

## CyLaw-Report XX: „Verdeckte Online-Durchsuchungen (11/2007)“

[Entscheidung des Bundesgerichtshofs \(BGH\) vom 31.01.2007 - StB 18/06](#) („BGH III“)

Die CyLaw-Reports I-XIX wurden im Rahmen eines vom Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Projekts ([SICARI](#) (2003 – 2007)) erstellt. Mit CyLaw-Report XX folgende wird dieses Online-Legal-Casebook vom Fachgebiet Öffentliches Recht an der Technischen Universität Darmstadt (Prof. Dr. Viola Schmid, LL.M. (Harvard)) fortgeführt. Die CyLaw-Reports sind keine „Living Documents“, die ständig aktualisiert werden. Zitierungen können deswegen veraltet sein. Die Rechtfertigung für diese klassische Perspektive ist, dass den in den CyLaw-Reports präsentierten Entscheidungen der Gerichte nur die jeweils geltende Rechtslage zu Grunde gelegt werden konnte. Der Aufgabe der Aktualisierung stellt sich der Lehrstuhl in der integrierten Veranstaltung „[Recht der Informationsgesellschaft](#)“. Hier wird das Methodenwissen von Studierenden der Technikwissenschaft so gefördert, dass sie in Übungen an der notwendigen Aktualisierung selbst mitwirken können.

Die offene Durchsuchung, also die Durchsuchung, Beschlagnahme und Durchsicht von Speichermedien eines Beschuldigten, ist nach geltendem Recht rechtmäßig.<sup>1</sup> Strittig ist nur, ob das geltende Recht auch zur verdeckten Online-Durchsuchung ermächtigt. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses CyLaw-Reports (11/2007) ist die verdeckte Onlinedurchsuchung nicht nur verfassungsgerichtlicher Prüfung unterworfen (siehe [Pressemitteilung des BVerfG](#)). Sie war vielmehr bereits Gegenstand von drei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in den Jahren 2006 und 2007. In „BGH I“<sup>2</sup> gestattete ein Ermittlungsrichter die strafprozessuale Online-Durchsuchung. In „BGH II“<sup>3</sup> verweigerte ein anderer Ermittlungsrichter die strafprozessuale Online-Durchsuchung und in „BGH III“ bestätigte der 3. Strafsenat des BGH die Verweigerung der strafprozessualen Online-Durchsuchung durch „BGH II“. Bei der Terminologie kann zwischen „heimlicher“ und „verdeckter“ Online-Durchsuchung unterschieden werden.<sup>4</sup> „BGH I-III“ betreffen verdeckte Online-

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 23; Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, § 102, Rn. 10.

<sup>2</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06.

<sup>3</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 25.11.2006, Az.: 1 BGs 184/06.

<sup>4</sup> Das FÖR (Fachgebiet Öffentliches Recht) legt bei sämtlichen informationsrechtlichen Sachverhalten ein Interessenschema zu Grunde, dass auch die Differenzierung nach der Qualität der Informationstechnik verlangt (V. Schmid, Cyberlaw – eine neue Disziplin im Recht in M. Schröder, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2003, S. 469f). Demzufolge wird zwischen der Nutzung von malware (ver-



Durchsuchungen (Installation von malware). Darüber hinaus wäre auch eine heimliche Online-Durchsuchung vorstellbar, die in der Ausnutzung eines (Staats-)Portals bei Software besteht.<sup>5</sup> Deutlich wird, dass die Online-Durchsuchung sowohl zu präventiven (Gefahrenabwehr) als auch zu repressiven (Strafverfolgung) Zwecken eingesetzt werden kann. Das für März 2008 erwartete BVerfG-Szenario ist ein präventives; die BGH-Szenarien sind repressiv. Vermutlich wird für beide Arten von Szenarien der Gesetzgeber ab 2008 erneut gefordert sein.<sup>6</sup>

---

deckt) und der Ausnutzung einer Schwachstelle (heimlich) unterschieden. Diese Differenzierung findet sich aber nicht in den bisherigen Ausführungen des BGH („heimlich“: BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 8 (zitiert nach juris); „verdeckt“: BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 15). Zu den technischen Optionen siehe auch Fox, DuD 2007, 827.

<sup>5</sup> Die Qualität der Informationstechnik für die Online-Durchsuchung variiert. Das BVerfG hat durch den Berichtstatter Hoffman-Riem in seiner Verhandlung am 10.10.2007 zwischen heimlichem Aufklären (Inhalte werden auf technisch möglichem Weg zur Kenntnis genommen; Bezeichnung: „serverorientierte Observierung“) und heimlichem Zugriff auf technische Informationssysteme (Sicherheitslücken auf Rechnern werden ausgenutzt, um auf Informationen zuzugreifen; Bezeichnung: „klientorientierte Observierung“) unterschieden (Protokoll). In der Literatur wird erwähnt, dass es nicht zwingend einer Online-Verbindung (Stichwort „Bundestrojaner“) bedarf, vielmehr könne die Software dem Adressaten auch über eine CD mit vorgeblich interessierenden Inhalten zugespielt oder sogar durch Ermittlungsbeamte direkt im System installiert werden (Hornung, „Ermächtigungsgrundlage für die „Online-Durchsuchung““, DuD 2007, 535).

<sup>6</sup> So auch Bär, MMR 2007, 237 (241); Leipold, Die Online-Durchsuchung, NJW-Spezial 2007, 135 f.

## Gliederung:

I. Sachverhalt (dargestellt in Anlehnung an „BGH III“, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06).....	4
II. „Verdeckte Online Durchscheidung“ als Durchscheidung (§ 102 StPO), Beschlagnahme (§ 94 StPO) und Durchscheidung (§ 110 StPO).....	7
1. Durchscheidung von Sachen (§ 102 StPO).....	8
a) Sachen (§ 102 StPO) .....	8
b) Durchscheidung (§ 102 StPO).....	8
2. „BGH I“: Öffentlichkeit der Durchscheidung.....	10
a) § 102 StPO verlange keine Öffentlichkeit: .....	10
b) § 105 ff StPO seien Ordnungsvorschriften (Systematische Auslegung) .	11
c) Keine Intensivierung des Grundrechtseingriffs .....	13
d) Strafprozessualer Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	13
e) Ergebnis „BGH I“ .....	15
3. „BGH II, III“: Öffentlichkeit der Durchscheidung.....	16
a) § 102 StPO verlange Öffentlichkeit.....	16
b) §§ 105 ff. seien keine Ordnungsvorschriften (Systematische Auslegung) .....	17
c) Systematische Auslegung der §§ 100a - 100i StPO.....	20
III. Verdeckte Online-Durchscheidung nach der Kombinationsthese (§§ 102 i.V.m. §§ 100a, c StPO).....	21
IV. Verdeckte Online-Durchscheidung als Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) .....	22
V. Verdeckte Online-Durchscheidung als Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO) .....	24
VI. Verdeckte Online-Durchscheidung als Einsatz technischer Mittel (§ 100f StPO) .....	24
VII. Verdeckte Online-Durchscheidung und Generalklausel (§ 161 StPO).....	25
VIII. Schlussfolgerungen.....	25

## I. Sachverhalt (dargestellt in Anlehnung an „BGH III“, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06)

Die Generalbundesanwältin<sup>7</sup> führt gegen den Beschuldigten ein Ermittlungsverfahren, u.a. wegen des Verdachts der Gründung einer terroristischen Vereinigung. Weil die Straftat der Bildung einer terroristischen Vereinigung (§ 129a Strafgesetzbuch (StGB)) in die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberlandesgerichte (OLG) fällt (§ 120 Abs. 1 Nr. 6 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)), ist die Generalbundesanwaltschaft statt der Staatsanwaltschaft für die Ermittlungen zuständig (§ 142a Abs. 1 GVG).

### § 142a GVG [Zuständigkeit des Generalbundesanwalts]

(1) Der Generalbundesanwalt übt in den zur Zuständigkeit von Oberlandesgerichten im ersten Rechtszug gehörenden Strafsachen (§ 120 Abs. 1 und 2) das Amt der Staatsanwaltschaft auch bei diesen Gerichten aus. [...]

### § 120 GVG [Zuständigkeit in Strafsachen 1. Instanz]

(1) In Strafsachen sind die Oberlandesgerichte, in deren Bezirk die Landesregierungen ihren Sitz haben, für das Gebiet des Landes zuständig für die Verhandlung und Entscheidung im ersten Rechtszug 1.-5. [...]

6. bei einer Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 129a, auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, des Strafgesetzbuches, [...]

### § 129a StGB Bildung terroristischer Vereinigungen

(1) Wer eine Vereinigung gründet, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Straftaten zu begehen, oder wer sich an einer solchen Vereinigung als Mitglied beteiligt, für sie um Mitglieder oder Unterstützer wirbt oder sie unterstützt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. [...]

Die Generalbundesanwältin beantragt beim Ermittlungsrichter des BGH eine verdeckte Onlinedurchsuchung („BGH II“). Dem B soll ein Computerprogramm zur „Installation“ auf PC/Laptop via Internet zugespielt werden. Der Beschuldigte ist also online während sein PC/Laptop ausgeforscht wird. Das Computerprogramm soll die Übermittlung von Text- und sonstigen Dateien der Speichermedien (Arbeitsspeicher

<sup>7</sup> Das Amt des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof (<http://www.generalbundesanwalt.de/de/index.php>) hat seit dem 01. Juni 2006 Frau Generalbundesanwältin Monika Harms inne. In „BGH II“ wird sie als „Generalbundesanwältin“ bezeichnet, in „BGH III“ dagegen als „Generalbundesanwalt“. Die Frage des korrekten Umgangs mit der maskulinen gesetzlichen Amtsbezeichnung in Fällen, in denen eine Frau die Amtsinhaberin ist, wird in der Literatur kontrovers diskutiert (siehe z.B. Schoreit: „Zwischenruf – Der Generalbundesanwalt ist eine Frau“, ZRP 2007, 60; sowie Kunz-Hallstein: „Der Generalbundesanwalt ist eine Frau“, ZRP 2007, 132).

Der CyLaw-Report hat sich – außerhalb der Widergabe des Gesetzeswortlauts – für die Bezeichnung „Generalbundesanwältin“ entschieden. Die Verwendung männlicher Bezeichnungen in den CyLaw-Reports erfolgt zu Gunsten der Verständlichkeit der Sprache; will aber die Präsenz weiblicher Kompetenz in keiner Weise in Abrede stellen.

und Festplatte) an die Generalbundesanwaltschaft ermöglichen. Der Beschuldigte soll von dieser Onlinedurchsuchung zunächst nicht informiert werden. Die Strafprozessordnung (StPO) kennt keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur verdeckten Onlinedurchsuchung. Rechtstechnisch setzt die Online-Durchsuchung die Durchsicht der Daten, die Konkretion der zu übermittelnden Daten und die Übermittlung der Daten voraus. Es bedarf also einer Anpassung der Normen des traditional law über Durchsuchung, Beschlagnahme und Durchsicht (hier §§ 102, 105 Abs. 1, 2, 106, 94, 98, 110, 161 StPO) an die Anforderungen des Cyberspace .

#### **§ 102 StPO [Durchsuchung beim Verdächtigen]**

Bei dem, welcher als Täter oder Teilnehmer einer Straftat [...] verdächtig ist, kann eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume sowie seiner Person und der ihm gehörenden Sachen [...] vorgenommen werden, wenn zu vermuten ist, daß die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde.

#### **§ 105 StPO [Anordnung; Ausführung]**

(1) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. Durchsuchungen nach § 103 Abs. 1 Satz 2 ordnet der Richter an; die Staatsanwaltschaft ist hierzu befugt, wenn Gefahr im Verzug ist.

(2) Wenn eine Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk die Durchsuchung erfolgt, zuzuziehen. Die als Gemeindemitglieder zugezogenen Personen dürfen nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein. [...]

#### **§ 106 StPO [Zuziehung des Inhabers]**

(1) Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände darf der Durchsuchung beiwohnen. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar zuzuziehen.

(2) Dem Inhaber oder der in dessen Abwesenheit zugezogenen Person ist in den Fällen des § 103 Abs. 1 der Zweck der Durchsuchung vor deren Beginn bekanntzumachen. Diese Vorschrift gilt nicht für die Inhaber der in § 104 Abs. 2 bezeichneten Räume.

#### **§ 94 StPO [Gegenstand der Beschlagnahme]**

(1) Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, sind in Verwahrung zu nehmen oder in anderer Weise sicherzustellen.

(2) Befinden sich die Gegenstände in dem Gewahrsam einer Person und werden sie nicht freiwillig herausgegeben, so bedarf es der Beschlagnahme. [...]

#### **§ 98 StPO [Anordnung der Beschlagnahme]**

(1) Beschlagnahmen dürfen nur durch den Richter [...] angeordnet werden. [...]

#### **§ 110 StPO [Durchsicht von Papieren]**

(1) Die Durchsicht der Papiere des von der Durchsuchung Betroffenen steht der Staatsanwaltschaft [...] zu. [...]

#### **§ 161 StPO [Ermittlungen; Verwendung von Informationen aus verdeckten Ermittlungen]**

(1) Zu dem in § 160 Abs. 1 bis 3 bezeichneten Zweck ist die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch

die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln. Die Behörden und Beamten des Polizeidienstes sind verpflichtet, dem Ersuchen oder Auftrag der Staatsanwaltschaft zu genügen, und in diesem Falle befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen.

(2) In oder aus einer Wohnung erlangte personenbezogene Informationen aus einem Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung im Zuge nicht offener Ermittlungen auf polizeirechtlicher Grundlage dürfen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu Beweis Zwecken nur verwendet werden (Artikel 13 Abs. 5 des Grundgesetzes), wenn das Amtsgericht (§ 162 Abs. 1), in dessen Bezirk die anordnende Stelle ihren Sitz hat, die Rechtmäßigkeit der Maßnahme festgestellt hat; bei Gefahr im Verzug ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

Der Ermittlungsrichter des BGH (169 Abs. 1 S. 2 StPO) lehnte den Antrag ab.<sup>8</sup> Des Weiteren half er auch der Beschwerde der Generalbundesanwältin gegen die Ablehnung nicht ab.<sup>9</sup> Daher wendet sich die Generalbundesanwältin mit ihrer Beschwerde an den 3. Strafsenat des BGH („BGH III“).

### **FEX: Ermittlungsrichter („BGH I“ und „BGH II“):**

Grundsätzlich ist die gegenüber dem leitenden Staatsanwalt, dem Generalstaatsanwalt, und dem (Landes-)Justizminister weisungsabhängige Staatsanwaltschaft „Herrin des Ermittlungsverfahrens“<sup>10</sup> und für dessen Gestaltung verantwortlich.<sup>11</sup> Weil Ermittlungsmaßnahmen (wie etwa Durchsuchung und Beschlagnahme und Durchsicht) in Grundrechte eingreifen<sup>12</sup>, bedürfen sie regelmäßig der richterlichen Anordnung. So soll die Rechtmäßigkeit der Maßnahme vorab durch einen unabhängigen Richter – den Ermittlungsrichter – überprüft werden. Der Richter wird hier als Kontrolle der Staatsanwaltschaft institutionalisiert. Führt – ausnahmsweise – die Generalbundesanwältin die Ermittlungen durch, ist der Ermittlungsrichter am BGH zuständig.

### **§ 162 StPO [Richterliche Untersuchungshandlungen]**

(1) Erachtet die Staatsanwaltschaft die Vornahme einer richterlichen Untersuchungshandlung für erforderlich, so stellt sie ihre Anträge bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk diese Handlung vorzunehmen ist. [...]

(3) Der Richter hat zu prüfen, ob die beantragte Handlung nach den Umständen des Falles gesetzlich zulässig ist.

### **§ 164 GVG [Weisungsgebundenheit]**

Die Beamten der Staatsanwaltschaft haben den dienstlichen Anweisungen ihres Vorgesetzten nachzukommen.

### **§ 169 StPO [Ermittlungsrichter des OLG und des BGH]**

(1) In Sachen, die nach § 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes zur Zuständigkeit des Oberlandesgerichts im ersten Rechtszug gehören, können die im vorbereitenden Verfahren dem Richter beim Amtsgericht obliegenden Geschäfte auch durch Ermittlungsrichter dieses Oberlandesgerichts wahrgenommen werden. Führt der Generalbundesanwalt die Ermittlungen, so sind an deren Stelle Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofes zuständig. [...]

<sup>8</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 25.11.2006, Az.: 1 BGs 184/06.

<sup>9</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 28.11.2006, Az.: 1 BGs 186/06.

<sup>10</sup> Pfeiffer, StPO, 5. Aufl. 2007, Einl., Rn. 2 (zitiert nach beck-online).

<sup>11</sup> Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, Einl., Rn. 60.

<sup>12</sup> Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, vor § 94, Rn. 1.

## § 130 GVG [Zivil- und Strafsenate; Ermittlungsrichter]

(1) Bei dem Bundesgerichtshof werden Zivil- und Strafsenate gebildet und Ermittlungsrichter bestellt. [...]

## II. „Verdeckte Online Durchsicherung“ als Durchsicherung (§ 102 StPO), Beschlagnahme (§ 94 StPO) und Durchsicht (§ 110 StPO)

Weil die StPO keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage (grammatische Auslegung) enthält, ist zu prüfen, ob zur verdeckten Onlinedurchsicherung durch teleologische und systematische Auslegung geltenden Rechts ermächtigt werden kann. Bei dem Terminus „Verdeckte Online Durchsicherung“ handelt es sich um einen umgangssprachlichen Begriff, der in einer juristischen Betrachtung (Subsumtion) die Zuordnung zu den Rechtsbegriffen „Durchsicherung“ (§ 102 StPO), „Beschlagnahme“ (§ 94 StPO) und „Durchsicht“ (§ 110 StPO)<sup>13</sup> verlangt.

### § 102 StPO [Durchsicherung beim Verdächtigen]

Bei dem, welcher als Täter oder Teilnehmer einer Straftat [...] verdächtig ist, kann eine Durchsicherung der Wohnung und anderer Räume sowie seiner Person und der ihm gehörenden Sachen [...] vorgenommen werden, wenn zu vermuten ist, daß die Durchsicherung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde.

### § 105 StPO [Anordnung; Ausführung]

(1) Durchsicherungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. Durchsicherungen nach § 103 Abs. 1 Satz 2 ordnet der Richter an; die Staatsanwaltschaft ist hierzu befugt, wenn Gefahr im Verzug ist.

(2) Wenn eine Durchsicherung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk die Durchsicherung erfolgt, zuzuziehen. Die als Gemeindemitglieder zugezogenen Personen dürfen nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein. [...]

### § 94 StPO [Gegenstand der Beschlagnahme]

(1) Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, sind in Verwahrung zu nehmen oder in anderer Weise sicherzustellen.

(2) Befinden sich die Gegenstände in dem Gewahrsam einer Person und werden sie nicht freiwillig herausgegeben, so bedarf es der Beschlagnahme. [...]

### § 98 StPO [Anordnung der Beschlagnahme]

(1) Beschlagnahmen dürfen nur durch den Richter [...] angeordnet werden. [...]

### § 110 StPO [Durchsicht von Papieren]

(1) Die Durchsicht der Papiere des von der Durchsicherung Betroffenen steht der Staatsanwaltschaft [...] zu. [...]

<sup>13</sup> Rux, „Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden“, JZ 2007, 285 (290 f.)

## 1. Durchsuchung von Sachen (§ 102 StPO)

### a) Sachen (§ 102 StPO)

Die Aktivität des installierten Programms, etwa den Arbeitsspeicher und die Festplatte zu erkennen und die dort befindlichen Daten für die Übermittlung zu erfassen, müsste eine Durchsuchung von Sachen sein. Bei den Speichermedien (auf dem PC/Laptop) und bei den auf ihnen gespeicherten Daten handelt es sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>14</sup> um Sachen.

### b) Durchsuchung (§ 102 StPO)

Mit dem Begriff der Durchsuchung hat sich die Rechtsprechung bereits ausführlich in früheren Verfahren beschäftigt.

#### **Bundesverwaltungsgericht (BVerwG):**

„Die gesetzlich zulässigen Durchsuchungen dienen als Mittel zum Auffinden und Ergreifen einer Person, zum Auffinden, Sicherstellen oder zur Beschlagnahme einer Sache oder zur Verfolgung von Spuren. Begriffsmerkmal der Durchsuchung ist somit die Suche nach Personen oder Sachen oder die Ermittlung eines Sachverhalts in einer Wohnung [...]. Kennzeichnend für die Durchsuchung ist das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe in einer Wohnung, um dort planmäßig etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will, etwas nicht klar zutage Liegendes, vielleicht Verborgenes aufzudecken oder ein Geheimnis zu lüften; mithin das Ausforschen eines für die freie Entfaltung der Persönlichkeit wesentlichen Lebensbereichs, das unter Umständen bis in die Intimsphäre des Betroffenen dringen kann.“<sup>15</sup>

#### **Bundesverfassungsgericht (BVerfG):**

„Es kann dahingestellt bleiben, wie weit der Begriff der Durchsuchung in Art 13 Abs. 2 GG reicht und wie er gegenüber den "Eingriffen und Beschränkungen" im Sinne des Art 13 Abs. 3 GG abzugrenzen ist. Denn jedenfalls beschränkt sich Art 13 Abs. 2 GG nicht auf strafprozessuale Durchsuchungen, sondern gilt auch für andere behördliche Durchsuchungen der Wohnung im Sinne des Art 13 Abs. 1 GG. Insoweit kann die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts herangezogen werden, wonach für den Begriff der Durchsuchung kennzeichnend ist das zielgerichtete und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Inhaber der Wohnung von sich aus nicht offenlegen oder herausgeben will.“<sup>16</sup>

<sup>14</sup> BGH, Beschl. v. 05.08.2003, Az.: StB 7/03, S. 7.

<sup>15</sup> BVerwG, Urteil v. 06.09.1974, Az.: I C 17.73, Rn. 16 (zitiert nach juris).

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 03.04.1979, Az.: 1 BvR 994/76, Rn. 26 (zitiert nach juris).

Folglich gilt der vom BVerwG zu Grunde gelegte Durchsuchungsbegriff sowohl für präventive (sicherheitsrechtliche, wie z.B. polizeirechtliche) als auch für repressive (strafprozessuale) Maßnahmen (wie hier).

### **FEX: Prävention / Repression:**

Bei Zwangsmaßnahmen ist zu unterscheiden, ob sie der Abwehr von Gefahren und der Vorbeugung von Straftaten (Prävention) oder der Aufklärung von Straftaten und einer Bestrafung des Täters (Repression) dienen. Bei Maßnahmen, die nicht offensichtlich einem der beiden Bereiche zuzuordnen sind, die also sowohl präventiven als auch repressiven Zwecken dienen können (sog. doppelfunktionale Maßnahmen), kommt es darauf an, wo der Schwerpunkt der Maßnahme liegt.<sup>17</sup> Die Unterscheidung präventiv/repressiv ist relevant für die Wahl und die Überprüfung der Ermächtigungsgrundlage. Darüber hinaus ist die Unterscheidung für die Bestimmung des Rechtswegs maßgebend: bei präventiven Maßnahmen ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, bei repressiven Maßnahmen ist der Rechtsweg zu den sogenannten „ordentlichen“<sup>18</sup> Gerichten eröffnet.<sup>19</sup>

Die „Datenorganisation“ in PC/Laptop, die sich in der Wohnung des Beschuldigten befinden, stellt ein ziel- und zweckgerichtetes (Durch-)Suchen staatlicher Organe nach Hinweisen in Zusammenhang mit Straftaten dar.

### **FÖR-Glossar: „Datenorganisation“**

In der FÖR-Terminologie ist Datenorganisation ein Oberbegriff für das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Daten (§ 3 Abs. 3 bis 5 BDSG).

<sup>17</sup> Knemeyer, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Auflage 2002, Rn. 122.

<sup>18</sup> Die Gerichtsbarkeit in Deutschland untergliedert sich in die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Fachgerichtsbarkeit.

#### **§ 12 GVG [Ordentliche Gerichte]**

Die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit wird durch Amtsgerichte, Landgerichte, Oberlandesgerichte und durch den Bundesgerichtshof (den obersten Gerichtshof des Bundes für das Gebiet der ordentlichen Gerichtsbarkeit) ausgeübt.

#### **§ 13 GVG [Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte]**

Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder auf Grund von Vorschriften des Bundesrechts besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

Die ordentliche Gerichtsbarkeit besteht demnach aus den Zivil- und Strafgerichten. Die Fachgerichte setzen sich zusammen aus den Arbeitsgerichten (zuständig für spezielle bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis), den Verwaltungsgerichten (zuständig für öffentlich-rechtliche Streitigkeiten), den Sozial- und Finanzgerichten (zuständig für besondere Rechtsmaterien des öffentlichen Rechts, die umfangreiche Spezialkenntnisse voraussetzen), siehe Arndt / Rudolf, Öffentliches Recht, 14. Auflage 2003, S. 62.

<sup>19</sup> Pausch, Polizei- und Ordnungsrecht in Hessen, 4. Auflage 2005, S. 82 letzter Absatz.

## § 3 BDSG [Weitere Begriffsbestimmungen]

[...]

(3) Erheben ist das Beschaffen von Daten über den Betroffenen.

(4) Verarbeiten ist das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten. Im Einzelnen ist, ungeachtet der dabei angewendeten Verfahren:

1. Speichern das Erfassen, Aufnehmen oder Aufbewahren personenbezogener Daten auf einem Datenträger zum Zwecke ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung,
2. Verändern das inhaltliche Umgestalten gespeicherter personenbezogener Daten,
3. Übermitteln das Bekanntgeben gespeicherter oder durch Datenverarbeitung gewonnener personenbezogener Daten an einen Dritten in der Weise, dass
  - a) die Daten an den Dritten weitergegeben werden oder
  - b) der Dritte zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehaltene Daten einsieht oder abruft,
4. Sperren das Kennzeichnen gespeicherter personenbezogener Daten, um ihre weitere Verarbeitung oder Nutzung einzuschränken,
5. Löschen das Unkenntlichmachen gespeicherter personenbezogener Daten.

(5) Nutzen ist jede Verwendung personenbezogener Daten, soweit es sich nicht um Verarbeitung handelt. [...]

## 2. „BGH I“: Öffentlichkeit der Durchsuchung

Die konkret vorgesehene Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahme sollte „verdeckt“ durchgeführt werden. Zu prüfen ist, ob auch eine verdeckte Durchsuchung dem Durchsuchungsbegriff genügen kann. Mit anderen Worten: Verlangt Durchsuchung Publizität? In einer ersten Entscheidung hatte ein Ermittlungsrichter des BGH am 21.02.2006 („BGH I“) diese Frage aus folgenden Gründen verneint:

### a) § 102 StPO verlange keine Öffentlichkeit:

#### „BGH I“:

„Die Durchsuchung des PC-Datenbestandes des Beschuldigten ohne sein Wissen ist durch die Befugnisnorm des § 102 StPO gedeckt.<sup>20</sup> Nicht die Art des Mediums, sondern sein Inhalt, namentlich die Eignung der dargestellten Daten (im weitesten Sinne) als Beweismittel für ein bestimmtes Ermittlungsverfahren ist das entscheidende Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob das Suchen eines staatlichen Organs in einer Wohnung, einem anderen Raum oder einer Sache als Durchsuchung i.S.d. §§ 102 ff StPO zu qualifizieren ist.“<sup>21</sup> Der Anwendbarkeit des § 102 StPO steht [...] des Weiteren nicht entgegen, dass die Ermittlungsmaßnahme ohne Wissen des Betroffenen, also heimlich durchgeführt werden soll. Die Durchsuchung ist keine Maßnahme, die nach ihrer Rechtsnatur, nach ihrer Zweckbestimmung oder wegen der Intensität des Eingriffs in Grundrechtspositionen des Betroffenen **stets und ausnahmslos offen** durchgeführt werden müsste. Es trifft insbesondere nicht zu, dass eine heimliche Durchsuchung beim Verdächtigen ein unzulässiges, durch die §§ 102 ff StPO nicht

<sup>20</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 3 (zitiert nach juris).

<sup>21</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 5 (zitiert nach juris).

gedecktes „Ausforschen“ darstellt. Ob dies auch für die Durchsuchung einer Wohnung gilt, die den besonderen Schutz des Art. 13 GG genießt, kann dahinstehen; denn die angeordnete Online-Durchsuchung betrifft lediglich eine dem Beschuldigten „gehörende“ Sache, **sie greift jedoch nicht in den Schutzbereich des Art. 13 GG ein. Allerdings wird eine heimliche Durchsuchung auf Ausnahmefälle zu begrenzen sein, wobei dem Verfassungsgebot der Verhältnismäßigkeit ausschlaggebende Bedeutung zukommt.**<sup>22</sup> Den das Ermittlungsverfahren regelnden Vorschriften der Strafprozessordnung lässt sich ein zwingender Grundsatz der Offenheit staatlichen Handelns nicht entnehmen. Vielmehr sind prinzipiell auch heimliche Ermittlungsmaßnahmen zulässig, die auf die Feststellung von Handlungen abzielen, durch die sich der Tatverdächtige selbst belastet. [...] Allein in der Verheimlichung des Ermittlungsinteresses liegt folglich keine nach § 136a StPO verbotene Täuschung. Noch mehr gilt dies dann, wenn – wie bei der heimlichen Online-Durchsuchung – der Verdächtige nicht in irgendeiner Weise zur Selbstbelastung veranlaßt wird, sondern ein von ihm geschaffener Zustand lediglich überprüft und, soweit für die Ermittlungen von Bedeutung, dokumentiert und sichergestellt wird.<sup>23</sup> [...] Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung erkennt an, dass vor dem Hintergrund des technischen Fortschritts in modernen Informationsgesellschaften keine überhöhten Anforderungen an die Bestimmtheit von strafprozessualen Befugnisnormen gestellt werden dürfen. Gesetzliche Formulierungen sind grundsätzlich offen für die Einbeziehung kriminaltechnischer Neuerungen, die der historische Gesetzgeber in ihren Möglichkeiten noch nicht abschätzen konnte.<sup>24</sup> Entsprechend auslegungsfähig sind die §§ 102ff. StPO gestaltet.“<sup>25</sup>

## b) § 105 ff StPO seien Ordnungsvorschriften (Systematische Auslegung)

„BGH I“:

„Weder den materiellen noch den formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Durchsuchungsanordnung (§§ 102, 103, 104, 105 Abs. 1 StPO) sind Einschränkungen dahingehend zu entnehmen, dass diese Maßnahme stets nur offen möglich sein soll. Zwar gehen die Vorschriften über den Vollzug der Durchsuchung (§§ 105 Abs. 2, 106, 107 StPO) davon aus, dass diese unter Einbeziehung des Betroffenen und/oder dritter Personen erfolgt. Diese Normen betreffen indes **lediglich das „Wie“, nicht das „Ob“** der Durchsuchung. Darüber hinaus handelt es sich nach überwiegender Auffassung bei den §§ 106, 107 StPO um **bloße Ordnungsvorschriften**, aus deren Verletzung keine Rechtsfolgen hergeleitet werden können.<sup>26</sup> [...] Etwas anderes ergibt sich im vorliegenden Fall auch nicht auf der Grundlage derjenigen Auffassung, die §§ 106, 107 StPO für zwingendes Recht hält. [...] Die Durchsuchung in dem oben dargelegten Sinn beschränkt sich rechtlich und tatsächlich ausschließlich auf eine dem Beschuldigten „gehörende“ Sache. Der Raum, in welchem sich der Computer befindet, bleibt unangetastet; er wird weder betreten noch

<sup>22</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 8 (zitiert nach juris).

<sup>23</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 9 (zitiert nach juris).

<sup>24</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 11 (zitiert nach juris).

<sup>25</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 12 (zitiert nach juris).

<sup>26</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 12 (zitiert nach juris).

besichtigt oder akustisch überwacht, noch weniger wird in ihm nach weiteren Beweismitteln gesucht. Mittelbar berührt ist das Grundrecht des Art. 13 GG lediglich insofern, als sich die zu durchsuchende Sache in einer Räumlichkeit befindet, die unter den – engeren oder weiteren – Begriff der Wohnung i.S.d. Art. 13 GG fällt. Dementsprechend wird mit dem vorliegenden Beschluss nicht die Durchsuchung der Wohnung oder eines Arbeitsraumes des Beschuldigten, sondern einzig diejenige seines Computers mittels eines – von außerhalb des betreffenden Gebäudes erfolgenden – elektronischen Zugriffs angeordnet.<sup>27</sup> [...] Es ist zwar nicht zu leugnen, dass die Heimlichkeit eine größere Eingriffsintensität bewirkt und der Betroffene auch an der umgehenden Wahrnehmung seiner Rechtsschutzgarantien (Art. 19 Abs. 4 GG) gehindert ist. Diese Nachteile werden jedoch durch konkrete richterliche Anordnungen zum Schutz nicht verfahrensrelevanter Daten, durch erhöhte Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sowie durch die Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes aufgewogen.<sup>28</sup>

#### § 105 StPO [Anordnung; Ausführung]

(1) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. Durchsuchungen nach § 103 Abs. 1 Satz 2 ordnet der Richter an; die Staatsanwaltschaft ist hierzu befugt, wenn Gefahr im Verzug ist.

(2) Wenn eine Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk die Durchsuchung erfolgt, zuzuziehen. Die als Gemeindemitglieder zugezogenen Personen dürfen nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein. [...]

#### § 106 StPO [Zuziehung des Inhabers]

(1) Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände darf der Durchsuchung beiwohnen. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar zuzuziehen.

(2) Dem Inhaber oder der in dessen Abwesenheit zugezogenen Person ist in den Fällen des § 103 Abs. 1 der Zweck der Durchsuchung vor deren Beginn bekanntzumachen. Diese Vorschrift gilt nicht für die Inhaber der in § 104 Abs. 2 bezeichneten Räume.

#### § 107 StPO [Mitteilung, Verzeichnis]

Dem von der Durchsuchung Betroffenen ist nach deren Beendigung auf Verlangen eine schriftliche Mitteilung zu machen, die den Grund der Durchsuchung (§§ 102, 103) sowie im Falle des § 102 die Straftat bezeichnen muß. Auch ist ihm auf Verlangen ein Verzeichnis der in Verwahrung oder in Beschlag genommenen Gegenstände, falls aber nichts Verdächtiges gefunden wird, eine Bescheinigung hierüber zu geben.

Der Ermittlungsrichter hält die heimliche Durchführung der Online-Durchsuchung für rechtmäßig, da nach seiner Ansicht die obigen Normen der StPO, die eine offene Durchführung von Durchsuchungen anordnen, Ordnungsvorschriften darstellen.

<sup>27</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 13 (zitiert nach juris).

<sup>28</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 16 (zitiert nach juris).

## FEX: Ordnungsvorschriften

Um eine „Ordnungsvorschrift“ handelt es sich dann, wenn der Verstoß gegen die Vorschrift keine Sanktionen wie etwa ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht.<sup>29</sup>

### c) Keine Intensivierung des Grundrechtseingriffs

Er betont, dass die Tatsache der heimlichen Durchführung keine Intensivierung des mit der Maßnahme verbundenen Grundrechtseingriffs darstelle.

#### „BGH I“:

„Unter dem Gesichtspunkt des fairen Verfahrens ist überdies zu bedenken, dass die Offenlegung der Ermittlungen zum jetzigen Zeitpunkt eine erhebliche Belastung für den Beschuldigten bedeuten würde.“<sup>30</sup>

Der Ermittlungsrichter hält die verdeckte Online-Durchsuchung mithin sogar für die weniger einschneidende Maßnahme im Vergleich zu einer offen durchgeführten Durchsuchung.

### d) Strafprozessualer Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

#### FEX: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Strafprozessrecht

Der im Strafprozessrecht nur teilweise ausformulierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (etwa § 81 Abs. 2 S. 2 StPO) ergibt sich im Übrigen zwingend aus dem verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).<sup>31</sup> Das Ob und das Wie staatlicher Strafverfolgung müssen grundsätzlich in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere und Bedeutung der Straftat stehen. Die Intensität des Verdachts muss die jeweiligen Maßnahmen rechtfertigen, so dass diese insgesamt als zumutbar erscheinen.<sup>32</sup> Zusammenfassend besteht der strafprozessuale Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus der Prüfung der drei Elemente

Schwere der Tat	Schwere des Tatverdachts	Schwere des Grundrechtseingriffs
-----------------	--------------------------	----------------------------------

Nur bei besonderen Anhaltspunkten erfolgt eine Prüfung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht.

#### § 81 StPO [Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten]

[...]

(2) Das Gericht trifft die Anordnung nach Absatz 1 nur, wenn der Beschuldigte der Tat dringend verdächtig ist. Das Gericht darf diese Anordnung nicht treffen, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht. [...]

<sup>29</sup> Kritisch zu den Versuchen, StPO-Normen die Verbindlichkeit zu nehmen, indem sie zu „Ordnungsvorschriften“ degradiert werden, Hamm, NJW 2007, 930 (932).

<sup>30</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 22 (zitiert nach juris).

<sup>31</sup> Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, Einleitung, Rn. 158.

<sup>32</sup> KK-StPO/Pfeiffer, 5. Aufl. 2003, Einleitung, Rn. 30 (zitiert nach beck-online).

## „BGH I“:

„Der Eingriff unterliegt dem Richtervorbehalt (§ 105 Abs. 1 Satz 1 StPO) unter einer verschärften Verhältnismäßigkeitsprüfung. Dem Gebot der Verhältnismäßigkeit wird auf der Eingriffseite dadurch Rechnung getragen, dass die Beeinträchtigung grundgesetzlicher und einfachrechtlicher Rechtspositionen des Beschuldigten auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt wird. Dies wird zum einen bereits im Entscheidungssatz sichergestellt durch die ausdrückliche Anordnung, dass nicht verfahrensrechtliche Daten, deren Kopieren aus technischen und zeitlichen Gründen zunächst unvermeidbar ist, nach der Durchsicht unverzüglich zu löschen sind; [...]. Insoweit wirkt sich die angeordnete Online-Durchsuchung nicht stärker aus als eine vergleichbare offene Maßnahme, bei der Schriftstücke, sonstige Gegenstände oder elektronisch gespeicherte Daten durch eine überschlägige Durchsicht auf ihre Bedeutung als potentielle Beweismittel überprüft werden müssen.<sup>33</sup> [...] Dem den §§ 102 ff. StPO zu Grunde liegenden Schutzgedanken und insbesondere dem Zweck des Richtervorbehalts in § 105 Abs. 1 StPO entspricht es, dass die Anordnung nur einen **einmaligen Eingriff** in die Sphäre des Betroffenen erlaubt. Die Maßnahme ist beendet, sobald der komplette, auf dem PC des Beschuldigten vorhandene Datenbestand gesichert ist.“<sup>34</sup>

„BGH I“ geht davon aus, dass bei der verdeckte Online-Durchsuchung kein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG vorliegt.

## Art 13 GG [Unverletzlichkeit der Wohnung]

(1) Die Wohnung ist unverletzlich.

(2) Durchsuchungen dürfen nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden.

(3) Begründen bestimmte Tatsachen den Verdacht, daß jemand eine durch Gesetz einzeln bestimmte besonders schwere Straftat begangen hat, so dürfen zur Verfolgung der Tat auf Grund richterlicher Anordnung technische Mittel zur akustischen Überwachung von Wohnungen, in denen der Beschuldigte sich vermutlich aufhält, eingesetzt werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre. Die Maßnahme ist zu befristen. Die Anordnung erfolgt durch einen mit drei Richtern besetzten Spruchkörper. Bei Gefahr im Verzuge kann sie auch durch einen einzelnen Richter getroffen werden.

(4) Zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, dürfen technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur auf Grund richterlicher Anordnung eingesetzt werden. Bei Gefahr im Verzuge kann die Maßnahme auch durch eine andere gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden; eine richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen.

(5) Sind technische Mittel ausschließlich zum Schutze der bei einem Einsatz in Wohnungen tätigen Personen vorgesehen, kann die Maßnahme durch eine gesetzlich bestimmte Stelle angeordnet werden. Eine anderweitige Verwertung der hierbei erlangten Erkenntnisse ist nur zum Zwecke der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr und nur zulässig, wenn zuvor die Rechtmäßigkeit der Maßnahme richterlich festgestellt ist; bei Gefahr im Verzuge ist die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

(6) Die Bundesregierung unterrichtet den Bundestag jährlich über den nach Absatz 3 sowie über den im Zuständigkeitsbereich des Bundes nach Absatz 4 und, soweit richterlich überprüfungsbedürftig,

<sup>33</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 23 (zitiert nach juris).

<sup>34</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 26 (zitiert nach juris).

nach Absatz 5 erfolgten Einsatz technischer Mittel. Ein vom Bundestag gewähltes Gremium übt auf der Grundlage dieses Berichts die parlamentarische Kontrolle aus. Die Länder gewährleisten eine gleichwertige parlamentarische Kontrolle.

(7) Eingriffe und Beschränkungen dürfen im übrigen nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

Die Frage, ob bei der Online-Durchsuchung eines in Wohnräumen befindlichen PCs/Laptops der Geltungsbereich von Art. 13 Abs. 1 GG eröffnet ist, ist in der Literatur sehr umstritten. Aus technischer Perspektive ist darauf hinzuweisen, dass die Ermittlungsbehörden bei der verdeckten Online-Durchsuchung eventuell gar nicht wissen können, wo sich der PC/Laptop befindet.<sup>35</sup> Darüber hinaus ist die Frage zu beantworten, ob nur „den z.B. im Wohnzimmerregal abgestellten Dokumentenordnern, Fotoalben oder Tagebüchern (Ergänzung der Verfasserin: der Schutz von Art. 13 Abs. 1 GG) zuzubilligen ist, nicht dagegen der Festplatte des in derselben Wohnung stehenden Computers mit gleichartigem, hochsensiblen Informationsgehalt“.<sup>36</sup> Darüber hinaus ist zu prüfen, ob es bei der Online-Durchsuchung durch eine Veränderung der „Einstellungen“ des PCs/Laptops zu Eingriffen in das Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) kommt.<sup>37</sup>

#### **Art 14 GG [Eigentumsgarantie und Erbrecht]**

(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.

#### **e) Ergebnis „BGH I“**

Nach „BGH I“ ermächtigt § 102 StPO zur verdeckten Online-Durchsuchung. Auch die Tatsache, dass der von der Maßnahme Betroffene die verdeckte Online-

<sup>35</sup> Statt vieler: Rux, Ausforschung privater Rechner durch die Polizei- und Sicherheitsbehörden, JZ 2007, 285 (292 ff.) und a.M.: Hornung, Die Festplatte als „Wohnung“?, JZ 2007, 828 (831) und Hornung, Ermächtigungsgrundlage für die Online-Durchsuchung, DuD 2007, 575 (577) zur Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung.

<sup>36</sup> Kutscha, Verdeckte „Online-Durchsuchung“ und Unverletzlichkeit der Wohnung, NJW 2007, 1169 (1171).

<sup>37</sup> Angedacht „Sachbeschädigung“ von Kemper, ZRP 2007, 105.

Durchsuchung erst nach der Offenlegung (§ 304 Abs. 1, 5 StPO oder § 98 Abs. 2 StPO) überprüfen lassen kann, steht diesem Ergebnis nicht entgegen.

#### „BGH I“:

„Der Beschuldigte hat außerdem **nach Abschluss und Offenlegung der Durchsuchung** die Möglichkeit, gegen deren Anordnung Beschwerde gemäß § 304 Abs. 1 und Abs. 5 StPO einzulegen und/oder gegen die Art und Weise ihres Vollzugs Antrag auf richterliche Entscheidung analog § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO zu stellen.“<sup>38</sup>

#### § 304 StPO [Zulässigkeit der Beschwerde]

(1) Die Beschwerde ist gegen alle von den Gerichten im ersten Rechtszug oder im Berufungsverfahren erlassenen Beschlüsse und gegen die Verfügungen des Vorsitzenden, des Richters im Vorverfahren und eines beauftragten oder ersuchten Richters zulässig, soweit das Gesetz sie nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht. [...]

(5) Gegen Verfügungen des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofes und des Oberlandesgerichts (§ 169 Abs. 1) ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Verhaftung, einstweilige Unterbringung, Beschlagnahme oder Durchsuchung betreffen.

#### § 98 StPO [Anordnung der Beschlagnahme]

(2) [...]. Der Betroffene kann jederzeit die richterliche Entscheidung beantragen. [...]

### 3. „BGH II, III“: Öffentlichkeit der Durchsuchung

Am 25.11.2006 kommt in einem neuen Verfahren („BGHII“) ein anderer Ermittlungsrichter zum konträren Ergebnis. Er lehnt den Antrag der Generalbundesanwältin auf Online-Durchsuchung ab.

#### a) § 102 StPO verlange Öffentlichkeit

#### „BGH II“:

„§ 102 StPO bietet auch keine Rechtsgrundlage zur heimlichen Ausforschung eines Computers. Die Durchsuchung gem. § 102 StPO – ein körperlicher, nicht ein elektronischer Vorgang – ist eine im Grundsatz auf Offenheit angelegte Maßnahme. So darf der „Inhaber“ des Gegenstands der Durchsuchung beiwohnen - also auch in Kenntnis des Umstands, dass eine Ermittlungsmaßnahme gegen ihn vollzogen wird (§ 106 Abs. 1 S. 1 StPO). Ist er abwesend, so sind Zeugen hinzuzuziehen (§ 106 Abs. 1 S. 2). Dabei kann sich die Einschränkung, „wenn möglich“ nicht auf ermittlungstaktischen Erwägungen beziehen, sondern hat tatsächliche Schwierigkeiten im Auge, so etwa bei der überraschend notwendig gewordenen Durchsuchung einer einsamen Hütte im Wald.“<sup>39</sup>

<sup>38</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 21.2.2006, Az.: 3 BGs 31/06, Rn. 24 (zitiert nach juris).

<sup>39</sup> BGH Ermittlungsrichter, Beschl. v. 25.11.2006, Az.: 1 BGs 184/06 (zitiert nach beck-online).

Dieser Ermittlungsrichter bewertet die Publizität als konstituierendes Element einer strafprozessualen Durchsuchung. Hierin wird er vom 3. Strafsenat des BGH („BGH III“) am 31.01.2007 bestätigt.

#### „BGH III“:

„Die Anordnung einer auf verdeckte Ausführung angelegten Durchsuchung findet in §§ 102 ff. StPO keine Grundlage. Das gilt unabhängig davon, ob - wie hier - ihr Gegenstand ein Computer und ihr Ziel das Auffinden bestimmter Dateien ist mit der Folge, dass auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt wird, oder ob die Suche nach körperlichen Gegenständen erlaubt werden soll.“<sup>40</sup>

Das Publizitätsprinzip begründet der BGH mit einer systematischen Auslegung

- zum einen der Vorschriften über die Durchführung der Durchsuchung (§§ 105ff. StPO) und
- zum anderen der Vorschriften über die Überwachung der Informations- und Kommunikationstechnologie (§§ 100a - 100i StPO).

#### b) §§ 105 ff. seien keine Ordnungsvorschriften (Systematische Auslegung)

#### „BGH III“:

„Das Bild der Strafprozessordnung von einer rechtmäßigen Durchsuchung ist dadurch geprägt, dass Ermittlungsbeamte am Ort der Durchsuchung körperlich anwesend sind und die Ermittlungen offen legen. Dafür sprechen zunächst die Vorschriften der Strafprozessordnung über die Durchführung der Durchsuchung. [...] Die Fassungen des § 105 Abs. 2 Satz 1 StPO („... sind ... zuzuziehen“) und des § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO („... ist ... zuzuziehen“) postulieren **Pflichten** der Ermittlungsorgane.<sup>41</sup> Der Gegenauffassung, es handle sich nicht um zwingendes Recht, sondern um bloße Ordnungsvorschriften, kann nicht gefolgt werden. Dass § 105 Abs. 2 StPO und § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO lediglich die Art und Weise der Durchführung einer Durchsuchung und nicht ihre Anordnung selbst regeln, ändert nichts daran, dass sie aus den dargelegten Gründen von den Ermittlungsorganen **zwingend** einzuhalten sind.<sup>42</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Einschränkung "wenn möglich" in § 105 Abs. 2 Satz 1 StPO und § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO. Unmöglich im Sinne dieser Vorschriften ist die Beiziehung von Zeugen nur dann, wenn die durch Tatsachen begründete naheliegende Möglichkeit besteht, dass durch die Suche nach bereiten Zeugen der Erfolg der Durchsuchung vereitelt wird. Sie darf aber nicht aus ermittlungstaktischen

<sup>40</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 5.

<sup>41</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 5/6.

<sup>42</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 8.

Erwägungen unterbleiben, um den Tatverdächtigen über die Durchsuchung sowie die gegen ihn geführten Ermittlungen in Unkenntnis zu halten.“<sup>43</sup>

#### § 106 StPO [Zuziehung des Inhabers]

(1) Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände darf der Durchsuchung beiwohnen. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar zuzuziehen. [...]

#### § 105 StPO [Anordnung; Ausführung]

[...]

(2) Wenn eine Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, so sind, wenn möglich, ein Gemeindebeamter oder zwei Mitglieder der Gemeinde, in deren Bezirk die Durchsuchung erfolgt, zuzuziehen. Die als Gemeindemitglieder zugezogenen Personen dürfen nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein. [...]

#### „BGH III“:

„Nach § 107 Satz 1 StPO ist dem von der Durchsuchung Betroffenen nach deren Beendigung auf Verlangen eine schriftliche Durchsuchungsbescheinigung zu erteilen, was voraussetzt, dass ihm zeitnah die Kenntnis von der erfolgten Durchsuchung vermittelt wird. Diese Vorschrift will gewährleisten, dass der Betroffene unmittelbar nach Beendigung der Maßnahme über den Grund der Durchsuchung informiert wird und damit Gelegenheit erhält, deren Rechtmäßigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls nachträglich Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.“<sup>44</sup>

#### § 107 StPO [Mitteilung, Verzeichnis]

Dem von der Durchsuchung Betroffenen ist nach deren Beendigung auf Verlangen eine schriftliche Mitteilung zu machen, die den Grund der Durchsuchung (§§ 102, 103) sowie im Falle des § 102 die Straftat bezeichnen muß. [...]

Der BGH betont die Bedeutung obiger Vorschriften als zwingendes Verfahrensrecht. Er misst ihnen - **im Gegensatz zu „BGH I“** – nicht nur den Charakter von **Ordnungsvorschriften** bei.

#### „BGH III“:

„Diese Regelungen sind nach ihrem Wortlaut (siehe oben) sowie nach ihrem Sinn und Zweck, den von einer Durchsuchung Betroffenen zu schützen, als wesentliche Förmlichkeiten **zwingendes Recht** und nicht lediglich Vorschriften, die zur beliebigen Disposition der Ermittlungsorgane stehen. **Von ihrer Beachtung hängt die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung ab.**“<sup>45</sup>

Die von der StPO vorgesehene Anwesenheit des Betroffenen bei Durchführung der Maßnahme (§ 106 Abs. 1 StPO) sei mehr als eine Förmlichkeit.

<sup>43</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 7.

<sup>44</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 6.

<sup>45</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 7.

## § 106 StPO [Zuziehung des Inhabers]

(1) Der Inhaber der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände darf der Durchsuchung beiwohnen. Ist er abwesend, so ist, wenn möglich, sein Vertreter oder ein erwachsener Angehöriger, Hausgenosse oder Nachbar zuzuziehen. [...]

### „BGH III“:

„Soweit argumentiert wird, sie [die Online-Durchsuchung, *Anm. der Verfassserin*] sei zulässig, insbesondere sei das Anwesenheitsrecht gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO gewahrt, weil der Computernutzer während der Übertragung des zu durchsuchenden Datenbestandes an die Ermittlungsbehörde "online" sein müsse, wird verkannt, dass nach Sinn und Zweck dieser Schutzvorschrift die Anwesenheit des Betroffenen oder der anderen Personen gerade die Beobachtung und Kontrolle der Durchsuchung ermöglichen soll, die rein körperliche Anwesenheit ohne die Möglichkeit der Kenntnisnahme dies aber nicht gewährleistet.“<sup>46</sup>

Die verdeckte Durchführung der geplanten Online-Durchsuchung verstößt also gegen das bei Durchsuchungs- und Beschlagnahmemaßnahmen geltende Publizitätsprinzip, so dass die verdeckte Online-Durchsuchung nicht als Durchsuchung (§ 102 StPO), Beschlagnahme (§ 94 StPO) und Durchsicht (§ 110 StPO) der elektronischen Speichermedien zu rechtfertigen ist. Folglich kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass eine richterliche Anordnung der verdeckten Online-Durchsuchung nicht erfolgen darf.

### „BGH III“:

„Dementsprechend versteht es sich, dass ein Richter keine Durchsuchung anordnen darf, die - wie die verdeckte Online-Durchsuchung - von vornherein darauf abzielt, bei ihrem Vollzug die gesetzlichen Schutzvorschriften des § 105 Abs. 2 und des § 106 Abs. 1 StPO außer Kraft zu setzen.“<sup>47</sup>

Des Weiteren untersagt der BGH ein Umgehungsszenario:

### „BGH III“:

„Nach alledem ist es den Ermittlungsbehörden - unabhängig davon, wonach gesucht wird - verboten, eine richterliche Durchsuchungsanordnung bewusst heimlich durchzuführen, um auf diese Weise dem Tatverdächtigen keine Hinweise auf die gegen ihn geführten Ermittlungen zu geben und den Erfolg weiterer Ermittlungen nicht zu gefährden.“<sup>48</sup>

Auch das Argument, dass die die verdeckte Online-Durchsuchung gegenüber der „klassischen“ Durchsuchung die mildere Maßnahme sei, wird vom BGH entkräftet.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 16.

<sup>47</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 9.

<sup>48</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 9.

<sup>49</sup> Hofmann, „Die Online-Durchsuchung – staatliches „Hacken“ oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?“, NStZ 2005, 121 (124).

## „BGH III“:

„Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht mit der Erwägung begründen, eine verdeckt durchgeführte Durchsuchung sei von der Befugnisnorm des § 102 StPO gedeckt, weil sie für den Betroffenen weniger belastend sei als die offen durchgeführte Durchsuchung, bei der eine Wohnung betreten wird. Das Gegenteil trifft zu: Jede heimliche Durchsuchung ist im Vergleich zu der in §§ 102 ff. StPO geregelten offenen Durchsuchung wegen ihrer erhöhten Eingriffsintensität eine Zwangsmaßnahme mit einem neuen, eigenständigen Charakter. Die offene Durchführung gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, je nach den Umständen die Maßnahme durch Herausgabe des gesuchten Gegenstandes abzuwenden bzw. in ihrer Dauer und Intensität zu begrenzen, ferner ihr - gegebenenfalls mit Hilfe anwaltlichen Beistands - bereits während des Vollzugs entgegen zu treten, wenn es an den gesetzlichen Voraussetzungen fehlt, oder aber zumindest die Art und Weise der Durchsuchung zu kontrollieren, insbesondere die Einhaltung der im Durchsuchungsbeschluss gezogenen Grenzen zu überwachen. Die heimliche Durchsuchung nimmt dem Betroffenen diese Möglichkeiten.“<sup>50</sup>

## c) Systematische Auslegung der §§ 100a - 100i StPO

Durch den Vergleich der verdeckten Online-Durchsuchung mit anderen verdeckten Maßnahmen zur Überwachung der Informations- und Kommunikationstechnologie (§§ 100a bis 100i StPO) sieht „BGH III“ sich bestätigt.

### § 100a StPO [Überwachung der Telekommunikation]

Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darf angeordnet werden, [...].

### § 100c StPO [Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen]

(1) Ohne Wissen der Betroffenen darf das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden, [...].

### § 100f StPO [Weitere Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen; Verwendung personenbezogener Informationen]

(1) Ohne Wissen der Betroffenen dürfen außerhalb von Wohnungen

1. Bildaufnahmen hergestellt werden,
  2. sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten verwendet werden, [...].
- (2) [...] außerhalb von Wohnungen das nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden, [...].

### § 100g StPO [Auskunft über Telekommunikationsverbindungen]

(1) [...], darf angeordnet werden, [...] unverzüglich Auskunft über die in Absatz 3 bezeichneten Telekommunikationsverbindungsdaten zu erteilen [...].

### § 100i StPO [Maßnahmen bei Mobilfunkgeräten]

(1) Durch technische Mittel dürfen

1. zur Vorbereitung einer Maßnahme nach § 100a die Geräte- und Kartenummer sowie
2. [...] der Standort eines aktiv geschalteten Mobilfunkendgerätes ermittelt werden. [...]

<sup>50</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 10.

**„BGH III“:**

„Für sie bestehen gerade auch wegen ihrer Heimlichkeit hohe formelle und materielle Anforderungen an die Anordnung und die Durchführung. Insbesondere dürfen sie nur beim Verdacht bestimmter schwerer Straftaten angeordnet werden, wenn andere erfolgversprechende Aufklärungsmittel nicht vorhanden sind und sie nicht in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung eingreifen.“<sup>51</sup> **Vergleichbar hohe Eingriffsschranken für die Anordnung einer Durchsuchung beim Verdächtigen gemäß § 102 StPO bestehen nicht.** Es genügt für sie der Anfangsverdacht einer beliebigen Straftat. **Die Durchführung der Durchsuchung und der Umgang mit den dabei gewonnenen Daten sind nicht annähernd streng** geregelt. Nach alledem findet die verdeckte Online-Durchsuchung in § 102 StPO keine Rechtsgrundlage. Dabei ist maßgeblich, dass diese Vorschrift **nur zu einer offen ausgeführten Durchsuchung ermächtigt.**<sup>52</sup>

Auch die Tatsache, dass nur eine einmalige Durchführung der Maßnahme geplant ist, ändert nach Ansicht des BGH an der Schwere des Eingriffs nichts.

**„BGH III“:**

„Auch wenn die Anordnung einer verdeckten Online-Durchsuchung in der Weise beschränkt wird, dass nur der auf dem betroffenen Computer vorhandene Bestand an Daten **einmal** - in einem oder mehreren Arbeitsschritten - kopiert und übertragen werden darf und somit die Nutzung des Computers (E-Mail-Verkehr und laufende Internetrecherchen) nicht über einen längeren Zeitraum überwacht wird, kann sie schlicht wegen ihrer Heimlichkeit in § 102 StPO keine Stütze finden.“<sup>53</sup>

Zusammenfassend lehnen „BGH II,III“ §§ 102 StPO i.V.m. den Durchführungsvorschriften als Ermächtigungsgrundlage ab.

### **III. Verdeckte Online-Durchsuchung nach der Kombinationsthese (§§ 102 i.V.m. §§ 100a, c StPO)**

Der BGH erteilt der Idee – eine neue Technik und die Kombination mehrerer Eingriffsgrundlagen des traditional law (§§ 102 i.V.m. § 100a, c StPO) – eine Absage.

**„BGH III“:**

„Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts kann § 102 StPO zur verdeckten Online-Durchsuchung auch dann nicht ermächtigen, wenn zusätzlich die für die Überwachung von Telekommunikation (§ 100 a StPO) und Wohnraum (§ 100 c StPO) normierten hohen Eingriffsvoraussetzungen - wie Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung, Subsidiarität gegenüber weniger belastenden Ermittlungsmaßnahmen - gegeben sind und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit "besonders"

<sup>51</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 12.

<sup>52</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 13-15.

<sup>53</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 15.

beachtet wird. **Es ist unzulässig, einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen.** Dies würde dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes für Eingriffe in Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen widersprechen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit **begrenzt** im Einzelfall gesetzliche Befugnisse, eine **fehlende Ermächtigungsgrundlage kann er nicht ersetzen.**<sup>54</sup>

#### IV. Verdeckte Online-Durchsuchung als Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO)

Die verdeckte Online-Durchsuchung könnte eine Maßnahme zur Überwachung der Telekommunikation (§ 100a StPO) sein, wenn die auf dem Speichermedium (PC/Laptop) enthaltenen Daten Telekommunikation sind.

##### § 100a StPO [Überwachung der Telekommunikation]

Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darf angeordnet werden, [...].

Der Begriff der „Telekommunikation“ ist legal definiert (§ 3 Nr. 22 TKG; systematische Auslegung mit § 100a StPO<sup>55</sup>).

##### § 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) – Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist oder sind

1. – 21. [...]

22. "Telekommunikation" der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen;

23. "Telekommunikationsanlagen" technische Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können; [...].

Nach hier vertretener Meinung sind die auf einem PC/Laptop gespeicherten Daten keine Telekommunikation.<sup>56</sup> Es handelt sich um Daten, die sich im Gestaltungsbereich des Eigentümers befinden und bei denen er auch Schutzvorkehrungen für Ihre Sicherheit treffen kann. Diese Option des IT-sicherheitsrechtlichen Selbstschutzes (in der FÖR-Terminologie privacy enhancing technology) begründet unter Berufung auf die „Verbindungsdaten“- Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (CyLaw-

<sup>54</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 22.

<sup>55</sup> **FEX:** grundsätzlich darf eine systematische Auslegung nur im Kontext einer einzigen Norm erfolgen. Im Technikrecht ist allerdings die Verwendung von Legaldefinitionen aus speziellen Gesetzen (hier TKG) stets zu prüfen. Im Ergebnis so auch Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, § 100a, Rn. 2; KK-StPO/Nack, 5. Aufl. 2005, § 100a Rn. 4 (zitiert nach beck-online).

<sup>56</sup> So im Ergebnis auch Hornung, „Ermächtigungsgrundlage für die Online-Durchsuchung“, DuD 2007, 575 (578).



Report VII, S. 14<sup>57</sup>), dass es sich bei diesen Daten nicht um dem Fernmeldegeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) und dem einfachgesetzlichen Telekommunikationsbegriff unterfallende Daten handelt. Offenzulegen ist allerdings, dass das BVerfG in einer **Kammerentscheidung** aus dem Jahr 2006 eingestanden hat, dass die Grenzen zwischen Fernmeldegeheimnis/Telekommunikation und Informationeller Selbstbestimmung (Art. 2 Abs.1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) unklar seien<sup>58</sup>. Wenn man der hier vertretenen Meinung folgt, dann handelt es sich also nicht um einen Eingriff in die Telekommunikation, sondern um einen Eingriff **mittels** Telekommunikation. Das Aufspielen der Malware ist Telekommunikation, die instrumental genutzt wird. Die Tatsache, dass während des Ausforschens der Beschuldigte online sein muss, führt nicht dazu, dass diese Netzverbindung als Telekommunikation im **strafprozessualen Sinne** zu werten ist (auch wenn der Begriff der „Telekommunikation“ nach der Legaldefinition § 3 Nr. 22 TKG erfüllt ist)<sup>59</sup>.

### § 3 TKG – Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist oder sind

[...]

22. "Telekommunikation" der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen; [...]

### „BGH III“:

„Die Maßnahme kann nicht auf § 100 a StPO gestützt werden. Zwar muss der Computerbenutzer bei der Übertragung der zu durchsuchenden Daten an die Ermittlungsbehörde mit Hilfe des aufgespielten Computervirus "online" sein, so dass diese Bestandteil des ohnehin bestehenden Datenstroms sind. Jedoch wird dadurch die verdeckte Online-Durchsuchung nicht zur Telekommunikation, weil nicht die Kommunikation zwischen dem Tatverdächtigen und einem Dritten überwacht, sondern zielgerichtet eine umfassende Übermittlung der auf dem Zielcomputer vor Beginn des Kommunikationsvorgangs gespeicherten Daten an die ermittelnde Stelle zum Zwecke der Suche nach Beweismitteln oder weiteren möglichen Ermittlungsansätzen ausgelöst wird. Der Datenfluss während des "Online"-Status des Computers wird somit lediglich aus technischen Gründen zum Zwecke der Übertragung der in den Speichermedien abgelegten Dateien benutzt.“<sup>60</sup>

<sup>57</sup> BVerfG, Urteil v. 02.03.2006, Az.: 2 BvR 2099/04, Rn. 77 ff.

<sup>58</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 29.06.2006, Az.: 2 BvR 902/06, Rn. 17: „Sie wirft zunächst die noch nicht vollständig geklärte Frage auf, ob in dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) eingegriffen wird, wenn die Ermittlungsbehörden die auf dem Server eines Kommunikationsunternehmens oder Serviceproviders gespeicherten E-Mails eines Kommunikationsteilnehmers kopieren und die so erlangten Daten auswerten.“

<sup>59</sup> A. M. Bär, MMR 2007, 176f., der zwar die Existenz von Telekommunikation annimmt, aber die „Überwachung“ verneint.

<sup>60</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 18.

Damit scheidet auch die Telekommunikationsüberwachung (§ 100a StPO) als Rechtfertigung für die verdeckte Online-Durchsuchung aus.

## V. Verdeckte Online-Durchsuchung als Wohnraumüberwachung (§ 100c StPO)

Da viele Computer in Wohnräumen stehen, könnte die verdeckte Online-Durchsuchung als Wohnraumüberwachung (sog. „Lauschangriff“) gerechtfertigt sein (§ 100c StPO).

### § 100c StPO [Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen]

(1) Ohne Wissen der Betroffenen darf das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden, [...].

Nach Ansicht des BGH handelt es sich nicht um das Abhören und Aufzeichnen von „Worten“ (grammatische Auslegung).

### „BGH III“:

„Die Eingriffsermächtigung des § 100 c StPO rechtfertigt die verdeckte Online-Durchsuchung nicht, weil ein Computer auf elektronischem Weg durchsucht und **nicht das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet** werden soll.“<sup>61</sup>

## VI. Verdeckte Online-Durchsuchung als Einsatz technischer Mittel (§ 100f StPO)

Die Online-Durchsuchung könnte ein „technisches Mittel“ zur Observation sein.

### § 100f StPO [Weitere Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen; Verwendung personenbezogener Informationen]

(1) Ohne Wissen der Betroffenen dürfen außerhalb von Wohnungen

1. Bildaufnahmen hergestellt werden,  
2. sonstige besondere für Observationszwecke bestimmte technische Mittel zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten verwendet werden, [...].

(2) [...] außerhalb von Wohnungen das nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden, [...].

Der „BGH III“ lehnt auch diese Norm als Eingriffsrechtfertigung für die verdeckte Online-Durchsuchung ab.

<sup>61</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 19.

## „BGH III“:

„Auch § 100 f Abs. 1 Nr. 2 StPO scheidet als Befugnisnorm aus; denn diese Vorschrift gestattet nur den heimlichen Einsatz besonderer für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel außerhalb von Wohnungen wie Peilsender, satellitengestützte Ortungssysteme und Nachtsichtgeräte.“<sup>62</sup>

## VII. Verdeckte Online-Durchsuchung und Generalklausel (§ 161 StPO)

Da die verdeckte Online-Durchsuchung keine Grundlage in den besonderen Ermächtigungsgrundlagen der StPO findet, könnte sie mit der sog. Generalklausel gerechtfertigt werden (§ 161 StPO).

### § 161 StPO [Ermittlungen; Verwendung von Informationen aus verdeckten Ermittlungen]

(1) [...] ist die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln. [...]

(2) In oder aus einer Wohnung erlangte personenbezogene Informationen aus einem Einsatz technischer Mittel zur Eigensicherung im Zuge nicht offener Ermittlungen auf polizeirechtlicher Grundlage dürfen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu Beweis Zwecken nur verwendet werden, wenn [...].

Die Vorschrift stellt eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für Ermittlungen jeder Art dar; auch für solche, die in Grundrechte eingreifen.<sup>63</sup> „BGH III“ schließt aber auch diese Norm als Rechtfertigung der verdeckten Online-Durchsuchung aus.

## „BGH III“:

„Die Generalklausel des § 161 StPO erlaubt nur Zwangsmaßnahmen, die von einer speziellen Eingriffsermächtigung der Strafprozessordnung nicht erfasst werden und **lediglich geringfügig** in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen.“<sup>64</sup>

Evident handelt es sich bei einer Online-Durchsuchung nicht um einen geringfügigen Eingriff in die Grundrechte.

Die CyLaw-Report Serie wird sich nach Erlass der Entscheidung des BVerfG voraussichtlich im März 2008 mit der RER-Prüfung befassen.

## VIII. Schlussfolgerungen

Nach Auffassung von „BGH III“ enthält das geltende Strafprozessrecht keine Ermächtigung für eine verdeckte Online-Durchsuchung.

<sup>62</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 20.

<sup>63</sup> Mayer-Goßner, StPO, 50. Aufl. 2007, § 161, Rn. 1.

<sup>64</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 21.



**„BGH III“:**

„Eine offen ausgeführte Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme des Computers mit anschließender Durchsuchung der Speichermedien gemäß §§ 98 ff., 102, 110 StPO, **deren Voraussetzungen gegeben wären**, ist nicht anzuordnen. Die Generalbundesanwältin hat ausdrücklich erklärt, dass lediglich eine verdeckte Online-Durchsuchung beantragt wird.“<sup>65</sup>

Damit bleibt den Ermittlungsbehörden zunächst nur die Möglichkeit, wie bisher in offener Ausführung die Wohnung der Betroffenen zu durchsuchen, die Computer und sonstigen Speichermedien zu beschlagnahmen und diese anschließend nach möglichen Beweisen zu durchforsten.

**„BGH III“:**

„Desgleichen braucht auch nicht entschieden zu werden, ob die verdeckte Online-Durchsuchung wegen der großen Menge an möglicherweise sensiblen Daten, die dem Zugriff der Ermittlungsbehörden ausgesetzt sind, eher einer Wohnraumüberwachung als einer Durchsuchung gleicht (so der angefochtene Beschluss), was zwar unter dem Aspekt der Heimlichkeit der Fall sein mag, unter dem Aspekt der Dauerhaftigkeit der Maßnahme aber zweifelhaft erscheint.“<sup>66</sup>

<sup>65</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 23.

<sup>66</sup> BGH, Beschl. v. 31.01.2007, Az.: StB 18/06, Rn. 15.