

Rechtsanwalt Professor Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a. M.\*

## Compliance vor Recht?

### Anwälte bei der Bewältigung eines „Datenskandals“

Alle reden von Compliance. Und zwar so, als ob sie nicht Teil des Rechts, sondern ein neues Ordnungsinstitut neben dem Recht wäre. Etwas, das zwar auch irgendwie die Einhaltung der Gesetze sichern soll, ohne aber unbedingt normativen Vorgaben folgen zu müssen. „Compliance“ definiert man am besten von der Seite ihres Versagens her. Wenn große Wirtschaftsunternehmen Gegenstand von Strafverfahren gegen Mitarbeiter oder Organe werden, hat in erster Linie die Compliance versagt und erst in zweiter Linie die Rechts-treue des in Verdacht geratenen Personals. Deshalb laufen solche Strafverfahren seit einigen Jahren nach einem mehr oder weniger einheitlichen Muster ab, das kaum noch etwas von dem wiedererkennen lässt, was die prozessgeleitete Auseinandersetzung zwischen dem strafenden Staat auf der einen Seite und seinen auf ihren Rechten bestehenden Bürgern auf der anderen Seite ausgemacht hat.

#### I. Worum geht es?

Die betroffenen Unternehmen verhalten sich unter dem Eindruck der beschriebenen Strafverfahren so, als gelte es nunmehr, in eilfertig vorseilendem Gehorsam gegenüber den Strafverfolgungsbehörden ihren Rückstand an Kriminalitätsvorsorge durch eine geradezu aufgedrängte Hilfe bei der Ermittlung der eigentlichen Gesetzesverstöße aufzuholen, um auf diese Weise den Schaden mit Blick auf das Renommee und alle drohenden Nebenfolgen langwieriger und von den Medien lautstark begleiteter Strafverfahren zu begrenzen. Bei dieser Art von Krisenmanagement treten zunehmend auch Rechtsanwälte mit neuen Aufgaben und Funktionen in Erscheinung. Noch ist ein neuer Berufszweig der „Complianceanwälte“ nicht begründet. Aber in ihren Internetauftritten legen schon namhafte Kanzleien Wert auf Compliance als bevorzugten Beratungsgegenstand. Vielfach wird darunter aber auch schon die Bereitschaft zur Übernahme von Sonderaufgaben verstanden, die von der Position des Ombudsmanns bis hin zum Angebot reicht, vor oder nach dem Auftreten eines „Skandals“ mit einer in „forensic investigations“ geschulten Truppe von Ermittlern ein „Gutachten“ zu Missständen und organisatorischen Möglichkeiten ihrer Beseitigung zu erarbeiten.

Dass solche Privatermittlungen, die meist parallel zu den amtlichen Untersuchungen der Staatsanwaltschaft stattfinden, Rechtsprobleme hinsichtlich der unterschiedlichen Ausstattung der Auskunftspersonen mit individuellen Rechten aufwerfen, wurde anhand der großen bekannten Fälle um internationale Korruption vielfach beschrieben und beklagt<sup>1</sup>. Hier will ich anhand eines Falls, bei dem es nicht um Bestechung oder um Gammelfleisch, sondern um einen „Daten-

skandal“ geht, zeigen, dass die informationelle Freigiebigkeit des betroffenen Unternehmens bei der Kooperation mit der Staatsanwaltschaft auch in Widerspruch treten kann zu dem (angeblich?) geschützten Rechtsgut und dass darüber hinaus auch der professionelle Umgang der Anwaltschaft mit den im Mandat erlangten Informationen angesichts des vom Unternehmen zur Schau getragenen Willens zur „schonungslosen Aufklärung“ zu neuen Loyalitätskonflikten und offenen Rechtsfragen führen kann.

#### II. Der Fall

##### 1. Die Ausgangslage: Eine schwer aufklärbare Straftat

Ein Telekommunikationsunternehmen hat seit Jahren mit folgendem Problem zu kämpfen: Es war als börsennotiertes DAX-Unternehmen streng an die Vorschriften unter anderem des Wertpapierhandelsgesetzes gebunden, wonach potenziell kursrelevante Tatsachen erst dann an die Öffentlichkeit gelangen dürfen, wenn alle Kapitalanleger dadurch eine gleiche Chance erhalten, den Börsenwert der Aktien einzuschätzen. Jede Vorabinformation durch so genannte Insider ist strafbar. Auf der anderen Seite standen solche Insider-tatsachen wiederholt – und zwar stets in auffällig zeitlicher Nähe zu davor stattgefundenen Sitzungen oder schriftlichen Informationen des Aufsichtsrats – in der Presse. Es sprach viel dafür, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats in (auch nach § 404 AktG) strafbarer Weise die betreffenden Journalisten informiert hatte.

Was ist in einer solchen Lage zu tun? Zuständig für die Suche nach Straftätern ist bekanntlich die Staatsanwaltschaft. Also Strafanzeige gegen Unbekannt? Ein Fachanwalt für Strafrecht, dem jemand diese Frage stellt, wird auf die Aussichtslosigkeit eines solchen Schritts hinweisen. Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt aus Anlass von offenkundigen Verletzungen von Geschäfts- oder Dienstgeheimnissen in Richtung Presse verlaufen regelmäßig im Sande. Gewöhnlich wissen nur zwei Personen von einem solchen Geheimnisbruch, und sie haben ein gemeinsames und nach unserem Verständnis von Art. 5 GG auch verfassungsrechtlich geschütztes Interesse daran, dass nichts herauskommt: Der Täter will nicht, dass seine Tat bekannt wird, und der Journalist genießt

\* Der Autor ist Mitherausgeber der NJW seit 1987 und als Seniorpartner der auf Strafrecht spezialisierten Sozietät HammPartner Fachanwalt für Strafrecht. Als Honorarprofessor an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt a. M. lehrt er Strafprozessrecht.  
1 Z. B. bei *Schneider*, NZG 2009, 1321; *Dann/Schmidt*, NJW 2009 1851; *Wehnert*, in: Festschr. f. Egon Müller, 2009, S. 629; *dies.*, in: Festschr. zu Ehren des Strafrechtsausschusses der BRAK (STRAUDA), 2006, S. 175, und NJW 2009, 1190; *Knierim*, in: Festschr. f. Klaus Volk, 2009, S. 247.

seinen durch das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 I Nr. 5 StPO und die Beschlagnahmefreiheit nach § 97 V StPO gesicherten „Quellenschutz“. Auch Staatsanwälten ist das Problem aus dem eigenen Geschäftsbereich vertraut. Wer sich bei dem Sachbearbeiter eines spektakulären Ermittlungsverfahrens darüber beklagt, dass Details aus den Akten, die der Verteidigung noch unter Hinweis auf § 147 II StPO vorenthalten werden, in der Zeitung gestanden haben, erntet gewöhnlich nicht mehr als ein Achselzucken.

## 2. Interne und externe Recherchen

Weil es also im Konzern als aussichtslos gelten konnte, das Leck im Aufsichtsrat durch die Staatsanwaltschaft ermitteln zu lassen, vereinbarten der Vorstandsvorsitzende und der Aufsichtsratsvorsitzende unter Mitwirkung des Leiters der Rechtsabteilung, eine interne Recherche nach der „undichten Stelle“ durchführen zu lassen. Vielleicht hätte schon hier die anglizistische Bezeichnung „internal investigation“ gepasst, die aber wohl niemand verwendete, weil zuständig dafür nicht eine juristisch-kriminalistische „forensic-Einheit“ eines Anwaltsbüros oder einer Wirtschaftsprüfer-Gesellschaft, sondern die teilweise mit ehemaligen Polizeibeamten besetzte unternehmenseigene Sicherheitsabteilung sein sollte.

Nach einem Dreivierteljahr meldete die Abteilung an die Unternehmensspitze, das Leck im Aufsichtsrat sei gefunden, es handele sich um ein bestimmtes namentlich genanntes Mitglied dieses Gremiums, dieses habe mit Hilfe einer eidesstattlichen Versicherung eines „Maulwurfs“ in der Redaktion des Journalisten überführt werden können.

Nun stellte sich die Frage, wie die Unternehmensleitung mit dieser Information umzugehen habe. Der Aufsichtsratsvorsitzende suchte den Rat eines ihm auch aus anderen Zusammenhängen persönlich gut bekannten aktienrechtlich ausgewiesenen Rechtsanwalts. Dieser wollte sich ein eigenes Bild von der Beweislage verschaffen und trat unmittelbar mit der Sicherheitsabteilung in Verbindung. Dabei erfuhr auch er etwas von der angeblichen eidesstattlichen Versicherung. Ob bei dieser Gelegenheit auch von Telekommunikationsverbindungsdaten die Rede war, konnte später nicht geklärt werden. Der Aufsichtsratsvorsitzende entschied schließlich auf Anraten des Rechtsanwalts, zusammen mit dem Vorstandsvorsitzenden ein Gespräch mit dem verdächtigen Aufsichtsratsmitglied zu führen. Da dieser die Vorwürfe nicht ausdrücklich einräumte, wurde ihm weder ein Rücktritt nahegelegt noch kam es zu Sanktionen gegen ihn. Vielleicht vertraute man auch darauf, dass das Gespräch und die Konfrontation mit der direkten Beschuldigung ihre Wirkung tun würden und dass für die Zukunft Indiskretionen durch dieses Aufsichtsratsmitglied unterbleiben würden, wenn denn überhaupt die angebliche Überführung zu treffen sollte.

## 3. Neue Ermittlungen

Die Sache schien vergessen, der Vorstandsvorsitzende und der Aufsichtsratsvorsitzende waren aus ganz unterschiedlichen Gründen längst nicht mehr im Amt, als in der Presse berichtet wurde, dass bei der damaligen Suche nach dem Leck im Aufsichtsrat auch ein externes Detektivbüro tätig war, das die Telefonverbindungsdaten des Journalisten und des Aufsichtsratsmitglieds beschafft und ausgewertet habe. Kurz vor dem Erscheinen dieses Berichts hatte die Rechtsabteilung des Konzerns bei der Staatsanwaltschaft Strafanzeige erstattet unter Vorlage ihrer Erkenntnisse aus wiederum internen Untersuchungen, die dieses Mal die Rechtsabteilung selbst durchgeführt hatte. Anlass dafür war ein

zivilrechtlicher Streit zwischen dem Konzern und dem Detektivbüro um die Berechtigung der noch offenen Rechnungen über die Recherchearbeit. Dabei hatte sich insbesondere auch der Verdacht gegen den Leiter der damals mit den internen Recherchen beauftragten Sicherheitsabteilung ergeben, Gelder, die er angeblich für seine Suche nach dem Leck im Aufsichtsrat benötigte, veruntreut zu haben.

Also leitete die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren gegen verschiedene interne und externe Akteure wegen des Verdachts nach § 266 StGB und nach § 206 StGB ein, zumal inzwischen vieles dafür sprach, dass das Detektivbüro unter Mithilfe von Personal des Konzerns Telekommunikationsverbindungsdaten auch außerhalb des konkreten Anlasses in großem Stil zweck- und damit rechtswidrig verwendet hatte. Auch der damaligen Aufsichtsrats- und der Vorstandsvorsitzende wurden in den Beschuldigtenstatus versetzt, weil die Staatsanwaltschaft nicht von vornherein ausschließen konnte, dass bereits bei der damaligen Auftragserteilung an die Konzernsicherheit die Anwendung strafbarer Methoden zur Sprache gekommen sein könnte, nach dem Motto: Wir sind ja schließlich ein Telekommunikationsunternehmen, sind ohnehin zur befristeten Vorratsdatenspeicherung für die Zwecke der Verfolgung von Straftaten verpflichtet – warum sollen wir sie nicht auch für diesen Zweck selbst verwenden!?

Der Aufsichtsrats- und der Vorstandsvorsitzende versicherten, es sei niemals in ihrer Gegenwart von Verbindungsdaten die Rede gewesen. Im Übrigen folgten sie dem Rat ihrer Verteidiger, bis zur Akteneinsicht nach § 147 StPO zunächst keine Angaben zur Sache zu machen. In der Folgezeit bemühte sich die Staatsanwaltschaft um Aufklärung anhand der vom Unternehmen zur Verfügung gestellten gedruckten und elektronisch gespeicherten (zweistelliges Terabyte-Volumen!) Dokumente und durch Vernehmung von Zeugen. Dazu gehörte auch der damals vom Aufsichtsratsvorsitzenden zu Rate gezogene Rechtsanwalt, den der Leiter der Rechtsabteilung, stellvertretend für den Konzern, von der Schweigepflicht befreit hatte. Der Rechtsanwalt wurde von der Staatsanwaltschaft als Zeuge vernommen und machte mehrere Aussagen, weil er damals noch glaubte, auf Grund der vom Abteilungsleiter erklärten Befreiung von der Schweigepflicht dazu verpflichtet zu sein. Das meinte damals auch noch der zuständige Ermittlungsrichter, denn er sah sich durch § 97 I Nr. 1 und II 1 StPO nicht gehindert, die Handakten des Vertrauensanwalts des Aufsichtsratsvorsitzenden zu beschlagnahmen, ohne dass dieser auch persönlich die Befreiung erklärt hatte.

Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zogen sich insbesondere wegen der vom BKA übernommenen Herkulesarbeit, die vielen Terabyte auszuwerten, annähernd ein Jahr lang hin, bevor erstmals der Verteidigung (in digitalisierter Form) Akteneinsicht gewährt wurde. Dass sich auch hier bereits zuvor verschiedene Presseorgane rühmten, über die DVD mit darauf gespeicherten 7500 Blatt Ermittlungsakten zu verfügen<sup>2</sup>, sei nur am Rande bemerkt.

Aus den Akten ergab sich, dass der Tatverdacht gegen den Vorstands- und den Aufsichtsratsvorsitzenden nicht aufrechtzuerhalten war, so dass die Verteidigung die Einstellung des Verfahrens gegen ihre jeweiligen Mandanten nach § 170 II StPO beantragen konnte, die inzwischen hinsichtlich ihrer Personen auch erfolgte.

## 4. Zeugnisverweigerungsrecht und Anwaltsgeheimnis

Zuvor hatte aber die Staatsanwaltschaft noch einen letzten Versuch der Aufklärung unternommen, und zwar durch eine

<sup>2</sup> Handelsblatt v. 17. 5. 2009.

erneute Vernehmung des damals vom Aufsichtsratsvorsitzenden zu Rate gezogenen (auf Gesellschaftsrecht und Compliance spezialisierten) Rechtsanwalts als Zeugen. Der erschien mit einem (auf Strafrecht spezialisierten) Zeugenbeistand. Das Recht dazu steht bekanntlich seit einer Entscheidung des *BVerfG* aus dem Jahre 1974<sup>3</sup> und nach Einführung des § 68 b StPO jedem Zeugen zu, und davon Gebrauch zu machen, kann auch für einen auf einem anderen Gebiet bewanderten Rechtsanwalt sinnvoll sein, zumal wenn die Grenzen seiner Aussagepflicht und die Reichweite seiner Schweigerechte zweifelhaft sein können.

Der Beistand warf nun erstmals die Frage auf, ob ein Rechtsanwalt, der vom Aufsichtsratsvorsitzenden einer AG um Rat gefragt worden war, nach dessen Ausscheiden durch einen dem (neuen) Vorstand unterstellten Abteilungsleiter wirksam von der Schweigepflicht entbunden werden konnte, ohne dass die damaligen Gesprächspartner oder sogar die damaligen Organe (Vorstand und/oder Aufsichtsrat) ihr Einverständnis erklärt haben. Der Zeugenbeistand verneinte die Frage unter Hinweis auf Literaturstimmen<sup>4</sup>. Dem schloss sich der Zeuge ungeachtet seines früheren Aussageverhaltens an, indem er nunmehr die Aussage verweigerte. Da die Staatsanwaltschaft anderer Meinung war, verhängte sie gegen ihn nach § 161 a II 1 StPO ein Ordnungsgeld, so dass dagegen nach der seit dem 1. 10. 2009 geltenden Vorschrift des § 161 III i. V. mit § 162 StPO<sup>5</sup> das AG angerufen werden konnte. Derselbe Ermittlungsrichter des AG, der früher noch die Befreiung von der Schweigepflicht als ausreichend angesehen hatte, eine Beschlagnahme der Handakten zu legitimieren, erkannte nunmehr (freilich erst unter Auswertung jener Handakten), dass es jedenfalls der Befreiung durch den *damaligen* Aufsichtsratsvorsitzenden bedürft hätte, um den Rechtsanwalt zu einer Aussage zu verpflichten. Da diese nicht vorlag, hob es das Ordnungsgeld auf<sup>6</sup>. Die Entscheidung ist nach § 161 a III 4 StPO unanfechtbar.

### 5. Parallelermittlungen durch „forensic investigations“

Neben der Staatsanwaltschaft waren noch zwei weitere Institutionen damit beschäftigt herauszufinden, wie es dazu kommen konnte, dass die im Konzern vorhandenen Verbindungsdaten unter Verletzung von datenschutz- und telekommunikationsrechtlichen Grundsätzen verwendet wurden und wie in Zukunft ein solcher Missbrauch organisatorisch verhindert werden kann. Der Vorstand berief einen ehemaligen Bundesrichter zum internen Sonderermittler. Gleichzeitig hatten Aufsichtsrat und Vorstand ein zivilrechtlich ausgewiesenes großes Anwaltsbüro mit einer Untersuchung und der Erarbeitung von Vorschlägen für organisatorische Veränderungen beauftragt. Beide haben auch Zeugen befragt. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Anwaltsbüro seinen Bericht mit vielen Anlagen (ohne die Aufzeichnungen über die Zeugenbefragungen) zuerst mit allen Zeichen und Vorkehrungen der Vertraulichkeit dem Aufsichtsrat zuleitete, woraufhin prompt in der Presse daraus Zitate erschienen<sup>7</sup>. Erst danach erhielt auch die Staatsanwaltschaft ein Exemplar, aber auch ohne die Protokolle über Zeugenbefragungen.

### 6. Opferanwälte

Die Medienberichte über die bevorstehende Einstellung des Verfahrens führte zu einem öffentlichen Protest zweier Rechtsanwälte, die sich frühzeitig als Vertreter von „durch die Spitzelaktion verletzten Aufsichtsratsmitgliedern“ bestellt und Akteneinsicht beantragt hatten. Sie beklagten sich über die Medien, dass die Staatsanwaltschaft beabsichtige,

das Ermittlungsverfahren abzuschließen, ohne zuvor ihnen als den anwaltlichen Vertretern der durch den Datenskanal betroffenen Verletzten Akteneinsicht gegeben zu haben. Gleichzeitig schrieben sie Briefe an die Verteidiger mit der Mitteilung, die Staatsanwaltschaft verweigere unter Hinweis auf den „massiven Widerstand der Verteidigung“ den Opferanwälten die uneingeschränkte Akteneinsicht. Sie schlossen das Schreiben mit der ultimativen Aufforderung, endlich den Widerstand aufzugeben, damit die Akteneinsicht „unbürokratisch“ gewährt werden und so „Waffengleichheit“ hergestellt werden könne.

Einer der Verteidiger antwortete darauf, sein Mandant habe nichts gegen die Akteneinsicht durch Verletztenanwälte, wenn sich die überfällige Verfahrenseinstellung gegen seinen Mandanten dadurch nicht verzögere. Im Übrigen vertraue man darauf, dass die dafür zuständigen Stellen über die Akteneinsichtsrechte der Verletztenanwälte unter Anwendung der einschlägigen gesetzlichen Voraussetzungen (§ 406 e StPO) und nicht etwa „unbürokratisch“ entscheiden werden.

### III. Rechtsfragen

#### 1. Bekämpfung von Datenschutzverstößen durch nahezu grenzenlose Datenauslieferung?

Zunächst geht es mir um die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage Privatunternehmen anlässlich oder im Zusammenhang mit einer Strafanzeige wegen des Verdachts eines Datenmissbrauchs ihre vollständigen Datenbestände einschließlich der (auch gelöschten) Telekommunikationsdaten und Kalendereinträge von (auch ehemaligen) Organmitgliedern und (auch nicht mehr) angestelltem Personal für die Ermittlungszwecke der Staatsanwaltschaft ausliefern. Dass die sofort angebotene Kooperation und offensiv zur Schau getragene Transparenz gegenüber den Strafverfolgungsbehörden inzwischen zum Standardrepertoire eines geschickten Krisenmanagements gehört<sup>8</sup>, reicht als Begründung für die nahezu unbegrenzte Materialauslieferung sicher nicht aus, zumal sie regelmäßig auch den Verzicht auf die Wahrung prozessualer Rechte des Unternehmens und der mitbetroffenen individuellen Träger von Grundrechten bedeutet.

Soweit das Unternehmen in unserem Beispielfall auf Grund eines von der Staatsanwaltschaft vorsorglich bewirkten Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses nach § 103 i. V. mit §§ 94, 95 StPO verpflichtet war, alle darin bezeichneten Gegenstände („Datenträger, Festplatten, Server“) herauszugeben, mag die Duldung vorläufig gerechtfertigt gewesen sein, auch wenn es angesichts des Gegenstands des selbst initiierten Ermittlungsverfahrens (illegale Verwendung von Kunden- und Mitarbeiterdaten!) nahegelegen hätte, auf einer Begrenzung des Datenhungers der Ermittlungsbehörden zu bestehen und zumindest Widerspruch gegen die Sicherstellung und im Falle der richterlichen Bestätigung eine Beschwerde gegen eine so weitgehende „Spiegelung“ und Auswertung nach § 110 StPO einzulegen. Im konkreten Fall waren am Ende die Staatsanwaltschaft und das BKA offenbar selbst bereit, sich auf eine aus ihrer Sicht sachlich sinnvolle Auswahl des ohnehin in absehbarer Zeit kaum zu

3 *BVerfGE* 38, 105 = NJW 1975, 103.

4 *Krause*, in: Festschr. f. Dahs, 2005, S. 360; *Dierlamm*, in: ARGE Strafrecht, Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 428 ff.; jew. m. w. Nachw.

5 Gesetz v. 29. 7. 2009 (BGBl I, 2280) m. W. v. 1. 10. 2009.

6 *AG Bonn*, NJW 2010, 1390 (unter Nr. 18 in diesem Heft).

7 *Wirtschaftswoche* v. 15. 6. 2009.

8 *Dazu Hamm*, in: Festschr. f. Christian Richter II, 2006, S. 179.

bewältigenden Datenwustes zu beschränken und z. B. auf die Auswertung privater Informationen zu verzichten. Diese pragmatische Lösung beseitigt aber nicht die grundsätzlichen Bedenken gegen eine freiwillige Herausgabe aller Daten auch völlig unverdächtig Personen. Bedenkt man, dass es dabei auch nicht etwa – wie beim Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs nach § 206 StGB – „nur“ um die Verwendung von *Verbindungsdaten*, sondern (bei E-Mails und Kalendereinträgen) um Kommunikations- und *Speicherinhalte* geht, bedürfte es jedenfalls für eine freiwillige Herausgabe, der eine unangefochtene amtliche Sicherstellung ziemlich nahekommt, einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage oder der (kaum einzuholenden) ausdrücklichen Erlaubnis aller Betroffenen. Aber den Schutz der betroffenen Mitarbeiter, Kunden und Geschäftspartner auf dem Rechtsmittelweg zu erzwingen, ist aus der Mode gekommen, weil es als Blockade des selbst verkündeten schonungslosen Aufklärungswillens des Unternehmens verstanden und öffentlich kritisiert werden könnte. Dabei fällt kaum noch jemandem auf, wie sehr auch diese Haltung in Widerspruch gerät zu dem Anspruch auf eben jenen Rechtsgüterschutz, dessen Zweck das Ermittlungsverfahren dienen soll.

Solche Zielkonflikte bleiben ohne Beachtung in denjenigen Verfahren, in denen es um internationale Korruption geht. Denn das dort geschützte Rechtsgut hat mehr mit Wirtschaftshygiene und -moral und nichts mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung zu tun. Da mag es auch naheliegen, gleichzeitig durch mehrere staatliche und private Investigatoren ohne hohe Sensibilität hinsichtlich der verwendeten Daten allein das Ziel der Sachverhaltsaufklärung ins Auge zu fassen. In diesen Fällen hat sich auch in der Industrie jenes als bewährt geltende Verfahren eingebürgert, teilweise sogar in Abstimmung mit der Staatsanwaltschaft ein auf „forensic investigations“ spezialisiertes deutsches oder auch (bei Börsennotierung der Gesellschaft dort) amerikanisches Anwaltsbüro mit hoher „Man-power“ und tiefer Datendurchdringung eine Art Totalaufklärung betreiben zu lassen, die inzwischen auch von den Staatsanwaltschaften gerne nutzbar gemacht wird<sup>9</sup>.

Dabei genießen die internen und externen Privatermittler den zweifelhaften „Vorzug“ gegenüber den Strafverfolgungsbehörden, dass diese an die strafprozessualen Formen der Informationsbeschaffung (Respektierung von Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechten, Belehrungspflichten, Eingriffe in Grundrechte Betroffener nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Regelungen) gebunden sind, während jene auf zivilrechtliche und insbesondere arbeitsrechtliche Auskunftspflichten (u. U. auch in Verbindung mit einem zivilrechtlichen „Amnestieprogramm“) pochen und auf alle dem Unternehmen verfügbaren Dokumente zugreifen können.

Mögen diese datenschutzrechtlichen Bedenken also in Fällen, in denen es nicht gerade um einen Datenschutzskandal ging, nur wenigen Beobachtern aufgefallen sein, so sollte die Frikation zwischen Mittel und Zweck in den „Spitzelaffären“ doch eigentlich ins Auge springen. Dies gilt spätestens dann, wenn wir die rechtsstaatliche Zurückhaltung gegenüber Eingriffen in Informations- und Kommunikationsrechte auf anderen Gebieten der Strafverfolgung zum Vergleich heranziehen.

Erst kürzlich hat der *Ermittlungsrichter* des BGH einen Beschluss gefasst, der in einem Fall einer Ermittlung gegen mutmaßliche Terroristen entschied, dass die Anordnung der Beschlagnahme des gesamten auf dem Mailserver des Providers gespeicherten E-Mail-Bestands eines Beschuldigten regelmäßig gegen das Übermaßverbot verstößt<sup>10</sup>. Die Entschei-

dung ist zweifellos richtig. Aber wie nimmt sich dagegen die Bedenkenlosigkeit aus, mit der sich die Staatsanwaltschaft im eingangs geschilderten Fall von dem auf Kooperation bedachten Unternehmen die Menge von zig Terabyte an elektronisch gespeicherten Inhalts-, Kommunikations- und Personaldaten hat zur Auswertung „aushändigen“ lassen?

## 2. Anwaltlich anvertraute Daten

Der geschilderte Fall gibt auch in zweifacher Weise Anlass, die Grenzen des Anwaltsgeheimnisses für Fälle solcher Skandalbewältigungen neu auszumessen.

Zunächst stellt sich die Frage, ob das mit dem Investigationsgutachten beauftragte externe Anwaltsbüro die Aufzeichnungen über die im Rahmen dieser Privatermittlungen durchgeführten Zeugenbefragungen der Staatsanwaltschaft vorenthalten durfte. Begründet wurde die Zurückhaltung dieser Aufzeichnungen wohl mit dem Anwaltsgeheimnis. Andererseits lag eine Befreiungserklärung vor. Ob sie ausdrücklich beschränkt war auf die Übergabe des Untersuchungsberichts und seiner aus sonstigen Dokumenten bestehenden umfangreichen Anlagen, ist nicht bekannt. Die Staatsanwaltschaft hat es schließlich hingenommen, dass sie an die Aufzeichnungen über die Zeugenbefragungen nicht herankam, und zwar auch dann noch, als ein Zeuge bei ihr ausgesagt hatte, er habe beim Lesen des Berichts seine eigene Aussage gegenüber den Sonderermittlern nicht wiedererkannt.

Sodann wirft die Entscheidung des Ermittlungsrichters<sup>11</sup> im Falle des vom Aufsichtsratsvorsitzenden zu Rate gezogenen Aktienrechtlers die Frage auf, was nun mit dessen Handakten geschieht, die noch Bestandteile der Ermittlungsakten sind.

Das AG hat zutreffend darauf abgestellt, dass von der Verschwiegenheitspflicht nur derjenige entbinden kann, zu dessen Gunsten § 53 I Nr. 3 StPO das Vertrauensverhältnis zwischen dem Anwalt und dem individuellen Ratsuchenden schützt. Dieses Vertrauensverhältnis wäre gestört, wenn die Entbindungserklärung der juristischen Person als ausreichend angesehen werden würde. Daran schließt sich aber zwangsläufig die Frage an: Da bereits zum Zeitpunkt der Beschlagnahme seiner Handakten wegen § 97 I Nr. 1 und II 1 StPO das Fehlen einer gültigen Befreiung dieser Ermittlungsmaßnahme entgegengestanden hätte, wäre spätestens nach einer Beschwerde des Rechtsanwalts die Beschlagnahme wieder aufzuheben.

Eine andere Frage ist es freilich, ob hinsichtlich der bisherigen Zeugenaussagen, die der Anwalt in der rechtsirrigen Vorstellung gemacht hat, er sei dazu verpflichtet, ein Verwertungsverbot besteht. Dies lässt sich nicht unter Hinweis darauf verneinen, dass § 53 StPO ja nur ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumt, über das der Berufsheimnisträger allein zu verfügen hat. Letzteres ist zwar zutreffend, setzt aber eine auch tatsächlich gegebene Entscheidungsfreiheit voraus. Nachdem der anwaltliche Zeuge aber bereits durch die richterliche Beschlagnahme seiner Handakten erfahren hatte, dass die Justiz zum damaligen Zeitpunkt nicht bereit war, ihm überhaupt ein Verweigerungsrecht einzuräumen, ist

<sup>9</sup> Im Fall Siemens war die Staatsanwaltschaft ursprünglich skeptisch gegen die nach ganz anderen Regeln durchgeführten Parallelermittlungen durch das von der SEC empfohlene amerikanische Anwaltsbüro *Debevoise & Plimpton*, bevor man erkannte, dass die Ergebnisse der von dieser Ermittlungstruppe getätigten Aufklärungsarbeit durchaus für das deutsche Strafverfahren nutzbar gemacht werden konnten.

<sup>10</sup> BGH, NJW 2010, 1297.

<sup>11</sup> AG Bonn, NJW 2010, 1390 (unter Nr. 18 in diesem Heft).

eher noch an eine analoge Anwendung des § 136 a StPO zu denken.

### 3. Akteneinsicht der Verletztenvertreter in alle Akten der Staatsanwaltschaft?

Die im Jahre 1986 erstmals eingeführte und im Jahre 2000 noch einmal geänderte<sup>12</sup> Vorschrift des § 406 e I StPO beendete als eine materiell datenschutzrechtliche Regelung<sup>13</sup> einen spätestens seit dem Volkszählungsurteil des *BVerfG*<sup>14</sup> untragbaren Rechtszustand, wonach dem „durch eine Straftat Verletzten“ ohne gesetzliche Grundlage, gestützt auf bloße Verwaltungsvorschriften<sup>15</sup> („unbürokratisch“) Akteneinsicht gewährt wurde. Ob die Vorschrift schließlich als gelungen bezeichnet werden kann, darf freilich bezweifelt werden. Die verbreitete Kritik mündet in der Sorge, dass sie als Einfallstor für die Verfolgung verfahrensfremder Zwecke missbraucht werden könne<sup>16</sup>.

Im hier behandelten Ausgangsfall stellt sich die besondere Problematik, dass angesichts des beschriebenen Übermaßes an Informationsverarbeitung für die Zwecke der Sachverhaltsaufklärung eine uneingeschränkte Akteneinsicht für anwaltliche Vertreter jedweder potenziell „verletzten“ Personen in das informationelle Selbstbestimmungsrecht einer großen Zahl weiterer Personen (einschließlich der von anderen Rechtsanwälten oder überhaupt nicht vertretenen Betroffenen) eingreift. Es kommt hinzu, dass sich weite Teile der Ermittlungsakten mit dem Vorwurf der Untreue zum Nachteil der AG befassen, so dass zumindest insoweit die von den Antrag stellenden Rechtsanwälten vertretenen Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat weder eine Verletzeneigenschaft noch ein berechtigtes Interesse an der Akteneinsicht beanspruchen können. Da zur Zeit der Fertigstellung dieses Manuskripts die Staatsanwaltschaft noch nicht abschließend über die Akteneinsicht entschieden hat, mag es hier mit diesen Hinweisen sein Bewenden haben.

### 4. Ketzerische weitere Fragen

Ausgangspunkt des Falls war – wie oben geschildert – die Aussichtslosigkeit einer Strafanzeige wegen des strafrechtlich relevanten Lecks im Aufsichtsrat als Folge unseres Verständnisses vom Verfassungsrang des Quellenschutzes für investigativ tätige Journalisten.

Das *BVerfG* hat die bekannte Cicero-Entscheidung<sup>17</sup> darauf gestützt, dass die bloße Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses i. S. des § 353 b StGB durch einen Journalisten im Hinblick auf Art. 5 I 2 GG nicht ausreiche, um einen den strafprozessualen Ermächtigungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen. Die Bundesjustizministerin hat kürzlich angekündigt, durch Gesetz klarstellen zu lassen, dass ein Journalist nicht schon dadurch Beihilfe zum Geheimnisbruch begeht, dass er ihm vertraulich zugespieltes Material publiziert<sup>18</sup>. Falls es wirklich zutreffen sollte, dass die Medien ihrer wichtigen Kontrollfunktion ohne strafrechtlich relevante Quellen nicht mehr gerecht werden könnten<sup>19</sup>, müsste das in letzter Konsequenz auch zu der Frage führen, welche rechtlichen Auswirkungen sich dann aus dem normativ programmierten faktischen Verfolgungsverzicht des Staats für die Verpflichtung von Privatunternehmen zur Compliance-Vorsorge gegen Verrat von Geschäftsgeheimnissen und Insidertatsachen ergeben.

Ist vielleicht die Neufassung des § 32 II 2 BDSG, wonach im Interesse des Arbeitnehmerdatenschutzes höhere Hürden für die Zwecke der Aufklärung von Straftaten bestehen als z. B. für die Verhinderung vertragswidrigen Verhaltens, ein

erster Schritt in diese Richtung? Der Vorschrift scheint nämlich in ihrer jetzigen Fassung die gesetzgeberische Wertung zu Grunde zu liegen, Straftaten seien generell „weniger schlimm“ als andere Rechtsverletzungen<sup>20</sup>. Wäre das als bewusste gesetzgeberische Entscheidung zu verstehen, dann hätte die strafprozessuale Tabuisierung des Vertrauensverhältnisses zwischen Journalisten und ihren Informanten im Arbeitnehmerdatenschutz, der sich ja aus dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ableitet, neben der Pressefreiheit ein weiteres verfassungsrechtliches Standbein. Dann wäre aber auch die weitere Frage anzuschließen, ob auch Privatunternehmen aus Respekt vor der Pressefreiheit – nach dem Muster des staatlichen Schutzes von Art. 5 GG – darauf zu verzichten haben, undichte Stellen in den eigenen Reihen aufzuspüren, sobald feststeht, dass der Adressat des Verrats ein Medienschaffender i. S. des § 53 I Nr. 5 StPO ist.

Das kann aber nicht richtig sein, weil es das Ende jeder Compliance und Corporate Governance ausgerechnet auf dem Gebiet der Datenschutzverstöße bedeuten würde, wofür gerade die Massenmedien am wenigsten Verständnis aufbrächten. Denn sie wachen aufmerksam darüber, ob einem Unternehmen eine Untätigkeit vor dem Bekanntwerden eines Missstands oder ein die Rechte seiner Mitarbeiter zu sehr tangierender Übereifer vorgeworfen werden kann. Da in beiden gegenläufigen Varianten regelmäßig Skandalisierungspotenzial steckt, läuft die derzeitige Rechtslage vielfach für das Management von betroffenen Unternehmen auf die Wahl zwischen Pest und Cholera hinaus.

### IV. Lehren für die Anwaltschaft

„Skandalmanagement“ ist zunehmend auch eine Aufgabe für Rechtsanwälte in unterschiedlichsten, aber weitgehend auch neuen Funktionen. Es stellen sich insbesondere aus Anlass der so genannten Datenskandale bisher noch ungeklärte Rechtsfragen, in denen anwaltliches Berufsrecht, Datenschutzrecht, Presserecht, Arbeitsrecht, Straf(prozess)recht und Verfassungsrecht in einer erst noch zu entwirrenden Gemengelage miteinander verwoben sind. Dabei drohen mehr und mehr außerrechtliche Einübungen von Konfliktbewältigungsprogrammen an die Stelle von Normgeltung zu treten. *Rechtsanwälte* sollten sich aber mehr der Rechtsdurchsetzung als der Suche nach neuen Marktfeldern und unjuristischen Aufgaben verpflichtet fühlen. Nur dann können sie auch der zunehmenden Neigung von Unternehmen und Staatsanwälten entgegenwirken, den modischen Begriff „Compliance“ höher zu bewerten als das Recht. ■

- 12 OpferschutzG v. 18. 12. 1986 (BGBl I, 2496); StVÄG 1999 v. 2. 8. 2000 (BGBl I, 1253); zur Vor- und Entstehungsgeschichte instruktiv *Brodersen*, NJW 2000, 2536.
- 13 Zu einer solchen Lesart der Vorschrift *Wallau*, in: Festschr. f. Dahn (o. Fußn. 4), S. 509. Weitergehend ist es in Übereinstimmung mit *Rieß*, in: Festgabe f. Hilger, 2003, S. 171 (173), mühelos möglich, „weite Teile des traditionellen Strafprozessrechts als ‚Datenübermittlungsrecht‘ zu interpretieren und das Strafverfahren als komplexes System des Informationsaustauschs zu verstehen“.
- 14 *BVerfGE* 65, 1 = NJW 1984, 419.
- 15 Vgl. *Hilger*, in: *Löwel/Rosenberg*, StPO, 25. Aufl. (2001), § 406 e Rdnr. 1 m. w. Nachw.
- 16 Zur Kritik an der Vorschrift s. beispielsweise *Schlothauer*, StV 1987, 356; *Thomas*, StV 1985, 431; *Otto*, GA 1989, 289; *Riedel/Wallau*, NStZ 2003, 393; *Koch*, in Festschr. f. Hamm, 2008, S. 289 ff.
- 17 NJW 2007, 1117.
- 18 beclink 301 205.
- 19 Aus Anlass der letzten Gesetzesänderung 2002 (BGBl I, 682) von mir vorsichtig in Zweifel gezogen (NJW 2001, 269).
- 20 Zu diesem Wertungswiderspruch vgl. die Stellungnahme Nr. 2/2010 des DAV, www.anwaltverein.de; dazu auch instruktiv *Erfurth*, NJOZ 2009, 2914 = NJW 2009, 2723 (Aufsätze Online); s. auch *Salvenmoser/Hauschka*, NJW 2010, 331 (333).