

Lena Rudkowski

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Whistleblowing,
Arbeitnehmerüberwachung,
Auskunftspflichten

3. Auflage



Springer Gabler

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Lena Rudkowski

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Whistleblowing, Arbeitnehmerüber-
wachung, Auskunftspflichten

3. Auflage

Lena Rudkowski
Fachbereich Rechtswissenschaft
University of Giessen
Gießen, Deutschland

ISBN 978-3-658-38428-9 ISBN 978-3-658-38429-6 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-38429-6>

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2022

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Planung/Lektorat: Catarina Gomes de Almeida

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Vorwort

Immer weiter reichende Pflichten der Unternehmen ziehen immer größere Haftungsrisiken nach sich und machen es für die Unternehmen umso dringender, Rechtsverstöße ihrer Arbeitnehmer zu vermeiden, begangene Rechtsverstöße aber aufzuklären und zu ahnden. Zugleich dürfen Unternehmen bei dem Bemühen, rechtstreu Verhalten ihrer Mitarbeiter sicherzustellen, nicht selbst rechtsbrüchig werden.

Das vorliegende Buch gibt eine Übersicht, wie Unternehmen das Verhalten ihrer Arbeitnehmer kontrollieren und so Compliance-Verstöße aufdecken und ermitteln können, ohne dabei selbst rechtliche Grenzen zu überschreiten. Es beleuchtet dafür die rechtlichen Fragen, die sich bei der präventiven Routinekontrolle stellen, ebenso wie den „Ernstfall“, die internen Ermittlungen gegen Unternehmensangehörige anlässlich eines im Raume stehenden Rechtsverstoßes („investigation“). Damit bietet es einen Leitfaden für Compliance-Beauftragte und sonstige Führungskräfte, die zwischen Compliance und Arbeitnehmerrechten in ihrer täglichen Praxis einen angemessenen Ausgleich finden müssen.

Die 3. Auflage dieses Buches behandelt u. a. die Änderungen, die durch Umsetzung der Hinweisgeberschutz-Richtlinie (EU 2019/1937) im nationalen Recht eingetreten sind. Zudem sind aktuelle Entwicklungen zur DSGVO aufgegriffen.

Lena Rudkowski

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Berechtigung des Arbeitgebers zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle	2
1.2	Pflicht des Arbeitgebers zur „Compliance“?	2
1.3	Rechtliche Grenzen der Arbeitnehmerkontrolle im Überblick	3
1.3.1	Datenschutzrecht	3
1.3.2	Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung	5
1.3.3	Telekommunikationsrecht	5
1.3.4	Betriebsverfassungsgesetz	5
1.3.5	Deutscher Corporate Governance Kodex	6
1.3.6	Verbandssanktionengesetz-Entwurf	6
1.3.7	Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen	6
	Literatur	9
2	Maßnahmen der regelmäßigen Selbstkontrolle	11
2.1	Interne Informationsbeziehungen	11
2.1.1	Melde- und Berichtspflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber	12
2.1.2	Internes Whistleblowing und weitere Meldestellen	14
2.2	Vorbemerkung: Schutz personenbezogener Daten durch das Datenschutzrecht	21
2.2.1	Kernregelungen von DSGVO und BDSG	22
2.2.2	Rechtsgrundlage: Einwilligung des Arbeitnehmers	23
2.2.3	Rechtsgrundlage: Betriebsvereinbarung	24
2.2.4	Rechtsgrundlage: § 26 BDSG	26
2.2.5	Zulässigkeit verdeckter präventiver Kontrolle	28
2.2.6	Beteiligung des Betriebsrats	29
2.2.7	Auskunftsrechte bzgl. der gespeicherten Daten	33
2.2.8	Löschung der Daten	33

2.2.9	Folgen unzulässiger Überwachung	34
2.2.10	Einbindung des Datenschutzbeauftragten	35
2.3	Videoüberwachung	35
2.3.1	Zulässigkeit der Videoüberwachung	37
2.3.2	Absolute Überwachungsverbote	40
2.3.3	Weitere Verarbeitung und Datenlöschung	41
2.3.4	Folgen fehlerhafter Überwachung	41
2.3.5	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	42
2.4	Überwachung der Telekommunikation	42
2.4.1	Telefonverbindungen	43
2.4.2	Faxverbindungen	47
2.4.3	Online-Kommunikation	48
2.4.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	53
2.5	Überprüfung von Dokumenten	53
2.5.1	Grundsätze für die Auswertung privater und dienstlicher Dokumente.	54
2.5.2	Feststellung der Privatheit/Dienstlichkeit	55
2.5.3	Auswertung personenbezogener Daten Dritter	56
2.5.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	56
2.6	Kontrolle des IT-Nutzungsverhaltens.	57
2.6.1	Kontrolle kommunikationsnetzgestützten Verhaltens	58
2.6.2	Überprüfung sonstigen IT-Nutzungsverhaltens.	60
2.6.3	Insbesondere: Kontrolle des Verhaltens in sozialen Medien	62
2.6.4	Insbesondere: Big Data, Predictive Policing und People Analytics	64
2.6.5	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	65
2.7	Verwendung biometrischer Daten	66
2.7.1	Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung bio- metrischer Daten	67
2.7.2	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	68
2.8	Ortungssysteme und Telematik	68
2.8.1	Zulässigkeit der Ortung	68
2.8.2	Zulässigkeit von Telematik und sonst über die Ortung hinaus- gehenden Funktionen.	70
2.8.3	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	71
2.9	Datenscreenings	71
2.9.1	Allgemeines Datenscreening	72
2.9.2	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	74
2.10	Weitere Ermittlungsmaßnahmen	74
2.10.1	Ehrlichkeitskontrolle	75
2.10.2	Torkontrolle	76

2.10.3	Durchsuchung von Büros, Einrichtungsgegenständen und persönlichen Behältnissen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz	78
2.10.4	Testkunden	79
	Literatur	81
3	Interne Ermittlungen	85
3.1	Pflicht zu internen Ermittlungen	86
3.1.1	Strafrechtliche Pflichten	86
3.1.2	Aufsichtsrechtliche Pflichten	87
3.1.3	Gesellschaftsrechtliche Pflichten	88
3.1.4	Sonderfall: Pflichten nach Eingang eines Hinweises	88
3.1.5	Exkurs: Interne Ermittlungen im Unternehmensstrafrecht	89
3.2	Allgemeine Anforderungen an das Verfahren	90
3.2.1	Anforderungen an die Ermittlungsinstanz	90
3.2.2	Vertraulichkeit	91
3.2.3	Maßnahmen der Schadensminderung	91
3.3	Vorbemerkungen zu den Ermittlungsmaßnahmen	91
3.3.1	Rechtsgrundlage: Einwilligung	92
3.3.2	Rechtsgrundlage: Rahmenbetriebsvereinbarung und Betriebsvereinbarung im Einzelfall	92
3.3.3	Rechtsgrundlage: § 26 Abs. 1 S. 1, 2 BDSG	93
3.3.4	Zweckänderung	96
3.3.5	Zulässigkeit verdeckter Überwachung	97
3.3.6	Beteiligung des Betriebsrats	98
3.3.7	Löschung der Daten	99
3.3.8	Folgen unzulässiger Überwachung	100
3.3.9	Einbindung des Datenschutzbeauftragten	100
3.4	Videoüberwachung	100
3.5	Überwachung der Telekommunikation	102
3.5.1	Zugriff auf Telefonverbindungsdaten und Gesprächsinhalte	103
3.5.2	Zugriff auf den Telefaxverkehr	106
3.5.3	Online-Kommunikation	106
3.5.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	111
3.6	Überprüfung von Dokumenten	111
3.6.1	Zugriff auf dienstliche Dokumente	113
3.6.2	Zugriff auf private Dokumente des Arbeitnehmers	113
3.6.3	Zugriff auf geschäftlich-private Dokumente	113
3.6.4	Zugriffsrecht zur Feststellung der Privatheit	113
3.6.5	Auswertung personenbezogener Daten Dritter	114
3.6.6	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	114
3.7	Überwachung der IT-Nutzung	114

3.7.1	Kontrolle kommunikationsnetzgestützten Verhaltens	115
3.7.2	Kontrolle sonstigen IT-Nutzungsverhaltens.	116
3.7.3	Insbesondere: Kontrolle des Verhaltens im „Web 2.0“	117
3.7.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	119
3.8	Verwendung biometrischer Daten	119
3.9	Verwendung von Standortdaten	120
3.10	Datenscreening.	121
3.11	Befragung von Arbeitnehmern („Interviews“).	122
3.11.1	Gespräch mit dem verdächtigen Arbeitnehmer	122
3.11.2	Gespräch mit dem Zeugen-Arbeitnehmer	126
3.11.3	Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Arbeitnehmer	127
3.11.4	Hinzuziehung externer Ermittler	127
3.11.5	Beteiligung des Betriebsrats	128
3.11.6	Protokollierung	129
3.12	Weitere Ermittlungsmaßnahmen	129
3.12.1	„Lockvogeleinsatz“ und Ehrlichkeitskontrollen	129
3.12.2	Durchsuchung bei Torkontrollen	130
3.12.3	Durchsuchung persönlicher Gegenstände des Arbeitnehmers	130
3.12.4	Durchsuchung von Betriebsräumen und Inventar	131
3.12.5	Überwachung des Arbeitnehmers durch Dritte	133
3.13	Abschluss der Ermittlungen.	135
	Literatur.	135
4	Folgen des Compliance-Verstoßes	137
4.1	Abmahnung des Arbeitnehmers und Beendigung des Arbeitsvertrags	137
4.1.1	Absehen von Abmahnung/Beendigung des Arbeitsvertrags	137
4.1.2	Abmahnung wegen eines Compliance-Verstoßes	138
4.1.3	Kündigung wegen des Compliance-Verstoßes	141
4.1.4	Aufhebungsvertrag nach Compliance-Verstoß	150
4.1.5	Sanktionierung wegen unzureichender Mitwirkung bei der Aufklärung.	150
4.2	Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer.	151
4.2.1	Vertretenmüssen und Beweislast	152
4.2.2	Ersatzfähiger Schaden	152
4.2.3	Innerbetrieblicher Schadensausgleich	153
4.3	Herausgabe von Bestechungsgeld	155
4.4	Sonderfälle: Folgen unzulässigen Whistleblowings und unzulässiger Ermittlungsmaßnahmen	155
4.4.1	Folgen fehlerhaften Whistleblowings	156
4.4.2	Folgen unzulässiger Ermittlungsmaßnahmen	159

4.5	Anreize zur Aufklärung des Compliance-Verstoßes:	
	Sanktionsverzicht/„Amnestie“	163
4.5.1	Kündigungsverzicht	165
4.5.2	Haftungsverzicht	165
4.5.3	Übernahme von Rechtsverteidigungskosten	166
4.5.4	Verzicht auf Strafanzeige oder Strafantrag	167
4.5.5	Mitbestimmung des Betriebsrats	167
4.6	Schadensminderung und „lessons learned“ beim Arbeitgeber	168
	Literatur	168
5	Ausblick auf anstehende Gesetzgebung	171

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
ArbG	Arbeitsgericht
ArbStättV	Arbeitsstättenverordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BDSG-E	Regierungsentwurf für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz (2010)
BeckRS	Beck'sche Rechtsprechungssammlung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Bsp.	Beispiel
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	Beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (Zeitschrift)

DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutsche Corporate Governance Kodex
Ders.	Derselbe (Autor)
d. h.	das heißt
Dies.	Dieselbe (Autorin)
D&O-Versicherung	Directors-and-Officers-Versicherung
DS-GVO-E	im Gesetzgebungsprozess befindliche europäische Datenschutz-Grundverordnung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EU	Europäische Union
f.	Folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	Gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	Gegebenenfalls
GmbHG	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPS	Global Positioning System; Globales Positionsbestimmungssystem
grds.	Grundsätzlich
GwG	Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. Erg.	im Ergebnis
ILO	International Labour Organization; Internationale Arbeitsorganisation (IAO)
i. S. d.	im Sinne des
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	littera (Buchstabe)
Ls.	Leitsatz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
mglw.	Möglicherweise
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
m. N.	mit Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift (Zeitschrift)

NJW	Neue juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
o. ä.	oder ähnlich(e/s/r)
o. g.	oben genannt(e/r)
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
RFID	radio-frequency identification
Rn.	Randnummer
Rsprg.	Rechtsprechung
S.	Satz/siehe
SGB II	Sozialgesetzbuch, Zweites Buch
SGB VII	Sozialgesetzbuch, Siebtes Buch
sog.	sogenannt(e/r)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
St. Rsprg.	Ständige Rechtsprechung
TKG	Telekommunikationsgesetz
TMG	Telemediengesetz
TTDSG	Telekommunikations-Telemedien-Datenschutz-Gesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
WM	Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Zeitschrift)
WpDVerOV	Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunter- nehmen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)



Das Kapitel bietet einen Überblick über rechtliche Grenzen der Arbeitnehmerkontrolle und untersucht die Pflicht des Arbeitgebers zur „Compliance“.

„Der Meister ist befugt und schuldig, über das Betragen der Gesellen Aufsicht zu führen, [...] und [sie] zu einem stillen und regelmäßigen Lebenswandel zu ermahnen.“

Diese „Compliance-Bestimmung“ stammt aus dem Jahr 1794, aus dem Preußischen Allgemeinen Landrecht.¹ Auch wenn die Rechte und Pflichten des Arbeitgebers zur Aufsicht über seine Arbeitnehmer sich heute, anders als im Jahr 1794, auf den Arbeitsplatz beschränken, ist mit dem Arbeitsvertrag noch immer das Recht des Arbeitgebers verbunden, Regeln für die arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit zu setzen und ihre Einhaltung zu überprüfen.

Aber auch, dass die Arbeitnehmer die allgemeinen, von staatlicher Seite gesetzten Regeln einhalten, die bei Ausübung ihrer Tätigkeit einschlägig sind, ist im Interesse des Arbeitgebers: Rechtsverstöße der Arbeitnehmer in Ausübung ihrer Tätigkeit können zivil-, straf- und öffentlich-rechtliche Folgen für den Arbeitgeber nach sich ziehen. Das Handeln der Arbeitnehmer bestimmt wesentlich über die Rechtstreue des Unternehmens. „Compliance“-Maßnahmen (von engl. to comply, erfüllen, einhalten) sollen daher negative Folgen für das Unternehmen vermeiden, indem sie die Rechts- und Regeltreue der Arbeitnehmer – und damit des Unternehmens – sicherstellen.

¹ § 356 des 8. Titels im 2. Teil des ALR 1794.

1.1 Berechtigung des Arbeitgebers zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle

Die Berechtigung des Arbeitgebers, die Rechts- und Vertragstreue seiner Arbeitnehmer zu überprüfen, hat seine Grundlage im Weisungs- oder Direktionsrecht, wie es aus dem Arbeitsvertrag folgt: § 106 GewO formuliert, dass der Arbeitgeber „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen“ darf. Wer Weisungen erteilen darf, darf auch ihre Einhaltung überprüfen. Zugleich folgt aus dem Weisungsrecht, aus der Organisationshoheit des Arbeitgebers im Betrieb, dass er Ordnung und Verhalten des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz festlegen darf. Ob er hierzu das Mittel einer konkreten Weisung auf den Einzelfall wählt, oder – wie in größeren Unternehmen heute praktisch üblich – allgemeine Regelwerke insbesondere zum Verhalten am Arbeitsplatz aufstellt („Compliance-Kodizes“, „Ethik-Richtlinien“, „Mission Statements“), ist dem Arbeitgeber überlassen.²

1.2 Pflicht des Arbeitgebers zur „Compliance“?

Auch wenn in der öffentlichen Diskussion mitunter etwas anderes suggeriert wird – eine „Compliance-Pflicht“ in dem Sinne, dass er aktiv ein Compliance-System bereithalten oder selbst in einem Mindestmaß Leistungs- und Verhaltenskontrolle betreiben müsste, trifft den Arbeitgeber abseits besonders regulierter Wirtschaftszweige (wie etwa Versicherungen und Institute, § 29 VAG, § 25a KWG) nicht. Erst recht besteht keine Pflicht zur Aufklärung von Compliance-Verstößen, die von Arbeitnehmern in Ausübung ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit (möglicherweise) begangen wurden.

Auch aus dem Strafrecht folgt für den Arbeitgeber weder eine Pflicht, rechtswidriges Verhalten seiner Arbeitnehmer anzuzeigen (von Extremfällen wie § 138 StGB abgesehen), noch, ein Compliance-System zu installieren.

Dennoch ist eine am Risikoprofil des Unternehmens ausgerichtete Kontrolle anzuraten: Rechtsverstöße der Arbeitnehmer führen sonst u. U. zur zivilrechtlichen Haftung des Arbeitgebers gegenüber geschädigten Dritten etwa nach § 831 BGB.

Und auch wenn strafrechtlich die Verantwortung für einen Rechtsverstoß (nur) denjenigen trifft, der den Straftatbestand verwirklicht hat, und dem Unternehmen selbst – in Ermangelung eines Unternehmensstrafrechts in Deutschland (zum Verbandssanktionengesetz noch Abschn. 1.3.6) – keine strafrechtlichen Konsequenzen drohen: Bei Verwirklichung einer Straftat durch Arbeitnehmer kann auch eine eigene Strafbarkeit der Geschäftsleitung im Raume stehen, etwa wegen Begehung durch Unterlassen (§ 13 StGB), wenn eine Pflicht zur Abwendung des vom Arbeitnehmer

²Zur Implementierung von solchen Regelwerken schon *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617; *Steffen/Stöhr*, RdA 2017, 43, 45 f.

verwirklichten Erfolgs bestand.³ Hier streiten mithin nicht die Interessen des Unternehmens, sondern von Personen in Vorgesetztenfunktion für die Kontrolle der nachgeordneten Arbeitnehmer. Daneben kann speziell den Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens auch eine Sanktionierung nach § 130 Abs. 1 OWiG treffen, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist.

Die gesellschaftsrechtliche Pflicht der Geschäftsleitung zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung setzt ebenfalls ein – für das jeweilige Unternehmen mit seinen jeweiligen Besonderheiten individuell zu bestimmendes – Maß an Kontrolle voraus. Eine Verletzung der Pflicht führt u. U. zur Haftung der betroffenen Geschäftsleiter (etwa nach § 93 AktG). Zudem sprechen mit einem Rechtsverstoß u. U. verbundene wirtschaftliche Folgen – etwa verursacht durch Reputationsschäden – für eine Kontrolle der Arbeitnehmer.

Zugleich besteht ein eigenes Interesse des Arbeitgebers, sich vor gegen ihn gerichtete Taten seiner Arbeitnehmer zu schützen – hier handelt es sich um einen der Hauptfälle der Wirtschaftskriminalität.

Konkrete Vorgaben macht das Gesetz – abseits regulierter Wirtschaftszweige (z. B. VAG, KWG) – nicht. Wie die Kontrolle durchgeführt wird, ob durch Einrichtung eines Compliance-Systems, das etwa die Anforderungen der ISO 37301 (vom 13. April 2021) erfüllt, ist grundsätzlich der Geschäftsleitung überlassen. Die Einführung eines zertifizierten Compliance-Systems kann jedoch notwendig sein, wenn sie bei der Auditierung durch Geschäftspartner abgefragt wird.

1.3 Rechtliche Grenzen der Arbeitnehmerkontrolle im Überblick

Die von § 106 GewO recht weitgehend formulierten Befugnisse des Arbeitgebers, über Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer zu bestimmen, sind nur scheinbar unbegrenzt. Ein „Arbeitsgesetzbuch“, aus dem sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen für alle Kontrollmaßnahmen ergäben, kennt das deutsche Recht zwar nicht, dafür zieht aber v. a. das Datenschutzrecht der Arbeitnehmerüberwachung enge Grenzen.

1.3.1 Datenschutzrecht

Das wichtigste Teilrechtsgebiet, das die Arbeitnehmerkontrolle einschränkt, ist das Datenschutzrecht: Es ist immer dann einschlägig, wenn mit der Leistungs- und

³BGH NJW 2009, 3173.

Verhaltenskontrolle auch eine Erhebung, Nutzung oder Speicherung personenbezogener Daten eines Arbeitnehmers verbunden ist:

Seit dem Jahr 2018 legt die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)⁴ unionsweit einheitliche Bestimmungen zum Datenschutz auch unter Privaten fest und hat nationale Vorschriften (etwa das BDSG a.F. in Deutschland) grundsätzlich abgelöst. Sie stellt die Verarbeitung personenbezogener Daten unter ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“: Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur zulässig, wenn es hierfür eine Rechtsgrundlage gibt (Art. 6 Abs. 1 DSGVO).

Personenbezogene Daten sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen (Art. 4 Nr. 1 DSGVO).

Entgegen einer in der Praxis mitunter anzutreffenden Fehlvorstellung gilt die DSGVO nicht nur für automatisierte Datenverarbeitungen, sondern auch für nichtautomatisierte, solange die Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). „Dateisystem“ meint dabei jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, unabhängig davon, ob diese Sammlung zentral, dezentral oder nach funktionalen oder geografischen Gesichtspunkten geordnet geführt wird (Art. 4 Nr. 6 DSGVO). Für das Vorliegen eines Dateisystems kommt es insbesondere nicht darauf an, ob es automatisiert erschlossen wird. Auch eine papierne Personalakte oder ein Hefter mit Ergebnissen zu internen Ermittlungen kann ein „Dateisystem“ i.S.d. DSGVO sein.⁵ Noch weiter ist das Verständnis der Datenverarbeitung, wenn (auch) Beschäftigtendaten verarbeitet werden: Das Beschäftigtendatenschutzrecht durfte aufgrund der Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO von den nationalen Gesetzgebern geregelt werden.⁶ Die Norm ist Grundlage für § 26 BDSG (n.F.).

Gem. § 26 Abs. 7 BDSG aber ist nicht erforderlich, dass die erhobenen Daten in einem Dateisystem gespeichert werden (sollen). Damit genügt als Datenverarbeitung das handschriftliche Niederlegen von Informationen oder auch schon die Durchsuchung eines Spindes des Arbeitnehmers.

§ 26 BDSG ist seiner Vorgängervorschrift im Wesentlichen nachempfunden. In einigen Punkten sieht § 26 BDSG aber spürbare Abweichungen gegenüber der bisherigen Rechtslage vor, z. B. bei der Einwilligung.

In der praktischen Anwendung ist zu beachten, dass § 26 BDSG nicht alle Fragen des betrieblichen Datenschutzes regelt. Soweit er keine Aussage trifft – etwa zu den Pflichten des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen, zu Auskunfts- und Offenlegungsrechten des von der Datenverarbeitung Betroffenen, zu den Grundsätzen der Verarbeitung – ist ergänzend die DSGVO anzuwenden.

Zu Einzelheiten des § 26 BDSG s. noch Abschn. 2.2.

⁴Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016, ABl. EU Nr. L 119 S. 1 ff.

⁵Franzen, EuZA 2017, 313, 319.

⁶Ausf. Franzen, EuZA 2017, 313, 343 f.; Düwell/Brink, NZA 2017, 1081, 1082 f.

1.3.2 Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung

Das Strafrecht zieht den Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers einige äußerste Grenzen. So stellt § 201 StGB das Abhören und Aufzeichnen fremder Gespräche – seien es Telefongespräche oder sonst nicht-öffentliche Gespräche – unter Strafe. § 201a StGB schützt das Recht am eigenen Bild, § 202 StGB das Briefgeheimnis. §§ 202a, 202b StGB bestrafen das Ausspähen und Abfangen von Daten, § 206 StGB sanktioniert Verletzungen des Post- und Fernmeldegeheimnisses.

Das formelle Strafrecht, v. a. die Strafprozessordnung (StPO), beschränkt die Rechte des Arbeitgebers hingegen nicht, auch nicht in entsprechender Anwendung. In der StPO sind zwar verschiedene Maßnahmen geregelt, die auch bei der Ermittlung von Compliance-Verstößen zum Einsatz kommen können (etwa die Überwachung der Telekommunikation, § 100a StPO). Der ermittelnde Arbeitgeber aber ist keine Strafverfolgungsbehörde und auch nicht mit ihr vergleichbar, sodass die StPO im Arbeitsverhältnis nicht – auch nicht entsprechend – anwendbar ist.⁷

1.3.3 Telekommunikationsrecht

Inwieweit das Telekommunikationsgesetz (TKG) für die Kontrolle von E-Mails und Telefonaten Bedeutung erlangt, ist bisher nicht abschließend geklärt und eines der wohl umstrittensten Probleme des Beschäftigtendatenschutzes (s. Abschn. 2.4). Durch die Novellierung des Telekommunikationsrechts ab dem 1.12.2021, mit dem das Telekommunikationsrecht neu strukturiert und datenschutzrechtliche Bestimmungen im Telekommunikations-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) zusammengeführt wurden, ändert sich an dem Streitstand nichts. Insbesondere hat der Gesetzgeber sich zu dem Problem nicht geäußert.

1.3.4 Betriebsverfassungsgesetz

Besteht im Betrieb ein Betriebsrat, unterliegen Maßnahmen der technischen Überwachung (gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG) sowie allgemein solche Maßnahmen, die darauf abzielen, die Ordnung im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: alles, was nicht unmittelbar Leistungsverhalten der Arbeitnehmer ist) zu regeln, der Mitbestimmung durch den Betriebsrat.

Zugleich können mit Betriebsvereinbarungen (§ 77 BetrVG) Arbeitgeber und Betriebsrat Compliance-Regeln aufstellen und eine Rechtsgrundlage für Kontrollmaßnahmen und Grundsätze zur Aufklärung von Compliance-Verstößen schaffen (s. Abschn. 2.2.3 und 3.3.2).

⁷Für das Arbeitnehmerinterview schon *Rudkowski*, NZA 2011, 612.