

Arne Klaas

Interne Untersuchungen und Informationsaustausch

Die Kohärenz von Datenschutz, Verfahrensrechten und Verfahrensgrundsätzen



Nomos

Schriften zu Compliance

herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Burgi, München

Prof. Dr. Peter Kindler, München

Prof. Dr. Carsten Momsen, Berlin

Prof. Dr. Michael Nietsch, Wiesbaden

Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen

Band 15

Arne Klaas

Interne Untersuchungen und Informationsaustausch

Die Kohärenz von Datenschutz, Verfahrensrechten und Verfahrensgrundsätzen



Nomos

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

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

Zugl.: Berlin, Freie Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-5932-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-0055-9 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung entstand im Zeitraum von November 2017 bis Oktober 2018. Zeitlich nachfolgend veröffentlichte Literatur konnte ohne Anspruch auf Vollständigkeit noch bis Februar 2019 berücksichtigt werden. Auch wenn nur ein Name auf dem Deckblatt steht, gelingt ein solches Vorhaben nur mit dem ausreichenden familiären, sozialen und fachlichen Rückhalt, so dass ich den Raum nutzen möchte, um mich bei diesen Personen herzlich zu bedanken:

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Herrn *Prof. Dr. Momsen* für die hervorragende Betreuung dieses Projekts. Sein Interesse, seine Offenheit, sein Erfahrungsschatz und seine Anmerkungen sowie die stete Bereitschaft zum Austausch haben einen erheblichen Anteil am Gelingen des Nachstehenden.

Gleicher Dank gilt Herrn *Prof. Dr. Thomas Grützner* für seine tiefgehende Auseinandersetzung mit der Arbeit, seine weiterführenden praktischen Anregungen bereits während des Gangs der Untersuchung und die überaus zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonders hervorheben möchte ich meine Freundin *Antonia* und mich bei ihr für ihre Aufrichtigkeit, ihre ansteckende Lebensfreude, ihren wertvollen unvoreingenommenen Blick auf die Thematik und nicht zuletzt auch ihre Geduld bedanken, wenn sie mich in intensiveren Phasen einmal seltener zu Gesicht bekommen hat. Bei meinen *guten Freunden* bedanke ich mich für ihren Rückhalt und eine Zeit voller schöner Erinnerungen in Berlin.

Dank gebührt der VG Wort für die Förderung der Arbeit mit einem Druckkostenzuschuss.

Die Arbeit widme ich meinen Eltern *Manuela* und *Erik Klaas*. Ihre vorbehaltlose Unterstützung und ihr ehrliches Interesse an meinen Projekten sind Basis und Motivation gleichermaßen. Ihre Gelassenheit, Weitsicht sowie Geduld in früheren Jahren sind Vorbild. Danke!

Berlin, im Dezember 2019

Arne Klaas

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	25
I. Interne Untersuchungen	25
1. Historie und Vorbild USA	26
a) „US Federal Sentencing Guidelines“ („USSG“)	27
b) „Thompson Memorandum“	28
c) „McNulty Memorandum“ und „Filip Memorandum“	29
2. Entwicklung und Bedeutung in Deutschland	29
a) Deutsche Adaption	29
b) Beweggründe für die Durchführung interner Untersuchungen	32
3. Trend: Die Ermittlung als Dienstleistung	35
II. Fragestellung und Methodik	37
1. Fragestellung und Aufbau der Untersuchung	37
2. Methodik	40
B. Der Einsatz privater Ermittler im Allgemeinen	41
I. Historischer Kontext	41
II. Erscheinungsformen und Stand der Forschung	42
III. Rechtliche Grundlagen und Grenzen	44
1. Eigenständig durchgeführte Ermittlungen des Verletzten	44
2. Eigenständig durchgeführte Ermittlungen des Beschuldigten	48
3. Ermittlungen durch nicht an der Tat beteiligte Dritte	49
a) Ermittlungsrecht des Verteidigers	49
b) Ermittlungsrecht des Verletztenbeistands	50
c) Ermittlungsrecht von Detekteien und Auskunfteien	51
4. Grenzen privater Ermittlungsbefugnisse	51

C. Vereinbarkeit interner Untersuchungen mit der Strafprozessordnung	54
I. Das Offizialprinzip, § 152 Abs. 1 StPO	55
1. Grundlegende Einordnung	55
a) Aussagegehalt	55
b) Der Funktionsvorbehalt als verfassungsrechtliche Legitimation	56
c) Der Staatsvorbehalt als verfassungsrechtliche Grundlage	56
d) Die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als verfassungsrechtliche Grundlage	58
e) Das Demokratieprinzip als verfassungsrechtliche Legitimation	61
2. Berührungspunkte im Rahmen von internen Untersuchungen	62
a) Einsatz privater Ermittler ohne Beteiligung der Strafverfolgungsbehörden	62
aa) Grundrechtlicher Schutzaspekt des Funktionsvorbehaltes aus Art. 33 Abs. 4 GG	63
bb) Grundrechtlicher Schutzaspekt der funktionstüchtigen Rechtspflege	63
cc) Grundrechtlicher Schutzaspekt des Demokratieprinzips	65
dd) Ergebnis	66
b) Ermittlungen auf staatliche Veranlassung hin	66
c) Staatliche Verwendung von privaten Ermittlungsergebnissen	67
d) Geltung im Ordnungswidrigkeitenrecht	68
3. Vereinbarkeit mit dem Offizialprinzip	69
a) Grenzen aus dem Verfassungsrecht	69
aa) Privatisierungsgrenze aus der Pflicht zur Gewährung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege	69
(1) Privatisierungsgrenze durch den Einfluss des Art. 92 GG	71
(2) Privatisierungsgrenze aus der zu gewährleistenden Funktionsfähigkeit selbst	73
(a) Rechtsfriedensfunktion	74
(b) Ermittlung der materiellen Wahrheit	74

(c) Sicherstellung der Rechtsstaatlichkeit: Abwehrrechte des Beschuldigten	76
(d) Ergebnis	80
bb) Vereinbarkeit mit dem Funktionsvorbehalt aus Art. 33 Abs. 4 GG	80
(1) Quantitativer Faktor	82
(2) Qualitativer Faktor	84
cc) Vereinbarkeit mit dem Demokratieprinzip	86
(1) Ausgleich durch entsprechende sachlich- inhaltliche Legitimation	87
(2) Mittelbare Staatsverwaltung durch Beleihung	88
(3) Privatisierung als politisch gewollte Entstaatlichung	89
(4) Ergebnis	90
dd) Einsatz interner Ermittler unter Wahrung der Verfassungsgrenzen	91
(1) § 161 StPO	91
(2) Verwaltungshelfer	91
(3) Beleihung	92
ee) Ergebnis	93
b) Einfaches Recht: § 152 Abs. 1 StPO	94
aa) Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft	94
(1) Einschränkungen	94
(2) Auswirkungen auf interne Untersuchungen	96
bb) Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Ermittlungsverfahrens	99
cc) Ergebnis	101
4. Zusammenfassung	101
II. Das Legalitätsprinzip, § 152 Abs. 2 StPO	102
1. Grundlegende Einordnung	102
a) Aussagegehalt	102
b) Das Rechtsstaatsprinzip als verfassungsrechtliche Grundlage	103
aa) Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege	103
bb) Das Prinzip der Gewaltenteilung	104
cc) Der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG	105
c) Der Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG	108

d)	Das Demokratieprinzip als verfassungsrechtliche Grundlage	109
e)	Rechtsgüterschutz	109
2.	Berührungspunkte im Rahmen von internen Untersuchungen	110
a)	Einsatz privater Ermittler ohne beteiligte Strafverfolgungsbehörden	110
b)	Ermittlungen auf staatliche Veranlassung hin	112
3.	Vereinbarkeit mit dem Legalitätsprinzip	113
a)	Einsatz privater Ermittler ohne beteiligte Strafverfolgungsbehörden	113
aa)	Rechtsgüterschutz	113
bb)	Art. 3 Abs. 1 GG: Willkürverbot und Gleichheit aller vor dem Gesetz	114
cc)	Praktische Bedeutung für das staatlich bindende Legalitätsprinzip	116
b)	Ermittlungen auf staatliche Veranlassung hin	117
aa)	Umfang der Parallelermittlungen	117
bb)	Gedanken des Bestimmtheitsgrundsatzes	119
cc)	Gedanken des Demokratieprinzips	119
4.	Zusammenfassung	120
III.	Der Amtsermittlungsgrundsatz, §§ 160, 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO	121
1.	Grundlegende Einordnung	121
a)	Einfachrechtliche Ausprägung in der StPO	121
b)	Verfassungsrechtliche Grundlagen	122
aa)	Das Schuldprinzip: „ <i>nulla poena sine culpa</i> “	122
bb)	Das Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege	123
cc)	Zusammenfassende Betrachtung	124
2.	Berührungspunkte im Rahmen von internen Untersuchungen	125
a)	Einsatz privater Ermittler ohne beteiligte Strafverfolgungsbehörden	125
b)	Ermittlungen auf staatliche Veranlassung hin und die Verwendung privater Ermittlungsergebnisse	127
3.	Vereinbarkeit mit dem Amtsermittlungsgrundsatz	127
a)	Gewährleistung einer materiell wahren Tatsachengrundlage	127

b) Transparenz der Tatsachengrundlage und ihr Zustandekommen	131
aa) Offenheit der Ermittlungen	131
bb) Transparente Dokumentation	132
4. Zusammenfassung	134
D. Der innergesellschaftliche, strafprozessuale & verfassungsrechtliche Informationsschutz	136
I. Das strafprozessuale Verständnis eines Verteidigers im Spiegel interner Untersuchungen	136
1. Das Untersuchungsmandat	137
a) Rechtsberatungsvertrag	137
aa) Inhaltliche Voraussetzungen	137
bb) Personelle Vertragsstruktur	140
(1) Grundsatz: Die Kanzlei als Gesellschaft wird Vertragspartner	141
(2) Bestimmung des zu beratenden Mandanten	141
(a) Die Gesellschaft als Mandant – vertreten durch die Geschäftsleitung	141
(aa) Kein Einbezug der Organmitglieder einer Körperschaft	142
(bb) Kein Einbezug der Gesellschafter einer Personengesellschaft	146
(cc) Privatautonome Gestaltungsfreiheit	148
(b) Die Gesellschaft als Mandant – vertreten durch den Aufsichtsrat	148
(aa) Abschluss externer Beratungsverträge nur innerhalb des Kompetenzbereichs	149
(bb) Beauftragung einer internen Untersuchung durch den Aufsichtsrat der AG	149
i. Einsichts- und Prüfungsrecht des § 111 Abs. 2 S. 1 AktG	150
ii. Weitere Aufgabenbereiche die zur Sachverhaltsaufklärung berechtigen	152
iii. Reichweite der Befugnisse der durch den Aufsichtsrat beauftragten internen Ermittler	153

(cc)	Beauftragung einer internen Untersuchung durch den fakultativen Aufsichtsrat der GmbH	156
(c)	Das herrschende Unternehmen als Mandant im Konzern	157
(aa)	Vertreten durch den Vorstand der Obergesellschaft	158
(bb)	Vertreten durch den Aufsichtsrat der Obergesellschaft	158
(d)	Individuelle Beraterverträge	160
cc)	Bezugspunkt der Verschwiegenheits- und Auskunftspflicht	160
(1)	Bericht nur an die gegenwärtige Unternehmensleitung	161
(2)	Bericht an den Aufsichtsrat im Rahmen eigener Untersuchungen	162
(3)	Bericht an den Aufsichtsrat in von der Unternehmensleitung initiierten Untersuchung	162
(a)	Informationsanspruch des Aufsichtsrates	163
(b)	Aktive Informationspflicht des durch die Unternehmensleitung mandatierten Anwalts gegenüber dem Aufsichtsrat	164
b)	Verteidigungsverhältnis	166
aa)	Grundsätzliche Ungeeignetheit für den Untersuchungsauftrag der Gesellschaft	166
bb)	Individualverteidigungsverhältnisse	166
cc)	Verteidigungsähnliches Vertrauensverhältnis	167
2.	Grundrechtsschutz des anwaltlichen Vertrauensverhältnisses	174
a)	Grundrechtsposition des individuell Beschuldigten	175
b)	Grundrechtsposition des Unternehmens	176
c)	Grundrechtsposition der Kanzlei und ihrer anwaltlichen Berufsträger	179
aa)	Materielle Grundrechte und verfassungsrechtliche Positionen	180
(1)	Art. 12 Abs. 1 GG	180
(2)	Art. 2 Abs. 1 GG	181
(3)	Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	182
(4)	Art. 13 Abs. 1 GG	182

(5) Art. 14 Abs. 1 GG	184
(6) Effektuierung der Grundrechtspositionen durch Art. 20 Abs. 3 GG	184
bb) Art. 19 Abs. 3 GG und internationale Partnerschaften	186
(1) Bestimmung des Hauptverwaltungssitzes einer international beratenden Gesellschaft	186
(2) Geeignetheit des Hauptverwaltungssitzes als Kriterium bei Anwaltssozietäten?	188
(3) Behandlung des Einzelstandorts wie eine inländische juristische Person	188
(4) Isolierte Beschwerdeberechtigung des Einzelstandortes	189
3. Zusammenfassung	190
II. Die Durchsuchung von Kanzleiräumen und der Zugriff auf Unterlagen	192
1. Durchsuchung von Kanzleiräumen	193
a) Ermächtigungsgrundlagen	193
b) Anordnung und Durchführung der Durchsuchung	194
c) Beweisverwertungsverbot bei Missachtung des Vertrauensverhältnisses	197
aa) Einheitliche Behandlung von Durchsuchung und Beschlagnahme	198
bb) Unselbstständiges Beweisverwertungsverbot	199
cc) Selbstständiges Beweisverwertungsverbot aus § 160a StPO	203
(1) Vertrauen durch Rechtssicherheit	203
(2) Auswirkungen auf Kanzleidurchsuchungen im Zusammenhang mit internen Untersuchungen	205
(a) Anwendungsbereich	205
(b) Sachlicher Schutzbereich	206
(aa) Maßstab des § 53 StPO	206
(bb) Umfassender Schutz für Arbeitsprodukte aus internen Untersuchungen	207
(cc) Weitergehender Schutz durch Verteidigungsmandat	210
(dd) Korrekturbedürfnis bei der Unternehmensverteidigung	211

2. Sichtung, Sicherstellung und Beschlagnahme von Unterlagen aus internen Erhebungen	212
a) § 97 StPO – Der Beschlagnahme nicht unterliegende Gegenstände	213
aa) Keine Umgehung des Zeugnisverweigerungsrechts	213
bb) Beschränkung der Beschlagnahmefreiheit auf das Verfahren gegen den individuellen Beschuldigten?	214
cc) Zeitliche Reichweite und Ausschluss bei Verstrickung	215
b) § 148 StPO – Kommunikation des Mandanten mit dem Verteidiger	216
c) Verhältnis zu § 160a StPO und Analyse der Reichweite	218
aa) Vorrang des § 97 StPO	218
(1) Ergänzendes Verwertungsverbot	223
(2) Schutz der Unterlagen beim Mandanten	223
(3) Schutz der Unterlagen auch im Verhältnis zu einem Nichtbeschuldigten	224
(4) Behandlung von Zufallsfunden	225
(5) Abweichende Verstrickungsregelung	227
bb) Neue Impulse bei der Auslegung des § 97 StPO	228
(1) Keine zwingende Notwendigkeit der Beschuldigtenstellung	228
(2) Keine Aufspaltung der Beschlagnahmefreiheit auf Einzelverfahren	231
(3) Keine teleologische Erweiterung auf den Schutz von Unterlagen beim Mandanten	233
d) Verdachtsgrad bei der Verstrickungsregelung	233
aa) Konnexität von Schutzniveau und Verdachtsgrad	234
bb) Bestimmung der qualitativen Verdachtsschwelle	235
cc) Keine Ungleichbehandlung von Verteidigern und sonstigen Anwälten	237
e) Verhältnismäßigkeit der Beschlagnahme	238
f) Besonderheiten bei Emails und Unterlagen im virtuellen Datenraum	239
aa) Dokumente im virtuellen Datenraum	241
(1) Server in den eigenen Kanzleiräumen	242
(2) Server von Drittanbietern	243

(3) Dynamische Verteilung von Speicherkapazitäten	245
bb) Elektronische Kommunikation	248
(1) Interne Messenger-Dienste	248
(2) Emails	249
cc) Verfassungsunmittelbarer Schutz	253
(1) Zugriff auf Emails: Fernmeldegeheimnis und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme	253
(2) Zugriff auf Daten im VDR: Ein fortwährender Kommunikationsvorgang?	256
(3) Rechtfertigungsmöglichkeiten	258
(a) Zugriff auf zwischengespeicherte Emails und Unterlagen aus einem VDR	259
(aa) Kein Rückgriff auf § 94 StPO	260
(bb) Kein Rückgriff auf § 99 StPO	263
(cc) Kein Rückgriff auf § 110 Abs. 3 StPO	265
(dd) Möglicher Rückgriff auf § 100a Abs. 1 S. 1 StPO	266
(ee) Möglicher Rückgriff auf § 100b StPO in subsidiären Einzelfällen	269
(b) Zugriff auf endgespeicherte Emails	272
(c) Schutz bei Zeugnisverweigerungsberechtigten	274
(d) Verhältnismäßigkeit	275
3. Zusammenfassung	276
E. Das Datenschutzrecht als Korrektiv für die Umgehung strafprozessualer Prinzipien	280
I. Der für die Untersuchung maßgebliche Rechtsrahmen des Datenschutzes	284
1. Die Datenschutz-Grundverordnung („DS-GVO“)	285
a) Sachlicher Anwendungsbereich	285
b) Räumlicher Anwendungsbereich	287
2. Das Bundesdatenschutzgesetz („BDSG“)	289
3. Keine Relevanz der RL 2016/680/EU („JI-RL“)	289
4. Keine Relevanz der RL 2002/58/EG („EKDS-RL“) bzw. „E-Privacy-VO“	290

5. Keine Relevanz des Telekommunikationsgesetzes („TKG“)	291
6. Keine Relevanz des Telemediengesetzes („TMG“)	292
II. Einordnung des Verantwortlichen, des Auftragsverarbeiters und des Empfängers	292
III. Datenschutzrechtliche Grenzen der Weitergabe an nationale Behörden	296
1. Rechtfertigungstatbestände	296
a) Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO)	296
b) Erfüllung eines Vertrags (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. b) DS-GVO)	300
c) Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c) DS-GVO)	302
aa) Sektorspezifische Rechtsgrundlagen	303
bb) Herausgabeverlangen staatlicher Stellen	303
cc) Kein Rückgriff auf Vorstands- und Geschäftsführerpflichten	306
dd) Möglicher Rückgriff auf eine Garantenpflicht im Einzelfall	309
ee) Gestaltungsmöglichkeiten bei Kollektivvereinbarungen	310
d) Interessenabwägung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO)	311
aa) Notwendigkeit eines abgestimmten Anwendungsbereichs	312
bb) Berechtigtes Interesse an der Übermittlung der Untersuchungsergebnisse	313
cc) Entgegenstehende Interessen des Betroffenen	315
e) Datenverarbeitung zu Zwecken des Beschäftigungsverhältnisses (§ 26 BDSG)	318
aa) Aufdeckung von Straftaten, § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG	318
bb) Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses, § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG	322
cc) Individuelle Regelungen in Kollektivvereinbarungen	323

2.	Berücksichtigung des Risikopotentials der Informationsweitergabe	324
	a) Erfordernis einer Datenschutzfolgeabschätzung und die Rolle der Aufsichtsbehörden	325
	b) Vereinbarkeit der Informationsweitergabe mit dem ursprünglichen Erhebungszweck	328
	aa) Einheitlicher Zweck für die Erhebung und Weitergabe	328
	bb) Die Weitergabe auf der Grundlage eines geänderten Zwecks	330
	cc) Keine vom Erhebungszweck losgelöste Weiterverarbeitung zur Verfolgung von Straftaten nach dem BDSG	331
3.	Auswirkungen der Rechenschaftspflicht: Schutz des Betroffenen durch Nachweispflicht des Verantwortlichen?	333
	a) Bestimmung der Reichweite der Nachweispflicht	334
	b) Faktische Dokumentationspflicht	335
	c) Praktische Umsetzung eines Verarbeitungsverzeichnisses	336
	d) Vereinbarkeit mit der Selbstbelastungsfreiheit	338
	aa) Ausreichende Autonomie durch das Verständnis der Rechenschaftspflicht als Beweislastregelung	339
	bb) Übertragbarkeit auf das Bußgeldverfahren?	340
	e) Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung	344
	f) Vereinbarkeit mit dem Untersuchungsgrundsatz	345
4.	Zwischenergebnis	346
IV.	Grenzüberschreitende Übermittlung an US-Dritte im Rahmen von Konzernstrukturen	348
	1. Jüngere historische Entwicklung der Datenübermittlung in die USA	349
	2. Zweistufige Prüfung nach Art. 44 DS-GVO	350
	a) Erlaubnistatbestände zur konzerninternen Weitergabe von Untersuchungsergebnissen (Art. 44 S. 1 DS-GVO)	351
	aa) Berechtigte Interessen der Ober- und/oder Untergesellschaft innerhalb der Unternehmensgruppe (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO)	351
	bb) Beurteilung weiterer Übermittlungsgrundlagen	354

cc)	Würdigung des besonderen Betroffenenrisikos bereits auf der ersten Stufe	355
b)	Gewährleistung des Schutzniveaus (Art. 44 S. 2 DS-GVO)	358
aa)	EU-US Privacy Shield	358
(1)	Selbstzertifizierung unter Aufsicht der FTC	359
(2)	Keine belastbare Einschränkung der staatlichen Zugriffsmöglichkeiten	360
(3)	Privilegierung von unternehmensinternen Kontrollmaßnahmen	366
bb)	Geeignete Garantien	367
(1)	Individualvertragliche Regelungen (Art. 46 Abs. 3 lit. a) DS-GVO)	368
(2)	Standarddatenschutzklauseln	371
(3)	Binding Corporate Rules	374
(4)	Codes of Conduct und zertifizierte Garantien	375
cc)	Ausnahmen	376
(1)	Wichtige Gründe des öffentlichen Interesses	377
(2)	Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen – Auskunftsverlangen von US-Behörden	379
(3)	Subsidiäre Interessenabwägung im Einzelfall	381
3.	Zwischenergebnis	383
V.	Unmittelbares (extraterritoriales) Auskunftsverlangen von US-Behörden	384
1.	Freiwillige Kooperation mit US-Behörden	385
a)	Legitimation auf der ersten Stufe	385
b)	Legitimation auf der zweiten Stufe	387
aa)	Der deutsch-amerikanische Vertrag über die Rechtshilfe in Strafsachen schränkt das öffentliche Interesse nicht ein	388
bb)	Kooperation als anzuerkennendes Verteidigungsverhalten	389
cc)	Interessenabwägung nur in Ausnahmesituationen	391
2.	Eigenmächtige extraterritoriale Zugriffsbefugnisse	391
a)	Völkerrechtliche Vorgaben und Grenzen	391
b)	Extraterritoriales Verständnis des US-Rechts	393

c) Bewertung der Zulässigkeit transnationaler Zugriffsmöglichkeiten	394
aa) Ausreichender US-Bezug?	395
bb) Unmittelbare oder lediglich faktische Durchsetzung?	397
cc) Art. 48 DS-GVO als „blocking statute“	400
3. Zwischenergebnis	401
VI. Rechtsschutz des verdächtigen Mitarbeiters gegen geplante Übermittlungen	403
1. Privatrechtliche Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen des Arbeitgebers und der Obergesellschaft	403
a) Unterlassungsverpflichtung des Arbeitgebers	404
aa) Anspruch auf Unterlassung der datenschutzwidrigen Verarbeitung	404
bb) Durchsetzung mithilfe von Sicherungsverfügungen (§ 935 ZPO)	409
b) Begründung und Durchsetzung eines Anspruchs auf Unterlassung gegen die Obergesellschaft	410
aa) Unmittelbare Ansprüche auf Unterlassen	411
bb) Durchsetzungsdefizite im internationalen Zwangsvollstreckungsrecht	413
2. Rechtsschutzmaßnahmen gegen ein behördliches Veranlassen	414
a) Rechtsbehelfe gegen staatsanwaltschaftliche Maßnahmen	415
aa) Isolierte Angreifbarkeit strafprozessualer Akte mit Eingriffscharakter	415
bb) Veranlassungsmaßnahmen mit Grundrechtsrelevanz	417
cc) Antragsbefugnis des verdächtigen Mitarbeiters	418
dd) Eingeschränkte Rechtmäßigkeitskontrolle veranlassender Einflussnahme	418
ee) Vorläufiger Rechtsschutz nach §§ 23 ff. EGGVG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG	421
ff) Anträge auf Verpflichtung nach §§ 23 Abs. 2 EGGVG	422
b) Rechtsbehelfe gegen veranlassende Maßnahmen einer Verwaltungsbehörde im Bußgeldverfahren	423
aa) Präventive und repressive Rechtmäßigkeitskontrolle	423

bb) Durchsetzung von flankierenden Verpflichtungsbegehren	425
cc) Nachträgliche Korrektur erfolgreicher Veranlassungsmaßnahmen	425
3. Zwischenergebnis	426
VII. Verwertbarkeit datenschutzwidrig übermittelter Informationen im Strafprozess	429
1. Unselbstständige Beweisverwertungsverbote bei staatlich veranlasstem Informationsaustausch	431
a) Konzentration auf Schutzzweck- und Abwägungslehre	431
b) Grundlegend: Zurechenbarkeit des privaten Datenschutzverstoßes	433
c) Herantreten auf der Grundlage eines schlichten Auskunftsbegehrens nach § 161 StPO	433
d) Das Problem der Fernwirkung des einfachrechtlichen Täuschungsverbots nach § 136a StPO	434
e) Die Behandlung unrechtmäßiger Herausgabeanordnungen nach §§ 94, 95 StPO	437
f) Unmittelbare verfassungsrechtliche Implikationen	438
aa) Hindurchwirken der Täuschung und <i>nemo-</i> <i>tenetur</i>	439
bb) Auswirkungen entgegenstehender Vertraulichkeitszusagen	440
cc) Aktives Unterdrücken von Information und Auskunft	443
dd) Einflussnahme auf die Datenschutzfolgeabschätzung	444
ee) Präjudizwirkung der Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO	446
2. Selbstständige Beweisverwertungsverbote unabhängig vom Veranlassungsverhalten	447
3. Zwischenergebnis	449
VIII. Ausgleich rechtsstaatlicher Defizite durch das Datenschutzrecht	451
1. Transparenzgrundsatz: Kompensation fehlender Beschuldigtenrechte	452
a) Ein Ansatz von Waffengleichheit	453
b) Beteiligung an der Wahrheitsfindung	456

c) Weitergehende Belehrungspflichten	456
d) Ein Ansatz von <i>nemo-tenetur</i> in Vernehmungssituationen	457
e) Fairness als Maßstab der Verarbeitung	460
2. Allgemeiner Verbotsgrundsatz: Abbildung des Gesetzesvorbehalts	462
3. Ergebnis und Einschätzung	463
Literaturverzeichnis	465

A. Einführung

I. Interne Untersuchungen

Das Grundkonzept¹ einer internen Untersuchung kann wie folgt umschrieben werden: Ein wirtschaftlich ausgerichtetes Unternehmen beauftragt unternehmenseigene Anwälte und/oder externe Anwaltskanzleien bzw. Wirtschaftsprüfergesellschaften mit der Aufklärung eines im Raum stehenden Verdachts potentieller Gesetzesverstöße in seinem Verantwortungsbereich. Die Aufarbeitung soll sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht erfolgen. Dazu werden umfassend Daten erhoben, (Email-)Kommunikation ausgewertet, Mitarbeiter-Interviews geführt und am Ende ein die Tatsachen zusammenfassender Abschlussbericht verfasst.² Es gab keinen gesetzgeberischen Anstoß der unternehmensinterne Ermittlungen in ein überlegtes und strukturiertes Gesetzeskorsett „gebetet“ hat – die Vorgehensweise wurde vielmehr aus der Praxis heraus entwickelt und hat sich fortlaufend verselbstständigt. Die große Anzahl der involvierten Akteure eröffnet den Anwendungsbereich vieler verschiedener gesetzlicher Regelungen. Zu denken ist zu allererst an das materielle Strafrecht, das sich nicht nur auf die normierten Tatbestände im StGB beschränkt, sondern sich über eine Vielzahl von Gesetzen erstreckt, bei denen einzelne Verstöße gegen den konkreten Regelungsbereich als Straftatbestand ausgestaltet wurden. Damit einher geht konsequenterweise die Relevanz des Strafprozessrechts. Besonders bedeutsam ist für Unternehmen das Ordnungswidrigkeitenrecht.³ Durch den Unternehmensbezug rückt das Beschäftigungsverhältnis und damit das individuelle und kollektive Arbeitsrecht in den Blick. Bei dem Versuch einen Tatvorwurf individuellen Personen zuzuordnen lässt sich die Erhebung, Nutzung und die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht vermeiden, so dass auch das Datenschutzrecht beachtet werden muss. Neben gesellschafts-, aufsichts- und konzernrechtlichen Fragen kommt im Prinzip jeder zivilrechtliche Haftungsstatbestand in Betracht. Dass die einzelnen legislativen Ausprägungen nicht auf

1 Insofern bei den vielfältigen Möglichkeiten der Ausgestaltung überhaupt von einem „Grundkonzept“ gesprochen werden kann.

2 Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht/Grützner Kapitel 4 Rn. 75 ff.

3 Siehe dazu: S. 33 f.

die Durchführung interner Untersuchungen im Unternehmenskontext zugeschnitten sind und teilweise auch widersprüchliche Ziele verfolgen, liegt auf der Hand. Die unterschiedlichen Regelungszwecke und die fehlende Harmonisierung stellt den praktischen Rechtsanwender vor Probleme bei der tatsächlichen Umsetzung. Von einem wissenschaftlichen Standpunkt aus betrachtet offenbaren sie jedoch die Möglichkeit eine Rechtsmaterie zu erforschen, die sich nicht von vorne herein durch einen festgesteckten Anwendungsbereich selbst beschränkt. Ihre Vielfältigkeit und Dynamik – die sich aus wandelnder Rechtsprechung und durchaus auch aus gesetzgeberischer Initiative ergeben kann⁴ – bietet einen vielversprechenden Ansatzpunkt für eine wissenschaftliche Auseinandersetzung.

1. Historie und Vorbild USA

Ihren Ursprung haben unternehmensinterne Ermittlungen in den Vereinigten Staaten.⁵ Selbstverständlich gab es auch im deutschen Rechtsraum schon lange vor der Durchführung klangvoller „Internal Investigations“ private Ermittlungsbemühungen. Im Unternehmenskontext wurden Privatdetekteien unter anderem mit der Ermittlung von Personal- und Kundendiebstählen und der Aufklärung von Betriebs- und Industriespionage beauftragt.⁶ Die Motive waren jedoch in den meisten Fällen auf die Tataufklärung und auf den Ausgleich erlittener Vermögensschäden beschränkt. Die Beweggründe für interne Untersuchungen unter heutigen Vorzeichen sind, wie noch zu zeigen sein wird, komplexer und lassen das klassische Täter-Opfer Denken hinter sich. Die angesprochene Anzahl der Beteiligten und die damit einhergehende Vielfalt an verfolgten Interessen verleihen internen Untersuchungen – die in ihrem absoluten, juristischen Kern nichts anderes als private Ermittlungen sind – eine neue Qualität.

Das „Phänomen“ interner Untersuchungen möchte nicht so ganz zu unserem Verständnis von einer hauptsächlich staatlich geprägten Strafverfolgung individueller, natürlicher Personen passen. Die Inpflichtnahme des eigentlichen Verfolgten und die Konzentration der Strafverfolgungsbehörden auf nicht schuldfähige juristische Personen lässt sich erst dann in seiner Gänze nachvollziehen, wenn die Entwicklung und der Einfluss US-Amerikanischer Regelungen in die Betrachtung miteinbezogen werden.

4 Momsen/Grützner, CCZ 2017, 242.

5 Wagner, CCZ 2009, 8.

6 Mende, Grenzen privater Ermittlungen, S. 43 ff.

a) „US Federal Sentencing Guidelines“ („USSG“)

Der Begriff, das Konzept und das heutige Verständnis einer Investigation lässt sich vor allem auf die „US Federal Sentencing Guidelines“ („USSG“) zurückführen.⁷ Diese zum 1. Januar 1991 eingeführte Vorschrift nimmt in Kapitel 8 die Bestrafung von juristischen Personen und deren Angehörige in den Blick. Im Wesentlichen enthalten sie Strafzumessungsregeln, nach denen mögliche Geldstrafen mit einem sich nach dem konkreten Tatvorwurf richtenden festen Basisbetrag⁸ und einem variablen Anteil, der den festgestellten Basisbetrag je nach Schwere der Schuld mit Minimum- und Maximum-Multiplikatoren korrigiert⁹, bemessen werden. Bestimmte Verhaltensweisen können hierbei die Reduzierung des möglichen Bußgelds bewirken. Maßgebende Faktoren sind die eigene Aufklärung der Tat mit nachfolgender Anzeige bei der zuständigen Behörde, sowie eine umfangreiche Kooperation mit der selbigen.¹⁰ Diese in Aussicht gestellten Bußgeldverringerungen stellen im Grunde genommen die Triebfeder von internen Untersuchungen dar die an mehreren Punkten relevant werden.

Zunächst lässt sich die Verminderung eines infrage stehenden Bußgeldes durch die Existenz eines „*compliance and ethics program*“ erreichen.¹¹ Dies aber nur, solange das System auch effektiv implementiert wurde. Dem Effektivitätserfordernis wird ein stillschweigendes Bekenntnis zur Durchführung von Internal Investigations entnommen.¹² Die USSG sprechen die Vornahme eigener Untersuchungen jedoch auch selbst an: Eine Verzögerung der Selbstanzeige soll dann nicht vorliegen, wenn nach Bekanntwerden möglicher Verstöße eine Internal Investigation durchgeführt wird um eine umfassendere Aufklärung des Sachverhaltes zu ermöglichen.¹³ Um die Wirkung des Compliance-System als Minimum-Multiplikator auch im Rahmen von Straftaten die von Führungskräften begangen wurden zur Anwendung zu bringen, muss das Programm Verstöße bereits vor der Öffentlichkeit aufgedeckt und weitergeleitet haben.¹⁴ Dadurch werden Anrei-

7 Abrufbar unter: <https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual/2016-chapter-8> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

8 „*Base Fine*“ (USSG § 8 C 2.4).

9 „*Culpability Score*“ (USSG § 8 C 2.5).

10 USSG § 8 C 2.5 (g); Wagner, CCZ 2009, 8 (9).

11 Vgl. Introductory Commentary USSG (USSG § 8 B 2.1; USSG § 8 C 2.5 (f)).

12 Von Rosen, Internal Investigations bei Compliance-Verstößen, S. 16: „*typischer Compliance-Bestandteil*“.

13 USSG § 8 C 2.5 Commentary „Application Notes“ No. 10.

14 USSG § 8 C 2.5 (f) (3) (C) (ii).

ze gesetzt auch unabhängig von konkreten Verdachtsmomenten regelmäßige und wirkungsvolle Untersuchungen durchzuführen um im Zweifelsfall den Verfolgungsbehörden zuvorzukommen.

b) „Thompson Memorandum“

Verstärkt wird dieser Effekt durch das sog. „Thompson Memorandum“,¹⁵ welches die Richtlinien zur Verfolgung von Unternehmen aus dem „Holder Memorandum“ von 1999 verschärfte.¹⁶ Die Entscheidung, ob gegen eine juristische Person überhaupt Anklage erhoben wird, ist im generellen in das umfassende Ermessen der US-Amerikanischen Verfolgungsbehörden gestellt.¹⁷ Das Schreiben des Generalstaatsanwalts Larry D. Thompson vom 20. Januar 2003 statuiert die Möglichkeit von einer Anklageerhebung vollständig abzusehen,¹⁸ wenn das betreffende Unternehmen sich selbst angezeigt hat und bereit ist mit den Behörden zu kooperieren. Eine Kooperation sieht die Nennung von Zeugen, Tätern und das zur Verfügungsstellen von Ergebnissen einer internen Untersuchung vor.¹⁹ Die Tatsache, dass ein Bußgeld durch das erfolgreiche Mitwirken an der Sachverhaltsaufklärung nicht nur verringert, sondern sogar vollständig vermieden werden kann, erklärt die Relevanz interner Untersuchungen für Unternehmen im Einflussbereich des Department of Justice („DoJ“). Da das erfolgreiche Mitwirken nicht nur „guten Willen“ sondern tatsächlich auch die Präsentation von Ergebnissen voraussetzt wird die Aufklärungsentschlossenheit der Unternehmensleitung sichergestellt.²⁰ Das daraus resultierende rechtsstaatliche Defizit soll an dieser Stelle noch nicht thematisiert werden.

Das Thompson Memorandum spricht in Abschnitt VI auch die parallel ausgestalteten Regelungen weiterer Regulierungsbehörden mit Ermittlungsbefugnissen an. Sowohl die Securities and Exchange Commission („SEC“) als auch die Environmental Protection Agency („EPA“) und die Environmental and Natural Resources Division („ENRD“) sehen Möglichkeiten vor bei einer entsprechenden Kooperation des Unternehmens von

15 Abrufbar unter: https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/poladv/priorities/privilegewaiver/2003jan20_privwaiv_dojthomp.authcheckdam.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

16 Wehnert, NJW 2009, 1190.

17 Wagner, CCZ 2009, 8 (9).

18 Thompson Memorandum VI. B.: „*governing non-prosecution agreements*“.

19 Thompson Memorandum VI. A./B; Wagner, CCZ 2009, 8 (9).

20 Vgl. Wehnert, NJW 2009, 1190; Wagner, CCZ 2009, 8 (9).

einer Sanktionierung abzusehen oder diese wesentlich zu reduzieren.²¹ Die vorherige oder parallele Durchführung einer internen Untersuchung ist hierbei das zentrale Element der unternehmerischen Kooperation.²²

c) „McNulty Memorandum“ und „Filip Memorandum“

Auf einer Linie mit dem „Thompson Memorandum“ liegt das „McNulty Memorandum“ vom 12. Dezember 2006.²³ In diesem ruft das DoJ Unternehmen explizit dazu auf interne Untersuchungen als Teil ihres Compliance Programmes zu verstehen und durchzuführen.²⁴ Auch das „Filip Memorandum“ vom 28. August 2008²⁵ sieht Internal Investigations nach wie vor als Informationsquelle zur Bekämpfung von unternehmensbezogener Kriminalität an²⁶ und betont die Anreize von Strafnachlässen.²⁷

Werden diesen Ausführungen nun die möglichen Bußgelder in dreistelliger Millionenhöhe²⁸ gegenübergestellt, erschließt sich die Bedeutsamkeit unternehmensinterner Untersuchungen im Einflussbereich US-Amerikanischer Strafverfolgungs- und Aufsichtsbehörden sofort.

2. Entwicklung und Bedeutung in Deutschland

a) Deutsche Adaption

Ausgangspunkt und Startschuss der deutschen Praxis von Internal Investigations im heutigen Sinne war der sog. „Siemens-Skandal“ im Jahre 2006. Der vielbeachtete und auch heute noch häufig angeführte Vorfall rund um die Veruntreuung von über 200 Mio. Euro durch ein Geflecht aus schwar-

21 Sog. „voluntary disclosure programs“.

22 SEC, Accounting and Auditing Enforcement Release No. 1470 (Seaboard-Report), 23.10.2001; vgl. auch Wagner, CCZ 2009, 8 (9).

23 Abrufbar unter: https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2007/07/05/mcnulty_memo.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

24 McNulty Memorandum VII B. Nr. 1.

25 Abrufbar unter: <https://www.justice.gov/sites/default/files/dag/legacy/2008/11/03/dag-memo-08282008.pdf> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

26 Filip Memorandum 9-28.720 (a).

27 Filip Memorandum 9-28.750.

28 Maximal möglich nach den USSG: 290 Mio. Dollar, Wagner, CCZ 2009, 8 (9); vgl. auch USSG § 8 C 2.4. (d).

zen Kassen²⁹ stellte eine Zäsur in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis dar.³⁰ Durch die Listung des Unternehmens an der New Yorker Börse galt für Siemens der Foreign Corrupt Practices Act („FCPA“) aus dem Jahr 1977.³¹ Die Regelungen des FCPA sehen ebenso wie die soeben vorgestellten Vorschriften Sanktionsbefugnisse vor, die weit über die deutschen Möglichkeiten hinausgehen.³² Angesichts der im Raum stehenden Drohung vom Handelsmarkt in den Vereinigten Staaten ausgeschlossen zu werden und Geldbußen in auch für den Konzern existenzvernichtender Höhe sah sich Siemens dazu gezwungen umfassend mit der SEC und nationalen Verfolgungsbehörden zu kooperieren. Wie soeben skizziert, kann die eigenständige Aufarbeitung durch das Unternehmen sich in weitaus erheblicherem Maße strafmildernd auswirken, als es das sog. Nachtatverhalten im deutschen Rechtssystem vorsieht.³³ Diese Kooperation sah im Einklang mit den Vorgaben des FCPA auch die Durchführung umfangreicher interner Ermittlungen vor um die persönlich verantwortlichen Mitarbeiter und weitere mögliche Korruptionsvorwürfe aufzudecken zu machen. Im Folgenden wurden auch im Rahmen der Korruptionsvorwürfe gegenüber der MAN SE und den (damaligen) Tochtergesellschaften Ferrostaal AG und Turbo AG im Jahr 2009 interne Untersuchungen eingeleitet. Diese Vorgehensweise und die Kooperationsbereitschaft wurde von der Staatsanwaltschaft bereits ausdrücklich begrüßt.³⁴ Ähnlich wie bei Siemens wurde der Daimler AG im selben Zeitraum die Notierung an der New Yorker Börse zum Verhängnis und führte aufgrund von gefestigten Korruptionsstrukturen zu umfangreichen eigenen Untersuchungen des Konzerns.³⁵ Neben Korruptionsvorwürfen waren vor allem Verstöße gegen das Bundesdatenschutzgesetz Auslöser interner Untersuchungen in deutschen Unternehmen: Lidl, die Deutsche Bahn AG und die Deutsche Telekom AG waren in dieser Zeitspanne allesamt dem Vorwurf der systematischen Bespitzelung

29 Vgl. Satzger, NStZ 2009, 297.

30 Zur Chronologie der Ereignisse: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/siemens-affaere-chronik-einer-krise-1.496650> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

31 Abrufbar unter: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

32 Wehnert, NJW 2009, 1190; vgl. <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-cases.shtml> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

33 Knauer/Buhlmann, AnwBl 2010, 387.

34 Siehe hierzu: https://www.corporate.man.eu/man/media/de/content_medien/doc/global_corporate_website_1/presse_und_medien_1/091211_man_compliance.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

35 Siehe hierzu: <http://www.zeit.de/wirtschaft/unternehmen/2010-03/daimler-korruption-usa> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

ihrer Angestellten und Führungskräfte ausgesetzt.³⁶ Seit diesen als besonders spektakulär und öffentlichkeitswirksam hervorzuhebenden exemplarischen Fällen haben interne Untersuchungen nach amerikanischem Vorbild auch im deutschen Rechtsraum zunehmend an Bedeutung gewonnen.³⁷

Die Gründe hierfür sind vielfältig. Sowohl branchenspezifische als auch davon unabhängige, allgemeingültige Faktoren treiben die Praxis an. Bemerkbar machen sich vor allem staatliches und europäisches Regulierungsbestreben. Exemplarisch steht hierfür das Aufsichtsrecht das im Zuge der Finanzkrise das Kreditwesen und Versicherungsdienstleistungen wieder verstärkt unter staatliche Kontrolle gestellt hat.³⁸ Aber auch das Umwelt- und Gesundheitsrecht greift vermehrt in den Marktmechanismus ein und strukturiert die rechtlichen Rahmenbedingungen zulasten der Privatautonomie. Spätestens seit den Novellen des Außenwirtschaftsrechts in den Jahren 2009, 2013 und 2017 nimmt Deutschland eine europäische Vorreiterrolle ein und schützt straf- und bußgeldbewehrt besonders regulierte Industrien im Bereich wehrtechnischer Schlüsseltechnologien.³⁹ Auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts gehen die Europäische Kommission oder das Bundeskartellamt mit teils unangekündigten Nachprüfungen („Dawn Raids“) immer intensiver gegen wettbewerbswidrige Absprachen vor.⁴⁰ Die in diesem Bereich tätigen Unternehmen sehen sich weitgehenden Haftungsrisiken ausgesetzt und werden aufgrund damit korrespondierender Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörden in ihrem eigenen Interesse zu einer strengeren Gesetzeseinhaltung angehalten.

Neben dem Aspekt verstärkter staatlicher Regelungen, unterwerfen sich andere Branchen⁴¹ einem strengen Verhaltenskodex den sie sich selbst auferlegt haben. Unternehmerische Sozialverantwortung⁴² ist der Gegenteil von einer rein profitorientierten Produktion und verpflichtet Unternehmen zu ethischen und moralischen Grundsätzen. Die Motivation dahinter lässt sich wohl weniger auf eine rein altruistisch geprägte Haltung denn auf ein Marketingkonzept zurückführen, das auf Außendarstellung und Reputati-

36 Vgl. Knierim, StV 2009, 324.

37 Taschke, NZWiSt 2012, 89 (94).

38 Jahn, CCZ 2011, 139 (140).

39 Vgl. Schöning/Sauro, CCZ 2016, 11 ff.

40 Vgl. de Crozals/Jürgens, CCZ 2009, 92 (92 ff.).

41 Insbesondere die Textil- u. Bekleidungsindustrie, Agrar- u. Ernährungswirtschaft und die Automobilindustrie, vgl. <http://www.csr-in-deutschland.de/DE/Unternehmen/Branchen/branchen.html> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

42 Sog. „Corporate Responsibility“ oder „Corporate Social Responsibility“ („CSR“); siehe auch: <http://www.csr-in-deutschland.de> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

on bedacht ist. Diese freiwilligen Selbstverpflichtungen liegen unterhalb der materiellen Gesetzesebene.⁴³ Dennoch müssen auch diese selbstgesetzten Standards eingehalten werden, um sich nicht dem Vorwurf der Irreführung nach dem UWG auszusetzen.⁴⁴

Ganz wesentlichen und branchenunabhängigen Einfluss hat die gesteigerte Verfolgungsbereitschaft der Strafverfolgungsbehörden. Wirtschaftsstrafrecht und Unternehmenskriminalität im Speziellen ist in den kriminalpolitischen Fokus gerückt.⁴⁵ Daraus resultierend erweckt die Thematik auch abseits der unmittelbar Betroffenen das Interesse der Öffentlichkeit. Aktuell beschäftigten die „Dieselaffäre“ und Cum-ex/Cum-Cum Geschäfte auch die Tagespresse und haben die Gesellschaft für Wirtschaftsdelikte sensibilisiert und für einen Wandel in der öffentlichen Wahrnehmung gesorgt.⁴⁶

b) Beweggründe für die Durchführung interner Untersuchungen

Die Notierung eines Unternehmens an der Wall Street oder auch die unabhängig davon mögliche Anwendbarkeit des FCPA⁴⁷ oder des UK Bribery Act⁴⁸ sind für die Unternehmensverantwortlichen allerdings nur ein Grund von vielen interne Untersuchungen durchzuführen.⁴⁹ Auch das deutsche Recht hält Haftungsrisiken bereit die nationale Unternehmen zu unabhängigen Überprüfungen veranlassen. Ein großes Interesse ist die Exkulpation von der persönlichen Haftung der leitenden Angestellten, Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder. Nicht zuletzt durch das weitreichende *obiter dictum* des BGH, das dem Compliance-Officer eine mögliche Garantenstellung im Hinblick auf Straftaten aus dem Unternehmen heraus zuschreibt, kommt diesem Aspekt ein größeres Gewicht zu.⁵⁰

Gleichzeitig handeln die Verantwortlichen auch im Unternehmensinteresse und wollen dieses vor Schaden bewahren. Im Vergleich zu den USA

43 Birk, GRUR 2011, 196, auch zu den Möglichkeiten bestimmten überbetrieblichen und internationalen Institutionen beizutreten und sich deren Berichtspflicht zu unterwerfen.

44 Birk, GRUR 2011, 196 (197 f).

45 Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht, Vorwort, S. V.

46 So auch: Kudlich/Oğlacioğlu, Wirtschaftsstrafrecht, 1. Teil Rn. 20a.

47 Grau/Meshulam/Blehschmidt, BB 2010, 652 (656).

48 Geier/Deister, CCZ 2011, 12 (12 ff.).

49 Vgl. Knierim StV 2009, 324, 328, Taschke, NZWiSt 2012, 89.

50 BGH NJW 2009, 3173 (3175).

ergeben sich aus strafrechtlicher Sicht bereits einige strukturelle Unterschiede. Während in den Vereinigten Staaten juristische Personen strafrechtlich verfolgt werden können und im Ernstfall mit empfindlichen Strafen – die von Geldbußen bis hin zur Liquidation reichen – belegt werden können, orientiert sich das deutsche Strafrecht nach wie vor an der Schuld im Sinne einer persönlichen Vorwerfbarkeit. Auch wenn hierzulande entsprechende Bestrebungen erkennbar werden,⁵¹ existiert nach wie vor kein Unternehmensstrafrecht. Als Anknüpfungspunkt fungiert allerdings das Recht der Ordnungswidrigkeiten. Gem. § 30 OWiG kann gegen eine juristische Person oder gegen eine Personenvereinigung eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn eine mit der Leitung betreute Person eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit verwirklicht die den Pflichtenkreis des Unternehmens betreffen.⁵² Die Relevanz dieser Verbandsgeldbuße ergibt sich aus dem in Abs. 2 abgesteckten Bußgeldrahmen, welcher seit einer Anhebung im Jahre 2013 bis zu zehn Millionen Euro betragen kann.⁵³ Parallel dazu kann gem. §§ 73b Abs. 1, 73c S. 1 StGB die Einziehung des Geldbetrages angeordnet werden, der dem Wert des durch die Tat Erlangten entspricht.⁵⁴ Wird ein Bußgeld nach § 30 OWiG nicht angeordnet, kann der Wert der Taterträge alternativ auch über § 29a Abs. 1, 2 OWiG eingezogen werden.⁵⁵ Durch die Instrumente der Gewinnabschöpfung besteht die nicht unwahrscheinliche Möglichkeit, dass das an den Staat zu zahlende Entgelt die Bußgeldobergrenze von zehn Millionen überschreitet.

Neben einer bußgeld- und zivilrechtlichen Haftung drohen darüber hinaus nicht zu unterschätzende Reputationsschäden für das im Fadenkreuz der Strafverfolgungsbehörden stehende Unternehmen. Durch ein eigenes Mitwirken an den Ermittlungen kann eine glaubhafte Distanzierung von den Handlungen einzelner Mitarbeiter und ein ehrliches Interesse an der

51 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14. März 2018, 19. Legislaturperiode, S. 126; vgl. der von Thomas Kutschaty (Justizminister Nordrhein-Westfalen 15.7.2010 bis 30.6.2017) entwickelte „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen und sonstigen Verbänden“; neuere Ansätze finden sich im „Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes“ (vgl. § 18 zur Behandlung interner Untersuchungen) abrufbar unter: http://www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de/sites/fg_verbandsstrafrecht/user_upload/Koelner_Entwurf_eines_Verbandssanktionengesetzes__2017.pdf (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

52 Bohnert/Krenberger/Krumm OWiG § 30 Rn. 1 ff.

53 Grützner, CCZ 2015, 56.

54 BeckOK StGB/Heuchemer StGB § 73b Rn. 2.

55 BeckOK OWiG/Meyberg OWiG § 29a.

Aufklärung der Vorwürfe nach außen kommuniziert werden.⁵⁶ Auch kann die Aufklärung dazu dienen die Durchsetzung von deliktischen Ansprüchen im Anschluss an das Strafverfahren vor den Zivilgerichten vorzubereiten.⁵⁷ Daneben kann sich die Durchführung im Sinne einer wirkungsvollen und „gelebten“ Compliance-Struktur auch als präventive Kontrollmaßnahmen darstellen, was bußgeldmindernd berücksichtigt werden⁵⁸ und einem Vorwurf der Aufsichtspflichtverletzung aus § 130 OWiG entgegenwirken kann. § 130 OWiG stellt dabei häufig die im Rahmen von § 30 OWiG benötigte Ordnungswidrigkeit einer Führungsperson dar. Insofern trifft die Bezeichnung „*Transmissionsriemen*“⁵⁹ den Punkt: Verstöße von Mitarbeitern unterer Hierarchieebenen können eine Verletzung der Aufsichtspflicht begründen und dienen damit mittelbar als Anknüpfungspunkt für den Erlass eines Bußgeldes gegen das Unternehmen als juristische Person über § 30 OWiG.⁶⁰ Aus dem Erfordernis Maßnahmen gegen zukünftige Rechtsverstöße vorzunehmen, wird aus § 130 OWiG sogar eine generelle Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung abgeleitet.⁶¹ Ähnliche Ansätze finden sich für den Vorstand einer AG und seinem Pflichtenkreis aus §§ 91 Abs. 2, 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG⁶² und für Bankendienstleister aus § 80 WpHG und § 25 a KWG.⁶³ Auch Versicherungsunternehmen kann über § 64a VAG eine Aufklärungsverpflichtung treffen.⁶⁴ Andere Stimmen verneinen eine grundsätzliche Pflicht zur Durchführung interner Untersuchungen.⁶⁵ Unabhängig von einer Rechtspflicht kann auch das generelle Misstrauen in eine effektive Strafverfolgung in Wirtschaftsstrafsachen das Unternehmen dazu veranlassen eigene Ermittlungen durchzuführen.⁶⁶

In bestimmten Situationen ist die Entscheidung über die Durchführung einer Untersuchung der Unternehmensführung zumindest faktisch abgenommen. Ein Beispiel stellen die zuvor umrissenen weitreichenden Ein-

56 Taschke, NZWiSt 2012, 89 (92).

57 Taschke, NZWiSt 2012, 89 (92).

58 BGH, Urt. v. 9.5.2017, 1 StR 265/16 Rn. 118.

59 Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht/Grützner Kapitel 4 Rn. 22 ff.

60 Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht/Grützner Kapitel 4 Rn. 22 ff.

61 Taschke, NZWiSt 2012, 89 (90 f.).

62 Wagner, CCZ 2009, 8 (12 f.), Corporate Compliance/Wessing § 46 Rn. 16.

63 Corporate Compliance/Wessing § 46 Rn. 18.

64 Knierim, StV 2009, 324 (327); Corporate Compliance/Wessing § 46 Rn. 19.

65 Reeb, Internal Investigations, S. 26.

66 Achenbach/Ransiek/Rönnau/HWSt/Salvenmoser/Schreier § 15 Rn. 1 mit Verweis auf eine Studie von PricewaterhouseCoopers AG WPG, nach der nur 27% der deutschen Unternehmen nach Erstattung einer Strafanzeige mit den Leistungen der Behörden zufrieden waren.

flussnahmemöglichkeiten des DoJ, der SEC oder anderen amerikanischen Regulierungsbehörden dar. Davon zumindest mittelbar betroffen sind in einem Konzerngeflecht auch deutsche Tochtergesellschaften. Die Anordnung einer Investigation kann auf Druck der amerikanischen Konzernmutter erfolgen, die über den Beherrschungsvertrag und Cash-Pooling⁶⁷ Einfluss ausübt.

Der kurze Überblick zeigt, dass bereits zum heutigen Zeitpunkt die Durchführung interner Untersuchungen auch in Deutschland wesentlicher Bestandteil unternehmerischen Risikomanagements ist bzw. sein sollte. Abzuwarten bleibt, wie sich der Gesetzgeber zukünftig zu Fragen der Rechtspflicht bzw. Anreizen zur Durchführung und der entsprechenden Behandlung der Arbeitsergebnisse positionieren wird.⁶⁸

3. Trend: Die Ermittlung als Dienstleistung

Die Bereitschaft großer Wirtschaftsunternehmen aufkommende Verdachtsfälle umfassend untersuchen zu lassen und nicht ausschließlich diskret zu behandeln und im besten Fall der öffentlichen Berichterstattung zu entziehen, haben dazu geführt, dass auch die Rechtsberatung das Geschäft mit dem rechtlichen Risikomanagement für sich entdeckt hat.⁶⁹ Die wirtschaftlichen Vorteile liegen auf der Hand: Die Beratung muss sich nicht auf einen bestimmten Bereich einschränken, es handelt sich um ein interdisziplinäres Aufgabenfeld. Wie einleitend aufgezählt befindet man sich im Anwendungsbereich zahlreicher Rechtsgebiete. Selbst scheinbar neutrales Gebiet, das vor einigen Jahren noch nicht mit der Materie Wirtschaftsstrafrecht in Verbindung gebracht worden wäre, legt die Errichtung präventiver und repressiver Kontrollstrukturen nahe, sobald Bußgeldvorschriften zur Einhaltung der Regelungen mahnen. Mit Krisen lässt sich Geld verdienen – teilweise wird das Compliance-Geschäft (und damit inbegriffen interne Untersuchungen als repressive Seite der Medaille) als das neue Transaktionsgeschäft bezeichnet.⁷⁰ Verhandlungen über Stundensätze und die An-

67 Vgl. dazu: Spindler/Stilz/Veil AktG § 291 Rn. 15.

68 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14. März 2018, 19. Legislaturperiode, S. 126.

69 Achenbach/Ransiek/Rönnau/HWSt/Salvenmoser/Schreier § 15 Rn. 1: „zunehmend nachgefragte Dienstleistung“.

70 Vgl. Juve Erhebung 2016 zu durchschnittlichen Anwaltsstundensätzen im Rechtsmarkt, bei der Risikobereiche wie Compliance, Wirtschaftsstrafrecht, Kartell- und Banken/Finanzrecht höher als Transaktionsberatungen abgerechnet werden:

zahl benötigter Anwälte, die Vereinbarungen von Kostenobergrenzen („caps“) sowie Vergleiche mit Wettbewerbern gestalten sich schwieriger, wenn ein Unternehmen aus dem Nichts mit Korruptionsvorwürfen konfrontiert wird und unmittelbar unter zeitlichen und öffentlichen Druck gerät. Verlässliche Kostenkalkulationen werden unmöglich, wenn die Ermittlungsdauer nicht absehbar ist, da das Ausmaß der Vorwürfe in dieser Phase noch gar nicht feststeht und es gerade Inhalt der Dienstleistung ist, die Reichweite der Vorwürfe aufzuklären. Entscheidet sich ein Unternehmen zur Untersuchung von Verdachtsmomenten, möchte sich keiner der in der Öffentlichkeit stehenden Verantwortlichen den Vorwurf gefallen lassen, nur oberflächlich zu prüfen und nicht an einer vollständigen Aufklärung interessiert zu sein. Die daraus resultierenden umfassenden Ermittlungstätigkeiten erinnern trotz modernerer Methoden an das (sehr einträgliche) anfängliche Due-Diligence Geschäft im Transaktionsbereich, bei denen dutzende Anwälte über mehrere Wochen Regale voller Aktenordner durchsuchten und auswerteten.

Das Dienstleistungsangebot geht über die isolierte Durchführung von Ermittlungen hinaus und bezieht die präventive Implementierung von Compliance Systemen im Unternehmen und, falls erforderlich, auch die gerichtliche Verteidigung mit ein. Dabei werden sowohl die Unternehmensinteressen im Bußgeldverfahren vertreten, als auch die strafrechtliche Verteidigung einzelner Mitarbeiter übernommen. Die laufende Überwachung dagegen wird in den meisten Fällen durch das Unternehmen selbst sichergestellt. Eine Investigation wird erst dann eingeleitet, wenn intern der Verdacht von regelwidrigem Verhalten aufkommt.⁷¹ Die konkrete Dienstleistung „Interne Untersuchung“ besteht in einem ersten Schritt in der Sichtung und Strukturierung von meist mehreren Terrabyte großen Datensammlungen. Die Auswertung von Email-Kommunikation mit speziell dafür konfigurierten Programmen und Methoden aus der IT-Forensik stellt einen Schwerpunkt da. Mittels Keywords und Filter-Algorithmen werden die relevanten und aufschlussreichen Passagen im Rahmen der sog. „eDiscovery“ von der Masse separiert. Sobald ein möglicherweise involvierter Personenkreis identifiziert wurde, werden einzelne Personen in Mitar-

<https://www.juve.de/rechtsmarkt/stundensaeetze> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018); Zu dieser Einschätzung auch: <https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2016/11/nach-dieseltgate-ohne-compliance-geht-nichts-mehr-in-houseabteilungen> (zuletzt aufgerufen am 22.11.2018).

71 Eine ausführliche Beschreibung der nachfolgend nur schemenhaft skizzierten Schritte findet sich in: Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht/Grützner Kapitel 4 Rn. 75 ff.

beiter-Interviews „vernommen“. Während des ganzen Prozesses wird darauf geachtet, dass die Beweise auch in gerichtsverwertbarer Form (zivil-/arbeits-/strafrechtlich) erhoben werden um dem Unternehmen alle Möglichkeiten zu bewahren. Am Ende der Untersuchung wird ein Abschlussbericht übergeben der die Ergebnisse der Sachverhaltsaufklärung zusammenfasst und weitere Maßnahmen vorschlägt.⁷²

In Deutschland werden interne Untersuchungen bisher auf einer rein privatrechtlichen Ebene angeboten. Betroffene Unternehmen entscheiden selbst, wer und zu welchen Bedingungen mandatiert wird. In den Vereinigten Staaten sind Internal Investigations, wie dargestellt, gesetzlich verankert. Hier werden die mit der Untersuchung zu beauftragenden Kanzleien zum Teil in Absprache mit den US-Behörden ausgewählt, die diese als besonders vertrauenswürdig einstuft.⁷³ Dadurch wird die Neutralität und Unabhängigkeit der Ermittlungen nicht sichergestellt, aber zumindest unterstrichen, während dem naheliegenden Gedanken einer mandatierten und bezahlten „Interessenvertretung“ entgegengewirkt wird.

II. Fragestellung und Methodik

1. Fragestellung und Aufbau der Untersuchung

Sachverhaltsaufklärung bedeutet in erster Linie Informationsgewinnung. Ein zentrales Element interner Untersuchungen ist die Übermittlung dieser Erkenntnisse. Der Informationsaustausch findet zunächst zwischen den privaten Ermittlern und den Unternehmensverantwortlichen statt. Aber auch innerhalb des Unternehmens werden diese Informationen an verschiedene Entscheidungsträger weitergegeben. Ist das betroffene Unternehmen in eine Konzernstruktur eingegliedert, werden Dokumente regelmäßig auch mit der Muttergesellschaft geteilt oder zwischen den verschiedenen konzernierten Gesellschaften transferiert. Diese wiederum können selbst ein Interesse daran haben die Auswertungen weiteren Personen oder Stellen zur Verfügung zu stellen. Losgelöst von diesem privatrechtlichen „Innenverhältnis“ werden gewonnene Erkenntnisse auch mit staatlichen Ermittlungsbehörden ausgetauscht. Ob diese Informationen freiwillig her-

72 Momsen/Grützner, Wirtschaftsstrafrecht/Grützner Kapitel 4 Rn. 435 ff.

73 Im Fall Siemens wurde die US-Kanzlei Debevoise & Plimpton von der SEC als besonders vertrauenswürdig eingestuft: Momsen, ZIS 2011, 508 (510); Jahn StV 2009, 41 (43).

ausgegeben werden oder die Einsichtnahme mit Zwangsmitteln durchgesetzt wird ist stets eine Frage des Einzelfalls und der Strategie der beteiligten Akteure. Deren Einstellung hierzu kann sich im Laufe einer Ermittlung durchaus wandeln. All diese Parameter sind jedoch maßgeblich für die rechtliche Beurteilung der Informationsübermittlung. Jede Komponente ist für sich genommen dazu geeignet die Rechtmäßigkeit des einzelnen Informationsübertragungsaktes zu beeinflussen – und das simultan in mehreren Rechtsgebieten und verschiedenen Jurisdiktionen. Der Austausch von Informationen zwischen den Beteiligten im Rahmen einer internen Untersuchung stellt einen Zusammenhang zwischen dem nationalen und europäischen Datenschutzrecht, den strafprozessualen Verfahrensrechten des Beschuldigten und allgemeinen Verfahrensgrundsätzen im Strafprozess her. Diesem Zusammenhang, sowie den einzelnen Auswirkungen auf die betroffenen Rechtsgebiete durch die private Informationserhebung und der korrespondierenden „Informationsverschiebung“ möchte sich die folgende Untersuchung annehmen.

In ihrem *ersten Teil* soll systematisch erforscht werden, ob sich die im Rahmen von Internal Investigations beschriebene Informationsgewinnung privater Ermittler mit den Prinzipien und übergeordneten Leitbildern der StPO vereinbaren lässt. Untersucht wird die Tragfähigkeit bekannter, strafprozessualer Verfahrensgrundsätze, sowie –rechte. Moderne Entwicklungen bestimmen zunehmend und in immer höherem Tempo die praktische Rechtswirklichkeit, während die legislativen Grundlagen häufig unverändert bestehen bleiben. Das muss nicht, kann jedoch dazu führen, dass die rechtlichen Vorgaben überdehnt werden. Der Gesetzgeber kann gerade mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz nicht alle zukünftigen Entwicklungstendenzen antizipieren und mit weit gefassten Tatbeständen „auffangen“. Die Konsequenz dessen ist zunächst, dass sich die Praxis wieder dem geltenden Recht anzupassen hat. Das Gesetz zieht nach wie vor die Außen Grenzen und bestimmt die Handlungsmöglichkeiten der Adressaten. Und dennoch kann der praktische Gesetzesübertritt nahelegen, dass die bisherigen gesetzlichen Grundlagen aufgrund zeitlicher Überholung reformbedürftig sind bzw. es der erstmaligen Schaffung spezifischer Vorschriften bedarf. Unveränderlich – bzw. durch Art. 79 GG mit hohen Hürden versehen – sind dagegen die hinter dem Gesetzeskonstrukt stehenden verfassungsrechtlichen Grundsätze und Aussagen. Gerade vor dem Hintergrund mög-

licher legislativer Novellen⁷⁴ möchte die Arbeit auch diesen Aspekt in den Blick nehmen.

Anknüpfend an diese Gedanken widmet sich die Arbeit in ihrem *zweiten Teil* der Frage, ob eine Umgehung strafprozessualer Prinzipien und Rechte droht, wenn Dritten die privaten Ermittlungsergebnisse zur Verfügung gestellt werden. Auch der eigenmächtige Zugriff durch Strafverfolgungsbehörden wird thematisiert. Der Schwerpunkt der Untersuchung möchte Antworten darauf finden, wie einer möglichen Aushebelung strafprozessualer Beschuldigtenrechte begegnet werden kann. Ein Thema, das sich bei der Bewertung des Informationsaustauschs förmlich aufdrängt, ist das Datenschutzrecht. Hier zeigt sich nicht nur ein Zusammenhang dergestalt, dass sich die Rechtmäßigkeit des Informationsaustauschs nach dem Strafprozessrecht und dem Datenschutzrecht isoliert beurteilt werden kann – vielmehr korrelieren beide Regelungsregime *aufgrund* der Informationsübertragung unmittelbar miteinander. Zu prüfen ist daher, ob das Datenschutzrecht als Korrektiv möglicher rechtsstaatlicher Defizite eines Kooperationsverhältnisses Privat/Staat dienen kann. Dazu werden die Möglichkeiten und Grenzen des Informationsaustausches am Maßstab des neu strukturierten Datenschutzrechtes ausgelotet. Auch soll dargestellt werden, inwieweit das Datenschutzrecht Parallelen zu strafprozessualen Grundsätzen aufweist und infolgedessen zu angeglichenen Beweiserhebungsbedingungen im staatlichen und privaten Verhältnis führt. Daneben haben sich interne Untersuchungen in der Praxis vor allem in größeren, konzerntierten Unternehmen etabliert. Abhängigkeiten und mehrere Beteiligte erhöhen die Notwendigkeit eines Informationsaustausches. Insbesondere grenzüberschreitende Sachverhalte werfen aufgrund unterschiedlicher rechtlicher Rahmenbedingungen und eines grundlegend anderen Verständnisses der Reichweite ihrer Jurisdiktion interessante Rechtsfragen auf. Konkret sollen neben den datenschutzrechtlichen Grenzen eines transnationalen Informationsaustauschs durch eine deutsche (Unter-)Gesellschaft auch die eigenständigen, extraterritorialen Zugriffsmöglichkeiten der US-Behörden auf im EWR liegende Daten betrachtet werden. Aufgrund der größten Relevanz beschränkt sich die Untersuchung auf die US-Jurisdiktion und den deutschen Rechtsraum inklusive europarechtlicher Vorgaben.

74 Vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14. März 2018, 19. Legislaturperiode, S. 126.

A. Einführung

2. Methodik

Die Fragestellung ist im Hinblick auf den Gesetzesmaßstab dogmatischer Natur, knüpft dabei jedoch an die tatsächlichen Gegebenheiten in der Praxis an und will prüfen, ob und wie beide Seiten auf einen gemeinsamen Nenner gebracht werden können. Die Grenze der Ausgestaltungsfreiheit verläuft jedoch stets am geltenden Recht. Daher bedarf es bei der Erforschung der Reichweite und Tragfähigkeit der betroffenen Normen und Prinzipien sinnvollerweise der vier Auslegungsmethoden. Neben der eigenständigen Herleitung und Subsumtion soll auch miteinbezogen werden, wie sich die einfach- und verfassungsrechtliche Rechtsprechung aus einem praktischen Blickwinkel diesen Fragen angenommen hat. Die Arbeit möchte erörtern ob sich hierbei eine Linie entwickelt hat, die belastbare Rückschlüsse und übertragbare Ergebnisse auf das Untersuchungsthema zulässt.

B. Der Einsatz privater Ermittler im Allgemeinen

1. Historischer Kontext

Ermittlungsbemühungen privater Personen – und nichts anderes stellen auch Internal Investigations in ihrer Abstraktion dar – sind gewiss kein neues Phänomen. Vor einem historischen Hintergrund gewannen private Verfolgungskräfte immer dann an gesellschaftlichem Einfluss, wenn der Staat sich aus diesem Aufgabenbereich zurückzog oder aber aufgrund personeller oder finanzieller Unzulänglichkeiten keine Gewähr mehr für Sicherheit und Ordnung in seinem territorialen Geltungsbereich leisten konnte.⁷⁵ So führte von einem deutschen Blickwinkel aus betrachtet vor allem der erste Weltkrieg und nachfolgend die Zeit der Weimarer Republik zu einem rasanten Anstieg des privaten Sicherheitsgewerbes.⁷⁶ Dagegen propagierten die Nationalsozialisten nach ihrem Selbstverständnis einen starken Staat, der für die Durchsetzung von Sicherheit und Ordnung nicht auf die Hilfe von Privatrechtssubjekten angewiesen sei.⁷⁷ Nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes und einem vom Krieg gezeichneten Deutschland stieg die Kriminalitätsrate erneut und sorgte im Zusammenspiel mit einer ineffektiven Militärpolizei wieder für Auftrieb im Bereich privater Detekteien.⁷⁸ Die infolge des Aufschwungs sich wieder etablierenden Wirtschaftsunternehmen sorgten dafür, dass sich die Tätigkeit vor allem auf die Aufklärung von Werks- und Industriespionage konzentrierte,⁷⁹ während die Aufgabe der Gefahrenabwehr im generellen wieder gesellschaftlich als originäre Zuständigkeit staatlicher Behörden anerkannt wurde.

75 Peilert, *Auskunftei- und Detektivgewerbe*, S. 88 ff., 99; Mende, *Grenzen privater Ermittlungen*, S. 33 ff.

76 Peilert, *Auskunftei- und Detektivgewerbe*, S. 92.

77 Peilert, *Auskunftei- und Detektivgewerbe*, S. 93.

78 Peilert, *Auskunftei- und Detektivgewerbe*, S. 84, 93 ff.; zumindest in Westdeutschland und der späteren BRD. In der sowjetischen Besatzungszone wurden Auskunfteien und Detekteien verboten (Befehl Nr. 136 der Sowjetischen Militär-Administration vom 3.6.1947).

79 Mende, *Grenzen privater Ermittlungen*, S. 38.

II. Erscheinungsformen und Stand der Forschung

Private Ermittlungen werden aus den unterschiedlichsten Beweggründen geführt.⁸⁰ Von Interesse soll vorliegend die Beteiligung Privater im Ermittlungsverfahren und dementsprechend die Aufklärung strafrechtlich relevanter Tatsachen sein. In diesem Abschnitt sollen zunächst nur Ermittlungen berücksichtigt werden, die aus eigenem Antrieb heraus unternommen werden. „Private“ Ermittlungen, die sich auf staatliche Veranlassung zurückführen lassen, können nicht als originäres privates Handeln angesehen werden.⁸¹

Grundsätzlich lassen sich Ermittlungen Privater im Kontext eines Strafverfahrens in drei Gruppen einteilen: Zunächst ist an Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat zu denken, konträr dazu an Sachverhaltsausforschungen durch den Täter einer Straftat und unabhängig von einer „materiellen Beteiligung“ an der Tat können auch Dritte eigene Aufklärungsversuche unternehmen. Als problematischste Gruppe sind die Ermittlungen durch den Verletzten einer Straftat hervorzuheben. Die VW-Lopez Affäre der frühen neunziger Jahre⁸² wurde im juristischen Schrifttum zum Anlass genommen sich näher mit dieser strafverfahrensrechtlichen Konstellation auseinanderzusetzen. Insbesondere sind in diesem Zusammenhang die drei Monographien von *Krey*, *Hassemer/Matussek* und *Mende* zu nennen.

Krey befasst sich im Schwerpunkt mit der prinzipiellen Zulässigkeit privater Ermittlungen und ihren Schranken. Darüber hinaus spricht er am Rande auch sich anschließende Verwertbarkeitsfragen an.⁸³ Er erkennt eine grundsätzliche und umfassende Möglichkeit privater Ermittlungen an und leitet diese vor allem aus dem Menschenbild des Grundgesetzes und der Stellung des Verletzten im Strafverfahren ab. Bei diesen Ermittlungen darf sich der Verletzte Rechtsanwälten und Detektiven bedienen.⁸⁴ Gegenläufig

80 Bspw. zur Erlangung beweisheblicher Tatsachen im Zivilprozess oder präventiv zur Verhinderung weiterer Schäden.

81 Mende, Grenzen privater Ermittlungen, S. 63 ff.

82 Die Adam Opel AG und General Motors Corporation beauftragten 1993 Rechtsanwälte mit der umfassenden Durchführung interner Recherchen gegen ihren früheren Mitarbeiter Lopez und weitere Mitarbeiter nach dessen Wechsel zur Volkswagen AG wegen des Verdachts des Geheimnisverrats (§ 17 UWG) und der Untreue (§ 266 StGB).

83 Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen, S. 19 f.

84 Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen, S. 50.

seien vor allem die Vorschriften des materiellen Strafrechts und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu beachten.⁸⁵

Hassemer/Matussek widersprechen recht deutlich dieser Annahme: Das Legalitätsprinzip, die Wahrheitsermittlung und der Grundsatz der Aktenwahrheit führen dazu, dass private Ermittlungen nicht in den deutschen Strafprozess passen.⁸⁶

Mende nimmt zeitlich nachfolgend eine umfassendere Untersuchung vor. Er kommt zu der Einschätzung, dass staatlich initiierte Privatermittlungen und eigeninitiativ durchgeführten Privatermittlung nicht einer einheitlichen rechtlichen Betrachtung zugeführt werden können.⁸⁷ Rein private Ermittlungen sieht er jedoch im Hinblick auf das staatliche Repressionsmonopol, dem Funktionsvorbehalt, die Grundrechtsgefährdung Dritter und dem strafprozessualen Gefüge als problematisch an. Auch er zeigt auf, dass der Verletzte im Regelfall nicht selbst ermittelt, sondern sich professioneller Ermittler aus dem privaten Sicherheitsgewerbe bedient.⁸⁸

Bockemühl teilt die Ansicht, dass staatlich veranlasste und eigeninitiativ durchgeführte Privatermittlungen getrennt werden müssen.⁸⁹ Seine Untersuchung beschränkt sich allerdings nicht auf den Verletzten einer Straftat. Im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht sieht er die Grundlage für ein Recht auf eigene Ermittlungstätigkeiten des Verletzten und des Beschuldigten.⁹⁰

In einer neueren Abhandlung befasst sich *Reeb* ebenfalls mit der Legitimation privater Ermittlungstätigkeiten. Die grundsätzliche Zulässigkeit sei nicht im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, sondern in der handlungsbezogenen Allgemeinen Handlungsfreiheit zu erblicken.⁹¹ Grenzen ergeben sich aus dem Funktionsvorbehalt, der einen Ermittlungsvorrang der Behörden statuiere, und den Regeln der StPO.⁹² Private Ermittlungen des Beschuldigten sind aufgrund seiner subjektiven Stellung im Strafverfahren zulässig – der Verletzte dagegen sei nicht Verfahrensobjekt. Der Verletzte kann sich auf einzeln normierte Ermittlungsbefugnisse außerhalb der StPO stützen.⁹³

85 Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen, S. 105.

86 Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, S. 24, 85.

87 Mende, Grenzen privater Ermittlungen, S. 63.

88 Mende, Grenzen privater Ermittlungen, S. 243 ff.

89 Bockemühl, Private Ermittlungen, S. 31, 47.

90 Bockemühl, Private Ermittlungen, S. 47.

91 Reeb, Internal Investigations, S. 28 f.

92 Reeb, Internal Investigations, S. 32 ff.

93 Reeb, Internal Investigations, S. 34, 40.

Auch *Stoffer* widmet ein Kapitel der Zulässigkeit und Reichweite eigeninitiativ durchgeführter Privatermittlungen. Nach ihr ist ein privates Ermittlungsrecht des Verletzten grundsätzlich anzuerkennen. Ein staatliches Ermittlungsmonopol, das private Nachforschungen grundsätzlich entgegenstehen würde, sei nicht existent. Die Subjektstellung im Strafverfahren ermöglichen eigeninitiativ geführte Privatermittlungen sowohl von Beschuldigtem als auch Verletztem. Die allgemeine Handlungsfreiheit – respektive speziellere Grundrechte – sichert dieses Recht auch nicht am Verfahren beteiligten Dritten zu.⁹⁴

III. Rechtliche Grundlagen und Grenzen

Gerade in rechtlicher Hinsicht bedarf es einer genauen Differenzierung der einzelnen privat tätig werdenden Akteure. Ermittlungen die unmittelbar durch den Verletzten selbst geführt werden, lassen sich strukturell anders rechtfertigen als die des Beschuldigten. Auch die Rechtsgrundlage für die Tätigkeit „professioneller Ermittler“ unterscheidet sich hiervon und richtet sich nach der spezifischen Interessenvertretung und natürlich dem jeweils ausgeübten Beruf. Nachstehend soll aufgrund der bereits umfassend erfolgten Untersuchung lediglich eine kurze eigene Bewertung des legislativen Grundgerüsts privater Ermittlungstätigkeiten folgen. An dieser Stelle werden das Offizialprinzip, das Legalitätsprinzip sowie der Amtsermittlungsgrundsatz bewusst nicht berücksichtigt. Daher sind die Aussagen vorbehaltlich des weiteren Untersuchungsgangs zu verstehen. Die ausführliche Untersuchung der Vereinbarkeit privater Ermittlungstätigkeiten speziell aus dem Blickwinkel dieser strafprozessualen Prinzipien ist gerade Teil dieser Arbeit. Insofern wird auf die jeweiligen Kapitel verwiesen.

1. Eigenständig durchgeführte Ermittlungen des Verletzten

Die grundsätzliche Zulässigkeit könnte sich aus dem bereits 1974 ergangenen Rechtsbeistands-Beschlusses des *BVerfG*⁹⁵ ergeben. Dieser manifestiert das Recht des Einzelnen auf „aktive Teilnahme [...] an dem ihm zukommenden Rechtsschutz“.⁹⁶ Das Verständnis wurzelt im Menschenbild des Grund-

94 *Stoffer*, Privatisierung strafprozessuales Ermittlungsverfahren, S. 212 f.

95 *BVerfGE* 38, 105 (105 ff.).

96 *BVerfGE* 38, 105 (114).

gesetzes aus Art. 1 Abs. 1 GG. Dieses verbietet es einen Mensch zum bloßen Objekt der staatlichen Gewalt zu degradieren, mit dem je nach Belieben der Obrigkeit verfahren werden kann.⁹⁷ In einem Rechtsstaat wird die Gewaltausübung durch Recht und Gesetz begrenzt. Bei Verfehlungen muss dem Betroffenen effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden (Argument der Waffengleichheit).⁹⁸ Erst wenn er diesen auch aktiv in eigener Person wahrnehmen und damit der staatlichen Gewaltausübung effektiv entgegenzutreten kann, ist er nicht mehr Objekt des Verfahrens, sondern ein selbstständiges Subjekt. Diese Interpretation prägt sich grundrechtlich im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Verfahrensbeteiligten aus.⁹⁹

Übertragen auf die vorliegende Fallkonstellation bedeutet dies: Zunächst müsste der Strafprozess dem durch eine Straftat Verletzten Rechtsschutz bieten. Dieser Rechtsschutz müsste sich in Verfahrensrechten ausdrücken, die an den Verletzten adressiert sind. Diese Verfahrensrechte wiederum müssten zu ihrer tatsächlichen und effektiven Ausübung eigene Ermittlungen erfordern. Kann diese Kausalkette bejaht werden, vermittelt das „Recht auf aktive Teilnahme an seinem Rechtsschutz“ eine solche Ermittlungsbefugnis. Bereits der Rechtsschutzaspekt des Strafverfahrens wirft Fragen auf. Grundsätzlich dient es dazu den *staatlichen* Strafanspruch durchzusetzen, auf den sich der Verletzte gerade nicht berufen kann.¹⁰⁰ Das deutsche Strafverfahren kennt keinen Parteienprozess,¹⁰¹ die Anklage wird vielmehr durch die Staatsanwaltschaft vertreten. Sie ermittelt grundsätzlich objektiv und berücksichtigt sowohl be- als auch entlastende Umstände.¹⁰² Insofern kann die Staatsanwaltschaft auch nicht als „Prozessstandschafter“ des Verletzten betrachtet werden. Einzelne Stimmen räumen dem Opfer einer Straftat daher keine subjektive Stellung im Strafverfahren ein.¹⁰³ Diese Einschätzung entspricht jedoch zu Recht nicht der

97 Vgl. BVerfGE 27, 1 (6); BVerfGE 9, 89 (95).

98 BVerfGE 38, 105 (111).

99 BVerfGE 38, 105 (114).

100 Beulke, Strafprozessrecht, § 1 IV 1 Rn. 3, 6.

101 Anders dagegen die Situation in den USA, vgl. in diesem Kontext: Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, S. 29 ff.

102 Beulke, Strafprozessrecht, § 5 I 1 Rn. 79.

103 Reeb, Internal Investigations, S. 34; Brunhöber, GA 2010, 571 (574): Sowohl Reeb, als auch Brunhöber sprechen von „Gegenstand“ des Verfahrens und verkennen damit den Kern des Beschlusses, nämlich die *notwendige Subjektivierung* der involvierten Bürger; (wohl) Volckart, JR 2005, 181 (186); vgl. auch Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, S. 17 ff.

herrschenden Meinung.¹⁰⁴ Sie übersieht die ganz grundlegende Aussage des Beschlusses, dass jedem Bürger, der in einen justizförmigen Prozess involviert ist, eine verfahrensmäßig selbstständige Stellung eingeräumt wird.¹⁰⁵ Es kommt gerade nicht auf eine „Parteistellung“ an.¹⁰⁶ Der Verletzte ist dementsprechend zumindest als Zeuge Prozessbeteiligter¹⁰⁷ und damit zwingend Subjekt des Verfahrens. Inwiefern er aus dieser Stellung eigene Rechte geltend machen kann, ist eine davon unabhängige Frage des jeweilig zugrundeliegenden Verfahrensrechts.

Maßgeblich für die Bejahung der Kausalkette ist dementsprechend, ob die StPO dem Verletzten konkreten Rechtsschutz gewährt, der die Durchführung von Ermittlungen erforderlich macht. Der Gesetzgeber hat es sich in den vergangenen Jahren und Jahrzehnten zur Aufgabe gemacht, die Rechte des Verletzten im Strafverfahren umfassend aufzuwerten.¹⁰⁸ Das 5. Buch der StPO behandelt die Beteiligung des Verletzten am Verfahren. Relevant für ein ableitbares Ermittlungsrecht sind insbesondere die Vorschriften über das Adhäsionsverfahren in den §§ 403 ff StPO. Ist dem Verletzten durch die Straftat ein Vermögensschaden entstanden, erlaubt ihm § 403 StPO seinen damit korrespondierenden zivilrechtlichen Anspruch im Strafverfahren geltend zu machen. Zwar gilt auch für die zivilrechtliche Tatsachenaufklärung durch das Strafgericht der Amtsermittlungsgrundsatz.¹⁰⁹ Dennoch wird vom Verletzten erwartet, dass er die konkreten Beweismittel selbst angibt.¹¹⁰ Auch im Hinblick auf die Beurteilung der Erfolgsaussichten eines solchen Antrags muss es ihm bereits im Vorfeld möglich sein eigene Nachforschungen anzustellen. Ein Antrag „ins Blaue hinein“ ist ihm aufgrund der Kostenregelung des § 472a Abs. 2 StPO nicht zumutbar. Insofern wirkt sich hier die „Importierung“ der zivilrechtlichen Partei in den Strafprozess auf die subjektive Rechtsstellung des Verletzten aus. Die Parallelität von Straftat und zivilrechtlichem Anspruch bietet

104 Siehe hierzu nur: Schöch, NStZ 1984, 385; Rieß, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, S. 9 f., 51; Hölscher/Trück/Hering, NStZ 2008, 673 (675 f.); Kilchling, NStZ 2002, 57.

105 BVerfGE 38, 105 (112).

106 BVerfGE 38, 105 (114).

107 So auch: Stoffer, Privatisierung strafprozessuales Ermittlungsverfahren, S. 161.

108 Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 (BGBl. I 1986, S. 2496); Opferrechtsreformgesetz vom 24.6.2004 (BGBl. I 2004, S. 1354); 2. Opferrechtsreformgesetz vom 29.7.2009 (BGBl. I 2009, S. 2280); 3. Opferrechtsreformgesetz vom 21.12.2015 (BGBl. I 2015, S. 2525).

109 Stoffers/Möckels, NJW 2013, 830.

110 Höher/Mergner, NZV 2013, 373.

einen weiteren Grund für das Erfordernis eigener Ermittlungen des Verletzten. Zwar bindet das Strafurteil den Zivilrichter weder in tatsächlicher, noch in rechtlicher Hinsicht.¹¹¹ Empirisch lässt sich jedoch eine *faktische Präjudiz*¹¹² des strafrechtlich ermittelten Sachverhalts für den nachfolgenden Zivilprozess feststellen.¹¹³ Vor dem Hintergrund des Beibringungsgrundsatzes wäre seine Position im Zivilverfahren gegenüber dem strafrechtlich Beschuldigten auf der zivilprozessualen Beklagtenseite erheblich verschlechtert – dieser darf nämlich, wie gleich noch zu zeigen sein wird, eigene Ermittlungen anstrengen.¹¹⁴ Daneben zeigen die Auskunfts- und Akteneinsichtsansprüche des Verletzten aus §§ 406d, 406e StPO, dass sein grundsätzliches Interesse an der Aufklärung der Tat legislativ berücksichtigt wurde.¹¹⁵ Ob sich aus diesen Rechten allerdings ein spezifisches Ermittlungserfordernis ergibt, kann bezweifelt werden. Zusätzlich normiert die StPO für bestimmte Gruppen von Verletzten unmittelbare und umfassendere Nachforschungsmöglichkeiten. Der Betreiber eines Klageerzwingungsverfahrens muss gem. § 172 Abs. 3 S. 1 StPO die Tatsachen und die Beweismittel, welche die Erhebung der öffentlichen Klage begründen sollen, in seinem Antrag mit angeben. Freilich ist das ohne eine Berechtigung zur Durchführung eigenständiger Nachforschungen nicht möglich.¹¹⁶ Der Privatkläger gem. §§ 374 ff StPO nimmt im Rahmen bestimmter Katalogtaten die Funktion der Staatsanwaltschaft ein.¹¹⁷ Bereits aus diesem Aspekt ist das Erfordernis eines eigenen Ermittlungsrechts evident.¹¹⁸ Darüber hinaus sichert § 397 StPO dem Nebenkläger wesentliche Strafverfahrensrechte zu. Insbesondere ein eigenes Beweisantrags-, Frage- und Ablehnungsrecht offenbaren die Notwendigkeit eigener Informationsbeschaffungsmaßnahmen.¹¹⁹

Dementsprechend ist die anfangs erwähnte Kausalkette zu bejahen. Ein Ermittlungsrecht des durch eine Straftat Verletzten kann in grundsätzlicher Hinsicht angenommen werden.

111 Foerster, Transfer, S. 17.

112 Foerster, Transfer, S. 10.

113 Zu dieser „*Sachverhaltsfestschreibung*“ durch den Strafprozess ausführlich: Stoffer, Privatisierung strafprozessuales Ermittlungsverfahren, S. 165 (m.w.N).

114 Stoffer, Privatisierung strafprozessuales Ermittlungsverfahren, S. 165 f.

115 Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen, S. 28.

116 Vgl. Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen, S. 33.

117 BeckOK StPO/Valerius StPO § 374 Rn. 2.

118 So auch: Bockemühl, Private Ermittlungen, S. 37; a.A.: Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, S. 21.

119 Ebenfalls: Stoffer, Privatisierung strafprozessuales Ermittlungsverfahren, S. 162.

2. Eigenständig durchgeführte Ermittlungen des Beschuldigten

Während die Ermittlungsbefugnis für das Opfer einer Straftat einen erhöhten Begründungsaufwand erfordert, lässt sich ein solches Recht zu entlastenden Ermittlungstätigkeiten durch den Beschuldigten wesentlich leichter bejahen. Als ein von staatlicher Gewaltausübung unmittelbar Betroffener ist seine Subjektstellung im Strafverfahren unbestritten.¹²⁰ Die StPO dient ganz maßgeblich seinem Schutz und enthält weitgehende Beschuldigtenrechte die seine Stellung im Verfahren stärken und ihm mithin Rechtsschutz gewähren.¹²¹ Als ein solches ist das eigenständige Beweisantragsrecht des Angeklagten in der Hauptverhandlung gem. § 244 Abs. 3 – 6 StPO zu nennen.¹²² Ein Beweisantrag muss eine bestimmte Tatsachenbehauptung enthalten und ein darauf bezogenes, von der StPO zugelassenes Beweismittel bezeichnen.¹²³ Die Rechtsprechung des BGH legt an die Bestimmtheit beider Aspekte einen strengen Maßstab an.¹²⁴ Wird diesem nicht genügt, droht das Vorliegen eines bloßen Beweisermittlungsantrags¹²⁵ oder sogar lediglich einer Beweisanregung.¹²⁶ Das hat zur Konsequenz, dass die abschließend geregelten (strengeren) Ablehnungsgründe für Beweisanträge nicht zur Anwendung gelangen und sich das Gericht mit dem Vorgebrachten nur im Rahmen seiner Aufklärungspflicht beschäftigen muss.¹²⁷ Insbesondere müssen Tatsachenbehauptungen als feststehend dargestellt werden und dürfen nicht „aufs Geratewohl“ bzw. „ins Blaue hinein“ aufgestellt werden.¹²⁸ Allein aus diesem Grund müssen einem Beweisantragsberechtigten zur effektiven Wahrnehmung seines Rechts eigene Ermittlungen zugestanden werden.¹²⁹ Der Verweis auf den prozessual schwächeren Beweisermittlungsantrag wäre weniger wirkungsvoll und daher mit dem Rechtsbeistandsbeschluss (und allgemein mit Art. 19 Abs. 4 GG) nicht vereinbar.

120 BVerfGE 45, 187 (227 f.); BVerfGE 63, 380 (390).

121 MüKoStPO/Kudlich, StPO Einleitung Rn. 282.

122 RGRspr. 6, 453 (454); Beulke, Strafprozessrecht, § 22 I I Rn. 434.

123 MüKoStPO/Trüg/Habetha StPO § 244 Rn. 95; Beulke, Strafprozessrecht, § 22 I I Rn. 435; BGH NStZ 1998, 97.

124 BGH, NJW 1991, 435; BGH, NJW 1993, 2881; vgl. auch BGH NStZ 2000, 437.

125 MüKoStPO/Trüg/Habetha StPO § 244 Rn. 101.

126 KK-StPO/Krehl StPO § 244 Rn. 103.

127 Beulke, Strafprozessrecht, § 22 I I Rn. 435.

128 BGH, NStZ 2013, 536 (537); BGH NStZ 1992, 397.

129 Eckhardt, Private Ermittlungsbeiträge, S. 8.

Gem. §§ 163a Abs. 2, 166 Abs. 1 StPO und 201 Abs. 1 S. 1 StPO stehen ihm ähnlich ausgestaltete Beweisantragsrechte auch im Ermittlungs- und Zwischenverfahren zu. Auch wenn es sich hierbei inhaltlich gesehen eher um Beweisermittlungsanträge handelt,¹³⁰ müssen dem Be- bzw. Angeschuldigten zu einer effektiven Wahrnehmung auch in dieser Phase Nachforschungen auf eigene Initiative möglich sein. Im rechtsstaatlichen Gefüge dient das Ermittlungsrecht des potentiellen Täters der Kontrolle, sowie der Ausgeglichenheit der Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft.¹³¹

3. Ermittlungen durch nicht an der Tat beteiligte Dritte

Die Sachverhaltsausforschung durch Dritte erfolgt zumeist aufgrund des Auftrags des Verletzten oder des Beschuldigten, der sich zur Durchführung seiner „eigenen Ermittlungen“ an professionelle Helfer wie Anwälte, Detekteien und Auskunfteien wendet.¹³² Eine solche Delegation an erfahrene und häufig besser ausgestattete Ermittler muss bei einer konsequenten Anwendung als vom Rechtsbeistandsbeschluss umfasst betrachtet werden.¹³³ Die aktive Teilnahme an seinem Rechtsschutz soll gerade die Effektivität seiner Verfahrensrechte sicherstellen. Die grundsätzliche Möglichkeit eigene Ermittlungen zu übertragen entbindet selbstverständlich die Dritten nicht von einer eigenen Legitimation ihres Handelns.

a) Ermittlungsrecht des Verteidigers

Ein eigenes Ermittlungsrecht des Verteidigers könnte ebenfalls aus der Kausalkette des Rechtsbeistandsbeschlusses hergeleitet werden. Der als Beistand gewählte oder bestellte Verteidiger ist Verfahrensbeteiligter mit eigenen Verfahrensrechten und damit Prozesssubjekt.¹³⁴ Allerdings dient der Strafprozess nicht seinem eigenen Rechtsschutz. Der Verteidiger soll vielmehr die Rechtsstellung des Beschuldigten im Prozess verstärken und eine möglichst effektive Wahrnehmung seiner Verfahrensrechte gewährleis-

130 MüKoStPO/Trüg/Habetha StPO § 244 Rn. 93.

131 Stoffer, Privatisierung strafprozessuales Ermittlungsverfahren, S. 155.

132 Mende, Grenzen privater Ermittlungen, S. 33; Böckemühl, Private Ermittlungen, S. 38; Krey, Zur Problematik privater Ermittlungen, S. 39 ff.

133 Im Ergebnis auch: Brunhöber, GA 2010, 571 (574).

134 Beulke, Strafprozessrecht, § 1 IV 1 Rn. 2a.

ten.¹³⁵ Etwaige Ermittlungen würden daher keine aktive Beteiligung an seinem, sondern am Rechtsschutz des Beschuldigten bedeuten. Aus dieser Überlegung ergibt sich jedoch zumindest eine mittelbare Herleitung: Soweit dem Beschuldigten ein eigenes Ermittlungsrecht zukommt, muss ein solches auch seinem Verteidiger zustehen. In seiner Funktion nimmt er dessen Rechte in tatsächlicher Hinsicht für ihn wahr.¹³⁶ Dadurch wird die Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren abgesichert und verwirklicht.¹³⁷

Damit er die Rechte des Beschuldigten bestmöglich durchsetzen kann, kommen ihm darüber hinaus auch eigenständige Verfahrensrechte zu, mit denen er selbstständig und unabhängig vom Willen des Beschuldigten in das Verfahren eingreifen kann.¹³⁸ Insbesondere das umfassende Akteneinsichtsrecht aus § 147 Abs. 1 und Abs. 3 StPO spricht für ein vom Gesetzgeber anerkanntes Nachforschungsrecht des Verteidigers. Letztlich zeigt auch hier das selbstständige Beweisantragsrecht,¹³⁹ dass eine effektive Verteidigung erst mit einem gewissen Kenntnisstand möglich ist.¹⁴⁰ Das macht ein eigenes Nachforschungsrecht erforderlich.¹⁴¹

b) Ermittlungsrecht des Verletztenbeistands

Daneben kann sich auch der Verletzte im Strafprozess eines Rechtsbeistandes bedienen, § 406f Abs. 1 S. 1 StPO.¹⁴² Das gilt bereits im Ermittlungsverfahren.¹⁴³ Diesem wird zwar kein eigenes Beweisantragsrecht eingeräumt.¹⁴⁴ Allerdings darf der Verletztenbeistand im Rahmen seiner Vertretung von allen Rechten Gebrauch machen die dem Verletzten selbst zustehen.¹⁴⁵ Da ein eigenes Ermittlungsrecht des Verletzten bejaht werden muss, ist ein solches auch dem Rechtsbeistand zu gewähren. Ferner darf er

135 BeckOK StPO/Wessing StPO § 137; Jahn, StV 2014, 40 (45 f.).

136 BGH, DtZ 1995, 303; vgl. auch Brunhöber, GA 2010, 571 (573) für den Fall, dass sich der Beschuldigte in Untersuchungshaft befindet.

137 Jahn, StV 2014, 40 (45 f.).

138 BGH, DtZ 1995, 303; vgl. NSStZ 2009, 581.

139 BGH, NSStZ 2009, 581.

140 So auch: Jungfer, StV 1989, 495 (498).

141 Vgl. anstatt vieler: BGH, NJW 2000, 1277 (1278).

142 Vgl. zum Zeugen: BVerfG, NJW 1975, 103.

143 BeckOK StPO/Weiner StPO § 406f Rn. 2.

144 MüKoStPO/Trüg/Habetha StPO § 244 Rn. 142.

145 BT-Drucks. 16/12098, S. 36.

den Verletzten bei der Vernehmung beraten und Fragen an diesen gem. §§ 238, 242 StPO beanstanden.¹⁴⁶ Ebenso stehen dem Verletztenbeistand gem. § 406e StPO Akteneinsichtsrechte zur Verfügung, die eine gesetzlich gewollte Nachforschungsberechtigung belegen.

c) Ermittlungsrecht von Detekteien und Auskunfteien

Demgegenüber handelt es sich bei Detekteien und Auskunfteien in der Regel um nicht am Prozess beteiligte Dritte – vorausgesetzt einzelne Mitarbeiter werden nicht als Zeugen vernommen. Aus strafprozessualer Sicht vermag nur die Vorschrift des § 475 Abs. 4 StPO Aufklärungstätigkeiten von Privatpersonen bzw. nicht öffentlichen Stellen zu berücksichtigen.¹⁴⁷ § 475 Abs. 4 StPO ist Anspruchsgrundlage und richtet sich auf die Übermittlung von Daten aus laufenden bzw. abgeschlossenen Verfahren an nicht prozessbeteiligte Private.¹⁴⁸ Noch deutlicher zeigt sich das gesetzgeberische Bekenntnis zu gewerblichen privaten Ermittlungstätigkeiten in der Gewerbeordnung.¹⁴⁹ § 38 Abs. 1 Nr. 2 GewO nennt Detekteien und Auskunfteien explizit im Katalog des überwachungsbedürftigen Gewerbes. Mangels gesetzlicher Sonderrechte für den Detektivberuf können Ermittlungen nur in der Form geführt werden, wie sich „Jedermann“ verhalten darf.¹⁵⁰ Die Tätigkeit wird dabei durch Art. 12 GG, bzw. subsidiär durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

4. Grenzen privater Ermittlungsbefugnisse

Ein gesetzlich ableitbares privates Ermittlungsrecht¹⁵¹ ist selbstverständlich nicht als absolute Ermächtigung zu verstehen, sondern kann durch gegenläufige Interessen und Recht eingeschränkt werden. Dem „Recht auf aktive Teilnahme an seinem eigenen Rechtsschutz“ liegt Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG zugrunde.¹⁵² Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht („APR“) wird

146 BeckOK StPO/Weiner StPO § 406f Rn. 2.

147 Vgl. Stoffer, Privatisierung strafprozessuales Ermittlungsverfahren, S. 178.

148 BeckOK StPO/Wittig StPO § 475 Rn. 1.

149 Brunhöber, GA 2010, 571 (574).

150 Vgl. Jungfer, StV 1989, 495 (501).

151 Zum grundsätzlich fehlenden Erfordernis einer „staatlichen Ermächtigung“: Kaspar, GA 2013, 206 (208).

152 Siehe hierzu: S. 44 f.