

Die rechtliche Seite eines Management Audits

(Klaus Wübbelmann)

Welche Rechte und Pflichten haben Teilnehmer eines Management Audits? Was darf der Arbeitgeber fragen? Wie ist der Betriebsrat einzubinden? Bei allen Regeln rund um das Audit hat der Schutz des teilnehmenden Arbeitnehmers oberste Priorität.

Als angestellter Arbeitnehmer wird ein Manager an einem Audit im Rahmen seines Arbeitsvertragsverhältnisses teilnehmen. Ganz grundsätzlich können zahlreiche arbeitsrechtliche Regelungen – sowohl aus dem Individualarbeitsrecht als auch dem Kollektivarbeitsrecht – ebenso wie allgemeine vertragliche und deliktische Vorschriften in Zusammenhang mit der Durchführung eines Management Audits eine Rolle spielen. Beim Aufsetzen eines Management Audits dienen diese Regelungen in erster Linie dem Schutz der teilnehmenden Arbeitnehmer. Im Folgenden sollen die rechtliche Ausgestaltung dieser Schutzvorschriften und der Umgang mit ihnen näher betrachtet werden.

Der Arbeitgeber hat bei der Durchführung eines Audits primär das Ziel, vertiefte Erkenntnisse über seine Mitarbeiter zu erlangen. Diese sollen als Entscheidungshilfe bei möglichen Entwicklungsschritten, Beförderungen der Teilnehmer oder gar bei Vertragsbeendigungen herangezogen werden.

Es geht hierbei nicht vorzugsweise um zusätzliche Erkenntnisse über die fachliche Qualifikation, sondern um Erkenntnisse über die Persönlichkeit des Managers, seine allgemeine Managementqualifikation, seine ‚soft skills‘. Aber was zeichnet Managementqualifikation aus? Die Liste ist lang, wenn man an Stichworte wie Belastbarkeit, Risikofreude, Ausstrahlung, Führungsfähigkeit, etc. denkt. Die hier bedeutsamen Merkmale und ihre Ausprägung sind häufig keine offenkundigen Eigenschaften eines Menschen, sondern Teile seines Unterbewusstseins oder Unbewusstseins, die auch ihm selbst verborgen sind. Um sie herauszufinden, bedarf es der Anwendung besonderer Verfahren, besonderer Fragestellungen oder der Herbeiführung besonderer Situationen. Dabei kann es sich um einen Eingriff in die Individual- oder gar Intimsphäre des Arbeitnehmers handeln, ein Vorgang, der von hoher Sensibilität ist und daher den besonderen Schutz des Managers vor unachtsamem oder gar schädigendem Umgang mit persönlichen und intimen Erkenntnissen/Informationen erfordert.

Innerhalb des Arbeitnehmerschutzes werden an dieser Stelle zunächst die Freiwilligkeit der Teilnahme und der Themenbereich „Fragerecht des Arbeitgebers – zulässige Fragen und unzulässige Ausforschung“ behandelt. Danach folgt eine Betrachtung der Beteiligung des Betriebsrats in Zusammenhang mit dem kollektiven Arbeitsrecht. Im Anschluss geht es um die vertragliche Beziehung zwischen Auftraggeber und externem Dienstleister und zum Ende des Beitrags um die Rechtsstellung des Managers im Besonderen bei Verletzung der aufgezeigten Regeln.

Freiwilligkeit der Teilnahme

Zur Durchführung mündlicher Befragungen, von Rollenspielen oder psychologischer Tests in Zusammenhang mit einem Management Audit ist das Einverständnis des Teilnehmers notwendig. Der Ablauf eines Audits ohne die Bereitswilligkeit zur Mitarbeit durch den Teilnehmer ist nicht vorstellbar.

Was passiert aber, wenn ein Manager um die Teilnahme am Audit gebeten wird, aber nicht möchte, da er beispielsweise solch persönliche Informationen nicht preisgeben will oder das ganze Prozedere für Unsinn hält. Eine Entscheidung gegen die Teilnahme ist – nimmt man die Freiwilligkeit ernst – möglich und zulässig. Dennoch wird sie in der Praxis selten vorkommen, da der Arbeitgeber im Regelfall negative Schlüsse aus einer Absage ziehen wird und bei der nächsten anstehenden Personalentscheidung mit seinen „Entscheidungshilfen“ über andere Manager arbeiten wird, die ihre Teilnahme nicht verweigert haben. Auch bei „wohlwollender“ Bewertung des Verhaltens durch den Arbeitgeber wird der Aspekt der Nicht-Mehr-Vergleichbarkeit mit den Kollegen sicherlich eine eher negative Rolle spielen.

Die Freiwilligkeit der Teilnahme alleine macht aber noch lange nicht jede Frage zulässig. Zu unterscheiden ist hier zwischen denjenigen Informationen, auf deren Einholung der Arbeitgeber ein Recht hat, weil sie unmittelbaren Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis oder zum konkreten Arbeitsplatz haben, von der so genannten unzulässigen Ausforschung. Ersteres hat die Pflicht des Arbeitnehmers zur wahrheitsgemäßen Beantwortung zur Folge, Letzteres gibt das „Recht“ zur konsequenzlosen Lüge, da der Arbeitgeber kein Recht zur Kenntniserlangung hat.

Fragerecht des Arbeitgebers – zulässige Fragen und unzulässige Ausforschung

Analysen zum Fragerecht des Arbeitgebers in Zusammenhang mit Einstellungsinterviews, Personaldatenerfassung oder dem Einholen psychologischer Gutachten sind in der Literatur zur Genüge vorhanden und gelten entsprechend bei der Durchführung des Management Audits.

Grundsätzlich muss eine objektiv nachvollziehbare Notwendigkeit für die Frage und die damit erbetene Information bestehen. Diese ist in der vertraglichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das heißt im Arbeitsverhältnis mit all seinen Rechten und Pflichten zu suchen. Zulässige Informationen beziehen sich daher unmittelbar auf den Arbeitsplatz oder zumindest das Arbeitsverhältnis allgemein.

Unkritisch sind beispielsweise Fragen nach Fähigkeiten technischer oder fachlicher Art. Auch Fragen nach relevanten persönlichen Eigenschaften wie zum Beispiel dem Managementverhalten („sind Sie belastbar, können Sie gut delegieren..“) sind ohne weiteres zulässig. Informationen, die darüber hinausgehen und in intensiverer, subtiler Art der Befragung, wie sie zum Beispiel in psychologischen Gutachten oder bei Intelligenztests üblich sind, erhoben werden, sind für den Arbeitgeber eigentlich tabu. Was hier gilt, gilt auch für Management Audits. In einem Audit, das unter Zugrundelegung psychologischer Erkenntnisse

unbewusste Aspekte einer Persönlichkeit analytisch aufbereiten und erhellen soll, werden mit Sicherheit auch solche Informationen erhoben, die unter dem Gesichtspunkt des arbeitgeberseitigen Fragerechts als unzulässig einzustufen wären. Folglich könnte der Arbeitnehmer bei Falschbeantwortung nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Lösbar ist das Problem, in dem der Arbeitgeber entweder den Manager bittet, die unzulässige „Ausforschung“ zuzulassen, wohl wissend, dass er keinen arbeitsrechtlich begründeten Anspruch auf die Informationen hat. Dies ließe einen Arbeitnehmer zurück, der gegebenenfalls das ungute Gefühl hat, dass sein Arbeitgeber über Erkenntnisse verfügt, die sogar ihm selbst unbekannt sind. Ein vielleicht besserer Weg ist durch das Hinzuziehen eines externen Dienstleisters gegeben, der aus den Detailantworten mit Hilfe seiner Erfahrung sowie seiner methodischen und psychologischen Ausbildung ein Exzerpt der Ergebnisse erstellt, welches dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird. Der Auftraggeber erfährt somit nur etwas über die Eignung seines Mitarbeiters für eine Position und erhält Aussagen über Teamfähigkeit, Führungsverhalten etc. Einzelne Antworten oder Teilergebnisse des Audits bekommt er nicht zu Gesicht.

Betriebsrat und Management Audit

Entgegen einer weit verbreiteten Meinung sind Manager mit Vorgesetztenfunktion im Regelfall normale Mitarbeiter eines Unternehmens und werden mit Ausnahme von Leitenden Angestellten vom Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) erfasst. Somit fallen solche Mitarbeiter grundsätzlich auch in den Zuständigkeitsbereich des Betriebsrats. Sofern die Durchführung eines Management Audits als kollektiver Sachverhalt auftritt und nicht nur ein einzelner Manager betroffen ist, bestehen für den Betriebsrat Beteiligungsrechte in Form von Informations- und Mitbestimmungsrechten.

Der Betriebsrat wird durch § 80 BetrVG zum Hüter der allgemeinen Gesetze im Unternehmen. Um dieser Rolle nachkommen zu können, besteht eine ganz grundsätzliche Informationsverpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat über für Unternehmen oder Mitarbeiter relevanten Planungen, Entscheidungen und Maßnahmen. Grundsätzlich bedeutet dies die Information des Betriebsrats bereits in der Planungsphase eines Management Audits.

Außerdem hat der Betriebsrat ein echtes Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung eines Management Audits. Dies lässt sich aus den im Rahmen von §§ 94 ff. BetrVG aufgeführten Mitbestimmungsrechten ableiten. Die Wahrnehmung des Mitbestimmungsrechts beim Aufsetzen eines Audits setzt deshalb den Abschluss einer Betriebsvereinbarung voraus. Der Betriebsrat hat ein Recht auf Mitbestimmung zum Beispiel bei der Auswahl der anzuwendenden Methode und des externen Anbieters sowie bei der Aufstellung der allgemeinen Beurteilungsgrundsätze und den Inhalten der Auswahlrichtlinien. Das Mitbestimmungsrecht endet bei Inhalten im Einzelnen oder der Einzelfallbewertung, bei einzelnen Fragen oder deren individueller Beantwortung beziehungsweise deren Bewertung.

Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat nicht einigen, besteht die Möglichkeit, die Einigungsstelle anzurufen, deren Entscheidung die Einigung ersetzt.

Die vertragliche Beziehung zwischen externem Dienstleister und Arbeitgeber

Nach der Einigung mit dem Betriebsrat folgen nun Verhandlungen mit dem ausgewählten Dienstleister. Bei der Auswahl eines Dienstleisters und der sich anschließenden Vertragsgestaltung sollten vor allem zwei Dinge eine Rolle spielen: die Qualität der Methode (und ihre Wissenschaftlichkeit) sowie der Leistungsumfang des Anbieters. Diese beiden Punkte sind eng miteinander verbunden, da jede Methode, sei sie auch noch so wissenschaftlich, dort, wo die individualisierte Ableitung durch die handelnde Person stattfindet, von dieser abhängig und damit subjektiv ist.

Allgemein muss ein Vertrag gemäß Cornelia Agel (siehe weiterführende Literatur) grundsätzlich unter anderem folgende Punkte regeln: Vertragspartner, angewendete Methode, Modalitäten der Durchführung, Art der Aufbereitung und Kommunikation der Ergebnisse.

Der Vertrag wird zwar zwischen externem Dienstleister und Arbeitgeber geschlossen, dennoch hat er mittelbar Auswirkungen auf den zu beurteilenden Manager. Deshalb wird er in Teilen ein Vertrag zu Gunsten Dritter sein, der z.B. Einsichts- und Informationsrechte des Managers sowie Zugang zu und Aufbewahrung von Unterlagen regelt.

Ist der Vertrag ein Werk- oder ein Dienstvertrag? Ist Erfolg oder Leistung geschuldet? Nach herrschender Meinung handelt es sich wohl um einen gemischten Vertrag, einen Werkvertrag mit festen Zusicherungen, wie die Art der Durchführung, die zeitliche Aufwendung oder die Art der Ergebnisberichterstattung. Darüber hinaus enthält der Vertrag keine Garantien, insbesondere keine Erfolg Zusicherungen qualitativer Art, womit eine Leistung aber gerade kein Erfolg geschuldet wird.

Verletzung der Rechte des Managers – was nun?

Eine ausdrückliche Regelung der Rechte des Managers existiert nicht. Seine Rechtsposition wird im Wesentlichen im Rahmen der allgemeinen Schutz- und Unterlassungsregelungen des Bürgerlichen Rechts geschützt, woraus sich grundsätzlich folgende Rechte ergeben: Datenschutzrechte, Recht auf Unterlassung, Recht auf Schadenersatz.

Was passiert, wenn der externe Dienstleister (persönliche Detail-)Daten an Unbefugte weitergibt oder der Manager die Ergebnisse des Audits für völlig falsch hält? Hat er Möglichkeiten, die Weitergabe der Unterlagen zu stoppen, die Ergebnisverwendung zu verhindern oder auf der Erstellung eines Gegengutachtens zu bestehen? Grundsätzlich ergibt sich aus Datenschutz (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) und arbeitsrechtlicher Fürsorgepflicht eine Geheimhaltungspflicht für den externen Dienstleister ebenso wie für den Arbeitgeber. Unterlagen müssen für Unbefugte unzugänglich aufbewahrt werden und im Audit erstellte Unterlagen (Skizzen, Fragebögen) sind zeitnah zu vernichten. Ein Recht auf Korrektur, Wiederholung oder Erstellung eines Gegengutachtens be-

steht nicht. Sind die Ergebnisse richtig und hat der Manager der Durchführung des Audits zugestimmt, so hat er auch bei negativ ausfallender Einschätzung keine Handhabe gegen die Einbeziehung der Ergebnisse in zukünftige Entscheidungen seines Arbeitgebers.

Was passiert mit Unterlagen, wenn ein Manager aus dem Unternehmen des Auftraggebers ausscheidet? Aus § 1004 BGB wird von der herrschenden Rechtsprechung ein Recht auf so genannte informationelle Selbstbestimmung und damit ein durchsetzbarer Anspruch beispielsweise auf die Vernichtung oder die Nicht-Verbreitung der Management Audit-Unterlagen gegen den externen Dienstleister bzw. den Auftraggeber begründet, es sei denn, es liegt ein berechtigtes Interesse an der Aufbewahrung vor.

Was passiert, wenn ein Manager fälschlicherweise negativ beurteilt wurde? Hat er einen Anspruch auf Schadensersatz? Grundsätzlich wird aus § 823 Abs. 1 BGB ein Schadensersatzanspruch abgeleitet, wenn ein Dritter ein „sonstiges Recht“, in unserem Fall das Recht auf Achtung und Entfaltung der Persönlichkeit, widerrechtlich verletzt hat. Der Geschädigte kann Anspruch auf Beseitigung, auf Gegendarstellung oder in Ausnahmefällen auch auf finanzielle Entschädigung haben.

Ist der Schaden in soweit materiell, als dass der Manager aufgrund einer negativen Beurteilung nicht befördert oder gar nicht eingestellt wurde, so kann er Ersatz geltend machen. Hierbei ist er vom Schädiger im Rahmen des negativen Interesses so zu stellen, als wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten. Er hat hingegen keinen Anspruch darauf, so gestellt zu werden, als wäre das positive Ereignis eingetreten. Die Auszahlung der Differenz zum Gehalt auf der Position, die der Manager nach einer Beförderung innegehabt hätte, ist also reine Wunschvorstellung.

Denkbar wäre in extremen Fallgestaltungen des Weiteren Schadensersatz aufgrund eines Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 826 BGB) oder wegen Überschreitung des Fragerechts (§ 280, §§ 311f. BGB).

Auch hier zeigt die nähere Betrachtung in der Praxis vor allem der Versuch im Einzelfall einen finanziellen Schaden kausal abzuleiten, dass diese Schutzrechte eher „zahnlose Papiertiger“ sind.

Durch die Darstellung ist deutlich geworden sein, dass die Durchführung eines Management Audits rechtlichen Regeln unterliegt, die der Sensibilität der Thematik und dem Schutzbedürfnis der unmittelbar Beteiligten Rechnung tragen und daher von Auftraggebern ebenso wie externen Dienstleistern bei der Durchführung eines Management Audits zu beachten sind.

Literatur

Agel, C. (2005). Management Audit - eine Betrachtung aus rechtlicher Sicht. In: K. Wübbelmann. Handbuch Management Audit. Göttingen: Hogrefe, S. 167-204.