

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 367

Unternehmensinterne Untersuchungen aus arbeitsrechtlicher Perspektive

Unter besonderer Berücksichtigung der Selbstbelastungsfreiheit

Von

Verena Hettche



Duncker & Humblot · Berlin

VERENA HETTICHE

Unternehmensinterne Untersuchungen
aus arbeitsrechtlicher Perspektive

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg
Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen
Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg
Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg
Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg
Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 367

Unternehmensinterne Untersuchungen aus arbeitsrechtlicher Perspektive

Unter besonderer Berücksichtigung der Selbstbelastungsfreiheit

Von

Verena Hettche



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
hat diese Arbeit im Jahre 2020 als Dissertation angenommen
und zum Druck freigegeben.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18286-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58286-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung, Gesetzgebungsstand und Literatur wurden grundsätzlich bis Mai 2020 berücksichtigt. Im besonderen Fall des im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Gesetzesentwurfs der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“ wurde für die Veröffentlichung der Stand vom 21. 10. 2020 zugrunde gelegt.

An erster Stelle möchte ich mich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Markus Stoffels nicht nur für die Betreuung und die stets weiterführenden Anregungen bedanken, sondern auch für den ermöglichten fachlichen Austausch mit Herrn Prof. Dr. Rainer Sieg, dem an dieser Stelle ebenfalls gedankt sei. Herrn Prof. Dr. Marc-Philippe Weller gebührt Dank für die Bereitschaft zur Übernahme des Zweitgutachtens und dessen zügige Erstellung.

Dr. Maria Marquard, Dr. Theresa Bauerdick, Nicole Bung, Hazel Franke und Florian Klein danke ich für die inhaltlichen Anregungen und die unvergessliche Zeit in Heidelberg.

Ein besonderer Dank gilt Jesper Eriksson für seine Geduld und inhaltliche, emotionale sowie kulinarische Unterstützung in allen Lebenslagen.

Besonderer Dank gebührt außerdem meiner Schwester Dr. Juliane Hettche und ferner Dr. Kai Brauneisen für die konstruktiven fachlichen Diskussionen und den emotionalen Beistand. Der größte Dank gilt schließlich meinen Eltern, Renate und Dr. Helmut Hettche, für ihre immerwährende und grenzenlose Unterstützung sowohl im Studium als auch während der Erstellung dieser Arbeit.

München, im Dezember 2020

Verena Hettche

Inhaltsübersicht

Einleitung	19
A. Problemstellung	19
B. Ziel der Arbeit	22
C. Gang der Untersuchung	23

1. Teil

Einführung in unternehmensinterne Untersuchungen	26
A. Einordnung unternehmensinterner Untersuchungen in die Begriffssystematik	26
B. Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung?	30
C. Aufklärungsmethoden	41
D. Zwischenfazit	43

2. Teil

Sachverhaltsaufklärung	44
-------------------------------	----

1. Kapitel

Sachverhaltsaufklärung durch Sichtung von Beobachtungsdaten	46
A. Grundrechtsrelevanz der Sachverhaltsaufklärung	47
B. Pflichten der Arbeitsvertragsparteien bei der Sachverhaltsaufklärung mithilfe von Beobachtungsdaten	59

2. Kapitel

Sachverhaltsaufklärung durch Arbeitnehmerbefragungen	88
A. Pflichten der Arbeitsvertragsparteien in der Befragungssituation jenseits der Selbstbelastung	88
B. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit – Hintergrund, Inhalt und Reichweite ...	110
C. Die Selbstbelastung des Arbeitnehmers in der Befragungssituation	157

3. Teil

Reaktion des Arbeitgebers auf Untersuchungsergebnisse	207
A. Pflicht des Arbeitgebers zu einer (bestimmten) Reaktion?	207
B. Typische Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers	219
C. Fazit	241

4. Teil

Arbeitsgerichtliche Überprüfung der Arbeitgebermaßnahme	243
--	-----

1. Kapitel

Überprüfung einer auf Beobachtungsergebnisse gestützten Arbeitgebermaßnahme	245
A. Die prozessuale Verwertung bei datenschutzrechtlichen Verstößen des Arbeitgebers .	245
B. Die prozessuale Verwertung bei Verstößen des Arbeitgebers gegen Mitbestimmungsrechte	258

2. Kapitel

Überprüfung einer auf Befragungsinhalte gestützten Arbeitgebermaßnahme	264
A. Die prozessuale Verwertung bei Pflichtverstößen des Arbeitgebers	264
B. Die prozessuale Verwertung als Problem der Selbstbelastung	269
C. Die prozessuale Verwertung als allgemeines Problem der Darlegungs- und Beweislastverteilung jenseits der Selbstbelastung	273
Schlussbetrachtung	302
Literaturverzeichnis	307
Sachwortverzeichnis	332

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Problemstellung	19
B. Ziel der Arbeit	22
C. Gang der Untersuchung	23

1. Teil

Einführung in unternehmensinterne Untersuchungen	26
A. Einordnung unternehmensinterner Untersuchungen in die Begriffssystematik	26
I. Begrifflichkeit der unternehmensinternen Untersuchung	26
II. Unternehmensinterne Untersuchungen und Corporate Governance/Compliance	28
B. Verpflichtung zur Sachverhaltsaufklärung?	30
I. Rechtslage in Deutschland	30
1. Ausdrückliche Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung	31
2. Mittelbare Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung	31
a) Gesellschaftsrecht	32
b) Recht der Ordnungswidrigkeiten	35
c) Gesetzesentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft“	37
3. Zwischenfazit	38
II. Rechtslage in ausgewählten anderen Rechtssystemen	38
III. Zwischenergebnis	41
C. Aufklärungsmethoden	41
D. Zwischenfazit	43

2. Teil

Sachverhaltsaufklärung 44

1. Kapitel

Sachverhaltsaufklärung durch Sichtung von Beobachtungsdaten 46

A. Grundrechtsrelevanz der Sachverhaltsaufklärung	47
I. Konfliktsituation: Grundrechtliche Gemengelage	47
II. Lösung der grundrechtlichen Gemengelage bei Ermittlungsmaßnahmen	50
1. Schutzverwirklichung über Schutz(gebots)funktion der Grundrechte	51
a) Schutzverwirklichung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts	51
b) Schutzverwirklichung der Telekommunikationsfreiheit	53
2. Besondere Anforderungen an die Schutzverwirklichung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch EGMR-Rechtsprechung?	56
a) Entscheidung Bărbulescu/Rumänien	56
b) Konformität der Erlaubnisnormen des Bundesdatenschutzgesetzes mit den Rechtsprechungsanforderungen?	57
3. Zwischenfazit	58
B. Pflichten der Arbeitsvertragsparteien bei der Sachverhaltsaufklärung mithilfe von Beobachtungsdaten	59
I. Pflichten des Arbeitnehmers	59
II. Pflichten des Arbeitgebers	59
1. Datenschutzrechtliche Vorgaben	59
a) Einordnung repressiver Ermittlungsmaßnahmen in § 26 I BDSG	60
aa) Repressive Maßnahmen zur Aufdeckung von Straftaten	60
bb) Repressive Maßnahmen zur Aufdeckung von Pflichtverletzungen	61
cc) Ausnahmslose Anwendung der Voraussetzungen des § 26 I 2 BDSG bei repressiven Ermittlungsmaßnahmen?	63
dd) Zwischenfazit	66
b) Zulässigkeitsanforderungen an einzelne Überwachungsmaßnahmen ...	66
aa) Videoüberwachung	66
(1) Anforderungen aus § 26 I BDSG	66
(2) Besondere Regelung der Videoüberwachung von Arbeitnehmern in § 4 BDSG n.F.?	67
(3) Generelle Unzulässigkeit verdeckter (Video)überwachung?	69
(4) Ergebnis zu den Zulässigkeitsanforderungen an die Videoüber- wachung	72
bb) E-Mail-Überwachung	72
(1) Beschränkung der Nutzung auf dienstliche Nutzungserlaubnis	73

(2) Erlaubte Privatnutzung: Ruhende E-Mails	74
(3) Erlaubte Privatnutzung jenseits ruhender E-Mails	75
(a) Ermittlungsmöglichkeiten nach Telekommunikationsgesetz	76
(b) Ermittlungsmöglichkeiten nach Bundesdatenschutzgesetz	78
(c) Stellungnahme	78
(4) Ergebnis zu den Zulässigkeitsanforderungen an die E-Mail-Überwachung	81
cc) Sonstiges Arbeitnehmerverhalten im digitalen Umfeld	81
dd) Telefonüberwachung	83
c) Ergebnis zu den datenschutzrechtlichen Vorgaben	85
2. Betriebsverfassungsrechtliche Vorgaben	85

2. Kapitel

Sachverhaltsaufklärung durch Arbeitnehmerbefragungen 88

A. Pflichten der Arbeitsvertragsparteien in der Befragungssituation jenseits der Selbstbelastung	88
I. Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber	88
1. Teilnahmepflicht	88
2. Auskunftspflichten	89
a) Auskunft als vertraglich geschuldete Tätigkeit (Sonderfall)	89
b) Keine gesonderte Auskunftsvereinbarung	90
aa) Auskunftspflichten bezüglich des unmittelbaren Arbeitsbereichs ...	90
(1) Auskunftspflicht aus § 106 GewO	90
(2) Auskunftspflicht aus § 666 Var. 2, 675 BGB analog	91
(3) Stellungnahme	92
bb) Auskunftspflichten bezüglich des mittelbaren Arbeitsbereichs	94
(1) Auskunftspflicht als rücksichtsbezogene Auskunftspflicht, § 241 II BGB	94
(2) Auskunftspflicht aus § 242 BGB (Allgemeiner zivilrechtlicher Auskunftsanspruch)	94
(3) Auskunftspflichten aus § 242 BGB neben dem allgemeinen zivilrechtlichen Auskunftsanspruch?	96
(4) Stellungnahme	97
cc) Zwischenergebnis	98
c) Rückschluss auf die Teilnahmepflicht	98
II. Pflichten des Arbeitnehmers gegenüber Dritten?	99
III. Pflichten des Arbeitgebers	101
1. Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben	101
2. Ermöglichung anwaltlichen Beistands	102

3. Ermöglichung betriebsrätlichen Beistands	106
4. Beachtung betrieblicher Mitbestimmung und Informationspflichten	107
IV. Zwischenfazit	110
B. Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit – Hintergrund, Inhalt und Reichweite ...	110
I. Anhaltspunkte zum Verständnis von Inhalt und Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit	111
1. Begrifflichkeiten	111
a) Nemo tenetur se ipsum prodere/accusare	111
b) Nemo tenetur edere contra se	113
c) Zwischenfazit	115
2. Verfassungsrechtliche Verankerungen	115
a) Rechtsstaatsprinzip	115
b) Allgemeines Persönlichkeitsrecht	116
c) Stellungnahme	117
II. Entwicklung von Inhalt und Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit	118
1. Problematik der Reichweitenbestimmung	119
2. Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit im Zusammenhang mit Auskunftspflichten	123
a) These: Begrenzung des Schutzbereichs in Auskunftssituationen auf Selbstbelastung durch gesetzlich vorgeschriebene, erzwingbare Auskunftspflichten	123
aa) Thesenentwicklung anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	123
bb) Bestätigung der These durch Gesetzgebung	125
(1) Verdeutlichung der Schutzbereichseröffnung durch Normierung von Auskunftsverweigerungsrechten	126
(2) Verdeutlichung der Schutzbereichseröffnung durch Normierung von Beweisverwertungsverböten	127
(3) Zwischenfazit	129
cc) Bestätigung der These durch fachgerichtliche Rechtsprechung ...	130
dd) Zwischenfazit	131
b) Klarstellung: Keine Schutzbereichsbeschränkung auf staatlichen Auskunftsberechtigten	133
c) Klarstellung: Keine Schutzbereichsbeschränkung auf belastende Auskünfte, die Fehlverhalten im Bereich der Privatsphäre betreffen	135
d) Konkretisierung: Selbstbezüglichung mit Straftat oder auch Pflichtverletzung?	137
aa) Schutz vor strafrechtlichen Konsequenzen	137
bb) Schutz vor anderweitiger pöner, staatlicher Reaktion	138
cc) Schutz vor pöner, auch nichtstaatlicher Sanktion	139
dd) Stellungnahme	140

- e) Ergebnis 142
- 3. Eingriff 142
- 4. Rechtfertigung 142
 - a) These: Eine Auskunftspflicht besteht in Abhängigkeit des Rechtfertigungsdrucks nach Art des Informationsinteresses 143
 - aa) Thesenentwicklung anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 143
 - bb) Bestätigung der These durch Gesetzgebung 144
 - (1) Selbstbelastungsgefahr und staatliches Informationsinteresse .. 144
 - (2) Selbstbelastungsgefahr und privates Informationsinteresse 147
 - cc) Bestätigung der These durch fachgerichtliche Rechtsprechung 148
 - (1) Selbstbelastungsfreiheit und staatliches Informationsinteresse 148
 - (2) Selbstbelastungsfreiheit und privates Informationsinteresse 149
 - dd) Zwischenergebnis 150
 - b) These: Eine aufgrund privaten Auskunftsinteresses bestehende Auskunftspflicht ist bei Umgehungs- und Zweckentfremdungsgefahr um ein Beweisverwertungsverbot zu ergänzen 151
 - aa) Thesenentwicklung: Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 151
 - bb) Bestätigung der These durch Gesetzgebung 153
 - cc) Bestätigung der These durch fachgerichtliche Rechtsprechung 155
 - dd) Zwischenergebnis 156
 - c) Ergebnis zur Rechtfertigung 156
- 5. Fazit 157
- C. Die Selbstbelastung des Arbeitnehmers in der Befragungssituation 157
 - I. Selbstbeziehung mit einer Straftat in der Auskunftssituation 157
 - 1. Beispielsüberlegungen zu möglichen Straftaten 157
 - 2. Meinungsspektrum zur Auskunftspflicht des Arbeitnehmers bei Selbstbeziehung mit einer Straftat 160
 - a) Auskunftspflichten hinsichtlich des unmittelbaren Arbeitsbereichs 160
 - b) Auskunftspflichten hinsichtlich des mittelbaren Arbeitsbereichs 163
 - 3. Lösung für die Auskunftspflichten aus § 666 Var. 2, 675 BGB analog und § 242 BGB nach gewonnenen Ergebnissen 164
 - a) Schutzbereich 164
 - aa) Vorliegen von gesetzlich vorgeschriebenen Auskunftspflichten? .. 164
 - bb) Erzwingbarkeit 170
 - cc) Ergebnis zum Schutzbereich 171
 - b) Eingriff 171
 - c) Rechtfertigung 171
 - aa) Bestimmung des Rechtfertigungsmaßstabs 172
 - bb) Legitimer Zweck der Auskunftspflichten 172

cc) Geeignetheit der Auskunftspflichten	174
dd) Erforderlichkeit der Auskunftspflichten	174
ee) Angemessenheit der Auskunftspflicht	175
(1) Auskunftspflicht hinsichtlich des unmittelbaren Arbeitsbereichs	176
(2) Auskunftspflicht hinsichtlich des mittelbaren Arbeitsbereichs	179
ff) Zwischenergebnis zur Rechtfertigung	181
d) Ergebnis	181
4. Lösung für die Auskunftspflicht über Weisungsrecht	182
II. Selbstbeziehung mit einer Pflichtverletzung in der Auskunftssituation	183
1. Auffassungsspektrum zu den Mitwirkungspflichten des Arbeitnehmers bei Einräumung einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung	183
a) Auskunftspflicht hinsichtlich des unmittelbaren Arbeitsbereichs	184
b) Auskunftspflicht hinsichtlich des mittelbaren Arbeitsbereichs	185
2. Lösung für die Auskunftspflichten aus § 666 Var. 2, 675 BGB analog und § 242 BGB nach gewonnenen Ergebnissen	185
a) Schutzbereich	186
aa) Drohende pönale Konsequenzen im Arbeitsverhältnis?	186
bb) Insbesondere: Kündigung als drohende pönale Konsequenz?	188
cc) Zwischenergebnis	189
b) Eingriff	189
c) Rechtfertigung	189
aa) Legitimer Zweck	189
bb) Geeignetheit	189
cc) Erforderlichkeit	190
dd) Angemessenheit	190
(1) Auskunftspflicht hinsichtlich des unmittelbaren Arbeitsbereichs	191
(2) Auskunftspflicht hinsichtlich des mittelbaren Arbeitsbereichs	193
d) Ergebnis	194
III. Fazit zur Auskunftspflicht des Arbeitnehmers in der Befragungssituation	194
IV. Ergebnisvereinbarkeit mit Verdachtskündigung?	195
1. Generelle Entbehrlichkeit der Verdachtskündigung infolge der Auskunfts- pflicht?	195
2. Widerspruch zwischen unterschiedlich ausgestalteten Mitwirkungspflich- ten?	196
a) Problemdarstellung	197
b) Widerspruchsfreiheit zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht ..	197
c) Ergebnis	199
3. Widerspruch bei Schweigen als Kündigungsgrund?	199
a) Problemdarstellung	199
b) Anpassung der Kündigungsvoraussetzungen als Problemlösung	202
c) Ergebnis	204

4. Ergebnis zur Friktion mit Verdachtskündigung 204
 V. Ergebnisvereinbarkeit mit Beweislastregeln? 205

3. Teil

Reaktion des Arbeitgebers auf Untersuchungsergebnisse 207

A. Pflicht des Arbeitgebers zu einer (bestimmten) Reaktion? 207
 I. Gesellschaftsrechtliche Legalitätskontrollpflicht 208
 1. Inhaltliche Vorgaben für Maßnahmen des Arbeitgebers 209
 a) Grundsätzliche Reaktionspflicht 209
 b) Pflicht zur Ergreifung bestimmter Maßnahmen? 209
 c) Konfliktsituation zwischen gesellschaftsrechtlichem Müssen und arbeitsrechtlichem Dürfen? 210
 2. Ergebnis 211
 II. § 125 GWB 212
 1. Inhaltliche Vorgaben für Maßnahmen des Arbeitgebers 212
 a) Grundsätzliche Reaktionspflicht 212
 b) Pflicht zur Ergreifung bestimmter Maßnahmen? 212
 2. Konfliktsituation zwischen vergaberechtlichem Müssen und arbeitsrechtlichem Dürfen? 213
 3. Auflösung des Konflikts nach Kollisionsregeln 214
 4. Ergebnis 215
 III. § 130 OWiG 215
 1. Inhaltliche Vorgaben für Maßnahmen des Arbeitgebers 216
 a) Grundsätzliche Reaktionspflicht 216
 b) Pflicht zur Ergreifung bestimmter Maßnahmen? 218
 2. Konfliktsituation zwischen ordnungswidrigkeitsrechtlichem Müssen und arbeitsrechtlichem Dürfen? 218
 3. Ergebnis 218
 IV. Ergebnis 219
 B. Typische Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers 219
 I. „Verwertungsverbot“? 219
 II. Besonderheiten der Untersuchungskonstellation 220
 1. Schadensersatzverlangen 220
 2. Kündigung 222
 a) Ordentliche Kündigung 222
 aa) Personenbedingte Kündigung 222
 bb) Verhaltensbedingte Kündigung 223
 cc) Betriebsbedingte Kündigung 225

b) Außerordentliche Kündigung	225
aa) (Drohende) Sanktionen als Aspekt der Interessenabwägung?	225
bb) Kündigungserklärungsfrist, § 626 II BGB	228
c) Berücksichtigung gesetzeswidriger Weisungen	232
aa) Gesetzeswidrige Weisung durch den Arbeitgeber	232
bb) Gesetzeswidrige Weisung durch einen Vorgesetzten	233
(1) Verschulden des Arbeitnehmers	233
(2) Verstoß gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens	234
3. Reaktionsverzicht	236
a) Verzicht auf Schadensersatz	237
b) Verzicht auf Kündigung	240
C. Fazit	241

4. Teil

Arbeitsgerichtliche Überprüfung der Arbeitgebermaßnahme	243
--	-----

1. Kapitel

Überprüfung einer auf Beobachtungsergebnisse gestützten Arbeitgebermaßnahme	245
--	-----

A. Die prozessuale Verwertung bei datenschutzrechtlichen Verstößen des Arbeitgebers	245
I. Beweisverwertungsverbot	245
1. Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots im Zivilprozess	246
a) Rechtswidrige Beweiserlangung und Schutzzweckbetrachtung bzw. Interessenabwägung	246
b) Eigene Grundrechtsverletzung des Gerichts	247
c) Stellungnahme	248
2. Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots bei datenschutzrechtswidriger Beweiserlangung nach dem Bundesarbeitsgericht	250
a) Erste Stufe: Feststellung eines grundrechtswidrigen vorprozessualen Erkenntnisgewinns	251
b) Zweite Stufe: Ausnahmsweise Verwertbarkeit trotz grundrechtswidrigen Erkenntnisgewinns	252
aa) Hinzutreten besonderer, über das schlichte Beweisinteresse hinausgehender Aspekte	252
bb) Verwertung durch Gericht kein eigener Grundrechtsverstoß	256
c) Fazit	256
II. Außerdem: Sachvortragsverwertungsverbot	257

III. Zusammenfassendes Ergebnis 257

B. Die prozessuale Verwertung bei Verstößen des Arbeitgebers gegen Mitbestimmungsrechte 258

 I. Sonderfall: Beweisverwertungsverbot aus Betriebsvereinbarung? 258

 II. Beweisverwertungsverbot jenseits entsprechender Betriebsvereinbarung 258

 1. Lösungsansätze in Rechtsprechung und Schrifttum 258

 2. Lösung unter Anwendung der allgemeinen Voraussetzungen für ein Beweisverwertungsverbot 259

 3. Fazit 262

III. Zusammenfassendes Ergebnis 263

2. Kapitel

Überprüfung einer auf Befragungsinhalte gestützten Arbeitgebermaßnahme 264

A. Die prozessuale Verwertung bei Pflichtverstößen des Arbeitgebers 264

 I. Verstoß gegen datenschutzrechtliche Pflichten 264

 II. Verstoß gegen Ermöglichung anwaltlichen Beistands 265

 III. Verstoß gegen Mitbestimmungsrechte 266

 1. Verstoß gegen § 87 I Nr. 1 BetrVG 267

 2. Verstoß gegen § 94 I BetrVG 268

 3. Ergebnis 269

B. Die prozessuale Verwertung als Problem der Selbstbelastung 269

 I. Umfassende Auskunftspflicht in der arbeitsrechtlichen Befragungssituation ... 269

 II. Schweigerecht sowie Umgehung und Zweckentfremdung im Arbeitsgerichtsprozess? 270

 1. Verfassungsrechtlich begründetes Schweigerecht? 270

 2. Außerdem: Keine Zweckentfremdung 272

 3. Ergebnis zum Beweisverwertungsverbot 272

 III. Zusammenfassendes Ergebnis 272

C. Die prozessuale Verwertung als allgemeines Problem der Darlegungs- und Beweislastverteilung jenseits der Selbstbelastung 273

 I. Konflikt zwischen Auskunftsanspruch und Beweislastregeln 273

 1. Vorüberlegungen zu Beweislastregeln 274

 a) Begriff 274

 b) Inhalt 275

 c) Funktion 276

 2. Aushebelung der Beweislastregeln infolge der Auskunft 277

3. Brisanz der Aushebelung aufgrund besonderer Schutzfunktion	277
a) Schutzfunktion von § 1 II 4 KSchG	279
b) Schutzfunktion der Beweislast für Kündigungsgrund bei § 626 BGB	281
c) Schutzfunktion von § 619a BGB	282
d) Zusammenfassung zur Schutzfunktion	284
II. Ziel: Wahrung der Schutzfunktion durch Geltungsverschaffung der Beweislastregeln	285
III. Methoden der Zielerreichung	287
1. Lösung auf materiell-rechtlicher Ebene	287
a) Keine Einklagbarkeit des Auskunftsanspruchs	287
b) Einschränkung des Auskunftsanspruchs	287
aa) Einschränkung der Analogievoraussetzungen des Auskunftsanspruchs aufgrund der Beweislastregeln?	288
bb) Einschränkung des Auskunftsanspruchs unter Verweis auf Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts?	289
c) Ergebnis	290
2. Lösung auf prozessualer Ebene	290
a) Darlegungsebene	290
aa) Einschränkung der Wahrheitspflicht aus § 138 I ZPO	291
bb) Sachvortragsverwertungsverbot	292
cc) Teleologische Reduktion von § 138 III ZPO und Beweisverwertungsverbot	293
(1) Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion im Allgemeinen	293
(2) Vorliegen der Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion von § 138 III ZPO	294
dd) Ergebnis	296
b) Beweisebene	296
3. Ergebnis	298
IV. Kontrollüberlegungen hinsichtlich der Richtigkeit des gefundenen Ergebnisses	300
Schlussbetrachtung	302
Literaturverzeichnis	307
Sachwortverzeichnis	332

Einleitung

A. Problemstellung

Unternehmensinterne Untersuchungen weisen aus arbeitsrechtlicher Perspektive eine Vielzahl ungeklärter Problematiken auf. Ihrer tatsächlichen Etablierung zum Trotz bewegen sie sich in einem rechtlichen Graubereich.¹ Die bisherige juristische Auseinandersetzung mit der Figur unternehmensinterner Untersuchungen findet vor allem im strafprozessualen Kontext statt. In diesem Bereich lässt sich seit Beginn des Jahrtausends und vor allem innerhalb der letzten zehn Jahre insbesondere im Schrifttum eine bemerkenswerte Fülle an Beiträgen zur Frage der *strafprozessualen* Verwertbarkeit von Informationen feststellen, die im Rahmen von Mitarbeiterinterviews gewonnen wurden. In der Rechtsprechung bot bisher insbesondere die Frage der Beschlagnahmefähigkeit von Unterlagen, die im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen erstellt oder gesammelt wurden, Anlass zur Diskussion.

Arbeitsrechtliche Bezüge konzentrieren sich in der bisherigen Betrachtung vor allem auf die Frage, welche Pflichten den Arbeitnehmer in der Befragungssituation im Rahmen unternehmensinterner Untersuchungen treffen. Hintergrund ist, dass über der Befragungssituation die nach wie vor ungeklärte Problematik der Selbstbelastung schwebt, die zugleich den Anlass für die bisherige Diskussion der strafprozessualen Verwertbarkeit der Auskunft darstellt. Das vielgestaltige Meinungsspektrum, das sich zu den Pflichten des Arbeitnehmers entwickelt hat, reicht von der vollständigen Ablehnung einer Auskunftspflicht bei Selbstbelastungsgefahr bis hin zur Annahme einer umfänglichen Auskunftspflicht mit oder ohne Beweisverwertungsverbot in einem anschließenden Strafverfahren. Anknüpfungspunkt für die Einschränkung einer Auskunftspflicht, sei es auf Ebene der Auskunftspflicht selbst oder durch ein anschließendes (strafprozessuales) Beweisverwertungsverbot, ist dabei stets der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit. Woraus sich dieser Grundsatz ergibt ist allerdings gleichermaßen ungeklärt wie sein genauer Inhalt. So fällt im bisherigen Meinungsbild auf, dass die Frage der Selbstbelastung vorwiegend hinsichtlich der Gefahr von Selbstbelastung mit strafrechtlich relevantem Verhalten aufgeworfen wird. Die Thematik, ob auch die Selbstbezeichnung mit einer rein vertraglichen Pflichtverletzung unterhalb der Strafbarkeitsschwelle unter die Selbstbelastungsproblematik gefasst werden kann, fristet hingegen ein Schattendasein. Für einen in einer konkreten Befragungssituation befindlichen Arbeitnehmer

¹ Bachmann, ZHR 180 (2016), 563.

bedeuten diese Unklarheiten eine Unsicherheit, die es angesichts der existenziellen Bedeutung des Arbeitsverhältnisses zu klären gilt.

Nicht nur für eine Lösung im strafprozessualen Kontext, sondern auch für eine Anknüpfung arbeitsrechtlicher Konsequenzen und Informationsverwertung im Arbeitsgerichtsprozess scheint eine fundierte Ausarbeitung von Grund und Grenzen der Selbstbelastung dringend erforderlich.² Dies wurde auch in der Podiumsdiskussion in Panel II des Deutschen Arbeitsrechtstags 2018 in Berlin deutlich. Die Antwort auf die Frage, ob der Arbeitnehmer über ein Aussageverweigerungsrecht verfügt, wenn die Aussage für ihn in strafrechtlicher oder *arbeitsrechtlicher* Hinsicht nachteilige Konsequenzen haben kann, pointiert die bestehenden Unklarheiten: *Man weiß es nicht so genau, die Praxis sagt aber eher nein.*³

Ein Schwerpunkt dieser Arbeit liegt vor diesem Hintergrund darin, die Konturen der verfassungsrechtlich verankerten Selbstbelastungsfreiheit in dem Konflikt mit Auskunftspflichten herauszuarbeiten und damit Strukturen zu schaffen, die allgemeingültige Lösungen ermöglichen. Wie im 2. Kapitel des 2. Teils zu zeigen sein wird, stößt die zunächst naheliegende Lösungsmethodik in Form der Verfassungsauslegung bei Erarbeitung von Inhalt und Reichweite der Selbstbelastungsfreiheit an ihre Grenzen. Daher wird die Selbstbelastungsfreiheit im Wege einer Auseinandersetzung mit den bisherigen Konkretisierungsansätzen der Verfassungsinterpreten zu beleuchten sein. Um die Konturen der verfassungsrechtlich verankerten Selbstbelastungsfreiheit aufzuzeigen, wird die Sichtweise der unterschiedlichen Verfassungsinterpreten hinsichtlich des Schutzbereichs der Selbstbelastungsfreiheit, des Eingriffs und der Eingriffsrechtfertigung ermittelt. Der Schwerpunkt dieser Betrachtung liegt hierbei auf dem Schutzbereich und der Eingriffsrechtfertigung, da diese Elemente für die Reichweite eines Grundrechts charakteristisch sind.

Sowohl in der Auseinandersetzung mit dem Schutzbereich als auch auf Rechtfertigungsebene wird sich die Schwierigkeit ergeben, zwischen staatlichen und privaten Auskunftsberechtigten zu differenzieren und diese Unterscheidung bei der Herausarbeitung allgemeiner Strukturen konsequent zu berücksichtigen. Im Anschluss an die Erarbeitung einer abstrakten, grundrechtlichen Definition von Schutzbereich der Selbstbelastungsfreiheit und Eingriffsrechtfertigung in Auskunftssituationen wird diese auf die konkrete arbeitsrechtliche Befragungssituation anzuwenden sein.

Zusätzlich zu den grundsätzlich strukturellen Unklarheiten der Selbstbelastungsproblematik stellt sich die Frage des Verhältnisses von Auskunftspflichten des Arbeitnehmers in der Befragungssituation und der Figur der Verdachtskündigung. Wird in der Anhörung zur Verdachtskündigung eine Mitwirkungspflicht des Arbeitnehmers abgelehnt, stellt sich die Frage, wie eine derartige Ablehnung mit einer

² Hierauf gleichermaßen hinweisend *Greco/Caracas*, NStZ 2015, 7, 11.

³ Derart zusammenfassend im Generalbericht zum Deutschen Arbeitsrechtstag *Henssler*, NZA-Beilage 2018, 31, 36.

u. U. anzunehmenden Auskunftspflicht des Arbeitnehmers in der Befragungssituation vereinbart werden kann.

Als weiterer Problembereich unternehmensinterner Untersuchungen tritt neben die Selbstbelastungsproblematik ein Aspekt, der speziell im Kontext unternehmensinterner Untersuchungen bisher wenig Beachtung erfahren hat: Die Rede ist von beobachtenden Ermittlungsmaßnahmen jenseits von Arbeitnehmerbefragungen, die im Beschäftigtendatenschutz sowohl Fragen hinsichtlich der Informationsgewinnung als auch der Informationsverwertung aufwerfen. Hier geben zahlreiche höchstgerichtliche Entscheidungen der letzten Jahre aus dem datenschutzrechtlichen Kontext Anlass zu einer differenzierten Betrachtung.

Die Sichtung von Beobachtungsdaten sowie die Problematik der Selbstbelastungsfreiheit als Facetten der Sachverhaltsermittlung bei unternehmensinternen Untersuchungen machen den besonderen Reiz der Thematik dieser Arbeit aus. Die Sichtung von Beobachtungsdaten stellt hohe Anforderungen an die Auseinandersetzung mit relativ neuen Rechtsquellen, neuer Rechtsprechung und einer Fülle an Publikationen. Hierbei ergibt sich vor allem die Schwierigkeit, die Relevanz von Problemen für unternehmensinterne Untersuchungen zu erkennen und aus dem zumeist sehr detaillierten Diskurs die zutreffenden Schlüsse zu ziehen. Dem gegenüber stellt sich die Problematik der Selbstbelastungsfreiheit im Zusammenhang mit Auskunftssituationen als zeitloser Problemschwerpunkt dar, der jedoch angesichts seiner verfassungsrechtlichen Einbettung kein geringeres Maß an Schwierigkeiten aufweist.

Die Kombination dieser beiden Untersuchungsmethoden zur Sachverhaltsaufklärung lässt unternehmensinterne Untersuchungen aus arbeitsrechtlicher Perspektive besonders betrachtenswert erscheinen. Beide Untersuchungsmethoden weisen eine hohe Komplexität hinsichtlich ihrer Anforderungen an eine zulässige Durchführung auf, die sich nicht nur aus dem Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ergeben, sondern mit Fragen der Mitbestimmung auch aus dem betriebsverfassungsrechtlichen Bereich stammen.

Die beiden Untersuchungsmethoden werfen allerdings nicht nur Fragen auf der Ebene der Sachverhaltsaufklärung und damit die Ebene der Informationsgewinnung auf, sondern sind auch auf der Ebene der Informationsverwertung zu beleuchten. Führen die Sichtung von Beobachtungsdaten und die Problematik der Selbstbelastung auf die Ebene prozessualer Informationsverwertung, ist eine Auseinandersetzung mit den teilweise undurchsichtigen und uneinheitlichen Anforderungen an zivilprozessuale Beweisverwertungsverbote unausweichlich. Hierbei stellt nicht nur die Strukturierung und Abgrenzung verschiedener vertretenen Ansichten über die Anforderungen an zivilprozessuale Beweisverwertungsverbote eine Herausforderung dar, sondern auch die diesbezügliche analytische Betrachtung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Beobachtungsdaten und der Selbstbelastung. Zudem ergeben sich auch auf der Ebene der Informationsverwertung nicht nur Fragen der Verwertbarkeit bei individualarbeitsrechtlich unzulässiger Sachver-