

Examinatorium Strafprozessrecht – Arbeitsblatt Nr. 19

Online-Durchsuchung

- I. **Allgemeines:** Kaum einem anderen strafprozessualen Problem wurde in Medien und Fachliteratur, aber auch von Seiten der Politik, eine größere Aufmerksamkeit gewidmet als der Online-Durchsuchung. 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, eines sog. „Trojaners“, zuzugreifen. Ähnlich den sonst auch von Straftätern verwendeten Programmen soll dieser 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 kann. Die Zulässigkeit war vor der Reform des Jahres 2017 umstritten. Der **BGH (BGHSt 51, 211)** entschied, dass die StPO seinerzeit ausreichende Ermächtigungsgrundlage vorsah. Einem ersten Versuch auf Länderebene durch Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage im Verfassungsschutzgesetz (VSG) NRW erteilte sodann 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. Am 1.1.2009 trat die Regelung des **§ 20k BKAG** zur Onlinedurchsuchung in Kraft. Die Vorschrift erlaubt dem BKA den Zugriff auf informationstechnische Systeme, allerdings im **präventiven** Bereich. Auf die bereits 2009 eingelegten Verfassungsbeschwerden hat das BVerfG mit seinem Urteil vom 20.4.2016 (**BVerfGE 141, 220**) reagiert und zahlreiche Bestimmungen des BKA-Gesetzes für mit dem Grundgesetz unvereinbar erklärt. Auch § 20k BKAG ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar, kann aber bis zu einer Neuregelung, längstens jedoch bis zum 30.6.2018, nach den Maßgaben des BVerfG weiter angewandt werden. Im Strafverfahrensrecht wurde mit **§ 100b StPO** nun aber im Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens am 24.8.2017 eine gesetzliche Grundlage der Online-Durchsuchung geschaffen. Es bleibt abzuwarten, ob diese neue Regelung einer verfassungsrechtlichen Überprüfung des BVerfG standhalten wird. Von der „Online-Durchsuchung“ sind die **Durchsuchung des Computers** beim Beschuldigten nach **§ 110 III StPO** sowie die sog. Quellen-TKÜ (dazu Arbeitsblatt Nr. 18a) nach § 100a I 2, 3 StPO zu unterscheiden.
- II. **Die Online-Durchsuchung nach früherem Recht:** Vor der Einführung des § 100b StPO war str., ob eine Online-Durchsuchung zulässig war. Wegen des Eingriffs in das **Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme** als Ausdruck des **allgemeinen Persönlichkeitsrechts** war eine den Grundrechtsanforderungen standhaltende Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Es kamen verschiedene Möglichkeiten in Betracht (**BGHSt 51, 211**):
- Durchsuchung beim Verdächtigen, §§ 102, 110 III StPO: Die §§ 102 ff. StPO regeln die Durchsuchung beim Verdächtigen sowie anderen Personen (vgl. Arbeitsblatt Nr. 14). Im Rahmen einer „gewöhnlichen“ Hausdurchsuchung darf nach Maßgabe dieser Vorschrift also auch der PC des Beschuldigten untersucht werden. Gleichwohl bestanden erhebliche Zweifel an der Anwendbarkeit dieser Regelungen für die Online-Durchsuchung, da diese heimlich durchgeführt werden. Die §§ 102 ff. StPO stehen ihrer Konzeption nach der Heimlichkeit des Vorgehens aber gerade entgegen. 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 lehnte diese Ansicht daher zu Recht ab und nahm stattdessen an, dass die Durchsuchung im Sinne der §§ 102 ff. StPO ihrem Wesen nach nicht heimlich sei.
 - Überwachung der Telekommunikation, § 100a StPO: Nach § 100a StPO dürfen bei bestimmten Katalogtaten auch Maßnahmen ohne Wissen des Betroffenen durchgeführt werden (vgl. Arbeitsblätter Nr. 18 und 18a). Außerdem lässt sich die Kommunikation über das Internet grds. dem Bereich der Telekommunikation zuordnen. Diese Vorschrift passte aber dennoch nicht für die Online-Durchsuchung, denn dort soll ja nicht die Kommunikation überwacht, sondern auf bereits gespeicherte Daten zugegriffen werden, welche u.U. noch nicht einmal Kommunikationsdaten sein müssen.
 - Einsatz technischer Mittel, „Lauschangriff“, §§ 100c I, 100f StPO: Zwar handelt es sich bei den Trojanern um technische Mittel, welche zum Einsatz gebracht werden sollen (vgl. I.), sodass an eine Ermächtigung nach den §§ 100c ff. StPO hätte gedacht werden können (vgl. 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.
 - Generalklausel der §§ 161, 163 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.
 - Kombinierte Anwendung der §§ 102 ff. StPO i.V.m. §§ 100a, 100c StPO: Zuletzt erwog der BGH eine kombinierte Anwendung der Vorschriften über die Durchsuchung und der Bestimmungen zur Überwachung der Telekommunikation und von Wohnräumen: Da es sich aber um einen besonders schweren Eingriff in Grundrechte handelt, war auch ein solches Vorgehen nicht zulässig.
- III. **Die Online-Durchsuchung nach neuem Recht:** Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens am 24.8.2017 gilt der neue **§ 100b StPO**. Das Verfahren ist in § 100e StPO geregelt, der Kernbereichsschutz in § 100d StPO.
- Anordnungsbefugnis; Kernbereich privater Lebensgestaltung; Verfahren
Gemäß § 100e II 1 StPO dürfen Maßnahmen nach § 100b StPO **nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch die in § 74a IV des GVG genannte Kammer des Landgerichts angeordnet werden**, in dessen Bezirk die StA ihren Sitz hat. Bei Gefahr im Verzug kann diese Anordnung auch durch den **Vorsitzenden** getroffen werden, § 100e II 2 StPO. Die Anordnung ergeht **schriftlich**, § 100e III 1 StPO. Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch die Maßnahme allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung (**Intimsphäre**) erlangt würden, ist die Maßnahme **unzulässig**, § 100d I StPO. Ein **explizites Verwertungsverbot enthält § 100d II 1 StPO**: Hiernach dürfen Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung, die durch eine Maßnahme nach § 100b StPO erlangt wurden, nicht verwertet werden. Ein weiteres ausdrückliches Verwertungsverbot findet sich in **§§ 100d V 1, 100d II 1 StPO** bzgl. der Äußerungen von **Zeugnisverweigerungsberechtigten** (zu beachten sind jedoch die Einschränkungen gem. § 100d V 2 StPO). § 100d III StPO regelt eine weitere Besonderheit zur Online-Durchsuchung: Bei Maßnahmen nach § 100b StPO ist, soweit möglich, technisch sicherzustellen, dass Daten, die den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, **nicht erhoben werden**. Erkenntnisse, die durch Maßnahmen nach § 100b StPO erlangt wurden und den Kernbereich privater Lebensgestaltung betreffen, sind **unverzüglich zu löschen** oder von der Staatsanwaltschaft dem anordnenden Gericht zur Entscheidung über die Verwertbarkeit und Löschung der Daten vorzulegen. Die Entscheidung des Gerichts über die Verwertbarkeit ist für das weitere Verfahren bindend. Bzgl. der **Zufallsfunde** besteht für die Online-Untersuchung eine Sonderregelung in **§ 100e VI StPO**.
 - Voraussetzungen der Online-Untersuchung
Die Online-Durchsuchung ist nur bei **Verdacht** einer in § 100b II StPO **genannten Katalogtat** zulässig (§ 100b I Nr. 1 StPO). Daneben muss die Tat auch **im Einzelfall besonders schwer wiegen** (§ 100b I Nr. 2 StPO). Ferner ist der **Subsidiaritätsgrundsatz** zu beachten (§ 100b I Nr. 3 StPO). Schließlich muss die Maßnahme **verhältnismäßig** sein. Sie darf sich zudem nur gegen den **Beschuldigten** richten (§ 100b III 1 StPO). Ein Eingriff in informationstechnische Systeme **anderer Personen** ist nur zulässig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass der in der Anordnung nach § 100e III StPO bezeichnete Beschuldigte informationstechnische Systeme der anderen Person benutzt und die Durchführung des Eingriffs in informationstechnische Systeme des Beschuldigten allein nicht zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten führen wird (§ 100e III 2 StPO). Die Maßnahme darf auch durchgeführt werden, wenn andere Personen unvermeidbar betroffen sind (§ 100e III 3 StPO).