

achten sein.²⁴ Bei der praktischen Umsetzung der Vermeidung von Menschenrechtsrisiken dürfte zunächst die vertragliche Verpflichtung der Subunternehmer auf entsprechende Menschenrechtsstandards im Vordergrund stehen.²⁵ Dies kann z.B. durch die Verwendung von Compliance-Klauseln geschehen.²⁶ Die vertragliche Regelung sollte ferner entsprechende Überprüfungsrechte enthalten.²⁷ Zur Wahrnehmung derselben sind ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen bereitzustellen.²⁸ Parallel zur Kontrolle kann anhand einer risikoorientierten Auswahl ein Training der relevantesten Teile der Wertschöpfungskette erfolgen. Dadurch kann im Idealfall der langfristige Kontrollaufwand und die damit zusammenhängenden Kosten gemindert werden. Überdies sollte ein Kündigungsrecht für den Fall schwerwiegender Verstöße vorbehalten werden.²⁹ Schließlich ist eine Verpflichtung des Lieferanten/Produzenten, sich um die Weitergabe des „fremden“ CoC und dessen Einhaltung in der eigenen Lieferkette bestmöglich zu bemühen, sinnvoll.³⁰

²⁴ Vgl. zu den nachfolgenden Schritten der Lieferantenqualifizierung, der Lieferantenbewertung und der Lieferantenentwicklung die „Anforderungen an einen Compliance-/CSR-Prozess im Lieferantenmanagement: Compliance-Risiko: Kinderarbeit“ des BME.

²⁵ Moosmayer, Compliance, 2. Auflage, 2012, S. 77.

²⁶ Vgl. Gilch/Pelz, CCZ 2008, 131 ff. insb. auch zu Fragen der Wirksamkeit entsprechender Klauseln vor dem Hintergrund der §§ 305 ff. BGB. Hierzu auch knapp Hauschka/Herb, Corporate Compliance, § 19 Rn. 18 f. Im Falle der Kollision verschiedener Verhaltensregeln eines Einkäufers und eines Lieferanten können langwierige Verhandlungen über die Vergleichbarkeit der Regelungen ggf. durch eine (gegenseitige) Anerkennung vermieden werden (Moosmayer, Compliance, S. 78). Entsprechende Entwürfe stellt z.B. der BDI (<http://www.bdi.eu/Anerkennungsvereinbarung.htm>) und der BME (<http://www.bme.de/compliance>) bereit. Vgl. auch: Brouwer/Schreiner, CZZ 2010, 228 ff.

²⁷ Vgl. zur näheren vertraglichen und praktischen Ausgestaltung Moosmayer, Compliance, S. 77 f. Neben ihrem eigentlichen Zweck – der Überprüfung der Einhaltung der Regeln – dienen diese auch dem Schutz der Glaubwürdigkeit des eigenen Unternehmens; ähnlich Gilch/Pelz, CCZ 2008, 131, 134.

²⁸ Gilch/Pelz, CCZ 2008, 131, 134.

²⁹ Moosmayer, Compliance, S. 77. Vgl. zur Wirksamkeit Gilch/Pelz, CCZ 2008, 131, 136 und Hauschka/Herb, Corporate Compliance, § 19 Rn. 18 Fn. 48.

³⁰ Hauschka/Herb, Corporate Compliance, § 19 Rn. 19. Weitere mögliche Regelungsinhalte können z.B. die Zusage, dass der Vertragspartner (Lieferant/Produzent) keine Kenntnis von Menschenrechtsverstößen im Herstellungsprozess hat, die Durchführung von Selbsteinschätzungen des Lieferanten/Produzenten, eine Informationspflicht hinsichtlich bekannt gewordener Menschenrechtsverstöße sowie eine Verpflichtung zum Schadensersatz bzw. zur Freistellung im Falle des Verstoßes, sein.

Entscheidungskommentare

Rechtsanwalt Christian Rosinus und Rechtsreferendarin Sarah Milena Landsberg, Frankfurt am Main¹

Besprechung des BGH Urteils vom 04. Juni 2013 (1 StR 32/13)

I. Sachverhalt

Der Angeklagte H betrieb eine Detektei, bei welcher der Angeklagte K als Detektiv angestellt war. Privatpersonen wandten sich häufig zur Überwachung anderer Personen an diese Detektei. Bei einem solchen Auftrag war eine der praktizierten Observationsmaßnahmen die Erstellung von Bewegungsprofilen. Dazu wurden an die von der Zielperson regelmäßig genutzten Fahrzeuge GPS-Empfänger angebracht. Darunter befanden sich teilweise auch Fahrzeuge, welche nicht nur von der Zielperson genutzt wurden. Zur Anbringung der GPS-Empfänger wurden, auch ohne Berechtigung, private Grundstücke betreten.

Die GPS-Empfänger zeichneten alle zwei Minuten, teilweise sogar jede Minute das Datum, die Uhrzeit, die geographischen Breiten- und Längenkoordinaten sowie die momentane Geschwindigkeit des Fahrzeuges auf. Mittels Mobiltelefonen der Angeklagten wurden diese Daten auf deren Notebooks übertragen und mittels spezieller Softwareprogramme automatisch zu Bewegungsprotokollen und Kartendarstellungen verarbeitet. Dabei wurden auch

¹ Die Verfasser danken Frau Céline Gerber, MLaw für ihre Mitarbeit an der vorliegenden Urteilsbesprechung.

die Route und sämtliche Aufenthaltsorte der Zielperson dokumentiert. Diese Dokumente wurden teils in Form von Protokollen und Kartendarstellungen, teils in Form von Observationsberichten den jeweiligen Auftraggebern in Papierform übermittelt.

Die Motive der Auftraggeber zur Überwachung der Zielperson ließen sich unterschiedlichen Bereichen zuordnen:

- a) Der Beeinflussung von Personen (Verfolgung illegaler Zwecke/Nötigungshandlungen)
- b) Vermutung der Untreue (Reine Aufklärung über die Treue)
- c) Der Überwachung von Mitarbeitern/Beratern von Unternehmen/Ehegatten (Wahrung finanzieller Interessen).

Das Landgericht Mannheim hat den Angeklagten H wegen vorsätzlichen unbefugten Erhebens von Daten sowie wegen vorsätzlichen Missbrauchs von Sendeanlagen und den Angeklagten K wegen vorsätzlichen unbefugten Erhebens von Daten gegen Entgelt nach §§ 44 Abs. 1, 43 Abs. 2 Nr. 1 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zu Freiheitsstrafen auf Bewährung verurteilt.

Gegen dieses Urteil haben die Angeklagten Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt.

II. Entscheidung des BGH

Der BGH hielt die Verurteilung der Vorinstanz weitestgehend aufrecht, so dass die Revision nur teilweise erfolgreich war.

In seiner Entscheidung schließt sich der BGH in weiten Teilen den rechtlichen Erwägungen des Landgerichts Mannheim an und geht in der Mehrheit der Fälle von einer Strafbarkeit gemäß der §§ 44 Abs. 1, 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG aus.

In § 44 Abs. 1 BDSG wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine in § 43 Abs. 2 BDSG bezeichnete vorsätzliche Handlung gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, begeht. Wer eine monetäre Gegenleistung verlangt, handelt nach BGH offensichtlich entgeltlich. Offengelassen wird die Frage, ob durch die Bezahlung eines ohnehin geschuldeten Gehalts Entgeltlichkeit ausgeschlossen werden kann. Ein Angestellter (vorliegend der Angeklagte K) handelt ohnehin in der Absicht, seinen Arbeitgeber (vorliegend der Angeklagte H) um das vom Auftraggeber zu bezahlende Honorar zu bereichern.²

Nach § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG handelt ordnungswidrig, wer vorsätzlich oder fahrlässig unbefugt personenbezogene Daten, die nicht allgemeine zugänglich sind, erhebt oder verarbeitet.

Auch nach Einschätzung des BGH handelt es sich bei den in Frage stehenden Daten um personenbezogene Daten. Als personenbezogene Daten gelten gemäß der Legaldefinition des § 3 Abs. 1 BDSG Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person. Zwar lagen hier in erster Linie gesammelte GPS-Daten vor, die per se nur einen Bezug zu den Gegenständen haben, an denen sie angebracht waren; der Senat geht in seiner Entscheidung aber davon aus, dass „Fahrzeugortungsdaten als Sachdaten als Verhaltensdaten zu persönlichen Daten werden, wenn der Insasse dem Fahrzeug zugeordnet werden kann.“ Da hier die Fahrzeuge entweder nur durch die Zielpersonen oder einen eng begrenzten Personenkreis genutzt wurden, war eine solche Zuordnung hier unproblematisch.

Nach Ansicht des BGH wurden diese Daten auch von den Angeklagten im Sinne des Gesetzes erhoben und verarbeitet (siehe § 3 Abs. 3, Abs. 4 BDSG). Dies geschah durch die Datenerfassung mittels des GPS-Empfängers und die anschließende Speicherung und Umgestaltung in Kartendarstellung.

Letztlich waren die Daten, so der BGH, auch nicht allgemein zugänglich. In diesem Zusammenhang führt der Senat aus, dass „rechtliche Schranken jedweder Art eine allgemeine Zugänglichkeit ausschließen“. Nur „jedermann“ zugängliche Daten seien von den Vorschriften

² BGH 1 StR 32/13, NJW 2013, 2530 ff. Rn. 49-51 des Urteils.

³ BGH 1 StR 32/13, NJW 2013, 2530 ff. Rn. 39 des Urteils m.w.N.

der §§ 43, 44 BDSG nicht erfasst. In diesem Fall stehen, so der BGH weiter, bereits dem Anbringen der GPS-Empfänger die möglichen sachenrechtlichen Abwehransprüche der Eigentümer entgegen.

Allein bei der Frage, ob die Erhebung und Übermittlung der Daten unbefugt geschehen ist, weicht der Bundesgerichtshof in seiner rechtlichen Würdigung von den Ausführungen der Vorinstanz ab. Das Merkmal „unbefugt“ sei gegeben, wenn nicht Rechtssätze das Verhalten erlauben. Im Weiteren geht der Senat dann ausführlich auf die möglichen Erlaubnissätze der §§ 28, 29 BDSG und deren notwendige Auslegung im Rahmen der europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 ein. Dazu näher im Folgenden.

III. Folgen für die rechtliche Praxis

1. Neue Rechtslage nach dem Urteil

Der BGH hat mit diesem Urteil klargestellt, dass die Erlaubnisnormen des BDSG mit Blick auf die europäische Datenschutzrichtlinie ausgelegt werden müssen.

Aus dieser neuen Entscheidung folgt, dass auch berechnigte Interessen von Dritten, nämlich von den möglichen Empfängern der erhobenen Daten, zu berücksichtigen sind, wenn es um das Merkmal „unbefugt“ geht.

Art. 7 lit. f) der Richtlinie geht von einer Rechtmäßigkeit der Datenerhebung nämlich dann aus, wenn sie „zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichem oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden“ erforderlich ist. Jedoch darf dieses Interesse nicht durch „das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person“ verdrängt werden. Insofern geht laut dem Senat die europäische Auslegung über den Wortlaut des BDSG hinaus. Eine solche Auslegung widerspricht nach Ansicht der Autoren dem BDSG nicht. In die nun vorzunehmende Interessenabwägung im Einzelfall sind somit auch die berechtigten Interessen eines beteiligten Dritten einzustellen. Letztendlich muss dann vom Tatgericht geklärt werden, ob diesen berechtigten Interessen nicht doch die, durch die Datenschutzrichtlinie geschützten Rechtspositionen und Interessen (siehe Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie), des von der Überwachung Betroffenen, vorgehen.

2. Ausblick für die rechtsanwaltliche Praxis

Das Urteil des BGH setzt im Bereich der Auslegung des Datenschutzrechts im europäischen Licht neue Maßstäbe. Mit dieser Entscheidung hat das Gericht die Tür für eine weitergehende Interessenabwägung geöffnet, was rechtstheoretisch zu begrüßen ist.

Für die Praxis fehlt jedoch die konkrete Handhabbarkeit. Es bleibt größtenteils offen, welche Interessen eines Auftraggebers definitiv als berechnigt eingestuft werden können. Auszuschließen sind definitiv nur strafbewehrte Interessen zur Nutzung der erhobenen Daten und die reine Überprüfung von ehelicher Treue. Dies bedeutet für den Rechtsanwalt, dass er seinen Mandanten zum jetzigen Zeitpunkt nur schwer konkret zu einer Vorgehensweise beraten kann. Schließlich wird er nicht abschließend sagen können, ob das Interesse seiner Mandanten ein berechnigtes ist und ob die Einzelfallabwägung am Ende von einem Gericht akzeptiert wird. Um konkrete Kriterien herausarbeiten zu können, wird es der genauen Analyse in Zukunft folgender Urteile bedürfen. Allerdings wird wohl kaum ein Rechtsanwalt seinen Mandanten zum „Versuchskaninchen“ der Rechtsprechung machen wollen.

Dies ist ganz besonders unter dem Gesichtspunkt beachtlich, dass sich ein Auftraggeber nach Ansicht der Autoren möglicherweise selbst wegen einer Anstiftung zu einer Tat nach §§ 44, 43 BDSG strafbar machen könnte, wenn er von den rechtswidrigen Methoden des Detektivs wusste oder diese sogar ganz bewusst eingesetzt haben wollte. Darüber hinaus besteht natürlich auch die Gefahr von Schadensersatzforderungen aus § 823 BGB, die die betroffene Person auf Grund des Eingriffs in ihr Persönlichkeitsrecht geltend machen kann.

Weiterhin gehen die Autoren davon aus, dass eine GPS-Überwachung von Zielpersonen auch für mögliche Zivilprozesse nach der neuen Entscheidung des BGH keine neuen Vorteile bringt. In Strafverfahren gelten ohnehin die Beweisverwertungsgrundsätze aus der Straf-

prozessordnung. Eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts kann und wird in vielen Fällen immer noch zu einem Beweisverwertungsverbot im Zivilprozess führen.⁴

Die Interessenabwägung verläuft nach Ansicht der Autoren nämlich in beiden Fällen, bei der Frage der Beweisverwertung und bei der Frage nach der Strafbarkeit gemäß der §§ 43, 44 BDSG, nach den gleichen Kriterien. Der BGH formuliert in seiner Entscheidung in diesem Zusammenhang folgendermaßen: „Es müssen jedenfalls in diesen Fällen neben dem allgemeinen Beweisführungsinteresse weitere Gesichtspunkte hinzutreten, die das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Verletzung des Persönlichkeitsrechts als schutzbedürftig erscheinen lassen.“⁵ Durch das Urteil ändert sich an den Grundsätzen zur Beweisverwertung im Zivilprozess also nichts. Es gelten weiterhin die allgemeinen Grundsätze, dass die Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch zum Beispiel eine solche GPS-Überwachung, nur dadurch gerechtfertigt werden kann, dass neben einem einfachen Beweisführungsinteresse, welches also laut BGH einen Teil des besonderen Interesses des Dritten darstellen kann, weitere Umstände hinzutreten müssen.⁶ Dies können zum Beispiel eine Notwehrsituation oder notwehrähnliche Lage sein.⁷ Um solche Umstände weiter zu begründen, kann man, je nach den Gegebenheiten des Einzelfalls, Kriterien wie die Gefährdung der eigenen wirtschaftlichen Existenz oder eine sonst bestehende Beweisnot mangels anderer Beweismittel heranziehen.⁸ Natürlich muss bei dem Einsatz einer solchen Maßnahme immer auch die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleiben.

Letztlich wird man als Rechtsanwalt bis dahin die weitere Rechtsprechung sowohl des Bundesgerichtshofs als auch des Bundesarbeitsgerichts für ähnlich gelagerte Fälle aus der Arbeitsgerichtsbarkeit im Auge behalten müssen. In zukünftigen Entscheidungen werden sich mit Sicherheit weitere Kriterien zur Rechtfertigung von GPS-Überwachungen heraus kristallisieren.

⁴ vgl. Lunk NZA 2009, 457, 459.

⁵ BGH 1 StR 32/13, NJW 2013, 2530 ff. Rn. 90 des Urteils.

⁶ vgl. BVerfG, NJW 2002, 3619, 3624.

⁷ vgl. BAG NZA 2008, 1008 = NJW 2008, 2732.

⁸ vgl. Wäßle/Block, K&R 2013, 673 f.

Internationales

Länderbericht Schweiz

Professor Dr. Jonas Weber RA LL.M., Bern; Rechtsanwalt Friedrich Frank, Zürich

Länderbericht Schweiz: Aktuelles Wirtschaftsstrafrecht

I. Einleitung

Für einmal steht nicht die höchstrichterliche Rechtsprechung zum materiellen Wirtschaftsstrafrecht im Mittelpunkt des Länderberichts Schweiz. Vielmehr wird dieses Mal den gesetzgeberischen Neuerungen und dabei den Strafbestimmungen in der Verordnung zu der vom schweizerischen Stimmvolk gutgeheissenen „Abzocker-Initiative“ breiter Raum gewährt. Denn mit diesen betritt die Schweiz (insbesondere strafrechtsdogmatisch nicht unproblematisches) Neuland und es bleibt abzuwarten, ob sich die an die Verwaltungsräte und die Geschäftsleitung gestellten Anforderungen auch anderorts durchsetzen werden. Nicht unerwähnt bleiben sollen auch die Vernehmlassungsergebnisse zum Bundesgesetz zur Umsetzung der im Jahre 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI), mit welchen eine intensivere Geldwäschereibekämpfung ermöglicht werden soll. Zuletzt folgen Ausführungen zum Stand der parlamentarischen Initiative mit dem Titel „Den Verkauf von Bankkundendaten hart bestrafen“.