

Lena Rudkowski
Alexander Schreiber

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Whistleblowing, Arbeitnehmerüberwachung,
Auskunftspflichten

 Springer Gabler

Lena Rudkowski
Alexander Schreiber

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Whistleblowing, Arbeitnehmerüberwachung,
Auskunftspflichten



Springer Gabler

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Lena Rudkowski • Alexander Schreiber

Aufklärung von Compliance-Verstößen

Whistleblowing, Arbeitnehmerüberwachung,
Auskunftspflichten

Lena Rudkowski
Fachbereich Rechtswissenschaft
Freie Universität Berlin
Berlin
Deutschland

Alexander Schreiber
Juristische Fakultät
Humboldt-Universität zu Berlin
Berlin
Deutschland

ISBN 978-3-658-07044-1
DOI 10.1007/978-3-658-07045-8

ISBN 978-3-658-07045-8 (eBook)

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 2015

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.

Lektorat: Anna Pietras | Stefanie Schwibode

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Fachmedien Wiesbaden ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media (www.springer.com)

Vorwort

Die Pflicht eines jeden Unternehmens zur „Compliance“ ist spätestens seit den letzten „Datenskandalen“ 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.

Das Manuskript ist auf dem Rechtsstand 9/2014. 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 Bundesdatenschutzgesetz	2
1.2.2 Strafgesetzbuch und Strafprozessordnung	3
1.2.3 Telekommunikationsgesetz	3
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	4
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 BDSG	23
2.2.1 Rechtsgrundlage: Einwilligung des Arbeitnehmers	24
2.2.2 Rechtsgrundlage: Betriebsvereinbarung	27
2.2.3 Rechtsgrundlage: § 32 BDSG	28
2.2.4 Beteiligung des Betriebsrats	30
2.2.5 Verdeckte präventive Kontrolle?	33
2.2.6 Auskunftsrecht bzgl. der gespeicherten Daten	34
2.2.7 Löschung der Daten	35
2.2.8 Folgen unzulässiger Überwachung	35
2.2.9 Einbindung des Datenschutzbeauftragten	35

2.3	Videüberwachung	36
2.3.1	Überwachung öffentlich zugänglicher Räume	37
2.3.2	Überwachung nicht öffentlich zugänglicher Räume	38
2.3.3	Absolute Überwachungsverbote	40
2.3.4	Weitere Verarbeitung und Datenlöschung	41
2.3.5	Folgen fehlerhafter Überwachung	41
2.3.6	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	42
2.4	Überwachung der Telekommunikation	42
2.4.1	Telefonverbindungen	43
2.4.2	Faxverbindungen	46
2.4.3	Online-Kommunikation	46
2.4.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	51
2.5	Überprüfung von Dokumenten	51
2.5.1	Grundsätze für die Auswertung privater und dienstlicher Dokumente	52
2.5.2	Feststellung der Privatheit/Dienstlichkeit	52
2.5.3	Auswertung personenbezogener Daten Dritter	53
2.5.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	53
2.6	Kontrolle des IT-Nutzungsverhaltens	55
2.6.1	Kontrolle kommunikationsnetzgestützten Verhaltens	56
2.6.2	Überprüfung sonstigen IT-Nutzungsverhaltens	58
2.6.3	Insbesondere: Kontrolle des Verhaltens im „Web 2.0“	58
2.6.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	60
2.7	Verwendung biometrischer Daten	61
2.7.1	Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung biometrischer Daten	61
2.7.2	Zulässigkeit verdeckter Erhebung und Verwendung	62
2.7.3	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	62
2.8	Verwendung von Standortdaten	63
2.8.1	Zulässigkeit der Ortung	63
2.8.2	Ortung außerhalb der Arbeitszeit	65
2.8.3	Verdeckte Ortung zu präventiven Zwecken	65
2.8.4	Ortung beweglicher Sachen	65
2.8.5	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	66
2.9	Daten- und „Anti-Terror“-Screenings	66
2.9.1	Datenscreening	66
2.9.2	Anti-Terror-Screening	69
2.9.3	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	70
2.10	Weitere Ermittlungsmaßnahmen	70
2.10.1	„Ehrlichkeitskontrolle“	70
2.10.2	Torkontrolle	72

2.10.3	Durchsuchung von Büros, Einrichtungsgegenständen und persönlichen Behältnissen des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz	74
2.10.4	„Testkunden“	74
Literatur	76
3	Interne Ermittlungen	79
3.1	Pflicht zur Information der Behörden oder Pflicht zu internen Ermittlungen?	80
3.1.1	Strafrechtliche Pflichten	80
3.1.2	Aufsichtsrechtliche Pflichten	81
3.1.3	Gesellschaftsrechtliche Pflichten	81
3.2	Allgemeine Anforderungen an das Verfahren	83
3.2.1	Geeignete Ermittlungsinstanz	83
3.2.2	Vertraulichkeit	84
3.2.3	Maßnahmen der Schadensminderung	84
3.3	Vorbemerkungen zu den Ermittlungsmaßnahmen	84
3.3.1	Rechtsgrundlage: Einwilligung	84
3.3.2	Rechtsgrundlage: Rahmenbetriebsvereinbarung und Betriebsvereinbarung im Einzelfall	85
3.3.3	Rechtsgrundlage: § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG	86
3.3.4	Löschung der Daten	88
3.3.5	Beteiligung des Betriebsrats	88
3.3.6	Zulässigkeit verdeckter Überwachung	89
3.4	Videouberwachung	90
3.4.1	Überwachung öffentlich zugänglicher Räume	90
3.4.2	Überwachung nicht öffentlich zugänglicher Räume	90
3.4.3	Absolute Überwachungsverbote	92
3.4.4	Folgen rechtswidriger Maßnahmen	92
3.4.5	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	92
3.5	Überwachung der Telekommunikation	92
3.5.1	Zugriff auf Telefonverbindungsdaten und Gesprächsinhalte	93
3.5.2	Zugriff auf den Telefaxverkehr	97
3.5.3	Online-Kommunikation	97
3.5.4	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	100
3.6	Überprüfung von Dokumenten	101
3.6.1	Zugriff auf dienstliche Dokumente	101
3.6.2	Zugriff auf private Dokumente des Arbeitnehmers	102
3.6.3	Zugriff auf geschäftlich-private Dokumente	102
3.6.4	Zugriffsrecht zur Feststellung der Privatheit	102
3.6.5	Auswertung der Dokumente	103
3.6.6	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	103

3.7	Überwachung der IT-Nutzung	103
3.7.1	Überwachung der IT-Hardware	103
3.7.2	Kontrolle des Verhaltens im „Web 2.0“	106
3.7.3	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	108
3.8	Verwendung biometrischer Daten	108
3.8.1	Zulässigkeit der verdeckten Verwendung biometrischer Daten	108
3.8.2	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	109
3.9	Verwendung von Standortdaten	109
3.9.1	Zulässigkeit der Ortung	110
3.9.2	Ortung beweglicher Sachen	110
3.9.3	Mitbestimmung durch den Betriebsrat	111
3.10	Datenabgleich	111
3.11	Befragung von Arbeitnehmern („Interviews“)	112
3.11.1	Gespräch mit dem verdächtigen Arbeitnehmer	112
3.11.2	Gespräch mit dem Zeugen-Arbeitnehmer	114
3.11.3	Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Arbeitnehmer	116
3.11.4	Hinzuziehung externer Ermittler	116
3.11.5	Beteiligung des Betriebsrats	116
3.11.6	Protokollierung	117
3.12	Weitere Ermittlungsmaßnahmen	117
3.12.1	„Lockvoegeinsatz“ und Ehrlichkeitskontrollen	117
3.12.2	Durchsuchung bei Torkontrollen	118
3.12.3	Durchsuchung persönlicher Gegenstände des Arbeitnehmers	119
3.12.4	Durchsuchung von Betriebsräumen und Inventar	119
3.12.5	Überwachung des Arbeitnehmers durch Dritte	121
3.13	Abschluss der Ermittlungen	122
	Literatur	123
4	Folgen des Compliance-Verstoßes	125
4.1	Abmahnung des Arbeitnehmers und Beendigung des Arbeitsvertrags	125
4.1.1	Absehen von Abmahnung und Beendigung des Arbeitsvertrags	126
4.1.2	Abmahnung wegen des Compliance-Verstoßes	126
4.1.3	Kündigung wegen des Compliance-Verstoßes	130
4.1.4	Aufhebungsvertrag nach Compliance-Verstoß	137
4.1.5	Sanktionierung wegen unzureichender Mitwirkung bei der Aufklärung	137
4.2	Schadensersatzansprüche des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer	137
4.2.1	Vertretenmüssen und Beweislast	138
4.2.2	Ersatzfähiger Schaden	139
4.2.3	Innerbetrieblicher Schadensausgleich	140

4.3	Herausgabe von Bestechungsgeld	142
4.4	Sonderfälle: Folgen unzulässigen Whistleblowings und unzulässiger Ermittlungsmaßnahmen	142
4.4.1	Folgen unzutreffenden internen Whistleblowings	142
4.4.2	Folgen unzulässigen externen Whistleblowings	145
4.4.3	Sanktionierung ermittelnder Arbeitnehmer	152
4.5	Anreize zur Aufklärung des Compliance-Verstoßes: Sanktionsverzicht/„Amnestie“	156
4.5.1	Kündigungsverzicht	158
4.5.2	Haftungsverzicht	158
4.5.3	Übernahme von Rechtsverteidigungskosten	159
4.5.4	Verzicht auf Strafanzeige oder Strafantrag	160
4.5.5	Mitbestimmung des Betriebsrats	160
4.6	Schadensminderung und „lessons learned“ beim Arbeitgeber	160
	Literatur	161
5	Ausblick auf anstehende Gesetzgebung	163

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)
D&O-Versicherung	Directors-and-Officers-Versicherung

Ders.	Derselbe (Autor)
Dies.	Dieselbe (Autorin)
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DCGK	Deutsche Corporate Governance Kodex
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
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
gem.	gemäß
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
i. S. d.	im Sinne des
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
ILO	International Labour Organization; Internationale Arbeitsorganisation (IAO)
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)

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)
Nr.	Nummer
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 und

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