

## Examinatorium Strafprozessrecht – Arbeitsblatt Nr. 19

# Online-Durchsuchung

- I. Allgemeines:** Insbesondere rechtspolitisch interessant ist die Frage der Zulässigkeit sog. Online-Durchsuchungen. Kaum einem anderen strafprozessualen Problem wird zzt. in Medien und Fachliteratur, aber auch von Seiten der Politik eine größere Aufmerksamkeit gewidmet. Dabei geht es um die Möglichkeit der Ermittlungsbehörden, auf die Festplatte des Computers eines potenziellen Straftäters mit Hilfe einer während der Internet-Nutzung installierten Software, einem sog. „Bundes-Trojaner“, zuzugreifen. Ähnlich den sonst auch von Straftätern verwendeten Programmen soll dieser Trojaner die auf der Festplatte gespeicherten Daten an die Behörde übermitteln. Zwar könnten StA oder Polizei auch im Rahmen einer gewöhnlichen Hausdurchsuchung bzw. Beschlagnahme des PCs an die darauf abgelegten Daten gelangen. Der Vorteil der Online-Durchsuchung liegt aber darin, dass sie heimlich und über einen längeren Zeitraum erfolgen könnte. Die Zulässigkeit nach bereits geltendem Recht ist umstritten. Der **BGH (BGHSt 51, 211)** entschied, dass die StPO (noch) keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage vorsieht. Einem ersten Versuch auf Länderebene durch Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage im Verfassungsschutzgesetz (VSG) NRW erteilte jüngst das **BVerfG (BVerfGE 120, 274)** eine Absage, da die Regelung gegen den Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte, insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG in seiner besonderen Ausprägung als **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme**, verstoße. Nun hat allerdings der Bundestag eine Regelung für das BKA verabschiedet, nämlich **§ 20k BKAG**. Es geht hier allerdings um den **präventiven Bereich!** Dabei ist vor allem die Terrorbekämpfung im Visier der Politik. Diese Vorschrift wird zzt. vom BVerfG überprüft. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.  
**Beachte** ferner: Von der „Online-Durchsuchung“ ist die **Durchsuchung des Computers** beim Beschuldigten nach **§ 110 III StPO** zu unterscheiden.
- II. Die Online-Durchsuchung nach geltendem Recht:** Es ist streitig, ob nach der derzeitigen Fassung der StPO eine Online-Durchsuchung durchgeführt werden kann. Wegen des besonderen Grundrechtseingriffs, insbesondere in das **Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** als Ausdruck des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, ist eine den Grundrechtsanforderungen standhaltende Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Hier kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht (**BGHSt 51, 211**):
1. Durchsuchung beim Verdächtigen. §§ 102, 110 III StPO: Zunächst kommt eine Durchsuchung beim Verdächtigen gemäß den §§ 102, 110 III StPO in Betracht (vgl. dazu gesondertes Arbeitsblatt Nr. 14). Die §§ 102 ff. StPO regeln die Durchsuchung beim Verdächtigen sowie anderen Personen. Beim Verdächtigen dürfen Wohnung, Räume, Person und Sachen zu dessen Ergreifung oder zur Beweissicherung durchsucht werden. § 110 StPO regelt zudem die Durchsicht von Schriftstücken und in Absatz 3 auch von elektronischen Speichermedien. Im Rahmen einer „gewöhnlichen“ Hausdurchsuchung dürfte nach Maßgabe dieser Vorschrift also auch der PC des Beschuldigten untersucht werden. Gleichwohl bestehen erhebliche Zweifel an der Anwendbarkeit dieser Regelungen für die Online-Durchsuchung. Denn die Online-Durchsuchungen sollen heimlich durchgeführt werden. Die §§ 102 ff. StPO stehen ihrer Konzeption nach der Heimlichkeit des Vorgehens indes gerade entgegen. Im Gegenteil enthalten sie einige Schutzmaßnahmen zu Gunsten des Beschuldigten, welche die Anwesenheit von Personen während der Durchsuchung vorsehen. So hat z.B. der Betroffene selbst ein Anwesenheitsrecht, bei Unmöglichkeit seiner Anwesenheit ist, wenn möglich, ein Vertreter, erwachsener Hausgenosse oder Nachbar hinzuzuziehen, § 106 I StPO. Teilweise wird behauptet, hierbei handele es sich nur um reine Ordnungsvorschriften. Der BGH lehnt diese Ansicht zu Recht ab und nimmt stattdessen an, dass die Durchsuchung im Sinne der §§ 102 ff. StPO ihrem Wesen nach nicht heimlich sei.
  2. Überwachung der Telekommunikation. § 100a StPO: Zudem ließe sich an eine Überwachung der Telekommunikation gemäß § 100a StPO denken. Hiernach dürfen bei bestimmten Katalogtaten immerhin auch Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen durchgeführt werden (vgl. dazu Arbeitsblatt Nr. 18). Außerdem lässt sich die Kommunikation über das Internet grds. dem Bereich der Telekommunikation zuordnen. Diese Vorschrift passt aber dennoch nicht für die Online-Durchsuchung, denn dort soll ja nicht die Kommunikation überwacht werden, sondern vielmehr auf bereits gespeicherte Daten zugegriffen werden, welche u.U. noch nicht einmal frühere Kommunikationsdaten sein müssen.
  3. Einsatz technischer Mittel. „Lauschangriff“, §§ 100c I, 100f StPO: Zwar handelt es sich bei den sog. Bundes-Trojanern um technische Mittel, welche zum Einsatz gebracht werden sollen (vgl. I.), sodass an eine Ermächtigung nach den §§ 100c ff. StPO gedacht werden könnte (vgl. dazu gesondertes Arbeitsblatt Nr. 20). Auch hier passen aber Wortlaut und Hintergrund der Regelungen nicht. Denn bei der Online-Durchsuchung geht es nicht um das Abhören gesprochener Worte, sondern um die Durchsuchung eines Computers.
  4. Generalklausel des § 161 StPO: Hiernach sind solche Zwangsmaßnahmen zulässig, die gesetzlich nicht geregelt sind und die Grundrechte des Beschuldigten nur geringfügig belasten. Hier handelt es sich aber um einen besonders schweren Eingriff in Grundrechte, sodass auch § 161 StPO ausscheidet.
  5. Kombinierte Anwendung der §§ 102 ff. StPO i.V.m. §§ 100a, 100c StPO: Zuletzt ließe sich noch überlegen, ob eine Ermächtigungsgrundlage sich durch eine kombinierte Anwendung der Vorschriften über die Durchsuchung und der Bestimmungen zur Überwachung der Telekommunikation und von Wohnräumen konstruieren ließe, wenn also zusätzlich zu den Voraussetzungen der §§ 102 ff. StPO diejenigen der §§ 100a, 100c StPO vorlägen. Da es sich aber um einen besonders schweren Eingriff in Grundrechte handelt, ist ein solches Vorgehen nicht zulässig. Der Gesetzgeber müsste eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage selbst schaffen.
- III. Vorgaben des BVerfG:** In seiner Entscheidung vom 27. Februar 2008 bzgl. § 5 VSG NRW (**BVerfGE 120, 274**) hat das BVerfG im Übrigen einige Vorgaben an eine künftige Regelung aufgestellt, insbesondere zur Verhältnismäßigkeit. § 5 VSG NRW dient dem Verfassungsschutz zur Wahrnehmung seiner Aufgaben mit dem Ziel der Wahrung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik und dabei vor allem der effektiven Terrorismusbekämpfung. Das BVerfG führte aus: Die Regelung verstoße gegen den Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die betroffenen Grundrechte, insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG in seiner besonderen Ausprägung als **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme**. Zwar könne die Geeignetheit der Online-Durchsuchung zu diesem Zwecke nicht gelehnet werden und auch die Erforderlichkeit unterliege der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Es sei aber die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht gewahrt. Dauerhaftigkeit und Intensität des Eingriffs (in die Intimsphäre) sowie Heimlichkeit der Maßnahme bedeuteten eine so schwere Belastung des Betroffenen, dass nur dann dem Gebot der Angemessenheit Genüge getan sei, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein **überragend wichtiges Rechtsgut** hinwiesen, selbst wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt. Zudem müsse das Gesetz, das zu einem derartigen Eingriff ermächtigt, den Grundrechtsschutz für den Betroffenen auch durch geeignete Verfahrensvorkehrungen sichern. **Leitsätze:** Überragend wichtig sind Leib, Leben und Freiheit der Person oder solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt. Die heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen. Das Gesetz, das zu einem solchen Eingriff ermächtigt, muss Vorkehrungen enthalten, um den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen.

**Literatur/Lehrbücher:** Heinrich/Reinbacher, Examinatorium Strafprozessrecht, Problem 19.

**Literatur/Aufsätze:** Becker, Grundrechtliche Grenzen staatlicher Überwachung zur Gefahrenabwehr, NVwZ 2015, 1335; Deiters/Albrecht, Anm. zum Urteil des BVerfG vom 27.2.2008, ZJS 2008, 319; Hinz, Onlinedurchsuchungen, JURA 2009, 141; Jahn, Online-Durchsuchungen von Computern, JuS 2007, 279; Kudlich, Unzulässigkeit einer Online-Durchsuchung, JA 2007, 391; Roggan, Die „Technikoffenheit“ von strafprozessualen Ermittlungsbefugnissen und ihre Grenzen, NJW 2015, 1995; Zerbes/El-Ghazi, Zugriff auf Computer: Von der gegenständlichen zur virtuellen Durchsuchung, NSiZ 2015, 425.

**Rechtsprechung:** BVerfGE 120, 274 – Online-Durchsuchung (NRW); BGHSt 51, 211 – Online-Durchsuchung (Unzulässigkeit einer Online-Durchsuchung).