

CB-BEITRAG

Dr. Daniel Klösel, RA

Compliance-Verstöße und Sanktionen – Ein Leitfaden für die unternehmerische Praxis

In der Praxis stellt das Thema der Sanktionen bei Compliance-Verstößen viele Unternehmen vor erhebliche Herausforderungen. Denn zu Beginn besteht regelmäßig nur ein Anfangsverdacht, sodass sich gleich hier eine Vielzahl rechtlich komplexer Fragen anschließen, z. B. welche arbeits-, zivil- oder strafrechtlichen Sanktionen überhaupt möglich oder sogar verpflichtend sind und ob der Sachverhalt mit Blick auf diese Sanktionen bereits hinreichend ausermittelt ist. Trotz dieser Vielzahl komplexer Fragestellungen bleibt den betroffenen Entscheidern v. a. mit Blick auf die gesetzlichen Fristen nur wenig Zeit, die einzelnen Maßnahmen einzuleiten und aufeinander abzustimmen. Gleichwohl können auch nur kleinere Fehler bereits zu einer Unwirksamkeit späterer Sanktionen oder sogar zu einer Strafbarkeit der Verantwortlichen und zu zivilrechtlichen Gegenansprüchen der betroffenen Mitarbeiter führen. Der nachfolgende Beitrag gibt den betroffenen Unternehmen – sowohl mit Blick auf die neueste Rechtsprechung als auch auf typische Fallstricke in der Praxis – einen Leitfaden an die Hand, welche Maßnahmen bei Compliance-Verstößen zu ergreifen und wie diese aufeinander abzustimmen sind.

I. Ausgangslage

Korruption eines Vorstandsmitglieds, das Führen von „schwarzen Kassen“ durch einen Geschäftsführer, Kartellverstöße durch ein ganzes Mitarbeiter-Team, Wettbewerbs- und Abwerbeaktivitäten durch sog. *key employees* vor dem Wechsel zu einem Konkurrenzunternehmen, Spesenbetrug eines leitenden Angestellten, Veruntreuungen eines Filialleiters, Versicherungsbetrug durch einen Prokuristen oder sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz. In der Praxis gibt es eine Vielzahl von Fallkonstellationen, in denen es zu Compliance-Verstößen von Organmitgliedern oder Mitarbeitern kommt. Im Fall eines Anfangsverdachts hinsichtlich möglicher Compliance-Verstöße geht es stets darum, den Sachverhalt umfassend aufzuklären und Sanktionsmaßnahmen gegenüber den betreffenden Mitarbeitern einzuleiten.

II. Leitfaden für Maßnahmen bei Compliance-Verstößen

In zeitlicher Hinsicht lassen sich hierbei folgende Schritte unterscheiden, bei denen es jeweils typische Fallstricke zu vermeiden gilt:

1. Evaluierung der Sanktionsoptionen und -verpflichtungen

Zu Beginn ist es zunächst von Bedeutung zu identifizieren, welche arbeits-, zivil- und strafrechtlichen Sanktionen überhaupt möglich und welche sogar verpflichtend sind.

a) Arbeitsrechtliche Sanktionen: Insbesondere Kündigung

Auch wenn im Fall von Compliance-Verstößen regelmäßig auch ein zur Kündigung „an sich“ berechtigender Grund gegeben ist, bestehen in der Praxis – unabhängig von der unüberschaubaren Vielzahl einzelner Kündigungsgründe – v. a. bei folgenden Fallkonstellationen Unsicherheiten:

- „*Bagatellkündigungen*“: Trotz der in Folge der Emmely-Entscheidung¹ des BAG aufgekommenen Missverständnisse haben das BAG und auch weitere Instanzgerichte in jüngerer Zeit betont, dass Eigentums- und Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers auch dann zu einer hinreichenden Erschütterung des Vertrauensverhältnisses führen können, wenn diese nur zu geringfügigen oder möglicherweise gar zu keinem Schaden geführt haben.² Mehr als bisher „spielt die Musik“ allerdings bei der zuzätzlich erforderlichen Interessenabwägung, bei der gerade das durch langjährig Beschäftigte erworbene „Vertrauenskapital“ zu beachten ist, das einer Kündigung bei einer einmaligen „Vertrauensenttäuschung“ entgegenstehen kann, wofür es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Von einem Verbot von Bagatellkündigungen unterhalb einer bestimmten Relevanzschwelle kann allerdings keine Rede sein.³

1 BAG, 10.6.2010 – 2 AZR 541/09, BB 2011, 59 m. BB-Komm. *Fandel/Kock*.
2 Vgl. bereits BAG, 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, BB-Entscheidungsreport *Brors*, BB 2011, 1536.
3 Vgl. *Becker-Schäuffler*, BB 2015, 629 m. w. N.

- *Außerdienstliches Verhalten:* Darüber hinaus sind kündigungsrelevante Compliance-Verstöße auch nicht ausschließlich auf den dienstlichen Bereich beschränkt. Nach einer jüngeren Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg kann eine außerordentliche Verdachtskündigung hinsichtlich eines außerdienstlichen Verhaltens gerechtfertigt sein, wenn hierdurch eine entsprechende Nebenpflicht schwerwiegend verletzt wird.⁴ Derartige Nebenpflichten bestehen etwa für Bankmitarbeiter in Bezug auf Geldwäscheaktivitäten (§ 9 Abs. 2 Nr. 4 GWG) oder für die Qualifikation und Zuverlässigkeit bestimmter Berufsgruppen im Wertpapierbereich (§ 34d WpHG).⁵ Hieraus folgt, dass eine derartige Kündigung jedenfalls bei Mitarbeitern in einer besonderen Vertrauensstellung gerechtfertigt sein kann, wenn die Beeinträchtigung des Vertrauensverhältnisses auch auf den dienstlichen Bereich „durchschlägt“.⁶
- *Duldung oder Weisung des Arbeitgebers:* Darüber hinaus kann eine Kündigung auch trotz einer Duldung oder sogar entsprechender Weisungen des Arbeitgebers in Betracht kommen. Denn nach überwiegender Auffassung bestimmt sich die Frage nach einem „an sich“ geeigneten Kündigungsgrund nach rein objektiven Maßstäben.⁷ Zudem sind Weisungen hinsichtlich eines gesetzeswidrigen Verhaltens gem. § 134 BGB unwirksam. Dennoch wird es auch hier auf der Ebene der Interessenabwägung darauf ankommen, ob die Mitwirkungshandlung durch die handelnden Personen dem Arbeitgeber überhaupt zurechenbar ist, in welchem Umfang der Arbeitgeber am Compliance-Verstoß mitgewirkt hat und welche Organisationspflichten hierbei verletzt wurden.⁸

Auch wenn gerade in den genannten „Grenzbereichen“ kein generelles Kündigungsverbot besteht, werden die Optionen gerade mit Blick auf die vorzunehmende Interessenabwägung in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen sein. Hierbei ist aber auch zu beachten, dass die bei Compliance-Verstößen auftretenden Reputationsverluste regelmäßig zu Gunsten der betroffenen Unternehmen zu berücksichtigen sind. Zudem liegt in einem derartigen Verhalten regelmäßig auch ein Verstoß gegen interne Compliance-Richtlinien, was die Rechtsprechung ebenfalls im Rahmen der Interessenabwägung zu Lasten der betroffenen Mitarbeiter berücksichtigt.⁹

Neben einer derartigen Kündigung geraten in der Praxis aber auch weitere arbeitsrechtliche Sanktionen oftmals aus dem Blick. Dies gilt u. a. für den Widerruf einer Pensionszusage, die aufgrund der restriktiven Kriterien der Rechtsprechung aber nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt, in denen die Verstöße schwerwiegend waren und zu einem erheblichen Schaden geführt haben.¹⁰

b) Zivilrechtliche Sanktionen: Insbesondere Schadensersatz

Darüber hinaus ist gerade mit Blick auf mögliche Schadensersatzansprüche oftmals eine äußerst zurückhaltende Position der betroffenen Unternehmen zu beobachten. Gerade in diesem Zusammenhang ist der jüngeren Rechtsprechung allerdings die Tendenz zu entnehmen, die Möglichkeiten eines zivilrechtlichen Rückgriffs im Fall von Compliance-Verstößen auszuweiten. Dies betrifft insbesondere folgende Fallkonstellationen:

- *Wirtschaftliche Schäden:* Hier ist insbesondere auf eine jüngere und bislang viel zu wenig beachtete Entscheidung des BAG zu den Voraussetzungen eines kompensationsfähigen Schadens hinzuweisen. Unabhängig von konkret zu beziffernden Schäden – z. B. bei der „Weitergabe“ von Ordnungsgeldern im Fall von Kartellverstößen¹¹ – erweist es sich in der Praxis oftmals als Problem, die eingetretenen Schäden – z. B. infolge eines

Geschäftsverlusts – konkret zu beziffern und „adäquat-kausal“ dem Verhalten des betroffenen Mitarbeiters zuzuordnen. Hierbei gerät aus dem Blick, dass – auch wenn Gerichte dieses Instrument in der Praxis oftmals ignorieren – § 287 ZPO die Möglichkeit bietet, eine Schadensermittlung nach richterlichem Ermessen vorzunehmen. Das BAG hat – anknüpfend an die „im Hinblick auf die künftigen Entwicklungen des Geschäftsverlaufs in der Natur der Sache liegenden Beweisschwierigkeiten“ – in erfreulich eindeutiger Weise klargestellt, dass § 287 ZPO für diese Fälle eine Beweiserleichterung vorsehe, die eine Schadensschätzung erlaube, die lediglich auf „greifbaren Anknüpfungstatsachen“ basieren müsse.¹² Dies sollte Unternehmen dazu ermuntern, jedenfalls nicht vorschnell auf mögliche Schadensersatzforderungen zu verzichten.

- *Ermittlungskosten:* Darüber hinaus ist daran zu denken, dass ebenfalls die angefallenen Ermittlungskosten kompensationsfähig sein können. Nach der Rechtsprechung stellen derartige Kosten einen nach § 249 BGB zu ersetzenden Schaden dar, wenn diese zur Schadensbeseitigung und -verhütung erforderlich waren. Im Fall eines begründeten Verdachts können hierunter im Grundsatz nicht nur Detektivkosten¹³, sondern auch die Kosten sonstiger in der jeweiligen Ermittlungstätigkeit erfahrenen Personen – wie z. B. externen Anwälten für Mitarbeiterbefragungen oder die Dokumentendurchsicht – fallen.¹⁴ Lediglich reine „Vorsorgekosten“, z. B. für die Inbetriebnahme eines internen Kontrollsystems – sind im Grundsatz nicht erstattungsfähig.¹⁵ Bei der konkreten Prüfung der Erforderlichkeit ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob der Rückgriff auf externe Dienstleister mit Blick einerseits auf den konkreten Verdacht und andererseits auf die intern vorhandene Expertise und Manpower erforderlich ist.

Neben derartigen Schadensersatzansprüchen kommen im Rahmen zivilrechtlicher Sanktionen – abhängig vom jeweiligen Einzelfall – noch zahlreiche weitere Möglichkeiten in Betracht, z. B. die Geltendmachung möglicher Vertragsstrafen oder die Durchsetzung von (ordnungsgeldbewehrten) Unterlassungsansprüchen zur Abwehr von weiteren Compliance-Verstößen.

c) Strafrechtliche Sanktionen: Ergebnisse der Ermittlungsarbeit

Darüber hinaus liegt Compliance-Verstößen auch regelmäßig ein strafbewährtes Verhalten zugrunde. Hier ist in der Praxis allerdings – zum Teil mit Blick auf befürchtete Reputationsverluste aufgrund „negativer Presse“ – eine große Zurückhaltung der betroffenen Unternehmen zur Erstattung einer Strafanzeige nachvollziehbar. Hierbei wird oft übersehen, dass den ermittelnden Staatsanwaltschaften ein

4 LAG Berlin-Brandenburg, 23.10.2014 – 21 Sa 800/14, BB 2015, 698.

5 Vgl. *Renz/Jungermann*, BB 2015, 768.

6 Vgl. LAG Berlin, 19.12.2006 – 7 Sa 1335/06, Rn. 51.

7 Vgl. *Dörner/Vossen*, in: APS, 4. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 55 m. w. N.

8 Vgl. *Benecke/Groß*, BB 2015, 693 m. w. N.

9 LAG Hessen, 25.1.2010 – 17 Sa 21/09.

10 BAG, 13.11.2012 – 3 AZR 444/10, BAGE 143, 273, m. w. N.

11 Vgl. aber vorerst LAG Düsseldorf, 20.1.2015 – 16 Sa 459/14, CB 2015, 127 m. CB-Komm. *Jungermann/Renz*, BB 2015, 907 m. BB-Komm. *Bachmann*, (u. a.).

12 BAG, 26.9.2012 – 10 AZR 370/10, BB 2013, 2362 m. BB-Komm. *Lipinski*.

13 Zuletzt BAG, 26.9.2013 – 8 AZR 1026/12, NJW 2014, 877.

14 BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 226/08, NZA 2009, 1300.

15 LAG Rheinland-Pfalz, 4.11.2009 – 7 Sa 391/09.

breites Repertoire an Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung steht, und auch die betroffenen Unternehmen in den anstehenden arbeits- oder zivilrechtlichen Verfahren von den Ermittlungsergebnissen profitieren können. Darüber hinaus ist ebenfalls zu beachten, dass bereits bei der Einleitung zivilrechtlicher Schritte oder einem anhängigen Kündigungsrechtsstreit die Möglichkeit besteht, dass es auch ohne aktives Zutun des Unternehmens zu einer Strafanzeige seitens des Gerichts kommen kann, wie es das Gesetz in § 149 ZPO ermöglicht und nach § 183 GVG für einige Fälle sogar verlangt.

d) Verpflichtung zu Sanktionen?

Neben diesen Sanktionsoptionen ist aber v.a. zu prüfen, ob eine Rechtspflicht zur Einleitung derartiger Maßnahmen besteht. Eine solche Pflicht lässt sich insbesondere aus den allgemeinen Vorstandspflichten der §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 AktG, aus § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG und aus der sog. Business Judgement Rule, der allgemeinen Vorschrift zur Haftungsvermeidung nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG, herleiten. Darüber hinaus ist auf das vielbeachtete obiter dictum des BAG hinzuweisen, wonach sich der Compliance-Officer als Gehilfe strafbar machen kann, wenn er es unterlässt, Rechtsverstöße aufzudecken und zu verhindern.¹⁶

Vor diesem Hintergrund wird im Fall von Compliance-Verstößen regelmäßig eine Pflicht zu arbeits- (mit Blick auf die Vermeidung derartiger Verstöße in der Zukunft) und zivilrechtlichen Sanktionen (mit Blick auf eine Kompensation hinsichtlich der begangenen Verstöße) zu bejahen sein, eine allgemeine Pflicht zu strafrechtlichen Sanktionen dagegen nicht.¹⁷ Dennoch ist zu beachten, dass die genannten Regelungen jedenfalls eine Pflicht zur umfassenden Sachverhaltsaufklärung begründen, die u.a. auch strafrechtliche Maßnahmen beinhalten kann. In Fällen, in denen die internen Mittel zu beschränkt sind, um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bspw. mit Blick auf potentielle Schadensersatzforderungen zu ermöglichen, kann deshalb auch eine Pflicht zu bejahen sein, die staatlichen Ermittlungsbehörden einzuschalten.

2. Rechtliche Bewertung des „status quo“

Mit Blick auf diese möglichen oder sogar verpflichtenden Sanktionen ist es im zweiten Schritt entscheidend, den bestehenden Lebenssachverhalt einer hinreichenden rechtlichen Würdigung zu unterziehen.

a) Materiell-rechtlich: Vermeidung „zu früher“ Sanktionen

Um „zu frühe“ Sanktionen zu vermeiden, die aufgrund eines unzureichend ausermittelten Sachverhalts ins Leere gehen, ist es zunächst von Bedeutung, den bestehenden Sachverhalt unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten hinreichend zu würdigen. Unabhängig von den rechtlichen Voraussetzungen der einzelnen Kündigungsgründe kommt es in der Praxis oftmals dazu, dass Unternehmen zu vorschnell eine Tat Kündigung aussprechen. Hierbei wird allerdings verkannt, dass Arbeitsgerichte in der Praxis – schon bei kleineren Lücken in der Beweiskette – oftmals davon ausgehen, dass die Voraussetzungen einer Tat Kündigung nicht erfüllt sind, was dazu führt, dass die in diesem Fall einschlägige Verdachtskündigung schon mangels einer hierfür erforderlichen Anhörung des betroffenen Mitarbeiters unwirksam ist. Gleiches gilt aber auch bei einer Verdachtskündigung selbst, denn mit Blick auf die Rechtsprechung vieler Arbeitsgerichte erfordert es erfahrungsgemäß einiges an Begründungsaufwand, selbst die Schwelle zu einem hinreichenden Verdacht zu überschreiten.¹⁸ Insgesamt empfiehlt es sich, jedenfalls in Zweifelsfällen nicht vorschnell

eine Tat- und hilfsweise Verdachtskündigung auszusprechen, sondern „im Zweifel“ noch weitere Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen, um den Sachverhalt möglichst detailliert nachzuvollziehen.

b) Formal-rechtlich: Vermeidung „zu später“ Sanktionen

Um auf der anderen Seite „zu späte“ Sanktionen zu vermeiden, müssen insbesondere die geltenden Fristen im Blick behalten werden. Das gilt v.a. für die Zwei-Wochenfrist gem. § 626 Abs. 2 BGB ab Kenntnis der Umstände durch den Kündigungsberechtigten. Zu diesem Kreis zählen neben den gesetzlichen und satzungsmäßigen Vertretern des Arbeitgebers – hierbei ergeben sich insbesondere bei Kündigungen von Arbeitnehmern und Organmitgliedern Unterschiede – auch Mitarbeiter, die eine ähnlich selbstständige Stellung haben und nicht nur zur Meldung, sondern auch zur Feststellung der für eine außerordentliche Kündigung maßgebenden Tatsachen verpflichtet sind, was – abhängig von der Organisation – jedenfalls beim Personalleiter oder Compliance-Officer regelmäßig der Fall ist. Darüber hinaus muss die Kenntnis vom Kündigungssachverhalt zuverlässig und möglichst vollständig sein, sodass es dem Arbeitgeber möglich ist darüber zu entscheiden, ob er das Arbeitsverhältnis fortsetzen soll oder nicht.¹⁹

Hierbei kommt es in der Praxis oftmals zu folgendem Problem: Während sich die Rechtsprechung zu § 626 BGB überwiegend anhand überschaubarer Sachverhalte entwickelt hat, sind die Sachverhalte gerade im Fall von Compliance-Verstößen oftmals sehr komplex und erfordern eine zum Teil monatelange Aufklärungsarbeit. Deshalb wird in der Literatur zunehmend gefordert, dass bei derart komplexen Sachverhalten der Wirtschaftskriminalität die Frist erst dann beginnt, wenn das gesamte Netzwerk von Compliance-Verstößen aufgedeckt und die rechtliche Bewertung abgeschlossen ist, jedenfalls solange diese Maßnahmen mit der gebotenen Eile durchgeführt worden sind.²⁰ So sehr diese Forderung zu begrüßen ist, so sehr ist allerdings auf die damit verbundenen Risiken hinzuweisen, zumal es jedenfalls gegenwärtig an einer „belastbaren“ Rechtsprechung fehlt, auf die sich diese Ansicht stützen lässt.²¹ In der Praxis muss daher gerade in derartigen Fällen abgewogen werden, ob dem Aufklärungsinteresse hinsichtlich des vermeintlichen Netzwerks von Verantwortlichen oder dem arbeitsrechtlichen Sanktionsinteresse hinsichtlich des einzelnen Mitarbeiters der Vorzug einzuräumen ist. Hierbei kann ebenfalls von Bedeutung sein, ob der betroffene Mitarbeiter arbeits- oder tarifvertraglichen Ausschlussregeln hinsichtlich einer ordentlichen Kündigung unterliegt, da in diesen Fällen die fristlose Kündigung innerhalb der Zwei-Wochen-Frist die einzige Trennungsoption bildet.

Neben den arbeitsrechtlichen Fristen können in der Praxis aber auch mit Blick auf mögliche zivil- und strafrechtliche Sanktionen weitere Fristen zu beachten sein. Das gilt für zivilrechtliche Sanktionen v.a. mit Blick auf arbeits- oder kollektivvertragliche Ausschlussklauseln, die im Bedarfsfall auch auf deren Wirksamkeit zu überprüfen sind (im Fall der Unwirksamkeit bspw. zu kurzer Fristen kann sich zwar der Mitarbeiter, nicht aber der Arbeitgeber als AGB-Verwender hierauf berufen²²). Daneben können aber auch mit Blick auf strafrechtliche

16 BGH, 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BB 2009, 2263 m. BB-Komm. *Wybitul*.

17 Vgl. *Poppe*, in: Inderst u.a., Compliance, 2. Aufl. 2013, S. 584 ff.

18 Vgl. BAG, 25.11.2010 – 2 AZR 801/09, NZA-RR 2012, 222.

19 Vgl. dazu *Dörner/Vossen*, in: APS, 4. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 131 ff.

20 *Dzida*, NZA 2014, 809; *Göpfert/Dräger*, CCZ 2011, 25.

21 Vgl. LAG Hamm, 1.10.1998 – 8 Sa 969/98, BB 1999, 1120 Ls.

22 Zuletzt LAG Hamm, 25.11.2014 – 14 Sa 463/14, ArbR 2015, 185.

Sanktionen einzelne Fristen zu berücksichtigen sein, wie etwa die dreimonatige Antragsfrist im Fall des Verrats von Betriebsgeheimnissen gem. § 17 UWG.

3. Weitere Ermittlungen

Soweit der Sachverhalt noch nicht hinreichend ausermittelt ist und weitere Ermittlungen notwendig werden, sind gerade hier zahlreiche Fallstricke zu beachten.

a) Zeitliche Anforderungen: „Zügige Ermittlungen“

Hierbei erweist es sich oftmals bereits als Problem, dass diese nicht mit der erforderlichen „gebotenen Eile“ durchgeführt werden. Dieses Problem besteht v. a. angesichts des Fehlens allgemeingültiger Fristen für Ermittlungsmaßnahmen, die nur mit Blick auf den konkreten Einzelfall bestimmt werden können.²³ Dennoch geht es hier in der Praxis v. a. darum, nach Aufkommen eines Anfangsverdachts Zeiträume zu vermeiden, in denen gar keine weiteren Maßnahmen – d. h. weder Ermittlungen, eine rechtliche Bewertung des Sachverhalts noch die Durchführung weiterer Maßnahmen wie z. B. eine Anhörung im Vorfeld einer Verdachtskündigung – getroffen werden. Mit Blick auf ein späteres Gerichtsverfahren gilt es v. a. derart offenkundige „Lücken“ zu vermeiden.

b) Inhaltliche Anforderungen: „Keine überschießenden Ermittlungen“

Darüber hinaus steht den betroffenen Unternehmen eine breite Palette möglicher Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung, die von Mitarbeiterbefragungen über den Einsatz von Detektiven oder sonstigen externen Ermittlern bis hin zur IT-forensischen Auswertung von Laptops oder E-Mail-Postfächern reichen können.²⁴ In diesem Zusammenhang sind insbesondere die engen datenschutzrechtlichen Grenzen zu beachten. Ansonsten besteht mit Blick auf die jüngere Rechtsprechung nicht nur die Gefahr, dass die „teuren“ Ergebnisse der Ermittlungen einem Beweisverwertungsverbot unterfallen und damit in späteren Kündigungsschutz- oder Schadensersatzverfahren nicht verwendet werden können.²⁵ Für den Fall von datenschutzrechtlich unzulässigen Detektiveinsätzen hat das BAG der betroffenen Mitarbeiterin unlängst Schmerzensgeldansprüche zugestanden,²⁶ während der BGH mit Blick auf GPS-gestützte Bewegungsprofile durch eine Detektei klargestellt hat, dass derartige – im Einzelfall datenschutzrechtlich unzulässige – Ermittlungsmaßnahmen auch strafbar sein können.²⁷

Die maßgebliche Vorschrift des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG setzt auf der ersten Stufe – aus Beweis Zwecken idealerweise schriftlich – zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte voraus, die jedenfalls einen Anfangsverdacht hinsichtlich einer Straftat durch den Mitarbeiter begründen. Indem das BAG zuletzt im Fall eines Detektiveinsatzes die Unzulässigkeit derartiger Ermittlungen bereits mit dem Fehlen eines solchen Verdachts begründet, macht es deutlich, dass es diese „Einstiegshürde“ sehr ernst nimmt und auch verhältnismäßig hohe Begründungsanforderungen an einen Tatverdacht stellt.²⁸ Auf der zweiten Stufe müssen Ermittlungsmaßnahmen, kurz gesagt, erforderlich und verhältnismäßig sein und die Interessen des Mitarbeiters hinreichend berücksichtigen. Auch in diesem Zusammenhang hat sich das BAG – auch wenn der Abwägungsvorgang hier noch ausschließlich an die Grundrechte anknüpfte – bislang äußerst zurückhaltend gezeigt. Eine heimliche Videoüberwachung hält es nur dann für zulässig, wenn „weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit

das praktisch einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist“²⁹. Daran anknüpfend hatte das BAG auch eine heimliche Spind-Kontrolle insbesondere mit dem Hinweis für unzulässig erklärt, dass als „milderes Mittel“ ebenfalls eine derartige Kontrolle in Anwesenheit des Mitarbeiters in Betracht komme.³⁰

Für die Praxis bedeutet dies, mit Blick auf die Eingriffsintensität der jeweils zur Verfügung stehenden Ermittlungsmaßnahmen eine Art „Treppe“ für das weitere Vorgehen zu bilden. E-Mail-Kontrollen, Video- oder eine umfassende Detektivüberwachung wären hierbei im Grundsatz erst auf höheren „Stufen“ zu verorten, wobei auch innerhalb einzelner Maßnahmen die Eingriffsintensität stufenweise erhöht werden kann (z. B. im Fall einer E-Mail-Kontrolle zunächst Beschränkung auf ausgewählte Zeiträume, anschließende Einschränkung auf Betreffzeile etc.). In Betracht kommt mit Blick auf die genannten BAG-Entscheidungen aber auch ein stufenweises Vorgehen, das die Ermittlungsmaßnahmen zunächst auf bestimmte Verdächtige begrenzt, oder – falls weniger intensive Ermittlungsschritte auf den ersten Stufen nicht möglich sind – eine offene Durchführung der Maßnahme gegenüber dem Betroffenen.³¹ Letztlich ist mit Blick auf die Interessenabwägung aber auch daran zu denken, einen vorhandenen Betriebsrat oder betrieblichen Datenschutzbeauftragten miteinzubeziehen, wenngleich allein eine fehlende Beteiligung des Betriebsrats noch nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen soll.³²

c) Sonstiges: Einschaltung Dritter?

Werden im Zusammenhang mit internen Ermittlungen Dritte miteinbezogen, können weitere Maßnahmen erforderlich sein. Auch hier kommt es ganz auf den jeweiligen Einzelfall an. Bei einem Rückgriff auf externe IT-Forensik-Dienstleister ist aus datenschutzrechtlicher Perspektive bspw. zu empfehlen, einen Vertrag über eine Auftragsdatenverarbeitung abzuschließen, um die datenschutzrechtliche Eingriffsintensität möglichst gering zu halten. Auch wenn noch nicht abschließend geklärt ist, ob ohne konkrete Definition der zu verarbeitenden Daten (diese sollen ja gerade erst ermittelt werden) überhaupt eine Auftragsdatenverarbeitung vorliegen kann,³³ gewährleistet eine derartige Vereinbarung aufgrund der strengen Anforderungen des § 11 BDSG jedenfalls ein hohes Datenschutzniveau und ist daher regelmäßig zu empfehlen.

4. Weitere Maßnahmen: Insbesondere Anhörung

Trotz derartiger Ermittlungen kommt es in der Praxis oftmals dazu, dass diese zu keinem „wasserdichten“ Tatnachweis führen, sodass eine (hilfsweise) Verdachtskündigung und eine vorherige (obligatorische) Anhörung des Mitarbeiters erforderlich sind. Soweit die uneinheitliche Rechtsprechung zahlreicher Instanzgerichte zu einem wirksamen Anhörungsverfahren die Praxis vor erhebliche

23 Vgl. Dörner/Vossen, in: APS, 4. Aufl. 2012, § 626 BGB, Rn. 128 f.

24 Vgl. Bissels/Lützel, BB 2012, 189.

25 BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, BB 2014, 890 m. BB-Komm. Ihle.

26 BAG, 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13.

27 BGH, 4.6.2013 – 1 StR 32/13, K&R 2013, 669 m. K&R-Komm. Wäbke/Block.

28 BAG, 19.2.2015 – 8 AZR 1007/13.

29 BAG, 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 m. BB-Komm. Lipinski.

30 BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, BB 2014, 890 m. BB-Komm. Ihle.

31 BAG, 21.6.2012 – 2 AZR 153/11, BB 2013, 125 m. BB-Komm. Lipinski; BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, BB 2014, 890 m. BB-Komm. Ihle.

32 BAG, 13.12.2007 – 2 AZR 537/06, RDV 2008, 206.

33 Im Grundsatz bejahend Wybitul, in: Knerim u. a., Internal Investigations, 2013, S. 298.

Herausforderungen gestellt hat, hat eine jüngere Entscheidung des BAG einige wesentliche Aspekte klargestellt.

a) Zeitliche Anforderungen

Das BAG³⁴ nennt zunächst eine Regelfrist von einer Woche nach Kenntnis der Verdachtsmomente, innerhalb derer die Anhörung stattzufinden hat, um den Lauf der zweiwöchigen Ausschlussfrist für eine fristlose Kündigung zu hemmen. Wenn – wie in der Praxis üblich – auch ein Anhörungsgespräch durchgeführt werden soll, ist allerdings darauf zu achten, dass der Mitarbeiter schon mit Vorlauf vor Ende der Wochenfrist hierzu eingeladen wird. Denn nach Auffassung einzelner Landesarbeitsgerichte muss die Einladung den Mitarbeiter zumindest in die Lage versetzen, eine Vertrauensperson – z. B. einen Anwalt oder ein Betriebsratsmitglied – hinzuzuziehen.³⁵ Um die Alternative eines ausdrücklichen Hinweises hierauf zu vermeiden, ist deshalb zu empfehlen, den Zeitpunkt der Einladung so zu gestalten, dass kein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zu dem Gespräch selbst besteht und die Möglichkeit der Hinzuziehung einer Vertrauensperson damit dem Grunde nach gegeben ist. Dagegen wird ein ausdrücklicher Hinweis auf diese Möglichkeit überwiegend nicht für erforderlich erachtet.³⁶

Darüber hinaus schafft die BAG-Entscheidung aber v. a. Klarheit für den Ablauf des Anhörungsverfahrens, wenn der Mitarbeiter nicht am Arbeitsplatz greifbar ist. In der Praxis kommt dies besonders häufig vor, wenn dieser zuvor von internen Ermittlungen gegen seine Person erfahren hat und sich in Folge dessen „krankmeldet“, um den Arbeitgeber mit Blick auf die Zwei-Wochen-Frist einerseits sowie die gleichzeitig erforderliche Anhörung andererseits unter Druck zu setzen. Während dieses „Spiel auf Zeit“ oftmals aufging, gesteht das BAG dem Arbeitgeber dagegen ein Wahlrecht zu, ob er in solchen Fällen die Stellungnahme abwartet (solange beginnt die Zweiwochenfrist nicht) oder die außerordentliche Kündigung ausspricht (dann fehlt es nicht an der Anhörung). Das BAG betont aber auch die Grenzen dieses Wahlrechts, indem jedenfalls eine Kündigung ohne eine abschließende Stellungnahme des Mitarbeiters voraussetzt, dass ein weiteres Abwarten für den Arbeitgeber unzumutbar ist, z. B. wenn der Mitarbeiter ohne die Angabe sachlicher Gründe mehrfach um die Verlängerung der Einlassungsfrist bittet.³⁷

Für die Praxis ist deshalb zu empfehlen, bei der Anhörung eines arbeitsunfähigen Mitarbeiters nicht erst dessen Rückkehr abzuwarten, sondern eine schriftliche Anhörung durchzuführen. Liefert der Mitarbeiter glaubhafte sachliche Gründe für eine Vernehmungsunfähigkeit, ist ihm zumindest einmalig Fristverlängerung zu gewähren. Aufgrund der hohen Hürden (z. B. bei einem Krankenhausaufenthalt mit gravierenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen) wird dies in der Praxis aber die Ausnahme bleiben. Für den Fall, dass sich der Mitarbeiter nicht zu den Vorwürfen äußert und auch keine sachlichen Gründe für eine Verlängerung der Einlassungsfrist liefert, kommt der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung in Betracht. Äußert er sich dann im weiteren Verlauf, kann im Einzelfall zu empfehlen sein, vorsorglich eine zweite Kündigung auszusprechen. Mit Blick auf die genannte BAG-Entscheidung ist dann – selbst wenn die Stellungnahme vor der ersten Kündigung im Einzelfall abgewartet werden musste – jedenfalls bei der zweiten Kündigung die Ausschlussfrist gewahrt.

b) Inhaltliche Anforderungen

Mit Blick auf das Regelanhörungsverfahren hat das BAG ebenfalls einige inhaltliche Anforderungen herausgestellt. In diesem Zusammenhang bestätigt es v. a. die Rechtsprechung, wonach bei der Anhörung

die Darstellung eines „greifbaren Sachverhalts“ erforderlich ist.³⁸ Ob der Sachverhalt dagegen schon in der Einladung umrissen werden muss, ist derzeit noch offen.³⁹ Hierbei sollten jedenfalls Begriffe wie „Personalgespräch“ o. ä. vermieden werden, die irreführende Rückschlüsse über den Inhalt des Anhörungsgesprächs zulassen. Ansonsten ist die Anhörung mit einiger Wahrscheinlichkeit bereits aufgrund einer unzureichenden Einladung unwirksam.⁴⁰ Aufgrund dieser Vielzahl von zeitlichen und inhaltlichen Vorgaben ist es aber auch empfehlenswert, dem Mitarbeiter nach einem Anhörungsgespräch – das aus praktischen Gründen zur besseren Sachverhaltsermittlung durchgeführt werden sollte – auch ein schriftliches Anhörungsschreiben zu übergeben bzw. die schriftliche und mündliche Anhörung parallel durchzuführen. Ansonsten können in einem späteren Kündigungsprozess erhebliche Probleme auftreten, die Durchführung eines ordnungsgemäßen Anhörungsverfahrens gerichtsverwertbar zu dokumentieren.

III. Fazit: Leitfaden im Überblick

In einer Übersicht lassen sich die erforderlichen Compliance-Maßnahmen und die hierbei typischerweise auftretenden Fallstricke abschließend wie folgt zusammenfassen (s. Abbildung S. 258):

AUTOR



Dr. Daniel Klösel ist Rechtsanwalt bei Justem Rechtsanwälte in Frankfurt. Er berät und vertritt Unternehmen in allen Fragen des Arbeits- und Dienstvertragsrechts und hat daneben einen besonderen Fokus auf den Bereich Compliance im Zusammenhang mit internen Ermittlungen und Beschäftigten-datenschutz.

34 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015.

35 LAG Berlin-Brandenburg, 30.3.2012 – 110 Sa 2272/11; a. A. LAG Rheinland-Pfalz, 18.4.2013 – 2 Sa 490/12.

36 Vgl. Hunold, NZA-RR 2012, 399 m. w. N.

37 BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1037/12, NZA 2014, 1015.

38 BAG, 24.5.2012 – 2 AZR 206/11, NZA 2013, 137.

39 So allerdings LAG Berlin-Brandenburg, 30.3.2012 – 110 Sa 2272/11.

40 LAG Düsseldorf, 25.6.2009 – 5 TaBV 87/09, NZA-RR 2010, 184.

Abbildung: Übersicht über die einzelnen Compliance-Maßnahmen

