

Compliance und Datenschutz

Compliance bedeutet „Regelbefolgung“. Zu den verbindlichen Regeln zählt auch das Datenschutzrecht. Wo liegt das Problem? Besteht der Verdacht, dass z. B. im Betrieb etwas gestohlen oder eine andere Straftat begangen wurde, so wird der Arbeitgeber Ermittlungen anstellen. Die Versuchung ist groß, dabei auf den Datenschutz keine Rücksicht mehr zu nehmen. Warum keine heimliche Videoüberwachung, wenn sie wahrscheinlich den Täter überführen kann? Warum keine Auswertung aller E-Mails, wenn dadurch das „Leck“ deutlich wird, durch das Betriebsgeheimnisse an die Konkurrenz gekommen sind? Und muss sich der Einzelne nicht auch selbst belasten, weil der Arbeitsvertrag ihn zu ehrlicher Auskunft verpflichtet?

von **Wolfgang Däubler**

Warum Compliance?

Dass es »Compliance« gibt und meist auch einen Compliance-Beauftragten, ist in vielen größeren Betrieben eine Selbstverständlichkeit. Man legt Wert auf „Wohlanständigkeit“, oft existiert ein Ethik-Kodex. Die Frage, warum das so ist, wird selten gestellt. Vor 30 Jahren gab es nichts Vergleichbares, ohne dass man deshalb sagen könnte, die Unternehmen seien damals eine „Brutstätte“ der Kriminalität gewesen. Aber vielleicht gibt es doch Unterschiede: Der Wettbewerb ergreift die Einzelnen mit höherer Intensität als früher, das Erwerbssstreben hat eine noch dominierendere Position, die Gefahr des sozialen Absturzes ist fühlbarer geworden. Daraus ziehen manche den Schluss, die so unter Druck Gesetzten könnten für illegales Tun anfälliger sein. Daneben gibt es einen ganz praktischen Grund. Die US-Börsenaufsicht verlangt, dass Unternehmen, deren Aktien an der dortigen Börse gehandelt werden, einen Ethik-Kodex haben, und dies trifft auch für einige deutsche Großunternehmen zu. Andere wollen deshalb auf ein solches „Markenzeichen“ nicht verzichten; im Einzelfall sind sie noch strenger als die Vorbilder in Übersee.

Rechtlich geht man mittlerweile davon aus, dass es Pflicht des Vorstands bzw. der Geschäftsführung einer GmbH ist, Rechtsverstöße im Rahmen des Möglichen und

Zumutbaren zu verhindern.¹ Zu diesem Zweck können zahlreiche Maßnahmen ergriffen werden – von Empfehlungen, die die Annahme von Geschenken verbieten, um so Korruption zu verhindern, bis hin zur Unterhaltung eines „Apparats“, der bei Zweifelsfragen Auskunft gibt und bei möglichen Verstößen Ermittlungen durchführt.

Nicht selten kommt es vor, dass ein Ethikkodex den Beschäftigten Pflichten auferlegt, die über das nach Gesetz und Arbeitsvertrag sowieso Geschuldete hinausgehen. Man darf etwa keinerlei Geschenke annehmen oder soll verpflichtet werden, jeden Verstoß gegen den Kodex bei einer Hotline zu melden. Abgesehen davon, dass solche Zusatzpflichten meist schon nicht mit dem Arbeitsvertragsrecht vereinbar sind – jedenfalls steht in solchen Fällen dem Betriebsrat nach der Rechtsprechung des BAG² fast immer ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu. Der Betriebsrat kann dadurch insbesondere verhindern, dass den Arbeitnehmern rechtswidrige Pflichten auferlegt werden. Sein Mitbestimmungsrecht besteht im Übrigen auch dann, wenn es sich bei den Compliance-Richtlinien nur um „Empfehlungen“ handelt, da auch sie das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb steuern wollen.³

Das grundsätzliche Verhältnis zum Datenschutz

Da das Datenschutzrecht Teil des geltenden Rechts ist, muss der Arbeitgeber für seine Einhaltung sorgen. Dies ist ihm sogar in deutlicherer Weise als bei anderen Gegenständen vorgegeben: Sind im Unternehmen mindestens zehn Personen ständig damit befasst, personenbezogene Daten elektronisch zu verarbeiten, so muss nach § 38 Abs. 1 BDSG-neu ein (betrieblicher) Datenschutzbeauftragter bestellt werden. Dieser hat nach Art. 39 Abs. 1 DSGVO u. a. die Aufgabe, alle Beteiligten über ihre datenschutzrechtlichen Pflichten zu unterrichten und deren Einhaltung zu überwachen. Seiner Funktion nach ist er so etwas wie ein spezieller Compliance-Beauftragter für das Gebiet des Datenschutzes. Weiter ist § 26 Abs. 5 BDSG-neu als wichtige Neuerung zu erwähnen, wonach der Arbeitgeber als Verantwortlicher „geeignete Maßnahmen“ ergreifen muss, um sicherzustellen, dass insbesondere die in Art. 5 DSGVO enthaltenen Grundsätze über die Verarbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden. Dazu gehört z. B. das Prinzip der Transparenz, der Zweckbindung sowie der sog. Speicherbegrenzung, wonach Daten gelöscht werden

¹ Zur Herleitung im Einzelnen Thüsing, in: Ders.(Hrsg.), Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 3ff.; Wedde CuA 1/2016 S. 9 f.

² 22.7.2008 – 1 ABR 40/07 – NZA 2008, 1248 - Honeywell.

³ BAG, aaO, Orientierungssatz 2.

müssen, wenn sie nicht mehr benötigt werden.⁴ Es geht also nicht allein darum, dass Art. 5 und die übrigen Bestimmungen der DSGVO eingehalten werden; es müssen vielmehr besondere Vorkehrungen getroffen werden, dass dies auch wirklich geschieht. Nirgendwo kennt das Datenschutzrecht einen allgemeinen „Compliance-Vorbehalt“. Maßnahmen zur Verhinderung oder zur Aufdeckung von Rechtsverstößen sind daher nur unter Wahrung aller datenschutzrechtlichen Vorgaben zulässig.⁵

Datenschutzrechtliche Ermächtigung: Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer schweren Pflichtverletzung

§ 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG-neu hat den § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG-alt wörtlich übernommen. Danach dürfen Daten zur „Aufdeckung“ von Straftaten erhoben und weiterverarbeitet werden, wenn ein durch Tatsachen begründeter Verdacht besteht, dass im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen wurde. Die Verdachtsmomente müssen dokumentiert werden. Auch wenn diese Voraussetzungen gegeben sind, ist nicht jede Maßnahme zulässig, sondern nur eine solche, die zur Aufdeckung „erforderlich“ ist.⁶

Auch dürfen die Interessen der verdächtigten Person nicht überwiegen, was etwa bei einer längeren heimlichen Videoüberwachung der Fall wäre, die wegen des Verschwindens einer einzigen geringwertigen Sache durchgeführt wird. Die Einzelheiten sind an anderer Stelle ausgeführt.⁷

In jüngerer Zeit hat das BAG betont, dass dieselben Grundsätze auch dann gelten, wenn es nicht um eine Straftat, sondern um den Verdacht einer schweren Verletzung von Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis geht.⁸ Der einzige Unterschied besteht darin, dass sich der Arbeitgeber in einem solchen Fall auf eine andere Rechtsgrundlage, nämlich § 32 Abs. 1 Satz 1 BDSG-alt (jetzt: § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu) stützen kann, da eine derartige Maßnahme für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein könne. Dies überzeugt nicht, da § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG-neu damit im Ergebnis überflüssig wird: Wenn schon die allgemeine Vorschrift („Durchführung des Arbeitsverhältnisses“) Ermittlungsmaßnahmen zur

⁴ Näher zu § 26 Abs. 5 BDSG-neu Däubler/Wedde/Weichert/Sommer-Däubler, Kommentar zur DSGVO und zum BDSG-neu, 2018, § 26 Rn. 256 ff.

⁵ Forst DuD 2010, 160ff.; Hilbrans/Middel, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Handkommentar zu Arbeitsrecht (=HK-ArbR), 4. Aufl. 2017, § 32 BDSG-alt Rn. 37. Im Ergebnis ebenso Wedde CuA 1/2016, S. 9, 13.

⁶ Beispiel für fehlende Erforderlichkeit bei ArbG Augsburg 4.10.2012 – 1 BV 36/12 – LAGE Art. 2 GG Persönlichkeitsrecht Nr. 16 = CuA 1/2013, S. 13 mit Anm. Däubler

⁷ Däubler, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, Rn 379 ff.

⁸ BAG 29.6.2017 – 2 AZR 597/16 – NZA 2017, 1179

Aufdeckung einer schweren Pflichtverletzung deckt, muss dadurch erst recht die Begehung von Straftaten erfasst sein. Außerdem widerspricht es der besonderen Erwähnung und damit der Heraushebung von Straftaten durch Abs. 1 Satz 2, andere Pflichtverletzungen genauso zu behandeln. Die Praxis wird sich gleichwohl auf die Rechtsprechung des BAG einstellen müssen.

Befragung von Arbeitnehmern

Gibt es Compliance-Probleme im Betrieb, weil sich möglicherweise ein Einzelner rechtswidrig und vorwerfbar verhalten hat, so liegt es nahe, zunächst einmal die Arbeitnehmer zu befragen, die mit dem fraglichen Vorgang irgendwie zu tun hatten, ohne deshalb zu den „Verdächtigen“ zu gehören. Wie müssen sie sich in einer solchen „Ermittlungssituation“ verhalten?

Der einzelne Beschäftigte ist nach § 241 Abs. 2 BGB grundsätzlich verpflichtet, auf die Arbeit bezogene Fragen seines Vorgesetzten oder anderer zuständiger Stellen im Betrieb wahrheitsgemäß zu beantworten.⁹ Eine solche Form der Datenerhebung wird in aller Regel für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sein. Als Beispiel kann die Frage dienen, wie sich Konkurrenten auf einem Auslandsmarkt verhalten (»Stehen sie im Ruf, inoffizielle Zahlungen zu gewähren oder anzunehmen?«) und welche Kontakte sie zu maßgebenden Stellen in der staatlichen Verwaltung des Gastlandes haben. Rechtlich problematisch wird es jedoch, wenn eine wahrheitsgemäße Beantwortung zu Lasten des Beschäftigten ginge, weil eine Pflichtverletzung oder gar eine strafbare Handlung zu Tage treten würde.

Im Strafprozess gilt der Grundsatz, dass der Angeklagte nicht verpflichtet ist, sich durch seine Aussage selbst zu belasten. Dieser sog. Nemo-tenetur-Grundsatz gilt auch für Zeugen, die nach § 55 StPO die Aussage verweigern können, wenn sie sich andernfalls der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden.¹⁰ Daraus wird der Schluss gezogen, der Betroffene könne auch nicht gezwungen werden, Passwörter offen zu legen, wenn die Auswertung der mit ihnen gesicherten Dateien zum selben Ergebnis führen könnte.¹¹ Die Übertragung dieses Grundsatzes in das Arbeitsrecht ist relativ wenig erörtert; die vorhandenen

⁹ Für eine analoge Anwendung des § 666 BGB besteht mangels Lücke kein Anlass.

¹⁰ Dazu eingehend Franck, RDV 2013, 287ff.

¹¹ Dazu rechtsvergleichend Franck, RDV 2013, 287ff.

Stimmen kommen zu unterschiedlichen Ergebnissen.¹² Das BAG hat jedoch in einer Entscheidung Klarheit geschaffen und ausgeführt.¹³

»Erfährt der Arbeitgeber von Vorwürfen gegen einen Arbeitnehmer, die Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis haben können, und konfrontiert er ihn damit, kann der Arbeitnehmer sich auf diese substantiiert einlassen und aktiv an der Aufklärung mitwirken oder schweigen. Dies gilt schon im Rahmen einer notwendigen Anhörung vor Ausspruch einer beabsichtigten Verdachtskündigung, erst recht aber, wenn der Arbeitgeber – ohne Kündigungsabsicht – sich um Klärung einer durch einen anonymen Brief und durch Presseberichte entstandenen Vermutung einer möglichen Pflichtverletzung bemüht. Verweigert der Arbeitnehmer eine aktive Beteiligung hieran, kann dies zwar den Schluss rechtfertigen, er sei an einer Aufklärung des gegen ihn gerichteten Verdachts und der Beseitigung des daraus resultierenden Vertrauenswegfalls nicht interessiert. Das bedeutet aber nicht, dass die fehlende Mitwirkung selbst die Kündigung rechtfertigen kann. Der Arbeitnehmer muss sich weder selbst belasten (vgl. *Ebeling*, S. 173f.; *Fischer*, BB 2003, 522), noch kann er gezwungen werden, dem Arbeitgeber Tatsachenmaterial zu liefern, um dessen Kündigung »schlüssig« zu machen (vgl. *Ebeling*, Die Kündigung wegen Verdachts, S. 174). Durch eine solche unterlassene Mitwirkung verletzt der Arbeitnehmer keine arbeitsvertragliche Nebenpflicht.«

Damit ist zugleich eine Differenzierung der Art abgelehnt, dass bei Angelegenheiten, die den eigenen Arbeitsbereich betreffen, analog § 666 BGB eine unbeschränkte Auskunftspflicht besteht, während in allen anderen Fällen eine Interessenabwägung stattfinden muss.¹⁴ Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, gilt vielmehr generell auch im Arbeitsrecht: Die Abhängigkeit ist keine geringere als im Verhältnis Bürger – Staat. Auch sind staatliche Behörden an das Rechtsstaatsprinzip gebunden, was für den Arbeitgeber jedenfalls nicht in gleicher Weise der Fall ist. Hinzu kommt, dass die arbeitsrechtliche Sanktion des Arbeitsplatzverlustes sehr viel stärker ins Gewicht fallen kann als viele strafgerichtliche Verurteilungen und eine unbeschränkte Auskunftspflicht dazu führen würde, dass das (unbestrittene) Recht, sich im Strafverfahren nicht selbst belasten zu müssen, durch die Offenlegung im Arbeitsverhältnis unschwer umgangen werden könnte: Niemand könnte den Arbeitgeber daran hindern, im Anschluss an die Aussage eine Strafanzeige zu erstatten.

¹² Für eine entsprechende Anwendung strafprozessualer Grundsätze Dann/Schmidt NJW 2009, 1851 ff.; (wohl auch) Mengel/Ullrich NZA 2006, 240, 243; differenzierend Göpfert/Merten/Siegrist NJW 2008, 1703, 1705; Wisskirchen/Glaser DB 2011, 1448 linke Spalte (soweit nicht der eigene Arbeitsbereich betroffen); dagegen Böhm, Non-Compliance und Arbeitsrecht, 2011, S. 157ff., der den Arbeitnehmer zu voller Offenlegung als verpflichtet ansieht, aber ein strafprozessuales Verwertungsverbot des »Geständnisses« annimmt.

¹³ BAG 23.10.2008 – 2 AZR 483/07, DB 2009, 1544 = NJW 2009, 1897 Tz. 32

¹⁴ Dafür Wisskirchen/Glaser DB 2011, 1448. Bemerkenswert ist, dass die hier im Wortlaut wiedergegebene BAG-Entscheidung nicht verarbeitet wird, wohl aber eine abweichende Entscheidung des LAG Hamm (3.3.2009 – 14 Sa 1689/08, juris), die für den Spezialfall des Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot eine umfassende Auskunftspflicht annahm, weil gleichzeitig ein Verwertungsverbot im Strafverfahren besteht.

Belastung von Arbeitskollegen?

Droht dem Arbeitgeber ein Schaden und kann dessen Eintritt noch verhindert werden, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet, aktiv zu werden und im Rahmen seiner Möglichkeiten den Eintritt des Schadens zu verhindern. In der Regel wird er die zuständige innerbetriebliche Stelle informieren. Geht die Gefahr von einem Arbeitskollegen aus, so stellt sich das Problem, ob dieselbe Handlungspflicht auch in einem solchen Fall besteht. Sie generell zu bejahen, erscheint problematisch. Der Arbeitnehmer würde zum Denunzianten, was ihn nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich in Schwierigkeiten bringen kann: Die Denunziation von Arbeitskollegen kann nach der Rechtsprechung des BAG eine verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.¹⁵ Anders zu entscheiden und eine Mitteilungspflicht anzunehmen, würde weiter bedeuten, dass im Prinzip jeder den andern überwachen müsste und so ein System des Misstrauens und der gegenseitigen Bespitzelung entstehen könnte.¹⁶ In der Praxis würde vermutlich eine „Erinnerungslücke“ behauptet; ein ausdrückliches „Dazu sage ich nichts“ dürfte eher ungewöhnlich sein. Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn schwere Straftaten drohen, deren Nichtanzeige nach § 138 StGB unter Strafe gestellt ist. Compliance-Richtlinien sehen bisweilen vor, dass Rechts- und Compliance-Verstöße der zuständigen Stelle im Betrieb zu melden sind, doch besteht insoweit ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, der für eine entsprechende Beschränkung sorgen kann.¹⁷

Rasterfahndung im Betrieb?

Neben der Befragung einzelner Personen kommt in einer Situation, in der kein konkreter Verdacht gegen eine bestimmte Person oder Gruppe besteht, eine Art Rasterfahndung in Betracht: Es werden etwa alle E-Mail-Verbindungsdaten danach untersucht, ob sich unter den Adressaten auch Presseunternehmen befinden, um so die „undichte Stelle“ zu ermitteln, die für eine als unangenehm empfundene Pressemeldung verantwortlich war.¹⁸ Ein großes deutsches Unternehmen glich die Kontodaten seiner 173.000 Beschäftigten mit den Kontodaten von Lieferanten und Dienstleistern ab, um mögliche Übereinstimmungen

¹⁵ BAG 21.10.1965 – 2 AZR 2/65, AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung

¹⁶ So ausdrücklich ArbG Stuttgart 9.12.1981 – 2 Ca 290/81, DB 1982, 1626.

¹⁷ Für Mitbestimmung des Betriebsrats über die Pflicht, Compliance-Verstöße über eine Hotline zu melden, LAG Düsseldorf 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05, DB 2006, 162 = dbr 4/2006 mit Anm. Däubler. Aus der Praxis des Compliance Officers bei der Allianz SE berichtet Mert, CuA 1/2016 S. 18 ff.

¹⁸ S. die Beispiele Telekom und Gerling bei den Datenskandalen 2008 und 2009, dargestellt bei Däubler, Gläserne Belegschaften, 2017, Rn. 2f

herauszufinden und so dem Wirtschaften in die eigene Tasche auf die Spur zu kommen.¹⁹ Auch hier überwiegen die rechtlichen Bedenken.

Soweit es sich um rechtmäßige Vorgänge handelt, ist schon das Ermittlungsziel nicht von der Rechtsordnung gedeckt. Der einzelne Arbeitnehmer ist durchaus berechtigt, die Presse zu informieren, wenn innerbetriebliche Abhilfe aussichtslos ist oder aus anderen Gründen nicht in Betracht kommt.²⁰ Danach zu fahnden, ist mangels Rechtsgrundlage unzulässig; für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses ist es nicht erforderlich.

Waren die Mitteilungen über Betriebsinterna „vorschnell“, weil innerbetriebliche Abhilfe unschwer möglich gewesen wäre, oder handelte es sich um eine leichtfertige oder gar um eine bewusst unwahre Anschuldigung,²¹ so lag ein rechtswidriges Verhalten und damit eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten vor. Dennoch können technische Mittel bei der Suche nach dem Verantwortlichen nur eingesetzt werden, wenn ein konkreter Verdacht gegen eine bestimmte Person oder eine bestimmte Gruppe von Personen besteht. Ein „Generalverdacht“ gegen die ganze Belegschaft genügt nicht. So wurde im Bereich der Videoüberwachung entschieden;²² bei der Auswertung von E-Mails oder von Kontobewegungen kann nichts anderes gelten. Vor kurzem ist dies am Beispiel eines Keylogger-Systems bestätigt worden.²³

Fazit

Compliance stellt das Datenschutzrecht auf eine Bewährungsprobe. Diese hat es bisher im Wesentlichen bestanden – einem übermäßigen Informationsbedarf der privaten Gesetzeshüter wurden Schranken gezogen. Der höhere Stellenwert, den der Datenschutz durch die DSGVO und die vorgesehenen Sanktionen erhalten hat, wird dazu beitragen, dass Compliance-Beauftragte und Personalabteilungen die Einhaltung des Datenschutzrechts nicht weniger wichtig nehmen als die Beachtung des Bilanzrechts oder die Vermeidung strafbarer Handlungen.

Wolfgang Däubler

¹⁹ Näheres bei Däubler, Gläserne Belegschaften, Rn. 2g

²⁰ Grundlegend EGMR 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 – Fall Heinisch

²¹ Zu diesen wichtigen Ausnahmen vom Recht auf Gang in die Öffentlichkeit s. BAG 7.12.2006 – 2 AZR 400/05 – NZA 2007, 502

²² BAG 26.8.2008 – 1 ABR 16/07 – NZA 2008, 1187, 1191 Tz. 31, bestätigt durch BAG 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, ZD 2012, 558; dazu Däubler, CuA 11/2012 S. 30

²³ BAG 27.7.2017 – 2 AZR 681/16 – NZA 2017, 1327

