpflichtet, durch geeignete Vorkehrungen zu **verhindern, dass** einzelne Beschäftigte systematisch schikaniert und ausgegrenzt, d. h. „**gemobbt**“ werden (BAG NZA 2008, 223; LAG Thüringen NZA-RR 2001, 347; LAG Thüringen NZA-RR 2001, 577; Ruberg, AuR 2002, 201, 205; HWK-Thüsing, § 611 BGB Rn. 354; Wickler AuR 2004, 87, 89). Soweit dabei die in § 1 AGG genannten Merkmale wie Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Behinderung oder Alter eine Rolle spielen, ergibt sich eine entsprechende Verpflichtung aus § 12 AGG. Auch ist eine erkennbare Überforderung des Arbeitnehmers zu vermeiden, da die Bank andernfalls bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf Schadensersatz haften würde: Der Haftungsausschluss nach § 104 SGB VII gilt nur für Arbeitsunfälle und anerkannte Berufskrankheiten, nicht für sonstige arbeitsbedingte Gesundheitsschäden (Däubler, Arbeitsrecht 2 Rn. 441 ff., m. w. N.). Bemerkenswert ist eine ältere Entscheidung des BAG (AP Nr. 15 zu § 618 BGB), die eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers bejahte, weil er ein „**Übermaß an Arbeit**“ durch einen leitenden Angestellten **geduldet** und dieser dann einen Schlaganfall erlitten hatte. In jüngerer Zeit wurde ein Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz bejaht, wenn dies aus gesundheitlichen Gründen, etwa wegen häufiger Atemwegserkrankungen geboten war (BAG AP Nr. 26 zu § 618 BGB). Im Einzelfall kann die Ursächlichkeit einer belastenden Arbeitssituation für eine Erkrankung zweifelhaft sein. Bei **typischen Geschehensabläufen** wird allerdings die **Kausalität bejaht**, es sei denn, der Arbeitgeber könne gewichtige Anhaltspunkte für andere Ursachen belegen. Aus der Praxis wird von einem Fall berichtet, dass in einer aus 20 Personen bestehenden Abteilung drei Mitarbeiter innerhalb von zwei Monaten einen Hörsturz erlitten; da seit längerem über Stress und Arbeitsüberlastung geklagt wurde, spricht jedenfalls ein **Prima-facie-Beweis** für die Arbeitsbedingtheit der Erkrankung.

6

Dem **Betriebsrat** steht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht in Fragen des Arbeitsschutzes zu. Dieses bezieht sich auch auf die Ausfüllung von Generalklauseln des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG). Bedeutsam ist dies insbesondere bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG; hier kann der Betriebsrat auch über die Auswahl und den Einsatz der Analyseinstrumente sowie über die Fragestellungen mitbestimmen (vgl. BAG NZA 2004, 1175, 1177; BAG NZA 2005, 227, 229; zum Ganzen s. DKKW-Klebe, § 87 Rn. 230 mwN). In der Personalvertretung ist die Situation keine prinzipiell andere.

3. Weiterqualifizierung

62

Soweit Tätigkeiten bestimmten professionellen Standards entsprechen müssen, schuldet der Arbeitnehmer nicht nur die Arbeit als solche, sondern auch die jeweilige Aktualisierung seiner Kenntnisse. Dies gilt für Ärzte und Rechtsanwälte, aber in Banken z. B. auch für Vermögensmanager und für Kreditsachbearbeiter, die z. B. mit Basel II vertraut gemacht werden müssen. **Weiterbildung** wird so zu einem **Bestandteil der Arbeitszeit**. Diese ist von

vorherin so zu kalkulieren, dass auch die Verarbeitung der einschlägigen Informationen möglich ist. Geht es um komplexere Neuerungen, ist der Arbeitgeber verpflichtet, Weiterbildungsseminare anzubieten (ebenso ArbG Bonn NZA 1991, 512 = NJW 1991, 2168; Einzelheiten bei *Käufer*, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, S. 199 ff.). Nach dem 2001 neu geschaffenen § 97 Abs. 2 BetrVG hat der Betriebsrat das Recht, von sich aus Weiterbildungsmaßnahmen zu verlangen (und notfalls über die Einigungsstelle durchzusetzen), wenn einzelne Beschäftigte neuen Anforderungen mit Rücksicht auf ihre bisherige Qualifikation nicht voll gerecht werden können. Bei Banken kann dies insbesondere in Zusammenhang mit neuen Anforderungen der (staatlichen) Aufsicht eine Rolle spielen. In der Praxis wird davon oft nicht ausreichend Gebrauch gemacht, was im Ergebnis dazu führt, dass **überforderungsbedingte Stresssituationen** noch sehr viel häufiger auftreten.

VI. Nebenpflichten des Arbeitnehmers

63

Auch der Arbeitnehmer muss nach Treu und Glauben dazu beitragen, dass das Arbeitsverhältnis sein Ziel erreicht. Seine Nebenpflichten sind nur ausnahmsweise gesetzlich festgelegt. Zu erwähnen sind die §§ 15, 16 ArbSchG, die u. a. zur Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Normen und zur Gefahrenmeldung verpflichtet. § 7 Abs. 3 AGG bestimmt, dass **diskriminierendes Handeln** eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten darstellt. Für den Fall einer Erkrankung sieht § 5 EFZG bestimmte **Anzeige- und Nachweispflichten** vor. Schließlich ist auf das Wettbewerbsverbot nach § 110 GewO zu verweisen. Nicht ausdrücklich niedergelegt ist die Pflicht, mit dem Eigentum der Bank sorgsam umzugehen und Missbräuche für private Zwecke zu unterlassen. Kunden sind zuvorkommend und freundlich zu behandeln. Angebote des Arbeitgebers, die arbeitsnotwendigen Kenntnisse zu erlangen, sind grundsätzlich wahrzunehmen. Eine Reihe weiterer Pflichten soll unter dem Stichwort der „Compliance“ abgehandelt werden (unten C). Dazu gehören auch die **Verschwiegenheitspflicht** und die evtl. Meldung von Eigengeschäften. Im vorliegenden Zusammenhang bedürfen drei Nebenpflichten der ausdrücklichen Erwähnung.

1. Keine private Internetnutzung?

64

Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Arbeitgebers seinen dienstlichen Telefon-, Internet- und E-Mail-Anschluss für private Zwecke zu verwenden. Eine Ausnahme gilt nur in Notsituationen sowie dann, wenn es um „dienstlich veranlasste Privatgespräche“ geht, durch die z. B. dem zu Hause wartenden Partner mitgeteilt wird, leider dauere die Sitzung noch ca. zwei Stunden (Einzelheiten bei *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 177 ff.). Die Auseinandersetzungen konzentrieren sich auf dieser Grundlage auf zwei Fragen.

6

Zum einen kann sich die **Zustimmung des Arbeitgebers** zur Privatnutzung nicht nur aus einer ausdrücklichen Erklärung oder einer Klausel im Arbeitsvertrag, sondern auch **aus einer Betriebsübung** ergeben. Wird etwa ein halbes Jahr lang auch privat von den gegebenen Telekommunikationsmöglichkeiten Gebrauch gemacht, ohne dass der Arbeitgeber oder Mitarbeiter der Personalabteilung dagegen protestieren, wäre diese Voraussetzung erfüllt. Auf diese Weise würde ein arbeitsvertragliches Recht entstehen, das nur durch Änderungsvertrag, durch (wenig realistische) Änderungskündigung und durch sog. gegenläufige betriebliche Übung wieder beseitigt werden kann. In aller Regel bleibt auch bei einem Recht auf private Nutzung der Vorrang der Arbeitspflicht unangetastet; nur in den Pausen und wenn es die Arbeit erlaubt, kann privat „gesurft“ werden.

6

Findet eine **Privatnutzung ohne Erlaubnis** des Arbeitgebers statt, so liegt eine Pflichtverletzung vor. Ob diese nur eine „Ermahnung“, eine „Abmahnung“, eine ordentliche oder eine außerordentliche Kündigung zur Folge hat, hängt von den näheren Umständen des Einzelfalls ab. Von Bedeutung ist insbesondere, ob außer dem Verbot der Privatnutzung auch die Arbeitspflicht verletzt oder strafbare Inhalte heruntergeladen wurden (BAG NZA 2006, 98; BAG NZA 2006, 977 u. 980; weitere Nachweise bei *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 173 ff.).

2. „Kleiderordnung“?

67

Der einzelne Arbeitnehmer kann grundsätzlich frei darüber entscheiden, welche Kleidung er trägt und welche Frisur er bevorzugt. Ob man Farben und Schmuck liebt oder sich eher zurücknimmt, ist dem Einzelnen überlassen. Dieses Prinzip kennt allerdings einige Ausnahmen. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, eine **„branchenübliche“ Kleidung** zu tragen (BAG NZA 2003, 483, 485), was etwa im Verkehrssektor oder in der Gastronomie von besonderer Bedeutung ist. Bei Arbeitnehmern mit Kundenkontakt soll das äußere Auftreten dem Charakter des Unternehmens entsprechen. Ein Verkäufer in einem Möbelhaus der gehobenen Kategorie darf daher nicht in Turnschuhen und mit offenem Hemd erscheinen, sondern muss Krawatte und Sakko tragen (LAG Hamm BB 1992, 430 = DB 1992, 280). Ähnliches wird man bei Bankangestellten annehmen müssen, die an der Kasse, am Empfang oder als Berater **unmittelbaren Kundenkontakt** haben. Innerhalb des so bestimmten Rahmens ist der Einzelne aber frei, welche individuellen Prioritäten er setzen möchte. Zu beachten ist außerdem, dass die „Kleiderordnung“ nicht weitergehen darf, als es durch ein berechtigtes Arbeitgeberinteresse geboten ist (vgl. LAG Frankfurt/Main BB 1978, 810 zur Kleiderordnung beim fliegenden Personal der Lufthansa). Wird wie in Banken von Personen mit Kundenkontakt „gepflegtes Auftreten“

erwartet, so ist dabei auch auf die **in der Gesellschaft herrschenden Anschauungen** zu achten. Diese haben sich in den vergangenen 10 bis 20 Jahren erheblich im Sinne **größerer Toleranz** verändert. Bei männlichen Polizeibeamten werden z. B. lange Haare toleriert (BVerwG AuR 2006, 327), und zwar sogar dann, wenn diese zu einem „Lagerfeld-Zopf“ zusammengeflochten werden (VGH Kassel NJW 1996, 1164, 1165). Auch ein Ohrsticker von 6 mm Länge würde heute wohl kaum mehr Anstoß erregen (ein im Jahre 1986 ausgesprochenes Verbot ließ BVerwG NJW 1991, 1477 unbeanstandet, verwies jedoch auf die Wandelbarkeit der Anschauungen). **Vorschriften** des Arbeitgebers in Bezug auf die äußere Erscheinung der Arbeitnehmer sind **mitbestimmungspflichtig**, da sie das „Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb“ im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG betreffen (BAG DB 1990, 893; BAG DB 1993, 990). In der Regel sind ausdrückliche Vorschriften entbehrlich, da Verstöße gegen informelle Regeln unfreundliche Kommentare zur Folge haben („So kommt man nicht in die Bank“), was normalerweise zu einer Korrektur des Verhaltens führt.

3. Umgang mit Wissen

68

Wissen gehört in unserer Gesellschaft zu den wichtigsten Ressourcen. Dies hängt nicht nur mit dem Zuwachs an qualifizierten Tätigkeiten zusammen; vielmehr wandeln sich die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in rapidem Tempo. Ob der Einzelne verpflichtet ist, auch sein informelles Wissen („Wo bekomme ich bestimmte Informationen am schnellsten?“) in eine **Skill-Datenbank** einzustellen, ist bisher in der Praxis noch nicht zum Rechtsproblem geworden. Wirtschaftlich wird der Einzelne auf diese Weise leichter ersetzbar, so dass er unbillig benachteiligt wäre, würde er für eine Preisgabe seines Wissens nicht wenigstens eine Gegenleistung erhalten (vgl. *Däubler*, AiB 2005, 65).

VII. Genehmigung von Nebentätigkeiten

69

Entgeltliche Nebentätigkeiten sind mit Rücksicht auf Art. 12 Abs. 1 GG **grundsätzlich erlaubt**, soweit durch sie nicht das Arbeitsverhältnis in Mitleidenschaft gezogen wird (*Thüsing*, AGB-Kontrolle, Rn. 317). Dasselbe gilt für ehrenamtliche Aktivitäten, bei denen sich der Einzelne auf Art. 2 Abs. 1 GG stützen kann (BAG NZA 1997, 41). Die Grenze des Zulässigen ist etwa bei einer gesundheitlichen Überforderung des Arbeitnehmers (BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit) oder bei der Nichtbeachtung der Höchstarbeitszeit nach dem ArbZG überschritten (BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppel-Arbeitsverhältnis). Weiter darf dem Arbeitgeber kein Wettbewerb gemacht oder die eigentliche Leistung erschwert oder entwertet werden. Soweit im Arbeitsvertrag lediglich diese Fälle vertraglich fixiert werden, liegt eine unproblematische Konkretisierung bestehender rechtlicher Grenzen vor. Ist **keiner dieser Tatbestände gegeben**, darf eine Nebentätigkeit **nicht verboten** werden. Geschieht dies im Arbeitsvertrag dennoch, ist die fragliche Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (BAG AP Nr. 60 zu § 626 BGB). Dies ist auch dann der Fall, wenn ein Verbot schon wegen der „Möglichkeit“ einer Beeinträchtigung von Arbeitgeberinteressen vorgesehen wird, wenn beispielsweise eine Lehrtätigkeit mit der Begründung untersagt wird, der fragliche Angestellte könne fahrlässig Betriebsinterna ausplaudern.

7

Ist keiner der Verweigerungsgründe gegeben, hat der Arbeitnehmer nach der Rechtsprechung des BAG (AP Nr. 8 zu § 611 BGB Nebentätigkeit) einen **Anspruch auf Erteilung der Genehmigung**. Wird dies – wie üblich – im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich hervorgehoben, sondern nur die Genehmigungsbedürftigkeit jeder Nebentätigkeit betont, so verstößt die Klausel gegen das **Transparenzprinzip** nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB und ist deshalb unwirksam (so zutreffend *Singer*, Anm. zu BAG AP Nr. 8 zu § 611 BGB Nebentätigkeit; ähnlich *Clemenz/Kreft/Krause-Klumpp* § 307 Rn. 204). Für den einzelnen Arbeitnehmer entsteht der falsche Eindruck, auch in einem Bereich um Erlaubnis fragen zu müssen, wo der Arbeitgeber gar keine Spielräume besitzt. Das BAG hat sich bisher mit dem Transparenzargument noch nicht auseinandergesetzt; in der Literatur wird es verstärkt herangezogen (*Gaul/Khanian*, MDR 2006, 1 ff.; *Singer*, a.a.O.; *Peter*, Nebentätigkeiten von Arbeitnehmern, S. 206). Eine (ungeschriebene) Anzeigepflicht des Arbeitnehmers besteht dann, wenn durch die Nebentätigkeit die Interessen des Arbeitgebers bedroht sind (BAG NZA 1997, 41). Im Arbeitsvertrag kann dies verdeutlicht und konkretisiert, nicht aber auf alle Aktivitäten erstreckt werden, da dies einen unzumutbaren Eingriff in die private Lebensgestaltung darstellen würde.

7

Vorträge und Veröffentlichungen des Arbeitnehmers stellen gleichfalls eine Nebentätigkeit dar, soweit sie nicht zum vertraglich übernommenen Tätigkeitsspektrum gehören. Eine Genehmigung oder gar ein Verbot kommen von vorneherein nur in Betracht, wenn ein konkreter Bezug zur betrieblichen Arbeit besteht (*Peter*, S. 213; *Preis*, Arbeitsvertrag, II V 10). Auch dann ist aus Transparenzgründen jede Pauschalformulierung zu vermeiden; vielmehr sind die Verweigerungsgründe namhaft zu machen. Wer wissenschaftliche Analysen zu schreiben hat, kann sich überdies in der Regel auf das Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG berufen, was schon im Interesse eines freien wissenschaftlichen Diskurses ein dauerhaftes Publikationsverbot ausschließt (*Däubler*, NZA 1989, 945, 949). Mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers wird es jedoch hinzunehmen sein, dass Veröffentlichungen unterbleiben müssen, solange sie zu einer **erheblichen Schädigung des Unternehmens** im Wettbewerb oder auf anderer Ebene führen können. Dies ist typischerweise eine Frage des

Veröffentlichungszeitpunkts. Soweit rechtswidrige Tatsachen in Rede stehen, ist auf die Ausführungen zum Whistleblowing (unten III 3) zu verweisen. Zu weiteren Problemen von Nebentätigkeiten s. Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, Anhang Rn. 343 ff.

VIII. Versetzung

72

In vielen Arbeitsverträgen finden sich Versetzungsklauseln, die der Bank weite Spielräume eröffnen. Typischerweise ist zunächst eine bestimmte Tätigkeit umschrieben, die sich im Einzelfall aber auch aus der Bezugnahme auf eine bestimmte Tarifgruppe ergeben kann. Anschließend heißt es dann im Musterarbeitsvertrag einer Großbank: „Der jeweilige Tätigkeitsbereich des Mitarbeiters wird von der Bank bestimmt. Dabei wird sie seine persönlichen Belange sowie seine Fähigkeiten und Kenntnisse berücksichtigen. Die Bank ist berechtigt, den Mitarbeiter an jeden zumutbaren Arbeitsplatz oder Tätigkeitsort zu versetzen“. Im Mustereinstellungsschreiben eines öffentlich-rechtlichen Kreditinstituts an die Mitarbeiter des Bereichs Spezialfinanzierungen heißt es dagegen: „Wir behalten uns vor, Ihnen bei Bedarf auch eine andere Ihrer Vorbildung und Ihren Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit an den Standorten der Bank zu übertragen.“

7

Klauseln dieser Art **erweitern das Direktionsrecht** des Arbeitgebers nach § 106 GewO. Danach kann dieser Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag oder auf andere Weise festgelegt sind. Behält sich der Arbeitgeber die Möglichkeit vor, einen einmal fixierten Tätigkeitsbereich nachträglich wieder zu ändern, liegt ein Versetzungsvorbehalt vor, der der **AGB-Kontrolle** unterliegt. Nach Auffassung des BAG (NZA 2006, 1149) ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Regelung des § 106 GewO sinngemäß übernommen wird – was voraussetzt, dass ein angemessener Ausgleich zwischen den beiderseitigen Interessen vorgeschrieben wird. Wollte die Bank allein ihre Interessen für maßgebend erklären, wäre dies eine gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstoßende unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers. Höhere Anforderungen gelten dann, wenn eine **Versetzung auch auf eine nicht gleichwertige Tätigkeit** möglich sein soll (BAG NZA 2007, 145). Um zu verhindern, dass das Erfordernis einer Änderungskündigung nach § 2 KSchG umgangen wird, müssen die Gründe für eine solche Maßnahme so gewichtig sein, dass sie im Prinzip auch eine Änderungskündigung rechtfertigen könnten. Auch dabei sind selbstredend die Interessen des Betroffenen in die Abwägung einzubeziehen.

7

Überprüft man die mitgeteilten **Versetzungsklauseln** an diesen Maßstäben, so wird deutlich, dass sie **zu weit formuliert** sind. Im Fall der Großbank wird zwar mit Recht auch auf die „persönlichen Belange, Fähigkeiten und Kenntnisse“ abgestellt, doch erfasst der Begriff „zumutbarer Arbeitsplatz“ seinem Wortsinn nach auch eine geringer bewertete Tätigkeit. Eine solche Auslegung ist zumindest möglich, wenn nicht sogar bewusst gewollt. Nach den oben Rn. 24 mitgeteilten Grundsätzen führt aber eine solche „kunden- bzw. arbeitnehmerfeindliche“ Lesart dazu, dass die Klausel insgesamt unwirksam ist. Eine Auslegung der Art, dass nur gleichwertige Arbeit in Betracht komme, würde auf eine teleologische Reduktion hinauslaufen, die nach den Grundsätzen des AGB-Rechts unzulässig ist (oben Rn. 27). Im Fall der öffentlich-rechtlichen Bank fehlt es bereits an der ausreichenden Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen bei der Versetzungsentscheidung selbst. Maßgebend ist der „Bedarf“ der Bank. Die Arbeitnehmerinteressen kommen nur insoweit zum Ausdruck, als Vorbildung und Fähigkeiten des Arbeitnehmers beachtet werden müssen; **persönliche Belange**, die beispielsweise einem Ortswechsel entgegenstehen, sind **nicht erwähnt**. Darüber hinaus ist auch hier keine Gewähr dafür vorhanden, dass eine der „Vorbildung und den Fähigkeiten entsprechende Tätigkeit“ immer „gleichwertig“ sein muss. Die Klausel kann daher gleichfalls keine rechtliche Anerkennung finden.

7

Bei Versetzungen kommt dem **Betriebsrat** nach § 99 in Verbindung mit § 95 Abs. 3 BetrVG ein **Zustimmungsverweigerungsrecht** zu. Wichtig ist insbesondere, dass das Betriebsverfassungsrecht in § 95 Abs. 3 BetrVG einen relativ weiten Versetzungsbegriff zugrunde legt. Es genügt die über einen Monat hinausgehende „Zuweisung eines anderen Arbeitsbereichs“. Auch bei kurzfristigeren Änderungen ist der Betriebsrat dann einzuschalten, wenn sie mit einer „erheblichen Änderung der Umstände“ verbunden sind, unter denen die Arbeit zu leisten ist. Die Zustimmungsverweigerung muss sich auf einen der Gründe nach § 99 Abs. 2 BetrVG stützen, wozu auch Gesetzesverstöße gehören. Bei unwirksamer Versetzungsklausel sind in der Regel die Grenzen des Direktionsrechts überschritten und deshalb wäre § 106 GewO verletzt. Wegen der Einzelheiten muss auf die einschlägige Literatur verwiesen werden (DKKW-Bachner, § 99 Rn. 96 ff.; *Fitting*, § 99 Rn. 97 ff.; Überblick auch bei *Däubler*, Arbeitsrecht 1, Rn. 1050 ff.).

IX. Störfälle

1. Erkrankung

76

Eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und ihre voraussichtliche Dauer muss der Arbeitnehmer nach § 5 Abs. 1 EFZG der Bank unverzüglich mitteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit mehr als drei Kalendertage, hat der

Arbeitnehmer eine **ärztliche Bescheinigung** einzureichen. Der Arbeitgeber kann dies auch zu einem früheren Zeitpunkt verlangen, doch muss er insoweit das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beachten (BAG DB 2000, 1128). Im Bereich der Personalvertretung dürfte nichts anderes gelten. Auch bei sog. **Krankenrückkehrgesprächen**, bei denen über mögliche Ursachen der Arbeitsunfähigkeit geredet wird, muss der Betriebsrat die Rahmenbedingungen und die angesprochenen Punkte mitbestimmen (vgl. BAG BB 1995, 1188).

7

Haben Zeiten der Arbeitsunfähigkeit innerhalb eines Jahres mehr als sechs Wochen betragen, findet nach § 84 Abs. 2 SGB IX ein sog. betriebliches **Eingliederungsmanagement** statt (häufig „BEM“ genannt), sofern der Betroffene damit einverstanden ist. In Gesprächen mit ihm und mit der zuständigen Interessenvertretung – bei Schwerbehinderten zusätzlich mit der Schwerbehindertenvertretung – soll dabei geklärt werden, wie einer erneuten Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt werden kann. Dabei ist ggf. auch medizinischer Rat einzuholen. Macht der Arbeitgeber von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, kann eine später ausgesprochene Kündigung wegen Krankheit auf Schwierigkeiten stoßen: Hätte eine rechtzeitige Intervention die zur Kündigung führende Verschlimmerung der Krankheit vermieden, ist eine Kündigung insoweit ausgeschlossen (vgl. BAG NZA 2008, 173).

7

Ist ein Arbeitnehmer als schwerbehindert anerkannt oder einem Schwerbehinderten gleichgestellt, so gelten die Sondervorschriften der §§ 80 ff. SGB IX. Bankspezifische Probleme sind nicht ersichtlich. Zu beachten ist allerdings, dass § 1 AGG auch einfache Behinderte vor Benachteiligungen schützen will; der Begriff ist in § 2 Abs. 1 SGB IX im Einzelnen definiert. Art. 5 der Rahmenrichtlinie Gleichbehandlung verlangt, dass auch zugunsten dieses Personenkreises Maßnahmen ergriffen werden, die verhindern, dass die Behinderung auf die Leistung durchschlägt. Insoweit dürfte in Parallele zu § 81 SGB IX eine **behinderungsgerechte Ausgestaltung des Arbeitsplatzes** geboten sein.

7

Bei der **Erkrankung von Kindern**, die nicht durch andere Familienangehörige oder Freunde versorgt werden können, greift § 616 ein: Die Mutter oder der Vater können bis zu fünf Tagen im Jahr aus einem solchen Anlass zu Hause bleiben, ohne dass eine Entgeltminderung eintritt (BAG DB 1979, 1946 u. 1993; ErfK-Preis, § 616 BGB Rn. 8; HWK-Krause, § 616 BGB Rn. 42; Schaub-Linck, § 97 Rn. 12). Sind beide Elternteile erwerbstätig, so entscheiden sie, wer von der Möglichkeit des § 616 BGB zuerst Gebrauch macht. Beiden steht unabhängig voneinander je ein Kontingent von fünf Tagen zu. Weiter hat nach § 45 SGB V jeder Elternteil Anspruch auf unbezahlte Freistellung und Krankengeld, wenn ein Kind unter zwölf Jahren erkrankt, pflegebedürftig ist und keine andere Pflegeperson zur Verfügung steht. Der Anspruch beläuft sich auf zehn Tage pro Jahr; Alleinerziehende können 20 Tage geltend machen. An sich könnte man die Rechte aus § 616 BGB und aus § 45 SGB V hintereinander geltend machen, doch ist der Rückgriff auf § 616 BGB nur dann möglich, wenn weder im Arbeitsvertrag noch im Tarifvertrag etwas Abweichendes vereinbart wurde. § 16 des Manteltarifvertrags für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken enthält aber in § 16 Abs. 3 einen Katalog an Freistellungsgründen nach § 616 BGB, zu dem der Fall erkrankter Kinder nicht zählt. Vielmehr bestimmt § 16 Abs. 4, dass in den Fällen des § 45 SGB V unbezahlte Arbeitsbefreiung gewährt wird. Dies ist so zu verstehen, dass § 616 BGB insoweit abbedungen ist und ausschließlich bis zu 10 bzw. 20 Tagen Krankengeld bezogen werden kann. AT-Angestellte, in deren Arbeitsvertrag nicht auf die tarifliche Regelung verwiesen ist, stehen insoweit besser, doch fragt sich im Einzelfall, ob sie sich zur Geltendmachung ihrer Rechte in der Lage sehen.

2. Ehrenämter

80

Wer ein Ehrenamt z. B. als Gemeinderatsmitglied oder als Schöffe ausübt, kann nach § 16 Abs. 1 des Manteltarifvertrags die dafür notwendige Arbeitsbefreiung verlangen. Eine Anrechnung auf den Erholungsurlaub ist ausdrücklich ausgeschlossen. Die Entgeltfortzahlung dürfte allerdings nur im Rahmen des § 616 BGB, d. h. für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit (von einigen Tagen im Jahr) möglich sein. Dass „**Arbeitsbefreiung**“ nicht mit „bezahlter Arbeitsbefreiung“ identisch ist, wird aus der Gegenüberstellung mit § 16 Abs. 2 des Manteltarifvertrags deutlich, wo in Bezug auf gewerkschaftliche Funktionsträger in leitender Stellung von einer Arbeitsbefreiung „unter Fortzahlung des Gehalts“ die Rede ist.

3. Haftung für Fehlverhalten

81

Während sich die Haftung des Arbeitgebers dem Arbeitnehmer gegenüber nach allgemeinen Grundsätzen bestimmt, die lediglich bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten Ausnahmen kennen, gelten für die Arbeitnehmerhaftung **spezielle Regeln**, die von der Rechtsprechung entwickelt und durch den im Jahre 2001 ins BGB eingefügten § 619a vom Gesetzgeber bestätigt wurden. Danach gilt Folgendes:

8

Die Sonderregelung betrifft alle betrieblichen oder betrieblich veranlassten Tätigkeiten, nicht jedoch eine (erlaubte oder unerlaubte) Privatfahrt mit dem Dienstwagen. Auf die „**Gefahrgeneigtheit**“ der Tätigkeit **kommt es** anders als nach der früheren Rechtsprechung (BAG AP Nr. 4 zu § 898, 899 RVO) aufgrund einer Entscheidung des Großen

Senats des BAG (DB 1993, 939) **nicht mehr an**. Dem hat sich im Ergebnis auch der Bundesgerichtshof angeschlossen (BGH DB 1994, 428).

8

Liegt eine „betriebliche Tätigkeit“ vor, so bestimmt sich die Haftung des Arbeitnehmers nach der **Schwere des Verschuldens**. Während er bei vorsätzlichem Handeln für den vollen Schaden haftet, muss man bei Fahrlässigkeit differenzieren. Kann ihm nur geringe Schuld („leichteste“ Fahrlässigkeit) vorgeworfen werden, entfällt jede Haftung. Hat er grob fahrlässig gehandelt, muss er grundsätzlich den vollen Schaden bezahlen, es sei denn, dies wäre nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere wegen eines Missverhältnisses von Vergütung und Schadenshöhe grob unbillig (BAG NZA 1990, 97). Bei „normaler“ oder „mittlerer“ Fahrlässigkeit ist der Schaden nach Billigkeitsgrundsätzen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aufzuteilen, wobei alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (BAG AP Nr. 5 zu § 282 BGB). Zu diesen zählt z. B. der Umfang des Schadens im Verhältnis zum monatlichen Entgelt, das bisherige Verhalten des Arbeitnehmers, die Dauer seiner Beschäftigung im Unternehmen, die Möglichkeit zum Abschluss einer Versicherung sowie die „Gefahrgeneigntheit“ der Tätigkeit, die hier wieder Berücksichtigung findet (BAG GS DB 1993, 940). Eine schematische summenmäßige Begrenzung der Haftung wird abgelehnt (BAG NZA 1990, 97).

8

Der **Fahrlässigkeitsmaßstab** wird entgegen dem Normalfall des § 276 Abs. 2 BGB „**subjektiviert**“. Grobe Fahrlässigkeit kann nur dann angenommen werden, wenn dem Arbeitnehmer ein schwerer persönlicher Schuldvorwurf zu machen ist (BAG AP Nr. 69 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers), wenn er eine „subjektiv schlechthin unentschuld bare“ Pflichtverletzung begangen hat. Bei „gröbster Fahrlässigkeit“ kann die Haftungsminderung aus Gründen der finanziellen Belastbarkeit entfallen (BAG NZA 1996, 301).

8

Anders als im Zivilrecht müssen sich Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht allein auf die Pflichtverletzung, sondern auch auf die **Beeinträchtigung des Rechtsguts** als solche beziehen (BAG AP Nr. 62 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Setzt sich etwa der Arbeitnehmer bewusst über Weisungen des Arbeitgebers oder über Dienstvorschriften hinweg, so begründet dies allein noch keine Verantwortlichkeit wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn auch der Schaden als solcher gewollt oder in Folge grober Fahrlässigkeit nicht in Betracht gezogen wurde.

8

Im Streitfall muss der Arbeitgeber das **Verschulden des Arbeitnehmers beweisen**. Dies stellt § 619a BGB ausdrücklich klar. Da es in Fragen der subjektiven Vorwerfbarkeit keine „typischen Geschehensabläufe“ gibt, ist auch ein Beweis des ersten Anscheins zugunsten des Arbeitgebers ausgeschlossen (BAG AP Nr. 69 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers).

8

– Mitwirkendes Verschulden des geschädigten Arbeitgebers ist von Amts wegen zu berücksichtigen (BAG AP Nr. 64 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Es wirkt sich auch dann haftungsmindernd aus, wenn dem Arbeitnehmer grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Bei mittlerer Fahrlässigkeit tritt ggf. eine doppelte Reduzierung ein.

8

Die Grundsätze über die Arbeitnehmerhaftung gelten nicht gegenüber Dritten. Die sog. **Außenhaftung** bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB. Der Arbeitnehmer kann jedoch vom Arbeitgeber verlangen, von der Haftung freigestellt zu werden, soweit er nach den obigen Grundsätzen nicht oder nicht in vollem Umfang haften würde (BAG AP Nr. 4 zu §§ 898, 899 RVO; BAG AP Nr. 37 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers). Dies nützt ihm allerdings wenig, wenn der Arbeitgeber inzwischen insolvent geworden ist (so der Fall BGH NZA 1990, 100).

8

Schädigt der Arbeitnehmer einen Arbeitskollegen (wozu auch vorübergehend im Betrieb arbeitende Personen gehören), so ist zu unterscheiden: Bei Personenschäden ist nach § 105 Abs. 1 SGB VII jede Ersatzpflicht ausgeschlossen; der Geschädigte ist wie bei anderen Unfällen auf die Unfallversicherung verwiesen. Eine Ausnahme gilt nur bei vorsätzlicher Schadensverursachung, wobei sich der Vorsatz auch hier auf den „Verletzungserfolg“, also auf den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit beziehen muss (BAG NZA 2003, 436). Bei Sachschäden gelten die allgemeinen Grundsätze der Außenhaftung, doch besteht ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber, soweit der Betroffene nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung keinen Ersatz leisten müsste (Schaub-Linck, § 59 Rn. 60).

9

Schädigt der Arbeitnehmer eigene Rechtsgüter, finden die Grundsätze über den innerbetrieblichen Schadensausgleich entsprechende Anwendung. Wird etwa das zu dienstlichen Zwecken benutzte Privatfahrzeug in einen Unfall verwickelt, so ist der **Aufwendungsersatzanspruch des Arbeitnehmers nach § 670 BGB** gemindert, wenn er nach den hier skizzierten Grundsätzen einen Teil des Schadens selbst tragen müsste.

9

„Schadensanfällig“ sind im Bankbetrieb die Auszahlung von Bargeld sowie die Anlageberatung. Bei Letzterer trifft die Außenhaftung in der Regel die Bank als solche, so dass sie lediglich nach den skizzierten Grundsätzen der Arbeitnehmerhaftung Regress nehmen könnte.

Einen Fall dieser Art hatte das BAG (NZA 2007, 1230 ff.) zu entscheiden, als es ein Wertpapierhändler versäumte, die vom Kunden gegebene Stoploss-Order in das System einzugeben. Das Gericht nahm in Übereinstimmung mit der Vorinstanz eine bedingt vorsätzliche Pflichtverletzung sowie grobe Fahrlässigkeit in Bezug auf den Schaden an und ließ den Arbeitnehmer auf den vollen Schaden haften. Dieser betrug knapp das 3½-fache seines Monatsgehalts.

X. Ausschlussfrist

92

Anders als die meisten übrigen Tarifverträge enthält der Manteltarifvertrag für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken keine Ausschlussfristen. Für die Geltendmachung von Ansprüchen gelten daher die **allgemeinen Grundsätze über die Verjährung**. Diese tritt erst nach drei Jahren ein, wobei diese Frist am Ende des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und die zugrunde liegenden Tatsachen dem Gläubiger bekannt waren oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt blieben (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Vom Fall der Haftung einmal abgesehen, sind im Normalfall nur Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber im Streit, so dass die Nicht-Regelung im Bankentarif typischerweise die Arbeitnehmerseite begünstigt.

9

Gelegentlich werden in **Arbeitsverträgen Ausschlussfristen** vereinbart. Nach der Rechtsprechung des BAG müssen dem Arbeitnehmer mindestens drei Monate - gerechnet ab erkennbarer Fälligkeit des Anspruchs - zur Verfügung stehen, um sich über sein weiteres Verhalten schlüssig zu werden. Kürzere Fristen sind unwirksam; es gilt dann gleichfalls Verjährungsrecht (BAG NZA 2005, 1111). Bestimmt eine Klausel, alle Ansprüche seien spätestens drei Monate nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis geltend zu machen, so ist dies im Grundsatz eine faire Regelung, weil nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne größeres Risiko auch ein Streit ausgefochten werden kann. Allerdings muss man solche Ansprüche ausnehmen, die - aus welchen Gründen auch immer - beim Ausscheiden des Arbeitnehmers noch nicht fällig oder noch nicht entstanden waren. Versäumt man dies, ist die ganze Klausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (so der Fall BAG NZA 2006, 783 ff.).

XI. Schriftform, Veränderungen und Ergänzungen des Arbeitsvertrags

94

Traditionellerweise wird in fast alle Arbeitsverträge eine Klausel aufgenommen, wonach Änderungen und Ergänzungen der Schriftform bedürfen. Da mündliche Abreden in der Regel gleichzeitig als (wirksame) Durchbrechung dieser Formvorschrift gewertet werden, sehen viele Verträge eine sog. **doppelte Schriftformklausel** vor, wonach eine Änderung des vereinbarten Schriftformerfordernisses ihrerseits nur schriftlich erfolgen kann.

9

Seit der Erstreckung der AGB-Kontrolle auf Arbeitsverträge ist diese Praxis höchst angreifbar geworden. Lediglich in den seltenen Ausnahmefällen, in denen ein Arbeitsvertrag ausgehandelt wurde, kann es bei den bisherigen Grundsätzen bleiben. Soweit AGB-Recht eingreift, gilt auch die zwingende Vorschrift des **§ 305b BGB**, wonach **formlose Einzelabreden** in Änderung und Ergänzung eines Vertrages **immer möglich** sind. Dieser Tatbestand wird der Sache nach verschleiert, wenn man die herkömmlichen Schriftformklauseln benutzt, da sie diesen immer bestehenden Ausweg auch nicht andeutungsweise kenntlich machen. Von daher hält der BGH in ständiger Rechtsprechung die Schriftformklausel für unwirksam (BGH NJW 1986, 3131; BGH NJW 2001, 292). Das BAG (NZA 2008, 1233) und das arbeitsrechtliche Schrifttum haben sich dem mit Recht angeschlossen (*Hromadka*, DB 2004, 1261, 1264; *Gotthardt*, Rn. 253; *Preis/Roloff*, ZfA 2007, 63, 68; *Schaub-Linck*, § 35 Rn. 78a; *Tschöpe-Wisskirchen/Bissels*, Teil 1 D Rn. 20; *Däubler/Bonin/Deinert-Däubler*, § 305b Rn. 12). Dies wird auch auf die doppelte Schriftformklausel erstreckt (BGH NJW 1985, 320; BAG NZA 2008, 1233; *Hromadka*, DB 2004, 1261, 1264; *Gotthardt*, Rn. 263; *Tschöpe-Wisskirchen/Bissels*, a.a.O.). Die Klausel für alle die Fälle aufrechtzuerhalten, in denen es nicht um eine Individualabrede geht, wäre nichts anderes als ein klassischer Anwendungsfall der geltungserhaltenden Reduktion, die nach § 306 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist. Auch mündliche oder konkludent geschlossene Nebenabreden sind daher gültig, doch muss ihr Vorliegen im Ernstfall bewiesen werden.

XII. Auslandsentsendung

96

Die Entsendung ins Ausland erfolgt in der Praxis - soweit ersichtlich - nur mit Zustimmung des fraglichen Arbeitnehmers; für eine einseitige Anordnung würde das Direktionsrecht in aller Regel nicht ausreichen. In der Regel wird ein Zusatzabkommen zum Arbeitsvertrag geschlossen, das die spezifischen Probleme der Auslandstätigkeit von den Fahrt- und Umzugskosten bis zur Notwendigkeit zusätzlicher Versicherungen regelt. Wird ein Beschäftigter für längere Zeit zu einer ausländischen Tochtergesellschaft entsandt, wird häufig das bisherige Arbeitsverhältnis zum Ruhen gebracht und durch eine (oft befristete) Abmachung mit der ausländischen Tochtergesellschaft ersetzt. Bezüglich der Einzelprobleme muss auf das Spezialschrifttum verwiesen werden (*Däubler*, FS Birk 2008, S. 27 ff. und *Däubler/Bonin/Deinert-Däubler*, Anhang Rn. 69 ff.; *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland, 1999; *Gerauer*, Hrsg., Auslandsinsatz von Arbeitnehmern, 2000; *Mauer*, Personaleinsatz im Ausland, 2003).

XIII. Klauseln zu den Arbeitsergebnissen

97

Nach allgemeinen Grundsätzen stehen alle Arbeitsergebnisse dem Arbeitgeber zu. Nur im Bereich des geistigen Eigentums besteht eine Reihe von Ausnahmen. Wer eine Erfindung macht, die als Patent oder als Gebrauchsmuster anerkannt wird, hat nicht nur ein **Recht auf Namhaftmachung als Erfinder**, sondern auch einen Anspruch auf angemessene (Zusatz-) Vergütung. Einzelheiten sind im Gesetz über Arbeitnehmererfindungen vom 25. Juli 1957 (BGBl. I S. 756, zuletzt geändert durch Gesetz vom 31. Juli 2009, BGBl. I S. 2521) geregelt. Für den Bankbetrieb kann es relevant werden, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch eine an bestimmte technische Systeme gekoppelte **Software patentfähig** ist (Einzelheiten bei *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Rn. 561 ff.). Soweit ein Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit ein urheberrechtsfähiges Werk schafft, stehen dessen vermögensrechtliche Bestandteile nach § 43 UrhG automatisch dem Arbeitgeber zu; eine Sondervergütung gibt es nicht. Allerdings gilt dies nur für **Nutzungen**, die sich **innerhalb des Zwecks des Arbeitgeberunternehmens** bewegen; auch wird – was im Bankbetrieb weniger relevant sein wird – bei sog. Bestsellern eine Ausnahme gemacht. Für **Computersoftware**, die – isoliert betrachtet – urheberrechtsfähig ist, trifft § 69b UrhG eine Sonderregelung, wonach alle vermögensrechtlichen Befugnisse dem Arbeitgeber zustehen, sofern nichts Abweichendes vereinbart ist. Dies geht insofern weiter als § 43 UrhG, als es nicht darauf ankommt, ob sich die Nutzung im Rahmen des Betriebs- oder Unternehmenszwecks bewegt. In allen Fällen bleibt jedoch das **Urheberpersönlichkeitsrecht** beim Arbeitnehmer; er kann verlangen, als Urheber genannt zu werden und sich gegen Verfälschungen des Werkes wehren. Schließlich sind Fälle denkbar, in denen der Arbeitnehmer eine „**Sonderleistung**“ erbringt, die deutlich über das im Arbeitsvertrag Geschuldete hinausgeht und die vom Arbeitgeber akzeptiert wird: Hier entsteht ein Anspruch auf **Zusatzvergütung** (BAG NZA 2004, 994, 997, 999 = AiB 2004, 560, 562 mit Anm. *Schwab*). Seine Höhe wird im Wesentlichen von dem Nutzen abhängen, der sich für das Unternehmen ergibt. In zahlreichen Unternehmen gibt es überdies **Betriebsvereinbarungen über Verbesserungsvorschläge**, denen in der Praxis auch finanziell eher größere Bedeutung als den gesetzlich vorgesehenen Rechten zukommt (Angaben bei *DKKW-Klebe*, § 87 Rn. 360 ff.).

9

In **Formularverträgen**, die von einzelnen Banken benutzt werden, finden sich Klauseln, wonach alle Arbeitsergebnisse, die aus der Tätigkeit für die Bank herrühren, dieser zustehen und **mit dem Gehalt abgegolten** sein sollen. Auch eine **nicht bankbetriebliche Nutzung** soll der Arbeitgeberseite erlaubt sein. Weiter wird zumindest in zwei Verträgen bestimmt, dass der Einzelne **kein Recht auf Namhaftmachung** als Urheber, Erfinder usw. habe, „soweit dies keine unbillige Härte“ darstelle. Abmachungen dieser Art weichen zu Lasten des Arbeitnehmers von den gesetzlichen bzw. richterrechtlichen Regelungen ab; ein berechtigtes Interesse der Bank, sich insoweit eine stärkere Stellung als andere Arbeitgeber auszubedingen, ist nicht ersichtlich. Außerdem sind die Bestimmungen intransparent, da für den Einzelnen nicht erkennbar ist, worauf er im Einzelnen verzichtet. **Die Klauseln sind daher unwirksam**. Möglicherweise sind sie eine (wenn auch wenig sachgerechte) Reaktion auf eine Entscheidung des ArbG Frankfurt/Main (Urt. v. 2.11.2003, Az. 6 Ca 5261/03 – n.v.): Ein Bankangestellter hatte die **Software** seines Arbeitgebers für den Devisenhandel erheblich **verbessert**, was Einsparungen in Höhe von ca. 1,8 Mio. Euro pro Jahr erbrachte. Unter Bezugnahme auf eine Betriebsvereinbarung über Verbesserungsvorschläge verlangte er einen Anteil von 30 % an einer Jahreseinsparung, was **559.888,00 Euro** ausmachte. Die Bank wurde zur Zahlung dieses Beitrags verurteilt; über den Ausgang des Berufungsverfahrens ist Näheres nicht in Erfahrung zu bringen.

C. Compliance-Regeln

I. Begriff

99

Der Begriff der „Compliance“ stammt aus den USA und meint nicht nur die schlichte Befolgung aller geltenden Gesetze und Regeln, sondern darüber hinaus auch solche Maßnahmen, die einer Normverletzung vorbeugen sollen (*Hauschka*, NJW 2004, 257; *Lösler*, NZG 2005, 104 ff.). In Deutschland wurden Compliance-Programme **zunächst im Wertpapierhandel** entwickelt, sind mittlerweile jedoch zu einer verbreiteten Erscheinung auch außerhalb des Bankensektors geworden. Beschleunigungsfunktion hatte dabei der Sarbanes-Oxley-Act von 2002, der als Reaktion auf betrügerische Machenschaften bei Enron und Worldcom börsennotierte Unternehmen verpflichtete, Wirtschaftskriminalität durch präventive Maßnahmen zu bekämpfen, insbesondere einen „Compliance Officer“ zu bestellen, einen Ethik-Kodex für Führungskräfte zu schaffen und den sog. Whistleblowern, die Verstöße den zuständigen Stellen melden, einen besonderen Schutz angedeihen zu lassen (zusammenfassend *Mengel/Hagemeyer*, BB 2006, 2466 f.). Die praktische **Wirksamkeit** derartiger Maßnahmen wird **eher skeptisch** beurteilt (einleuchtend *Hefendehl*, JZ 2006, 119, 121 ff.). Gleichwohl hat ein ausgebautes Compliance-System den Vorzug, **Haftungsrisiken** für das Unternehmen und die Leitungsorgane für Fehlverhalten nachgeordneter Stellen **zu verringern**, weil ja die nötigen Vorkehrungen getroffen wurden. Außerdem erhöht sich die Vertrauenswürdigkeit des Unternehmens auf dem Markt und in der Öffentlichkeit (zu weiteren Compliance-Funktionen *Lösler*, NZG 2005, 104 ff.). Allerdings gerät leicht in Vergessenheit, dass die deutschen Unternehmen auch in der „Vor-Compliance-Zeit“ keineswegs eine Brutstätte der Korruption und anderer illegaler Handlungen waren und dass der Nutzen von Compliance häufig durch eine Reglementierung erkauft wird, die mit vielen Unsicherheiten verbunden ist und die deshalb die Arbeit um einiges schwieriger macht (näher *Däubler*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 65 ff.).

II. Rechtsgrundlage

100

Im Bankensektor ist Rechtsgrundlage für Compliance-Regeln und die Einrichtung eines Compliance-Beauftragten heute § 25a Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 c KWG sowie § 33 Abs. 1 Nr. 1 WpHG, der eine „dauerhafte und wirksame Compliance-Funktion“ verlangt, „die ihre Aufgaben unabhängig wahrnehmen kann.“ Auf dieser Grundlage hat das (damalige) Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen und das (damalige) Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel eine „Bekanntmachung über Anforderungen an Verhaltensregeln für Mitarbeiter der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute in Bezug auf Mitarbeitergeschäfte“ erlassen (Bundesanzeiger Nr. 131 v. 15. Juli 2000, S. 13 790, abgedruckt auch in WM 2000, 2462 und in ZBB 2000, 357 ff.), die allerdings die einzelnen Beschäftigten formal nur band, wenn sie z. B. durch Betriebsvereinbarung Inhalt des Arbeitsverhältnisses geworden war (Grobys-Bauer, S. 101 ff.). Durch Schreiben der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (**BaFin**) vom 23. Oktober 2007 wurde diese Richtlinie aufgehoben und für den Bereich der **Mitarbeitergeschäfte** durch § 33b WpHG und § 25a KWG ersetzt. Dazu gibt es das „**Rundschreiben 8/2008 (WA)**“ der BaFin, das unter www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE abrufbar ist. Dabei handelt es sich um eine konkretisierende Richtlinie, die faktische Bindungswirkung entfaltet, weil einzelne ihrer Bestimmungen nur mit dem Argument vor den Verwaltungsgerichten angefochten werden könnten, sie würden den durch § 33b WpHG geschaffenen Rahmen überschreiten. Im Übrigen beschränken sich etwaige Ethikrichtlinien in der Regel auf pauschale Appelle (Mengel/Hagemeyer, BB 2007, 1368), doch hat der Fall Wal Mart gezeigt, dass hier auch sehr viel weitergehende Bindungen bis weit in das Privatleben hinein denkbar sind (LAG Düsseldorf NZA-RR 2006, 81; ArbG Wuppertal NZA-RR 2005, 476 - Vorinstanz). Die Problematik des „Whistleblowers“ hat in Deutschland unter dem Stichwort „Gang an die Öffentlichkeit“ durchaus seine eigene Geschichte. Im Folgenden sollen zunächst die Mitarbeitergeschäfte, dann der mögliche Inhalt eines Ethikkodex samt damit zusammenhängender Loyalitätspflichten sowie schließlich die Whistleblower-Problematik abgehandelt werden.

III. Mitarbeitergeschäfte

101

Legt man das Rundschreiben 8/2008 der BaFin zugrunde, so ist zwischen (einfachen) Mitarbeitern und solchen zu unterscheiden, die **selbst Wertpapierdienstleistungen erbringen** oder die eine **unterstützende**, begleitende und kontrollierende **Funktion** haben. Zu Letzteren gehören nach Abschnitt 1 des Rundschreibens 8/2008 insbesondere Mitarbeiter der Research-Abteilung, der Compliance-Abteilung, des Back-Offices, des IT-Supports, Assistenten sowie Mitarbeiter anderer unterstützender Bereiche. Dabei kommt es allein auf die Funktion, nicht auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Bank an, so dass auch freie Mitarbeiter oder andere selbständige Dienstleister sowie Personen mit einem Arbeitsverhältnis zu einem dritten Unternehmen erfasst sind. „Mitarbeitergeschäfte“ sind nicht nur die auf eigene Rechnung, sondern nach näherer Maßgabe des § 33b Abs. 2 WpHG auch die für Dritte getätigten. Diese Wertpapiergeschäfte müssen der Bank zur Kenntnis gebracht werden, wobei neben der automatischen Anzeigepflicht des Beschäftigten auch andere Verfahren zur Anwendung kommen können. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass Insiderwissen oder andere vertrauliche Angaben nach näherer Maßgabe des § 33b Abs. 3 WpHG missbräuchlich verwandt werden. Dabei ist allerdings – was das Rundschreiben nicht hervorhebt – darauf zu achten, dass der von diesen Regeln erfasste Personenkreis nur so weit ausgedehnt wird, wie es der Zweck der Vorschrift zwingend erfordert. Pauschal alle Mitarbeiter bestimmter Abteilungen und ihre Zuarbeiter einzubeziehen würde einen unzulässigen Eingriff in die Privatsphäre darstellen, weil zusätzliche Pflichten auch solchen Personen auferlegt würden, deren Tätigkeitsfeld keinerlei ernsthafte Missbrauchsgefahren mit sich bringt.

1

Die erfassten **Mitarbeitergeschäfte** müssen sich auf Wertpapiere oder Derivate beziehen. Bestimmte Gegenstände wie Schuldverschreibungen von EU-Mitgliedstaaten oder Arbeitnehmersparpläne sind durch § 33b Abs. 7 WpHG ausgenommen, was das Rundschreiben 8/2008 der BaFin unter Ziff. 6 bestätigt. Die Mitarbeitergeschäfte dürfen – von den übrigen Grenzen abgesehen - **nicht gegen Kundeninteressen** oder gegen eigene Interessen des Instituts gerichtet sein.

103

Eine verbindliche **Pflicht, Konten und Depots nur bei der Arbeitgeber-Bank zu unterhalten**, besteht **nicht**. Das präventive Kontrollverfahren kann von großer Intensität sein und beispielsweise alle Mitarbeitergeschäfte von der Zustimmung der Bank abhängig machen (Rundschreiben 8/2008 Ziff. 4a, auch zum Folgenden). Vom einzelnen Beschäftigten können auch die Konten und Depots Dritter abgefragt werden, für die er eine Vollmacht hat. Wurden Geschäfte über ein anderes Institut getätigt, kann die Bank eine „**Vollständigkeitserklärung**“ dieses Instituts verlangen.

104

Diese Grundsätze stellen einen **sehr weitreichenden Eingriff in die Privatsphäre** des Einzelnen dar, der nach allgemeinen Grundsätzen mit seinen Ersparnissen oder sonstigen finanziellen Mitteln im Prinzip nach Belieben verfahren kann. Dass er dieses Recht hat, ist auch vom Gesetzgeber in § 12 des Fünften Vermögensbildungsgesetzes ausdrücklich bestätigt worden (dazu *Löwisch*, FS Däubler, S. 473 ff.). Der Gesetzgeber lässt allerdings in § 33b Abs. 4 Nr. 2 WpHG bezüglich des einzusetzenden Verfahrens einige Spielräume, die im Rundschreiben 8/2008 unter Ziff. 4a konkretisiert sind. Bei der Wahl zwischen den möglichen Alternativen besitzt der Betriebsrat ein

Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, weil es um eine zusätzliche Verhaltenspflicht des Arbeitnehmers geht. Nach den Landespersonalvertretungsgesetzen ist die Rechtslage keine prinzipiell andere. Die betriebliche Interessenvertretung wird sich dabei für die „schonendste“ Variante einsetzen.

105

Wollte man im Arbeitsvertrag weitergehende Pflichten vorsehen, beispielsweise die Abwicklung aller Geschäfte über die Arbeitgeber-Bank vorschreiben, würde dies eine **unangemessene Benachteiligung** des Beschäftigten im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen. Erst recht wäre es unzulässig, den Arbeitnehmer auch zur Offenlegung von Wertpapiertransaktionen durch Familienangehörige zu verpflichten (*Mengel/Hagemeyer*, BB 2007, 1386, 1390; *Wisskirchen u. a.*, DB 2005, 2190, 2195).

IV. Zusatzpflichten nach sog. Ethikrichtlinien

106

Soweit Ethik-Richtlinien lediglich die Pflicht zur Einhaltung des geltenden Rechts in Erinnerung rufen, werfen sie keine Rechtsprobleme auf. Dass man andere nicht betrügen, Urkunden nicht fälschen und die Bank nicht bestehen darf, ist selbstverständlich und allen Beteiligten bewusst; wird dennoch ausdrücklich darauf hingewiesen, ist dies – positiv ausgedrückt – unschädlich. Die Situation ist eine andere, wenn den Beschäftigten zusätzliche Pflichten auferlegt werden, die sich aus dem geltenden Recht nicht zwingend ableiten lassen. Eine Reihe von Klauseln hat im Zusammenhang mit dem Wal-Mart-Verfahren Aufmerksamkeit erfahren, findet sich aber auch in Formularverträgen von Banken.

1. Verschwiegenheitspflicht

107

Nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen ist der Arbeitnehmer zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verpflichtet (ErfK-Preis, § 611 BGB Rn. 710 ff.). Ob auch „**vertrauliche Angaben**“ einbezogen sind, ist durchaus zweifelhaft (bejahend HWK-*Thüsing*, § 611 BGB Rn. 350 a. E.). Im Falle eines Bankmitarbeiters erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht auf alle die Tatsachen, die dem **Bankgeheimnis** unterfallen (zu diesem § 6 in diesem Buch). Weiter sind „Chinese Walls“ zu beachten, die auf der Grundlage des § 33 Abs.1 WpHG geschaffen wurden (Assmann/Scheider-Koller, § 33 WpHG Rn. 19; *Schwark*, § 33 WpHG Rn. 19).

1

In vielen Formularverträgen wird die Verschwiegenheits- oder Schweigepflicht auf **alle „geschäftlichen Angelegenheiten“** erstreckt. Wo deren Grenzen verlaufen, ist unsicher. Ist die Krankheit eines Arbeitnehmers eine „persönliche“ oder eine „geschäftliche“ Angelegenheit? Davon ganz abgesehen, deckt die Klausel auch Vorgänge ab, an deren Geheimhaltung die Bank keinerlei Interesse hat: Über die einen Tag später stattfindende Kundenveranstaltung kann man selbstredend auch mit Dritten sprechen, obwohl es sich unzweifelhaft um eine „geschäftliche Angelegenheit“ handelt. Nach AGB-rechtlichen Grundsätzen lässt sich eine so weit gefasste Klausel aber nicht auf die Fälle reduzieren, in denen ein berechtigtes Arbeitgeberinteresse an der Nichtweitergabe von Informationen besteht (s. o. Rn. 27 zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion). Erst recht ist eine Abmachung unwirksam, die die Verschwiegenheitspflicht auf „**alle Angelegenheiten der Bank**“ bezieht. In diesem Fall müsste man auch die ersichtlich keinen geschäftlichen Charakter tragende Weihnachtsfeier wie eine Verschlussache behandeln. Für die Praxis bedeutet dies, dass die vorformulierte Ausdehnung der Verschwiegenheitspflicht ihr Ziel nicht erreicht; vielmehr bleibt es bei dem gesetzlichen/trichterrechtlichen Pflichtenstandard.

2. Annahme von Geschenken und Gefälligkeiten

109

Nach allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen darf der Arbeitnehmer Zahlungen und sonstige Leistungen durch Dritte weder fordern noch sich versprechen lassen noch annehmen (ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 722 m. w. N.). Maßgebend hierfür ist die Befürchtung, dass er aufgrund einer solchen Zuwendung nicht mehr allein im Sinne des Arbeitgebers tätig wäre (Schaub-*Linck* § 53 Rn. 35 f.). Würde der „Bestechende“ begünstigt, läge sogar eine **strafbare Handlung nach § 299 StGB** vor. Der Arbeitgeber kann die erhaltenen Beträge nach § 687 Abs. 2 BGB vom Arbeitnehmer herausverlangen (ErfK-Preis § 611 BGB Rn. 723). Ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, jeden **Bestechungsversuch** beim Arbeitgeber **zu melden**, erscheint zweifelhaft (HWK-*Thüsing*, § 611 BGB Rn. 367). Handelt es sich allerdings um einen wichtigen Geschäftspartner, mit dem der Arbeitgeber voraussichtlich auch in Zukunft in vertraglichen Beziehungen bleiben will, muss dem Arbeitgeber reiner Wein eingeschenkt werden. Nicht erfasst von diesen Verboten sind Gelegenheitsgeschenke wie Taschenkalender, Kugelschreiber, eine Flasche Wein oder ein Buch; die steuerliche Obergrenze von 40 € pro Jahr (§ 4 Abs. 5 EStG) könnte insoweit als Richtschnur dienen. Auch Trinkgelder haben nichts mit „Schmiergeld“ zu tun – allerdings nur dort, wo sie üblich sind.

1

Formularverträge wie auch **Ethikkodizes** untersagen häufig die Annahme jedes Geschenks und jeder kleinen Gefälligkeit und nehmen nur „übliche Geschenke von offensichtlich geringem Wert“ aus. Dies geht weiter als die allgemeinen Grundsätze und würde es beispielsweise einem Vermögensberater verbieten, sich von einem Kunden in einem ordentlichen Restaurant

bewirten zu lassen. Fraglich erscheint sogar, ob man sich von einem Kunden im Auto mitnehmen lassen darf, weil dieser im selben Stadtviertel wohnt. Beides würde die geschäftlichen Beziehungen belasten statt sie zu fördern. Insoweit ist in der Praxis eine vorherige Rückfrage beim Vorgesetzten zu empfehlen; im Streitfall wäre die Klausel als unwirksam zu behandeln. Zu ins Detail gehenden Regelungen dieser Art bei einer deutschen Großbank und den dort aufgestellten Sonderregeln für Betriebsratsmitglieder, die eine gegen § 78 Satz 2 BetrVG verstoßende Benachteiligung darstellen, s. *Däubler*, FS v. Hoyningen-Huene, S. 59 ff.

3. Reglementierung des persönlichen Verhaltens

111

In Ethikrichtlinien, die von amerikanischen Konzernspitzen beeinflusst sind, taucht bisweilen die Verpflichtung auf, man dürfe nicht mit einer Person des anderen Geschlechts ausgehen oder gar mit dieser eine Liebesbeziehung eingehen, wenn die eine Seite Einfluss auf die Arbeitsbedingungen der anderen nehmen könne. Das LAG Düsseldorf (AuR 2005, 452 = DB 2006, 162) hat mit Recht den Standpunkt vertreten, dass eine solche Reglementierung des Privatlebens gegen Art. 2 Abs. 1 GG verstößt, so dass eine entsprechende **Klausel unwirksam** ist. Die Literatur hat dem im Wesentlichen zugestimmt (*Kolle/Deinert*, AuR 2006, 177 ff.; mit kleinen Einschränkungen ebenso *Mengel/Hagemeister*, BB 2007, 1386, 1389). Im Bankenbereich haben derartige Klauseln bisher – soweit ersichtlich – keine Rolle gespielt.

4. Bezugnahme auf Ethikrichtlinien im Arbeitsvertrag

112

Wird auf Ethikrichtlinien oder vergleichbare Regelwerke „**in ihrer jeweiligen Fassung**“ Bezug genommen, so fehlt es an der von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB vorausgesetzten Transparenz, da sich der künftige Inhalt für den einzelnen Arbeitnehmer nicht einschätzen lässt (ebenso *Mengel/Hagemeister* BB 2007, 1386, 1391). Wenn bei der Bezugnahme auf Kollektivverträge in ihrer jeweiligen Fassung anders entschieden wird, so hängt dies damit zusammen, dass es § 2 Abs. 1 Satz 2 Nr. 10 NachwG ausdrücklich genügen lässt, dass „in allgemeiner Form“ auf Tarifverträge, Betriebs- oder Dienstvereinbarungen hingewiesen wird.

5. Mitbestimmung

113

Die Auferlegung zusätzlicher Pflichten unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Das BAG hat dies in Bezug auf die Einführung eines Formulars bejaht, mit dem der Redakteur einer Wirtschaftszeitung aufgrund seines Arbeitsvertrags den Besitz bestimmter Wertpapiere seinem Arbeitgeber anzuzeigen hatte (BAG NZA 2003, 166 – „Handelsblatt“; dazu *Borgmann* NZA 2003, 352). Ohne die Zustimmung des Betriebsrats werden daher selbst zulässige Verpflichtungen nicht wirksam; Zuwiderhandlungen könnten nicht sanktioniert werden.

V. Whistleblower-Hotline

114

„Whistleblower“ sind im angloamerikanischen Sprachgebrauch Personen, die strafbare Handlungen oder andere schwere Missstände in Unternehmen zur Kenntnis bekommen und daraus Konsequenzen ziehen, indem sie „Alarm schlagen“ und dabei hohe persönliche Risiken in Kauf nehmen: Meistens lässt sich ein Gang in die Öffentlichkeit nicht vermeiden, was die Kündigung des „Nestbeschmutzers“ in greifbare Nähe rückt. Um solche mutigen Menschen geht es bei den Ethikkodizes jedoch nicht: Vielmehr gibt es Fälle, in denen **der Einzelne verpflichtet** wird, Gesetzesverstöße oder **Verstöße** gegen die Ethikrichtlinien der zuständigen Stelle über eine Hotline **zur Kenntnis zu bringen**. Dies bedeutet der Sache nach eine Pflicht zur Denunziation, die sich schwer mit überkommenen Wertvorstellungen in Deutschland vereinbaren lässt. Erinnerung sei daran, dass das BAG schon Mitte der 60er Jahre die Kündigung eines Denunzianten bestätigt hat, der im privaten Kreis gefallene Äußerungen an Vorgesetzte weitergegeben hatte (BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung = BB 1966, 124). Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch die Bank selbst nicht zur Meldung von schweren Gesetzesverstößen an die Bankenaufsicht verpflichtet ist (*Schwark*, § 33 WpHG Rn. 27).

1

Das von der Anzeigepflicht zu unterscheidende **Recht**, Missstände **bekannt zu machen** und so für Abhilfe zu sorgen, ist durch die Rechtsprechung der letzten Jahre durchaus gestärkt worden. Muss der Arbeitnehmer in einem gerichtlichen Verfahren als Zeuge aussagen und belastet er dabei seinen Arbeitgeber, so stellt dies die Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht und deshalb auch keinen Kündigungsgrund dar (so ausdrücklich BVerfG NZA 2001, 888). Selbst wenn er das Verfahren in Gang gesetzt, z. B. bei der Staatsanwaltschaft eine Anzeige erstattet hatte, gilt nichts anderes (BVerfG NZA 2001, 890; dazu *Deiseroth*, AuR 2002, 161). Eine **Ausnahme** besteht nur dann, wenn es sich um eine bewusst unrichtige oder leichtfertig erhobene Beschuldigung handelt. Der Arbeitnehmer muss sorgfältig prüfen, ob die Informationen zutreffen und aus zuverlässiger Quelle stammen (EGMR NZA 2011, 1269 – Fall Heinisch). Hat er dies getan, erweisen sich die Vorwürfe aber gleichwohl als unzutreffend, so liegt kein „leichtfertiges“ Verhalten vor und dem Arbeitnehmer kann keine

Pflichtverletzung vorgeworfen werden (EGMR a. a. O.). Die „**Leichtfertigkeit**“ bestimmt sich also letztlich **aus der Sicht des Anzeigenden**. Kommt es – etwa wegen einer Kündigung – zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, so sind die Grundrechte beider Seiten gegeneinander abzuwägen; weiter ist auch das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung von Missständen zu berücksichtigen (LAG Köln NZA-RR 2012, 298). Nach der Rechtsprechung des BAG kann das Verhalten des Arbeitnehmers außerdem unverhältnismäßig sein, weil er beispielsweise eine offen zu Tage liegende und völlig risikolose innerbetriebliche Möglichkeit nicht in Anspruch genommen hat (Einzelheiten bei DDZ-*Däubler*, § 626 BGB Rn. 174 f.). In der Praxis ist dringend zu empfehlen, vor einem Schritt in die Öffentlichkeit einen Rechtsanwalt zu konsultieren und sich die Unbedenklichkeit des geplanten Verhaltens bestätigen zu lassen. Soweit eine Hotline eingerichtet werden soll, die der Arbeitnehmer benutzen kann (aber nicht muss), besteht ein **Mitbestimmungsrecht** des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Ähnlich wie im Fall des Handelsblatt-Redakteurs geht es um die Einführung einer bestimmten Verfahrensform (dort das Formular, hier die Hotline), durch die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb geregelt wird. Diese Regeln werden im Grundsatz durch § 25a Abs. 1 Satz 6 Nr. 3 KWG bestätigt, wonach es zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation gehört, ein Verfahren vorzusehen, das „es den Mitarbeitern unter Wahrung der Vertraulichkeit ihrer Identität ermöglicht Verstöße gegen die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 oder gegen dieses Gesetz oder gegen die auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen sowie etwaige strafbare Handlungen innerhalb des Unternehmens an geeignete Stellen zu berichten.“

VI. Einhaltung des Arbeitsrechts als Teil der Compliance?

116

In der Literatur ist mit Recht darauf hingewiesen worden, dass auch die korrekte Einhaltung arbeitsrechtlicher Normen zu einem umfassenden Compliance-Programm gehört (*Mengel/Hagemeister*, BB 2006, 2466 ff.). In der Tat kann die Verletzung arbeitsrechtlicher Normen zu einer **Haftung in beträchtlicher Höhe** führen; so wird berichtet, die Deutsche Bank sei in Großbritannien zu 1,2 Millionen Euro Schadensersatz verurteilt worden, weil sie nicht verhindert hatte, dass eine Angestellte durch Mobbing Gesundheitsschäden erlitt (mitgeteilt bei *Mengel/Hagemeister*, BB 2006, 2466, 2469). Auch kann das öffentliche Ansehen eines Unternehmens darunter leiden, dass den Beschäftigten bestimmte Rechte vorenthalten werden.

D. Verstärkung der Bankenaufsicht

I. Vorgaben für die Vergütungsstruktur

117

Die 2008 einsetzende Krise des Finanzsystems wurde u. a. auch darauf zurückgeführt, dass Entscheidungsträger in den Banken zu große Risiken eingegangen waren, um durch Steigerung des Umsatzes und/oder des Gewinns hohe Boni für sich selbst zu generieren. Um solchen Entwicklungen Grenzen zu ziehen, wurde das „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“ vom 21. 7. 2010 (BGBl I S. 950) beschlossen, das verschiedene Bestimmungen des KWG änderte. Auf dieser Grundlage wurde dann relativ schnell die Instituts-Vergütungsverordnung vom 6. Oktober 2010 (BGBl I S. 1374) erlassen. Anders als das „Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung“ vom 31. Juli 2009 (BGBl I S. 2509) bezieht sie sich nicht nur auf Organmitglieder, sondern auch auf Arbeitnehmer im Bankensektor. Aufgrund der Art. 92 ff. der sog. CRD IV – Richtlinie (2013/36/EU) musste sie ebenso wie das KWG in einer Reihe von Punkten geändert werden; seit 1. 1. 2014 gilt nunmehr die **neue Instituts-Vergütungsverordnung** - InstitutsVergV (v. 16. Dezember 2013, BGBl I S. 4270).

1. Die Interventionsform

118

Nach der InstitutsVergV ist es Sache der **Aufsichtsbehörde**, die inhaltlichen **Vorgaben durchzusetzen**. Bei ihnen handelt es sich nicht um Verbotsgesetze, die entgegenstehende Verträge nach § 134 BGB unwirksam machen würden; vielmehr muss die Bank nach § 14 Abs. 1 InstitutsVergV „darauf hinwirken“, dass eine Anpassung an die Standards der Verordnung erfolgt (dazu *Däubler AuR* 2012, 380, 382). Dies ist eine **im Arbeitsrecht höchst ungewöhnliche Form** staatlicher Intervention (s. auch *Diller/Arnold*, ZIP 2011, 837 ff.). Von vorne herein **ausgenommen** sind nach § 1 Abs. 3 InstitutsVergV **tarifliche Vergütungen**, wobei es keine Rolle spielt, ob der Tarifvertrag unmittelbar im einzelnen Arbeitsverhältnis gilt oder ob im Arbeitsvertrag lediglich auf ihn Bezug genommen ist. Zu unterscheiden ist zwischen allgemeinen Anforderungen, die **für alle Banken** und Sparkassen gelten (§§ 3 – 16 InstitutsVergV), und solchen, die nur **für „bedeutende Institute“** vorgesehen sind (§§ 17 – 26 InstitutsVergV), wobei der Überschreitung einer Bilanzsumme von 15 Mrd. Euro entscheidende Bedeutung zukommt (Einzelheiten zur Begriffsabgrenzung in § 17 InstitutsVergV).

2. Die Beeinflussung der variablen Vergütung

119

Die InstitutsVergV setzt an der Höhe der variablen Vergütung an. Diese darf keine Anreize für Mitarbeiter enthalten, unverhältnismäßig hohe Risiken einzugehen. Dies wäre nach § 5 Abs. 3 InstitutsVergV insbesondere dann der Fall, wenn eine **signifikante Abhängigkeit der Mitarbeiter von der variablen Vergütung** besteht oder wenn für den Fall des Ausscheidens Abfindungen vorgesehen sind, die auch bei negativen individuellen Erfolgsbeiträgen unverändert bleiben. § 5 Abs. 4 enthält eine Regelung für „**Kontrolleinheiten**“ wie die Innenrevision: Die dort praktizierten Systeme dürfen nicht nach „gleichlaufenden Vergütungsparametern“ bestimmt werden und die Gefahr eines Interessenkonflikts heraufbeschwören. Eine lasche Kontrolle darf also nicht dazu führen, dass sich die Vergütung erhöht oder jedenfalls gleich bleibt. „**Variabel**“ ist ein **Vergütungsbestandteil** nur dann, wenn seine Gewährung oder seine Höhe **im Ermessen der Bank** steht oder vom Eintritt vereinbarter Bedingungen abhängt. Alle übrigen Leistungen gehören zur fixen Vergütung, weil sie z. B. allen Arbeitnehmern oder allen Angehörigen einer Gruppe zustehen und keine Anreize schaffen, finanzielle Risiken einzugehen (näher § 2 Abs. 1, 3 und 5 InstitutsVergV). Nach § 25a Abs. 5 Satz 1 KWG darf **der variable Teil der Vergütung nicht höher als der fixe** sein; eine Überschreitung bis hin zur Verdoppelung ist nur mit Zustimmung der Eigentümer möglich.

120

Innerhalb des so bestimmten Spielraums muss der **Gesamtbetrag der variablen Vergütung** nach § 7 InstitutsVergV in einem „**formalisierten, transparenten und nachvollziehbaren Prozess**“ bestimmt werden. Inhaltlich muss er die Risikotragfähigkeit der Bank, die mehrjährige Kapitalplanung und die Ertragslage berücksichtigen und außerdem sicherstellen, dass die Fähigkeit des Instituts gegeben ist, „eine angemessene Eigenmittel- und Liquiditätsausstattung dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen“ und die Fähigkeit nicht eingeschränkt wird, „die kombinierten Kapitalpuffer-Anforderungen gemäß § 10i KWG dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen“. Dies sind **sehr abstrakte Kriterien**, die nur in deutlich sichtbaren Krisensituationen dazu führen, dass der variable Anteil bescheiden ausfällt oder ganz gestrichen wird. Ist die variable Vergütung risikoorientiert, darf die Risikoorientierung nicht durch Absicherungs- oder sonstige Gegenmaßnahmen eingeschränkt oder aufgehoben werden (§ 8 Abs. 1 InstitutsVergV). Dies soll mit Hilfe angemessener Compliance-Strukturen sichergestellt werden (§ 8 Abs. 2 InstitutsVergV).

121

Nach § 9 Abs. 1 InstitutsVergV muss die Vergütung der **Mitarbeiter der Kontrolleinheiten** so ausgestaltet sein, dass eine angemessene qualitative und quantitative Personalausstattung ermöglicht wird. Die Vorschrift gibt ein wenig **Rätsel** auf: Wann ist die Personalausstattung „angemessen“? Wie bestimmt man die „qualitative“ Personalausstattung? Und was bedeutet die Vorschrift konkret für die Vergütung? Eher niedrige Gehälter führen dazu, dass das Budget für mehr Leute reicht, aber wird man auch Menschen mit der nötigen Qualifikation gewinnen können? Etwas weniger intransparent ist demgegenüber die Vorschrift des § 9 Abs. 2 InstitutsVergV, wonach der Schwerpunkt auf der fixen Vergütung liegen muss.

3. Mitbestimmung

122

Nach § 11 InstitutsVergV hat die Bank in ihren Organisationsrichtlinien Grundsätze zu den Vergütungssystemen festzulegen, die insbesondere Angaben zur Ausgestaltung und Anpassung der Vergütungssysteme und zur Zusammensetzung der Vergütung enthalten. Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und 11 BetrVG ist zwar nicht erwähnt, doch soll sie mit hinreichender Sicherheit nicht ausgeschlossen sein, da es dafür keinerlei Anhaltspunkte gibt. Allerdings haben die Betriebsparteien und die notfalls entscheidende Einigungsstelle die Vorschriften der Verordnung als verbindlich zugrunde zu legen. Insoweit wird das „normale“ Arbeitsrecht in ähnlicher Weise wie bei gefährlichen Technologien durch staatliche Vorgaben überlagert (näher *Däubler* SR 2012, 57, 58 ff.).

4. Sonderregeln für bedeutende Institute

123

Die Sonderregeln für „bedeutende Institute“ gelten nicht für alle dort beschäftigten Arbeitnehmer, sondern nur für diejenigen, deren „Tätigkeit einen **wesentlichen Einfluss auf das Gesamtrisikoprofil**“ hat. Wie dieser Personenkreis abzugrenzen ist, muss das Institut eigenverantwortlich feststellen. Notfalls kann aber die BaFin selbst die Entscheidung treffen (§ 18 InstitutsVergV). Bei der variablen Vergütung dieses Personenkreises ist **auch der individuelle Erfolgsbeitrag** angemessen zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck sind Zielvereinbarungen abzuschließen, bei denen der Grad der Zielerreichung ermittelt werden kann. Sitten- und pflichtwidriges Verhalten muss die Höhe der variablen Vergütung verringern (§ 19 InstitutsVergV). Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass mindestens 40 Prozent der variablen Vergütung über einen „**Zurückbehaltungszeitraum**“ von mindestens drei Jahren gestreckt werden müssen. Bei Geschäftsleitern und den Mitarbeitern der nachgeordneten Führungsebene sind

60 Prozent der variablen Vergütung zu strecken. Mindestens die Hälfte der zurückzubehaltenden wie der nicht zurückzubehaltenden Vergütungsbestandteile muss von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen (§ 20 Abs. 1 – 4 InstitutsVergV).

124

Negative Erfolgsbeiträge des Mitarbeiters oder seiner Organisationseinheit und ein negativer Gesamterfolg des Instituts oder der Gruppe müssen die Höhe der variablen Vergütung verringern oder zu ihrem vollständigen Verlust führen. Der vollständige Verlust tritt insbesondere dann ein, wenn der Mitarbeiter an einem Verhalten beteiligt war, das für das Institut zu erheblichen Verlusten geführt hat, oder wenn er für ein solches Verhalten verantwortlich war. Dasselbe gilt, wenn er externe oder interne Regelungen in Bezug auf Eignung und Verhalten nicht erfüllt hat. Auch hier stellen sich Fragen: Wann sind Verluste „erheblich“, wann ist ein Mitarbeiter an einem solchen Verhalten „beteiligt“? Wer einen Vertragstext auf dem PC schreibt, ist zwar „beteiligt“, doch sind wohl nur solche Fälle gemeint, in denen der Einzelne zur Willensbildung des Instituts beigetragen hat. Nicht problematisiert wurde bisher die Frage, ob die entschädigungslose Minderung oder Entziehung eines nach den innerbetrieblichen Regeln korrekt erworbenen Anspruchs mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar ist.

125

In bedeutenden Instituten ist ein **Vergütungsbeauftragter** zu bestellen, dem eine „angemessene, dauerhafte und wirksame“ Kontrolle der Vergütung der Mitarbeiter obliegt. Er wird für mindestens 24 Monate bestellt und besitzt nach dem Vorbild des betrieblichen Datenschutzbeauftragten einen besonderen Kündigungsschutz. Neben der laufenden Kontrolle muss er mindestens einmal pro Jahr einen Vergütungskontrollbericht erstellen, der der Geschäftsleitung, dem Aufsichtsorgan und – soweit vorhanden – dem Vergütungskontrollausschuss vorzulegen ist (Näheres in §§ 23, 24 InstitutsVergV). Wird eine bereits beschäftigte Person mit diesen Aufgaben betraut, so liegt im Regelfall eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG vor, so dass der **Betriebsrat** ein Informations- und ein Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 BetrVG hat. Trotz aller Kontrollmechanismen ergab die „Prüfungskampagne 2013“ der BaFin, dass bei allen 14 geprüften Instituten **Mängel** bestanden, also die Realität nicht voll den rechtlichen Vorgaben entsprach (abrufbar unter www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Berichte/..). Auch das Konzept als solches sieht sich relevanten Einwänden ausgesetzt (*Gerenkamp/Kuklick*, ZBB/JBB 2011, 430 ff.; *Reifner*, Erfolgsprovisionen bei Finanzdienstleistungen – Zur rechtlichen Bewältigung der Finanzkrise, VuR 2011, 83 ff.).

II. Sicherung der Beratungsqualität

126

Der Kundenberater einer Bank oder einer Sparkasse hat die Aufgabe, einem Anleger die Maßnahmen vorzuschlagen, die am besten zu seiner wirtschaftlichen Situation passen; dabei sind auch subjektive Präferenzen zu beachten. Der Begriff „Anleger“ umfasst zwar auch den vielfachen Millionär und den Spekulanten, doch der Schwerpunkt der Alltagsarbeit liegt woanders: Meist geht es darum, **Ersparnisse eines** halben oder eines ganzen **Berufslebens** oder ein kleines Erbe **umsichtig anzulegen**, um auf diese Weise ein kleines Zusatzeinkommen zu generieren. Will man diese Arbeit mit der nötigen Sorgfalt erledigen, muss man sich zahlreichen Herausforderungen stellen.

127

Kunden haben in der Regel nur **geringe Kenntnisse** über die verschiedenen Anlageformen. Schon das genaue Funktionieren eines Bausparvertrags bedarf der Erläuterung. Der Umgang mit Geld gehört nicht zu dem in der Schule vermittelten Allgemeinwissen. Über die Gründe lohnt es sich nachzudenken; für den Berater ist die Unwissenheit ein Faktum. Er ist mit einem **schwierigen didaktischen Problem** konfrontiert. Das **Informationsdefizit beim Kunden** wird derzeit **immer gravierender**, weil die auf dem Markt angebotenen Anlageformen immer komplexer werden. Discount-Zertifikate statt Aktien zu kaufen, zählt zu den leichteren Übungen. Beide sind im Übrigen „Finanzinstrumente“ im Sinne des KWG, was sich vom Alltagssprachgebrauch her jedenfalls nicht spontan erschließt.

128

Der Berater selbst ist **nicht in der Lage**, einen **vollen Marktüberblick** zu gewinnen. Als Individuum bleibt ihm gar nichts anderes übrig, als sich der Meinung seines Hauses anzuschließen und dessen Einschätzungen und Prognosen zu übernehmen. Diese sind oft ihrerseits von Dritten erstellt; nur große Banken und Bankengruppen können sich eine eigene Research-Abteilung leisten. Auch nur alles nachzuvollziehen, was auf den Schreibtisch kommt, ist nicht für alle Berater leistbar. Man kann nicht ausschließen, dass beim Kundengespräch ein Halbgebildeter mit einem völlig Ungebildeten redet.

129

Es gibt keine Anlagen, die gegen alle Risiken des Lebens in der Marktwirtschaft gesichert wären. „Mündelsichere“ Staatsanleihen sind ein fast schon banales Beispiel. Die kapitalgedeckte Rente kann weit hinter den Erwartungen zurückbleiben oder gar ganz wegfallen, weil das angesammelte Vermögen suboptimal angelegt wurde. **Ehrlich auf alle denkbaren Risiken hinzuweisen, würde gerade bei wenig geschäftserfahrenen Kunden jeden Vertragsschluss torpedieren.** In aller Regel erhöht sich das Einkommen des Kundenberaters, wenn er viele Vertragsschlüsse zustande bringt. Auch nur im üblichen Umfang über Risiken **aufzuklären, bedeutet also, dem eigenen Interesse zuwider zu handeln**, auf potientiellles Einkommen zu verzichten. Auch können die Beförderungschancen schlechter werden, wenn man den Ruf eines „Bedenkenträgers“ erwirbt.

2. Die Neuregelung

130

Seit der Finanzkrise sind verschiedene gesetzliche Regelungen erlassen worden, die einen besseren Anlegerschutz bewirken sollen (Überblick bei *Rosenblum*, DB 2012, 1105). Von erheblicher arbeitsrechtlicher Relevanz ist das Gesetz „zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts“ vom 5. April 2011 (BGBl I S. 538), das den § 34d in das WpHG eingefügt hat. Dort finden sich die folgenden Bestimmungen (dazu auch *Pinkepank/Schulze*, AiB 2011, 646 ff.):

131

Als Berater darf nach § 34d Abs. 1 WpHG nur eingesetzt werden, wer über die nötige **Sachkunde und Zuverlässigkeit** verfügt. § 1 Abs. 1 WpHGMAAnzV (=WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung vom 21. Dezember 2011, BGBl I S. 3116) umschreibt die Kenntnisse, die „insbesondere“ vorliegen und in der Praxis angewandt werden müssen. Nach § 4 Satz 1 der Verordnung können sie durch entsprechende berufsqualifizierende Abschlüsse (aber auch auf andere Weise) nachgewiesen werden. Wichtig ist insbesondere die sog. Alte-Hasen-Regelung des § 4 Satz 2 der Verordnung, wonach die Sachkunde vermutet wird, wenn eine Person seit dem 1. Januar 2006 ununterbrochen als Mitarbeiter in der Anlageberatung oder verwandten Gebieten tätig war. Die „Zuverlässigkeit“ wird bei weitem nicht in derselben Weise wie bei sicherheitsempfindlichen Bereichen überprüft (dazu *Däubler* SR 2012, 67 ff.). Sie ist nach § 6 der Verordnung vielmehr nur dann ausgeschlossen, wenn der Berater in den letzten fünf Jahren wegen eines Verbrechens oder wegen bestimmter Vergehen (Diebstahl, Betrug, Untreue, Geldwäsche, Hehlerei, Wucher, Steuerhinterziehung usw.) rechtskräftig verurteilt worden ist. Auch in diesen Fällen fehlt die Zuverlässigkeit nur „in der Regel“. Verkehrsdelikte bis hin zur fahrlässigen Tötung oder Körperverletzungen und Beleidigungen spielen keine Rolle. Dieselbe Regeln gelten im Grundsatz für Vertriebs- und Compliancebeauftragte (§§ 2 ff. der Verordnung).

132

Das eigentliche Problem liegt nicht in diesen durchaus einsichtigen Vorgaben, sondern in der Einschaltung der **BaFin**. Diese

errichtet nach § 34d Abs. 5 WpHG eine **Datenbank**, in die sämtliche Berater, Vertriebs- und Compliancebeauftragten bei allen Banken und Sparkassen aufgenommen werden. Schon vor Beginn einer entsprechenden Tätigkeit muss der Name des Mitarbeiters und die Filiale, wo er eingesetzt wird, der BaFin mitgeteilt werden. Dies betrifft einen Personenkreis von ca. 300.000 Arbeitnehmern. Erhebt ein Kunde eine Beschwerde, ist auch diese der BaFin unter Nennung des Namens des Mitarbeiters zu übermitteln, auf dessen Tätigkeit sie sich bezieht. Einzelheiten der Mitteilungen an die BaFin sind in § 8 WpHGMaAnzV geregelt.

3. Insbesondere: Eingriffsbefugnisse der BaFin

133

Nach § 34d Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpHG kann die BaFin dem Institut untersagen, eine Person weiter als Berater zu beschäftigen, die nicht oder nicht mehr als sachkundig und zuverlässig anzusehen ist. Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 gibt ihr die Möglichkeit, bei Pflichtverletzungen des Beraters diesen und seinen Arbeitgeber zu „verwarnen“ oder – weitergehend – **der Bank oder Sparkasse zu untersagen, den Mitarbeiter für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren in der angezeigten Tätigkeit, d. h. als Berater, zu beschäftigen**. Gegen diese Maßnahmen, die Verwaltungsakte darstellen, kann sich die Bank oder Sparkasse sowie der Berater durch Widerspruch und Klage vor dem Verwaltungsgericht zur Wehr setzen. Beides hat jedoch nach Abs. 4 Satz 4 keine aufschiebende Wirkung. Da bis zu einem Urteil eines Verwaltungsgerichts erster Instanz häufig mindestens zwei Jahre vergehen, hat die Entscheidung der BaFin definitiven Charakter, es sei denn, das Verwaltungsgericht würde die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO wiederherstellen. Ob für den Berater, der in dieser Funktion vorübergehend oder auf Dauer nicht mehr tätig sein darf, eine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Ergibt sich keine „Ausweichmöglichkeit“, kann man eine personenbedingte Kündigung nicht ausschließen (*Pinkepank/Schulze*, AiB 2011, 647).

134

Nach Abs. 4 Satz 2 kann die BaFin unanfechtbar gewordene Anordnungen **auf ihrer Internetseite öffentlich bekanntmachen**, es sei denn, diese Veröffentlichung wäre geeignet, den berechtigten Interessen des Unternehmens zu schaden. Eine Negativwirkung wird immer vorliegen, so dass es allein um die Frage gehen kann, ob „berechtigte“ Interessen der Bank oder Sparkasse tangiert sind. Der Name des betroffenen Mitarbeiters wird nach Abs. 4 Satz 3 nicht genannt, doch muss man damit rechnen, dass inoffiziell durchaus ein Personenbezug hergestellt wird. Analoge Regelungen gelten für Vertriebsbeauftragte und für Compliance-Beauftragte.

4. Die Sonderstellung sonstiger Anlageberater

135

Anlageberatung findet nicht nur bei Banken und Sparkassen statt. Daneben existieren zahlreiche gewerbliche „Vermittler“, die insbesondere auf dem sog. Grauen Kapitalmarkt Beteiligungen an Fonds vertreiben. Im Verhältnis zum Kunden besteht hier ein vergleichbares „Gefälle“ an Information und Erfahrung. Auch hier erhöht sich im Zweifel das Einkommen des angestellten Beraters, wenn es zu zahlreichen Geschäftsabschlüssen kommt. Es lag nahe, diese Fälle in den Anwendungsbereich des § 34d WpHG einzubeziehen. Eine entsprechender Entwurf des Bundesfinanzministeriums scheiterte jedoch am Bundeswirtschaftsministerium, das dem Wunsch von Beraterorganisationen nachgab und ein Sondergesetz in Aussicht stellte (so der Bericht in der Frankfurter Rundschau, abrufbar <http://www.fr-online.de/politik/fragwuerdige-spenden-die-fdp-sagt-dankeschoen>, aufgerufen am 20. 8. 2012). Dabei kam in der Öffentlichkeit der Verdacht auf, großzügige Spenden an die das Wirtschaftsministerium leitende FDP hätten dabei ihre Wirkung nicht verfehlt (<http://blog.abgeordnetenwatch.de/2010/12/09/gesetzentwurf-torpediert/> und <http://blog.abgeordnetenwatch.de/2010/12/08/abgeordnetenwatch-de-Bericht>, aufgerufen am 20.8.2012).

136

Die am 1. 1. 2013 in Kraft getretene Sonderregelung findet sich in den **§§ 34f und 34g GewO**. Auf ihrer Grundlage ist die **Finanzanlagenvermittlungsverordnung** (FinVermV) vom 2. Mai 2012 (BGBl I S. 1006) erlassen worden, die sich in vielen Punkten an den Regeln orientiert, die für Berater in Banken und Sparkasse gelten. So wird auch hier „Fachkunde“ und „Zuverlässigkeit“ vorausgesetzt. Auf der anderen Seite fehlt jede Beaufsichtigung durch die BaFin; vielmehr bleibt es Sache der **Gewerbeaufsichtsbehörden**, gegen etwaige Verstöße einzuschreiten. Angesichts der Komplexität der Materie und der fehlenden Erfahrung ist von ihnen eine sehr viel weniger intensive Kontrolle zu erwarten als von der auf „Finanzinstrumente“ spezialisierten BaFin. Außerdem gibt es keine zentrale Datenbank wie nach § 34d WpHG, sondern lediglich ein „Vermittlerregister“ nach § 11a GewO; die diesem mitzuteilenden Informationen finden sich in den §§ 6 bis 8 FinVermV. Schließlich **fehlen konkrete Interventionsmöglichkeiten gegenüber einzelnen Beschäftigten**; nach § 19 FinVermV liegt die Verantwortung für die Erfüllung ihrer Pflichten ausschließlich beim Gewerbetreibenden selbst, d. h. beim Arbeitgeber. Bei schweren Verstößen droht als Sanktion allein die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO, die kaum je praktische Bedeutung gewinnt und die ausschließlich gegen den Inhaber oder gegen mit der Leitung des Gewerbebetriebs betraute Personen ausgesprochen werden kann.

5. Verfassungsrechtliche Bedenken

137

Zunächst fällt auf, dass – wie gerade ausgeführt - die außerhalb von Banken und Sparkassen tätigen Berater sehr viel weniger intensiv kontrolliert werden. Hierfür fehlt es an einem erkennbaren sachlichen Grund. Der Anleger als Kunde ist nicht weniger schützbedürftig, wenn er sich nicht von der Landesbank Baden-Württemberg, sondern von einem „privaten“ Anlagevermittler beraten lässt. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese Marktteilnehmer den Ruf des „Unsoliden“ und „Spekulativen“ hätten, so dass der Kunde gewissermaßen von vorne herein gewarnt wäre und auf eigene Gefahr handeln würde. Sein **Vertrauen in sachgerechte Beratung** ist vielmehr **in gleicher Weise schutzwürdig**, wie wenn er sich der örtlichen Sparkasse oder der Deutschen Bank anvertraut. Dem hat der Gesetzgeber mittelbar auch dadurch Rechnung getragen, dass die Anforderungen an Sachkunde und Zuverlässigkeit durchaus vergleichbar sind. Nur die staatliche Aufsicht, die das geltende Recht durchsetzen soll, ist bei Banken und Sparkassen sehr viel intensiver und mit spezifischen Eingriffsbefugnissen bis hinein ins einzelne Arbeitsverhältnis verbunden. Hierfür besteht kein einsehbarer Grund, weshalb der **Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt** ist. In einem gerichtlichen Verfahren wäre außerdem der Frage nachzugehen, inwieweit die Herausnahme aus dem ursprünglichen Entwurf durch das Wirtschaftsministerium zusätzlich auf einem Fehler im Gesetzgebungsverfahren, d. h. einem durch Spenden erreichten „Entgegenkommen“ beruhte, was die Vorschrift (wohl) verfassungswidrig machen würde.

138

Zum zweiten wurde nach § 34d Abs. 5 WpHG eine **Datenbank** errichtet, die sämtliche Berater, Vertriebs- und Compliance-Beauftragten mit Namen und konkreter Funktion erfasst. Dies stellt einen **Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht** der Betroffenen dar, der einer Rechtfertigung bedarf. Soweit es um Personen geht, die nachweisbar ihre Pflichten verletzt haben oder über die Beschwerden eingegangen sind, ist hierfür ein ausreichender Grund gegeben: Ähnlich wie bei der Flensburger Verkehrszentraldatei wird auf diese Weise erkennbar, wer – durchaus auch an unterschiedlichen Arbeitsplätzen – immer wieder durch Verstöße oder mögliche Verstöße auffällt. Dies kann eine intensiviertere Aufsicht, die Empfehlung von Weiterbildungsmaßnahmen, aber auch Sanktionen nahe legen. Von vorne herein aber jeden Berater, Vertriebs- und Compliance-Beauftragten zu erfassen, **läuft auf eine Vorratsdatenspeicherung hinaus**, für die kein Anlass besteht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG (NJW 2010, 833) ist diese nur zulässig, wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dient. Davon kann hier nicht die Rede sein, weil es genügen würde, alle die Fälle zu erfassen, in denen zumindest der (durch Beschwerde bekannt gewordene) Verdacht einer Pflichtverletzung besteht. Die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs (BT-Drucksache 17/3628, S. 23 f.) vermittelt keine weitergehenden Aufschlüsse. Sie lässt stattdessen den Schluss zu, dass die Datenbank eine psychologische Wirkung auf die einzelnen Berater in dem Sinn ausüben soll, dass sie sich möglichst regelgerecht verhalten, weil ihnen die Kontrollmöglichkeiten nachhaltig vor Augen geführt werden. Disziplinierungszwecke vermögen jedoch keinen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht zu legitimieren.

139

Zum dritten kann und muss man sich die Frage stellen, ob nicht ein weniger weitgehender Eingriff gewählt werden könnte. Statt bei Fehlverhalten neue Sanktionsmöglichkeiten zu schaffen, müsste man die Verknüpfung zwischen der Vergütung und der Zahl der Vertragsabschlüsse lösen: Würde es nur noch Fixgehälter und Tantiemen bei einem guten Geschäftsergebnis des Gesamtunternehmens geben, wäre der zentrale Anreiz verschwunden, die Anleger nicht voll über bestehende Risiken aufzuklären. Aller Voraussicht nach wäre dies nicht nur das mildere, sondern auch das effektivere Mittel, um Fehlberatungen zur absoluten Ausnahmeerscheinung werden zu lassen. Insoweit stellt die geltende Regelung des § 34d WpHG einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG dar. Eine Verfassungsbeschwerde, die diese Gesichtspunkte aufgreift, ist derzeit beim BVerfG anhängig (1 BvR 2512/13). Soweit ersichtlich, sind in der Zwischenzeit zahlreiche Beschwerden bei der BaFin eingegangen, doch hat diese bisher keine Sanktionen verhängt.

III. Überwachung der Verwaltungsrats- und Aufsichtsratsmitglieder durch die BaFin

140

Durch die Finanzmarktgesetze von 2009 und 2010 wurde die Stellung der Aufsichtsratsmitglieder verändert. Auch soweit diese von der Arbeitnehmerseite gewählt sind, müssen sie nach § 36 Abs. 3 Satz 1 KWG „zuverlässig“ sein und die „Sachkunde“ besitzen, die zur Wahrnehmung ihrer Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die das Unternehmen betreibt, erforderlich ist. Dies wird von der BaFin überprüft, wobei sie den Umfang und die Komplexität der betriebenen Geschäfte berücksichtigt. Liegen Tatsachen vor, aus denen sich ergibt, dass die **Zuverlässigkeit oder die erforderliche Sachkunde fehlt**, kann die **BaFin** von den Organen des betreffenden Unternehmens verlangen, **die fragliche Person abzuverufen** oder ihr die Ausübung ihrer Tätigkeit zu untersagen. Diese Befugnis kollidiert ersichtlich mit dem Verfahren einer demokratischen Wahl bzw. Abwahl, weil nicht mehr das

Vertrauen der Wähler, sondern die (weitverstandene) A.,Eignung“ für das Verbleiben im Wahlamt maßgebend ist. Denselben Grundsatz auf Abgeordnete des Bundestags oder eines Landtags zu erstrecken, die Entscheidungen von ungleich größerer Tragweite als der Verwaltungsrat einer Sparkasse treffen, würde auf allgemeines Unverständnis stoßen.

141

Die **BaFin** hat im Dezember 2012 ein „**Merkblatt** zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG“ herausgegeben, das die Anwendung der genannten Vorschriften konkretisiert (abrufbar unter www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt). Es entschärft den Konflikt, indem es im Wege einer Vermutung die Eignung der gewählten Arbeitnehmervertreter bejaht. Im Einzelnen heißt es unter Nr. 1 a:

„Bei mitbestimmten Verwaltungs- und Aufsichtsorganen wird für Beschäftigte der jeweiligen Unternehmensgruppe, die unmittelbar in die wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe des Tagesgeschäfts des beaufsichtigten Unternehmens eingebunden sind, regelmäßig das Vorliegen der Sachkunde angenommen. Dies gilt auch für freigestellte Mitglieder des Betriebs- oder Personalrats, die dem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan angehören, sowie für die Arbeitnehmervertreter der Gewerkschaften, sofern sie aufgrund ihrer (Vor-)Tätigkeit mit diesen Abläufen vertraut sind.“

Unter Nr. 1 c wird weiter zu Recht darauf hingewiesen, dass auch bei fehlender Sachkunde die Tätigkeit in einem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan nicht generell ausgeschlossen ist. Vielmehr können die erforderlichen **Kenntnisse auch durch Fortbildung erworben** werden. Hierin liegt das **mildere Mittel**, das einer Anordnung der Abberufung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vorgeht. Das Erfordernis der Zuverlässigkeit wirkt keine vergleichbaren Probleme auf.

IV. Weitere Änderungen mit möglichen Auswirkungen im Arbeitsrecht

1. Betriebsänderungen und MaRisk

142

Die im Rundschreiben 10/2012 der BaFin enthaltenen „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ - MaRisk (abrufbar unter www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Rundschreiben/rs_1210_marisk_ba.html) enthalten unter AT 7.1 auch **Anforderungen an die Ausstattung mit Personal**. Dort heißt es:

„ 1. Die quantitative und qualitative Personalausstattung des Instituts hat sich insbesondere an betriebsinternen Erfordernissen, den Geschäftsaktivitäten sowie der Risikosituation zu orientieren. Dies gilt auch beim Rückgriff auf Leiharbeitnehmer.

2. Die Mitarbeiter sowie deren Vertreter müssen abhängig von ihren Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortlichkeiten über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen. Durch geeignete Maßnahmen ist zu gewährleisten, dass das Qualifikationsniveau der Mitarbeiter angemessen ist.

3. Die Abwesenheit oder das Ausscheiden von Mitarbeitern sollte nicht zu nachhaltigen Störungen der Betriebsabläufe führen.“

Besteht die Absicht, eine **mit Personalabbau verbundene Betriebsänderung** vorzunehmen, so ist jeweils genau zu prüfen, ob nach ihrer Umsetzung noch diesen Anforderungen Rechnung getragen wäre. So könnte durchaus der Fall eintreten, dass die im Betrieb verbleibenden Arbeitnehmer nicht mehr in der Lage sind, den Vorgaben der BaFin entsprechend die ihnen gestellten Aufgaben zu erfüllen. Darüber wäre in den Verhandlungen über den Interessenausgleich zu sprechen.

2. Outsourcing

143

Will die Bank oder Sparkasse einzelne Funktionen auf ein Drittunternehmen auslagern, so muss sie die **Voraussetzungen des § 25a Abs. 2 und 3 KWG** sowie des § 33 Abs. 2 WpHG beachten. Dies bedeutet, dass die Auslagerung bestimmter Aufgaben die Geschäftsorganisation nicht beeinträchtigen darf. Außerdem muss sichergestellt sein, dass die **BaFin** weiter **ihren Kontrollaufgaben** auch im Hinblick auf die ausgelagerten Betriebsteile **nachkommen** kann. Ist dies nicht der Fall, kann sie aktiv werden und die entsprechenden organisatorischen Maßnahmen anordnen. Auch dies kann bei Verhandlungen über einen Interessenausgleich eine Rolle spielen. Zudem dürfte einer betriebsbedingten Kündigung die soziale Rechtfertigung fehlen, wenn sie auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht, die gegen das KWG verstößt.

E. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

144

Kündigung und Aufhebungsverträge unterliegen im Bankensektor keinen generellen Modifikationen. Es sollen daher einige Hinweise genügen.

I. Freistellung während des Laufs der Kündigungsfrist

145

In vorformulierten Arbeitsverträgen wird nicht selten bestimmt, dass ein gekündigter Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist von der Arbeit freigestellt wird und dass damit sein Urlaubsanspruch abgegolten sei. Dies erweckt rechtliche Bedenken.

146

Zum einen kollidiert eine solche Freistellungsklausel mit dem **Anspruch** des Arbeitnehmers **auf tatsächliche Beschäftigung**, wie er in der Rechtsprechung des BAG anerkannt ist (BAG GS AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht). Danach ist der Arbeitgeber zu einer Freistellung nur dann befugt, wenn er sich hierfür auf ein überwiegendes Eigeninteresse berufen kann. Dies wird man z. B. bei einem dringenden Verdacht erheblicher Straftaten annehmen können, der das Vertrauensverhältnis zerstört. Eine „Suspendierung“ ist weiter dann gerechtfertigt, wenn ein Direktionsassistent, der wesentliche Geschäftsgeheimnisse kennt, von sich aus kündigt, um zu einer Konkurrenzfirma überzuwechseln (LAG Hamm DB 1994, 148). Fehlt es an derartigen Voraussetzungen, bleibt es auch während des Laufs der Kündigungsfrist bei dem Beschäftigungsanspruch (■■■■■ auch die **Entbindung von einzelnen Funktionen** kraft einseitiger Anordnung ist nicht zulässig (ArbG Frankfurt/Main AiB 1993, 742). Die von der Rechtsprechung vorgenommene Interessenabwägung kann von den Arbeitsvertragsparteien nicht korrigiert werden, da es sich beim grundsätzlichen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers um eine Schutznorm handelt (ebenso im Ergebnis *Preis*, Arbeitsvertrag, II F 10 Rn. 9). Möglich ist deshalb allenfalls, die Bedingungen für eine Freistellung etwas zu präzisieren (dazu Däubler/Bonin/Deinert-Däubler, Anhang, Rn. 218), doch ist eine generelle Erweiterung auf den gesamten Zeitraum der Kündigungsfrist nicht möglich (ebenso ArbG Stuttgart EzA-SD 2005 Nr. 14 S. 8; ArbG Frankfurt/Main NZA-RR 2004, 409 = DB 2004, 934; *Felser*, AiB 2006, 75; einschränkend LAG Hamm NZA-RR 2005, 358, wonach es zulässig sei, dem Arbeitgeber nach der Kündigung ein Freistellungsrecht einzuräumen, dessen Ausübung jedoch der gerichtlichen Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB unterliege).

147

Zum zweiten kann der Arbeitgeber auch dann, wenn die Freistellung als solche in Ordnung geht, **eine Anrechnung auf den Urlaub** nur unter bestimmten Voraussetzungen anordnen. Sie muss ausdrücklich erfolgen (■■■■■)

II. Aufhebungsverträge

148

Bei Aufhebungsverträgen ist nach § 623 BGB die **Schriftform** zu wahren. Häufig geben die Begleitumstände dem ausgeschiedenen Arbeitnehmer Anlass, den Vertrag nachträglich in Frage zu stellen. Ein Widerrufsrecht in analoger Anwendung des § 312 BGB wird von der Rechtsprechung abgelehnt (BAG NZA 2004, 597). Allerdings hat das BAG ausdrücklich darauf hingewiesen, den Arbeitgeber treffe eine Informationspflicht in Bezug auf die Folgen des Aufhebungsvertrags; außerdem müsse er das „Gebot fairen Verhandeln“ wahren (BAG NZA 2004, 597, 603; BAG AP Nr. 27 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag Tz. 35).

149

Wie weit die **Informationspflicht** geht, ist bislang nicht im Einzelnen geklärt. Wichtig ist, ob die Initiative zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber oder vom Arbeitnehmer ausgeht: Nur im ersten Fall hat der Arbeitgeber insbesondere über die Folgen bei der betrieblichen Altersversorgung und bei der Arbeitslosenversicherung zu informieren oder den Arbeitnehmer jedenfalls an eine Stelle zu verweisen, wo er verbindliche Auskünfte erhalten kann (Einzelheiten bei DDZ-Däubler, AufhebungsV, Rn. 93 ff.). Für die Richtigkeit einer ohne Vorbehalt gegebenen Auskunft muss der Arbeitgeber einstehen (BAG AP Nr. 24 zu § 1 BetrAVG = DB 1990, 2431; BAG DB 2001, 227). Sind sehr viele Informationen zu geben, muss dem Arbeitnehmer auch die **Zeit** eingeräumt werden, **um sie zu verarbeiten** und seine Handlungsmöglichkeiten einschließlich ihrer Erfolgsaussichten abzuschätzen. Im Regelfall des nicht vom Beschäftigten gewünschten Aufhebungsvertrags bedeutet dies, dass ihm **Bedenkzeit** einzuräumen ist. Ihre Länge bestimmt sich nach der Kompliziertheit der zu klärenden Fragen. Ein Rückgriff auf die pauschale Zwei-Wochen-Frist des § 355 BGB kommt nicht in Betracht.

150

Das **Gebot fairen Verhandeln** ist verletzt, wenn der Arbeitnehmer in unangemessener Weise unter Druck gesetzt wird. Dabei ist auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere darauf abzustellen, ob zu ungewöhnlichen Zeiten oder an ungewöhnlichen Orten verhandelt wurde, ob Zeitdruck oder intellektuelle Überlegenheit einer Seite bestand, weil diese durch mehrere Personen repräsentiert war und der Arbeitnehmer keine Möglichkeit zur Rücksprache mit

Beratern hatte (näher zu diesen aus dem US-amerikanischen Zivilrecht übernommenen Prinzipien *Lorenz*, JZ 1997, 277, 280 ff.). Wird nicht ausreichend informiert oder gegen das Verbot fairen Handelns verstoßen, macht sich der **Arbeitgeber schadensersatzpflichtig**. Der Schaden besteht in der Regel in der Auflösung des Arbeitsverhältnisses; diese ist daher nach dem Grundsatz der Naturalrestitution nach § 249 I BGB wieder rückgängig zu machen.

III. Diskriminierungsverbote

151

Auch bei der Auflösung von Arbeitsverträgen darf nicht wegen eines der Merkmale des § 1 AGG diskriminiert werden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn in einer bestimmten Abteilung allen Mitarbeitern, die das 40. oder das 45. Lebensjahr erreicht haben, ein Änderungs- oder ein Aufhebungsvertrag angeboten wird, bei dessen Ablehnung ihnen ein Entzug von Kompetenzen und faktische Nichtbeschäftigung drohen. Eine solche **Diskriminierung wegen Alters** ist nach den §§ 8 und 10 AGG nicht zu rechtfertigen; Vertragsangebote stellen dann eine „Benachteiligung“ im Sinne des § 7 Abs. 1 AGG dar, wenn für den Fall der Ablehnung Nachteile nicht auszuschließen sind (*Däubler/Bertzbach-Däubler*, § 7 Rn. 17). Der Entzug von Kompetenzen wäre als diskriminierender Akt unwirksam. Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung (BAG NZA 2010, 561), wenn Ältere aus einer allgemeinen Personalabbauaktion durch Angebot von Aufhebungsverträgen ausgeklammert werden; darin liege keine Benachteiligung.

IV. Zeugnis

152

Das bei Ausscheiden zu erteilende Zeugnis ist sorgfältig zu formulieren. Aus Sicht des Arbeitnehmers muss insbesondere darauf geachtet werden, dass künftige Arbeitgeber auch aus sehr „sanften“ Andeutungen keine falschen Schlüsse ziehen können. Einzelheiten sind im arbeitsrechtlichen Schrifttum eingehend abgehandelt (*ErfK-Müller-Glöge* und *DDZ-Däubler*, jeweils Erläuterungen zu § 109 GewO).