

# Inhaltsverzeichnis

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| Abkürzungsverzeichnis ..... | XXVII |
|-----------------------------|-------|

|   |    |
|---|----|
| Kapitel 1 – Rechtliche Einordnung der unternehmensinternen Ermittlungen ..... | 1  |
| A. Einleitung und Hinführung zum Thema .....                                  | 1  |
| B. Compliance .....   | 4  |
| I. Begriffserklärung, Ursprung und Entwicklung .....                          | 4  |
| II. Ursachen für den Wandel .....   | 8  |
| 1. Steigendes Strafbarkeitsrisiko .....                                       | 8  |
| 2. Internationale Gesetzgebung .....  | 10 |
| III. Folgen von Non-Compliance .....  | 11 |
| 1. Überblick .....  | 11 |
| 2. § 30 OWiG – Verbandsgeldbuße .....   | 11 |
| 3. Ausschluss von öffentlichen Aufträgen .....                                | 13 |
| 4. Korruptionsregister .....  | 13 |
| IV. Vorteile .....  | 15 |
| V. Rechtspflicht „Compliance“ .....   | 17 |
| 1. Spezialgesetzliche Regelungen .....  | 17 |
| 2. Allgemeine Rechtspflicht? .....  | 18 |
| VI. Compliancemaßnahmen .....   | 21 |
| 1. Compliance-Organisation .....  | 23 |
| 2. Verhaltenskodex .....  | 24 |
| 3. Compliance-Programm .....  | 25 |
| 4. Information und Beratung .....   | 26 |
| C. Internal Investigations .....  | 27 |
| I. Begriff .....  | 27 |
| II. Ursprung und Entwicklung .....  | 28 |
| III. Zielsetzung .....  | 30 |
| IV. Auslöser für Internal Investigations .....                                | 32 |
| 1. Hinweisgebersystem: Whistleblowing-Hotline .....                           | 32 |
| 2. Hinweisgebersystem: Ombudsmann .....                                       | 34 |
| 3. Kronzeugenregelung und Co. ....  | 35 |

|   |   |    |
|---|---|----|
| V.  | Durchführung: intern vs. extern .....   | 36 |
| VI.   | Vor- und Nachteile einer internen Untersuchung .....  | 40 |
| 1.  | Vorteile.....   | 40 |
| 2.  | Nachteile .....   | 44 |
| VII.  | Rechtliche Gebotenheit .....  | 46 |
| 1.  | Spezialgesetzliche Regelungen.....  | 46 |
| 2.  | Allgemeine Rechtspflicht? .....   | 47 |
| VIII.   | Ablauf.....   | 49 |
| 1.  | Untersuchungsmaßnahmen.....   | 49 |
| 2.  | Verdeckte Untersuchung .....  | 50 |
| 3.  | Beteiligung des Betriebsrates .....   | 51 |
| 4.  | Einschaltung der Strafverfolgungsbehörden .....   | 52 |
| 5.  | Verhältnis zu staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen.....  | 53 |
| IX.   | Anwendbares Recht.....  | 55 |
| D.  | Zulässigkeit privater Ermittlungen .....  | 56 |
| I.  | Allgemeines.....  | 56 |
| II.   | Grundsätzliche Zulässigkeit privater Ermittlungen.....  | 57 |
| 1.  | Keine Überschneidung mit staatlichen Ermittlungen.....  | 57 |
| 2.  | Untersuchungen parallel zu staatlichen Ermittlungen .....   | 57 |
| 3.  | Ergebnis .....  | 59 |
| III.  | Besondere Konstellation der internen Ermittlungen.....  | 59 |
| Kapitel 2 – Beschäftigtendatenschutzrecht ..... |   | 63 |
| A.  | Aktuelle Gesetzeslage und geplante Gesetzesänderung.....  | 63 |
| B.  | Bundesdatenschutzgesetz – BDSG.....   | 65 |
| I.  | Anwendungsbereich .....   | 65 |
| 1.  | Sachlicher Anwendungsbereich .....  | 65 |
| 2.  | Persönlicher Anwendungsbereich.....   | 66 |
| 3.  | Landesdatenschutzgesetze.....   | 67 |
| II.   | Grundsätze des BDSG .....   | 67 |
| 1.  | § 3a BDSG – Grundsatz der Datenvermeidung und<br>-sparsamkeit .....                                       | 67 |
| 2.  | § 4 Abs. 2 S. 1 BDSG – Grundsatz der Direkterhebung.....  | 68 |
| 3.  | § 4 Abs. 1 BDSG – Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.....  | 70 |
| III.  | Erlaubnisnormen.....  | 70 |
| 1.  | Einwilligung .....  | 70 |
| 2.  | Betriebsvereinbarung.....   | 71 |
| 3.  | § 32 BDSG – Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung für<br>Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses ..... | 73 |

|       |   |    |
|-------|---|----|
| a.    | Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG.....                                | 73 |
| aa.   | Straftat.....   | 74 |
| bb.   | Im Beschäftigungsverhältnis.....  | 74 |
| cc.   | Tatsächliche Anhaltspunkte.....   | 75 |
| dd.   | Dokumentation.....  | 77 |
| ee.   | Maßnahme beim Betroffenen.....  | 77 |
| ff.   | Zur Aufdeckung der Tat erforderlich.....                                      | 78 |
| gg.   | Verhältnismäßigkeit der Kontrolle.....  | 78 |
| (I)   | Legitimer Zweck.....  | 79 |
| (II)  | Geeignetheit.....   | 79 |
| (III) | Erforderlichkeit.....   | 79 |
| (IV)  | Angemessenheit.....   | 79 |
| (1)   | Interessen des Arbeitnehmers.....   | 79 |
| (2)   | Interessen des Arbeitgebers.....  | 81 |
| (3)   | Interessenabwägung.....   | 81 |
| (4)   | Einschränkung?.....   | 83 |
| b.    | Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG.....                                | 84 |
| 4.    | § 28 BDSG – Datenerhebung und -speicherung für<br>eigene Geschäftszwecke..... | 84 |
| 5.    | Zusammenfassung.....  | 86 |
| IV.   | Auftragsdatenverarbeitung – § 11 BDSG.....                                    | 86 |
| 1.    | Allgemeines.....  | 86 |
| 2.    | Abgrenzung zur Funktionsübertragung.....                                      | 87 |
| 3.    | Einordnung der externen Ermittler.....  | 88 |
| C.    | Telekommunikationsgesetz – TKG.....   | 90 |
| I.    | Anwendungsbereich.....  | 90 |
| 1.    | Anwendungsbereich des TKG.....  | 90 |
| 2.    | Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses.....                              | 91 |
| II.   | Arbeitgeber als Dienstanbieter: Abgrenzung BDSG – TKG.....                    | 92 |
| 1.    | Dienstliche Nutzung.....  | 92 |
| 2.    | Verbotene private Nutzung.....  | 93 |
| a.    | Grundsatz.....  | 93 |
| b.    | Duldung trotz Verbotes.....   | 94 |
| c.    | Betriebliche Übung.....   | 95 |
| aa.   | Anspruch aus betrieblicher Übung.....   | 96 |
| bb.   | Argumente gegen die Entstehung einer betrieblichen<br>Übung.....              | 96 |
| cc.   | Ergebnis.....   | 99 |
| d.    | Ergebnis für den Fall der verbotenen privaten Nutzung.....                    | 99 |

|   |   |     |
|---|---|-----|
| 3.  | Gestattete private Nutzung.....   | 100 |
| a.  | Rechtsprechung .....  | 100 |
| b.  | Die bisher h.M.: Argumente für die Anwendbarkeit<br>des TKG .....                         | 101 |
| aa.   | Wortlaut.....   | 102 |
| bb.   | Arbeitnehmer als Dritter .....  | 103 |
| cc.   | Gesetzgebungsgeschichte .....   | 104 |
| dd.   | Zweck des TKG.....  | 105 |
| ee.   | Beschluss des OLG Karlsruhe vom 10.1.2005 .....   | 105 |
| c.  | Argumente gegen die Anwendbarkeit des TKG.....  | 106 |
| aa.   | Wortlaut – üblicherweise gegen Entgelt erbracht .....                                     | 106 |
| bb.   | Rechtsfolgen der Anwendbarkeit .....  | 108 |
|   | (I) Strafbarkeitsrisiko nach § 206 StGB .....   | 108 |
|   | (II) Einsichtsrecht des Arbeitgebers .....  | 108 |
|   | (III) Interessenabwägung.....   | 109 |
|   | (IV) Fehlende Systematik der Gesetze –<br>Dokumentationspflicht.....                      | 109 |
| cc.   | Teleologie – Förderung des Wettbewerbs .....  | 110 |
| dd.   | Weitere Argumente .....   | 112 |
| d.  | Stellungnahme .....   | 112 |
| e.  | Ergebnis für den Fall der gestatteten privaten Nutzung.....                               | 113 |
| 4.  | Keine Regelung hinsichtlich der privaten Nutzung:<br>Duldung und betriebliche Übung ..... | 114 |
| a.  | Sozialadäquanz .....  | 114 |
| b.  | Duldung.....  | 114 |
| c.  | Betriebliche Übung .....  | 115 |
| 5.  | Zusammenfassung und Ergebnis .....  | 116 |
| D.  | Telemediengesetz – TMG.....   | 118 |
| I.  | Anwendungsbereich des TMG allgemein .....   | 118 |
| 1.  | Sachlicher Anwendungsbereich .....  | 118 |
| 2.  | Persönlicher Anwendungsbereich.....   | 119 |
| II.   | Anwendbarkeit der Datenschutzvorschriften des TMG .....                                   | 119 |
| III.  | Ergebnis .....  | 120 |
| E.  | Zusammenfassung.....  | 120 |
| Kapitel 3 – Strafbarkeitsrisiken einzelner Ermittlungsmaßnahmen ..... |   | 123 |
| A.  | E-Mail-Screening.....   | 123 |
| I.  | Allgemeines.....  | 123 |
| II.   | Ablauf.....   | 125 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
|      | 1. Durchführung.....   | 125 |
|      | 2. Beteiligung des Betriebsrates .....   | 125 |
| III. | Grundsätzliches zur Rechtmäßigkeit des E-Mail-Screenings .....                       | 126 |
| IV.  | Kontrolle von E-Mail-Logfiles .....  | 127 |
|      | 1. Begriff.....  | 127 |
|      | 2. Rechtmäßigkeit nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG .....                                   | 127 |
|      | a. Dienstliche E-Mail.....   | 128 |
|      | b. Private E-Mail .....  | 129 |
|      | 3. Rechtmäßigkeit nach TKG.....  | 129 |
|      | a. Eingriff in das Fernmeldegeheimnis.....   | 129 |
|      | b. Rechtfertigungsgründe des TKG.....  | 130 |
|      | c. Zwischenergebnis .....  | 131 |
|      | d. Ausnahme: Straftatverdacht? .....   | 132 |
|      | 4. Ergebnis .....  | 132 |
| V.   | Inhaltskontrolle – Rechtmäßigkeit nach BDSG .....                                    | 133 |
|      | 1. Erforderlichkeit einer Rechtfertigung.....  | 133 |
|      | 2. Rechtfertigung nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG.....                                    | 134 |
|      | a. Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG.....                                    | 134 |
|      | b. Verhältnismäßigkeit.....  | 135 |
|      | aa. Geeignetheit .....   | 135 |
|      | bb. Erforderlichkeit.....  | 135 |
|      | cc. Angemessenheit.....  | 136 |
|      | (I) Interessen des Arbeitnehmers .....   | 136 |
|      | (II) Interessen des Arbeitgebers .....   | 137 |
|      | (III) Interessenabwägung.....  | 137 |
|      | (1) Dienstliche E-Mails.....   | 138 |
|      | (a) Vergleichbarkeit der E-Mail mit<br>herkömmlichen Kommunikations-<br>mitteln..... | 138 |
|      | (aa) Vergleichbarkeit der E-Mail mit<br>dem Telefonat.....                           | 138 |
|      | (bb) Vergleichbarkeit der E-Mail mit<br>dem Postverkehr .....                        | 139 |
|      | (cc) Stellungnahme .....   | 141 |
|      | (b) Kontrollrechte des Arbeitgebers.....   | 141 |
|      | (2) Private E-Mails .....  | 143 |
|      | (a) Verbotene private Nutzung.....   | 144 |
|      | (aa) Charakter der E-Mail nicht<br>erkennbar.....                                    | 145 |

|     |   |     |
|-----|---|-----|
|     | (bb) Charakter der E-Mail<br>erkennbar.....                         | 145 |
|     | (cc) Sonderfall: Straftatverdacht.....                              | 146 |
|     | (dd) Ergebnis für den Fall der<br>verbotenen privaten Nutzung.....  | 147 |
|     | (b) Erlaubte private Nutzung.....                                   | 148 |
|     | (aa) Grundsatz.....   | 148 |
|     | (bb) Mischnutzung.....  | 148 |
|     | (cc) Sonderfall: Straftatverdacht.....                              | 149 |
|     | (dd) Ergebnis für den Fall der<br>gestatteten privaten Nutzung..... | 150 |
|     | (3) Ausnahme: Besondere Berufsgruppen.....                          | 150 |
|     | 3. Zusammenfassung.....   | 151 |
| VI. | Inhaltskontrolle – Rechtmäßigkeit nach TKG.....                     | 152 |
|     | 1. Dienstliche E-Mails.....   | 152 |
|     | 2. Private E-Mails.....   | 153 |
|     | a. Fernmeldegeheimnis.....  | 153 |
|     | aa. Schutzbereich.....  | 153 |
|     | (I) Persönlicher Schutzbereich.....                                 | 153 |
|     | (II) Sachlicher Schutzbereich.....                                  | 153 |
|     | bb. Reichweite des Fernmeldegeheimnisses.....                       | 153 |
|     | (I) Während des Übertragungsvorganges.....                          | 154 |
|     | (II) Speicherung auf lokalem Endgerät.....                          | 154 |
|     | (III) Speicherung auf dem Server.....                               | 154 |
|     | (1) BVerfGE 124, 43.....  | 155 |
|     | (2) Übertragbarkeit.....  | 156 |
|     | (a) Kein Schutz durch das<br>Fernmeldegeheimnis.....                | 156 |
|     | (b) Schutz durch das<br>Fernmeldegeheimnis.....                     | 157 |
|     | (c) Stellungnahme.....  | 159 |
|     | (d) Fallgruppen.....  | 159 |
|     | (aa) POP3-Verfahren.....  | 159 |
|     | (bb) IMAP-Verfahren.....  | 160 |
|     | (cc) Sicherungskopien.....  | 161 |
|     | cc. Zwischenergebnis.....   | 161 |
|     | b. Eingriff.....  | 161 |
|     | c. Rechtfertigung.....  | 162 |
|     | aa. Besondere Rechtfertigungsgründe des TKG.....                    | 162 |
|     | (I) § 88 Abs. 3 S. 3 TKG i.V.m. §§ 91 ff. TKG.....                  | 162 |

|   |     |
|---|-----|
| (II) § 88 Abs. 3 S. 3 TKG i.V.m.<br>§ 32 Abs. 1 S. 2 BDSG .....                             | 162 |
| (III) § 88 Abs. 3 S. 4 TKG .....  | 163 |
| (IV) Zwischenergebnis .....   | 163 |
| bb. Allgemeine strafrechtliche Rechtfertigungsgründe .....                                  | 163 |
| (I) Anwendbarkeit .....   | 163 |
| (II) Hilfsweise: Bejahung der Anwendbarkeit .....   | 165 |
| (III) Einwilligung .....  | 166 |
| (1) Doppeltes Zustimmungserfordernis .....  | 166 |
| (2) Kein doppeltes Zustimmungserfordernis .....   | 167 |
| (3) Stellungnahme .....   | 168 |
| (IV) Mutmaßliche Einwilligung .....   | 168 |
| cc. Betriebsvereinbarung .....  | 168 |
| dd. Ausnahme: Straftatverdacht? .....   | 169 |
| d. Ergebnis .....   | 170 |
| 3. Mischnutzung .....   | 170 |
| 4. Ergebnis .....   | 172 |
| VII. Strafbarkeitsrisiken .....   | 173 |
| 1. Strafbarkeitsrisiken nach StGB .....   | 173 |
| a. § 206 StGB – Verletzung des Post- oder<br>Fernmeldegeheimnisses .....                    | 173 |
| aa. Rechtsgut .....   | 174 |
| bb. Tatbestand .....  | 174 |
| (I) Tauglicher Täter .....  | 174 |
| (II) Unternehmen, das geschäftsmäßig Post-<br>oder Telekommunikationsdienste erbringt ..... | 175 |
| (III) Tatsachen, die dem Post- oder<br>Fernmeldegeheimnis unterliegen .....                 | 176 |
| (IV) Tathandlung .....  | 177 |
| (1) Abs. 1: Weitergabe von geschützten<br>Informationen .....                               | 177 |
| (a) Mitteilung an eine andere Person .....  | 177 |
| (b) Dem Täter bekannt geworden .....  | 178 |
| (c) Zwischenergebnis .....  | 179 |
| (2) Abs. 2 Nr. 1: Ausforschung von<br>Informationen .....                                   | 179 |
| (3) Abs. 2 Nr. 2: Unterdrücken von<br>Informationen .....                                   | 180 |
| (4) Zwischenergebnis .....  | 180 |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| (V)   | Unbefugt.....  | 181 |
| (1)   | Hinweis auf Rechtswidrigkeit.....                        | 181 |
| (2)   | Doppelfunktion.....                                      | 181 |
| (3)   | Einverständnis.....                                      | 182 |
| (VI)  | Subjektiver Tatbestand.....                              | 182 |
| cc.   | Rechtswidrigkeit.....                                    | 183 |
| (I)   | Besondere Rechtfertigungsgründe des TKG.....             | 183 |
| (II)  | Allgemeine strafrechtliche<br>Rechtfertigungsgründe..... | 184 |
| dd.   | Schuld.....  | 184 |
| ee.   | Ergebnis.....  | 185 |
| b.    | § 202 StGB – Verletzung des Briefgeheimnisses.....       | 187 |
| c.    | § 202a StGB – Ausspähen von Daten.....                   | 187 |
| aa.   | Geschütztes Rechtsgut.....                               | 187 |
| bb.   | Objektiver Tatbestand.....                               | 188 |
| (I)   | Daten.....   | 188 |
| (II)  | Nicht für den Täter bestimmt.....                        | 189 |
| (1)   | Dienstliche E-Mails.....                                 | 189 |
| (2)   | Private E-Mails.....                                     | 191 |
| (a)   | Gestattete private Nutzung.....                          | 191 |
| (b)   | Verbotene private Nutzung.....                           | 191 |
| (c)   | Ergebnis.....  | 192 |
| (III) | Zugangsverschaffung.....                                 | 192 |
| (IV)  | Besondere Zugangssicherung.....                          | 193 |
| (1)   | Grundsatz.....   | 193 |
| (2)   | Verschlüsselung.....                                     | 195 |
| (3)   | Zugangssicherung privater E-Mails.....                   | 196 |
| (a)   | Einzelne Dateien.....                                    | 196 |
| (b)   | Personalisiertes Laufwerk.....                           | 196 |
| (c)   | Ergebnis – besondere<br>Zugangssicherung.....            | 197 |
| cc.   | Subjektiver Tatbestand.....                              | 198 |
| dd.   | Rechtswidrigkeit.....                                    | 198 |
| (I)   | Rechtfertigungsgründe: Allgemein.....                    | 199 |
| (II)  | Rechtfertigung nach § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG.....           | 199 |
| ee.   | Ergebnis.....  | 200 |
| d.    | § 202b StGB – Abfangen von Daten.....                    | 201 |
| aa.   | Objektiver Tatbestand.....                               | 201 |
| (I)   | Daten.....   | 201 |
| (II)  | Nicht für den Täter bestimmt.....                        | 201 |



|   |     |
|---|-----|
| (III) Nichtöffentliche Datenübermittlung (Alt. 1).....                      | 201 |
| (1) Datenübermittlung .....   | 201 |
| (2) Nichtöffentlichkeit .....   | 202 |
| (IV) Verschaffen.....   | 203 |
| (V) Technische Mittel .....   | 203 |
| bb. Subjektiver Tatbestand.....   | 203 |
| cc. Rechtswidrigkeit.....   | 204 |
| dd. Ergebnis .....  | 204 |
| e. § 202c StGB – Vorbereiten des Ausspäbens<br>und Abfangens von Daten..... | 204 |
| f. § 201 StGB – Verletzung der Vertraulichkeit<br>des Wortes .....          | 205 |
| g. § 303a StGB – Datenveränderung.....                                      | 205 |
| 2. Strafbarkeitsrisiken nach BDSG .....                                     | 206 |
| a. § 43 BDSG - Bußgeldvorschriften.....                                     | 206 |
| aa. Tatbestand .....  | 206 |
| (I) Täter .....   | 206 |
| (II) Tatobjekt.....   | 207 |
| (III) Tathandlung.....  | 207 |
| (IV) Subjektiver Tatbestand.....  | 208 |
| bb. Rechtswidrigkeit.....   | 208 |
| cc. Ergebnis .....  | 208 |
| b. § 44 BDSG – Strafvorschriften .....                                      | 209 |
| aa. Alt. 1: gegen Entgelt .....   | 209 |
| bb. Alt. 2: Bereicherungsabsicht .....                                      | 210 |
| cc. Alt. 3: Schädigungsabsicht .....  | 210 |
| dd. Ergebnis .....  | 210 |
| 3. Strafbarkeitsrisiken nach TKG .....                                      | 211 |
| 4. Ergebnis .....   | 212 |
| a. Kontrolle dienstlicher E-Mails.....                                      | 212 |
| b. Kontrolle privater E-Mails.....  | 212 |
| c. Strafbarkeit des privaten Ermittlers .....                               | 213 |
| VIII. Zusammenfassung.....  | 213 |
| B. Auswertung von Dokumenten, Dateien und Personalakten .....               | 215 |
| I. Verwertung von Unterlagen in Papierform .....                            | 215 |
| 1. Zulässigkeit nach Datenschutzrecht .....                                 | 215 |
| a. Dienstliche Dokumente.....   | 216 |
| b. Private Dokumente .....  | 217 |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| 2.    | Strafbarkeitsrisiken.....  | 218 |
| a.    | § 202 StGB – Verletzung des Briefgeheimnisses .....  | 218 |
| aa.   | Objektiver Tatbestand.....   | 218 |
| (I)   | Tatobjekt.....   | 218 |
| (1)   | Verschlüsseltes Schriftstück –<br>§ 202 Abs. 1 Nr. 1 StGB .....                              | 218 |
| (2)   | Verschlüsseltes Behältnis –<br>§ 202 Abs. 2 StGB .....                                       | 219 |
| (II)  | Nicht zu seiner Kenntnis bestimmt .....  | 219 |
| (1)   | Dienstliche Dokumente.....   | 220 |
| (2)   | Private Dokumente .....  | 220 |
| (III) | Tathandlungen.....   | 220 |
| (1)   | Öffnen – § 202 Abs. 1 Nr. 1 StGB.....  | 220 |
| (2)   | Kenntnisverschaffen vom Inhalt<br>nach Öffnen – § 202 Abs. 2 StGB.....                       | 221 |
| bb.   | Subjektiver Tatbestand.....  | 221 |
| cc.   | Rechtswidrigkeit.....  | 221 |
| dd.   | Ergebnis .....   | 222 |
| b)    | §§ 43, 44 BDSG – Bußgeld- und Strafvorschriften.....   | 222 |
| II.   | Einsichtnahme in Dateien – Kontrolle von Akten<br>und Unterlagen in elektronischer Form..... | 223 |
| 1.    | Zulässigkeit nach Datenschutzrecht .....   | 223 |
| a)    | Dienstliche Dateien.....   | 223 |
| b)    | Private Dateien.....   | 224 |
| c)    | Gemischte Dateien .....  | 225 |
| d)    | Ergebnis .....   | 226 |
| 2.    | Strafbarkeitsrisiken.....  | 226 |
| a)    | § 202a StGB – Ausspähen von Daten .....  | 226 |
| aa)   | Objektiver Tatbestand.....   | 226 |
| (I)   | Daten.....   | 226 |
| (II)  | Nicht für den Täter bestimmt.....  | 226 |
| (1)   | Dienstliche Dateien.....   | 227 |
| (2)   | Private Dateien .....  | 227 |
| (III) | Zugangverschaffung.....  | 228 |
| (IV)  | Besondere Zugangssicherung.....  | 228 |
| bb)   | Subjektiver Tatbestand.....  | 229 |
| cc)   | Rechtswidrigkeit.....  | 229 |
| dd)   | Ergebnis .....   | 229 |
| b)    | §§ 43, 44 BDSG – Bußgeld- und Strafvorschriften.....   | 230 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| III.  | Auswertung von Personalakten.....                                     | 230 |
| 1.    | Zulässigkeit nach Datenschutzrecht .....                              | 230 |
| 2.    | Strafbarkeitsrisiken.....   | 231 |
| IV.   | Zusammenfassung.....  | 231 |
| C.    | Interviews .....  | 232 |
| I.    | Einleitung .....  | 232 |
| II.   | Beteiligung des Betriebsrates .....                                   | 234 |
| III.  | Anwendbares Recht.....  | 236 |
| IV.   | Amnestieprogramme .....   | 240 |
| 1.    | Allgemeines.....  | 240 |
| 2.    | Inhalt und typische Bestandteile einer Amnestie .....                 | 242 |
| a.    | Absehen von arbeitsrechtlichen Sanktionen.....                        | 243 |
| b.    | Schutz vor Schadenersatzansprüchen.....                               | 244 |
| c.    | Schutz vor Strafverfolgung.....                                       | 244 |
| d.    | Zusicherung von Vertraulichkeit.....                                  | 245 |
| e.    | Übernahme von Verteidigerkosten und Geldstrafen .....                 | 246 |
| 3.    | Vergaberechtliche Grenzen der Amnestie .....                          | 247 |
| 4.    | Beseitigung von Amnestiezusagen.....                                  | 248 |
| 5.    | Beteiligung des Betriebsrates .....                                   | 249 |
| 6.    | Strafbarkeitsrisiken hinsichtlich der Gewährung<br>von Amnestien..... | 250 |
| a.    | § 266 StGB – Untreue .....  | 250 |
| aa.   | Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis.....                          | 250 |
| bb.   | Vermögensbetreuungspflicht.....                                       | 251 |
| cc.   | Missbrauch der Befugnis.....  | 251 |
| (I)   | Unternehmerische Entscheidung.....                                    | 252 |
| (II)  | Auf Grundlage angemessener Informationen.....                         | 253 |
| (III) | Handeln zum Wohle der Gesellschaft .....                              | 254 |
| (IV)  | Gutgläubigkeit .....  | 255 |
| (V)   | Zulässigkeit einzelner Amnestiezusagen .....                          | 255 |
| (1)   | Verzicht auf Schadenersatzansprüche.....                              | 255 |
| (2)   | Übernahme der Geldstrafe, -buße<br>oder -auflage .....                | 257 |
| (3)   | Übernahme der Verteidigerkosten .....                                 | 258 |
| dd.   | Ergebnis .....  | 260 |
| b.    | § 258 StGB – Strafvereitelung .....                                   | 260 |
| c.    | § 138 StGB – Nichtanzeige geplanter Straftaten.....                   | 261 |
| V.    | Teilnahmepflicht der Mitarbeiter .....                                | 262 |
| VI.   | Aussagepflicht des verdächtigen Arbeitnehmers .....                   | 262 |
| 1.    | Vertraglich geschuldete Tätigkeit .....                               | 264 |

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 2.   | §§ 666, 675 Abs. 1 BGB – persönlicher Arbeitsbereich.....   | 264 |
| a.   | Anspruchsgrundlage.....   | 264 |
| b.   | Reichweite der Auskunftspflicht.....  | 266 |
| c.   | Pflicht zur selbstbelastenden Aussage?.....   | 267 |
| aa.  | Architekten-Fall.....   | 268 |
| bb.  | Übertragbarkeit auf das Arbeitsverhältnis.....  | 268 |
|      | (I) Übertragbarkeit.....  | 268 |
|      | (II) Fehlende Übertragbarkeit.....  | 270 |
|      | (III) Stellungnahme.....  | 271 |
| 3.   | §§ 611, 241 Abs. 2 BGB – allgemeiner Auskunftsanspruch/<br>arbeitsvertragliche Nebenpflicht ..... | 273 |
| a.   | Allgemeines.....  | 273 |
| b.   | Voraussetzungen.....  | 274 |
| aa.  | Berechtigtes Interesse des Arbeitgebers .....   | 274 |
| bb.  | Zumutbarkeit / Interessenabwägung .....   | 275 |
|      | (I) Keine Pflicht zur Selbstbelastung.....  | 276 |
|      | (II) Pflicht zur Selbstbelastung.....   | 276 |
|      | (III) Vermittelnde Ansichten .....  | 277 |
|      | (IV) Stellungnahme.....   | 278 |
| cc.  | Beweislastumkehr.....   | 278 |
| c.   | Ergebnis .....  | 280 |
| 4.   | § 242 BGB – allgemeine Treupflicht .....  | 280 |
| 5.   | Zusammenfassung.....  | 281 |
| VII. | Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes:   |     |
|      | Selbstbeziehungspflicht oder Aussageverweigerungsrecht?.....                                      | 282 |
| 1.   | Allgemeines.....  | 282 |
| 2.   | § 136 StPO (analog).....  | 284 |
| 3.   | Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes?.....  | 284 |
| a.   | Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes.....   | 285 |
| b.   | Keine Anwendbarkeit des nemo tenetur-Grundsatzes .....  | 286 |
| aa.  | Gemeinschuldner-Beschluss des BVerfG.....   | 287 |
| bb.  | Übertragbarkeit des Gemeinschuldner-Beschlusses ...   | 288 |
|      | (I) Übertragbarkeit .....   | 288 |
|      | (II) Fehlende Übertragbarkeit .....   | 289 |
|      | (III) Stellungnahme .....   | 290 |
| cc.  | Beweisverwertungsverbot?.....   | 290 |
|      | (I) Annahme eines Beweisverwertungsverbotes .....   | 290 |
|      | (1) § 97 Abs. 1 S. 3 InsO analog.....   | 290 |
|      | (2) Beweisverwertungsverbot im Hinblick auf<br>nemo tenetur.....                                  | 291 |

|       |   |     |
|-------|---|-----|
|       | (3) Ausnahme: Freiwillige Aussage.....                          | 293 |
|       | (II) Ablehnung eines Beweisverwertungsverbotes ....             | 293 |
|       | c. Stellungnahme .....  | 294 |
|       | 4. Zusammenfassung.....   | 295 |
| VIII. | Fair trial-Grundsatz .....                                      | 296 |
|       | 1. Allgemeines.....   | 296 |
|       | 2. Fair trial im Rahmen des Interviews .....                    | 297 |
|       | 3. Stellungnahme .....  | 298 |
| IX.   | Aussagepflicht hinsichtlich Fehlverhalten Dritter.....          | 298 |
| X.    | Rechte der Mitarbeiter im Rahmen einer Befragung.....           | 300 |
|       | 1. Hinzuziehung eines Mitgliedes des Betriebsrates.....         | 300 |
|       | a. § 82 Abs. 2 S. 2 BetrVG.....                                 | 301 |
|       | b. § 84 Abs. 1 S. 2 BetrVG.....                                 | 302 |
|       | c. Ergebnis .....   | 302 |
|       | 2. Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes .....                      | 303 |
|       | a. Anspruch auf Hinzuziehung.....                               | 303 |
|       | b. Kein Anspruch auf Hinzuziehung .....                         | 304 |
|       | c. Vermittelnde Ansicht.....                                    | 304 |
|       | d. Stellungnahme .....  | 305 |
|       | 3. Einsichtnahmerecht in das Protokoll.....                     | 306 |
|       | a. Einsichtnahmerecht .....                                     | 307 |
|       | b. Kein Einsichtnahmerecht .....                                | 308 |
|       | c. Vermittelnde Ansicht.....                                    | 309 |
|       | d. Stellungnahme .....  | 310 |
|       | 4. Zusammenfassung.....   | 310 |
| XI.   | Aussagepflicht gegenüber externen Ermittlern .....              | 310 |
| XII.  | Belehrungspflicht?.....   | 312 |
| XIII. | Strafbarkeitsrisiken.....                                       | 314 |
|       | 1. § 240 StGB – Nötigung.....                                   | 314 |
|       | a. Nötigungshandlung.....                                       | 314 |
|       | b. Nötigungserfolg.....   | 315 |
|       | c. Vorsatz .....  | 315 |
|       | d. Rechtswidrigkeit – § 240 Abs. 2 StGB .....                   | 315 |
|       | e. Ergebnis .....   | 316 |
|       | 2. § 239 StGB – Freiheitsberaubung.....                         | 316 |
|       | 3. § 132 StGB – Amtsanmaßung .....                              | 317 |
|       | 4. § 201 StGB – Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes ..... | 317 |
|       | 5. § 185 StGB – Beleidigung.....                                | 318 |
|       | 6. §§ 43, 44 BDSG – Bußgeld- und Strafvorschriften .....        | 318 |
| XIV.  | Zusammenfassung.....  | 318 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| D.   | Kontrolle des Postverkehrs.....  | 321 |
| I.   | Einleitung .....   | 321 |
| II.  | Strafbarkeitsrisiken.....  | 321 |
|      | 1. § 206 StGB – Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses.....                     | 322 |
|      | 2. § 202 StGB – Verletzung des Briefgeheimnisses .....                                   | 322 |
|      | a. Objektiver Tatbestand.....  | 322 |
|      | aa. Tatobjekt .....  | 322 |
|      | (I) Verschlüsselter Brief – § 202 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB.....                              | 322 |
|      | (II) Verschlüsselter Behälter – § 202 Abs. 2 StGB....                                    | 322 |
|      | bb. Nicht zu seiner Kenntnis bestimmt .....  | 323 |
|      | (I) Dienstpost .....   | 323 |
|      | (II) Privatpost .....  | 324 |
|      | cc. Tathandlungen .....  | 324 |
|      | b. Subjektiver Tatbestand.....   | 325 |
|      | c. Rechtswidrigkeit.....   | 325 |
|      | d. Ergebnis .....  | 325 |
|      | 3. §§ 43, 44 BDSG – Bußgeld- und Strafvorschriften .....                                 | 325 |
| III. | Zusammenfassung.....   | 326 |
| E.   | Kontrolle und Auswertung von Telefonaten und Verbindungsdaten – Telefonüberwachung ..... | 326 |
| I.   | Verbindungsdaten .....   | 327 |
|      | 1. Dienstgespräche oder dienstlich veranlasste Gespräche .....                           | 327 |
|      | 2. Privatgespräche.....  | 328 |
|      | a. Zulässigkeit nach BDSG .....  | 328 |
|      | b. Zulässigkeit nach TKG.....  | 329 |
| II.  | Inhaltskontrolle.....  | 329 |
|      | 1. Dienstgespräche.....  | 330 |
|      | 2. Privatgespräche.....  | 331 |
|      | a. Zulässigkeit nach BDSG .....  | 331 |
|      | b. Zulässigkeit nach TKG.....  | 332 |
| III. | Ausnahme: Besondere Berufsgruppen .....  | 332 |
| IV.  | Strafbarkeitsrisiken.....  | 333 |
|      | 1. § 201 StGB – Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes .....                          | 333 |
|      | a. Objektiver Tatbestand.....  | 333 |
|      | aa. Nichtöffentlich gesprochenes Wort.....   | 333 |
|      | bb. Tathandlung .....  | 334 |
|      | (I) Aufnahme auf einen Tonträger – § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB .....                         | 334 |

|  |     |
|--|-----|
| (II) Gebrauchen oder Zugänglichmachen einer Aufnahme – § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB ..... | 335 |
| (III) Abhören mit einem Abhörgerät – § 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB .....              | 335 |
| (IV) Öffentliches Mitteilen – § 201 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StGB .....                     | 336 |
| (V) Unbefugt .....   | 337 |
| b. Subjektiver Tatbestand .....  | 337 |
| c. Rechtswidrigkeit .....  | 337 |
| aa. Spezielle Befugnisnormen .....   | 337 |
| (I) BDSG .....   | 337 |
| (II) TKG .....   | 338 |
| bb. Allgemeine Rechtfertigungsgründe .....   | 338 |
| (I) Notwehr .....  | 338 |
| (II) Rechtfertigender Notstand .....   | 339 |
| d. Ergebnis .....  | 339 |
| 2. § 202b StGB – Abfangen von Daten .....  | 339 |
| 3. § 206 StGB – Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses .....                | 340 |
| 4. §§ 43, 44 BDSG – Bußgeld- und Strafvorschriften .....                             | 340 |
| 5. Strafbarkeitsrisiken nach dem TKG .....   | 340 |
| V. Zusammenfassung .....   | 341 |
| F. Inaugenscheinnahme des Arbeitsplatzes .....                                       | 342 |
| G. Elektronischer Datenabgleich .....  | 343 |
| I. Begriff .....   | 343 |
| II. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit .....   | 344 |
| 1. Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG .....                                   | 344 |
| 2. Verhältnismäßigkeit .....   | 345 |
| a. Geeignetheit .....  | 345 |
| b. Erforderlichkeit .....  | 345 |
| aa. Pseudonymisierung .....  | 346 |
| bb. Vorherige Unterrichtung .....  | 346 |
| c. Angemessenheit .....  | 347 |
| 3. Ergebnis .....  | 348 |
| III. Strafbarkeitsrisiken .....  | 348 |
| IV. Zusammenfassung .....  | 349 |
| H. Sonstige Strafbarkeitsrisiken .....   | 349 |
| I. § 17 UWG – Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen .....                   | 349 |
| II. § 203 StGB – Verletzung von Privatgeheimnissen .....                             | 350 |

|       |  |     |
|-------|--|-----|
| III.  | §§ 119 ff. BetrVG – Straf- und Bußgeldvorschriften .....   | 350 |
| 1.    | § 119 BetrVG.....  | 350 |
| 2.    | §§ 120 f. BetrVG .....                                     | 351 |
| I.    | Zusammenfassung.....                                       | 351 |
| I.    | E-Mail-Screening.....                                      | 352 |
| II.   | Verwertung von Dokumenten, Dateien und Personalakten ..... | 354 |
| III.  | Interviews .....   | 354 |
| IV.   | Kontrolle des Postverkehrs.....                            | 355 |
| V.    | Telefonüberwachung.....                                    | 355 |
| VI.   | Inaugenscheinnahme.....                                    | 356 |
| VII.  | Datenabgleich .....  | 356 |
| VIII. | Sonstiges .....  | 356 |

#### Kapitel 4 – Prozessuale Folgeprobleme: Verwertbarkeit

|      |  |     |
|------|--|-----|
|      | privater Beweismittel .....                        | 359 |
| A.   | Einleitung .....                                   | 359 |
| B.   | Beweisverwertungsverbot .....                      | 359 |
| I.   | Strafprozess .....                                 | 360 |
| 1.   | Zwei extreme Ansichten .....                       | 360 |
| 2.   | Vermittelnde Ansicht.....                          | 360 |
| 3.   | Abwägungslehre .....                               | 362 |
| 4.   | Zusammenfassung.....                               | 363 |
| II.  | Zivilprozess .....                                 | 364 |
| 1.   | Grundsätze der Verwertbarkeit .....                | 364 |
| a.   | Annahme eines Beweisverwertungsverbotes .....      | 365 |
| b.   | Ablehnung eines Beweisverwertungsverbotes.....     | 366 |
| c.   | Vermittelnde Ansicht – Abwägung im Einzelfall..... | 366 |
| d.   | Stellungnahme .....                                | 368 |
| 2.   | Verwertungsverbot des Sachvortrags.....            | 369 |
| III. | Arbeitsgerichtsverfahren .....                     | 371 |
| 1.   | Rechtswidrige Beweisgewinnung.....                 | 371 |
| a.   | Zwei extreme Ansichten .....                       | 372 |
| b.   | Vermittelnde Ansicht.....                          | 372 |
| c.   | Stellungnahme .....                                | 373 |
| 2.   | Nichteinbeziehung des Betriebsrates .....          | 374 |
| a.   | Annahme eines Beweisverwertungsverbotes .....      | 374 |
| b.   | Grundsätzliche Ablehnung .....                     | 375 |



|   |         |
|---|---------|
| C. Fernwirkung.....   | 376     |
| I.    Strafprozess .....  | 376     |
| II.   Zivilprozess und Arbeitsgerichtsverfahren .....   | 377     |
| D. Zusammenfassung.....   | 378     |
| <br>Kapitel 5 – Zusammenfassung.....  | <br>379 |
| A. Kapitel 1 – Einführung .....   | 379     |
| B. Kapitel 2 – Beschäftigtendatenschutz .....   | 380     |
| C. Kapitel 3 – Strafbarkeitsrisiken einzelner Ermittlungsmaßnahmen .....                          | 382     |
| I.    E-Mail-Screening.....   | 382     |
| II.   Kontrolle und Auswertung von Dokumenten,<br>Dateien und Personalakten .....                 | 383     |
| III.  Interviews .....  | 384     |
| IV.   Kontrolle des Postverkehrs.....   | 384     |
| V.    Kontrolle und Auswertung von Telefonaten und<br>Verbindungsdaten – Telefonüberwachung ..... | 385     |
| VI.   Inaugenscheinnahme des Arbeitsplatzes .....   | 385     |
| VII.  Elektronischer Datenabgleich.....   | 385     |
| D. Kapitel 4 – Prozessuale Folgeprobleme: Verwertbarkeit<br>privater Beweismittel .....           | 386     |
| <br>Literaturverzeichnis .....  | <br>387 |