

Inhaltsverzeichnis

Einführung	35
-------------------------	----

1. Teil

Grundlagen	40
A. Unternehmensinterne Ermittlungen	40
I. Ermittelnde Personen	41
II. Die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen	43
III. Der Anlass unternehmensinterner Ermittlungen	45
IV. Motive für unternehmensinterne Ermittlungen	46
V. Typischer Ablauf	51
VI. Zusammenhang mit Compliance	54
B. Grundsätzliche Zulässigkeit privater Sachverhaltsaufklärungen	57
I. Zulässigkeit privater Ermittlungen im Allgemeinen	57
1. Zivilrechtliche Ermittlungen	58
2. Strafrechtliche Ermittlungen	59
a) Im Vorfeld oder nach Abschluss eines Strafverfahrens	59
b) Neben dem Strafverfahren	59
aa) Ermittlungen des Beschuldigten	60
bb) Ermittlungen des Verletzten	63
3. Zusammenfassung	70
II. Zulässigkeit unternehmensinterner Ermittlungen im Besonderen	70
C. Bedeutung der Kontrolle von E-Mails und sonstigen elektronischen Dokumenten	73

2. Teil

Verstöße gegen Strafnormen des StGB	77
A. Verletzung des Post- oder Fernmeldegeheimnisses, § 206 StGB	78
I. Strafbarkeit des Arbeitgebers	78
1. Inhaber eines Unternehmens, das geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt	79
a) Begriffsbestimmung	79
b) Einordnung des Arbeitgebers bei Verbot und Erlaubnis privater Nutzung	83

aa) Abgrenzung von dienstlicher und privater Nutzung	83
bb) Einordnung des Arbeitgebers bei verbotener privater Nutzung	86
cc) Einordnung des Arbeitgebers bei erlaubter privater Nutzung	89
(1) Rechtsprechung	90
(2) Literatur	93
(3) Zusammenfassung	106
c) Regelungsmöglichkeiten des Arbeitgebers	106
aa) Ausdrückliche Regelung	107
bb) Konkludente Regelung	109
cc) Regelung durch betriebliche Übung	112
(1) Entstehungsvoraussetzungen und Folgen der betrieblichen Übung	112
(2) Private Internet- und E-Mail-Nutzung als Gegenstand einer betrieblichen Übung	115
dd) Fehlende Regelung	123
ee) Regelung bei Betriebsübergang	126
d) Reichweite des Fernmeldegeheimnisses bei Mischnutzung	126
e) Zusammenfassung	129
2. Tatbestandsvarianten	130
a) Mitteilung einer dem Post- oder Fernmeldegeheimnis unterliegenden Tatsache, § 206 Abs. 1 StGB	131
aa) Tatsachen	131
bb) Dem Post- oder Fernmeldegeheimnis unterliegend	132
(1) Grundsätzliche Einordnung von E-Mails und sonstigen elektronischen Dokumenten	132
(2) Kein Ausschluss bei Missbrauch des Fernmeldegeheimnisses	134
(3) Differenzierung nach Speicherungsphase und -ort der E-Mails	134
(a) Technische Unterschiede beim Einsatz verschiedener E-Mail-Systeme	135
(b) Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses in den unterschiedlichen Speicherungsphasen	137
(aa) Strafprozessuale Reichweite des Fernmeldegeheimnisses	137
(bb) Materiell-rechtliche Reichweite des Fernmeldegeheimnisses	147
(cc) Zusammenfassung	152
cc) Als Inhaber bekannt gewordene Tatsache	152
dd) Einer anderen Person Mitteilung machen	155
b) Öffnen einer zur Übermittlung anvertrauten und verschlossenen Sendung oder Kenntnisverschaffung auf sonstige Weise, § 206 Abs. 2 Nr. 1 StGB	156

aa) Sendung	157
bb) Verschlussen	159
cc) Zusammenfassung	160
c) Gestatten oder Fördern einer Handlung nach § 206 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1, 2 StGB, § 206 Abs. 2 Nr. 3 StGB	160
d) Zusammenfassung	161
3. Gestattung durch den Betroffenen	161
a) Einordnung der Gestattung in den Deliktsaufbau	162
aa) Grundsätzliche Einordnung der Gestattung	162
bb) Einordnung der Gestattung der Verletzung des Fernmelde- geheimnisses	165
cc) Zusammenfassung	167
b) Voraussetzungen der Gestattung	168
aa) Dispositionsbefugnis über das betroffene Rechtsgut	168
(1) Disponibilität des Rechtsguts	168
(2) Erforderlichkeit einer Einwilligung aller am Kommuni- kationsvorgang beteiligten Personen	173
(a) Meinungsstand	173
(b) Stellungnahme	177
bb) Gegenstand der Einwilligung	179
cc) Erklärung der Gestattung	179
dd) Beachtlichkeit von Formerfordernissen	181
(1) Auswirkungen von Formverstößen auf die Wirksamkeit der Einwilligung	181
(2) Verstöße gegen die Formvorschriften aus § 4a BDSG und § 94 TKG	182
ee) Berücksichtigung AGB-rechtlicher Unwirksamkeit	185
ff) Freiheit von Willensmängeln sowie Freiwilligkeit	188
gg) Möglichkeit einer Gestattung der Totalüberwachung	190
hh) Maßgeblicher Zeitpunkt	191
c) Zusammenfassung	192
4. Rechtswidrigkeit	193
a) Rechtfertigungsgründe nach dem TKG	193
aa) Zweckgebundene Verwendung von Kenntnissen, § 88 Abs. 3 S. 2 TKG	193
bb) Vorrang der Nichtanzeige geplanter Straftaten, § 88 Abs. 3 S. 4 TKG i. V. m. § 138 StGB	194
cc) Erhebung von Verkehrsdaten nach §§ 96 ff. TKG	195
(1) Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung, § 97 TKG ..	197
(2) Störungen und Fehler an Telekommunikationsanlagen und Missbrauch von Telekommunikationsdiensten, § 100 TKG	198
dd) Technische Schutzmaßnahmen, § 109 TKG	202
ee) Zusammenfassung	203

b)	Allgemeine Rechtfertigungsgründe	203
aa)	Anwendbarkeit der allgemeinen Rechtfertigungsgründe	203
(1)	Meinungsstand	204
(2)	Stellungnahme	206
bb)	Die allgemeinen Rechtfertigungsgründe im Einzelnen	210
(1)	Notwehr, § 32 StGB	210
(2)	Selbsthilfe, § 229 BGB	214
(3)	Rechtfertigender Notstand, § 34 StGB	215
(4)	Mutmaßliche Einwilligung	219
(5)	Rechtfertigende Pflichtenkollision	220
cc)	Zusammenfassung	223
c)	Rechtfertigung durch Betriebsvereinbarungen	223
d)	Rechtfertigung durch Gewohnheitsrecht	227
e)	Rechtfertigung durch § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG	228
aa)	Subsidiarität des BDSG, § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG	229
bb)	Sperrwirkung des § 88 Abs. 3 S. 3 TKG	229
cc)	Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgründe auf Strafnormen aus dem StGB	230
dd)	Zusammenfassung	232
f)	Rechtfertigung durch Wahrnehmung berechtigter Interessen nach § 193 StGB analog	233
g)	Rechtfertigung durch Grundrechte des Arbeitgebers	236
h)	Rechtfertigung durch Verwirkung	238
i)	Zusammenfassung	239
5.	Irrtumskonstellationen	239
a)	Tatbestandsirrtum	240
b)	Unvermeidbarer Verbotsirrtum	242
aa)	Annahme, nicht Inhaber eines geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringenden Unternehmens zu sein	242
bb)	Annahme einer Kontrollbefugnis	250
c)	Zusammenfassung	251
6.	Beachtlichkeit von Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats	251
a)	Voraussetzungen und Folgen eines Mitbestimmungsrechtes nach § 87 BetrVG	252
b)	Mögliche Mitbestimmungsrechte bei der Kontrolle von E-Mails	256
c)	Strafrechtliche Beachtlichkeit von Mitbestimmungsrechten	261
7.	Zusammenfassung	261
II.	Strafbarkeit interner und externer Ermittler	262
1.	Strafbarkeit als Täter	262
a)	Beschäftigter eines geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringenden Unternehmens, § 206 Abs. 1 Alt. 2 StGB	262
b)	Aufsichtswahrnehmung über das Unternehmen, § 206 Abs. 3 Nr. 1 StGB	263

c) Betrauung mit dem Erbringen von Telekommunikationsdiensten, § 206 Abs. 3 Nr. 2 StGB	264
d) Betrauung mit Serviceeinrichtungen, § 206 Abs. 3 Nr. 3 StGB ..	264
e) Zusammenfassung	264
2. Strafbarkeit als Teilnehmer	265
a) Anstiftung, § 26 StGB	265
b) Beihilfe, § 27 Abs. 1 StGB	266
c) Akzessorietätslockerung nach § 28 StGB	266
aa) Täterqualifikation des § 206 StGB als besonderes persönliches Merkmal	267
bb) Strafschärfende oder strafbegründende Wirkung der Täterqualifikation des § 206 StGB	269
cc) Obligatorische Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB i. V.m. § 49 Abs. 1 StGB	270
3. Zusammenfassung	271
B. Verstoß gegen Strafnormen zum Schutz des Geheimhaltungsinteresses	271
I. Verletzung des Briefgeheimnisses, § 202 Abs. 1 StGB, oder der Vertraulichkeit des Wortes, § 201 StGB	272
II. Ausspähen von Daten, § 202a Abs. 1 StGB	273
1. Daten	273
2. Zugang verschaffen	275
3. Nicht für den Täter bestimmt	276
a) Inhaber der Verfügungsberechtigung	276
aa) Bestimmung des Inhabers der Verfügungsberechtigung	277
(1) Kriterium des Eigentums am Datenträger	277
(2) Kriterium der inhaltlichen Betroffenheit	278
(3) Kriterium des berechtigten Geheimhaltungsinteresses ..	279
(4) Kriterium der Urheberschaft	280
(5) Kriterium der Kenntnis des Passworts	280
(6) Kriterium des Skripturaktes	280
(7) Ergänzende Kriterien	282
(a) Kombination des Kriteriums des Datenträgereigen- tums mit dem des Skripturaktes	282
(b) Kriterien der förderlichen und der direkten Beteili- gung	283
(8) Zusammenfassung	284
bb) Verfügungsberechtigung im Arbeitsverhältnis	284
(1) Unterscheidung zwischen dienstlichen und privaten Dateien	284
(2) Verfügungsberechtigung bei dienstlichen Dateien	285
(3) Verfügungsberechtigung bei privaten Dateien	286
(4) Schwierigkeiten bei der Abgrenzung privater und dienstlicher Dateien und bei Mischnutzung	287
b) Der Wille des Verfügungsberechtigten	287

4. Gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert	288
a) Sicherung über das allgemeine Benutzerpasswort	290
b) Einrichtung eines separaten Zugangsschutzes durch den Arbeit- nehmer	291
aa) Anforderungen an die besondere Zugangssicherung	292
bb) Verstecken von Dateien als besondere Zugangssicherung ...	294
cc) Datenverschlüsselung als besondere Zugangssicherung	295
c) Zusammenfassung	298
5. Unter Überwindung einer Zugangssicherung	298
6. Irrtumskonstellationen	299
7. Rechtswidrigkeit	300
8. Ergebnis und Konkurrenzen	300
III. Abfangen von Daten, § 202b StGB	300
IV. Vorbereiten des Ausspähöns und Abfangens von Daten, § 202c StGB	307
1. Verschaffen von Passwörtern, § 202c Abs. 1 Nr. 1 StGB	308
2. Verschaffen von Computerprogrammen, § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB .	308
3. Zusammenfassung	313
C. Weitere Strafbarkeiten nach dem StGB	314
I. Datenveränderung, § 303a Abs. 1 StGB	314
II. Computersabotage, § 303b StGB	319
III. Datenunterdrückung, § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB	321
IV. Strafvereitelung, § 258 Abs. 1 StGB	324
1. Strafvereitelung durch Löschung von Dateien	325
2. Nichtweitergabe von Untersuchungsergebnissen	327
V. Sonstige Begleitstrafbarkeiten	327
1. Amtsanmaßung, § 132 StGB	328
2. Untreue, § 266 Abs. 1 StGB	329

3. Teil

Verstöße gegen Gesetze aus dem Nebenstrafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht 336

A. Verstoß gegen Straf- und Bußgeldnormen des TKG	336
I. Ordnungswidrigkeit nach § 149 TKG	336
II. Strafbarkeit nach § 148 Abs. 1 TKG	337
1. Tauglicher Täter	337
2. Tatmodalitäten	338
a) Verstoß gegen das Abhörverbot aus § 89 S. 1 TKG	338
aa) Nicht für den Täter bestimmte Nachricht	338
bb) Abhören mit einer Funkanlage	341
b) Verstoß gegen das Mitteilungsverbot aus § 89 S. 2 TKG	344

3. Zusammenfassung	345
III. Zusammenfassung	345
B. Verstoß gegen Bußgeldnormen des TMG	345
I. Anwendungsbereich des TMG, § 1 TMG	346
II. Ordnungswidrigkeit nach § 16 TMG	347
III. Zusammenfassung	349
C. Verstoß gegen Straf- und Bußgeldnormen des BDSG	349
I. Anwendungsbereich des BDSG, § 1 BDSG	351
1. Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten ..	351
2. Stelle nach § 1 Abs. 2 Nr. 1–3 BDSG	358
3. Subsidiarität des BDSG, § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG	359
II. Ordnungswidrigkeit nach § 43 Abs. 2 BDSG	359
1. Tauglicher Täter	360
2. Tatobjekt	360
3. Tathandlungen	361
4. Unbefugt	362
a) Rechtfertigung aufgrund anderer Rechtsvorschriften	362
aa) Betriebsvereinbarungen	363
bb) Rechtfertigungsgründe des StGB und OWiG	366
b) Rechtfertigungsgründe des BDSG	367
aa) Rechtfertigung nach § 32 BDSG	368
(1) Der Erlaubnistatbestand des § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG ...	371
(2) Der Erlaubnistatbestand des § 32 Abs. 1 S. 2 BDSG ...	378
(a) Verdacht der Begehung einer Straftat im Beschäfti-	
gungsverhältnis	378
(b) Rechtfertigung präventiver Kontrollmaßnahmen ...	380
(c) Rechtfertigen von Kontrollmaßnahmen gegen	
unverdächtige Beschäftigte	383
(d) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Daten-	
verwendung	383
(e) Einhaltung der Dokumentationspflicht	385
bb) Rechtfertigung nach § 28 BDSG	386
cc) Zusammenfassung	389
c) Einwilligung des Betroffenen	389
aa) Freie Entscheidung des Betroffenen	389
(1) Grundsätzliche Möglichkeit einer freien Entscheidung	
im Arbeitsverhältnis	390
(2) Möglichkeit einer freien Entscheidung bei Kontrollen	
im Rahmen unternehmensinterner Ermittlungen	393
(3) Verstoß gegen ein Koppelungsverbot	394
(4) Zusammenfassung	395
bb) Einwilligungsfähigkeit	395

cc) Mögliche Wirksamkeitshindernisse	395
(1) AGB-rechtliche Unwirksamkeit	396
(2) Verstoß gegen zwingende Schutznormen	397
(3) Rückgriff auf die gesetzlichen Erlaubnistatbestände bei deklaratorischer Einwilligung	397
(4) Verhältnis zwischen Einwilligung und Betriebsverein- barung	398
dd) Maßgeblicher Zeitpunkt	399
ee) Bestimmtheit der Einwilligung	401
ff) Formerfordernisse und Hinweispflichten	401
gg) Zusammenfassung	404
d) Informationspflichten nach § 4 Abs. 3 BDSG	404
e) Datenschutzrechtliche Beachtlichkeit von Mitbestimmungs- rechten	405
5. Irrtumskonstellationen	406
6. Höhe der Geldbuße	407
III. Strafbarkeit nach § 44 Abs. 1 BDSG	408
1. Begehung gegen Entgelt, Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht	409
2. Strafantragserfordernis, § 44 Abs. 2 BDSG	411
3. Zusammenfassung	411
IV. Konkurrenzen	412
1. Zusammentreffen von § 43 Abs. 2 BDSG und § 44 Abs. 1 BDSG	412
2. Zusammentreffen von § 43 Abs. 2 BDSG mit Straftaten des StGB	412
3. Zusammentreffen von § 44 Abs. 1 BDSG mit Straftaten des StGB	413
V. Zusammenfassung	414
D. Verstoß gegen Straf- und Bußgeldnormen der Landesdatenschutz- gesetze	415
E. Verstoß gegen Straf- und Bußgeldnormen des BetrVG	416
I. Ordnungswidrigkeit nach § 121 BetrVG	416
II. Strafbarkeit nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG	417

4. Teil

Besonderheiten bei Sachverhalten mit Auslandsbezug	421
A. Sachverhalte mit Auslandsbezug	422
I. Kooperation mit den US-amerikanischen Ermittlungsbehörden	422
II. Vorlage von elektronischen Dokumenten im Rahmen eines „Pre-Trial Discovery“-Verfahrens	431
III. Kooperation mit den britischen Ermittlungsbehörden	443
B. Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts	449

I.	Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nach §§ 3–7, 9 StGB	450
II.	Schutzbereich der deutschen Straftatbestände	456
1.	Schutzbereich des § 202a StGB	458
2.	Schutzbereich des § 206 StGB	458
3.	Schutzbereich des § 44 Abs. 1 BDSG	459
4.	Zusammenfassung	460
III.	Zusammenfassung	460
C.	Anforderungen an die Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland nach dem BDSG	460
I.	Geltungsbereich des BDSG	461
II.	Zulässigkeit der Datenübermittlung nach dem BDSG	463
1.	Allgemeine datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Übermittlung...	463
2.	Spezielle Anforderungen an die Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland, §§ 4b, 4c BDSG	467
a)	Übermittlung personenbezogener Daten ins Ausland nach § 4b BDSG	468
aa)	Datenübermittlungen innerhalb der EU und des EWR, § 4b Abs. 1 BDSG	468
bb)	Datenübermittlungen in Drittstaaten, § 4b Abs. 2 BDSG ...	469
b)	Datenübermittlung in Drittstaaten ohne angemessenes Datenschutzniveau nach § 4c BDSG	475
aa)	Ausnahmetatbestände, § 4c Abs. 1 BDSG	475
(1)	Einwilligung, § 4c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG	475
(2)	Übermittlung zur Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses, § 4c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Alt. 1 BDSG	476
(3)	Übermittlung zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen vor Gericht, § 4c Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Alt. 2 BDSG	477
bb)	Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde, § 4c Abs. 2 BDSG	487
III.	Zusammenfassung	490

5. Teil

Reformbemühungen

491

A.	Gesetzliche Regelungsvorschläge für unternehmensinterne Ermittlungen	491
B.	Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes ..	493
I.	Chronologischer Überblick	493
1.	Erste Reformbemühungen	493
2.	Erlass des § 32 BDSG als „Zwischenstadium“	495
3.	Fortführung und Stagnation der Reformbemühungen	496

II. Wesentliche Neuerungen des Regierungsentwurfs vom 15.12.2010 ...	500
1. Inhaltlicher Überblick	501
2. Auswirkungen auf die Kontrolle von E-Mails und sonstigen elektronischen Dokumenten	510
a) Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung im Beschäftigungsverhältnis, §§ 32c, 32d BDSG-E	510
aa) Kontrolle der laufenden Kommunikation	510
bb) Kontrollen bereits abgeschlossener Kommunikationsvorgänge	511
(1) Kontrollen mit Kenntnis der Beschäftigten	511
(2) Kontrollen ohne Kenntnis der Beschäftigten	511
(a) Datenerhebung	512
(b) Datenverarbeitung und -nutzung	512
cc) Kontrolle sonstiger elektronischer Dokumente	513
dd) Zusammenfassung	513
b) Datenerhebung ohne Kenntnis des Beschäftigten, § 32e BDSG-E	514
c) Rechtfertigung durch Einwilligung des Betroffenen	517
d) Rechtfertigung durch Betriebsvereinbarungen	520
e) Nutzung von Telekommunikationsdiensten, § 32i BDSG-E	520
f) Sanktionierung von Verstößen	521
g) Zusammenfassung	522
C. Entwurf einer EU-Datenschutz-Grundverordnung	522
I. Rechtliche Wirkung und Rechtsschutzmöglichkeiten	524
II. Europäisches Gesetzgebungsverfahren	527
III. Wesentliche Neuerungen	531
1. Inhaltlicher Überblick	531
2. Auswirkungen der EU-Datenschutz-Grundverordnung auf die nationalen Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz	539
a) Möglichkeit abweichender nationaler Regelungen durch die Öffnungsklausel aus Art. 82 Abs. 1 DS-GVO-E	540
b) Vereinbarkeit des Regierungsentwurfs vom 15.12.2010 mit der EU-Datenschutz-Grundverordnung	541
aa) Weitgehender Ausschluss der Einwilligung, § 32i Abs. 1 BDSG-E	542
bb) Nutzung von Telekommunikationsdiensten, § 32i BDSG-E ..	543
cc) Datenerhebung, -verarbeitung und -nutzung ohne Kenntnis des Beschäftigten, § 32e Abs. 2, 5 S. 1 BDSG-E	543
c) Auswirkungen auf die Kontrolle von E-Mails und sonstigen elektronischen Dokumenten nach aktueller Rechtslage	544
aa) Rechtfertigung der Kontrolle von E-Mails und sonstigen elektronischen Dokumenten nach §§ 28, 32 BDSG	544
bb) Rechtfertigung der Übermittlung personenbezogener Daten in Drittstaaten	545

cc) Der Arbeitgeber als Inhaber eines geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringenden Unternehmens i.S.d. § 206 Abs. 1 StGB	546
d) Zusammenfassung	547
Schlussbeurteilung und Ausblick	548
Literaturverzeichnis	551
Stichwortverzeichnis	648