

## Praxis

### Warum die Festplatte keine Wohnung ist – Art. 13 GG und die »Online-Durchsuchung«

Von Wissenschaftl. Assistent Stephan Schlegel, Zürich\*

Selten hat die Einführung einer neuen Zwangsmaßnahme eine solch umfangreiche und kontroverse Diskussion ausgelöst, wie dies derzeit bei der sog. »Online-Durchsuchung« der Fall ist. Die Debatte um die Schaffung entsprechender Rechtsgrundlagen für die Bereiche der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr wird auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführt. Der folgende Beitrag widmet sich der Frage, ob das Wohnungsgrundrecht aus Art. 13 GG eine verfassungsrechtliche Grenze für die Schaffung einer strafprozessualen Rechtsgrundlage für die »Online-Durchsuchung« darstellt und ob in dieser auch prozedurale Mechanismen wie der Richtervorbehalt vorgesehen sein müssen.

#### A. Einleitung

Mit der Entscheidung des *BGH* zur Unzulässigkeit der sog. »Online-Durchsuchung« ist eine Ermittlungsmethode in das Licht der Öffentlichkeit gerückt, über die zwar umfassend diskutiert wird, über deren praktische Umsetzung bisher aber keine konkreten Informationen vorliegen. Aus den veröffentlichten Entscheidungen<sup>1</sup> lässt sich wenig über die praktischen Realisierungsmöglichkeiten und noch weniger über die Ergebnisse durchgeführter Maßnahmen<sup>2</sup> entnehmen. Kriminalistische Beiträge, welche sich dieser Problematik annehmen, sind selten, auf Grund mangelnder Informationen auf allgemeine Erwägungen beschränkt und gekennzeichnet von einem skeptischen Grundtenor ob der Realisierbarkeit und Effektivität.<sup>3</sup> Umso erbitterter wird die Zulässigkeit dieser Maßnahme im politischen wie auch im wissenschaftlichen<sup>4</sup> Bereich diskutiert. Wie so häufig in Fragen strafrechtlicher und strafprozessualer Art im Bereich der Informationstechnologie ist der Befund immer derselbe: Der Grad der Emotionalität der politischen Debatte ist direkt proportional zur Häufigkeit des Auftauchens von Schlagwörtern, wie »Terrorismus«, »Bomben-

\* Der Autor ist Assessor und Wissenschaftl. Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Zürich. Für eine kritische Durchsicht, die für diesen Beitrag auch inhaltlich sehr wertvoll gewesen ist, dankt der Verfasser ganz herzlich Herrn Prof. Dr. Wolfgang Wohlers und Frau Gunhild Godenzi.

1 Vgl. *BGH* (ER) 3 BGs 31/06 v. 21. 2. 2006 = StV 2007, 60 = HRRS 2007 Nr. 468 zur Zulässigkeit der Maßnahme und die späteren, ablehnenden Entscheidungen *BGH* (ER) 1 BGs 184/2006 v. 25. 11. 2006 = JR 2007, 57 = HRRS 2007 Nr. 466 m. Anm. Jahn/Kudlich JR 2007, 57, und schließlich die Senats-Entscheidung *BGH* StB 18/06 v. 31. 1. 2007 = NJW 2007, 930 = HRRS 2007 Nr. 197.

2 So war auch die Bundesregierung gegenüber dem Deutschen Bundestag nicht in der Lage, konkrete Angaben zu Zahl und Erfolg dieser Maßnahmen zu machen, vgl. BT-Drs. 16/3894, S. 15, BT Sten.Ber. v. 13. 12. 2006, S. 7169f. Vgl. auch BT Sten.Ber. v. 9. 5. 2007, S. 9773 zur Durchführung im Bereich des Verfassungsschutzes.

3 Vgl. umfassend Buermeyer HRRS 2007, 154ff.; Gercke CR 2007, 245, 246ff.; Hansen/Pfitzmann/Roßmager DRiZ 2007, 225; Schmidt, heise Security (<http://www.heise.de/security/artikel/86415/>).

4 Vgl. Buermeyer HRRS 2007, 157; Denkowski Kriminalistik 2007, 177; Gercke CR 2007, 245; Hansen/Pfitzmann/Roßmager DRiZ 2007, 225; Hoffmann NSStZ 2005, 121; Hornung DuD 2007, 575 und ders. JZ 2007, 828; Jahn/Kudlich JR 2007, 57; Kemper ZRP 2007, 105; Kutscha NJW 2007, 1169; Leipold NJW 2007, 135; Rux JZ 2007, 285; Schantz KritV 2007, 343 und die Anmerkungen von Bär MMR 2007, 1175 und 240; Beulke/Meininghaus StV 2007, 63; Fezer NSStZ 2007, 535; Harrendorf StraFo 2007, 149; Kudlich JA 2007, 391; Schaar/Landwehr K&R 2007, 202.

pläne im Internet«, »Kinderpornographie«<sup>5</sup> oder gar »Killerspiele«<sup>6</sup>. Betrachtet man die Diskussion jenseits solcher Kampfbegriffe der öffentlichen Meinungsbildung, so begegnet man einerseits Aussagen, welche die Maßnahme als »unentbehrliches Ermittlungsinstrument«<sup>7</sup> zur Bekämpfung des Terrorismus, aber auch anderer schwerer Straftaten<sup>8</sup> bezeichnen, und andererseits Stellungnahmen, welche »erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken« geltend machen. Es wurden sogar Forderungen nach einer Änderung des Grundgesetzes erhoben, um die »Online-Durchsuchung« zu ermöglichen.<sup>9</sup>

Häufig wird von Gegnern der »Online-Durchsuchung« auf das Grundrecht aus Art. 13 GG verwiesen, welches durch die »Online-Durchsuchung« betroffen sein soll. Dies verwundert zunächst. Zwar befinden sich die Gegenstände der »Online-Durchsuchung«, nämlich Computersysteme, regelmäßig in Objekten, welche dem verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff unterfallen,<sup>10</sup> indessen soll sowohl das Aufspielen des entsprechenden Spionage-Programms für die gesuchten Daten wie auch die Datenübermittlung selbst nach dem bisherigen Verständnis dieser Ermittlungsmaßnahme über das Internet erfolgen.<sup>11</sup> Dementsprechend ist die Einschlägigkeit von Art. 13 GG für die Maßnahmen, welche unter der »Online-Durchsuchung« erfasst sein sollen, jedenfalls auf den ersten Blick nicht gerade offensichtlich. Gleichwohl sieht eine Auffassung Art. 13 GG als betroffen an,<sup>12</sup> während eine andere den Eingriffscharakter verneint.<sup>13</sup>

Diese Auseinandersetzung ist nicht nur von akademischem Interesse. Im Gegensatz zu anderen Grundrechten enthält Art. 13 GG bereits von Verfassungen wegen spezifische Eingriffsvoraussetzungen und Anforderungen, wie den Richtervorbehalt oder z. B. für den »Großen Lauschangriff« zu Zwecken der Strafverfolgung das Kriterium der »besonders schweren Straftat«. Solche besonderen, bereits in der Verfassung geregelten prozeduralen Schranken weisen die beiden anderen im Zusammenhang mit der »Online-Durchsuchung« häufig genannten Grundrechte, informatio-

5 Vgl. zu dieser Thematik die Aussage der Bayerischen Justizministerin *Merk*, heise Newsticker v. 26. 7. 2007 (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/93364>).

6 So *Denkowski* Kriminalistik 2007, 177 (180), der meint, mittels der »Online-Durchsuchung« potenzielle Täter von »Schulstürmungen« enttarnen zu können, wenn sie entsprechende Spiele spielen.

7 Welche praktischen Probleme sich schon bei konventionellen computer-bezogenen Maßnahmen Ermittlungen im Umfeld islamistischer Gruppen stellen, zeigt beispielhaft das Verfahren gegen den Deutsch-Marokkaner *Redouane E. H.* Von 512000 sichergestellten Dateien konnte das BKA bis zum Beginn des Prozesses gerade einmal 300000 mittels einer Stichwortsuche (!) auswerten. Übersetzt werden konnte nur ein Bruchteil. Die meisten Dokumente sind nur in arabischer Sprache verfügbar. Vgl. Kieler Nachrichten v. 26. 7. 2007 (<http://www.kn-online.de/news/archiv/?id=2191287>).

8 Vgl. nur die Rede des BKA-Präsident *Ziercke* vor dem 10. europäischen Polizeikongress, Berlin v. 13. 2. 2007 ([http://www.bka.de/pressemitteilungen/hintergrund/vortrag/070213\\_rede\\_pr\\_europ\\_polizeikongress.pdf](http://www.bka.de/pressemitteilungen/hintergrund/vortrag/070213_rede_pr_europ_polizeikongress.pdf)). Freilich scheint man sich hier nicht festlegen zu wollen; so werden im Entwurf des Bundesrates, BR-Drs. 275/1/07, S. 17 ff., auch Fälle leichterer Computerkriminalität wie »Phising« und Zahlungskartenfälschung genannt.

9 Handelsblatt v. 5. 4. 2007, S. 1: »PC-Zugriff: Schäuble will Grundgesetz ändern«. Vgl. auch *Kudlich* JA 2007, 391 (394), mit Verweis auf die Schrankensystematik der Absätze 3–5 des Art. 13 GG.

10 Vgl. ausführlich unten C.I.2.

11 Vgl. dazu B.I.

12 *Bär* MMR 2007, 237 (240); *Harrendorf* StraFo 2007, 149 (151); *Hornung* DuD 2007, 575, 577; *Jahn/Kudlich* JR 2007, 57 (58); *Kudlich* JA 2007, 391 (395); *Kuscha* NJW 2007, 1168 (1170); *Rux* JZ 2007, 285 (292 ff.); *Schaar/Landwehr* K&R 2007, 202 (204); *Schantz* KritV 2007, 343 (347). Im Gesetzgebungsverfahren zum VerfSchG NRW, LT-Drs. NRW 14/275: *Huster*, S. 5; *Sokol*, S. 26.

13 Vgl. bereits BGH 3 BGs 31/06, Beschluss v. 21. 2. 2006 = StV 2007, 60 = HRRS 2007 Nr. 468; *Beulke/Meininghaus* StV 2007, 62 (64); *Gercke* CR 2007, 245 (250); *Hoffmann* NSTZ 2005, 121 (124). Im Gesetzgebungsverfahren zum VerfSchG NRW, LT-Drs. NRW 14/275: *Roth*, S. 7; *Schwarz*, S. 14; *Warg*, S. 18. Skeptisch auch *Kemper* ZRP 2007, 105 (106): »nur beschränkt zu berücksichtigen«.

nelle Selbstbestimmung (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 I GG) gerade nicht<sup>14</sup> auf.<sup>15</sup> Hinzu tritt der Umstand, dass der Katalog zulässiger Eingriffe in Art. 13 GG nicht beliebig erweiterbar ist, steht die Vorschrift doch zumindest ihrem Wortlaut nach gerade nicht unter dem Schrankenvorbehalt des einfachen Rechts.

## B. Der Begriff der »Online-Durchsuchung«

Die Beantwortung der Frage, ob Art. 13 GG durch die »Online-Durchsuchung« betroffen ist, erfordert zunächst die Festlegung dessen, was unter diesem Begriff verstanden werden soll. Eine eindeutige Definition existiert bisher nicht. In der bisher einzigen einschlägigen gesetzlichen Vorschrift, § 5 II Nr. 11 NW-VerfSchG, ist darunter »der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme auch mit Einsatz technischer Mittel« zu verstehen. Mehr als eine ausfüllungsbedürftige Umschreibung enthält diese Vorschrift damit nicht. Der eine »Online-Durchsuchung« gestattende Beschluss des Ermittlungsrichters aus dem Februar 2006<sup>16</sup> war hier etwas ausführlicher:

»Zur verdeckten Ausführung dieser Maßnahme wird den Ermittlungsbehörden gestattet, ein hierfür konzipiertes Computerprogramm von außen auf dem Computer des Beschuldigten zu installieren, um die auf den Speichermedien des Computers abgelegten Daten zu kopieren und zum Zwecke der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden zu übertragen.«

Demgegenüber wird in der öffentlichen Diskussion, aber auch in den Stellungnahmen<sup>17</sup> zu den Entscheidungen des BGH die »Online-Durchsuchung« häufig umfassender verstanden. Aus den entsprechenden Beiträgen zur Thematik lässt sich ein Grundkonsens ermitteln, der an dieser Stelle lediglich noch einmal überblickartig zusammengefasst werden soll. Der Begriff der »Online-Durchsuchung« beschreibt danach ein Vorgehen, welches ein Bündel<sup>18</sup> verschiedener technischer Mittel bezeichnet, die dazu dienen, aus einem informationstechnischen System heimlich verfahrensrelevante Daten durch Fernzugriff über ein elektronisches Netzwerk zu erhalten. Vereinfacht gesprochen ist unter einer »Online-Durchsuchung« das heimliche elektronische Öffnen eines informationstechnischen Systems durch die Ermittlungsbehörden und die heimliche elektronische Übermittlung darauf gespeicherter Daten an die Ermittlungsbehörden zu verstehen.

### I. Die »Online-Durchsuchung« als rein elektronische Maßnahme

In den bisherigen Diskussionen wurde vor allem eine rein elektronische Form der »Online-Durchsuchung« diskutiert, bei der sich die gesamte Beweiserhebung allein im virtuellen Raum von Computersystemen und -netzwerken abspielt. Hierzu können zwei denkbare Hauptszenarien unterschieden werden: Zum einen ist dies das Öffnen von *innen*, das in dem vorgehend angeführten Beschluss-Tenor umschrieben ist und bisher unter dem Schlagwort »Bundes-Trojaner« diskutiert wurde. Hierbei wird – durch irrtumsbedingte Mithilfe des Benutzers bzw. einer bestehenden Sicherheitslücke in seinem System – ein entsprechendes Spionage-Programm (»Trojani-

14 Vgl. zur informationellen Selbstbestimmung das grundlegende »Volkszählungsurteil«, BVerfGE 65, 1 (44), nach dem dieses Grundrecht lediglich dem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt.

15 So zutreffend *Kutscha* NJW 2007, 1169.

16 Vgl. BGH (ER) 3 BGs 31/06 v. 21. 2. 2006 = StV 2007, 60 = HRRS 2007 Nr. 468.

17 Vgl. oben Fn 3.

18 Zutreffend *Buermeyer* HRRS 2007, 154 (165).

sches Pferd«<sup>19</sup>) eingeschmuggelt, welches dann das System für Fernzugriffe öffnet bzw. selbsttätig Daten transferiert. Zum anderen dürften aber auch Fälle der aktiven Öffnung von außen erfasst sein. Das heißt, es werden bestehende Zugangskontrollsysteme über einen externen Fernzugriff überwunden, z. B. indem bereits bekannte Passwörter verwendet bzw. diese durch einfaches Ausprobieren von Buchstabenkombinationen ermittelt werden (»brute force«-Angriff).

## II. Die »Online-Durchsuchung« als konventioneller Einsatz einer »Software-Wanze«

Auf Grund von Bedenken im Hinblick auf die technische Realisierbarkeit eines unbemerkten Einschmuggelns von außen und der daher zu erwartenden mangelhaften Effektivität der Maßnahme<sup>20</sup> scheint es bei den Ermittlungsbehörden auch andere Überlegungen zu geben. Nach einem Bericht des Computermagazins »Chip« auf Grundlage eines Gesprächs mit dem BKA-Präsidenten Ziercke sei ein anderes Vorgehen geplant: Nach Ausforschung des Betreffenden mittels verdeckter Ermittler soll ein entsprechendes Team heimlich in die Wohnung der zu überwachenden Person eindringen, dort Kopien vorhandener Festplatten ziehen und die Daten analysieren. Erst in einem zweiten Schritt soll dann eine auf das betreffende System genau abgestimmte »Remote Forensic Software« (RFS) erstellt und im Rahmen einer zweiten »Wohnungsöffnung« auf das entsprechende Computersystem des Verdächtigen aufgespielt werden.<sup>21</sup>

## III. Die Möglichkeiten der Informationserhebung bei der »Online-Durchsuchung«

Bei beiden Vorgehensweisen, der rein-elektronischen wie auch der hier als »konventionell« bezeichneten, wird prinzipiell ein Vollzugriff auf das entsprechende Computersystem möglich. Damit können nicht nur auf Datenträgern gespeicherte Daten abgegriffen werden, sondern auch flüchtige Daten, welche nicht dauerhaft auf dem System gespeichert werden, wie Telekommunikation (z. B. IP-Telefonie) oder via Tastatur eingegebene Passwörter mittels sog. *Keylogger*. Denkbar sind darüber hinaus auch Zugriffe auf an das System angeschlossene Geräte wie Mikrofone und Kameras,<sup>22</sup> mithin die Verwendung des Systems als etwas zu groß geratene »Wanze«.

## C. Das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung in der Rechtsprechung des BVerfG

Das Grundrecht auf »Unverletzlichkeit der Wohnung« existiert in kodifizierter Form schon relativ lange. Ausdrücklich erwähnt wird es bereits in der Belgischen Verfassung von 1831 (»*le domicile est inviolable*«). Sowohl die Preußische Verfassung von

19 Computertechnisch ist der Begriff insoweit unzutreffend, weil darunter eigentlich nur Programme mit einer vordergründigen Nutzfunktion und einer verdeckten Schad- oder Spionagefunktion zu verstehen sind. Vgl. auch Buermeyer HRRS 2007, 154 (155).

20 So verweist Buermeyer HRRS 2007, 154 (166), zutreffend darauf, dass die Maßnahme regelmäßig »nur gegen »virtuelle Eierdiebe« vom Schlage eines amateurhaft agierenden eBay-Betrügers« wirksam anzuwenden sein wird.

21 Vgl. Leipold, Chip, Ausgabe 9/2007 ([http://www.focus.de/digital/computer/chip-exklusiv/chip-exklusiv\\_aid\\_68603.html](http://www.focus.de/digital/computer/chip-exklusiv/chip-exklusiv_aid_68603.html)). Freilich berief sich das BKA wenige Tage später darauf, dass der Beitrag »nicht autorisiert« gewesen sein soll, vgl. Schulzki-Haddouti, Financial Times Deutschland v. 13. 8. 2007 ([http://www.ftd.de/forschung\\_bildung/forschung/238034.html?p=1](http://www.ftd.de/forschung_bildung/forschung/238034.html?p=1)).

22 Dazu Gercke CR 2007, 245 (248).

1848/1850 wie auch die Paulskirchenverfassung von 1849 enthielten eine diesbezügliche Regelung.<sup>23</sup> Auch Kodifikationen von Menschenrechten enthalten Bestimmungen zum Schutz der Wohnung, so z. B. Art. 8 I EMRK – Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.<sup>24</sup> Mit dem technischen Fortschritt und der »Entdeckung« von Grundrechten wie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der informationellen Selbstbestimmung hat das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung durch die Rechtsprechung des *BVerfG* gerade in den letzten Jahren eine inhaltliche Ausdehnung und Neupositionierung innerhalb der Grundrechte erfahren, die auch für die Bestimmung des Eingriffscharakters der »Online-Durchsuchung« im Hinblick auf Art. 13 I GG relevant ist.

### I. Der Schutzbereich des Wohnungsgrundrechts

Allgemein verbürgt das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 I GG dem Einzelnen einen elementaren Lebensraum und gewährleistet das Recht, in ihm in Ruhe gelassen zu werden.<sup>25</sup> Art 13 I GG schützt die räumliche Privatsphäre in Gestalt eines Abwehrrechts,<sup>26</sup> welches es dem Träger der öffentlichen Gewalt grundsätzlich verbietet, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen und darin zu verweilen.<sup>27</sup> Durch Auslegung hat sich der Schutzbereich in zweierlei Richtungen erweitert:

#### 1. Die Aufgabe des Erfordernisses physischen Eindringens

Ursprünglich diente das Grundrecht des Art. 13 I GG primär dem Schutz des Wohnungsinhabers vor unerwünschter physischer Anwesenheit eines Vertreters der Staatsgewalt.<sup>28</sup> Diese Beschränkung hat das *BVerfG* dann in seiner späteren Rechtsprechung für Fälle aufgehoben, in denen der räumliche Bereich durch Abhörgeräte u. ä. nach außen geöffnet wurde.<sup>29</sup> In seiner Entscheidung zum »Großen Lauschangriff« hat es dann darauf hingewiesen, dass es unter den heutigen technischen Gegebenheiten möglich ist, in die räumliche Sphäre auch auf andere Weise einzudringen. »Der Schutzzweck der Grundrechtsnorm würde vereitelt, wenn der Schutz vor einer Überwachung der Wohnung durch technische Hilfsmittel, auch wenn sie von außerhalb der Wohnung eingesetzt werden, nicht von der Gewährleistung des Absatzes 1 umfasst wäre.«<sup>30</sup> Dabei kommt es auch nicht darauf an, ob die Überwachung der Wohnung durch technisches Gerät von außen oder von innen erfolgt.<sup>31</sup>

#### 2. Die Erweiterung des Wohnungsbegriffs

Auch der Wohnungsbegriff hat im Verlauf der Zeit durch die Rechtsprechung des *BVerfG* eine erhebliche Erweiterung erfahren. Neben Wohnungen i. e. S., erfasst dieser auch Betriebs- und Geschäftsräume.<sup>32</sup> Die fachgerichtliche Rechtsprechung

23 *Papier*, in: Maunz-Dürig, GG, 36. Lfg. (1999), Art. 13 Rn 3.

24 Vgl. dazu aus jüngerer Zeit z. B. EGMR *Buck vs. Deutschland* v. 28. 4. 2005, Nr. 41604/98 = NJW 2006, 1495 = StV 2006, 561 = HRRS 2005 Nr. 418. Leitfälle der Rechtsprechung des EGMR zum Wohnungsrecht aus Art. 8 I EMRK sind u. a.: *Niemietz vs. Deutschland* v. 16. 12. 1992, Nr. 72/1991/324/396 = EuGRZ 1993, 65; *Chappell vs. Vereinigtes Königreich* v. 30. 3. 1989 = Serie A, Bd. 152-A.

25 Vgl. BVerfGE 32, 54 (75); 42, 212 (219); 51, 97 (110); 109, 279 (309) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 104.

26 Vgl. BVerfGE 7, 230 (238); 65, 1 (40); 109, 279 (309) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 104.

27 Vgl. BVerfGE 76, 83 (89f.); 109, 279 (309) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 104.

28 Vgl. BVerfGE 109, 279 (309) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 105.

29 BVerfGE 65, 1 (40).

30 BVerfGE 109, 279 (309) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 104.

31 BVerfGE 109, 279 (327) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 165.

32 BVerfGE 32, 54 (69ff.); 44, 353 (371).

hat dann darauf gestützt selbst Krankenzimmer<sup>33</sup> oder den Dienstraum eines Professors<sup>34</sup> als vom Wohnungsbegriff<sup>35</sup> erfasst angesehen. Abstrakt gesprochen ist Wohnung i. S. des Art. 13 I GG damit jeder nicht allgemein zugängliche, feststehende, fahrende oder schwimmende Raum, der zur Stätte des Aufenthalts und Wirkens von Menschen gemacht wird.<sup>36</sup>

## II. Eingriffe in das Wohnungsgrundrecht

### 1. Durchsuchungen

Ausgehend vom Charakter des Art. 13 GG als Abwehrrecht gegen den Staat sind Eingriffe damit zunächst alle Handlungen, welche zu einer physischen Anwesenheit von Vertretern des Staates führen. Hierzu gehört vor allem die in Art. 13 II GG erwähnte Durchsuchung. Nach ständiger Rechtsprechung des *BVerfG* ist darunter »das ziel- 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>37</sup> zu verstehen. Dies sind nicht nur Durchsuchungen i. S. des Strafprozessrechts,<sup>38</sup> sondern auch alle anderen staatlichen Maßnahmen, welche diese Kriterien erfüllen, insbesondere auch aus dem Verwaltungs- oder Zivilprozessrecht.<sup>39</sup> Dabei geht der verfassungsrechtliche Durchsuchungsbegriff von einer Offenheit der Durchsuchung aus,<sup>40</sup> d. h. einem offenen Agieren der Vertreter des Staates gegenüber dem Betroffenen. Freilich hat das *BVerfG* nicht jede Form der physischen Anwesenheit des Staates in der Wohnung auch als Eingriff angesehen. So verneinte das *BVerfG* im Volkszählungsurteil einen Eingriff durch die Erhebung und Einholung von Auskünften im Rahmen der Volkszählung, weil diese Maßnahmen auch ohne ein Eindringen oder Verweilen in der Wohnung vorgenommen werden können.<sup>41</sup>

### 2. Akustische und optische Überwachung

Eingriffe sind schließlich auch die Maßnahmen, die unter dem Begriff des »Großen Lauschangriffs« zusammengefasst werden. Während Art. 13 III GG für die strafprozessuale Überwachung eine besonders schwere Straftat fordert<sup>42</sup> und lediglich die akustische Überwachung erlaubt,<sup>43</sup> enthält Absatz 4 die Eingriffsschwelle der »Abwehr *dringender Gefahren* für die öffentliche Sicherheit«, ist aber nicht auf das bloße Abhören<sup>44</sup> beschränkt.<sup>45</sup> Erfasst von der Erlaubnis des Art. 13 III und IV GG sind

33 BGHSt 50, 206 = HRRS 2005 Nr. 722.

34 Vgl. BayObLG NJW 1993, 744.

35 Vgl. ausführlich zum weiten Wohnungsbegriff des Art. 13 GG, auch mit Negativbeispielen, *Papier*, in: Maunz-Dürig, Art. 13 Rn 10 ff.

36 *Papier*, in: Maunz-Dürig, Art. 13 Rn 10.

37 BVerfGE 51, 97 (106 f.); 75, 318 (327); 76, 83 (89).

38 *Papier*, in: Maunz-Dürig, Art. 13 Rn 23.

39 Grundlegend BVerfGE 51, 97 (106); vgl. auch z. B. BVerfG NJW 2000, 943 (944) zur Vollstreckung der Herausgabe eines Kindes. Zum Richtervorbehalt im Zwangsvollstreckungsrecht vgl. § 758 a ZPO.

40 *Papier*, in: Maunz-Dürig, Art. 13 Rn 47 m. w. N.

41 BVerfGE 65, 1 (40).

42 Zum Begriff vgl. BVerfGE 109, 279 (343 ff.) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 225 ff.

43 *Schmid-Bleibtrew/Klein*, GG, 9. Aufl. (1999), Art. 13 Rn 5; *Gornig*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. (2005), Art. 13 Rn 99; *Papier*, in: Maunz-Dürig, Art. 13 Rn 79.

44 Vgl. ausdrücklich den gesetzgeberischen Willen, die optische Überwachung zuzulassen, BT-Drs. 13/8650, S. 5.

45 Vgl. auch BVerfGE 109, 279 (283) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 9.

dabei auch Begleitmaßnahmen, welche das physische Eindringen in den Schutzbereich erfordern, wie das Anbringen der entsprechenden Geräte in der Wohnung.<sup>46</sup>

### 3. Betretungs- und Besichtigungsrechte, sonstige Eingriffe

Schlussendlich nennt Art. 13 VII GG noch Eingriffe und Beschränkungen 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. Erfasst sind damit freilich nicht alle staatlichen Informationseingriffe mit physischem Wohnungsbezug. So hat das *BVerfG* behördliche Betretungs- und Besichtigungsrechte von Geschäfts- und Betriebsräumen zwar als schutzbereichsberührend, aber nicht als Eingriff angesehen.<sup>47</sup> Nach seiner Auffassung sei die Schutzbedürftigkeit dieser Räume, im Gegensatz zur Privatwohnung, auf Grund der nach außen gerichteten Zwecksetzung gemindert.

### *III. Das Verhältnis von Art. 13 GG zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, insbesondere der informationellen Selbstbestimmung*

Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* stellt sich das Wohnungsgrundrecht als Konkretisierung anderer Grundrechte dar. Zu nennen ist hier vor allem der Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 I GG: »Die Unverletzlichkeit der Wohnung hat einen engen Bezug zur Menschenwürde und steht zugleich im nahen Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Gebot unbedingter Achtung einer Sphäre des Bürgers für eine ausschließlich private – eine höchstpersönliche – Entfaltung.«<sup>48</sup> Der Schutz der Wohnung gewährleistet dem Einzelnen gerade diese ausschließlich private Sphäre.<sup>49</sup> Auch im Hinblick auf Informationseingriffe des Staates mittels Durchsuchungen stellt sich das Wohnungsgrundrecht regelmäßig als spezieller gegenüber dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG) dar.<sup>50</sup> Letzteres wird aber nach der neueren Rechtsprechung des *BVerfG* dort nicht verdrängt, »wo sich der Schutzbereich dieses Grundrechts mit demjenigen eines speziellen Freiheitsrechts nur partiell überschneidet oder in den Fällen, in denen ein eigenständiger Freiheitsbereich mit festen Konturen erwachsen ist.«<sup>51</sup> Ein solcher Fall ist u. a. dann gegeben, wenn die Durchsuchung auf Informationen erstreckt werden sollen, die einen engen Bezug zum Fernmeldegeheimnis haben.

## **D. Die Übertragung der Kriterien zu Art. 13 GG auf die »Online-Durchsuchung«**

### *I. Das Fehlen eines Eingriffs auf Grund des Anschlusses an das Internet als konkludente Zustimmung?*

Teilweise wird die Eingriffsqualität der »Online-Durchsuchung« verneint, weil der Benutzer seinen Computer an das Internet angeschlossen hat und er damit bewusst

46 *Papier*, in: Maunz-Dürig, Art. 13 Rn 79; *Meyer-Göfner*, StPO, 50. Aufl. 2007, § 100c Rn 7.

47 Vgl. BVerfGE 32, 54 (73 ff.). Zum Besichtigungsrecht nach § 17 HandwO vgl. zuletzt BVerfG 1 BvR 2138/05 v. 15. 3. 2007 = HRRS 2007 Nr. 323.

48 BVerfGE 109, 279 (313) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 119.

49 BVerfGE 75, 318 (328); 109, 279 (313) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 119.

50 Vgl. BVerfGE 51, 97 (105); *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 2 Rn 73; *Hermes*, in: Dreier, GG, 1996, Art. 13 Rn 119.

51 BVerfGE 115, 166 (187) m.w.N. = HRRS 2006 Nr. 235 Rn 84.

das Risiko eingegangen sei, dass Dritte auf sein System zugreifen können.<sup>52</sup> Dieses Argument ist aber schon im Hinblick auf die typische Computernutzung unzutreffend. Wer seinen Computer an das Internet anschließt, möchte jedenfalls nicht seine privaten<sup>53</sup> Daten anderen preisgeben, sondern vertraut im Gegenteil – rechtlich geschützt<sup>54</sup> – darauf, dass Dritte nicht zugreifen.<sup>55</sup> Zum anderen zeigt sich die Absurdität des Arguments, wenn man es auf den Fall der Wohnungsdurchsuchung überträgt: Bisher ist niemand auf die Idee gekommen, dass man eine die strafprozessualen Förmlichkeiten missachtende Wohnungsdurchsuchung damit rechtfertigen könne, dass der Betroffene Fenster und Türen in seinem Haus installiert hat.<sup>56</sup> Weder Fenster noch (Wohnungs-)Türen bieten einen für Experten unüberwindlichen Schutz gegen das unberechtigte Betreten – schon gar nicht, wenn der Betroffene vergessen hat, diese abzuschließen. Darüber hinaus ist der Schutz des Art. 13 I GG von der Rechtsprechung sogar in Fällen anerkannt worden, in denen das Besitztum nicht einmal ansatzweise *effektiv* gegen eine Einsichtnahme oder Abhören gesichert war. So hat der *Ermittlungsrichter des BGH* ein Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes mittels eines Richtmikrophons in einem Fall für unzulässig gehalten, in dem das Besitztum lediglich durch eine kniehohe Hecke zur Straße hin abgetrennt und diese zudem noch im Eingangsbereich auf ca. zwei Metern unterbrochen war.<sup>57</sup> Diese Befunde der realen Welt unterscheiden sich nicht von denen der virtuellen Welt eines an das Internet angeschlossenen Computers. Firewalls, Passwörter, aber auch die allgegenwärtigen Sicherheitslücken und Fehlkonfigurationen durch die Benutzer sind durchaus mit Fenstern und Türen eines Hauses vergleichbar.

## II. Der Eingriffscharakter der »Online-Durchsuchung«

Computer befinden sich regelmäßig in Räumen, die unter den verfassungsrechtlichen Wohnungsbegriff<sup>58</sup> fallen, d. h. sie stehen z. B. in Privatwohnungen, Büros oder Rechenzentren von Unternehmen. Seltener sind Fälle, in denen tragbare Geräte außerhalb solcher Räume mit sich geführt werden. Damit ist der typische Fall der »Online-Durchsuchung« der, dass bei dieser *virtuell* auf ein System zugegriffen wird, welches sich physisch innerhalb eines von Art. 13 GG geschützten Bereichs befindet. Hinzu kommt der Umstand, dass die im Rahmen einer »Online-Durchsuchung« zu gewinnenden Daten sonst nur durch eine *physische* Wohnungsdurchsuchung erlangt werden können.<sup>59</sup> Ein möglicher Wohnungsbezug der Maßnahme ist damit jedenfalls nicht zu bestreiten.

### 1. Das regelmäßige Fehlen physischer Anwesenheit

Gegen eine Betroffenheit des Schutzbereichs spricht zunächst, dass sowohl Art. 13 II GG wie auch die Durchsuchungsvorschriften der StPO von einer offenen,

52 Hoffmann NStZ 2005, 121 (122 und 124); vgl. auch die Stellungnahme von Warg, LT-Drs. NRW 14/3045, S. 23f.

53 Selbst bei Nutzung von Programmen zum *Filesharing* wird immer nur ein genau abgegrenzter Bereich der Festplatte für den Zugriff anderer bereitgestellt, vgl. Hornung DuD 2007, 575, 577.

54 Vgl. §§ 202 a, 202 b, 202 c StGB.

55 Zureffend Kutscha NJW 2007, 1169 (1170); Schantz KritV 2007, 343 (349); vgl. Sokol, LT-Drs. NRW 14/0625, S. 10.

56 So auch zutreffend Rux JZ 2007, 285 (292) und Schantz KritV 2007, 343 (349).

57 BGH StV 1997, 400.

58 Vgl. oben C.I.2.

59 So Rux JZ 2007, 285 (292).



physischen Anwesenheit ausgehen.<sup>60</sup> Eine heimliche »Online-Durchsuchung« gleich welcher der oben genannten Arten und Vorgehensweisen<sup>61</sup> unterfällt damit jedenfalls nicht Art. 13 II GG. Auf Grund ihrer Heimlichkeit ist sie darüber hinaus kein Weniger,<sup>62</sup> sondern ein Mehr<sup>63</sup> an Belastung gegenüber einem offenen Eingriff.<sup>64</sup> Freilich hat das BVerfG auch solche Maßnahmen als Eingriff angesehen, die mittels technischer Mittel dazu dienen, Vorgänge in der Wohnung erfassbar zu machen.<sup>65</sup> Damit bleibt an dieser Stelle zunächst festzuhalten, dass jedenfalls dann, wenn an den Computer angeschlossene Geräte wie Mikrofone oder Kameras heimlich angeschaltet und die aufgenommenen Informationen über die Vorgänge in der Wohnung nach außen transferiert werden sollen, der Schutzbereich betroffen ist.<sup>66</sup> Der verfassungsrechtliche Maßstab der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens bestimmt sich dann nach Art. 13 III–V GG, u. a. mit der Folge, dass für Maßnahmen im Bereich der Strafverfolgung jedenfalls eine optische Überwachung ausscheidet<sup>67</sup> bzw. ohne eine der Bestimmung des Absatzes 4 vergleichbare Änderung des Art. 13 III GG unzulässig sind. Aus diesen Gründen ist auf die Fälle des physischen Eindringens wie auch der Verwendung des Systems als akustische oder optische »Wanze«<sup>68</sup> nicht weiter einzugehen. Im Übrigen bleibt aber festzuhalten, dass die physische Abwesenheit der Ermittlungsbehörden bei der »Online-Durchsuchung« nicht gegen einen Eingriff spricht.

## 2. Die »Online-Durchsuchung« als eingreifende Offenbarung von Vorgängen innerhalb einer Wohnung?

Zweifelhaft ist indes, ob auch die rein elektronische, auf den Transfer gespeicherter Daten beschränkte »Online-Durchsuchung« als ein Fall der technischen Offenbarung von Vorgängen in der Wohnung anzusehen ist. Dazu ist zunächst zwischen den Stufen des Aufspiels des Spionage-Programms und der anschließenden Übertragung der Daten durch dieses zu differenzieren: Soweit es in der ersten Phase um das Aufspielen des Programms via Datennetz geht, ist die dadurch entstehende Situation weder mit einer physischen, staatlichen Anwesenheit vergleichbar noch findet allein durch diese Maßnahme eine Offenbarung von Vorgängen in der Wohnung statt. Problematischer ist indes die zweite Phase. Hier werden aus dem Wohnungsbereich Informationen herausgeschafft, welche in diesem Bereich entstanden sind und somit das Ergebnis, die Verkörperung von Vorgängen sind, welche sich in der Wohnung abgespielt haben. Auf Grund dieses Umstandes wird teilweise der Vergleich zum Einsatz eines Richtmikrofons gezogen.<sup>69</sup>

Festzuhalten bleibt zunächst, dass es unbeachtlich ist, ob die Überwachung durch technisches Gerät von außen oder von innen erfolgt.<sup>70</sup> Zutreffend ist auch, dass die

60 BVerfG NJW 2006, 976 (981); BGH StB 18/06 v. 31. 1. 2007 = NJW 2007, 930 = HRRS 2007 Nr. 197 Rn 5; LR-StPO/Schäfer, 25. Aufl. (2004), § 102 Rn 1; KK-StPO/Nack, 5. Aufl. (2003), § 102 Rn 1; Bär, Computerdaten im Strafverfahren, 1992, S. 494; Kutscha NJW 2007, 1170. Vgl. auch oben Fn 40.

61 Dies gilt auch für das heimliche Betreten zum Aufspielen des Spionage-Programms.

62 So aber Hoffmann NStZ 2005, 121 (124).

63 Vgl. die Rechtsprechung des BVerfG, nach der die Heimlichkeit des Vorgehens immer einen stärkeren Eingriffscharakter beinhaltet, BVerfGE 115, 166 (194).

64 Zutreffend Schantz KritV 2007, 344 (353).

65 Vgl. oben C.I.1.

66 Vgl. auch Schantz KritV 2007, 344 (345) Fn 15.

67 Vgl. oben C.II.2.

68 Vgl. oben B.III.

69 So Rux JZ 2007, 285 (292).

70 Vgl. Fn 31.

in einem Computer gespeicherten Daten regelmäßig das Ergebnis von Vorgängen sind, die sich innerhalb einer Wohnung zugetragen haben. Dabei kann es zunächst auch keinen Unterschied machen, ob es sich um Informationen handelt, die dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung<sup>71</sup> zuzurechnen sind, oder nicht. Das Wohnungsgrundrecht gewährt einen umfassenden Schutz für einen individuellen Rückzugsort, gleich, ob die darin ausgeübten Tätigkeiten z. B. dem Intimbereich zuzurechnen sind oder nicht.<sup>72</sup> Freilich führt dies nicht dazu, dass damit auch jede kernbereichsrelevante Information unabhängig vom Ort ihrer Erhebung dem Wohnungsgrundrecht unterfällt. Dies verkennt die Auffassung, die darauf verweist, dass bei Verneinung der Betroffenheit des Schutzbereichs dann im Wohnbereich aufbewahrte Dokumentenordner, Fotoalben und Tagebücher der besondere Schutz des Art. 13 GG zukäme, ihrer virtuellen Verkörperung auf einer Festplatte indessen nicht.<sup>73</sup> Gleiches gilt für das Argument, dass die Grundrechtsschranke überflüssig wäre, wenn das Grundrecht nur die Vorgänge innerhalb einer Wohnung, nicht aber auch Gegenstände innerhalb einer Wohnung schützen würde, die Auskunft über den Wohnungsinhaber geben.<sup>74</sup> Das Wohnungsgrundrecht besteht nicht deshalb, weil sich diese Gegenstände in der Wohnung befinden, sondern sie sind geschützt, weil die Wohnung als Rückzugsort für den Einzelnen geschützt ist. Der Schutz der Gegenstände in der Wohnung ist damit lediglich ein notwendiger Reflex, nicht aber Bedingung des Wohnungsgrundrechts. Ein staatlicher Zugriff, z. B. zum Zwecke der Beweismittelbeschlagnahme, auf die in der Wohnung befindlichen Gegenstände kann nur durch einen Eingriff in das Wohnungsgrundrecht erfolgen, weil ihre physische Lage anders nicht verändert werden kann. Bei Daten ist dies anders. Zwar kann sich auch hier ein physischer Zugriff im Rahmen einer Durchsuchung erfolgen, womit dann auch Art. 13 GG berührt ist, sie können aber auch über einen Fernzugriff kopiert werden, ohne dass es einer physischen Veränderung innerhalb der Wohnung bedarf.<sup>75</sup> Genau dies ist der entscheidende Unterschied im Hinblick auf den ursprünglichen Bedeutungsinhalt des Grundrechts als Schutz gegen physische Anwesenheit. Das Problem der Vergleichbarkeit zwischen körperlichen Informationsträgern in der Wohnung einerseits und Daten auf einem Datenträger andererseits liegt nicht auf der Ebene der Lage innerhalb des räumlichen Schutzbereichs, sondern wohl eher auf der Ebene des Inhalts dieser Gegenstände. Genau das ist aber ein Problem der informationellen Selbstbestimmung. Insofern hilft auch der Hinweis darauf nicht weiter, dass der Computer heute viel mehr als eine Aktentasche ist, weil er auf Grund der Entwicklung der Informationstechnologie Informationen mit einem Grad an Vertraulichkeit enthalten kann, die dem Maß der Kommunikation in einer »klassischen Kleinfamilie« entsprechen.<sup>76</sup>

Würde man die These einer informationellen Schutzsphäre der Wohnung auf die Spitze treiben, dann müssten auch Informationen, welche der Nutzer mittels Daten-

71 Zu dieser Garantie und deren Herleitung vgl. BVerfGE 34, 238 (245); 80, 367 (373); 109, 279 (312 ff.) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 116 ff.

72 So hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum »Großen Lauschangriff« gerade nicht ein Abhörverbot für bestimmte Räumlichkeiten konstituiert, sondern diese lediglich als Anhaltspunkt dafür herangezogen, ob ein bestimmtes Gespräch dem Kernbereich zuzuordnen ist oder nicht, vgl. BVerfGE 109, 279 (321 ff.) = HRRS 2004 Nr. 170 Rn 141 ff.

73 Zu diesem Argument *Kutscha* NJW 2007, 1169 (1170 f.). Vgl. auch *Rux* JZ 2007, 285 (292 f.), der darauf verweist, dass es keinen Unterschied machen kann, ob ein Tagebuch in »der hintersten Ecke des Kleiderschranks« versteckt werden würde oder solche Daten gut verschlüsselt auf der Festplatte liegen.

74 So *Schantz* KritV 2007, 343 (348).

75 Insofern ungenau *Schlegel* HRRS 2007, 45 (48), wo auf einen »flankierenden Schutz« des Wohnungsgrundrechts verwiesen wird.

76 So *Rux* JZ 2007, 285 (293).

träger nach außen trägt, vom Wohnungsgrundrecht erfasst sein – quasi als Wohnungsexklave im Sozialbereich. Zu diesem Schluss kommen auch einige Autoren mit der Begründung, dass die Ermittlungsbehörden auf Grund ihres rein elektronischen Vorgehens ja nicht danach differenzieren können, wo sich das System befindet, so dass der Anwendungsbereich des Art. 13 GG dann auch auf transportable Geräte zu erweitern wäre, die sich außerhalb einer Wohnung befinden.<sup>77</sup> Zu einer ähnlichen Lösung führt auch die Auffassung von *Hornung*, der zwar eine Erstreckung verneint, aber im Hinblick auf die Schwierigkeiten der Standortfeststellung *in dubio* die entsprechend höheren Eingriffsschranken des Art. 13 GG anwenden will.<sup>78</sup> Im Prinzip würde diese Auffassung dazu führen, dass sich die Durchsicht eines portablen Geräts eines Verdächtigen immer als eine Durchsichtung der Wohnung nach § 102 Alt. 1 StPO darstellt und nicht wie bisher nach § 102 Alt. 3 StPO, d. h. der Durchsichtung von Sachen.<sup>79</sup> Die prozessualen Folgen wären dann u. a. eine Anwendung der §§ 104, 105 II StPO!

Auch in anderen Bereichen werden Vorgänge, welche sich innerhalb der Wohnung abspielen, nicht von Art. 13 GG erfasst. Zu nennen ist hier z. B. die Telekommunikation. Bei einer Überwachung werden, soweit sich die Kommunikationspartner in einer Wohnung befinden, immer auch Umstände erfasst, die sich innerhalb von Wohnungen ereignen. Dabei begeben sich die Betroffenen auch nicht durch die Nutzung von Fernkommunikationsmitteln in die Sozialsphäre, denn die Annahme einer solchen würde der Negation des Fernmeldegeheimnisses gleichkommen. Das Wohnungsgrundrecht erfasst, wie dieses Beispiel zeigt, in informationeller Hinsicht gerade nicht per se alles, was einen unmittelbaren Bezug zu Vorgängen in der Wohnung hat. So wird die informationelle Selbstbestimmung von ihm nicht völlig absorbiert, sondern kann neben ihm einen eigenständigen Gehalt haben.<sup>80</sup> Bezogen auf Art. 13 GG kann daher die besondere Schutzwürdigkeit bestimmter Computerinhalte nicht zur Begründung des Eingriffscharakters der heimlichen »Online-Durchsichtung« herangezogen werden.

### 3. Das Argument der sensorischen Überwachung im »vernetzten Haushalt«

Problematisch ist hingegen der Umstand, dass sich mit zunehmendem technischen Fortschritt immer mehr elektronische Geräte im Haushalt befinden werden, über die von außen, sei es durch ihre elektromagnetische Abstrahlung<sup>81</sup> oder vor allem durch ihre Vernetzung,<sup>82</sup> Informationen über Vorgänge in der Wohnung erlangt werden können. Mit Hinweis auf diese Entwicklung soll der Schutzbereich des Art. 13 GG erfasst sein, weil andernfalls durch den technischen Fortschritt eine kontinuierliche Reduktion desselben im Hinblick auf Vorgänge in der Wohnung einträte.<sup>83</sup> Zuzugeben ist insoweit, dass dann, wenn man den Eingriffscharakter der »Online-Durchsichtung« im Hinblick auf Art. 13 GG verneint, man dies auch mit Blick auf diese zukünftige, aber absehbare Entwicklung tun muss. Was sich heute als begrenzter Infor-

77 So *Rux* JZ 2007, 285 (292f.), und *Schaar/Landwehr* K&R 2007, 202 (204), für den Fall, dass noch eine Verbindung zum drahtlosen Netzwerk (WLAN) der Wohnung besteht, was bei der normalen Reichweite dieser Geräte einem Radius von rund 100 m entsprechen kann.

78 Vgl. *Hornung* JZ 2007, 828, 830f. m. Erwidern von *Rux* JZ 2007, 831f.

79 Zutreffend *Gercke* CR 2007, 245 (250).

80 Vgl. oben C.III.

81 Für Bildschirme wurde hier der Begriff *Tempest*-Angriff geprägt.

82 Zu nennen wären hier singuläre Konzepte wie Kühlschränke u. ä., die via Internet-Anschluss ihre Inhalte selbstständig verwalten, aber auch Hausinstallationen, in denen alle wesentlichen Hausfunktionen von der Lichtsteuerung, Mediennutzung, Einlasskontrolle bis zur Küche computergestützt sind.

83 *Hornung* DuD 2007, 575, 578.

mationseingriff darstellt, kann morgen schon die Züge einer Totalüberwachung tragen. Freilich ist hierbei der Zweck der »Online-Durchsuchung« zu beachten. Durch sie sollen Dateien, also bereits *verkörperte* Informationen aus einem genau abgrenzbaren Raum, nämlich dem betroffenen Computer, erlangt werden. Solange nicht der »online zu durchsuchende« Computer als Sensor zur Wahrnehmung von Vorgängen innerhalb der Wohnung verwendet wird, ist die Informationserlangung über Vorgänge in der Wohnung äußerst beschränkt. Das Ziel der »Online-Durchsuchung«, wie sie sich derzeit darstellt, ist gerade nicht, den Rückzugsort Wohnung wie bei einer Durchsuchung oder dem »Großen Lauschangriff« *umfassend* zur Informationserlangung zu öffnen. Der Erkenntnisgewinn aus der »Online-Durchsuchung« über die Vorgänge in der Wohnung ist begrenzt. Er umfasst gerade einmal den Umstand, dass die auf einem Computer lagernden Informationen in der Wohnung entstanden sind. Dies ist aber keine im Hinblick auf Art. 13 GG schützenswerte Information. So können die Ermittlungsbehörden Kenntnis von der Existenz eines Computers auch durch andere Maßnahmen, wie z. B. eine Telekommunikationsüberwachung, erlangen. Der Schluss, dass dann auch in der Wohnung am Computer gearbeitet wurde, dürfte zwingend sein.

#### 4. Das Argument des Computerstandortes

Kann weder das Argument der in der Wohnung aufbewahrten Informationen noch der Verweis auf die Möglichkeit der Offenbarung von Umständen, welche sich in der Wohnung abgespielt haben, die Begründung des Schutzbereiches stützen, so kann es auch der Umstand nicht, dass sich der Computer physisch in einer Wohnung befindet.<sup>84</sup> Zwar dürfte es nicht ausreichend sein, den Charakter eines Eingriffs in Art. 13 GG nur wegen der Möglichkeit des Vorhandenseins transportabler Geräte zu verneinen;<sup>85</sup> denn allein der Umstand, dass man sich auch außerhalb der Wohnung mit vertrauten Menschen unterhalten kann, steht dem besonderen Schutz der Wohnsphäre nicht entgegen. Auch ist zuzugeben, dass sich der Nutzer für seinen Computer der physischen Schutzsphäre seiner Wohnung bewusst ist und er auch nicht annimmt, dass sich Dritte (physisch oder virtuell) Zugang verschaffen.<sup>86</sup> Gleichwohl vollzieht sich die »Online-Durchsuchung« in einem genau abgegrenzten Raum innerhalb der Wohnung.<sup>87</sup> Sie trägt nicht die Gefahr in sich, dass wie bei einer realen Durchsuchung oder einem »Großen Lauschangriff« der *gesamte räumliche Schutzbereich* der Wohnung und damit auch der Rückzugsbereich für den Einzelnen negiert wird.<sup>88</sup> Die Existenz eines Computers ist nicht notwendiger Bestandteil für den Rückzugsraum, welche das Wohnungsgrundrecht für den Bereich, in dem man »allein sein kann«, sicherstellen soll. Allein sein kann man auch ohne Computer.<sup>89</sup>

#### 5. Zusammenfassung

Sieht man das Wohnungsgrundrecht als die Gewährleistung eines Rückzugsraumes für den Einzelnen an und berücksichtigt man, dass der informationelle Schutz

84 So aber z. B. *Hansen/Pfutzmann/Roßmagel* DRiZ 2007, 225 (230).

85 So aber *Gusy*, LT-Drs. NRW 14/3045, S. 6.

86 Vgl. zu diesem Argument z. B. *Harrendorf* StraFo 2007, 149 (151 f.).

87 Vgl. BGH 3 BGs 31/06 - 21. 2. 2006 = StV 2007, 60 = HRRS 2007 Nr. 468 Rn 8; so auch *Gercke* CR 2007, 245 (250).

88 Ähnlich auch *Gercke* CR 2007, 245 (250), der zutreffend auch darauf verweist, dass auch der Blick des Ermittlungsbeamten durch die Fensterscheibe keinen Eingriff in das Wohnungsgrundrecht darstellt.

89 A. A. hierzu *Schantz* KritV 2007, 343 (351), der darauf verweist, dass auch die Computernutzung »eine der vielfältigen Möglichkeiten der Gestaltung privaten Lebens« darstellt.

nur ein Reflex des umfassenden Schutzes dieses Raumes ist, muss man für die rein elektronische, heimliche »Online-Durchsuchung« einen Eingriff in Art. 13 GG verneinen. Die Stoßrichtung der »Online-Durchsuchung« liegt außerhalb der Schnittmenge der Grundrechte aus Art. 13 I GG und aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, in der das Wohnungsgrundrecht als spezielleres Recht vorgeht.<sup>90</sup> Durch den Eingriff betroffen ist allein der Bereich der informationellen Selbstbestimmung.

## **E. Grundrechtsschutz durch den Richter – Motiv für die Ausdehnung des Schutzbereichs von Art. 13 GG?**

Vergegenwärtigt man sich die vorgehend behandelten Argumentationsmuster der Vertreter einer Schutzbereichsverletzung durch die »Online-Durchsuchung«, scheint das tragende Motiv hinter ihrer Argumentation vor allem zu sein, die entsprechenden verfassungsrechtlichen Schrankenregelungen des Art. 13 GG nutzbar zu machen, wobei insbesondere der Richtervorbehalt wesentliche Bedeutung haben dürfte. Fraglich ist, ob, selbst wenn – wie dargelegt – allein das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung im Raum steht, eine richterliche Kontrolle bei der Anordnung und Durchführung der Maßnahme von Verfassungen wegen vorgesehen sein muss.

### *I. Das Erfordernis der richterlichen Anordnungs-kompetenz für »Online-Durchsuchungen«*

Aus deutscher Sicht scheint man sich daran gewöhnt zu haben, dass viele strafprozessuale Maßnahmen einem Richtervorbehalt unterliegen.<sup>91</sup> Allgemein zielt der Richtervorbehalt auf eine vorbeugende Kontrolle der jeweiligen Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz ab.<sup>92</sup> Während aber Art. 13 I GG diesen von Verfassungen wegen vorsieht, unterliegen andere Grundrechte, wie z. B. das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG, keinem solchen verfassungsrechtlichen Vorbehalt.

Ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, bei Eingriffen einen Richtervorbehalt vorzusehen, hängt nach der Rechtsprechung des *BVerfG* u. a. von der Schwere des Eingriffs ab. Ein Indiz für eine besondere Schwere ist dabei die Heimlichkeit der Maßnahme.<sup>93</sup> Freilich bedingt sie allein nicht automatisch auch die gesetzgeberische Pflicht, eine richterliche Kontrolle vorzusehen. So hat das *BVerfG* im Fall der heimlichen Kontenabfrage nach den §§ 24c KWG, 93 VII und VIII AO die Notwendigkeit des Richtervorbehalts verneint: Von Verfassungen wegen sei bei heimlichen Grundrechtseingriffen eine Sicherung durch eine unabhängige und neutrale Instanz wie den Richter nur bei gewichtigen Grundrechtseingriffen erforderlich.<sup>94</sup>

Das Erfordernis des Richtervorbehalts ist auch von den Befürwortern einer »Online-Durchsuchung« nicht bestritten worden.<sup>95</sup> Dieser Standpunkt wäre auch

<sup>90</sup> Vgl. oben C.III.

<sup>91</sup> Z. B. kannten die Schweizerischen Prozessordnungen für viele der in Deutschland dem Richtervorbehalt unterliegenden Maßnahmen keine richterliche Prüfung. Freilich sind in neuerer Zeit verstärkt diesbezügliche Regelungen geschaffen worden, so u. a. mit dem Bundesgesetz vom 6. 10. 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), SR 780.1, oder dem Bundesgesetz über die verdeckte Ermittlung (BVE) v. 20. 6. 2003, SR 312.8.

<sup>92</sup> BVerfGE 57, 346 (355 f.); 76, 83 (91); 103, 142 (151 f.).

<sup>93</sup> BVerfGE 113, 348 (383 f.); 115, 320 (353).

<sup>94</sup> Vgl. BVerfGE NJW 2007, 2464 = HRRS 2007 Nr. 648. Im Übrigen z. B. BVerfGE 100, 313 (361 f.) (zu Art. 10 GG).

<sup>95</sup> So z. B. Kemper ZRP 2007, 105 (109): »selbstverständlich«.

nur schwerlich zu begründen. Zunächst muss berücksichtigt werden, dass es sich bei der »Online-Durchsuchung« um einen gewichtigen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung handelt. Selbst wenn »lediglich Dateien« kopiert werden, können damit auf Grund des verstärkten Einsatzes des Computers im Privatleben auch höchst sensible Daten erhoben werden, die einen umfassenden und tiefen Einblick in die jeweilige Persönlichkeit ermöglichen.<sup>96</sup> Es wäre nicht recht verständlich, dass die Erhebung von Informationen im strafprozessualen Bereich mittels einer Durchsuchung von *Sachen* des Verdächtigen einer vorherigen richterlichen Kontrolle unterläge (§ 105 I i.V.m. § 102 Alt. 3 StPO), die strafprozessuale »Online-Durchsuchung« aber nicht. Weiter muss beachtet werden, dass es sich um eine heimliche Ermittlungsmaßnahme handelt. Für den Betroffenen ist damit eine wirksame Abwehr des staatlichen Eingriffs regelmäßig unmöglich. Eine nachträgliche Kontrolle im Rahmen eines Feststellungsbegehrens kann diesen Mangel nicht kompensieren. Die staatliche Kenntnisnahme kann nicht rückgängig gemacht werden, selbst wenn man fordert, dass das erlangte Wissen nicht verwertet werden darf. Mittelbar kann es weiterhin verwendet werden, da eine Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten von der Rechtsprechung grundsätzlich abgelehnt wird.<sup>97</sup> Die vorherige Einschaltung eines Richters gewährt hier bei Beachtung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die eigenverantwortliche richterliche Prüfung<sup>98</sup> zumindest ein Grundmaß an Schutz vor solchen Folgen.

## II. Grundrechtsschutz durch die »Richterkopie«?

Um den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu sichern, wurde auf Seiten des Gesetzgebers im Rahmen der Neuregelung des »Großen Lauschangriffs« vorgeschlagen, ein sog. »Richterband«<sup>99</sup> einzuführen. Dabei soll es dem Richter obliegen, aus den bei einer umfassenden Abhöraktion gewonnenen Gesprächsmitchnitten die verfahrensrelevanten Daten auszusieben und eine Kenntnisnahme von Informationen, welche dem Kernbereich zuzurechnen sind, durch die Ermittlungsbehörden zu verhindern. Eine vergleichbare Maßnahme wird auch für die anlässlich einer »Online-Durchsuchung« erhobenen Daten diskutiert.<sup>100</sup> Neben dem Richtervorbehalt für die Anordnung würde sich damit auch eine richterliche Verfahrenssicherung im Stadium der Beweiserhebung ergeben.

Der Vorschlag zur Einführung einer »Richter-Kopie« verwundert. Vor nicht allzu langer Zeit hat der Gesetzgeber aus § 110 StPO (Durchsicht von Papieren) eine dem Vorschlag entsprechende Regelung sukzessive entfernt: In seiner ursprünglichen Fassung stand die Kompetenz zur Durchsicht<sup>101</sup> von Papieren allein dem Richter zu.<sup>102</sup> Weder der Staatsanwaltschaft noch ihren Hilfspersonen war es erlaubt, Papiere i.S.

<sup>96</sup> Vgl. zu diesem Argument z.B. *Rux* JZ 2007, 285 (293) und zu E-Mail-Kommunikations-Daten *Schlegel* HRRS 2007, 44.

<sup>97</sup> Vgl. BGHR StPO § 110 a Fernwirkung 1.

<sup>98</sup> Vgl. nur BVerfGE 103, 142 (151 f.) (zu den Anforderungen bei der Prüfung einer Durchsuchungsanordnung).

<sup>99</sup> Vgl. ausführlich zu diesem Vorschlag *Perne* DVBl. 2006, 1486.

<sup>100</sup> Vgl. *Knapp*, die Anfrage der SPD-Bundestagsfraktion an das Bundesinnenministerium, bei *Borchers*, *heise* Newsticker v. 16. 8. 2007 (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/944301>).

<sup>101</sup> Es handelte sich dabei nicht um eine Anordnungskompetenz, wie fälschlicherweise *Rux* JZ 2007, 285 (290), annimmt. Das Erfordernis der richterlichen Durchsuchungsanordnung für Papiere ergibt sich, als Teil der Durchsuchung, aus § 105 I StPO, vgl. nur *Meyer-Goßner*, § 110 Rn 6 m.w.N.

<sup>102</sup> Vgl. LR-StPO/Schäfer, Vor § 102 Rn 1 [Entstehungsgeschichte]; AK-StPO/Amelung, 1992, § 102 Rn 2.

des § 110 StPO durchzusehen. Diese Kompetenz wurde dann an die Staatsanwaltschaft übertragen<sup>103</sup> und schließlich mit dem 1. JuMoG vom 24. 8. 2004<sup>104</sup> der Staatsanwaltschaft die Befugnis eingeräumt, die Durchsicht der Papiere auch auf Ermittlungspersonen zu übertragen.<sup>105</sup> Die letzte Änderung schwächte nicht nur die Stellung der Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens.<sup>106</sup> Bedeutender ist ein anderer Aspekt. Ursprünglich sollte § 110 StPO sicherstellen, dass der möglicherweise schutzwürdige intime Gehalt der Papiere der Kenntnisnahme durch die Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft (heute »Ermittlungspersonen«, vgl. § 152 GVG) und die einfachen Polizeibeamten jedenfalls solange entzogen ist, wie nicht feststeht, dass die Papiere tatsächlich als Beweismittel in Betracht kommen und demgemäß von der richterlichen Beschlagnahmeanordnung erfasst sind.<sup>107</sup> Dem Richter sollte eine Filterfunktion im Hinblick auf nicht verfahrensrelevante Informationen zukommen. Wurde dieser Bedeutungsinhalt bereits früher beseitigt, so hat spätestens mit dem 1. JuModG die Vorschrift ihre Bedeutung als prozedurale Regelung zum Schutz der Persönlichkeitssphäre des Betroffenen faktisch vollständig verloren. Denn auf Grund der nunmehr vorhandenen Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, die Durchsicht auch Ermittlungspersonen zu übertragen, dürfte schon aus rein praktischen Gründen häufig eine Übertragung erfolgen, so dass für die ursprüngliche gesetzgeberische Intention kaum Raum verbleibt. Die Geheimhaltungsinteressen des Papierinhabers treten weitestgehend zurück.<sup>108</sup> Übrig geblieben ist von § 110 StPO nur ein Potjomkinsches Dorf vergangener Rechtsstaatlichkeit. Seine Bedeutung erschöpft sich nunmehr in der Verlängerung der Durchsuchung um den Zeitpunkt der Durchsicht der Papiere.

Wenn nunmehr eine »Richter-Kopie« für die »Online-Durchsuchung« eingeführt werden soll, um den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung zu schützen, muss man sich die Frage stellen, was die dabei erlangten Daten von solchen unterscheidet, die als Papiere<sup>109</sup> i. S. des § 110 StPO bei der normalen (Wohnungs-) Durchsuchung sichergestellt worden sind. Nur weil im ersteren Fall die Daten heimlich erhoben worden sind, macht es ihre Inhalte nicht sensibler als solche, die offen erlangt worden sind. Der einzige Aspekt, der für die Einführung einer solchen »Richter-Kopie« spräche, wäre der, dass bei einer heimlichen Maßnahme kein präventiver Rechtsschutz möglich ist. Während der Betroffene bei der Durchsicht der Papiere nach § 110 StPO richterlichen Schutz erlangen und damit ggf. verhindern kann, dass die Ermittlungsbehörden diese auswerten, ist eine solche Gegenwehr bei einer heimlichen Maßnahme nicht möglich. Freilich darf die Möglichkeit des Rechtsschutzes im Rahmen des § 110 StPO auch nicht überschätzt werden. Soweit die nicht beschlagnahmefähigen und daher auch einem Durchsichtsverbot unterliegenden Papiere nicht eindeutig getrennt werden können, kann die Durchsicht ohnehin nicht unterbunden werden.<sup>110</sup>

Darüber hinaus muss man sich fragen, wie der Richter die entsprechenden Informationen filtern soll. Aus den oben genannten Gründen erfordert eine ernsthafte

103 Vgl. BGBl. I 1968, S. 503 und BGBl. I 1974, S. 3393.

104 BGBl. I 2004 S. 2198.

105 *Knauer/Wolf* NJW 2004, 2932 (2937); *Neuhaus* StV 2005, 47 (50).

106 LR/Schäfer, § 102 Rn 9.

107 *Welp* JZ 1972, 423 (424); vgl. auch LR-StPO/Schäfer, § 102 Rn 2, 9.

108 *Neuhaus* StV 2005, 47 (50).

109 Der Papierbegriff des § 110 StPO umfasst auch elektronisch gespeicherte Daten, vgl. BVerfG NStZ 2002, 377 (378).

110 Vgl. BVerfG NStZ 2002, 377 (378); LR-StPO/Schäfer, § 110 Rn 1, 13; *Meyer-Goßner*, § 110 Rn 2.

forensische Computeranalyse immer eine Kopie des gesamten Datenbestands.<sup>111</sup> Selbst wenn nur teilweise Daten abgezogen werden, so müsste, um der Durchsicht durch den Richter überhaupt einen Sinn zu geben, verhindert werden, dass diese Daten vorher von den Ermittlungsbehörden zur Kenntnis genommen werden. Ein Ausdruck u. ä. dürfte damit ausscheiden. Das bedeutet, dass die Daten vollständig und elektronisch gespeichert zur Verfügung gestellt werden müssten, wofür der Richter aber die entsprechenden Kenntnisse und die technische Ausstattung braucht, um sie auswerten zu können. Damit schließt sich der Kreis, denn das Argument (mangelnder) technischer Ausstattung war bei § 110 StPO der Grund für die Einführung der Übertragungsmöglichkeit des Staatsanwalts auf die Ermittlungsbehörden, weil diese technisch und personell eher in der Lage seien, (umfangreiche) Papiere und elektronische Daten aufzuarbeiten.<sup>112</sup> Sollte das im Gesetzgebungsverfahren zum 1. JuMoG geäußerte Argument zutreffen, müsste dem Richter dann auch eine Übertragungsmöglichkeit auf geeignete Hilfspersonen zugestanden werden. Diese dürften sich dann schlussendlich vor allem aus den Reihen der Ermittlungsbehörden rekrutieren, womit man sich den gesamten Aufwand der »Richter-Kopie« im Ergebnis sparen kann.

## F. Zusammenfassung und Schlussbetrachtungen

Als Resümee bleibt festzuhalten, dass nur dann, wenn zur Durchführung der »Online-Durchsuchung« Maßnahmen ergriffen werden, die mit einem physischen Eindringen in eine Wohnung verbunden sind oder bei denen der entsprechende Computer zur akustischen oder visuellen Überwachung einer Wohnung eingesetzt wird, ein Eingriff in das Wohnungsgrundrecht vorliegt. Für die rein elektronische »Online-Durchsuchung« sind die verfassungsrechtlichen Grenzen hingegen aus anderen Grundrechten, insbesondere dem Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung, zu entnehmen.

In rechtspolitischer Hinsicht ist zu bemerken, dass die Diskussion um die »Online-Durchsuchung« wie in einem Brennglas das Dilemma zwischen dem technisch Möglichen, dem sicherheitspolitisch Notwendigen und dem gesellschaftlich Wünschenswerten offenbart. Die Frage, ob wir in den Zeiten moderner Informationstechnologie eine risikobehaftete, umfassende persönliche Freiheit zugunsten eines sichereren, dafür aber allwissenden Staates aufgeben wollen, ist keine juristische, sondern eine gesellschaftspolitische. Bedenkt man aber, dass es nicht unbedingt in der Natur des Menschen liegt, aus *allgemeinen* Prinzipien heraus Wissensgrenzen hinzunehmen und dafür auch erhebliche *individuelle* Nachteile in Kauf zu nehmen – erinnert sei hier nur an die Folterdebatte im Fall *Daschner*<sup>113</sup> –, stimmt das für die Zukunft eher skeptisch.

111 Vgl. *Geschonneck*, Computerforensik, 2. Aufl. 2006, S. 84.

112 BR-Drs. 378/03, S. 54; *Meyer-Göfner*, § 113 Rn 3.

113 Vgl. zur Frage der rechtsstaatlichen Wissensgrenzen und deren Folgen für Individualrechtsgüter nur *Hassemer* HRRS 2006, 130 (135).