Strafrechtliche Abhandlungen

Neue Folge · Band 281

Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen

Von

Sebastian Bauer

Duncker & Humblot · Berlin

SEBASTIAN BAUER

Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen

Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von
Dr. Dres. h. c. Friedrich-Christian Schroeder
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg
und
Dr. Andreas Hoyer
ord. Prof. der Rechte an der Universität Kiel

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 281

Soziale Netzwerke und strafprozessuale Ermittlungen

Von

Sebastian Bauer

Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von
Professor Dr. Karsten Gaede, Hamburg

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2016 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7271
ISBN 978-3-428-15235-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55235-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85235-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Internet: http://www.duncker-humblot.de

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Bucerius Law School im Mai 2016 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von April 2016. Die mündliche Prüfung fand am 25. Januar 2017 statt.

Mein größter Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Karsten Gaede für seine hervorragende Betreuung, wertvollen Anregungen und sein mir stets entgegengebrachtes Vertrauen in das Gelingen dieser Promotionsarbeit. Sowohl seine engagierte Begleitung dieses Vorhabens als auch die sehr zügige Begutachtung haben diese Abhandlung bestmöglich gefördert.

Herrn Prof. Dr. Paul Krell danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für das Korrekturlesen der gesamten Arbeit danke ich herzlich Thomas Huber, Robin Kottenhoff und Maximilian Schröder.

Herzlicher Dank gebührt schließlich meinen Eltern und meinem Bruder, die mich während meiner Promotion unermüdlich begleitet und unterstützt haben.

Berlin, im Juni 2017 *Sebastian Bauer*

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
aF	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AK	Alternativkommentar
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches oberstes Landesgericht
BayPAG	Polizeiaufgabengesetz Bayern
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten
BNDG	Gesetz über den Bundesnachrichtendienst
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrats
BT-Drs.	Drucksache des Bundestags
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerfSchG	Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes und über das Bundesamt für Verfassungsschutz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCC	Convention on Cybercrime
CR	Computer und Recht
c't	c't Magazin für Computertechnik
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
diff.	differenzierend
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
et al.	et alii/aliae
etc.	et cetera
eucrim	eucrim – The European Criminal Law Associations' Forum
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f./ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GedS	Gedächtnisschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
ghM	ganz herrschende Meinung

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HFR	Humboldt Forum Recht
HK	Heidelberger Kommentar
HRRS	Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. R. v.	im Rahmen von
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
jurisPK-Internetrecht	Juris PraxisKommentar Internetrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
K&R	Kommunikation & Recht
KG	Kammergericht
KK	Karlsruher Kommentar
KMR	Kleinknecht Müller Reitberger
LG	Landgericht
lit.	litera
LR	Löwe-Rosenberg
LVwG SH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
m.	mit
MADG	Gesetz über den militärischen Abschirmdienst
MK	Münchener Kommentar
MMR	MultiMedia und Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NSA	National Security Agency
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungsreport
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PNAS	Proceedings of the National Academy of Sciences
POG RhlPfl	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz
RDV	Recht der Datenverarbeitung
Rn.	Randnummer
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
S.	Seite
Sch/Sch	Schönke/Schröder
SK	Systematischer Kommentar
SMS	Short Message Service
sog.	sogenannt/e
SSW	Satzger Schluckebier Widmaier
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
TDDSG	Teledienstdatenschutzgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKÜV	Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation
TMG	Telemediengesetz
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	vom
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
vs.	versus
VSG NRW	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
VuR	Verbraucher und Recht

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

„So the question isn't what do we want to know about people, it's what do people want to tell about themselves. Right?"[1] – diese Interviewaussage des Facebook-Gründers Mark Zuckerberg ist symptomatisch für die zunehmende Bereitschaft zur Preisgabe und Veröffentlichung persönlicher Daten in den Kommunikationsdiensten des Internets, allen voran den Angeboten des Web 2.0. Zu diesen zählen auch soziale Netzwerke[2], die als onlinebasierte Kommunikationsform längst fester Bestandteil unseres Alltags sind und neben E-Mails und Internet-Telefonie zu den meistgenutzten Kommunikationsanwendungen zählen.[3] Soziale Netzwerke bieten ihren Nutzern eine Plattform für onlinebasiertes Identitäts- und Beziehungsmanagement.[4] Nach der Errichtung eines persönlichen Profils können sich die Nutzer im Netzwerk selbst darstellen, Beziehungen zu anderen Menschen pflegen oder aufbauen sowie sich zu ihren Interessen und Hobbies informieren. Soziale Netzwerke sind aufgrund ihrer Popularität und hoher Nutzerzahlen aber auch in den Fokus der Strafverfolgungsbehörden gerückt. Einerseits liegt dies an den riesigen Mengen an persönlichen Daten, die Nutzer in sozialen Netzwerken auf ihren Profilen preisgeben oder vom Betreiber des sozialen Netzwerks ohne deren Wissen erzeugt werden. Für Ermittlungsbehörden sind sie Informationsquel-

---

[1] Frei übersetzt: Die Frage lautet nicht „Was wollen wir über die Leute wissen", sie lautet „Was wollen die Leute über sich erzählen", oder?, abrufbar unter: https://techcrunch.com/2011/11/07/zuckerberg-talks-to-charlie-rose-about-war-ipos-and-googles-little-version-of-facebook/.

[2] Teils wird auch von Online-Network-Diensten (OND), Online Social Networks (OSN) oder Social Network Sites (SNS) gesprochen, vgl. *Henrichs/Wilhelm* Kriminalistik 2010, 30 ff.; vgl. *Ebersbach/Glaser/Heigl*, Social Web, S. 96; siehe auch *Bieber et al.*, in: Bieber et al. (Hrsg.), Soziale Netzwerke in der digitalen Welt, S. 12. Diese Begriffe sind insoweit genauer, da sie den Online-Bezug widerspiegeln und eine klare Abgrenzung zu „sozialen Netzwerken" in der Soziologie, der Betriebswirtschaft oder der Systemtheorie gewährleisten. Im allgemeinen Sprachgebrauch hat sich aber der Begriff „soziale Netzwerke" für online-basierte soziale Netzwerke durchgesetzt. Terminologisch wie hier bzw. nicht erörternd *Singelnstein*, NStZ 2012, 593, 599 f.; *Kudlich*, StV 2012, 560, 566; *Rosengarten/Römer*, NJW 2012, 1764 ff.; *Schulz/Hoffmann*, DuD 2012, 7 ff.; BeckOK StPO/*Graf*, § 100a, Rn. 32c ff.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 100a, Rn. 7.

[3] Vgl. BT-Drs. 16/11920, S. 1, die erwähnte Bedeutung von Instant Messaging wie Windows Live Messenger ist stark zurückgegangen, da solche Kommunikationsanwendungen heute integriert von sozialen Netzwerken angeboten werden.

[4] BT-Drs. 16/11570, S. 420.

len bei der Aufklärung von Straftaten; für Kriminelle sind sie Informationsquellen beim Ausspähen potentieller Opfer. Andererseits können soziale Netzwerke aber auch – vergleichbar mit der E-Mail-Kommunikation – zur Verständigung zwischen Straftätern genutzt werden oder als Mittel zur Begehung von Straftaten wie Betrug, Beleidigung oder Volksverhetzung.[5]

Ziel und Gang der Untersuchung

Angesichts dieser Bestandsaufnahme macht es sich diese Arbeit zur Aufgabe, die Zulässigkeit der Strafverfolgung in sozialen Netzwerken herauszuarbeiten.[6] Trotz der enormen Relevanz dieses noch relativ jungen Ermittlungsumfelds in der Praxis sind die dazu erfolgten Abhandlungen vielmals beschränkt auf einzelne Ermittlungsmaßnahmen oder liefern mit Gesamtüberblicken eine oftmals zu holzschnittartige Gleichsetzung von sozialen Netzwerken und anderen Kommunikationsdiensten des Internets. Die Komplexität des Themas ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass Ermittlungen in sozialen Netzwerken sowohl Strafprozessrecht als auch IT-Recht und öffentliches Recht betreffen.

Ziel dieser Abhandlung ist es, die spezifischen Herausforderungen bei Ermittlungen in sozialen Netzwerken im Unterschied zu den mittlerweile klassischen Ermittlungen in den Kommunikationsdiensten des Internet herauszuarbeiten. Ein Hauptaugenmerk liegt auf den relevanten Grundrechten bei Ermittlungen in sozialen Netzwerken. Hierzu zählen das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (APR), insbesondere in seinen Ausprägungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme (IT-Grundrecht)[7], sowie das Fernmeldegeheimnis[8]. Die erheblichen Abgren-

---

[5] Im Zuge steigender Flüchtlingszahlen ist ein bedauerlicher „Trend" zu rassistischen und menschenverachtenden öffentlichen Äußerungen auf Facebook zu verzeichnen, http://www.welt.de/politik/deutschland/article144566722/7500-Euro-Strafe-wegen-Facebook-Hetze-gegen-Auslaender.html.

[6] Die Fahndung über soziale Netzwerke, bei der über offizielle Seiten der Polizei in sozialen Netzwerken öffentlich nach Verdächtigen gefahndet wird, ist nicht Teil dieser Abhandlung. Hierzu eingehend: *Kolmey* DRiZ 2013, 242 ff.; *Ihwas*, Strafverfolgung in Sozialen Netzwerken, S. 266 ff.; *Gerhold*, ZIS 2015, 156 ff.; *Caspar*, ZD 2015, 12, 15 f. m. w. N.

[7] Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme wird aufgrund seiner wenig eingängigen Formulierung auch als IT-Grundrecht oder Computergrundrecht abgekürzt, kritisch hierzu BeckOK InfoMedienR/*Gersdorf*, Art. 2 GG, Rn. 22 m. w. N. Im Rahmen dieser Arbeit wird es als IT-Grundrecht abgekürzt, so auch *Albers*, DVBl 2010, 1061, 1068; *Gurlit*, NJW 2010, 1035, 1036; *Bäcker*, in: Uerpmann-Wittzack (Hrsg.), Das neue Computergrundrecht, S. 1; *Hauser*, Das IT-Grundrecht, S. 16.

zungsprobleme der Grundrechte zueinander bei herkömmlichen Internetdiensten finden ihren Höhepunkt bei sozialen Netzwerken. Dies ist auf die mannigfaltige Bandbreite an Kommunikationsformen zurückzuführen, welche private Nachrichten, öffentliche Posts und diverse Zwischenformen umfassen. Die Abgrenzung zwischen Massen- und Individualkommunikation bzw. zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Daten, gerät im Zuge des Trends zur vermehrten, öffentlichen Preisgabe privater Daten an seine Grenzen. Entsprechendes gilt für das IT-Grundrecht, das auch acht Jahre nach seinem Entstehen einen trennscharfen Anwendungsbereich vermissen lässt und gerade bei repressiven Ermittlungen in informationstechnischen Systemen wie sozialen Netzwerken bisher kaum zum Tragen kommt.[9] Neben den einschlägigen Grundrechten wird zu klären sein, welche Ermächtigungsgrundlagen der StPO anwendbar sind. Angesichts des rasanten Fortschritts im Bereich der technischen Überwachungsmaßnahmen, deren „Potential" nicht zuletzt durch die NSA-Affäre aufgedeckt wurde, muss vor allem untersucht werden, ob das technisch Mögliche auch rechtlich zulässig ist. Das Spektrum an in Betracht kommenden Befugnisnormen umfasst beispielsweise die §§ 94 ff., 100a ff., 110a StPO sowie die §§ 161, 163 StPO.

Der Zugriff auf öffentliche Daten greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Ob die Generalermittlungsklausel für diesen, von vielen als geringfügig erachteten Eingriff herangezogen werden kann, wird zu untersuchen sein. Daneben ist auch auf die Regelungen über verdeckte Ermittlungen näher einzugehen. Die §§ 110a ff. StPO gehen von einem legendierten Ermittler aus, der sich physisch in einem Milieu organisierter Kriminalität und nicht in einem virtuellen Umfeld zu behaupten hat. Beim Zugriff auf zugangsgeschützte Daten ergibt sich ein ähnliches Bild. Die Vorschriften zur Beschlagnahme stammen aus einer Zeit, in welcher der Gesetzgeber eine onlinebasierte Kommunikationsform wie soziale Netzwerke nicht antizipieren konnte.[10] Ob der Zugriff auf providergespeicherte Kommunikationsinhalte auf die §§ 94 ff. StPO gestützt werden kann, bleibt auch nach der Entscheidung des BVerfG zur E-Mail-Beschlagnahme umstritten. Für die Beschlagnahme eines gesamten Accounts in sozialen Netzwerken, der das

---

[8] Das Fernmeldegeheimnis wird mittlerweile auch als Telekommunikationsgeheimnis bezeichnet, BVerfGE 125, 260, 309. Im Rahmen dieser Arbeit wird der im Grundgesetz stehende Begriff Fernmeldegeheimnis verwendet.

[9] Ähnlich auch *Hauser*, S. 16. Symptomatisch sind die knappen Ausführungen zum IT-Grundrecht bei *Ihwas*, der zwar die spezifische Gefährdungslage bei Ermittlungen in sozialen Netzwerken anspricht (S. 90 ff.), im Rahmen der Ermächtigungsgrundlagen aber die Anwendbarkeit der §§ 100a ff. StPO beim Zugriff auf unterschiedliche Datenbestände mit zwei Sätzen bejaht, *ders*., S. 254.

[10] Die Beschlagnahmevorschriften stammen noch aus dem Jahr des Inkrafttretens der Reichstrafprozessordnung 1879, *Bär*, MMR 1998, 577, 577.