



**PROOF-MANAGEMENT®**

Management für Beweisermittlung

# **Keine Zeit für (Image-)Krisen am Tatort Arbeitsplatz**

Ein Beitrag über Mitarbeiterkriminalität,  
Wirtschaftskrise und Arbeitgeberrechte

Autor: Assessor jur. Paul H. Malberg

Veröffentlichung: BDD-Journal 2009

- Sonderdruck -

**PROOF-MANAGEMENT GMBH**

Geschäftsführer:

Ass. jur. Paul H. Malberg

An der Schlenke 19

46147 Oberhausen

Tel.:+49 (0)208 / 3 07 55 24

Fax:+49 (0)208 / 3 07 55 25

E-Mail: [info@proof-management.de](mailto:info@proof-management.de)

Internet: [www.proof-management.de](http://www.proof-management.de)

# KEINE ZEIT FÜR (IMAGE-)KRISEN AM TATORT ARBEITSPLATZ

Paul Malberg, Assessor jur.

## Ein Beitrag über Mitarbeiterkriminalität, Wirtschaftskrise und Arbeitgeberrechte

### I. Einleitung

Die Kritik war durchaus berechtigt, und das unreflektierte Einfordern der breiten Masse nach einem verstärkten Arbeitnehmerdatenschutz nachvollziehbar.

Datenaffären und Überwachungsskandale schreckten die Öffentlichkeit auf, und die Medien saßen insoweit in den Startlöchern, als dass jede weitere Nachricht mit dem Inhalt einer Überwachung von Mitarbeitern oder Vorständen und Aufsichtsräten bis hin zu Journalisten, ob berechtigt oder unberechtigt, in Pressemeldungen zum neuen Skandal proklamiert wurde.

Völlig verfehlt und grob fahrlässig wäre es aber, wenn Einzelfälle der Vergangenheit nun zu folgenschweren restriktiven Attitüden deutscher Unternehmen führen und Wirtschaftskriminalität, insbesondere Mitarbeiterkriminalität am Tatort Arbeitsplatz nicht entschlossen und wirksam begegnet wird.

Der Gesetzgeber sah diese Problematik ebenfalls und erlaubt richtigerweise auch nach Inkrafttreten des neuen Bundesdatenschutzgesetzes zum 01.09.2009 eine im Verhältnis stehende Aufklärung von Mitarbeiterstraftaten, wenngleich die entscheidenden Neuerungen als wenig gelungen bewertet werden müssen.

Dieser Beitrag befasst sich mit der Notwendigkeit nach einem bewussten, aber auch entschlossenen Umgang mit den Fakten der Vergangenheit und den Herausforderungen der Zukunft und behandelt darüber hinaus alte wie neue (alte) Arbeitgeberrechte zur Mitarbeiterkontrolle im Überblick.

### II. Mitarbeiterkriminalität als wesentlicher Bestandteil von Wirtschaftskriminalität

Fassen wir den nicht einheitlich definierten Begriff der Wirtschaftskriminalität bewusst weit und subsumieren hierunter alle Straftaten,

die in letzter Konsequenz zu einem messbaren Schaden für Unternehmen und mittelbar somit auch für Endabnehmer bzw. Endverbraucher führen, müssen als potentielle Delinquenten nicht nur Unternehmensexterne, sondern auch Manager, Verantwortungsträger der 2. Führungsebene sowie Arbeiter und Angestellte in Betracht gezogen werden.

Diese aus der sowohl juristischen als auch detektivischen Praxis stammende Erfahrung bestätigte nicht zuletzt Prof. Dr. Dieter Dölling, Leiter des kriminologischen Instituts der Universität Heidelberg, in der KPMG-Studie zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland.<sup>1</sup> Er machte darauf aufmerksam, dass Unternehmen nicht nur Opfer externer Täter seien, sondern auch interner. Dabei müsse mit Tätern „auf allen Stufen der Unternehmenshierarchie gerechnet werden...“.

Doch wie drückt sich die Gefahr von innen in Zahlen aus?

Im Rahmen einer wissenschaftlichen Untersuchung zur Frage der „Dimensionen der Devianz“ (also Dimensionen abweichenden Verhaltens) wurde festgestellt, dass die Gefahr, Geschädigter interner Täter zu werden, eine nicht zu unterschätzende ist. So bestätigten in einer Stichprobenbefragung innerhalb der Bevölkerung 116 von 355 Personen freiwillig, Ihren Arbeitgeber schon einmal materiell geschädigt zu haben.<sup>2</sup> Dies entspricht also gut einem Drittel der Befragten.

Auch die PWC-Studie zur Wirtschaftskriminalität 2007 befasste sich mit der Herkunft von Wirtschaftsstraftätern. Im Ergebnis postulierte PWC, dass jeder zweite Wirtschaftskriminelle im Unternehmen sitzt. Bezogen auf die externen Delinquenten wurde ergänzt, dass sie in der Regel in unmittelbarem Bezug zum Unternehmen stehen, in dem diese als Kunden, Lie-

<sup>1</sup> vgl. Prof. Dr. Dieter Dölling in: KPMG, Studie 2006 zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland, Seite 20.

<sup>2</sup> Dr. Jens Hoffmann, Andreas Mokros, Dr. Rüdiger Wilmer in „Dimensionen der Devianz“, Polizei und Wissenschaft, Ausgabe 1/2006, Seite 62.

feranten oder Geschäftspartner in Erscheinung treten.<sup>3</sup>

Erfahrungen aus der investigativen Arbeit untermauern dies und zeigen naturgemäß nicht selten im Bereich der Korruption, dass externe wie interne Täter gemeinsam konspirativ agieren.

Im Jahr 2008 veröffentlichte die Euler Hermes Kreditversicherung eine nicht minder interessante Studie zur Wirtschaftskriminalität mit dem pointierten Titel „Die verkannte Gefahr“.<sup>4</sup>

Neben einer Vielzahl von aufschlussreichen Erhebungen ergab die Studie, dass 12 Prozent der befragten Unternehmen das Risiko hoch einschätzen, durch eigene Mitarbeiter geschädigt zu werden. 22 Prozent dagegen gaben an, die Gefahr eher bei externen Tätern zu sehen.

Die Euler Hermes Kreditversicherung hält diese Vermutung für einen Irrtum. Sie äußert, dass Unternehmen eher durch eigene Mitarbeiter als durch unternehmensfremde Personen geschädigt werden. Eigentums- und Vermögensdelikte wie Diebstahl, Betrug, Unterschlagung stehen dabei an der Spitze. Dabei gingen ca. drei Viertel aller Straftaten im Unternehmen nicht auf das Konto leitender Angestellter, sondern einfacher Mitarbeiter.<sup>5</sup>

Den im Durchschnitt durch Wirtschaftskriminalität entstehenden Schaden bezifferte die Versicherung im Weiteren mit 42.000 Euro je betroffenes Unternehmen. Der Schaden, der durch interne Mitarbeiter entstehe, wurde mit 26.000 Euro im Durchschnitt angegeben, der durch externe verursachte Schaden im Durchschnitt mit 54.000 Euro je Unternehmen.<sup>6</sup>

Jede der vorgenannten Erhebungen belegt, dass das Thema „Mitarbeiterkriminalität“ als Bestandteil von Wirtschaftskriminalität seit Jahren ein ernst zu nehmendes Problem und

eine ständige Herausforderung für die deutsche Wirtschaft darstellt.

### **III. Wirtschaftskrise als akute Herausforderung**

Besonders die Jahre 2008, 2009 und 2010 stellen die deutsche Wirtschaft auf eine harte Probe. Was mit einer Finanz-, Kredit- und Bankenkrise begann, verspüren aktuell auch deutsche Unternehmen in Form der globalen Wirtschaftskrise.

Aufträge bleiben aus, und erforderliche Firmenkredite für Innovationen oder für das Durchlaufen vorübergehender Durststrecken werden von Banken nur restriktiv vergeben.

Die Zahl der Insolvenzen wie auch die der Arbeitslosen wird aller Wahrscheinlichkeit nach steigen, und bisher konsumorientierte Endverbraucher werden ihr bisher „lockeres“ Ausgabeverhalten voraussichtlich noch bis in das Jahr 2010 verstärkt zu überdenken haben.

Eine Umfrage aus Mai 2009 zu der Frage, ob durch die Wirtschaftskrise Wirtschaftskriminalität eher steigt, gleich bleibt oder sinkt, ergab ein pessimistisches, wenngleich aber realistisches Ergebnis. 83 Prozent der Teilnehmer sahen wegen der Wirtschaftskrise einer steigenden Wirtschaftskriminalität entgegen, 16 Prozent vermuteten einen Status quo und nur ein Prozent rechnete mit einem Rückgang.<sup>7</sup>

Veranschaulicht man sich die erwarteten Folgen der aktuellen Wirtschaftskrise näher, so ist nicht weiter verwunderlich, wenn auch 59% der deutschen von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Ernst & Young befragten Arbeitnehmer einen Anstieg von Fraud im Unternehmen erwarten. Die Hauptgründe dafür werden in dem nun größeren Druck, die Unternehmenszukunft zu sichern und in neuen Risikobereichen gesehen, die durch die Veränderungen im Geschäft entstehen.<sup>8</sup>

Unabhängig davon, welche hierarchischen Ebenen die Täter besetzen, die das Risiko, Opfer von Fraud zu werden, durch ihr eigenes

<sup>3</sup> PWC Studie zur Wirtschaftskriminalität 2007, „Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft“, Seite 5.

<sup>4</sup> Euler Hermes Kreditversicherung, „Die verkannte Gefahr“, Wirtschaft Konkret Nr. 303 / 2008, Seite 4.

<sup>5</sup> Euler Hermes Kreditversicherung, „Die verkannte Gefahr“, Wirtschaft Konkret Nr. 303 / 2008, Seite 3.

<sup>6</sup> Euler Hermes Kreditversicherung, „Die verkannte Gefahr“, Wirtschaft Konkret Nr. 303 / 2008, Seite 4.

<sup>7</sup> PROOF-MANAGEMENT GMBH, Umfrage zur „Wirtschaftskrise und Wirtschaftskriminalität“, Mai 2009.

<sup>8</sup> „European Fraud Survey 2009“ der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Ernst & Young, Seite 4.

doloses Handeln verwirklichen, dürften die Delinquenten infolgedessen primär im eigenen Unternehmen zu suchen sein.

Sehen wir nach alledem in der Wirtschaftskrise den Verstärker einer ohnehin weit verbreiteten und ernststen Gefahr, sind Prävention und Kontrolle selten so wichtig gewesen wie heute.

#### **IV. Mitarbeiterkontrollen bis zum 31.08.2009**

Nehmen wir aufgrund des zuvor Gesagten an, dass Wirtschaftskriminalität und insbesondere Mitarbeiterkriminalität keine Erfindungen der deutschen Wirtschaft sind, so ist der redliche Verantwortungsträger gehalten und verpflichtet, im Interesse seiner Person und Haftung (z.B. §§ 91, 93 AktG, § 43 GmbHG), im Interesse der Unternehmenseigner, der Angestellten wie auch der Geschäftspartner und Kunden effektive Mechanismen zu implementieren, um doloses Treiben zumindest zu erschweren.

Um seinen Pflichten, Kriminalität zu verhindern, Taten aufzudecken und Täter zu entlarven, nachhaltig und effektiv nachkommen zu können, verfügt der Verantwortliche aber auch über Rechte, die abhängig vom Einzelfall mehr oder minder weitreichend sind.

Während die „verdachtsunabhängige“ Prävention von Straftaten in diesem Kontext an erster Stelle bei der Berücksichtigung unternehmerischer Interessen stehen sollte, folgt die Aufdeckung von Straftaten an zweiter und die Aufklärung aufgedeckter Straftaten an dritter Stelle.

Vergleichsweise unproblematisch konnten in der Vergangenheit Präventivpläne umgesetzt werden, sofern die Belegschaft hiervon Kenntnis hatte und -abhängig von der Maßnahme-exemplarisch die Zustimmung im Arbeitsvertrag, in Form der Betriebsvereinbarung oder mittels Mitbestimmung des Betriebsrates erteilt wurde.

Typische Beispiele sind das offene Anbringen von Videokameraanlagen in sensiblen betrieblichen Räumlichkeiten, die Einschränkung der E-Mail- und Internetnutzung am Arbeitsplatz zu rein betrieblichen Zwecken, Zugangs- wie auch Taschenkontrollen etc.

Diffiziler verhielt es sich hinsichtlich der Maßnahmen, die ohne Kenntnis der Belegschaft umgesetzt wurden, gleichgültig ob sie präventiver Natur oder Reaktion auf delinquentes Verhalten waren. Insbesondere diese Sachverhalte mussten sich an den Anforderungen des hinreichend bekannten § 28 BDSG (Bundesdatenschutzgesetz) orientieren, der im Kern eine Überprüfung der Verhältnismäßigkeit bei der Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für eigene Zwecke und damit eine Abwägung unter Berücksichtigung der Betroffenenrechte einforderte.

Nun ist nicht nur für den Laien der Datenschutz eine intellektuell kaum zu durchdringende Materie. Auch Datenschützer und Unternehmensjuristen legten die unbestimmten und damit interpretationsfähigen Rechtsbegriffe der Vorschrift wie „Wahrung berechtigter Interessen“ und „schutzwürdige Interessen des Betroffenen“ etc. im Sinne Ihrer Interessenvertretung divergierend aus.

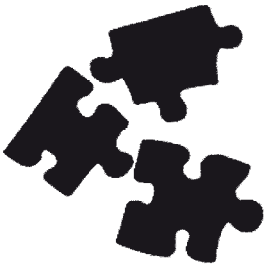
Weil jedoch das Bundesdatenschutzgesetz Ausfluss des grundrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechtes ist, erfolgte eine Überprüfung der Einhaltung der Verhältnismäßigkeit einer konkreten Kontrollmaßnahme spätestens und nicht selten in Kündigungsschutzprozessen von Arbeitnehmern, die einer Pflichtverletzung oder der Begehung einer Straftat im Unternehmen überführt wurden.

Das Gericht als eigentliche Prüfungsinstanz stellte sich also in jedem einzelnen Fall und unter Berücksichtigung der jeweiligen besonderen Umstände und Interessenlagen auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite zu Recht die Frage, inwieweit die in das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters eingreifende Maßnahme tatsächlich begründet war und geduldet werden musste.<sup>9</sup>

Durch die Rechtsprechung der vergangenen Jahre und Jahrzehnte kristallisierte sich so eine umfangreiche Kasuistik und Konkretisierung der unbestimmten Rechtsbegriffe heraus.

---

<sup>9</sup> siehe hierzu auch: Ass. jur. Paul H. Malberg in „Das berechnete Interesse im Lichte des Grundgesetzes“, Detektiv-Journal 2007, Seite 24 ff.



# PROOF-MANAGEMENT®

Management für Beweisermittlung

**Zu Recht zu Ihrem Recht!  
Mit Recht zu Ihrem Recht!**

**PROOF-MANAGEMENT GMBH**

Tel.: +49 (0)208 / 307 55 24

Fax: +49 (0)208 / 307 55 25

[www.proof-management.de](http://www.proof-management.de)

[www.tatort-arbeitsplatz.de](http://www.tatort-arbeitsplatz.de)

Unternehmen hatten hierdurch die Möglichkeit, den Einsatz einer Kontrollmaßnahme, beispielsweise durch das Zusammenwirken von Detektei und Rechtsbeistand, im Vorfeld juristisch bewerten zu lassen, um die Möglichkeiten und Grenzen angestrebter Ermittlungen zu eruieren.

Bei Beachtung der in § 28 BDSG geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung und unter Zuhilfenahme vergangener Rechtsprechung hätte folglich auch der juristische Laie erkennen müssen, dass der „prophylaktische Abgleich zig tausender Mitarbeiterdaten zum Zwecke der Korruptionsbekämpfung wegen eines unausgesprochenen generalisierten Tatverdachts“ oder die „verdeckte Protokollierung und Weitergabe privater Mitarbeitergespräche an die Geschäftsleitung“ mindestens bedenklich und gesellschaftlich wie gesetzgeberisch nicht gewollt waren.

Das Einfordern eines umfassenden Arbeitnehmerdatenschutzes aufgrund von (teils

vermeintlichen) „Fehlritten“ einzelner Dienstleister war daher mangels Regelungslücke gleichermaßen unsinnig wie überflüssig. Auch wurde innerhalb der Diskussion dem Umstand nicht Rechnung getragen, dass unzählige von Arbeitgeberseite veranlasste Kontrollmaßnahmen völlig zu Recht (Mitarbeiterkriminalität als ständige Herausforderung) und im Rahmen geltender Bestimmungen erfolgreich veranlasst wurden. Unzählige (Grundsatz-) Entscheidungen der Gerichte belegen dies.

Wer übrigens meint, auf die Hilfe externer Spezialisten verzichten zu können, und den Rückgriff auf staatliche Ermittlungsbehörden als ausreichend ansieht, der nehme eine zweite Aussage des bereits zitierten Kriminologen Prof. Dr. Dölling zur Kenntnis: „Für eine wirksame Eindämmung von Wirtschaftsdelinquenz reicht der Verweis auf Polizei und Strafjustiz nicht aus...“.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> vgl. Prof. Dr. Dieter Dölling in: KPMG, Studie 2006 zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland, Seite 20.

## V. Mitarbeiterkontrollen ab dem 01.09.2009

Die Parlamentarier folgten dem Ruf nach einer gesetzlichen Neufassung und ergänzten das Bundesdatenschutzgesetz u.a. um eine Norm, die auch als liebloses Ergebnis „verhängnisvoller (Daten-) Affären“ betitelt werden könnte.

§ 32 BDSG, der als zentrale Regelung beispielsweise in Fällen von Mitarbeiterkontrollen Anwendung findet, soll den vorgenannten § 28 BDSG weitgehend verdrängen und konkretisieren.<sup>11</sup>

§ 32 BDSG lautet wie folgt:

### **§ 32 BDSG - Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses**

*(1) Personenbezogene Daten eines Beschäftigten dürfen für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für dessen Durchführung oder Beendigung erforderlich ist. Zur Aufdeckung von Straftaten dürfen personenbezogene Daten eines Beschäftigten nur dann erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, wenn zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Betroffene im Beschäftigungsverhältnis eine Straftat begangen hat, die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zur Aufdeckung erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse des Beschäftigten an dem Ausschluss der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nicht überwiegt, insbesondere Art und Ausmaß im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sind.*

*(2) Absatz 1 ist auch anzuwenden, wenn personenbezogene Daten erhoben, ver-*

*arbeitet oder genutzt werden, ohne dass sie automatisiert verarbeitet oder in oder aus einer nicht automatisierten Datei verarbeitet, genutzt oder für die Verarbeitung oder Nutzung in einer solchen Datei erhoben werden.*

*(3) Die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen der Beschäftigten bleiben unberührt.*

Um das Positive und Wesentliche der Vorschrift vorweg zu nehmen: Mitarbeiterkontrollen zum Zwecke der Tataufklärung sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nach wie vor bei Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen bzw. Verhältnismäßigkeit zulässig sein.

Für Unternehmen sind drei Aspekte der Neu-regulierung trotzdem besonders wichtig.

### **1) § 32 I 1 BDSG**

§ 32 I 1 BDSG bezieht sich jeweils auf die Begründung, Durchführung und Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses. Da der folgende Satz die „Aufdeckung“ von Straftaten und damit einen redaktionell hervorgehobenen Fall behandelt (siehe unten), muss hieraus geschlossen werden, dass Satz 1 die typischerweise im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehenden Maßnahmen umfasst.

Diese Annahme wird bestärkt durch den im Gesetzgebungsverfahren erstellten Änderungsantrag der großen Koalition<sup>12</sup> mit folgenden Ausführungen:

*„...Nach der Einstellung darf der Arbeitgeber sich bei seinen Beschäftigten über Umstände informieren oder Daten verwenden, um seine vertraglichen Pflichten gegenüber den Beschäftigten erfüllen zu können, z. B. Pflichten im Zusammenhang mit der Personalverwaltung, Lohn- und Gehaltsabrechnung. **Das gilt auch, wenn der Arbeitgeber seine im Zusammenhang mit der Durchführung des Beschäftigungsver-***

<sup>11</sup> vgl. Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und SPD im 4. Ausschuss (Innenausschuss) des Deutschen Bundestages) zum Gesetzentwurf auf Drucksache 16/12011, A-Drs. 16(04)646, Stand 24.06.2009, Seite 23 f.

<sup>12</sup> Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und SPD im 4. Ausschuss (Innenausschuss) des Deutschen Bundestages) zum Gesetzentwurf auf Drucksache 16/12011, A-Drs. 16(04)646, Stand 24.06.2009.

*hältnisse bestehenden Rechte wahrnimmt, z. B. durch Ausübung des Weisungsrechts oder durch Kontrollen der Leistung oder des Verhaltens des Beschäftigten. Nach Satz 1 ist deshalb z. B. auch die Zulässigkeit solcher Maßnahmen zu beurteilen, die zur Verhinderung von Straftaten oder sonstigen Rechtsverstößen, die im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehen, erforderlich sind. Ebenfalls nach Satz 1 ist die Zulässigkeit solcher Maßnahmen zu beurteilen, die im Zusammenhang mit der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses (Abmahnung, Kündigung) stehen. Der Begriff der Beendigung umfasst auch die Abwicklung eines Beschäftigungsverhältnisses.“<sup>13</sup>*

Satz 1 umfasst also u.a. alle Maßnahmen, die „zur Verhinderung von Straftaten oder sonstigen Rechtsverstößen, die im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis stehen, erforderlich sind.“ Besondere Beachtung verdient die in dieser Gesetzespassage namentliche Unterscheidung zwischen „Straftaten“ und „sonstigen Rechtsverstößen“.

In der Folge müssen präventive Implementierungen, die auf der ersten Stufe im Kampf gegen Mitarbeiterkriminalität stehen, an den Anforderungen des § 32 I 1 BDSG gemessen werden.

Doch die Frage nach dem Umfang und der Reichweite erlaubter präventiver Maßnahmen kann auf den ersten Blick nur im Zusammenhang mit dem Folgesatz beantwortet werden (hierzu unten mehr).

## **2) § 32 I 2 BDSG**

§ 32 I 2 BDSG nimmt Bezug auf die „Aufdeckung“ von Straftaten.

Die Fraktionen von CDU/CSU und SPD nahmen zu diesem Tatbestand wie folgt Stellung:

---

<sup>13</sup> vgl. Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und SPD im 4. Ausschuss (Innenausschuss) des Deutschen Bundestages) zum Gesetzentwurf auf Drucksache 16/12011, A-Drs. 16(04)646, Stand 24.06.2009, Seite 25 (Fettschrift und Unterstreichungen wurden redaktionell eingearbeitet).

*„...Satz 2 benennt die Voraussetzungen für die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten eines Beschäftigten zur Aufdeckung von Straftaten, die im Beschäftigungsverhältnis begangen worden sind, so z. B. von Diebstahl und Korruption. Danach müssen tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat eines Beschäftigten vorliegen, die vom Arbeitgeber dokumentiert werden. Die Erhebung oder Verwendung von Beschäftigtendaten muss für die Aufdeckung der Straftat erforderlich sein. Der Erhebung oder Verwendung der Daten dürfen keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Beschäftigten entgegenstehen. Insbesondere dürfen Art und Ausmaß der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der Daten im Hinblick auf den Anlass nicht unverhältnismäßig sein. Die Regelung orientiert sich im Wortlaut an § 100 Absatz 3 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes und inhaltlich an den Anforderungen, die die Rechtsprechung zur verdeckten Überwachung von Beschäftigten aufgestellt hat (vgl. BAG, Urteile vom 27. März 2003, NZA 2003, S. 1193, und Beschluss vom 26. August 2008, NZA 2008, S. 1187). Die Aufnahme einer Abwägungsklausel in Satz 2 trägt der Tatsache Rechnung, dass Maßnahmen zur Aufdeckung einer Straftat in der Regel besonders intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifen. Mit dem in der Abwägungsklausel erwähnten Anlass der Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung sind zum einen die Art und Schwere der Straftat und zum andern die Intensität des Verdachts gemeint.“<sup>14</sup>*

Zwar verdeutlicht die Begründung, dass der Gesetzgeber mit Blick auf die frühere Gesetzeslage mit Geltung bis zum 31.08.2009 keine

---

<sup>14</sup> vgl. Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und SPD im 4. Ausschuss (Innenausschuss) des Deutschen Bundestages) zum Gesetzentwurf auf Drucksache 16/12011, A-Drs. 16(04)646, Stand 24.06.2009, Seite 25 f (Fettschrift und Unterstreichungen redaktionell eingearbeitet).

neuen Ideen zum Datenschutz verfolgt, sondern die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Zulässigkeit von Mitarbeiterkontrollen normieren will.

Ein noch immer erforderlicher Abwägungsprozess zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberrechten wird allerdings infolge neuer unbestimmter Rechtsbegriffe wie „zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte“ oder „zur Aufdeckung erforderlich ist“, „schutzwürdige Interesse des Beschäftigten“ und „nicht unverhältnismäßig“ nicht vereinfacht.

Der Wortlaut der Begründung offenbart einen weiteren gesetzgeberischen Schwachpunkt. Offensichtlich unterscheidet der Normgeber nicht zwischen den Begriffen „Aufdeckung von Straftaten“ und „Aufklärung von Straftaten“. Um eine Straftat aufzuklären zu können, muss diese zuallererst aufgedeckt werden. Es ist also die grundsätzliche Kenntnis über das Vorhandensein einer Straftat erforderlich, um im Fortgang die Straftat aufzuklären und den Täter zu ermitteln.

Die wörtliche Auslegung des § 32 I 2 BDSG kann sich daher nur auf die „Aufklärung von Straftaten“ beziehen, da die Kenntnisnahme über das Vorhandensein einer Straftat redaktionell vorausgesetzt wird.

Damit wird jedoch lediglich die dritte Stufe der Kriminalitätsbekämpfung, nämlich die „Aufklärung von Straftaten“ umfasst.

Welche Maßnahmen können Unternehmen ergreifen, um überhaupt Straftaten zu erkennen (2. Stufe)?

Eine weitere Anmerkung. Durch den eindeutigen Wortlaut „Straftaten“ im Satz 2 der Vorschrift bleibt offen, welche Optionen Unternehmen bei der Aufdeckung von Ordnungswidrigkeiten und anderen arbeitsrechtlich relevanten Pflichtenverstöße haben. Nicht jedes vorsätzliche Fehlverhalten von Mitarbeitern muss zwingend einen Straftatbestand erfüllen. Doch wie diese Sachverhalte in Zukunft zu behandeln sind, kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht beantwortet werden. Stattdessen wird diese Fragestellung aller Voraussicht nach die Gerichte beschäftigen.

Und damit der Kritik nicht genug. Der Gesetzgeber unterstellt, dass Maßnahmen zur Aufdeckung von Straftaten besonders intensiv in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter eingreifen, und erlaubt den Eingriff unter Berücksichtigung der sog. Abwägungsklausel. Im Umkehrschluss bedeutet diese Annahme folgeschwer, dass die Umsetzungen präventiver Sicherheitskonzepte nach Satz 1 weit weniger das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter tangieren dürfen.

Wie stellen wir uns also „Prävention der Zukunft“ vor?

### 3) § 32 III BDSG

§ 32 III BDSG bestimmt, dass die Beteiligungsrechte der Interessenvertretungen unberührt bleiben. Das bedeutet, dass z.B. beim Einsatz von GPS-Ortungsgaräten zum Zwecke der Mitarbeiterüberwachung oder Videoüberwachungseinrichtungen im Unternehmen auch weiterhin das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG bzw. der Personalvertretung gem. § 75 III Nr. 17 BPersVG Beachtung finden muss.<sup>15</sup>

Erwähnenswert ist zum einen, dass diese Regelung dem Grunde nach keine neue Erfindung, sondern die wörtliche Normierung einer nie bestrittenen Selbstverständlichkeit ist. Zum anderen aber heißt es in der Begründung zu Satz 2 (siehe oben):

*„Die Regelung orientiert sich im Wortlaut an § 100 Absatz 3 Satz 1 des Telekommunikationsgesetzes und inhaltlich an den Anforderungen, die die Rechtsprechung zur verdeckten Überwachung von Beschäftigten aufgestellt hat (vgl. BAG, Urteile vom 27. März 2003, NZA 2003, S. 1193...“*

Das zugrunde gelegte Urteil des BAG vom 27.03.2003 hatte aber gerade darüber zu entscheiden, ob eine Videoüberwachung auch dann als zulässig erachtet werden kann, wenn im Vorfeld seitens des Betriebsrates eine Zu-

<sup>15</sup> vgl. Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und SPD im 4. Ausschuss (Innenausschuss) des Deutschen Bundestages) zum Gesetzentwurf auf Drucksache 16/12011, A-Drs. 16(04)646, Stand 24.06.2009, Seite 26.

stimmung gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG nicht erfolgte, sondern die Zustimmung erst nach Beendigung der Maßnahmen und folglich mit „verspäteter“ Kenntnisnahme erteilt wurde.

Im Leitsatz der Entscheidung heißt es in concreto:

*„Ist die Videoüberwachung entgegen § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrates durchgeführt worden, so ergibt sich aus diesem Verstoß jedenfalls dann kein eigenständiges Beweisverwertungsverbot, wenn der Betriebsrat der Verwendung des Beweismittels und der darauf gestützten Kündigung zustimmt und die Beweisverwertung nach den allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist.“<sup>16</sup>*

Damit stellt sich auch der dritte Absatz des § 32 BDSG als inkonsequent und hinterfragungswürdig heraus.

## VI. Fazit

Wer auf inhaltliche Änderung, Klärung und Vereinfachung im Datenschutzrecht gehofft hat, wird bitterlich enttäuscht. Wer glaubte, als Täter im Unternehmen zukünftig ungehemmt und unkontrolliert Straftaten begehen zu können und einem umfassenden innerbetrieblichen Täterschutz zu genießen, irrt aber ebenso.

Die Gesetzesnovelle ist keine Hilfe und Klarstellung bereits vorhandener Vorschriften, sondern schlichtweg alter Wein in neuen löchrigen Schläuchen.

Der Gesetzgeber hierzu:

*„§ 32 enthält eine allgemeine Regelung zum Schutz personenbezogener Daten von Beschäftigten, die die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze des Datenschutzes im Beschäftigungsverhältnis nicht ändern, sondern lediglich zusammenfassen und ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz weder entbehrlich machen noch inhaltlich präjudizieren soll.“<sup>17</sup>*

<sup>16</sup> BAG, Urteil vom 27. März 2003, NZA 2003, Seite 1193.

<sup>17</sup> vgl. Änderungsantrag der Fraktion CDU/CSU und SPD im 4. Ausschuss (Innenausschuss) des Deutschen Bundestages) zum Gesetzentwurf auf Drucksache 16/12011, A-Drs. 16(04)646, Stand 24.06.2009, Seite 24.

An die Befürworter eines umfassenden Datenschutzes gerichtet:

Jede Kritik an vergangenen bedenklichen und stellenweise rechtswidrigen Mitarbeiterkontrollen darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Begehen von Wirtschaftskriminalität in einem nicht unerheblichen Maß ein Mitarbeiterproblem ist. Das bestätigen Wissenschaftler und Praktiker, denen ein tiefgründiger und objektiver Umgang mit der sensiblen Thematik unterstellt werden darf.

Datenschutz ist der Schutz des Persönlichkeitsrechtes und hinreichend zu gewährleisten. Datenschutz muss aber auch praktikabel und der Realität angepasst sein und darf nicht –wie in allen Bereichen des Lebens- zum Täterschutz avancieren.

Wenig konstruktiv ist dementsprechend der Schrei nach vermeintlich strengeren Vorschriften, wenn im Gegenzug keine praktikablen Lösungen zur Prävention und Bekämpfung von Wirtschafts- und Mitarbeiterkriminalität offeriert werden und geforderte gesetzliche Einzelfallregelungen jeden vertretbaren Rahmen sprengen würden.

Sicherheit bedeutet Verantwortung und daher Rechte und Pflichten auf beiden Seiten der Medaille.

Sollte sich die Novellierung wegen der angesprochenen Ungereimtheiten als Restriktion insbesondere im Bereich der Prävention erweisen, kann ein Anstieg von Mitarbeiterkontrollen aufgrund vermehrter Anfangsverdächtigungen nicht mehr ausgeschlossen werden.

An die Unternehmen gerichtet:

Für Unternehmen empfiehlt es sich, von ihren Mitarbeitern Präventivmaßnahmen in Form von Regelungen in Arbeitsverträgen, nachträglichen Einwilligungserklärungen, Betriebsvereinbarungen etc. schriftlich „absegnen“ zu lassen.

Niemals sollten sie aus Gründen der Verantwortlichkeit und Haftung den Problemen der Zukunft tatenlos gegenüberstehen, und wie es der Kriminologe Prof. Dr. Dölling umfassender formuliert: „Keinesfalls darf der Eindruck entstehen, Wirtschaftskriminalität werde vom Unternehmen hingenommen oder gar gebilligt...“<sup>18</sup>

Kehren Sie dem Tatort Arbeitsplatz nicht den Rücken zu!

<sup>18</sup> vgl. Prof. Dr. Dieter Dölling in: KPMG, Studie 2006 zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland, Seite 20.

## **Auszug aus unserer Referenzliste (2008)**

### **Aktiengesellschaft mit ca. 20.000 Mitarbeitern (Az.: PM-8822/08)**

„... Wir, ein deutsches ...-Unternehmen, sind mit der Abarbeitung unseres Auftrages hoch zufrieden. Aufgrund der Ermittlung konnten wir erfolgreich personelle Maßnahmen umsetzen, so dass die Zielsetzung des Auftrages voll erfüllt werden konnte. Vor der Auftragsvergabe und während des gesamten Bearbeitungsprozesses wurden wir stets ehrlich und kompetent über die Erfolgchancen und die Kosten beraten. Die Ausführung erfolgte seriös, rechtlich sicher und zuverlässig. Wir werden im Bedarfsfall gerne erneut auf die Dienste der PROOF-MANAGEMENT GMBH zurückgreifen und können somit unsere ausdrückliche Empfehlung aussprechen...  
..... / Personalreferentin“

### **Fachanwalt für Arbeitsrecht zu den Ermittlungen gegen einen chronischen Lohnfortzahlungsbetrüger (Az.: PM-8830/08)**

„Sehr geehrter Herr Malberg,  
das Verfahren ... ./... GmbH wurde zwischenzeitlich mit einem für unsere gemeinsame Mandantin sehr zufrieden stellenden Ergebnis beendet. Grundlage für die erfolgreiche Durchsetzung der Arbeitgeberinteressen war Ihr Bericht vom XX.XX.XXXX. Dieser Bericht wurde von unserer gemeinsamen Mandantin dem Arbeitnehmer zur Einsichtnahme vorgelegt und hat ihn offenbar so beeindruckt, dass er bereit war, im Rahmen eines Aufhebungsvertrages der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zuzustimmen, wobei der Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses praktisch einer fristlosen Beendigung gleich kommt.  
Gerne können wir Ihnen deshalb bestätigen, dass unsere Zusammenarbeit in dem o.a. Verfahren -auch nach der Einschätzung unserer gemeinsamen Mandantin- ausgesprochen zufrieden stellend war. Wir können Ihr Unternehmen daher uneingeschränkt weiterempfehlen.

Mit freundlichen Grüßen  
Dr. .... / Rechtsanwalt“

### **Fachanwalt für Strafrecht einer renommierten Kanzlei zu den Ermittlungen gegen den Erpresser eines Konzerns (Az.: PM-8832/08)**

„Sehr geehrter Herr Kollege Malberg,  
die Resonanz auf Ihre Arbeit und auch die ordentliche Präsentation waren erfreulich...Derweil vielen Dank.

Mit freundlichen Grüßen  
Dr. .... / Rechtsanwalt“

### **Rechtsanwältin über uns im Zusammenhang mit einer titulierten Forderung unseres Auftraggebers gegen einen vermeintlich insolventen Schuldner (Az.: PM-8824/08)**

„Guten Tag Herr Kollege Malberg,  
Ihre gute Arbeit und der ausführliche Bericht haben sowohl die Mitarbeiter des ...-büros als auch mich sehr beeindruckt. Sollte es wieder einen ähnlichen Fall geben, werden wir sicher auf Sie zurückkommen.

Freundliche Grüße aus ...  
..... / Rechtsanwältin

