

Compliance

Dipl. iur. Raoul Kirmes M. Sc. (Forensik),* CISA

Forensic Investigation und die Friedenspflicht

I. Einleitung

Forensic-Service und Fraud-Investigation liegen im Trend der allgemein wahrzunehmenden „Compliance-Welle“¹ und die Wirtschaft selbst etabliert, in einer Art dem Gesetzgeber „vorausweisendem Gehorsam“, immer mehr private Überwachungs- und Ermittlungsmechanismen.² Insbesondere bei IT-bezogenen privaten Ermittlungen besteht jedoch ein inhärentes Risiko durch die private Ermittlungstätigkeit selbst, neues Unrecht zu schaffen, da sehr leicht Grundrechte der Betroffenen verletzt werden können.³

Die Notwendigkeit solcher Maßnahmen wird gerne mit Compliance-Zielen begründet⁴ und noch viel lieber mit einem behaupteten „Nachholbedarf“⁵ gegenüber dem transatlantischen „Vorbild“ und seiner Praxis, bei Ermittlungen der SEC.⁶ Aber können solche Begründungen tragen? Oder befinden wir uns durch die zunehmende Ausweitung privater Ermittlungen in Wirtschaftsstrafsachen bereits auf einem gefährlichen Pfad, an dessen Ende eine Zivilgesellschaft stehen könnte, die niemand wollte?⁷ Um es mit *Di Fabio* zu sagen: „Der Westen gerät in Gefahr, weil die falsche Idee der Freiheit die Alltagsvernunft zerstört“.⁸

Der nachfolgende Beitrag greift die harte Kritik von *Wastl*⁹ auf und setzt diese in den Kontext der von *Salvenmoser/Schreier* entwickelten Theorie vom „fehlenden Ermittlungsmonopol des Staates“. Damit soll die, zuletzt von *Gerst*¹⁰ geforderte, rechtspolitische Auseinandersetzung um diese Phänomene weiter vorangetrieben werden.

II. Der Begriff: Ermittlungsmonopol, Lösung oder gefährlicher „Holzweg“?

Auch den Protagonisten der neuen Services, die sich hinter Begriffen wie Forensic-Service und Fraud-Investigation verbergen, ist offenbar bewusst, dass die Frage der *Legalität* solcher Angebote nicht unproblematisch zu bejahen ist und so bemühen sich seit vielen Jahren diverse Autoren darum zu zeigen, wo Freiräume für legale private Ermittlungstätigkeiten zu finden sind.¹¹ Beim Versuch solche Freiräume juristisch zu „erschließen“, besteht Einigkeit darüber, dass private Ermittlungstätigkeiten nicht mit staatlichen Ermittlungen in

*Der Autor ist leitender IT-Revisor in einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit Branchenschwerpunkt Kreditinstitute in Berlin und Lehrbeauftragter für Internationales- und Europäisches Technik- und Sicherheitsrecht an der University of Applied Sciences Brandenburg.

¹Kirmes, R., Private IT-Forensik und private Ermittlungen, zwei Seiten einer Medaille?, 2012, S. 8, m.w.N.; mit dieser Einschätzung auch Nestler in *Internal Investigation*, (Hrsg.) Knierim, et. al., 2013, S. 3.

²Ebenfalls kritisch *Wastl*, ZRP 2011, S. 57 f.

³Zustimmend auch *Nestler* in *Internal Investigation*, (Hrsg.) Knierim, et. al., 2013, S. 3.

⁴Dass Compliance stets Kontrollen, aber keineswegs zwingend auch private Ermittlungen als anlassbezogene Untersuchungen erfordert, siehe *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 10.

⁵*Bussmann, K./Matschke, S.*, Der Einfluss nationalen Rechts auf Kontroll- und Präventionsmaßnahmen von Unternehmen, *Wistra*, Heft 3/2008, S. 88-95; dagegen kritisch *Minoggio, I.*, Interne Ermittlungen in Unternehmen, *Wirtschaftsrecht in der Praxis (WiPra)*, Kapitel 15, S. 1064-1106, 2011.

⁶Dass Instrumente, die in den USA ggf. Sinn machen können, wegen grundlegender rechtssystematischer Unterschiede nicht ohne Weiteres nach Deutschland importiert werden können, wird gerne von „hungrigen Mietmäulern“ (*Rüdiger Zuck*) in Großkanzleien verschwiegen; dazu schon *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, 1996; weitere Nachweise bei *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 66 f.; unbeachtet bleibt zudem, dass z.B. Inflation, Allianz, E.on, u.a. auch wegen dem Risiko von durch die SEC veranlassten Ermittlungen und den damit verbundenen Kosten, auf eine weitere Notierung an der Wall Street verzichtet haben, vgl. Spiegel Online, SEC-Ermittler als Weltpolizisten gegen Korruption, 06.04.2010.

⁷Insbesondere die Ausweitung auf KMU und nicht im In- und/oder Ausland börsennotierte Unternehmen oder spez. Branchen (Banken; FDL, VS) ist zurückzuweisen, nicht jede Problemlösung für internationale Großkonzerne ist auch allgemein sinnvoll; so auch *Wastl*, ZRP 2011, S. 58.

⁸Klappentext auf *Di Fabio*, U., Die Kultur der Freiheit, 2005.

⁹*Wastl*, ZRP 2011, S. 57-58.

¹⁰*Gerst*, „[...] eine rechtspolitische Grundsatzkritik der Zunahme solcher Vorgänge [muss] sich jedoch zweifellos Gehör verschaffen [...]“ CCZ 1/2012, S. 5.

¹¹*Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 5-13 mit ausführlichen Nachweisen.

Konkurrenz oder Kollision treten dürfen.¹² Dieser Logik folgend werden zwei Begründungsstrategien verfolgt:

1. Es wird versucht, durch Analyse der Verfahrensordnungen für staatliche Ermittlungen (insb. StPO/ZPO) zu zeigen, wo im **Vorfeld** staatlicher Ermittlungstätigkeit Raum für private Ermittlungen besteht.

2. Private Ermittlungen werden dort für **legitim** deklariert, wo ein öffentliches (staatliches) Interesse offenbar gar nicht besteht, was insbesondere für zivilrechtliche Streitigkeiten oder bei untergesetzlichen Code of Conduct's oder anderen privaten Regelwerken unterstellt wird.

Im Rahmen dieser Argumentationsfiguren haben *Salvenmoser/Schreier* schon früh (2006) den Begriff vom sog. „Ermittlungsmonopol“ geprägt. Diese Begriffsbildung soll dazu dienen, in Abgrenzung zum staatlichen Strafverfolgungsmonopol ein Minus beim Gewaltmonopol des Staates aufzuzeigen, das durch private Ermittlungen gefüllt werden kann. Dies deshalb, weil nach *Salvenmoser/Schreier* gerade *kein* „Ermittlungsmonopol“ des Staates bestehen soll.¹³

Zitat:

„[...] Zudem begründet die Tatsache, dass die Strafverfolgung grundsätzlich dem Staat obliegt, kein staatliches Ermittlungsmonopol, was mit dem staatlichen Gewaltmonopol vergleichbar wäre. Das Officialprinzip steht folglich privaten Ermittlungen des Opfers einer Straftat nicht entgegen.“¹⁴

und weiter:

„Für den Bereich des Zivilrechts, [...] lässt sich die Frage der generellen Zulässigkeit privater Ermittlungen unproblematisch bejahen [...]“¹⁵

Im Ergebnis sehen *Salvenmoser/Schreier* Freiräume für private Ermittlungen, die ausdrücklich **nicht** den gesetzlichen Beschränkungen der Verfahrensordnungen für staatliche Ermittlungen unterliegen.¹⁶ Kann es aber sein, dass privaten Ermittlern weniger Ermittlungsbeschränkungen im Bezug auf Grundrechtseingriffe auferlegt sind als der Staatsanwaltschaft und der Polizei?

So einleuchtend der Argumentationsansatz vielleicht auf den ersten Blick auch erscheinen mag, ihm liegt ein schwerwiegender Denkfehler zu Grunde. Weil die Argumentation auf die Auszeichnung rechtlicher Spielräume im Verfahrensrecht verengt ist, wird der konstitutionelle Hintergrund ausgeblendet. Beim Versuch zu zeigen, dass im einfachen Recht keine **Verbote** für private Ermittlungen ausgesprochen werden, übersehen die Autoren, dass die verfassungsrechtliche Grundbestimmung der **„Friedenspflicht“¹⁷** ein umfassendes Verbot für jede Form von privatem Zwang enthält.¹⁸ Weil *Salvenmoser/Schreier* diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz übersehen, schließen sie fehlerhaft direkt auf die grundsätzliche Legalität privater Ermittlungen, als Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit von Jedermann, ohne sich klar von eingriffsintensiven Tätigkeiten in diesem Kontext zu distanzieren.¹⁹

III. Die Idee des privaten Gewaltverzichts

Für die weitere Erörterung soll zunächst ein unverdächtiger Nobelpreisträger zu Wort kommen.

J. M. Buchanan weist auf folgendes hin:

¹² Für viele, *Salvenmoser/Schreier*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (HWistr.), (Hrsg.) Achenbach/Ransiek, 2. Aufl. 2007, S. 1235, Rn. 22; *Ignor*, et. al, zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, BRAK-St. Nr. 35/2010, S. 10.

¹³ *Kämmerer's* zutreffende Kritik an der Unzulänglichkeit der Begriffsbildung vom „Monopol“ in diesem Kontext greift auch gegenüber dem sog. Ermittlungsmonopol. Eine Diskussion in solchen Kategorien muss letztlich an der Oberfläche bleiben und am Problem vorbeiführen, vgl. *Kämmerer*, Der lange Abschied vom staatlichen Gewaltmonopol, Recht der Sicherheit, Private, Public & Corporate Security, Band 41, 2010, S. 44-45.

¹⁴ *Salvenmoser/Schreier*, HWistr., S. 1236, Rn. 26.

¹⁵ *Salvenmoser/Schreier*, HWistr., S. 1235, Rn. 19-36.

¹⁶ *Salvenmoser/Schreier*, HWistr., S. 1239, Rn. 41-42.

¹⁷ *Hopfauf* in Großkommentar zum Grundgesetz (GK-GG), Hopfauf, 12. Auflage 2011, Einleitung, Rn. 129, S. 66.

¹⁸ Zustimmend: *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, S. 10; *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang, 2004; *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 20-41, m.w.N.

¹⁹ Die Position von *Salvenmoser/Schreier* ist allerdings ambivalent und erfolgt hier aus Platzgründen sehr verkürzt, zur differenzierten Darstellung siehe die Analyse in *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 53.

„Demokratie ist ein spezifisches, politisches Interaktionssystem, das an das Vorhandensein ganz bestimmter Bedingungen geknüpft ist. Diese Bedingungskonstellationen erfordern die Übernahme spezifischer philosophischer Voraussetzungen und zugleich ein Verständnis der Funktionsweise politischer Institutionen im weiteren Sinne“.²⁰

Eine dieser nicht wegzudenkenden **Grundbedingungen jeder Gesellschaftskonzeption** ist der Gewaltverzicht zwischen den Bürgern (die Friedenspflicht) und die Monopolisierung von Zwang beim Staat (das Gewaltmonopol).²¹ Das historisch wohl eingängigste und prägnanteste Ideenbild²² vom Staat als freiwillige vertragliche Übereinkunft über den Verzicht auf Gewalt lieferte 1651 *Thomas Hobbes* im *Leviathan*. Nach *Hobbes* entscheidet sich der vom „elenden Zustände eines Krieges aller gegen alle“²³ erschöpfte, aber im Naturzustand freie Mensch im Wege eines Gesellschaftsvertrages für allgemeinen Gewaltverzicht und Gehorsam gegenüber dem Herrscher und erhält als Gegenleistung von diesem Schutz vor Übergriffen anderer Privater und fremden Mächten. So gedacht, war und ist der Staat die institutionelle Überwindung von Anarchie²⁴ und Bürgerkrieg.²⁵

Die individuelle Zustimmung für einen solchen (hypothetischen nicht historischen) Gesellschaftsvertrag lässt sich aus seinem Nutzen²⁶ für die Bürger rekonstruieren, denn die Kosten²⁷ der Verteidigung von Leib, Leben und Eigentum in einem Kampf jeder gegen jeden sind deutlich höher als im Zustand des Friedens und der Ordnung.²⁸ Insofern ist diese Grundidee von Staat zugleich auch die Grundlage jeder Wirtschaftsverfassung, die auf Eigentum und anderen (nur) rechtlich garantierten Ansprüchen (Institutionen) basiert.²⁹

Erst die Friedenspflicht der Bürger und die monopolisierte Durchsetzung (ziviler) Ansprüche durch den Staat (*status positivus*)³⁰ erlauben es, Vertrauen in diese Ansprüche zu setzen und auf dieser Grundlage nachhaltig zu wirtschaften. Seit *John Locke* (1632-1704) begründet die Idee der rechtsstaatlichen Schutzpflicht zugleich auch die Handlungsgrenze für staatliche Macht und fordert Schutz vor dem Ungeheuer *Leviathan*³¹ (*status negativus*).³²

IV. Die Idee des neutralen Dritten

Mit der Monopolisierung von Zwang beim Staat durch die Einrichtung eines Rechtsschutzstaates ist jedoch noch eine weitere wichtige institutionalisierte Funktion verbunden, ohne die eine stabile³³ Gesellschaft im Grunde nicht denkbar ist. Die des **neutralen Schiedsrichters**.³⁴

Für eine überzeugende Rekonstruktion der Zustimmung eines jeden Individuums zum (hypothetischen nicht historischen) Gesellschaftsvertrag, muss man sich insbesondere den

²⁰ *Buchanan*, Konstitutionelle Demokratie, persönliche Freiheit und politische Gleichheit, in *Politische Ökonomie* als Verfassungsprinzip, übersetzt von Monika Streissler, Privatdruck Bank Hofmann AG, Zürich, S. 59-77.

²¹ Die Kritik *Kämmerers* am Begriff des Gewaltmonopols trägt nicht sehr weit, denn wie schon ein altes Sprichwort sagt, bestätigen die Ausnahmen die Regel, vgl. *ders.* Der lange Abschied, S. 44-45.

²² Neben *Hobbes* wird die Idee einer souveränen Staatsmacht auch auf *Jean Bodin* (1529-1596) und sein 1567 erschienenes Werk, *Sechs Bücher über den Staat*, zurückgeführt, übersetzt von Gottfried Niedhart, 1976, so auch *Weiner*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2000, S. 116, m.w.N.; zur historischen Wandlungsfähigkeit des Begriffs und des damit verbundenen Sicherheitsversprechens, *Grimm*, Souveränität, 2009.

²³ *Hobbes*, *Leviathan*, Übersetzung von Jacob Peter Mayer, 1970, S. 151.

²⁴ Anarchie, hier gebraucht im Sinne der politischen Philosophie als Zustand der Abwesenheit von Herrschaft, jedoch negativ belegt. Im modernen Verständnis der Staatstheorie, die sich im Sinne *Machiavellis* unabhängig von einer geistlichen Vorherrschaft begreift, wird Anarchie wie Tyrannei verurteilt, *Machiavelli*; *Der Fürst*, Übersetzung von Friedrich von Oppeln-Bronikowski, 1990, S. 57; siehe zu diesem Aspekt des Werkes von *Machiavelli* bei *Arendt*, *H.*, *Über die Revolution*, 2011, S. 129; mit ähnlicher Einschätzung auch *Russell*, *Philosophie des Abendlandes*, 5. Aufl., Übersetzung: Fischer-Wernecke, 2002, S. 518; differenzierter dagegen die Perspektive der politischen Ökonomie, in der Anarchie auch als Messgröße für individuelle Freiheit dient, dazu grundlegend *Buchanan*, *Die Grenzen der Freiheit*, 1984, S. 129 ff.

²⁵ Dazu, *Hopfauf* in *GK-GG*, S. 72, Rn. 140.

²⁶ Im weiten (utilitaristischen) Verständnis eines *Jeremy Bentham* oder *J. S. Mill*.

²⁷ Im metaphysischen und weiten Sinn, der neben materiellen Kosten auch Schmerz und Unglück erfasst.

²⁸ Grundlegend, *Buchanan*, *J.*, *Die Grenzen der Freiheit*, Zwischen Anarchie und *Leviathan*, 1984.

²⁹ Zur rechtsökonomischen Legitimation staatlicher Institutionen *Kirchner*, *C./Hohmann*, *K.*, *Ordnungsethik*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Band 14, 1995, S. 189-211.

³⁰ Siehe, *Hopfauf* in *GK-GG*, S. 72, Rn. 141; zu den Schwierigkeiten der Umsetzung des Schutzes vor „anderen Gefährdungslagen“, insbesondere im technischen Sicherheitsrecht, ausführlich *Di Fabio*, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994.

³¹ *Leviathan* ist der Name eines Seeungeheuers in der kanaanäisch-phönizischen Mythologie, weitere Hintergründe zur Deutung siehe bei *Halbfas*, *Bibelkommentar*, 2001, S. 342 m.w.N.

³² Siehe, *GK-GG*, *Hopfauf*, S. 73, Rn. 143; in Deutschland wurde diese Position bereits 1792 prominent von *Wilhelm von Humboldt* vertreten; dazu *Kutscha*, *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 2. Aufl. 2006, S. 28-29, m.w.N.

³³ Zum Problem der Stabilität, *Vanberg*, *V.* *Die Akzeptanz von Institutionen*, *Wirtschaftsethik*, Band II, Seite 38-50; *Hohmann*, *K.* *Akzeptanz von Institutionen*, *Handbuch der Wirtschaftsethik*, Band II, Seite 38-86, 1999.

³⁴ Vgl. für viele nur *Buchanan*, *Die Grenzen der Freiheit*, S. 97.

Konfliktfall vor Augen führen und fragen: welcher Konfliktlösungsregelung hätten die Parteien zugestimmt, unterstellt jedes Individuum hatte ein Vetorecht? Es ist evident, dass keiner der Vertragsparteien auf die Idee käme, der jeweils anderen Partei, das alleinige Entscheidungsrecht für den Konfliktfall zuzusprechen. Die Vertragsschließenden würden nur einer Regelung zustimmen, in der ein neutraler Dritter ermächtigt wird, behauptete Verstöße unvoreingenommen zu untersuchen, eine Regelung für den Konfliktfall zu treffen und Sanktionen zu verhängen.

Gegen diese ganz grundlegende Idee von Rechtsstaat wird jedoch verstoßen, wenn sich ein Unternehmen, als mutmaßlich Verletzter einer Straftat oder wegen der Verletzung sonstiger ziviler Ansprüche, zum „Ermittler in eigener Sache“ aufspielt, anstatt sich an den unabhängigen Dritten (den Rechtsstaat) zu wenden. Hassemer unterstreicht, dass die StPO das Opfer aus gutem Grund „neutralisiert“, ja die „Konfliktparteien um ihren Konflikt enteignet“.³⁵

Die Verpflichtung des Staates, die Sicherheit der Bürger zu gewährleisten und die absolute Friedenspflicht der Bürger sind untrennbare Bestandteile jeder Staatlichkeit. Ganz gleich, ob Rechtspositivismus, Vertragstheorien, Diskurstheorie, Kommunitarismus oder Naturrechtslehren, es existiert keine philosophische oder politische Idee vom Rechtsstaat, die ohne den Verzicht auf Gewalt und Selbstjustiz durch seine Bürger und die Monopolisierung von Zwang beim Staat auskommen würde.³⁶

Eine „Ungebundenheit“³⁷ der Bürger, in Bezug auf institutionalisierte Streitschlichtungsmechanismen, würde mit einer veritablen Gefährdung der Zivilgesellschaft einhergehen.³⁸ Die institutionell geordnete und gewaltfreie Durchsetzung der Rechtsordnung, einschl. deren Kritik und Fortentwicklung, bedarf der privaten Friedenspflicht ohne Wenn und Aber, denn es fehlt an plausiblen Alternativen für friedliche Streitschlichtungsmöglichkeiten, die sich demokratietheoretisch legitimieren lassen.

Wer also der Verfolgung von Vergehen³⁹ unter Privaten (Selbstjustiz) das Wort redet, müsste zunächst dieses philosophische Vakuum füllen können. Ausdrücklich wird in Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde der „staatlichen Gewalt“ und nicht Jedermann auferlegt.

Das Bundesverfassungsgericht bringt dieses Prinzip auf folgende Formel:

*„So ist es ein zentraler Aspekt der Rechtsstaatlichkeit, die eigenmächtig-gewaltsame Durchsetzung von Rechtsansprüchen zwischen Privaten grundsätzlich zu verwehren. Die Parteien werden auf den Weg vor die Gerichte verwiesen. Dort sollen sie ihren Streit in einem geordneten Rechts-gang gewaltlos austragen und eine verbindliche Entscheidung erwirken. In der Gerichtsbarkeit prägen sich innerstaatliches Gewaltverbot [die Friedenspflicht] und staatliches Gewaltmonopol aus.“*⁴⁰

Jede Art von Zwang muss mithin **gesetzlich erlaubt** und **beschränkt** sowie **gerichtlich überprüfbar** sein. Mit Waldhoff:

*„[...] Im demokratischen Verfassungsstaat gibt es somit keinen legitimen außerrechtlichen Zwang.“*⁴¹

Die Legalisierung solcher Dienstleistungen will also gut überlegt sein und kann nicht dem Selbstlauf überlassen bleiben.

V. Private Ermittlungen und die Schwelle zum Zwang

Stellt sich noch die Frage, ob denn private Ermittlungen überhaupt zutreffend als „Zwangsmaßnahmen“ erfasst werden dürfen. Nun lässt sich eine solche Frage naturgemäß

³⁵ Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, S. 10.

³⁶ Selbst diejenigen, die von naturrechtlich libertären Positionen ausgehen, bestehen strikt auf der Notwendigkeit von Gewaltverzicht durch die Bürger und einer Abstinenz von Selbstjustiz, vgl. Robert Nozick, Anarchie Staat Utopia (1976), Übersetzung: Hermann Vetter, 2011 S. 86 ff; sogar ein Anarchist vom Format eines M. A. Bakunin würde im Konfliktfall zwischen zwei Anarchisten die epistemische Autorität des Richters anerkennen und damit seinen Schiedsspruch legitimieren, vgl. Mümken, J., Bakunin Almanach 1, 2007, S. 178.

³⁷ Nida-Rümelin/Özmen, Humanismus als Leitkultur, 2006, S. 168.

³⁸ Deshalb bedarf es auch einer „konstitutionellen Theorie des zivilen Ungehorsams“, siehe Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Übersetzung Vetter, 1975, Kap. 6, Nr. 55, S. 400 ff.

³⁹ Definiert als Regelabweichung im weitesten Sinne, die neben Strafvorschriften auch Verstöße gegen zivile Verträge (Compliance) oder Kodizes (Governance) erfasst.

⁴⁰ BVerfGE 54/277 vom 11. Juni 1980, Beschluß des Plenums (1 PBvU 1/79), Tz. 46.

⁴¹ Waldhoff, Staat und Zwang, Schöneburger Gespräche zu Recht und Staat, 2008, S. 17-18 m.w.N.

nicht völlig losgelöst vom konkreten Fall beurteilen. Der Fokus dieses Beitrags liegt auf IT-bezogenen Ermittlungsmaßnahmen. Dies deshalb, weil ihre praktische Bedeutung bei Unternehmensermittlungen kaum zu unterschätzen ist und gleichzeitig die verfassungsrechtlichen Grenzen seit 2008 besonders streng und ausdifferenziert geregelt sind, sodass die Erörterung an diesem Beispiel besonders fruchtbar ist.

Für eine Definition des Begriffs Zwang kann zunächst auf die gesetzliche Systematik der StPO im Hinblick auf die Unterscheidung zwischen „allgemeiner Ermittlungsmaßnahme“ (§§ 161-163 StPO) und „Zwangsmaßnahme“ (§§ 94 ff. StPO) zurückgegriffen werden. Soweit Maßnahmen bereits für staatliche Stellen ausdrücklich als Zwangsmaßnahme im einfachen Recht definiert sind, gilt dies im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung auch für Private.

Interessant ist jedoch der Streit um die Definition der allgemeinen Ermittlungsmaßnahme. Während der Gesetzgeber⁴² darin eine Eingriffsnorm für „weniger gewichtige“ Grundrechtseingriffe sieht, kritisiert Böckenförde, dass eine solche unvereinbar mit Art. 19 Abs. 4 GG wäre und kommt zu dem Schluss: „Die Reichweite und Grenze einer nach §§ 161, 163 StPO zulässigen Ermittlungsmaßnahme bestimmt sich [...] an ihrer eingreifenden Qualität. [...] Diese ist zulässig, wenn sie nicht in die Grundrechte des Betroffenen eingreift“. Es kann hier offen bleiben, wie dieser Streit für die polizeilichen Ermittlungsmaßnahmen zu entscheiden ist. Für den privaten Ermittler fehlt es auch an einer dem §§ 161, 163 StPO vergleichbaren Erlaubnisnorm für „weniger gewichtige Grundrechtseingriffe“.⁴³

Unstreitig ist mithin, dass der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Abgrenzung zwischen einer bloßen Ermittlungsmaßnahme⁴⁴ – die der allgemeinen Handlungsfreiheit zuzuordnen wäre – und „Zwang“ allein der Eingriffscharakter in ein Grundrecht ist.⁴⁵ Aus einem Eingriff in diese Rechte wird Zwang, wenn er gegen den Willen oder ohne Einverständnis⁴⁶ (z.B. bei verdeckten Ermittlungsmaßnahmen) des Rechtsguthabers vorgenommen wird.

Für die hier im Schwerpunkt betrachteten Forensic-Services ist diese Erkenntnis nicht ohne Folgen, denn das BVerfG hatte am 27.02.2008 den Grundrechtsschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (APR) in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG erheblich erweitert.⁴⁷

Damit wurden ggf. früher denkbare, eingriffsfreie Bereiche für private Ermittlungen in Unternehmen weiter verengt bzw. beseitigt. Man muss sich nur kurz die Ausprägung des Grundrechts auf „Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme“ vergegenwärtigen:

„Das Grundrecht [...] erfasst, [...] Daten des Betroffenen [, die] einen Einblick in wesentliche Teile der Lebensgestaltung [...] oder gar ein aussagekräftiges Bild der Persönlichkeit [ermöglichen]. Eine solche Möglichkeit besteht etwa beim Zugriff auf Personalcomputer, einerlei ob sie fest installiert oder mobil betrieben werden. Nicht nur bei einer Nutzung für private Zwecke, sondern auch bei einer geschäftlichen Nutzung lässt sich aus dem Nutzungsverhalten regelmäßig auf persönliche Eigenschaften oder Vorlieben schließen. Der spezifische Grundrechtsschutz erstreckt sich ferner beispielsweise auf solche Mobiltelefone oder elektronische Terminkalender, die über einen großen Funktionsumfang verfügen und personenbezogene Daten vielfältiger Art erfassen und speichern können.“⁴⁸

Mir fallen wenige Maßnahmen aus dem Sortiment der Forensic-Services ein, die nicht von diesem Schutzzumfang erfasst wären und somit im Ergebnis als eingriffintensiv zu beurteilen sind. Der ausgebauten Schutzzumfang der nun insgesamt drei speziellen Ausprägungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Privatsphäre; informationelle Selbstbestimmung; Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme) führt dazu, dass insbesondere dann, wenn Systeme der Informationstechnik von privaten Ermittlungen betroffen sind, es sich nun fast immer um eingriffintensive Zwangsmaßnahmen handelt, sofern ein Einverständnis des Betroffenen oder eine gesetzliche Erlaubnisnorm fehlt.

⁴² BT-Dr. 14/1484, S. 17, Ziffer II. 1. c; zitiert aus Böckenförde, Ermittlungen im Netz, 2003, S. 152.

⁴³ Das gilt auch für den Unternehmensanwalt, Ignor et. al., BRAK-St. Nr. 35/2010, S. 9 f.

⁴⁴ Ignor et. al. schlagen vor, zur begrifflichen Abgrenzung das Wort „Erhebung“ statt Ermittlung zu verwenden, BRAK-St. Nr. 35/2010, S. 9.

⁴⁵ Siehe Weiner, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2000, S. 176.

⁴⁶ Strafrechtlich wird von der rechtfertigenden Einwilligung gesprochen, Fischer, vor § 32 StGB, S. 259, Rn. 3.

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Urteil vom 27.02.2008, 1 BvR 370/07 (Online-Durchsuchung VS-NRW), NJW 2008, 822 ff.; daneben ergingen im Jahre 2008 weitere wichtige Entscheidungen zu Informationstechnik, BVerfG, Urteil vom 11.03.2008, 1 BvR 2074/05 (Kfz-Kennzeichenerfassung), NJW 2008, 1505; BVerfG, Urteil vom 11.03.2008, 1 BvR 256/08 (Vorratsdatenspeicherung), NVwZ 2008, 543 ff.

⁴⁸ BVerfG, 1 BvR 370/07 v. 27.2.2008, Rn. 204, zu beachten auch die Negativabgrenzung Tz. 202, nicht umfasst sind „nicht vernetzte elektronische Steuerungsanlagen der Haustechnik“.

Dies zwingt zu einer Neueinschätzung in Bezug auf die Legalität solcher Angebote.⁴⁹ In Anbetracht des konstitutionell ausgebauten Schutzzumfangs für das APR steigt nämlich das Risiko für private Ermittlungen ohne ausdrückliche gesetzliche Erlaubnisnorm dem Verdikt des „Unerlaubten“ anheim zu fallen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird als „sonstiges Recht“ im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB geschützt. Eingriffe Privater in dieses Recht sind somit „unerlaubt“ und lösen neben Notwehrrechten des Betroffenen auch Haftungs- und Reputationsrisiken für das ermittelnde Unternehmen aus.⁵⁰

Somit kann man resümieren: Ohne das Einverständnis des Betroffenen oder einer *gesetzlichen* Erlaubnisnorm sind private Ermittlungen mit Eingriffscharakter stets illegal. Es ist diese einfache Erkenntnis, welche versucht wird, hinter immer neuen Anglizismen zu verschleiern.

VI. Zur Notwendigkeit gesetzlicher Erlaubnisnormen für privaten Zwang

Nachdem *Salvenmoser/Schreier* glauben, kein Verbot für private Ermittlungen entdecken zu können, begründen sie ein „Recht“ auf private Ermittlungen auf Grundlage der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁵¹ des Verletzten.⁵² Diese Ableitung ist aber oberflächlich, sofern nicht geklärt ist, was unter „Ermittlungen“ verstanden werden soll, denn auch der von den Ermittlungen Betroffene hat Grundrechte wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i.v.m. Art. 1 Abs. 1 GG) auf seiner Seite. Sofern Ermittlungstätigkeiten in ihrer Intensität darauf beschränkt bleiben, nicht in die Grundrechte der Ermittlungsziele einzugreifen, kann die Ableitung problemlos bejaht werden. Sollen die Ermittlungstätigkeiten jedoch darüber hinausgehen, und das ist bei Angeboten im Bereich der Forensic Services wie gezeigt regelmäßig der Fall, stellen *Salvenmoser/Schreier* das Regel-Ausnahmeverhältnis in Bezug auf privaten Zwang unzulässig auf den Kopf, denn die allgemeine Handlungsfreiheit wird grundsätzlich beschränkt durch die Friedenspflicht des Bürgers.⁵³

Die Freiheit des Einzelnen beschränkt sich auf friedliche Aktivitäten, die ohne Gewalt oder Zwang auskommen.⁵⁴ Gewalt und Zwang sind also grundsätzlich verboten. Das Bundesverfassungsgericht führt zur Reichweite der allgemeinen Handlungsfreiheit aus:

„Art. 2 Abs. 1 GG verbietet jedem das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“⁵⁵.

Es ist also nicht nach Verbotsnormen gegen private Ermittlungstätigkeiten zu suchen (so aber *Salvenmoser/Schreier*),⁵⁶ sondern es sind Erlaubnisnormen zu suchen, die solche Maßnahmen Privater legalisieren.

Um Missverständnissen vorzubeugen: Das bedeutet nicht, dass die Praxis privater Ermittlungstätigkeit überwiegend illegal wäre. Es gibt sie nämlich, die Erlaubnisnormen.

So sind neben den ggf. einschlägigen Jedermannsrechten⁵⁷ in der Praxis insbesondere die §§ 25a bis i KWG, § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG, § 31 WpHG, i.v.m. §§ 14, 38 WpHG u.v.m.⁵⁸ zu nennen, die ausdrücklich Ermittlungsrechte begründen und für besondere Unternehmen

⁴⁹ Zu den unabhängig vom IT-Kontext bestehenden Problemen mit dem nemo tenetur-Grundsatz, *Gerst m.w.N.*, CCZ 1/2012 S. 2 und *Ignor et. al.*, zum Unternehmensanwalt im Strafrecht BRAK-St. Nr. 35/2010, S. 11.

⁵⁰ Im Gegensatz zur polizeilichen Ermittlung, die auch bei Überschreiten der Befugnis zunächst zu dulden wäre.

⁵¹ Auch die Herleitung aus dem Beibringungsgrundsatz für den Zivilprozess und aus den Prozessmaximen, des Strafrechts, wie dem Offizialprinzip, taugen nicht zur Legitimierung privaten Zwangs, dazu ausführlich bei *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, S. 62-68.

⁵² *Salvenmoser/Schreier*, HWiStr., S. 1235, Rn. 23.

⁵³ Insoweit auch unzutreffend *Bockemühl*, Private Ermittlungen im Strafprozess, 1996, S. 35.

⁵⁴ Abweichend auch *Kämmerer*, Der lange Abschied, S. 44-45 mit Bezug auf die „Reiten im Walde“-Entscheidung, BVerfGE, 80, 137-152, die jedoch m. E. diese Auslegung gerade nicht stützen kann. Dort heißt es: „Abgesehen von einem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, welcher der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen ist, ist die allgemeine Handlungsfreiheit allerdings nur in den Schranken des zweiten Halbsatzes von Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und steht damit insbesondere unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen (Rechts-)Ordnung“.

⁵⁵ BVerfGE 34, 238, Aktz. 2 BvR 454/71, 1973, Tz. 32.

⁵⁶ „Die grundsätzliche Befugnis von Privaten zu eigenen privaten Ermittlungstätigkeiten könnte durch die StPO eingeschränkt oder sogar untersagt sein“, *Salvenmoser/Schreier*, HWiStr., S. 1235, Rn. 24; *Salvenmoser* „[...] aber praktisch keine Regeln, die das ›private Ermitteln‹ untersagen“, Vorlesung, Ermittlung in Unternehmen: Forensic Investigation, am 14.04.2011, Steinbeis-Hochschule Berlin, S. 11.

⁵⁷ Wie begrenzt jedoch dieser Anwendungsbereich im IT-Kontext ist, ausführlich bei *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik, § 5.

⁵⁸ Ob § 91 AktG eine Erlaubnisnorm für Private Ermittlungen enthält, darf bezweifelt werden, kann aber hier offen bleiben, denn käme man zu diesem Ergebnis, läge jedenfalls eine Erlaubnisnorm vor.

auch Ermittlungspflichten (insb. Banken, Versicherungen oder börsennotierten Aktiengesellschaften) auslösen. Auch die (zu kritisierende) extensive Ausweitung des Anwendungsbereiches des Geldwäschegesetzes⁵⁹ über den Finanzsektor hinaus führt zu privaten Ermittlungspflichten. So sind nun auch Autohändler, Juweliere, Uhrmacher, Kunst- und Antiquitätenhändler, Immobilienmakler, Spielhallen, Treuhänder, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer u.s.w., sowie jüngst Anbieter für Online- Glücksspiele⁶⁰ vom Anwendungsbereich erfasst und somit verpflichtet die gesetzlich vorgesehenen Sorgfalts-, Ermittlungs- und Meldepflichten zu erfüllen.

Wer allerdings versucht, den Eindruck zu erwecken, man könne nach eigenem Gutdünken weitere Ermittlungsbefugnisse für Private aus einer nebulösen Compliance-Schimäre⁶¹ gewinnen, bleibt bislang eine tragfähige Begründung schuldig. Die These vom fehlenden staatlichen Ermittlungsmonopol – verstanden als Versuch einer übergesetzlichen Legitimation für privaten Zwang – kann nicht tragen.

VII. Zum legislativen Handlungsbedarf

Hassemer hatte schon 1996 treffend analysiert: Wer sich als privater Ermittler an strafrechtlichen Ermittlungen beteiligt, „bewegt sich auf vermintem Gelände.“⁶² Auch die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer „zum Unternehmensanwalt im Strafrecht“ zeigt überdeutlich, wie schwierig es auch für Rechtsanwälte sein kann, den Pfad der Legalität nicht zu verlassen.⁶³ Insoweit hat sich die Rechtslage für private Ermittlungen in den letzten 20 Jahren eher noch verschärft. Seit 1996 massiv geändert hat sich zudem die praktische Bedeutung privater Ermittlungen. Waren solche Maßnahmen noch bis vor wenigen Jahren eher die Ausnahme und beschränkt auf Großkonzerne oder Banken, hat sich inzwischen eine ganze Branche für solche Ermittlungsdienstleistungen etabliert. Auch die Rufe nach einer Ausweitung auf den Mittelstand werden immer lauter.⁶⁴

Diese faktische Bedeutung privater Ermittlungen macht es dringender denn je erforderlich, den Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen. Er muss durch konkrete Erlaubnisnormen Rechtssicherheit schaffen und darf nicht länger seine Augen vor der Realität verschließen.

VIII. Der Weg: Gewerbe- und akkreditierungsrechtliche Einhegung

Dass die Verabschiedung einer gesetzlichen Regelung zu diesem kontroversen Thema schwierig sein kann und deshalb politisch gescheut wird, zeigte die Diskussion um den letztlich gescheiterten § 32d Abs. 3 BDSG-E,⁶⁵ der die Datenverarbeitung zu Ermittlungszwecken legalisieren sollte.⁶⁶ In der Diskussion wurde auch deutlich, dass solche auf ein Teilgebiet beschränkten Lösungen am Ende immer Stückwerk bleiben müssen, und den in der Praxis gelebten umfassenden Ansatz unternehmensinterner Ermittlungen kaum gerecht werden können.

Diese Schrift streitet deshalb für einen anderen Weg. Zielführender scheint es zu sein, nicht einzelne Arten von Ermittlungsmaßnahmen oder Gegenständen einer gesetzlichen Lösung zuzuführen, sondern die Tätigkeit der privaten Ermittlung an sich aufgrund ihrer potenziellen Eingriffsintensität in Grundrechte, Gewerbe oder berufsrechtlich zu regulieren.⁶⁷ Diese Lösung wäre auch keineswegs neu oder innovativ, sondern eher ein „traditionelles“ Vorgehen. So ist es selbstverständlich, dass z.B. Bewachungstätigkeiten einer Erlaubnis nach § 34a GewO bedürfen, und bekanntlich ist auch die Erbringung von Rechtsberatung und Wirtschaftsprüfung nur nach entsprechendem Qualifikationsnachweis und im Rahmen einer be-

⁵⁹ Geldwäschegesetz vom 13. August 2008 (BGBl. I S. 1690), zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. Februar 2013 (BGBl. I S. 268).

⁶⁰ Mit ausführlicher Begründung aus Anlass der festgestellten Vulnerabilities of Casinos and Gaming Sector durch die FATF in BT-Drs. 17/10745 vom 24.09.2012, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Geldwäschegesetzes (GwGErgG).

⁶¹ Zur Kritik am Begriff Compliance: *Forst G.*, DuD 3/2010, S. 160, „Ein rechtlinguistisches Phantom“; *Rotsch, T.*, ZIS 10/2010, S. 614-617; *Bock D.*, HRS 7/2010, S. 316-329.

⁶² *Hassemer/Matussek*, Das Opfer als Verfolger, S. 10.

⁶³ *Ignor, et. al.* zum Unternehmensanwalt im Strafrecht, BRAK-St., Nr. 35/2010.

⁶⁴ *Reker, J.*, Studie: Compliance im Mittelstand, Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, 11/2011, abrufbar unter: <http://www.deloitte.com>.

⁶⁵ BT-Dr. 7/4230, 15.12.2010, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes.

⁶⁶ Kritisch und einen konkreten und qualifizierten Anfangsverdacht für Straftaten fordernd, *Gola, P./Schomerus, P.* Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 10. Auflage, 2010, S. 487, Rn. 26-27.

⁶⁷ Mit einem vergleichbaren Ansatz im Hinblick auf Softwarepiraterie und entsprechende Programmierer von Dual Use Schadprogrammen, *Stober*, Staatenverantwortung für den Schutz von Computerprogrammen, ZRP 2002, S. 301.

rufsständischen Zulassung statthaft. Ein weiteres Beispiel für die berufs- oder gewerberechtliche Einhegung solcher Risikotätigkeiten durch Private ist die europäische Akkreditierungsinfrastruktur des „New Legislative Framework“⁶⁸, die nun auch für kriminaltechnische Institute⁶⁹ und Laboratorien, die DNA-Untersuchungen durchführen oder sich mit der Sichtbarmachung von Finger- und Handflächenspuren beschäftigen, eine hoheitliche Überwachung in ganz Europa verpflichtend vorschreibt.⁷⁰ So regelt u.a. § 5 des Gendiagnostikgesetzes (GenDG) seit dem 1. Februar 2011, dass private Abstammungsuntersuchungen (Vaterschaftstests) nur noch durch akkreditierte Laboratorien durchgeführt werden dürfen. Im Rahmen der Akkreditierung wird die Qualifikation, Unabhängigkeit, persönliche Integrität und ausreichende Haftpflichtversicherung als hoheitliche Verpflichtung überprüft. Mindestanforderungen, die auch für jede Art privater Ermittlungen selbstverständlich sein sollten.⁷¹

Eine berufsrechtliche oder gewerberechtliche Erlaubnispflicht für private Ermittlungen würde insbesondere der von *Weiner* zu Recht hervorgehobenen Privatisierungsgrenze des Art. 33 Abs. 4 GG gerecht werden können. Nach dieser dürfen eingriffsintensive Tätigkeiten im Grundsatz nur durch Beamte und nur in engen Grenzen und unter staatlicher Aufsicht durch andere besonders gesetzlich gebundene Personen erbracht werden.⁷²

Eine Betätigung als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständige (ö. b. u. v.) bedarf der Erlaubnis nach §§ 36 oder 36a GewO, was sowohl die fachliche als auch die persönliche Eignung voraussetzt. Der Sachverständige ist öffentlich-rechtlich verpflichtet nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 VerpflG, was den Anforderungen an eine Beleihung nahe kommt und im Hinblick auf die enge Zweckbindung seiner Tätigkeit und die Verpflichtung auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit insgesamt tragbar erscheint.

Der gerichtlich bestellte Sachverständige hat keinerlei Handlungsspielräume, sondern ist als Experte das Werkzeug des Gerichts, unter dessen Aufsicht er steht. Insoweit stehen Maßnahmen des gerichtlichen Sachverständigen unter einem „quasi Richtervorbehalt“ und sind den Rechtsmitteln des jeweiligen Verfahrensrechts zugänglich.⁷³

Die akkreditierten kriminaltechnischen Institute (einschl. solcher für IT-Forensik) stehen unter der staatlichen Aufsicht ihres Sitzlandes (Art. 5 Abs. 3 VO 765/2008 EG⁷⁴). Die nationale Akkreditierungsstelle wacht als hoheitliche Verpflichtung über die Einhaltung der strengen internationalen und europäischen Normen und sekundärrechtlichen Verpflichtungen⁷⁵, insbesondere zur Qualifikation, Unabhängigkeit und Unparteilichkeit.

Rechtsanwälte sind nach § 1 BRAO als Organ der Rechtspflege⁷⁶ besonders verpflichtet und zudem in besonderer Weise für private Ermittlungen qualifiziert.

Der Wirtschaftsprüfer ist wie der Rechtsanwalt besonders qualifiziert und ist zudem gemäß § 43 Abs. 1 S. 2 WPO⁷⁷ verpflichtet, sich bei der Prüfungstätigkeit und der Erstattung von Gutachten unparteiisch zu verhalten. Er hat darauf zu achten, dass er keinen der Beteiligten benachteiligt oder bevorzugt (§ 20 Abs. 1 S. 1 Berufssatzung WPK⁷⁸).

IX. Zusammenfassung

Es wurde gezeigt, dass der mögliche eingriffsfreie Bereich für private Ermittlungstätigkeiten, jedenfalls in Sachverhalten, die IT-Systeme einschließen, so stark eingengt worden ist, dass ohne eine gesetzliche Erlaubnisnorm ein praktisch relevantes Angebot für Forensic Services im Grunde nicht mehr denkbar ist.

⁶⁸ *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik und private Ermittlungen, zwei Seiten einer Medaille?, 2012, S. 105-112.

⁶⁹ Dazu näher *Kirmes, R.*, Transnationale Verwertbarkeit forensischer Gutachten, ZRfC, 2/2013, S. 66-71.

⁷⁰ Rahmenbeschluss über die Akkreditierung von Anbietern kriminaltechnischer Dienste, die Labortätigkeiten durchführen, (RB-2009/905/JI), vom 30. November 2009, ABl. L 322 vom 09.12.2009, S. 14-16.

⁷¹ *Kirmes, R.*, Private IT-Forensik und private Ermittlungen, zwei Seiten einer Medaille?, 2012, S. 113 ff.

⁷² *Weiner, B.*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2000, S. 162.

⁷³ Grundlegend *Stober R.*, Der öffentlich bestellte Sachverständige zwischen beruflicher Bindung und Deregulierung, 1990; umfassend auch in Bayerlein (Hrsg.), Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 2008.

⁷⁴ ABl. L 218 vom 13.08.2008, S. 30-47.

⁷⁵ Insbesondere Artt. R 17, R20, Beschluss 768/2008 EG, ABl. L 218 vom 13.08.2008, S. 82-128.

⁷⁶ Vgl. *Feuerich/Weyland*, BRAO, 6. Auflage, 2003, § 1 Rn. 2.

⁷⁷ WPO (BGBl. I S. 1049), zuletzt geändert durch Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie in der Justiz und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 22. Dezember 2010 (BGBl. I S. 2248).

⁷⁸ Satzung der Wirtschaftsprüferkammer über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers (Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer - BS WP/vBP), in Kraft getreten am 12. Februar 2010 (BAnz. S. 453).

Gleichwohl hat man zur Kenntnis zu nehmen, dass es einen zunehmenden praktischen Bedarf für solche Leistungen gibt, wenn man den Gedanken der Entwicklung einer Compliance-Kultur ernst nimmt. Dies muss den Gesetzgeber dazu bewegen, Rechtssicherheit zu schaffen.

Hier wird vorgeschlagen, eine berufs- oder gewerberechtliche Lösung zu wählen. Danach sollte die Durchführung privater Ermittlungen erlaubnispflichtig sein und nur noch durch entsprechend **qualifizierte, neutrale** und **staatlich überwachte** Institutionen bzw. Personen zulässig sein.

Namentlich Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, ö. v. u. b. Sachverständige oder gerichtliche Sachverständige sowie akkreditierte kriminaltechnische Laboratorien und Institute sollten befugt sein, die komplexe und schwierige Aufgabe solcher Ermittlungen durchzuführen.

Durch die Beschränkung der Zulässigkeit privater Ermittlungen auf die genannten Berufsgruppen und Institute ließe sich die Rechtssicherheit erheblich erhöhen. Angesichts des fachlichen Spektrums der genannten Berufsgruppen wäre auch allen denkbaren rechtlichen, betriebswirtschaftlichen und technischen Ermittlungsnotwendigkeiten für private Ermittlungen hinreichend Rechnung getragen. Insbesondere aber wäre dubiosen Privatermittlern die Geschäftsgrundlage entzogen, was gerade der Entwicklung einer angemessenen, d.h. freiheitlich-demokratischen, Compliance-Kultur förderlich wäre.

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Dr. Felix Walther,* München

Besprechung von EuGH, Urteil vom 26.02.2013 – Rs. C-617/10 („Fransson“)

I. Sachverhalt und Fragestellungen¹

Dem Beschuldigten des schwedischen Ausgangsverfahrens war mit Anklage der Staatsanwaltschaft vom Juli 2009 vorgeworfen worden, in seinen Steuererklärungen für die Steuerjahre 2004 und 2005 falsche Angaben gemacht zu haben, wodurch dem schwedischen Staat „beinahe“ Einnahmen bei der Einkommens- und der Mehrwertsteuer in Höhe von insgesamt SEK 626.776 (davon SEK 147.550 Mehrwertsteuer) entgangen wären. Wegen dieser unzureichend ausgefüllten Steuererklärungen waren ihm bereits mit Bescheid der Steuerverwaltung vom 24. Mai 2007 zu verzinsende Steuerzuschläge in Höhe von insgesamt SEK 97.909 (davon SEK 8.127 für die Mehrwertsteuer) auferlegt worden. Diese Bescheide waren zum Zeitpunkt der Anklageerhebung rechtskräftig geworden.

Der EuGH hatte auf Vorlagefrage des schwedischen Strafgerichts (Haparanda tingsrätt u.a.) zu entscheiden, ob die Anklage bereits deswegen unzulässig sei, weil der Beschuldigte bereits in einem anderen Verfahren wegen derselben Tat bestraft worden war und ein Strafverfahren somit gegen das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 50 der EU-Grundrechtecharta (GRC) verstieße (dazu II.2.). Als Vorfrage war zu klären, ob in einer derartigen Konstellation die Grundrechtecharta überhaupt Anwendung finden konnte (dazu II.1.).

* Der Verfasser ist als Rechtsanwalt am Münchner Standort der *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft* im Bereich Compliance und Wirtschaftsstrafrecht tätig.

¹ Zum Sachverhalt näher EuGH EuZW 2013, 302 = NVwZ 2013, 561 = NJW 2013, 1415.