

Arbeitshilfen: Betriebsvereinbarung Ethikrichtlinien (**2500 Nr.1**); Betriebsvereinbarung Torkontrolle (**2500 Nr. 2**), Betriebsvereinbarung Videoüberwachung (**2500 Nr. 3**), Betriebsvereinbarung Internetkontrolle (**2500 Nr. 4**).

Texte: Richtlinie 95/46/EG v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (**Datenschutzrichtlinie**), ABIEG Nr. L 281/31; Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 25.1.2012, KOM (2012) 11 endg.; Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, BT-Drucks. 17/4230 v. 15.12.2010.

I. Einleitung

- 1 Das Arbeitsrecht spielt für die Compliance in mehrfacher Hinsicht eine wichtige Rolle. Wenn es darum geht, Strafbarkeitsrisiken zu identifizieren, ist es zunächst Sache einer spezifisch arbeitsrechtlichen Compliance, die einschlägigen **Tatbestände des Arbeitsstrafrechts** zu sichten und an die Verantwortlichen zu kommunizieren. Dazu gehören z.B. die Straftaten um den Lohn, wie § 291 StGB (Bewucherung von Arbeitnehmern), § 266 StGB (Vorenthalten/Veruntreuen von Arbeitsentgelt), § 266a StGB (Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen), Verstöße gegen das Arbeitszeitgesetz (§ 23 ArbZG), das BundesdatenschutzG (§ 43 BDSG), das Arbeitsschutzgesetz (§ 26 ArbSchG) sowie Straftaten gegen Betriebsverfassungsorgane und ihre Mitglieder (§ 119 BetrVG). Hinzu kommen die zahllosen **Tatbestände von Ordnungswidrigkeiten** im Bereich des Arbeitsrechts, die mit teilweise erheblichen Bußgeldrahmen ausgestaltet wurden, z.B. bis zu 500 000 EUR für Verstöße gegen das G über den allgemeinen Mindestlohn (§ 21 Abs. 3 MiLoG) bzw. das ArbeitnehmerentendeG (§ 23 Abs. 3 AEntG), bis zu 300 000 EUR für Verstöße gegen das BDSG (§ 43 Abs. 3 BDSG) und bis zu 30 000 EUR für Verstöße gegen das ArbeitnehmerüberlassungsG (§ 16 Abs. 2 AÜG).
- 2 Dabei kann man aber nicht stehenbleiben. Wenn gerade der Faktor „Mensch“ eine wesentliche Risikoquelle im Unternehmen darstellt, muss die Compliance genau hier ansetzen und auf **das Mitarbeiterverhalten Einfluss nehmen** (Maschmann/Rodewald Corporate Compliance und Arbeitsrecht, S. 31, 34). Das Arbeitsrecht regelt, **welche verhaltenssteuernden Maßnahmen erlaubt** sind. Wichtigstes Mittel ist dabei das **Direktionsrecht** (§ 106 GewO), mit dem der Arbeitgeber sowohl im Einzelfall unmittelbar zu befolgende Anweisungen erteilen als auch abstrakt-generelle Verhaltensrichtlinien – zusammengefasst etwa in einem „Verhaltenskodex“ (s. Rn. 5) – aufstellen kann.
- 3 Zum dritten kommt das Arbeitsrecht ins Spiel, wenn es um die Grenzen der Verhaltenssteuerung geht. Diese werden vor allem bei der **Mitarbeiterkontrolle** aktuell, die zwar ein unverzichtbarer Baustein jeder Compliance-Organisation ist, aber Gefahr läuft, selbst Rechtsvorschriften zu verletzen (s. Rn. 1). Aufgabe des Arbeitsrechts ist es hier, zwischen den berechtigten Sicherheitsbelangen des Arbeitgebers und den nicht weniger berechtigten Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers zu

vermitteln. Dabei spielt das Recht des **Beschäftigtendatenschutzes** eine wichtige Rolle (s. Rn. 8), dessen Grundlage das vom BVerfG im Volkszählungsurteil (*BVerfGE* 65, 1) entwickelte **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** bildet und das in Art. 8 EU-GRCh mittlerweile sogar auf der Ebene der EU Anerkennung erfahren hat (dazu und zum Wechselspiel mit den einschlägigen EU-Richtlinien und dem deutschen Verfassungsrecht instruktiv Maschmann/*Bäcker* Beschäftigtendatenschutz in der Reform, S. 15 ff.). Nicht weniger wichtig ist das **Recht der betrieblichen Mitbestimmung** in Betrieben bzw. Dienststellen mit Betriebs- bzw. Personalräten, weil die meisten Kontrollmaßnahmen der Mitbestimmung unterliegen, deren Durchführung deshalb durch Betriebs- bzw. Dienstvereinbarungen geregelt werden.

Endlich entscheidet das Arbeitsrecht darüber, welche **Sanktionen** der Arbeitgeber gegen Arbeitnehmer verhängen darf, die die aus Sicht der Compliance notwendigen Regelungen missachten und damit ihre arbeitsvertraglichen Pflichten verletzen oder sogar strafbare Handlungen begehen (s. Rn. 45). In einem **Kündigungsschutzverfahren** wird dabei relevant, ob **Beweismittel**, die der Arbeitgeber im Zuge einer Mitarbeiterkontrolle erhoben hat, auch zur Verteidigung seiner Rechtsposition gegen den Mitarbeiter verwendet werden dürfen. Hier ist die Rechtsprechung im Fluss (s. Rn. 29). 4

II. Verhaltenskodex

Ein Verhaltenskodex ist ein für den Arbeitnehmer verbindlicher **Katalog von Ge- und Verboten**, mit dem das regelkonforme Verhalten der Mitarbeiter sichergestellt werden soll. Als Baustein in einem „**Compliancesystem**“ ist er ein wichtiges Element guter Unternehmensführung (**Corporate Governance**). Viele Unternehmen verfügen bereits über solche Bestimmungen. Sie tragen die unterschiedlichsten Bezeichnungen, wie etwa „**Ethik-Richtlinien**“, „Code of Conduct“ oder „Business Conduct Guidelines“ (*Wagner* Ethikrichtlinien, S. 17). Eine für alle Unternehmen geltende Pflicht zur Einführung eines betrieblichen Verhaltenskodex besteht derzeit zwar noch nicht (zu Verpflichtungen aus Spezialgesetzen *Wagner* Ethikrichtlinien, S. 20 ff.). Allerdings kann der Arbeitgeber mit dessen Erlass und tatsächlicher Durchsetzung einen Beitrag zur Erfüllung seiner Aufsichtspflichten leisten, die etwa nach 130 OWiG bestehen (ErfK-ArbR/*Franzen* § 3 BDSG Rn. 2). Ob und inwieweit der Arbeitgeber einen Verhaltenskodex auch **rechtlich verbindlich** machen kann, **muss für jedes darin enthaltene Ge- oder Verbot jeweils einzeln beurteilt werden**. Entsprechendes gilt für die betrieblichen Mitbestimmungsrechte; auch sie hängen jeweils von der einzelnen Regelung ab (*BAG NZA* 2008, 1248, 1252). Die meisten Vorgaben kann der Arbeitgeber einseitig kraft Direktionsrechts aufstellen. Eines Einverständnisses oder einer Bestätigung seitens des Arbeitnehmers bedarf er hierzu nicht. Im Regelfall besteht deshalb auch keine Nebenpflicht, sich ausdrücklich zur Einhaltung des Kodex zu bekennen. Eine solche kommt nach § 241 Abs. 2 BGB allenfalls dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber aus in- 5

ternationalen oder ausländischen Rechtsvorschriften oder aufgrund von AGB seiner Kunden gezwungen ist, entsprechende Erklärungen einzuholen.

- 6 Regeln, die zur Einhaltung der im Zusammenhang mit der Tätigkeit zu beachtenden Gesetze auffordern oder Vorschriften nur erläutern, ohne sie unternehmens- oder betriebspezifisch zu konkretisieren, beschreiben Pflichten, denen die Mitarbeiter ohnehin unterliegen. Einer Verbindlichmachung kraft Direktionsrechts bedarf es nicht (*Mahnhold* S. 173; *Schuster/Darsow* NZA 2005, 273, 275). Da es an einer eigenen, konstitutiven Regelung des Arbeitgebers fehlt, kommen auch keine Mitbestimmungsrechte in Betracht. Die meisten „Ethikrichtlinien“ dienen der Korruptionsbekämpfung (*Dölling/Maschmann* Kap. 3 Rn. 1, 44 f.). Soweit Ethikregeln **allgemeine ethisch-moralische Programmsätze** enthalten, wie den Appell an ein faires, höfliches, vertrauensvolles und respektvolles Miteinander, können daraus keine hinreichend bestimmten Verhaltenspflichten abgeleitet werden. Mit diesen Regelungen ist daher auch keine Beeinträchtigung berechtigter Arbeitnehmerinteressen verbunden. Vielmehr wird auf Umgangsformen hingewiesen, die nicht justizabel sind (*Wagner* S. 115 f.).
- 7 Kraft Direktionsrecht kann der Arbeitgeber bestimmen, ob und inwieweit Arbeitnehmer **Geschenke** und andere Zuwendungen (Einladung zum Besuch eines Restaurants, Theater- und Konzertkarten, Reisen usw.) **annehmen** dürfen. Das ist unproblematisch, wenn Anlass und Umfang der Einladung angemessen sind und die Ablehnung der Einladung dem Gebot der Höflichkeit widersprechen würde. Einer eigenen Regelung bedarf es ohnehin nicht, soweit solche Zuwendungen den Tatbestand der Bestechlichkeit (§§ 299, 332 StGB) oder Vorteilsannahme (§ 331 StGB) erfüllen. Freilich kann der Arbeitgeber die Grenzen konkretisierend nachzeichnen und auch jegliche Annahme von Geschenken verbieten (so *BAG* DB 2006, 2068 ff. bezüglich dienstlich erworbener Bonusmeilen; vgl. ausführlicher *Wagner* S. 94 f.) oder sie unter einen Genehmigungsvorbehalt stellen oder den Arbeitnehmer zur Anzeige erhaltener Vorteile verpflichten (vgl. *Schaub/Linck* § 53 Rn. 28; kritisch *Münchener Handbuch ArbR/Blomeyer* 2. Aufl. 2000, § 53 Rn. 104). Auch das **Gewähren von Vorteilen** kann der Arbeitgeber untersagen, gleichviel ob diese aus dem Vermögen des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers stammen (*Wagner* S. 98). Zulässig wäre überdies ein **Verbot, private Aufträge von Firmen ausführen zu lassen**, mit denen der Arbeitnehmer geschäftlich zu tun hat, wenn ihm dadurch Vorteile entstehen könnten. Hier kommen vor allem Mitarbeiter in Betracht, die Aufträge für den Arbeitgeber erteilen oder ihre Vergabe maßgeblich beeinflussen können. Kraft Direktionsrechts lassen sich ferner **Verschwiegenheitspflichten** hinsichtlich von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen (§ 17 UWG) sowie von sonstigen vertraulichen Angaben regeln. Die geheimhaltungsbedürftigen Tatsachen müssen jedoch hinreichend bestimmt sein. Unzulässig sind daher sog. All-Klauseln, wonach der Arbeitnehmer über sämtliche während der Tätigkeit bekannt gewordene Vorfälle zu schweigen hat (*Wagner* S. 124). Umgekehrt kann der Arbeitgeber kraft Direktionsrechts auch eine **Pflicht zur Meldung von Verstößen gegen gesetzliche Vorschriften und den Verhaltenskodex** statuieren. Damit wird die arbeitsvertragliche Nebenpflicht konkretisiert, Schaden vom

Arbeitgeber abzuwenden, soweit dies dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar ist. Unzumutbar wäre eine Pflicht zur Selbstanzeige (*Schuster/Darsow* NZA 2005, 273, 276). Andererseits ist es dem Anzeigenden zuzumuten, seine Identität offen zu legen, sofern ihm zugesichert wird, hierdurch keine Nachteile befürchten zu müssen und die Identität vom Arbeitgeber vertraulich behandelt wird (*Wagner* S. 128; a.A. *Bürkle* DB 2004, 2158, 2161). Umfassendere Anzeigepflichten können in formularvertraglichen Regelungen nur bedingt getroffen werden. Sog. All-Klauseln, die den Arbeitnehmer zu jedweder Anzeige unabhängig von der Schwere des Rechts- oder Richtlinienverstößes verpflichten, sind auch insoweit nicht möglich. Dies gilt auch für die Verpflichtung zur Selbstanzeige. Der Verhaltenskodex kann einen allgemeinen Hinweis auf die **Sanktionen** enthalten oder diese im Einzelnen benennen. Fehlt ein Hinweis auf Sanktionen, heißt das nicht, dass keine Sanktionen verhängt werden dürfen. Ein Verstoß gegen den Verhaltenskodex bedeutet in aller Regel zugleich die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB). Besonderer Vereinbarung bedürfen nur Vertragsstrafversprechen.

III. Beschäftigtendatenschutz

1. Einführung

Seit Ende 2009 ist der Beschäftigtendatenschutz in der Vorschrift des § 32 BDSG geregelt. Er bildet im geltenden Recht die wichtigste Schranke für Maßnahmen der Compliance. Bei der Vorschrift handelt es sich um eine Generalklausel, die den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit konkretisiert. Sie sollte nur ein Platzhalter für ein noch zu schaffendes Beschäftigtendatenschutzrecht sein. Hierfür hatte die Bundesregierung Ende 2010 einen entsprechenden Gesetzentwurf vorgelegt (BT-Drucks. 17/4230 v. 15.12.2010). Mit ihm sollten die Arbeitnehmerrechte gestärkt werden, zugleich wollte man den Unternehmen verlässliche Vorgaben für die Compliance geben. Das Vorhaben ist nicht zuletzt am Widerstand der Gewerkschaften gescheitert. Seit 2012 ruhen die – weit fortgeschrittenen – Arbeiten. Mittlerweile hat die EU-Kommission den Entwurf einer Datenschutz-Grundverordnung vorgelegt, der den gesamten innerstaatlichen Umgang mit personenbezogenen Daten regeln soll. Ausgenommen sind nur die Bereiche Polizei und Strafverfolgung, für die es die Kommission bei einer Richtlinie belassen will. Eines deutschen Datenschutzgesetzes bedürfte es dann nicht mehr, weil die Verordnung keine nationale Umsetzung benötigt. Zudem gehorcht sie dem Prinzip der Vollharmonisierung. Nationales Datenschutzrecht wäre im Anwendungsbereich der Verordnung selbst dann unzulässig, wenn es höhere Anforderungen als das Unionsrecht stellte, denn das würde den freien Datenverkehr behindern, um den es der Verordnung auch – fast möchte man sagen: vor allem – geht. Für den Schutz von Beschäftigtendaten enthält Art. 82 des Entwurfs eine Öffnungsklausel, die es den Mitgliedstaaten erlauben soll, die Verarbeitung personenbezogener Daten selbst per Gesetz zu regeln. Dies soll jedoch nur in den Grenzen der Verordnung und nach Maßgabe sog. delegierter Rechtsakte (vgl. Art. 86) erlaubt sein, mit denen die

8