



PROOF-MANAGEMENT®
Management für Beweisermittlung

COMPLIANCE AKUT

**Der heimliche Einsatz der GPS-Ortungstechnik durch Detekteien
unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH,
Urteil vom 04. Juni 2013 (Az.: 1 StR 32/13)**

Autor: Assessor jur. Paul H. Malberg

Herausgegeben von

PROOF-MANAGEMENT GMBH

Geschäftsführer:

Ass. jur. Paul H. Malberg

Sitz der Gesellschaft:

Im Schlosspark 22

51429 Bergisch Gladbach – Bensberg

Tel.: +49 (0)2204 / 703 81 80

Fax: +49 (0)2204 / 703 81 81

E-Mail: info@proof-management.de

Internet: www.proof-management.de

Internet: www.tatort-arbeitsplatz.de



Liebe Leserinnen und Leser, herzlich willkommen!

Ich freue mich ganz persönlich, Sie als Interessierte unserer ersten Ausgabe der Schriftenreihe „COMPLIANCE AKUT“ begrüßen zu können.

Wie der Titel bereits verheißt, behandeln wir ab sofort und wiederkehrend Themen, die im engen Zusammenhang mit der investigativen Aufklärung akuter strafrechtlich relevanter Verhaltensweisen stehen. Hierbei ist es uns ein gesteigertes Anliegen insbesondere solche compliance-relevante Themen in den Fokus zu stellen, die die Notwendigkeit interner Ermittlungen, aber auch deren Rahmenbedingungen, also Möglichkeiten und Grenzen, aufzeigen.

Das Aufklärungs- und Beseitigungsinteresse hinterfragungswürdiger Sachverhalte ist nicht zuletzt wegen der erhöhten Haftungsrisiken von Unternehmensverantwortlichen im Vergleich zu früheren Jahren deutlich gestiegen (vgl. exemplarisch § 130 OWiG, § 43 GmbHG, §§ 91, 93 AktG). Hinzu treten restriktive und -wie nachfolgend behandelt- zum Teil strafbewährte Datenschutzbestimmungen, eine durchaus aufmerksamere Medienlandschaft sowie Arbeitnehmer, die aufgrund eigener, aber auch fremder Interessen motiviert sind, Missstände zu beheben.

Um dem -auch gesetzlich normierten- Bedürfnis nach präventiven und repressiven Maßnahmen nachzukommen, sind eine Vielzahl von Unternehmen dazu übergegangen, eigene Compliance-Abteilungen zu gründen und ganze, übergeordnete Compliance-Systeme inklusive diverser Hinweisgebersysteme zu implementieren.

Doch das akute Erfordernis einer Klärung und Beseitigung von Straftaten lässt so manchen, nicht immer freiwillig „ernannten“ Compliance-Officer aufschrecken, der mitunter sein Wissen lediglich aus diversen Seminaren und Schulungsunterlagen schöpft.

Auch wenn unsere Reihe letztlich keine langjährigen investigativen Erfahrungen ersetzen und nicht sämtliche rechtliche Fallstricke berücksichtigen kann, so beleuchtet sie trotzdem relevante Aspekte von internen Ermittlungen und gibt darüber hinaus wertvolle Tipps für die Best-Practise.

Ich wünsche Ihnen, dass Sie durch „COMPLIANCE AKUT“ möglichst viele positive Informationen für Ihre Arbeit und besonders für den Ernstfall gewinnen, und stehe selbstverständlich für Anregungen, Kritik oder einen sonstigen Austausch gerne zur Verfügung.

Mit besten Grüßen

Ass. jur. Paul H. Malberg

Der heimliche Einsatz der GPS-Ortungstechnik durch Detekteien unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 04. Juni 2013 (Az.: 1 StR 32/13)

Zusammenfassung, Erläuterung und Kommentierung durch Ass. jur. Paul H. Malberg, Geschäftsführer und Gesellschafter der PROOF-MANAGEMENT GMBH, 08/2013¹

A. Einleitung

Der Einsatz moderner GPS-Technik erleichtert den Nachweis von Straftaten ungemein. Die Verwendung kann aber auch dazu dienen, Straftaten vorzubereiten, indem etwa aufgezeichnete Bewegungsprofile von Betroffenen (bzw. sog. Zielpersonen) dazu genutzt werden, kompromittierende Sachverhalte aus dem Privatleben zu eruieren, um diese Personen zu einem späteren Zeitpunkt unter Zuhilfenahme der gewonnenen „schmutzigen“ Erkenntnisse zu einem bestimmten Verhalten „zu nötigen“.

Die rechtlichen Voraussetzungen für einen verdeckten GPS-Einsatz zur Ortung von Personen waren bislang unbestimmt, und sie haben mit Ausnahme der strafprozessualen Vorschrift § 100h I 1 Nr. 2 StPO, die regelt, unter welchen Bedingungen diese Technik zu Observationszwecken durch staatliche Ermittlungsbehörden eingesetzt werden darf, für Private in keinem Gesetz einen wörtlichen Niederschlag gefunden.

Immerhin mussten sich bislang zumindest einige wenige Gerichte mit der Frage der Zulässigkeit respektive Strafbarkeit eines verdeckten GPS-Einsatzes durch Detektive beschäftigen, und so waren aus den bisherigen Entscheidungen, wenn auch nicht einheitlich, bereits erste Kriterien erkennbar, die über einen legalen oder illegalen Einsatz dieser Ortungstechnik

durch Private bzw. Detekteien an Kraftfahrzeugen entscheiden sollten.²

Trotzdem ließen sich Dienstleister verschiedentlich dazu hinreißen, GPS (offensichtlich) bedenkenlos und ohne Berücksichtigung der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Zielpersonen zu verwenden, obschon abzusehen war, dass eine heimliche, massenhafte und restriktionslose technische Überwachung, ähnlich wie bei der verdeckten Videoüberwachung, weder gewollt noch erlaubt ist.

Zwei aktuellen Entscheidungen des BGH ist es zu verdanken, dass die juristischen Rahmenbedingungen für einen legalen heimlichen GPS-Einsatz endlich näher abgesteckt wurden als je zuvor.

Dabei ging es in dem Urteil des ersten Strafsenats vom 04.06.2013 (Az.: 1 StR 32/13) primär um die Frage der Strafbarkeit des verdeckten Einsatzes der GPS-Ortung zum Erstellen von personenbezogenen Bewegungsprofilen.

Der in einer Familiensache ergangene Beschluss des BGH vom 15.05.2013 (XII ZB 107/08) hingegen behandelte die Fragestellung, ob und unter welchen Voraussetzungen die Kosten für den verdeckten Einsatz von GPS erstattungsfähig und von einer „überführten“ Zielperson (hier die Ex-Frau, die tatsächlich keinen Anspruch mehr auf nachehelichen Unterhalt hatte) zu bezahlen sind.

Dieser Beitrag befasst sich ausschließlich mit den strafrechtlich relevanten Fragestellungen und folglich mit der Entscheidung des Strafsenats.

¹ Alle Kommentare und Schlussfolgerungen des Autors sind Ausfluss seiner persönlichen Meinung und stellen keine konkrete Rechtsberatung dar.

² vgl. etwa LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 25.10.2002, Az: 4 Ca 260/99; LG Lüneburg, Beschluss vom 28.03.2011, Az: 26 Qs 45/11.

B. Urteil des ersten Strafsenats vom 04.06.2013 (Az.: 1 StR 32/13)

I. Irreführende Pressemeldung

Als die Pressemeldung Nr. 96/2013 zur Entscheidung des ersten Strafsenats mit der Überschrift

„Bundegerichtshof: Überwachung von Personen mittels an Fahrzeugen angebrachter GPS-Empfänger ist grundsätzlich strafbar“

über die Nachrichtenticker lief, glaubten viele, der verdeckte Einsatz dieser Ortungstechnik sei aufgrund strafrechtlicher Erwägungen in Zukunft endgültig nicht mehr vorstellbar.

So ist der Pressemeldung u.a. zu entnehmen:

„...Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat entschieden, dass die heimliche Überwachung der "Zielpersonen" mittels eines GPS-Empfängers grundsätzlich strafbar ist. Zwar ist eine Abwägung der widerstreitenden Interessen im Einzelfall erforderlich. Jedoch kann lediglich bei Vorliegen eines starken berechtigten Interesses an dieser Datenerhebung die Abwägung ausnahmsweise (etwa in notwehrähnlichen Situationen) ergeben, dass das Merkmal des unbefugten Handelns bei diesen Einsätzen von GPS-Empfängern zu verneinen ist“³.

Diese Zusammenfassung ist oberflächlich betrachtet jedoch irreführend und im Ergebnis keineswegs eine Neuigkeit.

Sie hat sogar dazu geführt, dass einige Detekteien derart verunsichert waren, dass sie dieser Technik öffentlich abschworen.

³ <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=64248&linked=pm>

So bekundeten diese plötzlich, die Technik überhaupt nicht einzusetzen und sich stattdessen auf konventionelle Observationen zu beschränken. Dabei hätte man mit einem Grundverständnis für das BDSG und spätestens mit Studium des Urteils, auf das sie sich ja beriefen, zu einer weitaus differenzierteren Erklärung kommen können.

Möglicherweise trägt jetzt diese Ausarbeitung dazu bei, dass sie ihre Haltung, GPS heimlich nicht zu verwenden, grundlegend überdenken und ggfs. revidieren. Zumindest sollten sie potentielle Auftraggeber, zu denen vermutlich auch mal Unternehmen gehören, nicht mit juristisch undifferenzierten Behauptungen verwirren und sie mit Sachverhalten „im Regen stehen lassen“, in denen über eine legale Anwendung der Technik tatsächlich nachzudenken wäre.

Zum weiteren Verständnis folgen zunächst einige kurze Ausführungen zur Systematik des Bundesdatenschutzgesetzes.

Personenbezogene Ermittlungen tangieren in Deutschland in aller Regel immer das BDSG.

Das Gesetz stellt in § 4 I BDSG klar, dass die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig ist, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene hierzu eingewilligt hat. Des Weiteren regelt § 4 II BDSG, dass personenbezogene Daten grundsätzlich beim Betroffenen zu erheben sind, es sei denn, dass eine Rechtsvorschrift dies vorsieht oder zwingend voraussetzt, § 4 II 2 Nr. 1 BDSG.

Es wird mithin deutlich, dass es sich bei § 4 BDSG um ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt.

Setzte man sich nun in einem konkreten Fall über dieses Verbot hinweg, und gäbe es keinen rechtfertigenden Erlaubnis-

tatbestand, dessen Voraussetzungen erfüllt werden, so sähe man sich bei personenbezogenen Ermittlungen zwangsläufig einem Ordnungswidrigkeitenverfahren gem. § 43 BDSG, eventuell sogar einem Strafverfahren gem. § 44 BDSG ausgesetzt.

Zum Vergleich:

Dies gilt auch für den verdeckten Einsatz einer Videokamera in einem Unternehmen. Trotzdem wäre es -wenn auch juristisch korrekt- nicht sachgerecht und allzu kurz gedacht, die Verwendung einer getarnten Kamera im Betrieb zur Aufklärung von Straftaten direkt als „grundsätzlich strafbar“ zu bezeichnen und mit diesem Malus versehen medial zu proklamieren, da in der Vergangenheit u.a. das BAG hinreichend Kriterien für einen legalen Einsatz der heimlichen Videoüberwachung aufgestellt hat⁴ und diese Technik bei Vorliegen der Voraussetzungen tagtäglich zur Aufdeckung von Straftaten genutzt wird.

Folglich ist die in der Pressemeldung enthaltene Kernaussage hinsichtlich einer „grundsätzlichen Strafbarkeit“ der heimlichen Ortung bzw. heimlichen Erhebung von Daten zwar richtig, aber -wie sich noch herausstellen wird- zu abstrakt, da sie als Ausnahme zur Strafbarkeit lediglich eine „notwehrähnliche Situation“ benennt und diese Formulierung gemessen an den tatsächlichen im Revisionsverfahren aufgestellten Anforderungen einer ausführlichen Erläuterung bedarf.

II. Der zugrunde liegende Sachverhalt (verkürzt)

Eine Detektei wurde mehrfach von Privatpersonen beauftragt, andere Personen (Zielpersonen) zu überwachen. Hierbei wurden u.a. Bewegungsprofile angefertigt,

indem an den von den Zielpersonen genutzten Fahrzeugen versteckt GPS-Sender angebracht wurden. Dieses betraf auch die Fahrzeuge im familiären Umfeld der Zielpersonen, wenn nicht ausgeschlossen werden konnte, dass auch diese von den Zielpersonen genutzt werden würden. Somit waren auch unbeteiligte Dritte Gegenstand der Überwachung.⁵

Um die Fahrzeuge entsprechend präparieren zu können, wurden u.a. Tiefgaragen, die durch Rolltore oder Gitter gesichert und nur für Berechtigte mit einer Karte zugänglich waren, betreten.⁶

Die GPS-Empfänger zeichneten schließlich alle zwei Minuten, zum Teil auch minütlich, Datum, Uhrzeit, Breiten- und Längenkoordinaten sowie die jeweilige Momentangeschwindigkeit der Fahrzeuge auf. Die Daten wurden schließlich auf Laptops übertragen und mittels spezieller Software ausgewertet. Hierdurch konnten Fahrweg und Aufenthaltsort der Zielpersonen dokumentiert werden.⁷

Die Zielsetzungen der Auftraggeber waren unterschiedlich. Zusammengefasst seien Folgende genannt:

1. Gezielte Suche nach kompromittierendem Material

So sollte u.a. kompromittierendes Material aus dem Berufs- und Privatleben von bestimmten Personen gewonnen werden, um diese später entsprechend beeinflussen zu können, darunter ein Rechtsanwalt, der der Insolvenzverwalter des Vermögens eines Auftraggebers war, sowie Angehörige einer Staatsanwaltschaft, die gegen den besagten Auftraggeber wegen des Verdachts des Abrechnungsbetruges ermittelten.⁸

⁵ vgl. Rn. 5.

⁶ vgl. Rn. 6.

⁷ vgl. Rn. 7.

⁸ vgl. Rn. 10 f.

⁴ vgl. etwa BAG, Urteil vom 21.06.2012, Az: 2 AZR 153/11; BAG, Beschluss vom 29.06.2004, Az: 1 ABR 21/03.

2. Nachweis der beischlafbezogenen Untreue

Zudem sollten mit Hilfe der GPS-Überwachungen u.a. jeweils die beischlafbezogene Untreue von Ehegatten sowie die Untreue einer Schwiegertochter belegt werden.⁹

3. Nachweis von Sachverhalten, die der BGH als grundsätzlich relevant erachtet

Darüber hinaus wurde die Technik eingesetzt zur Ermittlung einer Nebentätigkeit während der Krankheit bzw. zum Nachweis, gegen ein Wettbewerbsverbot verstoßen zu haben.

Schließlich sollte mittels der Bewegungsprofile die Veruntreuung von Geldern bewiesen, beiseite geschafftes Vermögen aufgefunden, und der Arbeitsplatz einer Schuldnerin zum Zwecke von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen eruiert werden.

In einem Fall wurde ein GPS-Sender an das im Eigentum des Auftraggebers stehende Fahrzeug angebracht, welches jedoch tatsächlich von der getrennt lebenden Ehefrau genutzt wurde.

Dieser Auftraggeber wollte eine neue Beziehung seiner Ehefrau belegen sowie deren Absicht, ihm das „Haus wegzunehmen“.¹⁰

Um das Ergebnis vorwegzunehmen:

Die unter 3. genannten Sachverhalte konnte das Revisionsgericht hinsichtlich der exakten Umstände nicht abschließend beurteilen, und es verwies sie zurück an das LG Mannheim.

II. Die Entscheidung des LG Mannheim als Vorinstanz

Das Landgericht Mannheim hatte als Vorinstanz¹¹ in sämtlichen benannten Fällen ein vorsätzliches unbefugtes und

damit strafbares Erheben von Daten gegen Entgelt gem. §§ 44 I, 43 II Nr. 1 BDSG wegen des unerlaubten Erstellens von Bewegungsprofilen gesehen.

Es führte zur Begründung u.a. aus, dass in keinem einzigen Fall die Voraussetzungen des § 100h StPO erfüllt waren, der die Bedingungen dafür benennt, wann staatliche Ermittlungsbehörden diese Technik zur Strafverfolgung einsetzen dürfen. So sehe § 100h I 2 StPO u.a. vor, dass es sich bei den nachzuweisenden Sachverhalten um „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ handeln müsse. Solche Straftaten waren jedoch nach Ansicht des LG nicht ersichtlich. Demnach wären auch Ermittlungsbehörden nicht befugt gewesen, GPS-Sender einzusetzen. Und wenn Ermittlungsbehörden nicht befugt gewesen wären, dann erst recht nicht Private, die allenfalls über sog. „Jedermanns Rechte“ verfügen.¹²

III. Feststellungen und Differenzierungen des BGH

Die auf 37 Seiten angelegte Entscheidung des BGH ist bei entsprechender Übertragung der darin enthaltenen Grundsätze insbesondere für interne Ermittlungen zur Aufklärung von Straftaten in Unternehmen, aber auch zur Bekämpfung sonstiger Kriminalität bemerkenswert.

Indem nämlich die Richter über mehrere Seiten die Voraussetzungen einer datenschutzkonformen und damit straffreien GPS-Ortung zur Erstellung von Bewegungsprofilen juristisch herausarbeiten, werden die Rechte der seriösen privaten Aufklärer sogar verfestigt und in Einklang mit bereits vorhandener Rechtsprechung zu anderen Datenerhebungsmethoden gebracht.

⁹ vgl. Rn. 13.

¹⁰ vgl. Rn. 15.

¹¹ LG Mannheim, Urteil vom 18.10.2012, Az: 4 KLS 408 Js 27973/08.

¹² vgl. Rn. 16 ff.

1. Vorsätzliches und gemeinschaftliches Handeln gegen Entgelt

Zunächst schloss sich der BGH der Vorinstanz insoweit an, als dass auch nach seiner Auffassung die Detektive in allen benannten Fällen vorsätzlich und gemeinschaftlich gegen Entgelt gehandelt haben.¹³

2. Personenbezogene Daten

Er führte weiter aus, dass durch einen an einem Fahrzeug gezielt angebrachten GPS-Sender ein indirekter Bezug zu einer Person und deren Aufenthaltsort hergestellt werden könne. Folglich seien die durch einen GPS-Empfänger gewonnenen „Bewegungsdaten“ von Personen auch sog. personenbezogene Daten im Sinne des § 3 BDSG.¹⁴

3. Daten sind nicht allgemein zugänglich

Diese Daten seien auch nicht allgemein zugänglich gewesen.¹⁵ Zwar sei hier die Begründung des LG Mannheim nicht völlig zutreffend, welches dies lediglich mit einer mitunter hohen Verkehrsdichte im Straßenverkehr und der Wahrscheinlichkeit begründet hatte, das im Rahmen einer klassischen Observation zu verfolgende Auto früher oder später ohnehin zu verlieren.¹⁶

Der BGH verneinte die allgemeine Zugänglichkeit der Daten bei fremden Fahrzeugen vielmehr mit der gestochenen scharfen Argumentation, dass Fahrzeug-eigentümer oder Fahrzeugbesitzer eine Störung ihres Eigentums oder Besitzes durch das unerlaubte Anbringen eines GPS-Senders gem. §§ 1004, 859, 862 BGB schlichtweg nicht zu dulden haben. Die allgemeine Zugänglichkeit scheitere folglich an bestehenden rechtlichen Grenzen, die ohne Einverständnis des

Fahrzeugeigentümers oder -besitzers überschritten werden müssten.¹⁷

Entsprechend dieser Ansicht wären also die Daten aus einem erhobenen Bewegungsprofil einer Ehefrau, die den PKW des Ehemannes nutzt, auch für diesen dem Grunde nach nicht allgemein zugänglich.

4. Unbefugt

Zur Bejahung des Straftatbestandes gem. §§ 44 I, 43 II Nr. 1 BDSG war überdies erforderlich, dass die Detektive „unbefugt“ im Sinne des Gesetzes handelten. Hier agierte das Revisionsgericht weitaus differenzierter als das LG Mannheim.¹⁸

a) Rechtfertigungstatbestände

Der BGH sah als in Betracht kommende Erlaubnistatbestände bzw. Rechtfertigungstatbestände sowohl § 28 I 1 Nr. 2 BDSG (Datenerhebung und -speicherung für eigene Geschäftszwecke) als auch § 29 I 1 Nr. 1 BDSG (Geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zwecke der Übermittlung).¹⁹

Letztlich kam er jedoch zu dem Ergebnis, sich nicht für eine der deutschen Normen entscheiden zu müssen. Denn beide inländische Vorschriften seien ohnehin im Sinne der übergeordneten unionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 7 lit. f) der am 13. Dezember 1995 in Kraft getretenen europäischen Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH auszulegen.²⁰

Und da (stark verkürzt) Art. 7 lit. f) auf europarechtlicher Ebene einen Abwägungsprozess sowohl hinsichtlich der

¹³ vgl. Rn. 33.

¹⁴ vgl. Rn. 35 ff.

¹⁵ vgl. Rn. 53 ff.

¹⁶ vgl. Rn. 59.

¹⁷ vgl. Rn. 59.

¹⁸ vgl. Rn. 60 ff.

¹⁹ vgl. Rn. 64 ff.

²⁰ vgl. Rn. 70. ff. m.w.N.

Interessen des Empfängers von Daten (also z.B. die eines Auftraggebers) als auch der Interessen des Betroffenen (also der Zielperson) fordere, seien demgemäß sowohl nach § 28 I 1 Nr. 2 BDSG, aber auch nach § 29 I 1 Nr. 1 BDSG die Interessen des Auftraggebers sowie die Interessen der Zielperson zu beachten.²¹

b) Grundsätze für die auftragsbezogene Detektivarbeit

Auf Grundlage der vorbenannten europäischen Richtlinie und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des EuGH stellte der BGH schließlich für die auftragsbezogene Detektivarbeit Grundsätze auf, die bei der Beurteilung der Zulässigkeit und der damit einhergehenden Verarbeitung personenbezogener Daten eine Rolle spielen sollen.²²

Der Verfasser gibt diese Grundsätze seinem Verständnis entsprechend wieder:

aa) Grundsätzliches zum Einsatz von Detekteien zum Zwecke der Observation

Der BGH erachtet die Beobachtung einer Zielperson durch Detekteien aus Gründen der Beweisführung und eine damit im Zusammenhang stehende Beeinträchtigung von Persönlichkeitsrechten u.a. dann als zulässig, wenn gegen die Person ein konkreter Verdacht besteht, die detektivische Tätigkeit zur Klärung der Beweisfrage erforderlich ist und nicht andere, mildere Maßnahmen als genügend erscheinen.²³

bb) Grundsätzliches zum heimlichen Einsatz von GPS

Eine zulässige Datenverarbeitung setze zum einen voraus, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verwirklichung des berechtigten Interesses des Detektivs oder dessen Auftraggeber erforderlich ist. Zum anderen dürften die Grundrechte und Grundfreiheiten der zu

observierenden Zielpersonen nicht überwiegen, die im Falle des heimlichen Einsatzes von GPS schon deswegen Gewicht erlangten, weil die Daten -wie oben bereits festgestellt- aus nicht allgemein zugänglichen Quellen und damit der Privatsphäre der Zielpersonen entstammten.²⁴

Im Widerspruch zu den Entscheidungsgründen des LG Mannheim stellten die Richter allerdings fest, dass die Rechte eines Auftraggebers nicht deswegen weniger ins Gewicht fallen, weil eventuell im konkreten Einzelfall kein Verdacht auf eine „Straftat von erheblicher Bedeutung“ bestehe und daher staatlichen Ermittlungsbehörden in einer vergleichbaren Situation der Einsatz von GPS nicht gestattet wäre, gem. § 100h I 2 StPO.

Denn § 100h I 2 StPO wäre dann zum einen restriktiver als die benannte europäische Datenschutzrichtlinie. Und zum anderen würde eine Norm der staatlichen Strafverfolgung übermäßig an Bedeutung gewinnen, die ins Leben gerufen wurde, um Bürger vor willkürlichem staatlichen Handeln bzw. vor willkürlichem Einsatz der heimlichen GPS-Ortungstechnik durch Strafverfolgungsorgane zu schützen.

Mithin entfalte § 100h I 2 StPO lediglich im Verhältnis zwischen Staat und Bürger Kraft, aber nicht zwischen Privaten.²⁵

Somit wurde klar gestellt, dass die strafprozessualen Vorschriften der StPO und deren Restriktionen grundsätzlich nicht für Private und somit nicht für Detekteien gelten und demnach auch nicht als Maßstab herangezogen werden dürfen.

Dies bedeutet jedoch nicht -um ein Beispiel zu nennen-, dass Private bzw. Detektive deswegen zukünftig zu Hausdurchsuchungen (vgl. § 102 StPO) berechtigt sind, da dieses Verhalten im krassen Widerspruch zum bestehenden

²¹ vgl. Rn. 72 f.

²² vgl. Rn. 74 ff.

²³ vgl. Rn. 92 m.w.N.

²⁴ vgl. Rn. 75 ff.

²⁵ vgl. Rn. 79 ff. m.w.N.

Straftatbestand des Hausfriedensbruches gem. 123 StGB steht.

cc) Das Bestehen eines berechtigten Interesses bezüglich eines Bewegungsprofils

Was der BGH jedoch grundsätzlich vor einer Datenerhebung und Datenverarbeitung fordert, sind tatsächliche Anhaltspunkte für ein berechtigtes Interesse an einem durch GPS realisierbarem Bewegungsprofil oder ein berechtigtes Interesse an der Erstellung eines solchen Profils zur Durchsetzung berechtigter Interessen.

Dabei müsse gem. Art. 7 lit. f) der Datenschutzrichtlinie das Bewegungsprofil der Zielperson zur Durchsetzung des Beweisführungsinteresses des Detektivs bzw. seines Auftraggebers „erforderlich“ sein, bzw. speziell das Bewegungsprofil müsse zur Durchsetzung des Beweisführungsinteresses benötigt werden, so der BGH.²⁶

dd) Kein „schlichtes“ Beweisführungsinteresse

Im Weiteren setze ein datenschutzkonformer heimlicher Einsatz von GPS nach Ansicht des Senats voraus, dass die Handelnden nicht aufgrund eines „schlichten“ Beweisführungsinteresses agieren, sondern weitere Umstände hinzutreten, „die das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Verletzung des Persönlichkeitsrechts als schutzbedürftig erscheinen lassen“.²⁷

Der BGH verwies in diesem Zusammenhang u.a. auf Fälle, in denen über Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von heimlichen Tonbandaufnahmen entschieden wurde.²⁸ Demnach könne die Anfertigung einer heimlichen Tonbandaufnahme zur Feststellung der Identität eines anonymen Anrufers oder zur Feststellung erpresserischer Drohungen

oder im Fall eines auf andere Weise nicht abwendbaren Angriffs auf die berufliche Existenz hinzunehmen sein, wenn nicht durch andere, weniger belastende Maßnahmen der Sachverhalt anderweitig aufgeklärt werden kann.²⁹

Umgangssprachlich könnte man also die Situation, in der sich der Auftraggeber befinden muss, als „ausweglos“ bzw. „notwehrähnlich“ bezeichnen.

ee) Art und Weise der Datenerhebung und -verarbeitung

Des Weiteren zogen die Richter Wertungen heran, die die Art und Weise der Datenerhebung und -verarbeitung betreffen. Besonders schwerwiegend sei ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Zielperson dann, wenn mit der Anbringung eines GPS-Senders ein Eindringen in das befriedete Besitztum der Zielperson verbunden ist. Dies sei etwa gegeben, wenn zum Anbringen des Senders an einem KFZ unberechtigterweise der Zutritt zu einer Tiefgarage erfolgt.³⁰

Darüber hinaus unterschied der BGH zwischen zu verfolgenden Fahrzeugen, die im Eigentum eines Auftraggebers stehen, und denen, die etwa auf eine andere Person zugelassen sind. Insbesondere bei „fremden“ Fahrzeugen müssten die Interessen eines Auftraggebers im Vergleich zu den Interessen der Zielperson umso höher sein, um die Datenverarbeitung rechtfertigen zu können.³¹

Gleiches gelte, wenn von den Observationsmaßnahmen unbeteiligte Dritte (Familienangehörige, Freunde etc.) betroffen werden.³²

²⁶ vgl. Rn. 83 ff.

²⁷ vgl. Rn. 90.

²⁸ vgl. Rn. 88 ff.

²⁹ vgl. Rn. 90 m.w.N.

³⁰ vgl. Rn. 93.

³¹ vgl. Rn. 93 m.w.N.

³² vgl. Rn. 93.

ff) Subjektives Rechtfertigungselement
Das Revisionsgericht kam bei den zu Grunde liegenden Fällen zu dem Ergebnis, dass nicht bei allen Sachverhalten eindeutig das Vorliegen der vorbenannten Voraussetzungen für einen zulässigen GPS-Einsatz verneint werden konnte und verwies einen Teil (siehe die oben unter II. 3. benannten Fälle) zur ausführlicheren Beurteilung an die Strafkammer des Landgerichts Mannheim zurück.

Die Richter am BGH machten aber in Richtung des LG Mannheim darauf aufmerksam, dass neben den objektiven Voraussetzungen zur Rechtfertigung eines heimlichen GPS-Einsatzes zusätzlich auch ein sog. Rechtfertigungsvorsatz auf Seiten der Detektive vorliegen müsse. Dieser Vorsatz setze voraus, dass den Detektiven die rechtfertigenden Gründe bekannt waren und sich im Motiv ihres Handelns niederschlugen.³³

Ein Schelm, wer bei dieser überaus deutlichen Anmerkung der Richter Böses vermutet. Denn aufgrund der Vielzahl der Fälle, in denen vorliegend GPS undifferenziert verwendet wurde, könnte befürchtet werden, dass sich die Detektive in den zu entscheidenden Sachverhalten überhaupt keine Gedanken über eine erlaubte Verwendung gemacht haben. Das Resultat wäre dann, dass es auch in den zurückverwiesenen Fällen -eventuell trotz Vorliegens der rechtfertigenden Grundsätze- bei einer Strafbarkeit mangels Rechtfertigungsvorsätze bliebe.

C. Schlussfolgerungen

I. Positives Signal für private Ermittler

Der Autor neigt dazu, das Urteil des ersten Strafsenats durchaus als positives Signal an die Branche der Detekteien zu interpretieren.

Die oberste Rechtsprechung nimmt wieder mal die Bedürfnisse der Privaten, explizit die der Detekteien und deren Auftraggeber wahr, indem sie unmissverständlich zu verstehen gibt, dass etwa Observationen durch Detekteien zum Zwecke einer notwendigen Beweisführung unter den in der Entscheidung genannten Voraussetzungen zulässig sind.

Dabei ignorierten die Richter auch nicht die modernen technischen Möglichkeiten zur Wahrheitsfindung. Sie forderten jedoch ein ausgeprägtes Bewusstsein für einen verantwortungsvollen Umgang mit solchen modernen technischen Mitteln, die -theoretisch betrachtet- uferlos sind und mit geringstem Aufwand eine ungerechtfertigte subjektive Datensammelwut befriedigen.

Diejenigen, die Detekteien despektierlich als „Schnüffler“ o.ä. betiteln, sollten sich überlegen, ob sie ihre undifferenzierte Haltung in Anbetracht der Klarstellungen des BGH aufrechterhalten wollen.

Insbesondere in Fällen von Wirtschaftskriminalität leisten Detekteien jeden Tag einen wertvollen und nicht mehr wegzudenkenden Beitrag, durch den auch loyale Arbeitnehmer und kostenbewusste Verbraucher profitieren.

Und solchen, die verbreiten, Detektive dürften keine „Peilsender“ nutzen, sei zu empfehlen, sich mit dieser Ausarbeitung, mindestens aber mit dem Urteil des BGH im Volltext auseinanderzusetzen.

II. Compliance-relevante Sachverhalte und „Internal Investigations“

Noch nicht zu 100 Prozent beantwortet ist im Lichte dieser Rechtsprechung des BGH die compliance-relevante Frage, in wieweit die Verwendung von GPS-Sendern zur Aufklärung von durch Beschäftigte begangene Straftaten zulässig bzw. straffrei ist.

³³ vgl. Rn. 107 m.w.N.

Eindeutig ist hingegen nur, dass grundsätzlich (wie auch beim heimlichen Einsatz einer Videokamera im Betrieb) das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates gem. § 87 I Nr. 6 BetrVG zu beachten ist.³⁴

In Anlehnung an vorbenannten Grundsätze sowie an die Voraussetzungen der legalen verdeckten Videoüberwachung im Unternehmen dürften aber unverkennbare Anhaltspunkte zur Frage der Beweisverwertbarkeit der durch GPS gewonnen Erkenntnisse und mithin auch zur Frage der Strafbarkeit oder Straffreiheit zu finden sein.

Es sei eine Prognose erlaubt:

Der heimliche Einsatz von Videokameras in Unternehmen ist nur unter sehr engen Voraussetzungen und nur im Einzelfall zulässig. So darf die Kamera grundsätzlich nur als letztes in Betracht kommendes Mittel zur strafatbezogenen Beweisführung zur Anwendung gelangen.

Das BAG führte hierzu explizit aus:

„Danach ist die heimliche Videoüberwachung eines Arbeitnehmers zulässig, wenn der konkrete Verdacht einer strafbaren Handlung oder einer anderen schweren Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers besteht, weniger einschneidende Mittel zur Aufklärung des Verdachts ergebnislos ausgeschöpft sind, die verdeckte Videoüberwachung damit praktisch das einzig verbleibende Mittel darstellt und sie insgesamt nicht unverhältnismäßig ist (BAG 27. März 2003 - 2 AZR 51/02 - zu B I 3 b cc der Gründe, BAGE 105, 356). Der Verdacht muss in Bezug auf eine konkrete strafbare Handlung oder andere schwere Verfehlung zu Lasten des Arbeitgebers gegen einen

zumindest räumlich und funktional abgrenzbaren Kreis von Arbeitnehmern bestehen“³⁵.

Von der Gesamtwertung her ist anzunehmen, dass es sich mit dem heimlichen Einsatz von GPS ähnlich verhält.

Denn auch das unbemerkte Anbringen von Sendern ist von dem Vorliegen einer „ausweglosen“ Situation abhängig und muss das letzte verbleibende Mittel zur Beweisführung sein.

Dass die Verwendung von GPS nicht stets unzulässig bzw. strafbar ist, zeigen die hiesigen Ausführungen des BGH und die damit verbundene Zurückverweisung an das LG Mannheim, welches die unter B. II. 3. geschilderten Szenarien nun detaillierter zu prüfen hat.

Aber wenn bereits diese Sachverhalte für den BGH mangels ausreichendem Hintergrundwissen nicht als strafbar oder straffrei zu beurteilen waren, wie verhält es sich dann mit Straftaten durch Beschäftigte in Unternehmen bzw. im Unternehmensumfeld bei gebotener Heranziehung des § 32 I 2 BDSG, der Arbeitgebern heimliche Datenerhebungen bei Verdacht von Straftaten unter den normierten Bedingungen explizit erlaubt?

Ist die Überwachung eines Außendienstmitarbeiters (z.B. eines Pharmareferenten) mittels GPS als beobachtungsunterstützende Maßnahme während der regulären Arbeitszeit strafbar bzw. unzulässig, wenn tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass der Mitarbeiter seine Spesen und gefahrenen Kilometer nicht korrekt abrechnet?

Unter Berücksichtigung der von BGH und BAG benannten Maßstäbe tendenziell wohl eher nicht. Denn gerade hier ist ein Bewegungsprofil zum Nachweis eines

³⁴ hiervon partiell divergierend BAG, Urteil vom 27.03.2003, Az: 2 AZR 51/02.

³⁵ BAG, Urteil vom 21.06.2012, Az: 2 AZR 153/11, Rn. 30

Spesen- und Abrechnungsbetruges erforderlich.³⁶

Nutzen in einer Großstadt die Mitarbeiter eines Unternehmens in vermeintlicher Ausführung ihrer Pflichten ein Dienstfahrzeug und „missbrauchen“ sie es, um Diebesgut aus dem Unternehmen herauszuschaffen, so wäre auch in diesem Kontext der Einsatz der modernen GPS-Technik zur Unterstützung einer Observation unter Berücksichtigung der Grundsätze der Obergerichte sicherlich überlegenswert.

Nimmt eine Führungskraft Kontakt zum Wettbewerber auf, um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wegen monetärer Absichten zu verraten, so kann auch hier u.a. der Einsatz der GPS-Technik an einem Dienstfahrzeug zur Aufklärung dieses strafbaren Verhaltens „erforderlich“ im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung sein.

Es sind weitere Konstellationen denkbar, die in der Praxis von Wirtschaftsdetektiven tagtäglich eine Rolle spielen. Einige davon, möglicherweise weniger Schwerwiegende als die zuvor erwähnten, werden nun abermals dem LG Mannheim zur Beurteilung vorgelegt, so dass das Ergebnis mit Spannung erwartet werden kann.

III. In eigener Sache

Der Autor, der sich speziell mit dem hier behandelten Thema seit etwa 2007 juristisch und praxisnah befasst, wurde wegen seines Artikels mit dem Titel: Der Einsatz von GPS (Global Positioning System) durch Detektive und eine rechtliche Bewertung³⁷ in der NJW (Neue Juristische Wochenschrift) kritisiert.³⁸ Der Verfasser des damaligen Kommentars zum

Beschluss des Landgerichts Lüneburg³⁹ sah -wie übrigens auch das Landgericht Lüneburg selbst- eine eindeutige Strafbarkeit bei der heimlichen Verwendung von GPS gegeben, u.a. deshalb, weil auch Strafverfolgungsbehörden in der hier zu entscheidenden Konstellation gem. § 100h StPO nicht zum heimlichen Einsatz von GPS befugt gewesen wären. Dass dieses Argument jedoch nicht trägt, entschied nun der BGH in der Frage der Strafbarkeit wie bereits dargelegt zweifelsfrei.

Darüber hinaus nahm der BGH jetzt zum Teil ähnliche Differenzierungen zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des GPS-Einsatzes vor wie der Autor in seinem Artikel aus dem Jahr 2007. Er hat gleichermaßen sowohl die Notwendigkeit und den Nutzen dieser Technik als auch die damit einhergehenden Gefahren realisiert und einen für alle Beteiligten vertretbaren Lösungsweg aufgezeigt.

IV. Werbung mit GPS

Im Weiteren sah der Verfasser des damaligen Kommentars in der NJW die Werbung mit GPS mehr als kritisch. Heute kann angenommen werden, dass die von konkreten Fallkonstellationen losgelöste Werbung mit GPS nicht per se unzulässig ist. Entscheidend ist in diesem Kontext lediglich die Überlegung, unter welchen Gesichtspunkten die Technik eingesetzt werden soll. Zum Vergleich: Kein ernstzunehmender Jurist käme bei der aktuellen Gesetzeslage zu der Auffassung, dass das Feilbieten von (getarnten) Kameras grundsätzlich verboten ist. Auch hier ist die konkrete Anwendung im Einzelfall maßgeblich.

Wenn sich Detektive also akut die Frage stellen, ob sie offen damit werben dürfen, dass sie über GPS-Technik verfügen und die Sender aufgrund ihrer geringen Größe ggfs. verdeckt eingesetzt werden können,

³⁶ so im Ergebnis auch LAG Baden-Württemberg, Urteil vom 25.10.2002, Az: 4 Ca 260/99, Rn. 21 ff.

³⁷ Beilage zur BDD-Zeitschrift Info-Intern, 58. Jahrgang 05/2007.

³⁸ vgl. Prof. Dr. Ernst, NJW 2011, S. 2227.

³⁹ LG Lüneburg, Beschluss vom 28. März 2011, Az.: 26 Qs 45/11.

so ist darin nach diesseitiger Meinung keine unzulässige Werbung zu sehen.

Nichtsdestotrotz sollte nicht der Eindruck erweckt werden, man setze GPS-Sender geradezu „inflationär“ ein.

Zum Autor:

Paul Heinrich Malberg (Volljurist) ist seit 2004 kontinuierlich mit der Klärung hinterfragungswürdiger Sachverhalte sowie mit der Aufdeckung und Aufklärung von Wirtschaftskriminalität betraut. Der ehemalige Unternehmensanwalt und heutige geschäftsführende Gesellschafter der PROOF-MANAGEMENT GMBH ist nach entsprechender Risikoanalyse und -bewertung verantwortlich für die Vorbereitung und Realisierung investigativer Maßnahmen insbesondere bei compliance-relevanten Verdachtsfällen.

Aufgrund seiner juristischen Kompetenz und Spezialisierung ist er aber auch Bedenkenträger und schützt mit kreativen und speziell adaptierten Lösungen Unternehmen wirksam vor Reputationsverlust.

Herr Malberg wird in seiner täglichen Arbeit von einer interdisziplinären Allianz unterstützt, die aus 20 Experten der unterschiedlichsten Fachrichtungen besteht. Gemeinsam bieten sie im In- und Ausland ein umfassendes Management für Beweisermittlungen.

Zu den Kunden zählen u.a. mittelständische Unternehmen, weltweit aufgestellte Konzerne sowie diverse Organisationen. Kooperationen bestehen bei Bedarf sowohl mit kleinen und mittelständischen Anwaltskanzleien als auch mit internationalen Großkanzleien.