

Zeitschrift für

# ARBEITS-**ZAS** UND SOZIALRECHT

*Schriftleitung* Theodor Tomandl, Stefan Köck  
*Redaktion* Helwig Aubauer, Susanne Auer-Mayer, Rolf Gleißner,  
Beatrix Karl, Harald Kaszanits, Christoph Kietaibl,  
Thomas Neumann, Martin Risak

Juli 2017 **04**

185 – 232

## Schwerpunktbeiträge

### Unternehmensinterne Untersuchungen

Individualarbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner  
Untersuchungen Katharina Körber-Risak und Sarah Lurf ➔ 188

Unternehmensinterne Untersuchungen aus  
betriebsverfassungsrechtlicher Sicht Theodor Tomandl ➔ 197

## Beitrag

Die Abtretung von Ansprüchen aus der Arbeitslosenversicherung  
Andreas Zosis ➔ 203

## Bericht

Arbeits- und Sozialrecht:  
aktuelle Änderungen Rolf Gleißner ➔ 207

## Rechtsprechung kommentiert

Maßstab für wesentliche Interessenbeeinträchtigung bei der  
Kündigung überlassener Arbeitnehmer  
Jana Eichmeyer und Christina Frisch ➔ 214

Zeitanteilige Berechnung der Betriebspension von  
Teilzeitbeschäftigten? Beatrix Karl ➔ 217

EuGH: Kopftuchverbot Elisabeth Brameshuber ➔ 222 & 224

## Checkliste

Checkliste: Geförderte Bildungsfreistellungsmodelle  
Karin Buzanich-Sommeregger und Agnieszka Bibro ➔ 230

# Individualarbeitsrechtliche Aspekte unternehmensinterner Untersuchungen

## Rechtsgrundlagen, Ermittlung, Konsequenzen

ZAS 2017/35

§ 27 AngG;

§§ 16, 1157

ABGB;

§ 22 GmbHG

OGH 24. 6. 2016,

9 ObA 64/16 a;

27. 1. 2016,

9 ObA 74/15 w;

24. 6. 2015,

9 ObA 43/15 m;

26. 11. 2012,

9 ObA 131/11 x;

29. 5. 2012,

9 ObA 35/12 f;

21. 1. 2011,

9 ObA 3/11 y;

6. 7. 2010,

1 Ob 103/10 v;

12. 7. 2006,

9 ObA 129/05 v;

19. 12. 2005,

8 Ob 108/05 y

Whistleblowing;

Entlassung;

Dienstfreistellung;

Fürsorgepflicht;

Privatsphäre

Der folgende Beitrag behandelt die Zulässigkeit unternehmensinterner Untersuchungen sowie daraus abgeleiteter Konsequenzen aus der Perspektive des Individualarbeitsrechts. AG haben bei Verdacht auf doloses Verhalten ein berechtigtes Interesse, ein Höchstmaß an Information zu generieren. Andererseits ist zu klären, welche Schritte zu setzen sind, damit der AG Informationen nicht nur erlangt, sondern auch in einem etwaigen Entlassungs- oder Schadenersatzprozess tatsächlich nutzen kann. Auch ist zu klären, welche zwingenden AN-Interessen dem AG-Interesse an Aufklärung allenfalls vorgehen. Fehler bei solchen Untersuchungen können im Prozess – beide Seiten – teuer zu stehen kommen.

Datenschutzrechtliche Grenzen sowie kollektivvertragliche Fragen sind nicht Gegenstand dieses Beitrags, werden aber dort, wo es unerlässlich ist, gestreift.

Von Katharina Körber-Risak und Sarah Lurf

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Verpflichtung des AG zur Untersuchung
  1. Rechtsgrundlagen
  2. Meldepflichten
  3. Ausführung und Ablauf der Untersuchung
- C. Sanktionen gegen AN
  1. Allgemeines
  2. Dienstfreistellung
  3. Entlassung
  4. Kündigung
  5. Strafanzeige
  6. Mediale Schmierkampagne
- D. Weitere Aspekte bei Beendigung des Dienstverhältnisses
  1. Wissenszurechnung der Ermittler zum AG
  2. Über das Arbeitsverhältnis hinaus bestehende Mitwirkungspflichten des AN
  3. Anbieten von „Deals“

### A. Einleitung

Unternehmensinterne Untersuchungen dienen dazu, Schaden und Verantwortung festzustellen. Dabei gilt es, jenes Beweismaterial zu beschaffen, das den AG in die Lage versetzt, (i) entsprechende Sanktionen gegen schädigende AN zu verhängen und (ii) einen etwaigen Schadenersatzanspruch erfolgreich geltend zu machen. Gleichzeitig sollten im Rahmen der Untersuchungen jene systemischen Fehler herausgearbeitet werden, die die Entstehung der aufgedeckten Missstände begünstigten; zB hinsichtlich vermuteter Bieterabsprachen, Komplizen, Bilanzfälschung, Veruntreuung, Mobbing oder „Frisieren“ von gehaltsrelevanten

Kennzahlen. Die medial präsenten Kartellrechtsverfahren zeigen, dass aus dolosem Verhalten von Geschäftsführern und/oder AN uU horrenden Schadenssummen für den AG resultieren (vom potentiellen Imageschaden für das Unternehmen ganz zu schweigen). Ein Unternehmen kann es sich nicht leisten, auf Compliance-Systeme und deren Kontrolle zu verzichten. Der wahre Nutzen dieser Institutionen hängt jedoch von deren optimaler Umsetzung ab.

Für den AG ist es unumgänglich, den betrieblichen Sachverhalt zu klären. Auslöser kann ein externer Vorwurf sein – zB von Ex-AN oder Lieferanten –, jemand im Unternehmen habe rechtswidrig gehandelt, oder auch ein intern entstehender Verdacht, es liege Fehlverhalten von AN oder AN-Gruppen vor. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Verfehlung grundsätzlich im Interesse des AG erfolgte (bspw Zahlung von Bestechungsgeldern zur Akquise von Aufträgen) oder diesem abträglich ist (bspw Veruntreuung). Der AG unterliegt einer umfassenden Compliance-Pflicht und muss selbstverständlich beides abstellen. Unternehmensinterne Untersuchungen können auch aufgrund von Hinweisen der eigenen Mitarbeiter entstehen (Whistleblowing).

### B. Verpflichtung des AG zur Untersuchung

#### 1. Rechtsgrundlagen

Der AG ist nicht nur aus ökonomischem Eigeninteresse dazu angehalten, schädigendes bzw kriminelles Verhalten seiner AN iZm der Ausübung ihrer Tätigkeit, aufzuklären. IdR bestehen rechtliche Verpflichtungen, die zumindest mittelbar dazu führen, dass eine unternehmensinterne Untersuchung eingeleitet wird.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien die wichtigsten Rechtsgrundlagen im Folgenden umrissen:

#### a) Arbeitsrecht

Der AG unterliegt gegenüber seinen AN gem § 1157 ABGB einer Fürsorgepflicht. Bestehen unter AN Konflikte, muss der AG jedenfalls dann eingreifen, wenn durch das Verhalten bzw durch diese **Konflikte die Gesundheit des AN gefährdet ist. Schikanöses Verhalten am Arbeitsplatz wie Mobbing oder Bossing** beeinträchtigt die psychische Gesundheit des AN. Der OGH hat anerkannt, dass der AG in diesen Fällen verpflichtet ist, den betroffenen AN zu schützen, oder andernfalls schadenersatzpflichtig wird.<sup>1)</sup> Außerdem kann der AN uU zum Austritt berechtigt sein. Um diese Rechtsfolgen abzuwenden, muss der AG „unverzüglich auf angemessene Weise Abhilfe schaffen“,<sup>2)</sup> was voraussetzt, dass bestehenden Vorwürfen ehestens nachgegangen wird. Parallel zielt auch die aus dem GIBG resultierende Rechtspflicht nicht nur darauf ab, geschehene Einzelfälle abzuklären und die notwendigen Konsequenzen zu ziehen, sondern stellt die Forderung, organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, die derartige Übergriffe gar nicht erst entstehen lassen. Dazu kann bspw gehören, eine Stelle einzurichten, die von sich aus gleichbehandlungswidrige Tendenzen, ohne dass diese die Gravität eines Übergriffs erreichen, aufgreifen kann oder dass im Rahmen interner Schulungen insb für Führungskräfte auch das Thema Gleichbehandlung behandelt wird. Konkrete Pflichten und Maßnahmen sind anhand der Unternehmensstruktur (Tätigkeitsfeld, Unternehmensgröße, Belegschaftsstruktur etc) abzuleiten.

#### b) Gesellschaftsrecht

Gem § 82 Abs 1 AktG bzw § 22 Abs 1 GmbHG hat das Leitungsorgan ein internes Kontrollsystem einzurichten. Diese Pflicht zielt auf die Etablierung einer (unternehmens-)adäquaten Organisation ab.<sup>3)</sup> Der Fokus liegt nicht auf One-Time-Events, sondern vornehmlich darin, systemische Mängel, die das Vermögen der Gesellschaft gefährden, auszuschalten.<sup>4)</sup> Eine Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation (dh Organisation zur Einhaltung und Durchsetzung maßgeblicher Vorschriften), ergibt sich allerdings erst aus der Tätigkeit des Unternehmens.<sup>5)</sup> Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer haben das Unternehmen mit der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ bzw „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ zu führen.<sup>6)</sup> Dazu gehört auch, plausiblen Vorwürfen nachzugehen,<sup>7)</sup> insb dann, wenn sie das Bestehen eines Schadens implizieren. Es liegt daher nicht im unternehmerischen Ermessen des Leitungsorganmitgliedes, plausible Vorwürfe nicht zu untersuchen. Bestehende Verfehlungen müssen abgestellt und (weitere) Schäden verhindert werden. Eine Nicht-Untersuchung käme einem potentiellen Verzicht der Gesellschaft auf Schadenersatz gleich und wäre pflichtwidrig. Ein Verzicht kann erst beschlossen werden, wenn die Leitungsorganmitglieder über ausreichende Informationen verfügen.<sup>8)</sup>

#### c) Kartellrecht

Regelmäßige Kartellrechts-Audits geben dem AG die Möglichkeit, kartellrechtswidrige Handlungen seiner AN aufzudecken und so möglicherweise noch von der Kronzeugenregelung<sup>9)</sup> zu profitieren oder sich zumindest während der Ermittlungen kooperativ zu zeigen. Eine kartellrechtliche Pflicht zur (regelmäßigen) Überprüfung der internen Abläufe hinsichtlich kartellrechtlich relevanter interner Vorgänge gibt es aber nicht.

#### d) Verbandsverantwortlichkeitsgesetz

Soweit es sich bei dem AG um einen Verband idS § 1 Abs 2 VbVG handelt, besteht das Risiko, dass er für strafrechtliche Verstöße seiner AN zur Verantwortung gezogen wird. Eine Haftung des AG für „Mitarbeiter“ ist jedoch dann abzulehnen, wenn im Unternehmen ein Compliance-System errichtet ist, dessen Funktionsfähigkeit regelmäßigen Überprüfungen unterzogen wird; die Untätigkeit bei bestehender Verdachtslage wird jedoch wohl haftungsgeneigt sein.<sup>10)</sup>

## 2. Meldepflichten

Bevor der AG zur Untersuchung von Vorwürfen schreitet, muss er von diesen Kenntnis erlangen. Die beste Informationsquelle sind die eigenen AN. Der AG hat idR dabei zwei Interessen: (i) zeitnah über alle relevanten Informationen und auch Verdachtsmomente zu erfahren, um die notwendigen Schritte einzuleiten und (ii) die Entscheidungsgewalt darüber zu haben, ob und zu welchem Zeitpunkt externe Stellen involviert werden. Damit korrespondiert die Verpflichtung des AN, den AG zeitnah über alle ihm bekannten, „compliance-relevanten“ Vorgänge zu informieren. Sie ergibt sich schon aus der (allgemeinen) Treue- und damit verbundenen Schadenabwehrpflicht.<sup>11)</sup> Das jeweilige Ausmaß dieser Treuepflicht

1) OGH 26. 11. 2012, 9 ObA 131/11 x.

2) OGH 26. 11. 2012, 9 ObA 131/11 x; 21. 2. 2013, 9 ObA 16/13 p.

3) Houf, Immer wieder IKS, persaldo 2011, 25; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG<sup>2</sup> (2012) § 82 Rz 1.

4) Houf, persaldo 2011, 25; zu diesen Mängeln gehören nach Spindler in MüKomm AktG<sup>4</sup> (2014) § 91 Rz 52 f bestandsgefährdende Risiken im Zuge eines Verstoßes von Organwaltern oder AN gegen gesetzliche Vorschriften.

5) Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG<sup>2</sup> § 82 Rz 5.

6) Vgl § 25 Abs 1 GmbHG bzw § 84 Abs 1 AktG.

7) Eine generelle Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation lässt sich nach Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 8 nicht ableiten.

8) So bejaht auch Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 8, dass es im unternehmerischen Ermessen der Vorstandsmitglieder liegt, Ersatzansprüche zu verfolgen oder nicht zu verfolgen.

9) Vgl § 37 b Z 4 und § 37 e Abs 3 KartG; Ablasser-Neuhuber/Stenitzer, Das KaWeRÄG 2017 – Die wichtigsten Neuerungen, ÖBl 2017, 116.

10) Vgl § 3 Abs 3 Z 2 VbVG, der zur Haftung voraussetzt, dass „die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer acht gelassen haben, insbesondere indem sie wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen haben“.

11) Vgl G. Schima, Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance, öRdA 2014, 197 (204); Stuefer, Wirtschaftsstrafrecht aktuell Unternehmensinterne Ermittlungen, JSt 2011, 184; Kramer, Vermögensrechtliche Aspekte der Treue- und Fürsorgepflicht, in Tomandl (Hrsg), Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1975) 107

richtet sich auch nach der im Unternehmen bekleideten Position.<sup>12)</sup> Die Verpflichtung zur Meldung von Missständen steigt daher mit der hierarchischen Stellung des AN.<sup>13)</sup> Zudem kann eine „Meldepflicht“ auch vertraglich verankert werden. Die Verpflichtung des AN ist aber nicht absolut. Vielmehr sind im konkreten Fall die Interessen des AN, insb daran, (unberechtigte) arbeitsrechtliche Sanktionen zu vermeiden, zu berücksichtigen. Ist der AN selbst nicht involviert, kann er uU die Lage nicht so weit überblicken, um beurteilen zu können, ob entscheidungsbefugte Vorgesetzte oder gar die Geschäftsführung an den Missständen beteiligt sind und auf die Meldung des AN vielleicht mit Kündigung oder Entlassung reagieren könnten. Ist der AN hingegen selbst involviert, hat er ohnehin schon treuwidrig gehandelt und muss er jedenfalls mit berechtigten Sanktionen rechnen. Wenn er keine Meldung erstattet, könnte man dies uU zwar als treuwidrig werten, doch wird dies gegenüber der Beteiligung am „dolosen“ Verhalten zurücktreten. Siehe zum Thema Selbstbezeichnung bzw Interessen von Angehörigen auch Pkt B.3.b. (zur Mitwirkungspflicht von AN bei Untersuchungen).

Die Interessengegensätze können zumindest dann, wenn der AN nicht involviert ist, durch ein „Whistleblowing“-System abgeschwächt werden. Denn gerade wenn die Lage für den AN unübersichtlich ist, kann es uU unzumutbar sein, die Geschäftsführerin oder den direkten Vorgesetzten zu informieren. Hat der AG selbst eine Stelle eingerichtet bzw autorisiert und ist Anonymität garantiert, besteht uE eine uneingeschränkte Informationspflicht des AN, weil er dann keine Sanktionen befürchten muss. Für den AG hat eine solche Vorgehensweise einen weiteren Vorteil. Hat er nämlich bereits interne Abhilfe (iS von Untersuchungen) geschaffen, ist externes whistleblowing nach richtiger Ansicht<sup>14)</sup> unzulässig, weshalb ihm dessen Unterlassen auch nicht vorgeworfen werden kann. Das gilt selbst für potentiell strafrechtswidrige Vorgänge, weil der AN idR anhand des ihm bekannten Sachverhalts nicht beurteilen kann, ob tatsächlich strafrechtswidriges Handeln vorliegt, selbst wenn dies objektiv eindeutig ist, zunächst abwarten muss, ob und in welcher Form der AG Schritte dagegen setzt. Die Rsp,<sup>15)</sup> wonach bei strafrechtswidrigen Vorgängen kein Geheimhaltungsinteresse besteht, ist daher in dieser generalisierenden Aussage kritikwürdig bzw führt zu falschen Schlussfolgerungen, zumal uE der AN, wenn er sich darauf beruft, in einem Entlassungs- oder Schadenersatzprozess beweisen müsste, dass er ex ante tatsächlich von einem vollendeten, gerichtlich strafbaren Delikt ausgehen durfte. Die Rsp übersieht außerdem, dass der AN zunächst abwarten bzw beurteilen muss, ob die Geschäftsführung selbst Abhilfe schafft bzw die Aufklärung in die Hand nimmt. Denn es muss – Redlichkeit des AG vorausgesetzt – primär in dessen Entscheidungsgewalt liegen, wie er auf solche Verdachtsmomente reagiert.

Erstattet der AN Anzeige gegen den AG, ohne den AG vorab über die Verdachtslage zu informieren, handelt der AN rechtswidrig (es sei denn, die konkreten Umstände lassen ausnahmsweise ein internes Aufzeigen der Verdachtslage nicht zu, bspw weil der AN mit

nachteiligen Konsequenzen rechnen müsste oder eine interne Anzeige ohne Reaktion bleibt). Zwar ist der AN nach § 80 StPO vor einem Schadenersatzanspruch des AG nach § 1330 ABGB geschützt, jedoch besteht – abhängig vom Vorliegen berechtigter Interessen des AN – uE die Möglichkeit, dass der AG vertraglichen Schadenersatz auf Basis der Verletzung der Treuepflicht fordert.

Aus dem amerikanischen Sarbanes-Oxley Act of 2002 (kurz: SOX) kann sich die Pflicht ergeben, eine Whistleblowing-Stelle einzurichten und Whistleblower zu schützen. Der Geltungsbereich umfasst Gesellschaften, deren (sonstige) Wertpapiere an US-Börsen oder deren Anteilsscheine am Eigenkapital außerbörslich gehandelt werden oder deren Wertpapiere in den USA öffentlich angeboten werden, und deren Tochtergesellschaften.

### 3. Ausführung und Ablauf der Untersuchung

#### a) Intern oder extern

Der AG kann die Durchführung der Untersuchung entweder einem externen Dritten überlassen, worunter auch durch Konzerngesellschaften zur Verfügung gestellte Revisionsteams gehören, oder sich seiner eigenen AN bedienen. Der Trend geht (vor allem bei gravierenden Fällen) in die Richtung, externe Berater einzusetzen, um Objektivität und Professionalität der Untersuchungen zu gewährleisten und auch nach außen demonstrieren zu können. Ist die GF-Ebene betroffen, ist dies ohnehin zwingend, wobei ein interner unverdächtigter „Projektleiter“ gewährleisten sollte, dass die Untersuchungen (i) nicht nur als Feigenblatt genutzt werden und (ii) AN weitest möglich kooperieren bzw AN, gegen die gravierende Verdachtsmomente bestehen, unverzüglich suspendiert und vom Informationsfluss abgeschnitten werden.

Arbeitsrechtlich bringt eine interne Untersuchung AG und AN (inkl allenfalls der Geschäftsführer) in ein Spannungsfeld, das den dem Arbeitsvertrag immanenten Interessengegensatz bei weitem überschreitet, woraus sich auch Interessenabwägungen bei Fürsorge- und Treuepflicht ergeben können. Der AG steht außerdem vor dem Problem, dass er idR nicht große Gruppen von AN auf einmal suspendieren kann, weil sonst der Betrieb stillsteht. Um Absprachen und Vertuschungshandlungen zu vermeiden, ist es daher empfehlenswert, Untersuchungen, soweit möglich, zunächst verdeckt zu führen und für ein gewisses Überwachungsmoment zu sorgen.

(118, 133f) mit der Ergänzung, dass damit sicher nicht die Bespitzelung von Arbeitskollegen impliziert ist (unter Berufung auf Rsp des OGH, SozM I A/d 475 ff).

12) RIS-Justiz RS0029341.

13) So auch G. Schima, öRdA 2014, 197 (205); Kramer in Tomandl (Hrsg), Treue- und Fürsorgepflicht 107 (134).

14) Vgl Darstellung der Grundsätze der in dem Zusammenhang ergangenen Judikatur bei Risak, Whistleblowing durch den Betriebsrat, ecoloX 2012, 243 (244); zwar hat der AG kein schützenswertes Interesse an illegalen Geheimnissen, aber der AN hat auf die schonendste Art vorzugehen, was nur unter ganz besonderen Umständen nicht gegen eine sofortige Strafanzeige spricht. Siehe außerdem EGMR 21. 7. 2011, Bsw 28274/08, Heinsch/Deutschland, und OGH 9 ObA 43/15 m öRdA 2016, 133 (Goricnik).

15) RIS-Justiz RS0113682 (zuletzt OGH 24. 6. 2015, 9 ObA 43/15 m).

## b) Befragung von AN

Befragungen der eigenen Mitarbeiter sind ein wesentlicher Teil interner Untersuchungen. Auch hier stellt sich – wie schon bei der Meldepflicht – die Frage, ob es für AN ein allgemeines Mitwirkungsgebot gibt, vor allem wenn der AN selbst von den Vorwürfen betroffen ist und Entlassung oder Schadenersatz befürchten muss.

Wie schon ausgeführt, ergibt sich aus der Treuepflicht des AN auch eine Schadensminderungspflicht gegenüber dem AG. Soweit es sich um dienstliche Informationen handelt, hat der AG außerdem ohnehin ein umfassendes Auskunftsrecht, weil es sich letztlich um AG-Informationen handelt.

Der AN kann nicht gezwungen werden, sich selbst zu belasten. Zwar greift das „nemo tenetur“-Prinzip hier nicht unmittelbar, wohl aber die Wertungen aus § 321 Abs 1 Z 1 und 2 ZPO: Daher wird der AN nicht gezwungen sein, Aussagen gegenüber seinem AG zu machen, die für ihn oder einen seiner Angehörigen eine strafgerichtliche Verfolgung, einen unmittelbaren Vermögensnachteil oder Verlust des gesellschaftlichen Ansehens zur Folge haben und zu denen er auch vor Gericht nicht gezwungen werden könnte. Dagegen kann der Unwille, Kollegen zu belasten, nicht zu einer berechtigten Aussageverweigerung führen, weil der AN keine (legalen) Konsequenzen von (Ex-)Kollegen zu befürchten hat. Dem steht auch die Rsp des OGH<sup>16)</sup> nicht entgegen. Dort ging es nämlich ausschließlich um eigenes (vermeintliches) Fehlverhalten, über das die AN nicht aufgeklärt hat. Es lässt sich daher festhalten, dass – mit Ausnahme des „Entschlagungsrechts“ wegen Selbstbelastung – uE daher eine Mitwirkungspflicht des AN besteht.

Verweigert der AN die Mitwirkung, obwohl keine berechtigten Interessen betroffen sind,<sup>17)</sup> macht er sich gegenüber dem AG schadenersatzpflichtig. UE kann in gravierenden oder hartnäckigen Fällen auch eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit berechtigt sein. Der AG hat nach stRsp das Vorliegen eines Entlassungsgrundes zu beweisen.<sup>18)</sup> Da er jedoch in der Frage, ob dem AN die Mitwirkung zumutbar war, mangels Kenntnis der näheren Umstände auf AN-Seite in einen Beweisnotstand kommen würde, hätte aufgrund der Beweishöhe uE der AN zu beweisen, dass ihm die Aussage unzumutbar war.

Die Teilnahme des BR ist zwar nicht Thema dieses Beitrags, kann aber nach richtiger Ansicht von *Tomandl*<sup>19)</sup> bei Verdacht auf Weitergabe von Informationen verweigert werden. Der AN selbst kann sich jedoch (nachher) mit dem BR beraten.

## c) Einsicht in E-Mails der AN

Hinsichtlich der Möglichkeit, Einsicht in den E-Mail-Account und die Telefondaten des AN zu nehmen, lassen sich drei Szenarien unterscheiden: (i) Der AG hat die private Nutzung der von ihm zur Verfügung gestellten Geräte bzw Einrichtungen explizit erlaubt; (ii) er hat sie weder erlaubt noch verboten, dh, es existiert hierzu keine Regelung; (iii) er hat sie verboten bzw auf Notfälle eingeschränkt.

Das geschützte Vertrauen des AN auf die Wahrung seiner Privatsphäre ist in diesen drei Fällen unter-

schiedlich zu beurteilen, zu betriebsverfassungsrechtlichen Fragen s den folgenden Beitrag von *Tomandl*.

In der Lit wird vertreten, dass der AG bei Untersagung der privaten Nutzung die Einhaltung des Verbots stichprobenartig kontrollieren darf,<sup>20)</sup> während solche Kontrollen ohne Zustimmung unzulässig sein sollen, wenn die private Nutzung erlaubt wurde. Im Hinblick auf „betriebliche“ E-Mails hat der AG hingegen ein Informations- und Kontrollrecht. Es empfiehlt sich daher, AN anzuweisen, private E-Mails in einem gesonderten Ordner abzuspeichern. Nach wohl hM ist der AG nicht ermächtigt, private E-Mails des AN zu lesen.<sup>21)</sup> Stößt der AG im Rahmen der Untersuchung daher wider Erwarten auf privates Material, hat er von einer weiteren Untersuchung dieses konkreten Materials Abstand zu nehmen. Besteht aber der berechtigte Verdacht, dass in einem privaten Ordner gespeicherte E-Mails tatsächlich einen betrieblichen Konnex haben oder sogar strafrechtlich relevantes Verhalten mit Konnex zum Unternehmen des AG (zB Bestechung, Betrug, Preisabsprache) zum Gegenstand haben, hat der AG uE unabhängig von der Zustimmung des AN jedenfalls Einsichtsrechte (etwa mittels Stichwortsuche), weil es sich um betriebliche Daten und nicht um solche des AN handelt. Kein Einsichtsrecht besteht hingegen bei Hinweisen auf Straftaten, die in keinem Konnex zum Unternehmen des AG stehen, der AG könnte aber – s unten – eine Strafanzeige erstatten.

E-Mails mit geschäftlichem bzw dienstlichem Inhalt, die an private Adressen gesendet werden, sind nicht geschützt (in der Weiterleitung selbst liegt in aller Regel sogar ein Entlassungsgrund, wenn gegen eine entsprechende Weisung verstoßen wird).

## d) Weitere Untersuchungsmethoden

Der AG könnte abklären wollen, ob AN außerbetriebliche Kontakte zu Bietern pflegen, sich ohne Wissen des AG mit suspendierten oder entlassenen AN treffen, den Dienstwagen unautorisiert zu privaten Zwecken gebrauchen oder bei der Spesenrechnung betrügen. Dazu kann er auf die Idee kommen, den AN auch außerhalb der Arbeitszeit bzw Büroräumlichkeiten zu überwachen, bspw durch den Einsatz eines Detektivs oder durch GPS-Tracker auf dem Dienstfahrzeug, durch Handyortung, Abhören von Telefonaten etc.

Solche Methoden kommen praktisch tatsächlich vor und werden in manchen Unternehmen sogar von

16) OGH 1. 4. 1998, 9 ObA 384/97 d.

17) Als berechnete Interessen kommen (abhängig vom bestehenden oder drohenden Schaden des AG) in Frage: wahrscheinlicher Jobverlust des AN, vermögensrechtliche Nachteile für nahe Angehörige des AN sowie strafrechtliche Sanktionen gegen den AN oder seine nahen Angehörigen.

18) RIS-Justiz RS0028971.

19) In diesem Heft: *Tomandl*, Unternehmensinterne Untersuchungen aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht, ZAS 2017/36.

20) *Haidinger*, Überwachung von Kommunikationsdaten des Arbeitnehmers – alles beim Alten oder Trendwende nach dem EGMR-Urteil *Bărbulescu*? *Dako* 2016, 59. Siehe auch *Laimer/Mayr*, Rechtsprobleme bei der Internetnutzung am Arbeitsplatz, *ecolex* 2003, 113, in Bezug auf die Zulässigkeit der Kontrolle der Einhaltung des Verbots betreffend die private Nutzung des betrieblichen Internets.

21) *Hattenberger*, Die Bedeutung des Datenschutzes für das Arbeitsverhältnis, in *Resch* (Hrsg), Die Kontrolle des Arbeitnehmers vor dem Hintergrund moderner Medien 53 mwN.

der sog „Innenrevision“ praktiziert, sind aber als Eingriff in die Privatsphäre des AN zu qualifizieren, der grundsätzlich geeignet ist, die Würde des AN zu berühren oder gar zu verletzen (wenn nicht überhaupt strafrechtswidrig zu sein). § 10 AVRAG ist in solchen Fällen nicht maßgeblich, weil dieser generelle Kontrollmaßnahmen, nicht aber punktuelle Untersuchungen aufgrund konkreter Verdachtsmomente erfasst.

### Detektiv

Der OGH hat sich zum Einsatz von Detektiven zur Feststellung von vermuteten Entlassungsgründen bzw Sammlung von Beweisen schon mehrfach geäußert.<sup>22)</sup> Diese Rsp beschäftigt sich aber vornehmlich mit der Frage der Kostentragung, wobei die Kosten nach Ansicht des OGH unter bestimmten Umständen auf den AN im Wege des Schadenersatzes überwältigt werden können. Hier interessieren aber die Grenzen der zulässigen Überwachung des AN durch einen Detektiv. Die Überwachungsintensität ist insb an Art 8 EMRK (aufgrund der durch § 16 ABGB induzierten mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte) und der Fürsorgepflicht zu messen.<sup>23)</sup> Angesichts des erforderlichen Interessenausgleichs und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>24)</sup> wird eine permanente Überwachung, die auch das Verhalten außerhalb der Arbeitszeit betrifft, nur in den seltensten Fällen zulässig sein<sup>25)</sup> (zB bei Fahrern von Geld- oder Organtransporten).

Aus den Überlegungen des OGH zur Kostenüberwälzung für den Detektiv lässt sich jedoch ableiten, dass der Detektiveinsatz unbedingt notwendig sein muss, um gerechtfertigt zu sein. Er kommt daher nur dann in Frage, wenn dem AG keine weniger eingriffssintensive Mittel zur Verfügung stehen.<sup>26)</sup> Für die Tätigkeit des Detektivs an sich gibt es unumstößliche Grenzen.<sup>27)</sup> So wird der Detektiv keinen Einblick in das Privathaus des AN nehmen, ihn abhören oder ihn beim Austritt aus der Dusche oder beim Beischlaf fotografieren dürfen.<sup>28)</sup>

Hinsichtlich der Zulässigkeit eines Agent Provocateur ist die Lehre tendenziell ablehnend.<sup>29)</sup> Auch nach uE verstößt es gegen die Fürsorgepflicht, einen AN zu rechtswidrigem Verhalten provozieren zu lassen (der AG muss sich die Handlungen des Agent Provocateur, den er beauftragt, zurechnen lassen). Nach der Rsp bildet fehlbares Verhalten, das erst durch den Agent Provocateur hervorgerufen wird, keinen Entlassungsgrund.<sup>30)</sup>

### GPS-Tracking

Auch die Überwachung von AN mittels GPS-Trackers bspw am Dienstwagen berührt die Würde der Betroffenen massiv.<sup>31)</sup> **Die heimliche Überwachung und Verfolgung des AN mittels GPS-Tracker wird niemals zulässig sein.**<sup>32)</sup> Denn es ist zum einen anzunehmen, dass immer ein gelinderes Mittel zur Verfügung steht – der GPS-Tracker zeichnet permanent auf, während die Überwachung durch einen Detektiv zeitlich beschränkt ist<sup>33)</sup> –, und zum anderen ist die Unzulässigkeit eine Folge der Eingriffsintensität. Der GPS-Tracker erfasst das gesamte Fahrverhalten des AN und möglicherweise auch anderer Personen, denen der AN das Fahrzeug zur Verfügung stellt. Der AG erlangt potenziell

Informationen über den behandelnden Arzt, mögliche Affären und große Teile des Tagesablaufs. Umgekehrt ist der Erkenntnisgewinn im Hinblick auf ganz konkrete (arbeitsbezogene) Verdachtsmomente gering, weil der Tracker ja nur den Aufenthaltsort des Wagens dokumentiert und nicht einmal, wer der Fahrer ist.

### Abhören des Telefons

Ein Mitschnitt von Telefonaten ist jedenfalls rechtswidrig.<sup>34)</sup> Es stellt sich jedoch die Frage, ob von diesem absoluten Verbot nicht im Fall von „Notstands- oder Notwehrlagen“ Abstand genommen werden sollte.<sup>35)</sup> Dies ließe sich zumindest aus der E OGH 6 Ob 190/01 m ableiten, in der der OGH das Abhören des Telefons zwar grundsätzlich für unzulässig erklärt, aber die Möglichkeit eröffnet, eine Güter- und Interessenabwägung anzustellen.<sup>36)</sup> Der Verletzung der Privatsphäre müsse der Anspruch gegenübergestellt werden, „den der Abhörende mit Hilfe des rechtswidrig erlangten Beweismittels durchsetzen will“. Die Aufnahme muss aber jedenfalls das letzte erfolgversprechende Mittel sein. Geht die Interessenabwägung zu Lasten des AG aus, hat der AN einen Unterlassungs-, Löschungs- und Schadenersatzanspruch, den er zivilrechtlich geltend machen kann.<sup>37)</sup>

Der AG wird eine Aufnahme regelmäßig in einem Zivilverfahren gegen den AN verwerten wollen. Dabei kann jedoch der Straftatbestand des § 120 StGB verwirklicht werden, wobei aber nur die Vorlage der Aufnahme selbst (in Form eines Tonträgers), nicht aber eines Transskripts nach § 120 StGB strafbar ist.<sup>38)</sup> Wird

22) Bspw OGH 21. 1. 2011, 9 ObA 3/11 y; 12. 7. 2006, 9 ObA 129/05 v; 5. 6. 2002, 9 ObA 113/02 m; 25. 11. 1992, 9 ObA 202/92.

23) *Binder*, Detektiveinsatz und Arbeitsrecht, in *Marhold/Schrank/Winkler* (Hrsg), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Arbeits- und Sozialrecht, FS Tomandl zum 65. Geburtstag (1998) 11 (15, 17); *Hainz*, Der Detektiv als Retter in der (Beweis-)Not Rechtsprobleme der Arbeitnehmerkontrolle, ZAS 2012, 127 (127 f) weist außerdem treffend auf die Grenzen hin, wie sie sich aus ArbVG und DSGVO ergeben.

24) Siehe auch *Halwax*, Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz von Telematiklösungen im Güterbeförderungsverkehr, öRdA 2012, 532 (533 f) mwN; *Binder* in FS Tomandl 11 (15 f).

25) Vgl *Binder* in FS Tomandl 11 (22 f) zur Notwendigkeit von Verdachtsmomenten bspw in Bezug auf die Verletzung des Konkurrenzverbot oder der Heilung abträglichen Handlungen im Krankenstand.

26) Vgl OGH 9 ObA 129/05 v; ähnlich wohl *Hainz*, ZAS 2012, 127 (129).

27) So auch *Binder* in FS Tomandl 11 (23).

28) Vgl *Hainz*, ZAS 2012, 127 (129).

29) Vgl *Binder* in FS Tomandl 11 (13 f) zur Rsp.

30) *Sabara*, Der Arbeitgeber schickt Detektive aus: Darf er denn das? PVP 2015, 183; tendenziell ebenso OGH 21. 1. 2011, 9 ObA 3/11 y (Bestätigung durch zweite Instanz, im Revisionsverfahren nicht mehr entscheidungserheblich).

31) EGMR 2. 9. 2010, Bsw 35623/05 zur Qualifizierung von GPS-Überwachung als Eingriff in die Privatsphäre.

32) So auch *Sabara*, PVP 2015, 183, wenn auch ohne Begründung.

33) *Leb*, Der beste Freund als Ehestörer? Zur Geltendmachung von Detektivkosten, iFamZ 2016, 239 f unter Verweis auf OGH 19. 12. 2006, 4 Ob 52/06 k; ähnlich OGH 19. 12. 2005, 8 Ob 108/05 y, in Bezug auf das Verhältnis Videoüberwachung/Abstellung eines Detektivs.

34) *Sabara*, PVP 2015, 183.

35) (Für Deutschland:) *Mahnhold*, Compliance und Arbeitsrecht, in *Weiss/Simits* (Hrsg), Studien zum Arbeitsrecht und zur Arbeitsrechtsvergleichung VI (2003) 215: erlaubt ohne Einwilligung des AN nur bei Notstands- oder Notwehrlagen.

36) „Dem Beweisführer obliegt der Beweis, dass er die Tonaufzeichnung bei sonstiger Undurchsetzbarkeit seines Anspruchs benötigt und dass sein verfolgter Anspruch und seine subjektiven Interessen höherwertig sind, als die bei der Erlangung des Beweismittels verletzte Privatsphäre des Prozessgegners.“

37) OGH 27. 9. 2001, 6 Ob 190/01 m.

38) OGH 6 Ob 190/01 m.

die Tonaufnahme selbst vorgelegt, liegt jedoch keine strafbare Handlung vor, wenn der AG (bzw die für ihn ausführende Person) darlegen kann, dass er in einer Notwehr- oder Notstandslage bzw im Rahmen der Not- bzw Notstandshilfe gehandelt hat.<sup>39)</sup> Bloßem „Beweisnotstand“ wird aus strafrechtlicher Sicht aber keine rechtfertigende oder entschuldigende Wirkung zuerkannt.<sup>40)</sup>

## C. Sanktionen gegen AN

### 1. Allgemeines

Bei jeder internen Untersuchung, die Ergebnisse bringt, kommt der AG an einen Punkt, wo er (arbeitsrechtliche) Entscheidungen über das Schicksal von inkriminierten AN treffen muss. Neben einer Dienstfreistellung (die freilich nur eine interimistische Maßnahme sein kann) kommen Kündigungen, Entlassungen, die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen, Strafanzeigen sowie – in ganz seltenen Fällen – auch mediale Kommunikationsschritte gegen (ehemalige) AN in Frage. Ein in der Literatur wenig behandeltes Thema ist die Frage der Rufschädigung des AN durch die Untersuchung. Die aufsehenerregenden Entlassungsfälle der letzten Jahre, zB im Kulturbereich, haben gezeigt, dass das öffentliche Interesse durchaus hoch ist. Durch Dienstfreistellung, Entlassung oder Strafanzeige können dem AN, insb in solch prominenten Fällen, im gesellschaftlichen und späteren Berufsleben erhebliche Nachteile drohen. Unter Berücksichtigung der dem Arbeitsverhältnis immanenten Fürsorgepflicht des AG sollte thematisiert werden, ob der AG tatsächlich alle Mittel nach eigenem Gutdünken gebrauchen darf, oder ob nicht iS einer Interessenabwägung die Sphäre des AN bei der Wahl der Mittel zu berücksichtigen ist.

### 2. Dienstfreistellung

AN haben aus dem Arbeitsverhältnis nur in Ausnahmefällen ein Recht auf Beschäftigung. Dieses wird dann angenommen, wenn die Nicht-Beschäftigung den Fähigkeiten des AN abträglich ist, weil sie regelmäßiger Übung bedürfen.<sup>41)</sup> Es sprechen jedoch gute Gründe dafür, auch in anderen Fällen eine Dienstfreistellung für unzulässig zu halten. Dabei wird es auf das Motiv ankommen. Zulässig ist die Dienstfreistellung jedenfalls, wenn sie dazu dient, Vorwürfe gegen den AN zu klären, ohne durch die dafür benötigte Zeit die Möglichkeit zur Entlassung zu verlieren. Da eine durch die Dienstfreistellung entstandene Rufschädigung durch spätere Entlastung nicht zur Gänze revidiert werden kann, sollte eine Dienstfreistellung nach uE zumindest in krassen Fällen unzulässig sein, etwa wenn sie dazu dient, um die Äußerung einer Verdächtigung oder den Anstoß einer Untersuchung zu rächen bzw den Aufklärer aus dem Unternehmen zu entfernen. Die Reputationsschädigung verstärkt sich, wenn es sich um eine medial präsente Untersuchung/Vorwürfe handelt und der freigestellte AN eine Führungsfunktion im Unternehmen bekleidet hat. Wird der betroffene AN in weiterer Folge hinsichtlich der Vorwürfe entlastet, erlangt dieser Umstand üblicherweise

nicht das gleiche Maß an Aufmerksamkeit wie die Dienstfreistellung. Dementsprechend kann die durch die Dienstfreistellung entstandene Reputationsschädigung nicht zur Gänze revidiert werden. Daher ist eine Dienstfreistellung zumindest in krassen Fällen unzulässig, auch wenn der AN kein Recht auf Beschäftigung iS der oben zit Judikaturlinie hat. Sittenwidrigkeit der Freistellung ist uE dann zu bejahen, wenn gegen den oder die freigestellten AN bei objektiver Betrachtung keinerlei Verdachtsmomente vorlagen, mit der Freistellung aber eine gravierende Rufschädigung verbunden ist.

### 3. Entlassung

Nach der von der Rsp aufgestellten Schadenersatztheorie<sup>42)</sup> beendet auch eine rechtswidrige Entlassung bei nicht sonderkündigungsgeschützten AN das Dienstverhältnis. Der AN wird auf die Entlassungsanfechtung nach § 106 ArbVG oder auf Kündigungsentschädigung gem § 29 AngG verwiesen. Eine Entlassung ist bei Vorliegen entsprechender Gründe oder auch nur Verdachtsmomente insofern für den AG attraktiv, als er dadurch nicht schlechter gestellt wird als bei einer Kündigung. Hinzu kommt, dass die jahrzehntelange Unverzögerlichkeitsjudikatur des OGH sicherlich zu schnelleren Entlassungsentscheidungen beiträgt (auch wenn die Rsp<sup>43)</sup> bei aufzuklärenden Sachverhalten einen gewissen Spielraum gewährt, vgl dazu unten).

Man kann daher grundsätzlich von einem „freien Entlassungsrecht“ des AG ausgehen, das das Prozessrisiko auf den AN überwälzt. Trotz der damit verbundenen Rufschädigung (die mit der hierarchischen Position des AN und dem medialen Interesse steigt) kann eine Entlassung aber nur in ganz krassen Fällen als Rechtsmissbrauch angesehen werden.

### 4. Kündigung

Oftmals entscheidet sich der AG bei gravierenden Verfehlungen, die als Entlassungsgrund gewertet werden können, dennoch für die „normale“ Kündigung des Dienstverhältnisses. Die Erwartung, dass Kündigungen gerichtlich leichter begründbar als Entlassungen sind, weil personenbezogene Rechtfertigungsgründe in einem Kündigungsanfechtungsverfahren nicht die Qualität von Entlassungsgründen erreichen müssen,<sup>44)</sup> ist aus praktischer Sicht jedoch nicht immer zutreffend. Die vom AG als personenbezogene Kündigungsgründe angeführten Verfehlungen werden nämlich von der Rsp gegen die soziale Interessenbeeinträchtigung des AN abgewogen. Obwohl gravierende personenbezogene Gründe auch bei schwerer Beeinträchtigung der sozialen Interessen für die Rechtfertigung der Kündi-

39) *Lewisich/Reindl-Krauskopf* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK StGB § 120 Rz 22.

40) *Lewisich/Reindl-Krauskopf* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK StGB § 120 Rz 22f; *Thiele* in *Trifflerer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar StGB § 120 Rz 78f (vgl aber zum Vorspielen der Aufnahme im Rahmen eines Prozesses Rz 80).

41) Vgl OGH 9 Ob 2263/96 öRdA 1997, 207 (*Resch*).

42) Vgl die Nachweise bei *Pfeil* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 29 AngG Rz 10ff.

43) RIS-Justiz RS 0029297.

44) OGH 9 ObA 74/15w öRdA-infas 2016, 138 (*Bachhofer*).

gung ausreichen sollten, zeigt die Praxis manchmal jedoch erstaunlicherweise andere Ergebnisse.<sup>45)</sup>

## 5. Strafanzeige

Bei unternehmensinternen Untersuchungen kann die Situation entstehen, dass Sachverhalte auftauchen, die potentiell strafrechtswidrig sind. Für den AG stellt sich dann die Frage, ob und gegebenenfalls wann und vor allem gegen wen eine Strafanzeige erstattet wird. Es wurde schon zu Pkt B.2. behandelt, dass der AN nach richtiger Ansicht nicht unter allen Umständen mit Strafanzeigen gegen den AG vorgehen darf, wobei dies aus der Treuepflicht des AN abgeleitet wird. Interessanterweise wird der umgekehrte Fall kaum thematisiert. UE muss aber auch für den AG eine Strafanzeige gegen den AN ultima ratio sein, und zwar aus folgenden Erwägungen:

Die Zulässigkeit der Erstattung einer Anzeige hängt einerseits natürlich davon ab, ob der AG die gegen den AN erhobenen Vorwürfe für wahr hält oder nicht. Erstattet der AG Anzeige, obwohl er weiß, dass die Vorwürfe jeglicher Grundlage entbehren, verstößt er gegen § 297 StGB (Verleumdung) und verwirklicht damit selbst einen Straftatbestand und macht sich schadenersatzpflichtig (Schutzgesetzverletzung).<sup>46)</sup>

Wenn der AG davon ausgeht, dass es sich um wahre Vorwürfe handelt, ist zunächst zu unterscheiden, ob es sich um unternehmensbezogene Vorgänge handelt oder ob diese rein der „privaten“ Sphäre zuzurechnen sind (zB Hinweise auf Drogenhandel, häusliche Gewalt etc). Hier interessieren insb die unternehmensbezogenen Vorgänge. Dabei kommt es darauf an, ob die Strafanzeige zu einem Zeitpunkt erstattet wird, zu dem der AN noch in einem aufrechten Dienstverhältnis steht oder nicht. Im aufrechten Dienstverhältnis besteht die Fürsorgepflicht des AG und es darf nicht übersehen werden, dass die Erstattung einer Strafanzeige gegen einen AN dessen Interessen stark beeinträchtigt. Zwar ist die Fürsorgepflicht bei entgegenstehender Interessenlage des AG nicht „absolut“<sup>47)</sup>, aber man wird folgende Interessenabwägung treffen müssen:

Selbst wenn der AG zum Zeitpunkt der Erstattung der Anzeige objektiv davon überzeugt sein kann, dass gravierende Verdachtsmomente gegen den AN bestehen, die auch die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens durch die Strafbehörden wahrscheinlich machen, wird einer Anzeige gegen den AN im aufrechten Arbeitsverhältnis dessen Interesse nicht der Strafverfolgung ausgesetzt zu sein, entgegenstehen. Wenn der AG nicht gleichzeitig oder vorher das Dienstverhältnis beendet, fehlt es schlicht am überwiegenden berechtigten Interesse des AG. Ein Strafverfahren gegen einen AN kann für den AG nur aus zwei Gründen von Interesse sein: (i) Aufklärung eines strafrechtlich relevanten Sachverhalts und (ii) eine klare Distanzierung vom Verhalten des potentiell straffälligen AN. Wenn das Dienstverhältnis nicht beendet wird, fehlt es an der Distanzierung des AG und es kann nur noch um die „Auslagerung“ der Ermittlungsarbeit an die Strafbehörden gehen. Die Aufklärung durch Strafbehörden kann zwar wegen der nach der StPO zustehenden Ermittlungsbefugnisse allenfalls mehr Ergebnisse zutage

fördern als eine interne Untersuchung, aber bei unternehmensbezogenen Vorgängen ist es dem AG jedenfalls zuzumuten, (zunächst) interne Untersuchungen anzustellen. Daher kann das AG-Interesse – im aufrechten DV – das Interesse des AN, sich nicht der strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen, nicht überwiegen. Sind die Verdachtsmomente entsprechend gravierend, wird der AG – schon aufgrund der Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer, die die Weiterbeschäftigung eines potentiell kriminellen AN wohl kaum zulassen wird – das Dienstverhältnis zunächst beenden müssen. Dann stehen einer Strafanzeige fürsorgerechtliche Erwägungen nicht mehr entgegen. Anderes gilt, wenn der AG eine Strafanzeige gegen „unbekannte Täter“ macht und die Behörden dann in alle Richtungen ermitteln.

Dem steht auch die stRsp, wonach die Unverzüglichkeit der Entlassung bei laufendem Strafverfahren uU bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss, jedenfalls aber bis zur Aufklärung des Sachverhalts gewahrt bleibt,<sup>48)</sup> nicht entgegen. In keinem der Fälle hat sich nämlich der OGH mit der Frage der Rechtmäßigkeit der Anzeige durch den AG (!) während aufrechten Arbeitsverhältnisses auseinandergesetzt. Außerdem ging es in einem Fall um potentielle Straftaten des AN, die dessen privater Sphäre zuzurechnen waren (Drogenhandel). Der OGH zeigt sich aber durchaus offen, das Anzeigerecht (§ 80 StPO) durch die Fürsorgepflicht zu beschränken. In einer Entscheidung aus 2016 kommt der OGH zu dem Schluss, dass keine Verletzung der Fürsorgepflicht aufgrund der Anzeige vorlag.<sup>49)</sup> Der AG hatte im konkreten Fall bereits interne Untersuchungen eingeleitet und war parallel medialen Vorwürfen der Vertuschung ausgesetzt, sodass im gegenständlichen Fall keine Verletzung der Fürsorgepflicht angenommen wurde.<sup>50)</sup>

Die dargelegte Ansicht korrespondiert mit der oben vertretenen Meinung, dass umgekehrt der AN nicht ohne weiteres dazu berechtigt ist, den AG anzuzeigen, sondern nur dann, wenn das interne Aufzeigen der Verdachtslage berechtigten Interessen des AN zuwi-

45) OLG Wien 29. 3. 2016, 9 Ra 130/15 a.

46) *Reischauer* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB § 1311 Rz 4 a.

47) Vgl *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (Stand 1. 10. 2016, rdb.at) § 1157 Rz 9 zu Vermögensinteressen, insb bei Beendigung des Arbeitsvertrags.

48) Vgl hierzu OGH 24. 2. 1999, 9 ObA 254/98 p; 25. 11. 1992, 9 ObA 271/92.

49) OGH 24. 6. 2016, 9 ObA 64/16 a.

50) Anders noch die Tendenz in OGH 6. 7. 2010, 1 Ob 103/10 v: Hier sagte der OGH, dass die Grundsätze (gemeint ist, dass der Anzeiger bei der Anzeige keiner besonderen Sorgfaltspflicht unterliegt, die dazu verpflichten würde, die Verdachtsgründe auf ihre Stichhaltigkeit zu überprüfen) auch im vertraglichen Verhältnis gelten, also aus der allgemeinen Treue- bzw Interessenwahrungspflicht keine erhöhten Sorgfaltspflichten abzuleiten wären. Dabei beruft er sich auf OGH 1. 10. 2008, 6 Ob 190/08 x. In dieser Entscheidung differenziert der OGH interessanterweise bereits (im Gegensatz zur folgenden E 1 Ob 103/10 v). So stellt er fest, dass die Treuepflicht unter den Gesellschaftern im Stadium der Liquidation abgeschwächt ist. Auch verfolgte der Anzeiger/Gesellschafter mit der Anzeige berechtigtes Interesse (korrekte Aufteilung des Liquidationserlöses), sodass im Ergebnis die Anzeige nicht die Treuepflicht verletzte. Da die Interessenwahrungspflicht des AG gegenüber seinem AN höher ist als unter Gesellschaftern einer GmbH in Liquidation und der AG über mehr Untersuchungsmöglichkeiten verfügt, die er vor Erstattung einer Anzeige setzen kann, ist nach Maßgabe der E 6 Ob 190/08 x sowie auch der E 9 ObA 64/16 a davon auszugehen, dass das Anzeigerecht nach § 80 StPO im Arbeitsverhältnis eingeschränkt ist.

derläuft. Es wäre nicht einzusehen, warum dies im Verhältnis AG/AN anders zu beurteilen wäre.

Erfolgt die (verschuldet zu Unrecht erstattete) Anzeige gegen einen aktiven AN, kann dieser einen vertraglichen Schadenersatz (Verstoß gegen Fürsorgepflicht) geltend machen. Eine Schadenersatzpflicht des AG nach § 1330 ABGB ist aufgrund von § 80 StPO abzulehnen.<sup>51)</sup> Droht der AG dem AN mit einer Anzeige für den Fall, dass dieser nicht bei der internen Untersuchung kooperiert, liegt – soweit der AG keine Rechtfertigungsgründe vorbringen kann – möglicherweise sogar strafrechtlich relevantes Verhalten (Nötigung iSd § 105 StGB) vor.<sup>52)</sup> Im Einklang mit der hier vertretenen Ansicht, wonach der AG grundsätzlich den AN während aufrechten Arbeitsvertrags nicht anzeigen darf, wird dann, wenn der AG nach Information über einen bestimmten Sachverhalt den AN weiterbeschäftigt, auch eine beständige „Drohung“ mit einer Strafanzeige (iS eines Damoklesschwerds über dem Kopf des AN), bspw um den AN gefügig zu machen oder zur Zustimmung zu schlechteren Vertragskonditionen zu bringen, jedenfalls unzulässig sein. Zum Verzicht auf eine Strafanzeige im Gegenzug für eine einvernehmliche Auflösung s unten D.3.

## 6. Mediale Schmierkampagne

Der AG darf keine mediale Schmierkampagne gegen einen aktiven oder ausgeschiedenen AN starten. Das ergibt sich eindeutig aus der Fürsorgepflicht, die in diesem Fall über das Ende des Dienstverhältnisses hinauswirkt. Diese Pflicht könnte jedoch abgeschwächt sein, wenn der AN zunächst selbst mit für den AG nachteiligen Äußerungen an die Öffentlichkeit gegangen ist. Der Spielraum für beide Seiten findet dann seine Grenzen in § 1330 ABGB und allenfalls bestehenden gesetzlichen oder vertraglichen Verschwiegenheitsverpflichtungen.

## D. Weitere Aspekte bei Beendigung des Dienstverhältnisses

### 1. Wissenszurechnung der Ermittler zum AG

Bei internen Untersuchungen findet – anders als bei behördlich geleiteten Ermittlungsverfahren – ein unmittelbarer Informationserwerb statt. Der AG ist informiert, sobald die von ihm mit der Untersuchung beauftragten Personen informiert sind.<sup>53)</sup> Der AG kann sich nicht darauf berufen, vom Vorliegen der Gründe, die zu einer Entlassung berechtigen, nicht gewusst zu haben, wenn der von ihm zur Untersuchung der Vorfälle beauftragte Dritte davon wusste und die Gründe gegenüber dem AG verschwiegen.<sup>54)</sup> Für die Rechtzeitigkeit einer Entlassung ist entscheidend, zu welchem Zeitpunkt dem AG das Wissen von den Entlassungsgründen zugerechnet wird. Viel spricht dafür, schon jenen Zeitpunkt heranzuziehen, zu dem der Ermittler zwar noch kein fertiges Ergebnis vorweisen kann, sich jedoch der Verdacht (unter Berücksichtigung der noch offenen Untersuchungsschritte) verlässlich erhärtet hat. In jedem Fall sollte es – für einen externen Ermittler wie auch für den AG selbst – entlassungserhaltend

zulässig sein, eine Untersuchung abzuschließen, wenn sie zügig zu Ende geführt wird, ohne auf jedes Zwischenergebnis zu reagieren. Bei genereller Nicht-Zurechnung des Wissens eines externen Ermittlers würde es aber zum Nachteil des AN ausfallen, wenn sich der AG eines Gehilfen (externen Unternehmens) bedient. Nur dann, wenn keine organisatorische Sorgfaltswirrigkeit dazu geführt hat, dass dem AG die Entlassungsgründe nicht unverzüglich bekannt gemacht wurden, kann eine Wissenszurechnung unterbleiben. Fehlt es dem externen Dritten an arbeitsrechtlichem Know-how und realisiert er aufgrund fehlender Fachkenntnis nicht die Notwendigkeit, den Auftraggeber umgehend zu informieren, verliert der AG das Recht, den fehlbaren AN zu entlassen, wenn er nicht ausreichend Vorsorge für einen Informationsfluss über wesentliche Entwicklungen getragen hat. Im Ergebnis darf es für die Wahrung der Unverzüglichkeit keinen wesentlichen Unterschied machen, ob sich der AN bei der Untersuchung eigener AN bedient oder einen Externen beauftragt. In beiden Fällen hat sich der AG um eine zuverlässige Kommunikationsstruktur zu kümmern.

Fraglich ist, ob dem AN die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Man könnte dies aus Fürsorgegesichtspunkten bejahen, aber wohl nur für Fälle, in denen die sonstigen Ermittlungsergebnisse nicht schon deutlich in eine Richtung weisen. Ist dies der Fall, wird der AG ein berechtigtes Interesse am „Überraschungsmoment“ in einem nachfolgenden Entlassungsprozess haben, zumal die Entlassung selbst ja ex ante keiner Begründung bedarf.

### 2. Über das Arbeitsverhältnis hinaus bestehende Mitwirkungspflichten des AN

Die Treuepflicht verpflichtet den AN, die Untersuchung zu unterstützen. *Zöllner* hat überzeugend betont, dass nur anhand der konkreten Ausformung der Treuepflicht (bspw Konkurrenzverbot, Verschwiegenheitspflicht, Meldepflicht von drohenden Gefahren)<sup>55)</sup> beurteilt werden könne, ob sie auch nach Beendigung des Dienstverhältnisses weiter besteht.<sup>56)</sup> Die Ansicht, dass manche der wechselseitigen Schutzpflichten nicht

51) So kommt ein Schadenersatz nach § 1330 ABGB nach der Rsp des OGH nur dann in Frage, wenn die Anzeige wider besseres Wissen erstattet wurde (hierbei wird auf folgende Leitentscheidung verwiesen: OGH 19. 2. 2004, 6 Ob 265/03 v; vgl auch RIS-Justiz RS0114015).

52) So hält der OGH bspw in OGH 25. 2. 2013, 17 Os 22/12 g, fest: „Ob das Inaussichtstellen einer (ungerechtfertigten) Anzeige eine Drohung mit einer Verletzung an der Ehre darstellt, hängt aber entscheidend von ihrem angekündigten Inhalt ab (RIS-Justiz RS0092362; RS0092892; Jerabek in WK<sup>2</sup> StGB § 74 Rz 31 mwN), weil nicht jeder Vorwurf, der den Gegenstand einer Anzeige bilden kann, per se ehrenrührig ist. Dies ist bei angelastetem gerichtlich strafbarem Verhalten in der Regel der Fall, bei Verwaltungsübertretungen hingegen keineswegs selbstverständlich.“

53) *Wratzfeld*, Wissenszurechnung im Arbeitsrecht, *ecolex* 2011, 61 (61 f); für Deutschland *Stüblich/Rütz*, Compliance in der arbeitsrechtlichen Praxis, in *Wecker/Ohl* (Hrsg), Compliance in der Unternehmenspraxis<sup>3</sup> (2013) 207 (226 f).

54) Siehe auch *Wratzfeld*, *ecolex* 2011, 61 (62 f).

55) Vgl zu den verschiedenen aus der Treuepflicht entspringenden Pflichten *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1153 Rz 33.

56) *Zöllner* in *Tomandl* (Hrsg), Treue- und Fürsorgepflicht 91 (94 f); so auch *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1157 Rz 9 für Zwecke der Fürsorgepflicht; *Rebhahn/Kietaibl* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 1153 ABGB Rz 43 mwN.

sofort mit der Auflösung des Vertragsverhältnisses erlöschen, wird durch gesetzlich normierte Pflichten gestützt. So darf der AG nach Beendigung des Dienstverhältnisses nicht das Fortkommen des AN beeinträchtigen, wenn er diesem ein Dienstzeugnis ausstellt.<sup>57)</sup> Umgekehrt hat der AN nach Beendigung des Dienstverhältnisses auf Basis der Treuepflicht Unterlagen und Betriebsmittel des AG zurückzustellen.<sup>58)</sup> Das muss ebenso für die Übermittlung von unternehmensbezogenen Informationen, die letztlich dem AG „gehören“, gelten. Diese nachvertragliche Pflicht wird sogar in weiterem Umfang bestehen, weil der ausgeschiedene AN keine Angst vor Sanktionen haben muss. Der AN wird aber uU einen Anspruch auf Entschädigung für seine Mühewaltung haben.

Um Streitigkeiten über den Umfang der Mitwirkungspflicht nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vermeiden empfiehlt es sich, entsprechende vertragliche Vereinbarungen zu treffen.

### 3. Anbieten von „Deals“

Oftmals stößt der AG bei der versuchten Aufklärung von Missständen auf eine „Mauer des Schweigens“, vor allem wenn mehrere AN gemeinschaftlich an dem aufzuklärenden Vorfall beteiligt sind. Für den AG empfiehlt es sich daher, Anreize zu schaffen, bestimmte

Mitwisser (und ggf auch Mittäter) zur Kooperation bewegen. So kann er zB anbieten, trotz der Verfehlungen von der (fristlosen) Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzusehen, keine Schadenersatzansprüche geltend zu machen oder einen „Golden Handshake“ zu vereinbaren. Solche Zusagen sollten sorgfältig formuliert und auf jene Ansprüche beschränkt werden, die im Zeitpunkt der Vereinbarung bekannt bzw absehbar waren. Der AG kann auch zusagen, den AN nicht bei den Strafbehörden anzuzeigen (darf dies aber dem AN nicht über einen längeren Zeitraum wie eine Karotte vor die Nase halten, s dazu oben C.5.). Andererseits könnte der AN eine Schad- und Klagloshaltung verlangen für den Fall, dass er von den von ihm Belasteten in Anspruch genommen wird.

Aufgrund des strengen Haftungsmaßstabes des § 84 AktG bzw § 25 GmbHG ist den Geschäftsführern bzw den Vorstandsmitglieder dringend anzuraten, vor Abschluss des „Deals“ sicherzustellen, dass die so erkauften Informationen nützlich für das Unternehmen sind und der Nutzen in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten steht.

57) Vgl § 1163 ABGB und § 39 AngG.

58) Zur Verpflichtung *Zöllner in Tomandl* (Hrsg), Treue- und Fürsorgepflicht 91 (96).

#### → In Kürze

- AG sind verpflichtet, Compliance-Verstöße durch geeignete Untersuchungshandlungen aufzudecken.
- AN können nicht nur Verdächtige, sondern wesentliche Quelle zur Aufdeckung von Compliance-Verstößen sein.
- Das zulässige Ausmaß an Untersuchungshandlungen durch den AG sowie Mitwirkungspflichten des AN werden wesentlich durch gegenseitige Interessenabwägungspflichten determiniert. Der AG ist nicht absolut frei in der Wahl der Mittel.
- Die Berücksichtigung arbeitsrechtlicher Grundsätze ist unerlässlich, um aus einer durchgeführten Untersuchung tatsächlich Konsequenzen ableiten zu können (insb Entlassung, Schadenersatz).

#### → Zum Thema

##### Über die Autorinnen:

RA Dr. Katharina Körber-Risak ist auf Arbeitsrecht spezialisierte Rechtsanwältin und Partnerin; Sarah Lurf, LL.M, ist Rechtsanwaltsanwärtin der Kanzlei Kunz Schima Wallentin in Wien.

Kontaktadresse: Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG, Porzellangasse 4, 1090 Wien. Tel: +43 (0)1 313 74, E-Mail: katharina.koerber-risak@ksw.at und sarah.lurf@ksw.at, Internet: www.ksw.at

##### Von denselben Autorinnen erschienen:

Rechtsfragen der Teilzeit, ZAS 2016, 107 (ZAS-Sonderheft 2 a/2016); Beweiswürdigung nach § 381 ZPO im außerstreiti-

gen Unterhaltsverfahren, EF-Z 2015, 258; KA-AZG neu: Grundsatzfragen der Dienstplangestaltung für Ärzte in Krankenanstalten, *ecolex* 2015, 313; Einseitige Eingriffe in und Ablaufstörungen bei erfolgsbezogenen Vergütungen, ZAS 2013, 59 (gem mit *Schima*).

##### Literatur:

*Binder*, Detektiveinsatz und Arbeitsrecht, in *Marhold/Schrank/Winkler* (Hrsg), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Arbeits- und Sozialrecht, FS Tomandl zum 65. Geburtstag (1998) 11; *Kramer*, Vermögensrechtliche Aspekte der Treue- und Fürsorgepflicht, in *Tomandl* (Hrsg), Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1975) 107; *Süßbrich/Rütz*, Compliance in der arbeitsrechtlichen Praxis, in *Wecker/Ohl* (Hrsg), Compliance in der Unternehmenspraxis<sup>3</sup> (2013) 207.

#### → Literatur-Tipp



**Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON (online)**

##### MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)

