

Studienbogen 14 :

Grundrechtseingriffe („Zwangsmittel“) im Ermittlungsverfahren - Einzelfragen

I. Die Ermittlung elektronisch gespeicherter Daten

1. Die sog. **Online-Durchsuchung**, d. h. die heimliche Ausforschung der Daten auf EDV-Systemen des Verdächtigen mit Hilfe eines „Trojaners“, kann nicht auf die §§ 102 ff. gestützt werden, sondern bedarf einer eigenständigen Regelung, die bislang in der StPO noch nicht existiert (BGHSt 51, 211). Für die Gefahrenabwehr im Bereich der Terrorismusbekämpfung ist eine Ermächtigung zur Online-Durchsuchung in § 20 k BKAG (G v. 25. 12. 2008, BGBl I 3083) enthalten. Die an sich gem. § 20 v V Nr. 3 BKAG mögliche Übermittlung der dabei erlangten Daten zur Beweisverwertung im Strafverfahren scheitert, solange die StPO keinen entspr. Eingriff kennt, an § 161 II (Prinzip des *hypothetischen Ersatzeingriffs*), doch ist nach dem *Spurenansatz* die mittelbare Ausnutzung zulässig. Die (unlängst auch auf dem 69. DJT 2012 geforderte) zukünftige Regelung wird sich an den strengen Vorgaben des BVerfG zum Schutz des (neu entwickelten) *Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* und zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu orientieren haben (BVerfGE 120, 274).

2. Elektronische Daten sind keine Gegenstände und unterliegen daher als solche nicht der **Beschlagnahme**. Beschlagnahmt werden können jedoch die physischen Datenträger (CDs, Festplatten), auf denen die Daten (z. B. E-Mails) gespeichert sind (BVerfGE 115, 166, 191; BVerfG NJW 05, 1917, 1920). Für die noch beim Absender oder bereits beim Empfänger „ruhenden“ Daten einer geplanten oder beendeten Telekommunikation gelten also nicht die strengen Eingriffsvoraussetzungen der §§ 100a ff. (BVerfGE 115, 166, 191 ff.; 120, 274, 307 f.; 124, 43, 54).

II. Zufallsfunde

Finden sich bei der *Haussuchung* Sachen, die auf die Verübung einer *anderen* strafbaren Handlung („*Sekundärdelikt*“) hinweisen (sog. „Zufallsfunde“, z. B. beim Wilderer gestohlene Sachen oder geschmuggelte Zigaretten), so sind sie einstweilen in Beschlag zu nehmen; der StA ist Kenntnis zu geben (§ 108), und die in Beschlag genommenen Gegenstände sind zu verzeichnen und kenntlich zu machen (§ 109). Selbst wenn die Durchsuchung selbst rechtswidrig war (z. B. ohne Tatverdacht wegen des „*Primärdelikts*“ angeordnet wurde), sollen die Zufallsfunde zum Nachweis des Sekundärdelikts verwertbar sein, solange den Behörden kein schwerwiegender, bewusster oder willkürlicher Verstoß zur Last fällt (BVerfG NJW 09, 3225).

III. Verkehrsdaten und Vorratsdaten

Die sog. Verkehrs- oder Kommunikationsverbindungsdaten, also die Daten, die nicht den Inhalt des Gesprächs betreffen, sondern grob gesagt nur die technischen Umstände seines Zustandekommens (Rufnummer, Kartenummer, Dauer und Adressat eines Gesprächs, Standort eines Mobiltelefons, IP-Adresse eines Computers mit Internet-Zugang usw.; zur allg. Definition § 3 Nr. 30 TKG) gehören zum Schutzbereich des Grundrechts des Telekommunikationsgeheimnisses (Art. 10 I GG), so dass deren Erhebung eine gesetzliche Grundlage voraussetzt. Diese ist in § 100 g zu finden, der den Strafverfolgungsbehörden die Befugnis verleiht, beim Vorliegen bestimmter Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung oder den Verdacht, dass eine Straftat mittels Telekommunikation begangen wurde, begründen, derartige Daten zu erheben, insofern das erforderlich ist, um den Sachverhalt zu klären oder den Aufenthaltsort des Beschuldigten zu ermitteln. Die Vorschrift ist aber insoweit nichtig, als sie den Zugriff auf solche Verkehrsdaten gestattet, die gem. dem für verfassungswidrig erklärten § 113a TKG als „Vorratsdaten“ erhoben und für 6 Monate gespeichert wurden (BVerfGE 125, 260). Wegen der dadurch fehlenden Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG zur Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten hat inzwischen die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH gegen die BRD eingeleitet. Der 69. DJT hat sich auch hier für eine (heftig umstr.) Neuregelung ausgesprochen.

IV. Intimgespräche und Selbstgespräche über Straftaten

Der sog. „große Lauschangriff“ ist nach § 100c IV, 3 auch bei Intimgesprächen zulässig, wenn sie Straftaten zum Gegenstand haben (so auch BVerfGE 109, 279, 319). Etwas anderes gilt dagegen für Selbstgespräche (BGHSt 50, 206; 57, 71).

V. VEs, NOEPs und V-Leute

Der verdeckte Ermittler (*VE*) ist ein Beamter des Polizeidienstes, der unter einer „Legende“ ermittelt, d. h. nicht unter seiner eigenen, sondern unter einer ihm verliehenen, auf Dauer angelegten, veränderten Identität (§ 110 a II 1). Sein Einsatz ist zulässig zur Aufklärung von „Straftaten von erheblicher Bedeutung“ aus dem Kreis bestimmter Katalogtaten, insb. aus dem Bereich der Rauschgift- und Staatsschutzdelikte bzw. der Organisierten Kriminalität (§ 110 a I 1; Anfangsverdacht i. S. d. § 152 II nötig!) sowie zur Aufklärung von Verbrechen, bei denen Wiederholungsgefahr besteht (§ 110 a I 2). Er darf im Grundsatz nur nach Zustimmung der StA bzw. – bei Einsätzen gegen einen bestimmten Beschuldigten oder bei Betreten einer nicht allg. zugänglichen Wohnung – des Richters erfolgen. Gesetzlich nach wie vor nicht geregelt ist die Tätigkeit eines nichtöffentlich operierenden Polizeibeamten (*NOEP*), der nur bei einzelnen Einsätzen (z. B. in der Drogenszene als Scheinaufkäufer) auftritt. Dieser ist kein VE und unterliegt nicht den Voraussetzungen der §§ 110 a ff. Neben den VE und den NOEP arbeiten im Rahmen der Spionagemethoden auch nichtbeamtete „freie Mitarbeiter“ als sog. Vertrauenspersonen (*V-Leute*). Die Tätigkeit dieser V-Leute wird - ohne gesetzliche Grundlage und damit auch ohne die in §§ 110 a ff. vorgesehenen Beschränkungen - durchgeführt (BGHSt 41, 42). Das ist bedenklich, weil die V-Leute ähnliche Eingriffe vornehmen wie VE. Es ist dringend zu fordern, dass auch für den Einsatz von V-Personen eine gesetzliche Grundlage geschaffen wird; denn anderenfalls lassen sich die einschränkenden Voraussetzungen der §§ 110 a ff. mühelos dadurch unterlaufen, dass die Polizei anstelle VE die ohnehin viel zahlreicheren V-Personen einsetzt. Auch lässt sich schwerlich bestreiten, dass die Tätigkeit der V-Personen den Charakter eines Eingriffs besitzt; und dieser bedarf einer gesetzlichen Grundlage.

VI. Lockspitzel

Eine besonders str. und bis heute ungeklärte Frage ist auch der Einsatz von VE oder NOEP als Lockspitzel (*agent provocateur*), die – v. a. in der Rauschgiftszene – Personen zu Straftaten verleiten, um sie hernach verhaften zu können. Das hat die Rspr. vorbehaltlich einer sog. rechtsstaatswidrigen Einwirkung unbeschränkt zugelassen, die v. a. dann anzunehmen sei, wenn der Provozierte bisher unbestraft oder rauschgiftabhängig oder die Beeinflussung besonders intensiv war (BVerfG NJW 87, 1874). Selbst im Fall der Unfairness, die bei der Verleitung eines Unverdächtigen anzunehmen sei, will der BGH dies aber nur durch eine mildere Strafzumessung kompensieren (sog. *Strafzumessungslösung*, BGHSt 45, 321; 47, 44; BGH NSZ 01, 553; 09, 405). Aber nicht erst die Provokation eines Unbescholtenen, sondern schon die Provokation überhaupt, sei es auch eines früherer Taten Verdächtigen, ist in einem Tatstrafrecht, in dem es um die Klärung eines auf eine konkrete Tat bezogenen Verdachts geht, weder erklärbar noch legitimierbar: Denn die Tat, die Gegenstand des Verdachts bildet, und die Tat, die Gegenstand der Provokation ist, sind eben nicht die gleiche Tat, und der „Verdächtige“ soll gerade nicht wegen der ersten Verdachtstat, sondern umgekehrt wegen der provozierten Tat zur Verantwortung gezogen werden. Da aber das Staatsorgan nicht befugt ist, durch sein rechtswidriges Verhalten strafrechtlich schutzwürdige Rechtsgüter schutzlos zu stellen, wäre die richtige Lösung auch nicht in der im Schrifttum vertretenen Annahme eines Beweisthemaverbots, eines Verfolgungshindernisses oder sogar eines materiell-rechtlichen Strafbarkeitsausschlussgrundes zu sehen, sondern in der konsequenten, wenn auch den Strafverfolgungsorganen sicherlich nicht entgegenkommenden Gleichbehandlung von Provoziertem und Provocateur. Nach dieser Gleichbehandlungslösung steht man vor der Alternative, entweder das Gesamtgeschehen unter dem Aspekt eines rechtsgutsindifferenten und deshalb für alle Beteiligten straflosen „polizeilichen Experiments“ zu betrachten (vor allem bei abstrakten Gefährdungsdelikten wie insb. § 29 BtMG) oder aber die Rechtsgutsbeeinträchtigung zu bejahen (was bei konkreten Gefährdungsdelikten und bei Verletzungsdelikten besonders nahe liegt), so dass Provozierter und Provocateur als Täter und Anstifter zur Rechenschaft zu ziehen sind. Wenn es, wie es sich im Rechtsstaat gehört, nur um die Tat geht und nicht um eine feindstrafrechtliche „Kaltstellung“ gewisser Täterpersönlichkeiten, dann kann man den Provozierten und den Provocateur nicht verschieden behandeln, und das kann für die Praxis nur durch eine Verfahrensverbundung ex constitutione garantiert werden (eingehend *Schünemann*, StV 85, 424, 427 ff.).