

§ 1 Problemstellung

I. Ein aktueller Beispielfall

Im Jahr 2009 täuschte das Bayerische Landeskriminalamt eine Routinekontrolle am Münchener Flughafen vor. Dabei installierten die Beamten heimlich eine Überwachungssoftware (sog. „Staatstrojaner“) auf dem Laptop eines Geschäftsreisenden. Diese „fotografierte“ in den folgenden drei Monaten alle dreißig Sekunden den geöffneten Internet-Browser und sandte die Bilder unmittelbar an das LKA. Außerdem nahm die Software alle Internettelefonate auf und leitete sie weiter. All dies geschah also ohne Wissen des Betroffenen.¹ Der Geschäftsmann war weder gesuchter Terrorist, noch stand er im Verdacht, Kapitalverbrechen begangen zu haben. Er arbeitete in einem Unternehmen, das Pharmaprodukte aus Deutschland ins Ausland vertrieb. Seit 2008 lief ein Ermittlungsverfahren wegen „banden- und gewerbsmäßigen Handels mit und Ausfuhr von Betäubungsmitteln“ gegen den Betroffenen.² Denn der in Deutschland rechtmäßige Handel mit den Mitteln könnte, sobald er die nationalen Grenzen überschreitet, als strafbare Ausfuhr gewertet werden.³

Dieser Fall gelangte zwei Jahre später auf folgendem Weg in die Schlagzeilen und führte zu kontroversen politischen Diskussionen, die die Frage nach der verfahrensrechtlichen Grundlage einer solchen heimlichen Überwachung aufwerfen:

Im Oktober des Jahres 2011 wurde dem Chaos Computer Club eine, mit herkömmlichen Virenscannern nicht zu entdeckende, Software zugespielt. Hierbei stellte sich heraus, dass es sich gerade um jene Software des Bayerischen LKA handelte. Diese ermöglicht – außer der oben genannten Überwachung – auch das Herunterladen, Installieren sowie Ausführen von Programmen. Die Software kann

¹ Der Fall wird geschildert von SPIEGEL ONLINE, 28.02.2011. „Betroffener“ ist im Folgenden immer die Person, welche durch eine verdeckte Ermittlungsmaßnahme überwacht wird.

² A. a. O.

³ Die materiell-rechtliche Einordnung, ob sich der Betroffene überhaupt strafbar machen kann, ist zudem nicht einfach, vgl. BGH NStZ, 236 ff.; NStZ-RR 2011, 211.

sogar dazu eingesetzt werden, einen Computer fernzusteuern, Daten auszuspähen und den Speicherinhalt zu verändern.⁴

Zunächst wusste niemand, wie häufig der Staat solche Programme zur Strafverfolgung oder anderen Zwecken genutzt hatte. Erst später wurde klar, dass von 2009 bis Oktober 2011 etwa 35-mal pro Jahr Staatstrojaner eingesetzt wurden.⁵ Diese Informationen verursachten große Aufregung in den Medien⁶ und verunsicherten die Bevölkerung.⁷ Die Verunsicherung entstand dadurch, dass in der Bevölkerung weder klar war, warum gerade der Geschäftsreisende ausgewählt wurde, noch ob der Staat ein Recht zu solchen Überwachungen von Computern hat. Mancher Bürger wird sich gesorgt haben: Wessen Computer wurde noch in dieser Art überwacht? Wurde mein Computer überwacht? Wenn noch nicht, unter welchen Umständen darf dies der Fall sein?

II. Die sich aus dem Beispielfall ergebenden Grundfragen

Der Fall ist ein Beleg dafür, dass die Probleme der verdeckten strafprozessualen Ermittlungen trotz diverser höchstrichterlicher Urteile und wissenschaftlicher Abhandlungen noch lange nicht geklärt sind. Der bayerische Innenminister reagierte allerdings mit der Aussage, der Einsatz der Spähsoftware sei rechtmäßig gewesen.⁸

Es stellte sich heraus, dass in dem oben genannten Beispielfall bereits ein Beschluss des LG Landshut⁹ ergangen war, in dem die Maßnahme teilweise für rechtswidrig erklärt worden war. Außerdem liegt ein Verstoß gegen das erst kürzlich durch das BVerfG konkretisierte Computergrundrecht nahe.¹⁰ Im Zuge der Berichterstattung fallen wiederkehrende Stichworte auf, die nicht nur für die Problematik des Staatstrojaners, sondern für alle verdeckten Ermittlungsmaßnahmen symptomatisch sind. In stärker rechtlich orientierten Meldungen wird auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben durch Entscheidungen des BVerfG und die fehlende spezielle gesetzliche Regelung hingewiesen: Ein ehemaliger Verfassungsrichter erklärte, die vom Bayerischen LKA durchgeführte Maßnahme sei „*in jedem Fall rechtswidrig*“. Soweit der Staat überhaupt Computer infiltrieren dürfe, „*muss er Risiken eines*

⁴ Vgl. zu den Einzelheiten die Veröffentlichung des CCC, Analyse einer Regierungs-Malware.

⁵ Dies gilt für alle Sicherheitsbehörden, vgl. SPIEGEL ONLINE, 15.10.2011, mit einer interaktiven Grafik in welchen Bundesländern und von welchen Behörden der „Staatstrojaner“ vermutlich eingesetzt wurde.

⁶ Stellvertretend für die unüberschaubare Berichterstattung eine Artikelüberschrift: „Staatstrojaner – Der Computer steht offen wie ein Scheunentor – Ist das Grundgesetz nur ein Software-Feature? Der Chaos Computer Club enthüllt weitere Staatstrojaner-Pannen.“, FAZ.NET 26.10.2011.

⁷ Nach ersten Umfragen wurde der Einsatz des „Staatstrojaners“ von den Bürgern mehrheitlich abgelehnt, *Politbarometer* ZDF 14.01.2011.

⁸ Sueddeutsche.de, 11.10.2011.

⁹ LG Landshut JR 2011, S. 532.

¹⁰ BVerfGE 120, 274, 274 – „Online-Durchsuchungen“.

*Missbrauchs vorbeugen“.*¹¹ Ein auf IT- und Medienrecht spezialisierter Rechtsanwalt erklärte den Staatstrojaner für verfassungsmäßig. Es müsse „*deutlich zwischen den technischen Möglichkeiten des Trojaners und dem tatsächlichen Einsatz in der Praxis unterschieden werden. Polizisten dürfen schließlich auch eine Waffe tragen, aber nur im äußersten Notfall damit jemanden erschießen.*“¹²

Die sich insoweit ergebenden verfassungsrechtlichen Vorgaben und die Anwendung der in der StPO geregelten gesetzlichen Vorschriften über verdeckte Ermittlungsmaßnahmen sind der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Der oben angeführte Fall¹³ steht stellvertretend für die Gesamtproblematik. Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Fast täglich kommen neue Zeitungsmeldungen über Problemfälle aus diesem Bereich hinzu „*Bundesverfassungsgericht urteilt: Es gibt kein Recht auf anonyme Kommunikation*“;¹⁴ „*Überwachung per ‚stiller SMS‘ Niedersachsen jagt Verbrecher mittels eines privaten Dienstleisters*“.¹⁵ Das Thema ist zweifellos „brandaktuell“. Alle in der Diskussion befindlichen Detailprobleme können in dieser Arbeit jedoch nicht gelöst werden. Vielmehr sollen die Grundlagen untersucht werden, um einen Beitrag zur Beantwortung der speziellen Fragen leisten zu können. Die grundlegenden Probleme sind in verschiedene konkrete Fragen aufgeteilt, denen in dieser Arbeit nachgegangen wird:

1. Wird durch heimliche Überwachungsmaßnahmen und deren Regelung in der StPO in die Grundrechte des verunsicherten Bürgers eingegriffen?¹⁶
2. Unterliegen alle verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen einem Gesetzesvorbehalt?¹⁷
3. Welchen Einfluss haben die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf die einzelnen Regelungen der StPO?¹⁸
4. Werden die gesetzlichen Regelungen der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen in der StPO diesen Vorgaben gerecht?¹⁹
5. Untrennbar mit den vorstehenden Problemen sind weitere Fragen nach dem Einfluss der verfassungsrechtlichen Vorgaben auf die Auslegung der gesetzlichen Regelungen in der StPO verbunden.²⁰

Den Schwerpunkt der Untersuchung bildet dabei das Zusammenspiel von Verfassungsrecht und gesetzlichen Regelungen in der StPO. Die verfassungsrechtli-

¹¹ faz.net, 09.11.2011.

¹² golem.de, 10.10.2011.

¹³ Ob der Geschäftsmann schließlich verurteilt wird und welche Bedeutung dabei dem Einsatz des Trojaners zukommt, ist nicht abschließend gerichtlich entschieden. Nach Auskunft des Verteidigers des Geschäftsmanns gegenüber dem Verfasser ist das Ermittlungsverfahren noch nicht abgeschlossen. Vgl. zu den in dieser Arbeit vorgeschlagenen Lösungsansätzen § 23, IV und § 27, II 4, b), bb).

¹⁴ Netzpolitik.org, 24.02.2012.

¹⁵ Sueddeutsche.de, 27.02.2012.

¹⁶ Vgl. § 7 und insbesondere § 8, III.

¹⁷ Vgl. § 9.

¹⁸ Vgl. § 9, I, § 9, II.

¹⁹ Vgl. Vierter Teil.

²⁰ Vgl. Fünfter Teil.

chen Bestimmungen werden analysiert, um dann die Regelungen der StPO auf ihre Verfassungsmäßigkeitsmäßigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls verfassungskonform auszulegen.

Zur Beantwortung der oben gestellten Fragen wird die Arbeit folgendermaßen gegliedert: Im historischen Teil wird die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Regelungen der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen dargestellt. Dieser Teil untersucht die Gründe für das Fehlen eines historisch gewachsenen Regelungskonzepts. Der in der Geschichte erfolgte Missbrauch der verdeckten Maßnahmen zur Unterdrückung der Bevölkerung muss erläutert werden. Er trägt wesentlich zum Einschüchterungseffekt der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen bei, der verfassungsrechtlich entscheidend ist. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben bestimmen das Ergebnis dieser Arbeit. Bei diesen Vorgaben geht es um den Eingriff der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen in die Grundrechte und darum, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Eingriff gerechtfertigt werden kann. Untersucht werden muss, ob die Auffassung des BVerfG zutrifft, nach der das Verfassungsrecht bis hinein ins Detail die Anforderungen der Regelungen der strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen in der StPO vorgeben kann. Dabei kommt es auf das Verhältnis zwischen ranghöherem Verfassungsrecht und einfachem Strafprozessrecht an.

Die dogmatische Einordnung der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen in das Verfassungsrecht ist bisher aber noch nicht überzeugend vorgenommen worden. Die im Einzelnen strittige verfassungsrechtliche Dogmatik kann daher nicht unesehen übernommen werden, sondern bedarf im Hinblick auf das Grundproblem – sind verdeckte Maßnahmen und die entsprechenden Regelungen in der StPO mit der Verfassung vereinbar? – auch in den wesentlichen Einzelfragen der kritischen Analyse. Die verfassungsrechtlichen Fragen bauen aufeinander auf und müssen daher von den Grundlagen her erörtert werden.

Diese Auseinandersetzung führt teilweise zu eigenen neuen Lösungen, die zwar nicht im Ergebnis, aber in der dogmatischen Grundlegung erheblich von den Ansichten der h. M. abweichen: Ohne einen Grundrechtseingriff muss sich der Gesetzgeber nicht durch bestimmte und verhältnismäßige Gesetze für sein Handeln rechtfertigen, sondern kann im Wesentlichen frei gestalten. Die gesetzlichen Regelungen wären nicht mehr als eine freiwillige Selbstbindung der Legislative und würden lediglich klassische Auslegungsprobleme bereithalten, die in einer schlichten Kommentierung der einschlägigen Vorschriften zu erledigen wäre. Wenn der oben genannte Einsatz des Trojaners kein Grundrechtseingriff wäre, könnte auch ein Streit um dessen Rechtsgrundlage dahinstehen. Zur Beantwortung dieser Frage ist der Begriff des Grundrechtseingriffs zu klären.

Ob und in welche Grundrechte verdeckte Maßnahmen eingreifen, ist daher von entscheidender Bedeutung. Einen besonderen Stellenwert nimmt in diesem Zusammenhang der umfassende Freiheitsschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Bereits der Ansatz der h. M. wird in dieser Arbeit bestritten, neben der allgemeinen Handlungsfreiheit ein allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG zu folgern. Es wird insbesondere zu untersuchen sein, ob sich stattdessen innerhalb des Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit eine besondere Konkretisierung ergibt, ein Grundrecht auf „Freiheit von Einschüchterung“, in das

die verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen eingreifen. Ist dies wegen der Weite des Eingriffsbegriffs und der ebenfalls weiten Struktur der Handlungsfreiheit als Recht „alles zu tun und zu lassen was man will“ der Fall, können verdeckte Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich durch Gesetze gerechtfertigt werden. Wird jedoch unter bestimmten Umständen durch verdeckte Ermittlungen sogar die Menschenwürde angetastet, ist eine solche Rechtfertigung nicht möglich. Auch der Anspruch auf Achtung der Menschenwürde und die mögliche Kollision dieses Anspruchs mit den verdeckten Ermittlungsmaßnahmen muss daher untersucht werden. In Betracht kommen zudem spezielle Grundrechte, die die Fernkommunikation und die Privatsphäre der Wohnung sowie das rechtliche Gehör garantieren (Art. 10, Art. 13, Art. 19 Abs. 4 GG).

Die entscheidenden Einschränkungen liegen – soweit nicht die Menschenwürde betroffen ist – nicht auf der Ebene des Eingriffs in die Grundrechte. Vielmehr sind diese Probleme auf der nachfolgenden Stufe der Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe angesiedelt. Sind die verdeckten Maßnahmen bzw. deren gesetzliche Regelungen Grundrechtseingriffe, müssen die Regelungen dem jeweiligen Gesetzesvorbehalt entsprechen. Es ist aber nicht damit getan, dass überhaupt ein Gesetz besteht; das wäre bei Eingriffen durch Gesetz auch keine zusätzliche Hürde. Vielmehr kommt es auf die Anforderungen an die Ausgestaltung dieser Gesetze an. Dies sind die näher zu untersuchenden Grundsätze der „Bestimmtheit“ und der „Verhältnismäßigkeit“. Erst wenn diese verfassungsrechtlichen Vorgaben geklärt sind, kann im weiteren Verlauf der Arbeit überprüft werden, ob die Regelungen der verdeckten Ermittlungen verfassungsgemäß oder verfassungswidrig sind oder ob sie zumindest verfassungsgemäß ausgelegt werden können. Dazu werden die grundlegenden Strukturelemente in einem Modell für die Regelung der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen zusammengefasst. Die sich aus diesem Modell ergebenden allgemeinen Anforderungen werden erläutert, auch soweit der Gesetzgeber sie bereits umgesetzt hat. Sind diese allgemeinen Aspekte klargestellt, wird das Regelungskonzept der StPO im Einzelnen dargelegt und auf seine Verfassungsmäßigkeit hin untersucht. Soweit die Regelungen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht entsprechen, werden Vorschläge unterbreitet, mit welchen Ergänzungen und Neuregelungen der Gesetzgeber sein Konzept der verdeckten strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen optimieren kann.

Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen

Bode, Th.A.

2012, XXXI, 522 S.,

ISBN: 978-3-642-32661-5