

1. Sachverhalt

Die Generalbundesanwältin führt gegen A und weitere Personen ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Gründung einer terroristischen Vereinigung und anderer Straftaten. Nach dem Stand der Ermittlungen liegt es nahe, dass auf dem Computer des A verfahrensrelevante Informationen abgespeichert sind. Aus verfahrenstaktischen Gründen will die Generalbundesanwältin keinen Gebrauch von der Möglichkeit machen, die richterliche Anordnung einer offen durchgeführten Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme des Computers mit anschließender Durchsicht der Speichermedien zu beantragen. Vielmehr stellt sie einen Antrag auf Anordnung einer heimlichen Durchsuchung und Beschlagnahme. Den Ermittlungsbehörden soll der Einsatz eines hierfür konzipierten Computerprogramms gestattet werden. Das Programm nutzt Sicherheitslücken der Computersysteme in gleicher Weise aus wie „Trojaner“¹ und wird daher innerdienstlich auch als „Bundestrojaner“ bezeichnet². Es soll dem A zugespielt werden, ohne dass er davon etwas bemerkt. Nach seiner Installation kopiert das Programm die auf den Speichermedien abgelegten Dateien und überträgt

¹ Damit werden heimlich installierte schädliche, oft kriminellen Zwecken dienende Programme bezeichnet. Der Begriff knüpft an die griechische Mythologie (trojanisches Pferd) an.

² FAZ vom 6. Februar 2007, S. 1 und 14.

März 2007 Bundestrojaner-Fall

Durchsuchung / Offenheit der Ausführung / Anwesenheit des Betroffenen und Dritter / Gesetzesvorbehalt / Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen

§§ 102 ff. StPO

Leitsatz des Gerichts:

Die „verdeckte Online-Durchsuchung“ ist mangels einer Ermächtigungsgrundlage unzulässig. Sie kann insbesondere nicht auf § 102 StPO gestützt werden. Diese Vorschrift gestattet nicht eine auf heimliche Ausführung angelegte Durchsuchung.

BGH, Beschluss vom 31. Januar 2007 – StB 18/06; veröffentlicht in NJW 2007, 930.

sie zum Zweck der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden. Der zuständige Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs³ lehnt den Antrag ab.⁴ Dagegen wendet sich die Generalbundesanwältin mit der Beschwerde.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Der für die Entscheidung über die Beschwerde zuständige Senat des BGH⁵ hat im Wesentlichen zu prüfen, ob der Ermittlungsrichter die von der Generalbundesanwältin beantragte Maßnahme anordnen muss. Da diese in Grundrechte, u. a. in das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** eingreift, welches ein Bestandteil des allgemei-

³ Dessen Zuständigkeit ergibt sich aus § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO.

⁴ Die Entscheidung ist zugänglich über www.beck-online.de unter BeckRS 2007 00295. In kommentierter Form wird sie wiedergegeben bei *Jahn JuS* 2007, 279.

⁵ Rechtsgrundlage: § 304 Abs. 4 StPO in Verbindung mit § 135 Abs. 2 GVG.

nen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist,⁶ bedarf es einer gesetzlichen Ermächtigung. Die Ermächtigung muss speziell einen Eingriff dieser Art gestatten. Der allgemeine gesetzliche Auftrag an die Staatsanwaltschaft und die Polizei, bei einem Tatverdacht zu ermitteln (§§ 152 Abs. 2, 163 Abs. 1 StPO), reicht dafür anerkanntermaßen nicht aus.⁷

Rasch ausscheiden lassen sich die Spezialermächtigungen zur **Überwachung der Telekommunikation** (§ 100 a StPO), zur **Wohnraumüberwachung** (§ 100 c StPO) und zum **Einsatz technischer Mittel für Observationszwecke** (§ 100 f Abs. 1 Nr. 2 StPO).⁸ Mit dem Eindringen in den Bereich des Tatverdächtigen über das Internet soll nicht dessen Kommunikation mit einem Dritten überwacht werden; vielmehr soll auf Dateien zugegriffen werden, die der Tatverdächtige abgespeichert hat.⁹ Der Zugriff zielt auch nicht auf das Abhören und Aufzeichnen des nichtöffentlich gesprochenen Wortes wie bei der Wohnraumüberwachung. Schließlich gehört die eingesetzte Technik auch nicht zu den im Gesetz genannten technischen Observationsmitteln; damit sind etwa Peilsender und satellitengestützte Ortungssysteme gemeint.

Was bleibt, ist die gesetzliche Ermächtigung zur **Durchsuchung beim Verdächtigen** gem. § 102 StPO. Ergänzend kann noch § 110 StPO herangezogen werden. Die Vorschrift gestattet der Staatsanwaltschaft auch die

Durchsicht der Papiere des von der Durchsuchung Betroffenen. Das Wort „Papiere“ wird großzügig interpretiert: Als erfasst gelten auch elektronische Speichermedien.¹⁰

Zu der Frage, ob § 102 StPO anwendbar ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Die Wiedergabe der Standpunkte ist schwierig, weil eine Vielzahl von Argumenten pro und contra vorgetragen wurden, die sich aufeinander beziehen. Es ist einfacher, dem Wechselspiel der Argumente zu folgen, als die beiden gegensätzlichen Standpunkte jeweils zusammenhängend darzustellen. Wir führen im Folgenden **die wichtigsten Argumente** an.

Pro: Der Begriff der Durchsuchung passt nach Wortbedeutung und Zwecksetzung des Eingriffs auch auf eine verdeckte Maßnahme, die darauf zielt, zu erfassen und zu sichten, was der Verdächtige in seiner Wohnung auf dem Computer abgespeichert hat. Entscheidend für die Qualifizierung einer Maßnahme als Durchsuchung ist die Eignung des gesuchten Objekts als Beweismittel für ein Ermittlungsverfahren.¹¹

Contra: Zum gesetzlichen Begriff der Durchsuchung gehört auch, dass die Maßnahme nicht heimlich, sondern offen durchgeführt wird.¹² Aus den Vorschriften über die Ausführung der Durchsuchung ergibt sich, dass der Wohnungsinhaber ein Recht auf Anwesenheit hat (§ 106 Abs. 1 Satz 1 StPO) und dass im Falle seiner Abwesenheit andere Personen hinzuzuziehen sind (§ 106 Abs. 1 Satz 2 StPO). Für das Erfordernis der Offenheit spricht auch, dass bei einer Durchsuchung ohne Beisein des Richters oder des Staatsan-

⁶ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 22. Aufl. 2006, Rn. 377 b.

⁷ Vgl. zur Reichweite der „Ermittlungsgeneralklausel“ und zum Erfordernis einer gesetzlichen Spezialermächtigung: *Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, Rn. 1–5.

⁸ Vgl. zum Folgenden *Hofmann* NStZ 2005, 121, 122 (teilweise auf der Grundlage einer danach geänderten Gesetzesfassung).

⁹ Das kann sich anders darstellen bei einem heimlichen Zugriff auf eine Mailbox; vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 49. Aufl. 2006, § 100 a Rn. 2.

¹⁰ Vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 9), § 110 Rn. 1.

¹¹ Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) *wistra* 2007, 28; *Hofmann* NStZ 2005, 121, 123.

¹² Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) www.beck-online.de BeckRS 2007 00295 (kommentierte Wiedergabe bei *Jahn* JuS 2007, 279).

walts ein Gemeindebeamter oder zwei Gemeindemitglieder hinzuzuziehen sind (§ 105 Abs. 2 StPO).

Pro: Die Anwesenheit anderer Personen ist nicht zwingend erforderlich. In der Regel besteht nur ein Recht, die Anwesenheit verlangen zu können. Ferner gilt für dritte Personen anstelle des Wohnungsinhabers, dass sie nur „wenn möglich“ zuzuziehen sind (§ 106 Abs. 1 Satz 2 StPO). Ein Absehen von der Anwesenheit dieser Personen ist dann möglich, wenn ihre Anwesenheit, wie hier, den Ermittlungserfolg vereiteln würde.¹³

Contra: Diese Interpretation widerspricht der bisher allseits akzeptierten Ansicht, dass eine Beiziehung Dritter nur dann unmöglich ist, wenn die Suche nach bereiten Personen den Ermittlungserfolg gefährden würde.¹⁴ Im Übrigen müssen gesetzliche Anwesenheitsrechte auch durchsetzbar sein, was im Fall der Heimlichkeit verhindert würde.

Pro: Eine etwaige Verletzung von Vorschriften über die Ausführung der Durchsuchung steht der Anordnung der beantragten Maßnahme nicht entgegen, weil es sich um bloße „Ordnungsvorschriften“ handelt, für die anerkannt ist, dass ein Verstoß nicht daran hindert, auf diesem Weg erlangte Beweise zu verwerten.¹⁵

Contra: Die Kategorie der Ordnungsvorschrift betrifft allein Fragen der Beweisverwertung und der Reichweite von Verwertungsverboten. Sie ist nicht auf die Anordnung von Eingriffen übertragbar.¹⁶ Diese sollte stets den

gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Ansonsten würde es ins Belieben der Ermittlungsbehörden gestellt, ob sie das Gesetz befolgen.

Verlassen wir das Für und Wider dieses Meinungsstreits und wenden uns noch einem Standpunkt zu, der eine Eingriffsermächtigung aus einer **Zusammenschau** aller dem beantragten Eingriff nahe stehenden Ermächtigungsnormen entwickelt.¹⁷ Es müsse doch ausreichen, so wird gesagt, wenn, abgesehen vom Umstand der Heimlichkeit, alle Durchsuchungsvoraussetzungen erfüllt seien und zusätzlich noch die hohen Eingriffsanforderungen eingehalten würden, die bei den heimlichen Eingriffen der Überwachung der Telekommunikation und des Wohnraums zu beachten seien, etwa: Beschränkung auf den Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung sowie Subsidiarität gegenüber weniger belastenden Eingriffen.

Der Haupteinwand gegen diesen Standpunkt liegt nahe: Ex nihilo nihil fit.¹⁸ Ein Mix aus unmittelbar nicht passenden Eingriffsermächtigungen schafft noch keine den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werdende gesetzliche Spezialermächtigung.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Senat verwirft die Beschwerde und entscheidet in der Sache, dass eine verdeckte Online-Durchsuchung mangels einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage unzulässig ist.

Den Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung bildet die **Heimlichkeit** der beantragten Maßnahme. Hauptsächlich dieser Umstand ist es, der den BGH zu

¹³ Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) wistra 2007, 28, 29; Hofmann NStZ 2005, 121, 124.

¹⁴ Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) www.beckonline.de BeckRS 2007 00295 (kommentierte Wiedergabe bei Jahn JuS 2007, 279 f.).

¹⁵ Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) wistra 2007, 28, 29; Hofmann NStZ 2005, 121, 124.

¹⁶ Vgl. BGH (Ermittlungsrichter) www.beckonline.de BeckRS 2007 00295 (kommen-

tierte Wiedergabe bei Jahn JuS 2007, 279).

¹⁷ Diese Auffassung vertritt die Generalbundesanwältin, wie in der vorliegenden Entscheidung mitgeteilt wird; BGH NJW 2007, 930, 932.

¹⁸ Aus dem Lateinischen: Aus nichts wird nichts; auch als Alltagsweisheit verwendbar.

der Auffassung gelangen lässt, dass es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.

Keine entscheidungsrelevante Bedeutung misst er demgegenüber dem Umstand bei, dass mit dieser Maßnahme Daten ausspioniert werden, die besonders sensibel und schutzwürdig sein können. Sein Argument: Bei einer offenen Durchsuchung wird die Auswertung von Datenträgern als unbedenklich angesehen.

Die Unzulässigkeit des Eingriffs wegen seiner Heimlichkeit begründet der BGH weitgehend in Übereinstimmung mit der unter 2. dargestellten Contra-Ansicht. Hervorhebung verdient zweierlei.

Zum einen: Mit Entschiedenheit lehnt der BGH eine Argumentation ab, welche die Kategorie der „Ordnungsvorschrift“ bemüht. Zwar sei richtig, dass die Vorschriften zur Ausführung der Durchsuchung im Zusammenhang mit Fragen eines Beweisverwertungsverbots zuweilen als bloße Ordnungsvorschriften bezeichnet würden. Daraus dürfe jedoch nicht geschlossen werden, dass ihre Befolgung zur Disposition der Ermittlungsbehörden stünde. „Dieser Schluss würde die Frage nach den Voraussetzungen für eine rechtmäßige Durchsuchung mit der nach den Rechtsfolgen einer rechtswidrig durchgeführten Maßnahme vermengen.“¹⁹

Zum anderen: Gleichermaßen entschieden wendet sich der BGH gegen eine **systematische Argumentation**, mit der aus vorhandenen, dem beantragten Eingriff nahe stehenden Ermächtigungsnormen im Wege der Kombination eine Grundlage für die Online-Durchsuchung konstruiert wird. Darin sieht er einen Widerspruch zum Grundsatz des Gesetzesvorbehalts für Eingriffe in Grundrechte nach Art. 20 Abs. 3 GG sowie zum „Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen“²⁰.

Die eigene systematische Argumentation des BGH verläuft gerade entgegengesetzt. Da das Gesetz besonders hohe Anforderungen an heimliche Ermittlungsmaßnahmen, wie die Überwachung der Telekommunikation, die Wohnraumüberwachung und den Einsatz technischer Mittel, stelle, verbiete es sich, § 102 StPO angesichts der hier niedrigeren Eingriffsschranken auf heimliche Durchsuchungen auszudehnen.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung hat in den allgemeinen Medien und in der Politik große Aufmerksamkeit gefunden. Es gibt Bestrebungen, die vom BGH vermisste gesetzliche Grundlage für eine Online-Durchsuchung zu schaffen.²¹ Sollte es zu einer Kodifizierung kommen, wird sicherlich eine Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht erfolgen.

Das alles gibt Anlass zu der Empfehlung, sich mit der Entscheidung für Studien- und Prüfungszwecke eingehend zu befassen. In Examensklausuren bietet die nicht selten gestellte strafprozessrechtliche Zusatzfrage Gelegenheit für eine Erörterung. In der mündlichen Prüfung muss ohnehin stets damit gerechnet werden, dass aktuelle Fälle – auch solche aus dem Strafrecht – angesprochen werden.

Einrichten sollte man sich auch darauf, dass eine **systematische Gesamtprüfung** des Falles abgefordert wird. Leider bietet die strafprozessrechtliche Ausbildungsliteratur kaum Orientierungshilfen.²² Empfohlen sei, mit der grundsätzlichen Unterscheidung von formellen und materiellen Voraussetzungen zu arbeiten. In formeller

¹⁹ BGH NJW 2007, 930, 931.

²⁰ BGH NJW 2007, 930, 932.

²¹ Vgl. die Antwort der Bundesregierung vom 22. 12. 2006 auf eine Kleine Anfrage der Opposition; BT-Drs. 16/3973.

²² Einige Hinweise finden sich bei *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 612–616; zu nennen ist ferner die von *Hellmann* herausgegebene Fallsammlung zum Strafprozessrecht, 2000.

Hinsicht wäre hier insbesondere die Zuständigkeit (der Generalbundesanwältin als Antragstellerin²³ und des Ermittlungsrichters des BGH als Anordnungsbefugten²⁴) anzusprechen. Materiell müssten die gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragte Maßnahme einschließlich ihrer verfassungsrechtlichen Bezüge im Einzelnen durchgegangen werden.

Die **praktische Bedeutung** der Entscheidung beschränkt sich nicht auf das Verbot eines verdeckten Online-Zugriffs auf gespeicherte Daten. Da nicht der Datenschutz, sondern die Heimlichkeit der Maßnahme den wesentlichen Grund für die Untersagung der Maßnahme bildet, hat sie auch Folgen für Durchsuchungen mit dem Ziel, körperliche Sachen aufzufinden. Der BGH verlangt generell für die praktische Durchführung von Durchsuchungen, dass das gesetzliche Erfordernis der Offenheit strikt eingehalten wird.²⁵ Das bedeutet, dass gesetzlich geregelte Anwesenheitsrechte und -pflichten unbedingt einzuhalten und im Gesetz vorgesehene Ausnahmen restriktiv zu handhaben sind.

5. Kritik

Die Terroranschläge der letzten Jahre haben eine Entwicklung forciert, die schon seit Jahrzehnten andauert. Die Eingriffsbefugnisse der Strafverfolgungsorgane werden ständig ausgedehnt. Was technisch möglich ist, wird auch für nötig befunden. Zugleich sinkt die Bereitschaft, gesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen zu respektieren.

Es wäre übertrieben, zu sagen, dass der BGH sich mit seiner Entscheidung dieser Entwicklung entgegenstemmt. Immerhin bremst er sie aber ab, indem er darauf hinweist, dass der Einsatz des Bundestrojaners sich nicht mit der der-

zeitigen Gesetzeslage verträgt. Schon dafür muss man heutzutage dankbar sein. Denn wer auf Gesetzlichkeit beharrt, muss regelmäßig mit dem Vorwurf rechnen, zugunsten einer Förmlichkeit den Schutz der Gesellschaft zu vernachlässigen.

Die Bremswirkung hätte noch erheblich stärker ausfallen können, wenn der BGH verraten hätte, wie der für ihn zentrale Gesichtspunkt der Heimlichkeit der Maßnahme verfassungsrechtlich einzuordnen ist. Würde das heimliche Eindringen in Computer – jedenfalls auch – als Eingriff in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG bewertet, so ließe sich die Legitimierung der verdeckten Online-Durchsuchung nur mittels einer Verfassungsänderung nach dem Vorbild der technischen Überwachung zur Strafverfolgung gem. Art. 13 Abs. 3 GG bewerkstelligen.

Freilich wäre auch damit ein weiterer verfassungsrechtlicher Einwand noch nicht erledigt, der die Rechtsstaatlichkeit²⁶ betrifft. Kann ein Staat noch als Rechtsstaat gelten, der einerseits Datenveränderung und Computersabotage bestraft (§§ 303 a und b StGB) und seine Bürger auffordert, sichernde Maßnahmen zum Schutz ihrer Daten zu ergreifen,²⁷ und der andererseits gerade diese Schutzlücken nutzt, um an Daten seiner Bürger zu gelangen?

(Dem Text liegt ein Entwurf von Charles A. von Denkowski zugrunde.)

²³ § 142 a GVG in Verbindung mit § 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG.

²⁴ S. Fn. 3.

²⁵ Vgl. BGH NJW 2007, 930.

²⁶ Vgl. zum Rechtsstaatsprinzip als Verfassungsgrundsatz *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 28 ff.

²⁷ So klärt das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik in seinem Faltblatt „Trojanische Pferde“ (www.bsi.de/literat/faltbl/F33Trojaner.htm) ausführlich über vorbeugende Maßnahmen zum Schutz vor Trojanern auf.