

Lena Rudkowski
Alexander Schreiber

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Whistleblowing, Arbeitnehmerüberwachung,
Auskunftspflichten

2. Auflage



Springer Gabler

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Lena Rudkowski · Alexander Schreiber

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Whistleblowing, Arbeitnehmerüberwachung,
Auskunftspflichten

2., aktualisierte Auflage

Lena Rudkowski
Freie Universität Berlin
Berlin, Deutschland

Alexander Schreiber
Berlin, Deutschland

ISBN 978-3-658-21493-7 ISBN 978-3-658-21494-4 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-21494-4>

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

Springer Gabler

© Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2015, 2018

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 Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

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.

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

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

Die Pflicht eines jeden Unternehmens zur „Compliance“ ist bei der Arbeitnehmerüberwachung in aller Munde. Das Unternehmen soll sich rechtstreu verhalten und Rechtsbrüche seiner Arbeitnehmer aufklären und ahnden. Zugleich aber darf es bei dem Bemühen, rechtstreu Verhalten seiner Mitarbeiter sicherzustellen, nicht über das Ziel hinaus schießen und selbst rechtsbrüchig werden – etwa gegen das BDSG verstoßen.

Das vorliegende Buch gibt eine Übersicht, wie Unternehmen das Verhalten ihrer Arbeitnehmer kontrollieren und so Compliance-Verstöße aufdecken und ausermitteln können, ohne dabei selbst rechtliche Grenzen zu überschreiten. Es beleuchtet dafür die rechtlichen Fragen, die sich bei der bloßen Routinekontrolle stellen, ebenso wie den „Ernstfall“, die internen Ermittlungen gegen Unternehmensangehörige („investigations“) anlässlich eines im Raume stehenden Rechtsverstoßes. 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 2. Auflage dieses Buches trägt den Änderungen Rechnung, die sich bei der Aufklärung von Compliance-Verstößen durch die EU-Datenschutz-Grundverordnung ergeben, einschließlich der mit ihr einhergehenden Änderungen im nationalen Recht. Aktuelle Entwicklungen aus der Rechtsprechung sind bis Dezember 2017 eingearbeitet. Für ihre Hilfe bei der Erstellung der Abbildungen danken wir Frau stud. iur. Ina Kathrin Hansen. Anregungen, Wünsche und Kritik unserer Leser nehmen wir gerne unter arbr_compliance@rewiss.fu-berlin.de entgegen.

Die Autoren

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
1.1	Berechtigung des Arbeitgebers zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle	1
1.2	Rechtliche Grenzen der Arbeitnehmerkontrolle im Überblick	2
1.2.1	Datenschutzrecht	2
1.2.2	Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung	3
1.2.3	Telekommunikationsgesetz	4
1.2.4	Bürgerliches Gesetzbuch	4
1.2.5	Betriebsverfassungsgesetz	4
1.2.6	Deutscher Corporate Governance Kodex	4
1.2.7	Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen	5
1.3	Pflicht des Arbeitgebers zur „Compliance“, zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle?	7
	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	Alternative Berichtswege (internes Whistleblowing)	15
2.2	Vorbemerkung: Schutz personenbezogener Daten durch das Datenschutzrecht	23
2.2.1	Kernregelungen von EU-DSGVO und BDSG	23
2.2.2	Rechtsgrundlage: Einwilligung des Arbeitnehmers	24
2.2.3	Rechtsgrundlage: Betriebsvereinbarung	25
2.2.4	Rechtsgrundlage: § 26 BDSG	26
2.2.5	Zulässigkeit verdeckter präventiver Kontrolle	27
2.2.6	Beteiligung des Betriebsrats	28
2.2.7	Auskunftsrecht bzgl. der gespeicherten Daten	31

2.2.8	Löschung der Daten	32
2.2.9	Folgen unzulässiger Überwachung	32
2.2.10	Einbindung des Datenschutzbeauftragten	33
2.3	Videoüberwachung.	33
2.3.1	Überwachung öffentlich zugänglicher Räume.	34
2.3.2	Überwachung nicht öffentlich zugänglicher Räume	35
2.3.3	Absolute Überwachungsverbote	37
2.3.4	Weitere Verarbeitung und Datenlöschung	38
2.3.5	Folgen fehlerhafter Überwachung	38
2.3.6	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	38
2.4	Überwachung der Telekommunikation	38
2.4.1	Telefonverbindungen	40
2.4.2	Privatnutzung ist gestattet	40
2.4.3	Faxverbindungen	43
2.4.4	Online-Kommunikation	43
2.4.5	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	48
2.5	Überprüfung von Dokumenten	48
2.5.1	Grundsätze für die Auswertung privater und dienstlicher Dokumente	49
2.5.2	Feststellung der Privatheit/Dienstlichkeit	49
2.5.3	Auswertung personenbezogener Daten Dritter	50
2.5.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	51
2.6	Kontrolle des IT-Nutzungsverhaltens.	51
2.6.1	Kontrolle kommunikationsnetzgestützten Verhaltens	52
2.6.2	Überprüfung sonstigen IT-Nutzungsverhaltens	54
2.6.3	Insbesondere: Kontrolle des Verhaltens im „Web 2.0“	54
2.6.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	56
2.7	Verwendung biometrischer Daten	57
2.7.1	Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung biometrischer Daten	57
2.7.2	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	58
2.8	Verwendung von Standortdaten	58
2.8.1	Zulässigkeit der Ortung	59
2.8.2	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	60
2.9	Datenscreenings	60
2.9.1	Allgemeines Datenscreening	61
2.9.2	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	62
2.10	Weitere Ermittlungsmaßnahmen	63
2.10.1	„Ehrlichkeitskontrolle“.	63
2.10.2	Torkontrolle	64

2.10.3	Durchsuchung von Büros, Einrichtungsgegenständen und persönlichen Behältnissen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz	66
2.10.4	„Testkunden“	67
	Literatur	69
3	Interne Ermittlungen	73
3.1	Pflicht zur Information der Behörden oder Pflicht zu internen Ermittlungen?	74
3.1.1	Strafrechtliche Pflichten	74
3.1.2	Aufsichtsrechtliche Pflichten	75
3.1.3	Gesellschaftsrechtliche Pflichten	75
3.2	Allgemeine Anforderungen an das Verfahren	76
3.2.1	Geeignete Ermittlungsinstanz	77
3.2.2	Vertraulichkeit	77
3.2.3	Maßnahmen der Schadensminderung	78
3.3	Vorbemerkungen zu den Ermittlungsmaßnahmen	78
3.3.1	Rechtsgrundlage: Einwilligung	78
3.3.2	Rechtsgrundlage: Rahmenbetriebsvereinbarung und Betriebsvereinbarung im Einzelfall.	78
3.3.3	Rechtsgrundlage: § 26 Abs. 1 S. 1, 2 BDSG	80
3.3.4	Zweckänderung	82
3.3.5	Zulässigkeit verdeckter Überwachung	82
3.3.6	Beteiligung des Betriebsrats	83
3.3.7	Löschung der Daten	84
3.3.8	Folgen unzulässiger Überwachung	85
3.3.9	Einbindung des Datenschutzbeauftragten	85
3.4	Videoüberwachung	85
3.4.1	Überwachung öffentlich zugänglicher Räume	86
3.4.2	Überwachung nicht öffentlich zugänglicher Räume	86
3.4.3	Absolute Überwachungsverbote	87
3.4.4	Folgen rechtswidriger Maßnahmen	87
3.4.5	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	87
3.5	Überwachung der Telekommunikation	88
3.5.1	Zugriff auf Telefonverbindungsdaten und Gesprächsinhalte	88
3.5.2	Zugriff auf den Telefaxverkehr	92
3.5.3	Online-Kommunikation	92
3.5.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	96
3.6	Überprüfung von Dokumenten	96
3.6.1	Zugriff auf dienstliche Dokumente	97
3.6.2	Zugriff auf private Dokumente des Arbeitnehmers	97

3.6.3	Zugriff auf geschäftlich-private Dokumente	97
3.6.4	Zugriffsrecht zur Feststellung der Privatheit	98
3.6.5	Auswertung personenbezogener Daten Dritter	98
3.6.6	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	99
3.7	Überwachung der IT-Nutzung	99
3.7.1	Überwachung der IT-Hardware	99
3.7.2	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	103
3.8	Verwendung biometrischer Daten	103
3.9	Verwendung von Standortdaten	104
3.9.1	Zulässigkeit der Ortung	104
3.9.2	Ortung beweglicher Sachen	105
3.9.3	Mitbestimmung durch den Betriebsrat.	105
3.10	Datenabgleich.	105
3.11	Befragung von Arbeitnehmern („Interviews“).	106
3.11.1	Gespräch mit dem verdächtigen Arbeitnehmer	106
3.11.2	Gespräch mit dem Zeugen-Arbeitnehmer	109
3.11.3	Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Arbeitnehmer.	110
3.11.4	Hinzuziehung externer Ermittler	111
3.11.5	Beteiligung des Betriebsrats.	111
3.11.6	Protokollierung.	112
3.12	Weitere Ermittlungsmaßnahmen	112
3.12.1	„Lockvogeleinsatz“ und Ehrlichkeitskontrollen	112
3.12.2	Durchsuchung bei Torkontrollen	113
3.12.3	Durchsuchung persönlicher Gegenstände des Arbeitnehmers	114
3.12.4	Durchsuchung von Betriebsräumen und Inventar	114
3.12.5	Überwachung des Arbeitnehmers durch Dritte	116
3.13	Abschluss der Ermittlungen.	117
	Literatur.	118
4	Folgen des Compliance-Verstoßes	121
4.1	Abmahnung des Arbeitnehmers und Beendigung des Arbeitsvertrags.	121
4.1.1	Absehen von Abmahnung und Beendigung des Arbeitsvertrags.	122
4.1.2	Abmahnung wegen des Compliance-Verstoßes.	122
4.1.3	Kündigung wegen des Compliance-Verstoßes.	127
4.1.4	Aufhebungsvertrag nach Compliance-Verstoß.	134
4.1.5	Sanktionierung wegen unzureichender Mitwirkung bei der Aufklärung	134

4.2	Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer	134
4.2.1	Vertretenmüssen und Beweislast	135
4.2.2	Ersatzfähiger Schaden	135
4.2.3	Innerbetrieblicher Schadensausgleich	136
4.3	Herausgabe von Bestechungsgeld	139
4.4	Sonderfälle: Folgen unzulässigen Whistleblowings und unzulässiger Ermittlungsmaßnahmen	139
4.4.1	Folgen unzutreffenden internen Whistleblowings	139
4.4.2	Folgen unzulässigen externen Whistleblowings	142
4.4.3	Sanktionierung ermittelnder Arbeitnehmer	149
4.5	Anreize zur Aufklärung des Compliance-Verstoßes: Sanktionsverzicht/„Amnestie“	153
4.5.1	Kündigungsverzicht	154
4.5.2	Haftungsverzicht	156
4.5.3	Übernahme von Rechtsverteidigungskosten	157
4.5.4	Verzicht auf Strafanzeige oder Strafantrag	157
4.5.5	Mitbestimmung des Betriebsrats	158
4.6	Schadensminderung und „lessons learned“ beim Arbeitgeber	158
	Literatur	158
5	Ausblick auf die anstehende Gesetzgebung	161

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
hM	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
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 Wertpapierdienstleistungsunternehmen
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Zeitschrift)

„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 „Meisters“ (des Arbeitgebers) zur Aufsicht über seine Arbeitnehmer längst nicht mehr so weit reichen wie im Jahr 1794, hat sich doch im Kern das Recht und die Pflicht des Arbeitgebers erhalten, auf das Verhalten seiner Arbeitnehmer Einfluss zu nehmen. Er hat insbesondere sicherzustellen, dass sie sich bei Ausübung ihrer Tätigkeit rechtstreu verhalten – neuerdings bezeichnet als Pflicht zur „Compliance“.

Welche Maßnahmen der Arbeitgeber auf welcher Rechtsgrundlage treffen darf (oder ggf. sogar muss), um die Rechtstreue seiner Arbeitnehmer zu überprüfen – routinemäßig und bei Verdacht eines konkreten Fehlverhaltens –, wird im Folgenden aufgezeigt.

1.1 Berechtigung des Arbeitgebers zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle

Dass der Arbeitgeber berechtigt sein muss, die Rechts- und Vertragstreue seiner Arbeitnehmer zu überprüfen, zeigt § 106 GewO: Der Arbeitgeber darf „Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen“, ebenso wie Ordnung und Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb. Der Arbeitnehmer ist bei Ausübung seiner Tätigkeit weisungsgebunden, der Arbeitgeber weisungsbefugt. Wer, wie der Arbeitgeber, Weisungen erteilen darf, der muss aber umgekehrt auch ihre Einhaltung überprüfen und ihre Nichteinhaltung sanktionieren können. Kontrolle des Arbeitnehmers auf Leistung

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

und Verhalten sind mithin dem Arbeitsverhältnis immanent, ebenso wie die der Kontrolle vorgelagerte Befugnis des Arbeitgebers, Regeln für Arbeitsleistung und Verhalten aufzustellen, auch in generalisierter Form, in betriebs- oder unternehmensbezogenen Regelwerken („Compliance-Kodizes“, „Ethik-Richtlinien“, „Mission Statements“).²

1.2 Rechtliche Grenzen der Arbeitnehmerkontrolle im Überblick

Die Befugnisse des Arbeitgebers, Leistung und Verhalten der Arbeitnehmer zu kontrollieren, unterliegen allerdings Beschränkungen durch verschiedene, teilweise auf den ersten Blick sachfremde Gesetze. Ein „Arbeitsgesetzbuch“, aus dem sich die Zulässigkeitsvoraussetzungen für alle Kontrollmaßnahmen ergäben, gibt es nicht. Einen Überblick über die verschiedenen, potenziell einschlägigen Gesetze bietet Abb. 1.2.

1.2.1 Datenschutzrecht

Soweit mit der Leistungs- und Verhaltenskontrolle auch eine Erhebung, Nutzung oder Speicherung personenbezogener Daten eines Arbeitnehmers verbunden ist, greift das mit Wirkung ab dem 25. Mai 2018 neu geordnete Datenschutzrecht:

1.2.1.1 EU-Datenschutz-Grundverordnung

Ab dem 25. Mai 2018 ist die EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO) anzuwenden.³ Sie legt einheitliche Bestimmungen zum Datenschutz auch unter Privaten für alle EU-Mitgliedstaaten fest (sog. Vollharmonisierung) und löst das deutsche BDSG im Wesentlichen ab. Gegenüber dem „alten“ Recht bleibt dennoch vieles gleich, so etwa der „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“: Jede Verarbeitung personenbezogener Daten bedarf einer Rechtsgrundlage, um zulässig zu sein (s. Art. 6 Abs. 1 EU-DSGVO), etwa einer Einwilligung der betroffenen Person.

Personenbezogene Daten sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen (Art. 4 Nr. 1 EU-DSGVO). Erfasst werden nur automatisierte Verarbeitungen sowie nichtautomatisierte, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1 EU-DSGVO). Für das Vorliegen eines Dateisystems kommt es nicht darauf an, ob es automatisiert erschlossen wird – so kann etwa auch die papierne Personalakte ein „Dateisystem“ i. S. d. EU-DSGVO sein.⁴

²Zur Implementierung von solchen Regelwerken schon *Schreiber*, NZA-RR 2010, 617.

³Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016, ABl. EU Nr. L 119 S. 1 ff.

⁴Franzen, EuZA 2017, 313, 319.

Vom Grundsatz der Vollharmonisierung weicht die EU-DSGVO jedoch für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes (und damit auch: des Arbeitnehmerdatenschutzes) ab. Art. 88 Abs. 1 EU-DSGVO gestattet es den Mitgliedstaaten, „spezifischere Vorschriften“ zu treffen. Die genaue Reichweite dieser Öffnungsklausel ist unklar.⁵ Art. 88 EU-DSGVO macht nur vage Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber.

1.2.1.2 Neuerungen im BDSG

Der deutsche Gesetzgeber hat mit einer Anpassung des BDSG auf die EU-DSGVO reagiert: Das BDSG n. F., das ab dem 25. Mai 2018 anzuwenden ist, enthält keine abschließende, umfassende Regelung des Datenschutzes mehr, sondern ergänzt nur die EU-DSGVO, etwa durch Durchführungsbestimmungen. Das neue BDSG ist daher stets im Zusammenhang mit der EU-DSGVO zu sehen.

Von der Öffnungsklausel des Art. 88 EU-DSGVO hat der deutsche Gesetzgeber Gebrauch gemacht. § 26 BDSG ersetzt den bisherigen § 32 BDSG (a. F.) und ist ihm im Wesentlichen nachempfunden. In einigen Punkten sieht § 26 BDSG aber spürbare Abweichungen gegenüber der bisherigen Rechtslage vor, z. B. bei der Einwilligung. Die nötige, bereits seit langem diskutierte Reform des Beschäftigtendatenschutzes,⁶ insbesondere eine Regelung einzelner Ermittlungsmaßnahmen, geht mit der Neufassung nicht einher.

Zu Einzelheiten des § 26 BDSG s. noch → [2.2](#).

1.2.2 Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung

Bei der Leistungs- und Verhaltenskontrolle des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber ferner die durch das materielle Strafrecht, insbesondere durch das StGB, gezogenen Grenzen zu beachten.

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. §§ 202 a, 202 b 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 anwendbar ist.

⁵Ausf. Franzen EuZA 2017, 313, 343 f.; Düwell/Brink, NZA 2017, 1081, 1082 f.

⁶S. nur den Regierungsentwurf für ein Beschäftigtendatenschutzgesetz aus dem Jahr 2010, BT-Drs. 17/4230.

1.2.3 Telekommunikationsgesetz

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. [2.4.2](#)).

1.2.4 Bürgerliches Gesetzbuch

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) regelt zwar den Dienst- und auch den Arbeitsvertrag (§§ 611, 611a ff. BGB), sagt jedoch nichts darüber, inwieweit der Arbeitgeber Leistung und Verhalten seiner Arbeitnehmer überwachen darf.

Das BGB erlangt aber Bedeutung für die Maßnahmen nach Feststellung eines Pflichtenverstoßes (s. Kap. 4): Die Beendigung des Arbeitsvertrags mit dem vertragsbrüchigen Arbeitnehmer richtet sich, soweit nicht das KSchG eingreift, nach §§ 620 ff. BGB (vgl. insbesondere § 626 BGB für die außerordentliche Kündigung). Auch enthält das BGB die Grundlagen für Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer (§§ 280, 619a BGB).

1.2.5 Betriebsverfassungsgesetz

Soweit im Betrieb ein Betriebsrat besteht, werden den Entscheidungsbefugnissen des Arbeitgebers durch das BetrVG Grenzen gezogen.

Das BetrVG kann aber auch helfen, die Durchführung von Kontrollen zu legitimieren: Betriebsvereinbarungen können Compliance-Regeln und Grundsätze zur Aufklärung von Compliance-Verstößen aufstellen und außerdem als Rechtsgrundlage für die Erhebung personenbezogener Daten dienen (s. [2.2.2](#) und [3.3.2](#)).

1.2.6 Deutscher Corporate Governance Kodex

Der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK) konkretisiert für börsennotierte Gesellschaften einige Anforderungen an die Corporate Compliance, einschließlich der Geschäftsorganisation und der internen Informationsbeziehungen. Er gibt dabei jedoch meist nur bereits bestehende gesetzliche Regelungen wieder und ist auch nicht verbindlich. Daher wird er hier ausgeklammert.

1.2.7 Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen

Im Folgenden wird es häufig um Abwägung gehen. Insbesondere § 26 BDSG, der hier noch von zentraler Bedeutung sein wird, sieht eine Abwägung der Interessen des Arbeitgebers mit denen des Arbeitnehmers vor. Dabei gelten einige stets gleiche Grundsätze:

In einem ersten Schritt (Überblick Abb. 1.1) ist zu ermitteln, welche Interessen in die Abwägung einzustellen sind. Der Arbeitgeber muss ein Interesse an der Durchführung einer bestimmten Maßnahme haben, das grundrechtlich geschützt ist. Regelmäßig geht es bei der Leistungs- und Verhaltenskontrolle um Interessen, die im Schutzbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und/oder des Eigentums (Art. 14 GG) des Arbeitgebers liegen. So streitet etwa für eine Videoüberwachung im Kassenbereich das von Art. 14 GG geschützte Interesse des Arbeitgebers, sein Eigentum vor Diebstahl zu schützen; Maßnahmen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen lassen sich ebenfalls auf Art. 14 GG stützen. Macht er Vorgaben zu internen Informationsbeziehungen, kann sich der Arbeitgeber hingegen auf Art. 12 GG berufen.

Gegen eine Maßnahme der Kontrolle oder Ermittlung spricht stets das allgemeine Persönlichkeitsrecht des betroffenen Arbeitnehmers, herzuleiten aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m.

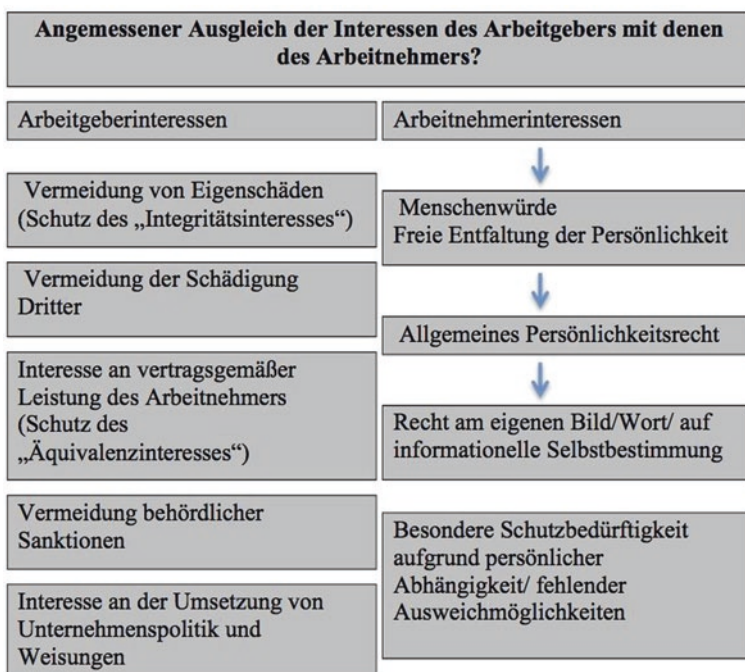


Abb. 1.1 Interessenabwägung bei Leistungs- und Verhaltenskontrolle