

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 1530

# Offene Ermächtigungsgrundlagen im Strafprozessrecht

Verfassungsrechtliche Determinanten für den Einsatz  
moderner Kommunikationstechnologie

Von

Hannah Amann



Duncker & Humblot · Berlin

HANNAH AMANN

# Offene Ermächtigungsgrundlagen im Strafprozessrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1530

# Offene Ermächtigungsgrundlagen im Strafprozessrecht

Verfassungsrechtliche Determinanten für den Einsatz  
moderner Kommunikationstechnologie

Von

Hannah Amann



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2020 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.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0582-0200  
ISBN 978-3-428-18284-8 (Print)  
ISBN 978-3-428-58284-6 (E-Book)  
Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertationsschrift angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis einschließlich Februar 2020 berücksichtigt werden.

Herzlich danken möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Markus Ludwigs. Er ermöglichte mir nicht nur meinem Forschungsinteresse an der Schnittstelle zwischen Verfassungs- und Strafrecht nachzugehen, sondern begleitete das Promotionsvorhaben mit fürsorglichem Engagement und inspirierenden Impulsen. Hervorzuheben ist – neben der hervorragenden fachlichen Betreuung – auch sein Verständnis für Verzögerungen, die der während der Dissertationszeit und Veröffentlichungsvorbereitung aufgetretenen Phasen beruflicher Belastung geschuldet waren.

Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, das viele wertvolle Hinweise aus der strafrechtlichen Perspektive enthielt, danke ich Herrn Professor Dr. Frank-Peter Schuster, Mag. iur.

Dem Verlag Duncker & Humblot und insbesondere Herrn Dr. Florian R. Simon, LL.M., danke ich für die Aufnahme in die „Schriften zum Öffentlichen Recht“ und seine entgegenkommende Unterstützung im Veröffentlichungsprozess.

Großer Dank gebührt allen, welche die Entstehung dieser Schrift gefördert und mit ihrer Unterstützung erst möglich gemacht haben. Zu nennen sind hier zunächst meine Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht der Universität Würzburg. Schließlich danke ich meinen Eltern und Geschwistern herzlich, deren Rückhalt für das Entstehen der Arbeit von unschätzbarem Wert war.

Würzburg, im März 2024

*Hannah Amann*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	19
<b>§ 1 Allgemeiner Teil</b> .....	22
A. Freiheitsrechtliche Grundlagen .....	22
I. Relevante Grundrechte .....	22
1. Art. 2 Abs. 1 i. V.m. Art. 1 Abs. 1 GG .....	23
a) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung .....	24
b) Das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme .....	28
aa) Schutzbereich .....	29
bb) Grundrechtsschranken .....	32
(1) Anforderungen materieller und verfahrensrechtlicher Art .....	32
(2) Kernbereichsschutz .....	33
cc) Verhältnis zu anderen Grundrechten .....	34
(1) Konkurrenz zum Schutz der informationellen Selbstbestimmung .....	35
(2) Konkurrenz zum Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses .....	36
(3) Konkurrenz zum Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung .....	37
dd) Neue Grundrechtsausprägung in der Kritik .....	38
(1) Kritikpunkte .....	39
(2) Würdigung .....	42
(a) Unterschied bzgl. der Anforderungen an das beeinträchtigte Rechtsgut? .....	43
(b) Unterschied bzgl. der Intensität der Persönlichkeitsrelevanz? .....	43
(c) Zwischenergebnis .....	44
ee) Fazit .....	46
2. Das Telekommunikationsgeheimnis .....	46
3. Die Unverletzlichkeit der Wohnung .....	50
4. Entwicklungs offene Grundrechte in der Kritik .....	55
a) Untersuchung der entwicklungs offenen Grundrechte .....	55
aa) Kritik am Telekommunikationsgeheimnis .....	55
bb) Kritik am Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme .....	56
b) Untersuchung der Kritikpunkte .....	57
aa) Verlust klarer Abgrenzungslinien .....	57

bb) Verlust der Aussagekraft des Verfassungstextes .....	57
cc) Vorwurf des Rechtsprechungsaktivismus .....	58
dd) Große Reichweite der Schutzbereiche .....	60
ee) Fehlende gesetzliche Legitimation .....	61
(1) Legitimation verfassungsgerichtlicher Ergänzungen .....	61
(2) Legitimation gesetzgeberischer Ergänzungen .....	62
c) Ergebnis der Untersuchung .....	62
II. Der additive Grundrechtseingriff .....	63
1. Punktualität eines Eingriffs als Ausgangspunkt .....	64
2. Terminologie .....	65
3. Voraussetzungen .....	66
a) Einfacher additiver Grundrechtseingriff .....	66
b) Fortgesetzter additiver Grundrechtseingriff .....	69
4. Abgrenzung .....	69
a) Abgrenzung der Belastungskumulation von der Grundrechtskonkurrenz	69
aa) Grundrechtskonkurrenz .....	69
bb) Maßgebliches Abgrenzungskriterium .....	71
b) Abgrenzung der Belastungskumulation von der Grundrechtskollision	71
c) Abgrenzung der Belastungskumulation von der Schutzbereichskumulation	71
aa) Schutzbereichskumulation .....	71
bb) Maßgebliches Abgrenzungskriterium .....	73
5. Rechtsfolge und Prüfungssystematik .....	74
a) Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers .....	74
b) Verbot der Belastungskumulation als Bestandteil der Wesensgehaltsgarantie	76
6. Lösungsansätze der Rechtsprechung .....	77
a) Verfahrensrechtliche Sicherungen .....	78
b) Beobachtungspflichten .....	78
7. Justiziabilität .....	79
a) Einfacher additiver Grundrechtseingriff .....	79
b) Fortgesetzter additiver Grundrechtseingriff .....	79
8. Zusammenfassende Schlussbetrachtung .....	80
B. Grenzen für die Technikoffenheit von Ermittlungsbefugnissen .....	81
I. Interpretation bestehender Ermächtigungsgrundlagen .....	82
1. Die Analogie im Strafprozessrecht .....	82
a) Gesetzlichkeitsprinzip .....	83
b) Analogieverbot .....	84

c) Analogieverbot im Strafprozessrecht .....	85
aa) Keine Geltung des Analogieverbots im Strafprozessrecht .....	86
(1) Gänzliche Verneinung der Geltung .....	86
(2) Verneinung der Geltung unter Gewährung von Ausnahmen ....	86
(a) Auslegung des Art. 103 Abs. 2 GG .....	86
(aa) Wortlaut .....	87
(bb) Systematik .....	87
(cc) Historie .....	87
(dd) Telos .....	88
(ee) Europarecht .....	88
(ff) Zwischenergebnis .....	91
(b) Gewährung von Ausnahmen .....	91
bb) Geltung des Analogieverbots im Strafprozessrecht .....	93
cc) Vermittelnde Position .....	94
dd) Stellungnahme .....	97
d) Rechtsanwendung des Analogieverbotes .....	102
e) Fazit .....	106
2. Die Kombination von Ermächtigungsgrundlagen .....	109
a) Gegenstand der Untersuchung .....	110
b) Meinungsstand .....	111
aa) Unzulässigkeit der Kombination von Ermächtigungsgrundlagen ...	111
bb) Zulässigkeit der Kombination von Ermächtigungsgrundlagen ....	113
cc) Würdigung .....	114
3. Die Ableitung einer Ermächtigungsgrundlage aus einer Annexkompetenz	116
a) Grundlagen .....	117
aa) Begriff .....	117
bb) Praktische Relevanz .....	118
b) Zulässigkeit .....	118
aa) Meinungsstand .....	119
(1) Rechtsordnung mit Annexkompetenzen .....	119
(2) Rechtsordnung mit normierten Begleitmaßnahmen .....	120
(3) Vermittelnde Ansicht .....	121
(4) Zusammenfassende Stellungnahme .....	121
bb) Auslegung .....	122
(1) Abgrenzung zur Rechtsfortbildung .....	122
(2) Voraussetzungen der Typizität und der Verhältnismäßigkeit ...	123
(a) Kumulatives Vorliegen .....	123
(b) Alternatives Vorliegen .....	124
(aa) Kriterium der Typizität .....	124
(α) Verzicht auf das Kriterium der Typizität .....	124

(αα) Entbehrlichkeit bei einem geringfügigen Eingriff . . . . .	125
(ββ) Entbehrlichkeit aus Gründen der Sachgerechtigkeit und Praktikabilität . . . . .	127
(γγ) Leerlaufen strafprozessualer Eingriffsgrundlagen . . . . .	128
(δδ) Würdigung . . . . .	129
(β) Einschränkung des Kriteriums der Typizität . . . . .	131
(γ) Zwischenergebnis . . . . .	132
(bb) Verzicht auf das Kriterium der Verhältnismäßigkeit . . . . .	132
(c) Zwischenfazit . . . . .	133
cc) Fazit . . . . .	133
4. Zusammenfassende Schlussbetrachtung . . . . .	134
II. Schaffung neuer Ermächtigungsgrundlagen . . . . .	135
1. Die Gesetzgebung auf Vorrat . . . . .	135
a) Problemaufriss . . . . .	135
aa) Beispiel des § 51 Abs. 2 BKAG . . . . .	136
bb) Schwierigkeit . . . . .	136
b) Offene Formulierungen im Gesetz . . . . .	139
aa) Prognosen . . . . .	140
(1) Begriff und Funktion . . . . .	140
(2) Zulässigkeit . . . . .	141
bb) Rezeption technischer Regelungen . . . . .	143
(1) Begriffserläuterungen . . . . .	143
(2) Funktionen . . . . .	145
(a) Entlastungsfunktion . . . . .	145
(b) Anpassungs- und Dynamisierungsfunktion . . . . .	145
(c) Kooperationsfunktion . . . . .	146
(3) Erreichung der Funktionen im Sicherheitsrecht? . . . . .	148
(a) Entlastungsfunktion . . . . .	149
(b) Anpassungs- und Dynamisierungsfunktion . . . . .	149
(c) Kooperationsfunktion . . . . .	150
(4) Zulässigkeit . . . . .	150
c) Vergleich . . . . .	154
aa) Prognose . . . . .	154
(1) Parallelen . . . . .	154
(2) Unterschied . . . . .	155
bb) Technikklauseln . . . . .	155
(1) Parallelen . . . . .	155

(2) Unterschiede . . . . .	156
(a) Ausrichtung . . . . .	156
(b) Funktionen . . . . .	157
(aa) Entlastungsfunktion . . . . .	157
(bb) Anpassungs- und Dynamisierungsfunktion . . . . .	158
(cc) Kooperationsfunktion . . . . .	159
cc) Ergebnis des Vergleichs . . . . .	159
d) Zulässigkeit der Gesetzgebung auf Vorrat . . . . .	159
aa) Verfassungskonformität . . . . .	159
(1) Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz . . . . .	160
(a) Keine technische Realisierbarkeit . . . . .	161
(b) Zeitlich ungewisse technische Realisierbarkeit . . . . .	161
(aa) Einschüchterungseffekte . . . . .	162
(bb) Gefahr der falschen Auslegung bzw. des Missbrauchs . . . . .	162
(cc) Zwischenfazit . . . . .	163
(2) Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz . . . . .	164
(a) Bestimmtheit . . . . .	164
(b) Unbestimmtheit . . . . .	164
bb) Rechtsfolgen . . . . .	167
(1) Regelung über die spätere Billigung . . . . .	167
(2) Kompletter Verzicht einer Normierung . . . . .	169
cc) Zwischenergebnis . . . . .	170
2. Fazit . . . . .	170
<b>§ 2 Besonderer Teil . . . . .</b>	<b>171</b>
C. Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung . . . . .	171
I. Allgemeine Grundlagen . . . . .	171
1. Begriffserläuterung und Inhalt . . . . .	172
2. Abgrenzung . . . . .	173
3. Praktische Notwendigkeit . . . . .	174
II. Technische Grundlagen . . . . .	176
1. Primärmaßnahme . . . . .	176
2. Sekundärmaßnahme . . . . .	177
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen . . . . .	180
1. Eingriffscharakter der Quellen-TKÜ . . . . .	180
2. Art. 13 GG . . . . .	181
a) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung . . . . .	181
b) Würdigung . . . . .	182

3. Art. 10 GG .....	183
a) Abgrenzung zu Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG .....	184
aa) Rechtsprechung des BVerfG .....	184
bb) Würdigung .....	184
b) Sachgemäße Gleichsetzung mit klassischer Telefonie? .....	185
aa) Rechtsprechung des BVerfG .....	185
bb) Gegenmeinung aus der Literatur .....	185
cc) Würdigung .....	186
c) Gesamtwürdigung der technikoffenen Rechtsprechung des BVerfG .....	188
d) Fazit .....	189
IV. Analyse der Verfassungsmäßigkeit .....	190
1. Primärmaßnahme .....	190
a) Uneinigkeit vor Gesetzeserlass .....	191
aa) §§ 100a, 100b StPO a.F. in direkter Anwendung .....	192
(1) Geltung des Verbots einer Vorratsgesetzgebung? .....	192
(a) Annahme des Verbots der Vorratsgesetzgebung .....	193
(b) Ablehnen einer absoluten Grenze .....	193
(c) Zwischenergebnis .....	194
(2) Technikoffene Auslegung .....	195
(a) §§ 100a, 100b StPO a.F. als Rechtsgrundlage .....	195
(b) Verfassungsrechtliche Defizite .....	196
(aa) Argumentativer Fehlschluss .....	196
(α) Meinungsstand .....	196
(β) Würdigung .....	197
(bb) Mangelnde Umsetzung der Anforderungen des BVerfG .....	198
(α) Defizitäre Ausführung technischer Vorkehrungen .....	198
(β) Defizitäre Realisierung rechtlicher Vorgaben .....	199
(γ) Defizitäre Beachtung systematischer Konsequenzen .....	200
(δ) Würdigung .....	200
(c) Zwischenergebnis .....	201
bb) §§ 100a, 100b StPO a.F. in analoger Anwendung .....	202
cc) Annexkompetenz zu § 100a StPO a.F. .....	204
dd) Strafprozessuale Ermittlungsgeneralklausel .....	205
ee) Kombination von Ermächtigungsgrundlagen .....	207
ff) Fazit .....	208
b) Klarstellung durch Gesetzeserlass? .....	209
aa) Rechtsgrundlage des § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO .....	210
(1) Regelung des § 100a Abs. 1 S. 2 StPO .....	211
(2) Regelung des § 100a Abs. 1 S. 3 StPO .....	212

- (3) Einschränkung der Überwachung ..... 213
  - (a) Regelungskomplex des § 100a Abs 5 S. 1 Nr. 1 StPO ..... 214
  - (b) Regelungskomplex der § 100a Abs. 5 S. 1 Nr. 2–3, S. 2 und S. 3 StPO ..... 215
- bb) Neue Norm in der Kritik ..... 215
  - (1) Gesetzgebungsprozess ..... 215
    - (a) Zweifelhafter Änderungsantrag nach § 82 Abs. 1 GO BT .. 216
    - (b) Vorwurf der Verschleierung ..... 217
      - (aa) Verhinderung einer Auseinandersetzung ..... 217
      - (bb) Keine Eilbedürftigkeit ..... 218
    - (c) Verhinderung einer Beratung ..... 219
    - (d) Stellungnahme ..... 219
  - (2) Verfassungskonformität ..... 220
    - (a) § 100a Abs. 1 S. 2 StPO ..... 220
    - (b) § 100a Abs. 1 S. 3 StPO ..... 221
      - (aa) Ermittlung des Prüfungsmaßstabs ..... 221
        - (α) Anforderungen des Art. 10 GG ..... 222
        - (β) Anforderungen des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ..... 223
        - (γ) Würdigung ..... 225
      - (bb) Erfüllung der Anforderungen von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG? ..... 227
        - (α) Vorgaben des BVerfG ..... 227
        - (β) Bestimmtheit ..... 228
          - (αα) Verstoß gegen das Verbot der Gesetzgebung auf Vorrat? ..... 229
          - (ββ) Durchführbarkeit der gesetzlichen Vorgaben? 229
          - (γγ) Verstoß gegen das Gebot des Grundrechtsschutzes durch Verfahrensgestaltung und den Wesentlichkeitsgrundsatz? ..... 234
        - (γ) Angemessenheit ..... 236
          - (αα) Schrankentransfer von präventiven zu repressiven Eingriffen ..... 236
          - (ββ) Eingriffsanlass des § 100a Abs. 1 S. 3 StPO 238
      - (δ) Verfahrensrechtliche Sicherungen ..... 241
        - (αα) Protokollierungsvorschriften ..... 242
        - (ββ) Anordnungsvorschriften ..... 243
        - (γγ) Kernbereichsvorschriften ..... 245
    - (cc) Zwischenergebnis ..... 247
- cc) Fazit ..... 247

2. Sekundärmaßnahme	247
a) Wahrung des Gesetzesvorbehalts	248
aa) Grundrechtsrelevanz	248
(1) „Ob“ der Grundrechtsrelevanz	248
(2) „Wie“ der Grundrechtsrelevanz	249
(a) Relevante Grundrechte	249
(aa) Art. 10 GG in Abgrenzung zu Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG	249
(bb) Art. 13 Abs. 1 GG	251
(b) Grundrechtsrelevanz der alten Rechtslage	251
(c) Grundrechtsrelevanz der neuen Rechtslage	252
bb) Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage?	254
(1) Alte Rechtslage	254
(2) Neue Rechtslage	255
(a) Regelung zum „Ob“ des Begleiteingriffs	256
(b) Regelung zum „Wie“ des Begleiteingriffs	257
cc) Zwischenergebnis	259
b) Weitere Determinanten des Verfassungsrechts	259
aa) Angemessenheit	259
bb) Grundsatz der Offenheit	263
cc) Zwischenergebnis	267
c) Fazit	267
V. Zusammenfassende Schlussbetrachtung	267
D. Die stille SMS	268
I. Allgemeine Grundlagen	268
1. Begriffserläuterung und Inhalt	269
2. Abgrenzung	270
a) IMSI-Catcher	270
b) Erhebung von Verkehrsdaten	271
3. Praktische Notwendigkeit	272
II. Technische Grundlagen	275
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen	278
1. Art. 10 GG	278
a) Begriff der Telekommunikation	279
b) Wandel der höchstrichterlichen Rechtsprechung	279
aa) Alte Rechtsprechung des BGH	280
bb) Kritik	280
cc) Rechtsprechung des BVerfG	281
dd) Neue Rechtsprechung des BGH	282
c) Fazit	282

- 2. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ..... 283
  - a) Erhebung der Standortdaten ..... 284
  - b) Erzeugung der Standortdaten ..... 284
    - aa) Keine Grundrechtsrelevanz der Datenerzeugung ..... 285
    - bb) Grundrechtsrelevanz der Datenerzeugung ..... 285
      - (1) Datenerzeugung als Maßnahmekern ..... 286
      - (2) Datenerzeugung als Maßnahmenunterstützung ..... 287
    - cc) Rechtsprechung des BGH ..... 287
    - dd) Würdigung ..... 288
  - c) Fazit ..... 291
- IV. Analyse der Verfassungsmäßigkeit ..... 291
  - 1. § 100a StPO ..... 292
    - a) Datenerzeugung als Überwachung der Telekommunikation ..... 292
    - b) Datenerhebung als Überwachung der Telekommunikation ..... 293
    - c) Fazit ..... 295
  - 2. § 100g StPO ..... 296
    - a) Rechtslage vor der TKÜ-Novelle 2008 ..... 296
    - b) Rechtslage nach der TKÜ-Novelle 2008 ..... 296
      - aa) Bedarf für die Maßnahme der stillen SMS? ..... 297
      - bb) Rechtsgrundlage für die Maßnahme der stillen SMS? ..... 298
      - cc) Fazit ..... 299
  - 3. §§ 163 Abs. 1, 161 Abs. 1 StPO i. V. m. § 100a bzw. § 100g StPO ..... 299
    - a) Grundrechtsintensität des Versandes der stillen SMS ..... 300
    - b) Kombination verschiedener Rechtsgrundlagen ..... 301
      - aa) Untersuchungsgegenstand „Stille SMS“ ..... 302
      - bb) Unzulässigkeit einer Kombination ..... 303
    - c) Fazit ..... 304
  - 4. § 100h StPO ..... 304
    - a) Tatbestand des § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO ..... 304
      - aa) „Sonstiges besonderes für Observationszwecke bestimmtes technisches Mittel“ ..... 304
      - bb) „Außerhalb von Wohnungen“ ..... 306
    - b) § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO als Rechtsgrundlage für die stille SMS ..... 307
    - c) Fazit ..... 308
  - 5. § 100i StPO ..... 308
    - a) Auslegung von § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO ..... 309
      - aa) Wortlaut ..... 309
      - bb) Historie ..... 310
      - cc) Systematik ..... 312
      - dd) Telos ..... 313

ee) Zwischenergebnis .....	313
b) § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO als Rechtsgrundlage für die stille SMS .....	314
aa) Retrograde Abfrage von erzeugten Daten .....	314
bb) Kombination von Rechtsgrundlagen .....	315
c) Fazit .....	315
6. Zusammenfassung .....	316
V. Gesamtergebnis .....	316
E. Der virtuelle verdeckte Ermittler .....	318
I. Allgemeine Grundlagen .....	318
1. Begriff und Inhalt .....	318
2. Abgrenzung .....	318
a) Unterscheidung der Ermittler .....	319
aa) Analoger verdeckter Ermittler .....	319
bb) Virtueller noeP .....	320
(1) Differenzierung von verdecktem Ermittler und noeP .....	320
(2) Übertragbarkeit auf soziale Netzwerke .....	322
b) Unterscheidung der Ermittlungsmaßnahmen .....	323
aa) Abrufen öffentlich zugänglicher Daten .....	323
bb) Zugriff auf Zugangsgeschützte Informationen .....	324
cc) Onlinefahndung .....	325
c) Zwischenergebnis .....	325
3. Praktische Notwendigkeit .....	325
II. Technische Grundlagen .....	326
1. Eigenart und Bedeutung sozialer Netzwerke .....	326
2. Funktionsweise sozialer Netzwerke .....	327
III. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....	329
1. „Ob“ der Grundrechtsrelevanz .....	329
2. „Wie“ der Grundrechtsrelevanz .....	332
a) Art. 10 GG .....	332
b) Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG .....	333
aa) Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme .....	333
bb) Recht auf informationelle Selbstbestimmung .....	334
(1) Vorgaben des BVerfG .....	334
(2) Übertragung auf soziale Netzwerke .....	335
(a) Anwendung der BVerfG-Vorgaben .....	335
(b) Inhalt der BVerfG-Vorgaben .....	336
(c) Schutzwürdiges Vertrauen in sozialen Netzwerken .....	338
(d) Zwischenergebnis .....	341
3. Fazit .....	341

IV. Analyse der Verfassungsmäßigkeit .....	341
1. §§ 161, 163 StPO .....	342
a) Eingriffsstärke des virtuellen verdeckten Ermittlers .....	342
b) Abgrenzung zum virtuellen noeP .....	344
c) Zwischenergebnis .....	347
2. § 110a StPO .....	347
3. § 110a StPO analog .....	350
a) Zulässigkeit einer Analogie .....	350
b) Vorliegen der Voraussetzungen einer Analogie .....	351
aa) Planwidrige Regelungslücke .....	351
bb) Vergleichbare Interessenlage .....	352
c) Zwischenergebnis .....	353
4. Fazit .....	353
V. Zusammenfassung und dogmatischer Ausblick .....	353
<b>§ 3 Schluss</b> .....	<b>355</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>358</b>
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	<b>379</b>



## Einleitung

Die Funktion des Rechts lässt sich knapp damit umschreiben, dass es ein Instrument sozialer Steuerung darstellt. Ausschlaggebend für die Gestaltung des Rechts als Steuerungsinstrument muss demnach auch das Objekt der Steuerung sein. Bei Änderung der tatsächlichen, etwa gesellschaftlichen oder technischen, Verhältnisse kann das Gesetz auf drei unterschiedliche Arten reagieren: durch die Anwendung bestehender Normen auf die neuen Gegebenheiten, Gesetzesänderungen oder Untätigkeit. Diese verschiedenen Reaktionsmöglichkeiten bergen dabei jeweils unterschiedliche Gefahren: Die erste Alternative einen Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz, die zweite eine Hypertrophie der Rechtsordnung und die dritte das Entstehen von Regelungslücken.<sup>1</sup>

Eine fundamentale Änderung der Lebensumstände erfolgte durch die zunehmende Verbreitung elektronischer Datenverarbeitung und die damit einhergehende, wachsende Abhängigkeit von Informationen und Informationsverarbeitungssystemen. Die Entwicklung einer Informationsgesellschaft hat zu einer zunehmenden Vernetzung von Informationssystemen und der fortschreitenden Konvergenz von klassischen Medien und Kommunikationsformen geführt. Die Ausbreitung des Internets und die schnelle Entwicklung der dazugehörigen Technik werden als größte Veränderung in Kultur und Wirtschaft seit dem Buchdruck klassifiziert.<sup>2</sup>

Bei Wandel der technischen Möglichkeiten ist jeweils klärungsbedürftig, ob bzw. inwiefern Normen an den geänderten Regelungsgegenstand anzupassen sind oder ob durch eine sinnvolle Anwendung dieser Normen auch die neu auftretenden Sachverhalte einer angemessenen Lösung zuführbar sind. Diese Frage stellt sich insbesondere bei strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen wegen der scharfen Form staatlicher Eingriffstätigkeit. Das Strafverfahrensrecht liefert gesetzliche Legitimationen, die für Zwecke der Strafverfolgung Eingriffe in die (Grund-)Rechte der Bürger gestatten. Umgekehrt finden diese Eingriffsbefugnisse ihre Begrenzung in der wertsetzenden Bedeutung der Grundrechte.<sup>3</sup> Zu prüfen ist im Falle neuer technischer Möglichkeiten, ob eine beabsichtigte Ermittlungstätigkeit auf eine bereits bestehende Befugnis gestützt werden kann oder ob der Gesetzgeber tätig werden muss, um den verfassungsgerichtlichen Maßgaben zu entsprechen.

Werden die Möglichkeiten der strafprozessualen Ermittlungstätigkeit durch die Praxis der Behörden, mit der Entwicklung der Technik einhergehend, erweitert, kann

---

<sup>1</sup> Kudlich, JuS 2001, 1165 (1165).

<sup>2</sup> Kudlich, Jura 2001, 305 (305).

<sup>3</sup> Fischer, in: Karlsruher Kommentar StPO, Einleitung Rn. 4.

dies zeitgleich den Gesetzgeber zum Tätigwerden veranlassen. Denn dem Staat kommt von Verfassungen wegen die Aufgabe zu, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, da ohne eine solche der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Dazu gehört es, die Vorschriften des Strafprozessrechts „laufend auf ihre Tauglichkeit, Zeitgemäßheit und Effektivität hin zu überprüfen und das bestehende Regelungsgefüge (...) an die sich ändernden Rahmenbedingungen anzupassen“.<sup>4</sup> Es scheint daraus gleichsam eine Art Automatismus der Schaffung von Rechtsgrundlagen zu entstehen, dessen Tempo im Wesentlichen von der Exekutive bestimmt wird. Aus diesem folgen immer weitergehende Möglichkeiten der Überwachung. Verstärkt wird die Entwicklung dadurch, dass der technische Fortschritt ständig neue, effektivere und einfachere Überwachungsmethoden ermöglicht. Die zunehmenden Maßnahmen erleichtern zum einen die Ermittlungstätigkeit, zum anderen gehen damit aber weitere und teilweise auch intensivere Grundrechtseingriffe einher.<sup>5</sup>

Bei neu geschaffenen Gesetzesgrundlagen eröffnen sich Fragen, inwieweit noch neuere Entwicklungen, die nach Gesetzeserlass entstehen, unter die Norm subsumiert werden können. Häufig wird gezielt eine weite Fassung gewählt, die gegenüber technischen Entwicklungen offen ist. So hat der Gesetzgeber seinerzeit mit den §§ 100a, 100b StPO auf neue Möglichkeiten der Kommunikation reagiert, um dem verfassungsrechtlichen Fernmeldegeheimnis ausreichend Schutz zu gewährleisten. Gegenstand war bei Erlass der Norm im Jahr 1968 die Sprachtelefonie.<sup>6</sup> Im Jahr 1997 wurde mit der neuen Wendung der „Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation“ anstelle des Begriffs des Fernmeldeverkehrs<sup>7</sup> eine technisch offene Formulierung gewählt. Mit weiterer technischer Entwicklung, wie beispielsweise der verschlüsselten Kommunikation oder auch noch nicht bekannter Techniken der Nachrichtenübertragung, wird der Gesetzesanwender wiederum erneut vor die Frage gestellt, ob diese unter den weiten Begriff der Telekommunikation subsumierbar sind. Denn trotz der weit gewählten Fassung ist es im Einzelfall schwierig zu beantworten, ob bestimmte Informationen noch unter „Telekommunikation“ zu fassen sind bzw. sich bestimmte technische Kontrollmöglichkeiten als Überwachung der Telekommunikation darstellen.<sup>8</sup>

Ziel der Bearbeitung ist es, neue technische Möglichkeiten für die Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden an den aus dem Verfassungsrecht folgenden Vorgaben zu messen. Die Arbeit wurde dazu in zwei große Blöcke aufgeteilt. In einem *Allgemeinen Teil* werden zunächst verfassungsrechtliche Determinanten

---

<sup>4</sup> Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, BT-Drs. 18/11277, S. 1.

<sup>5</sup> Kritisch dazu *Eisenberg/Singelstein*, NSTZ 2005, 62 (67).

<sup>6</sup> § 100a und § 100b StPO wurden mit dem Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses BGBl. 1986 I, S. 949 (951 f.) eingeführt.

<sup>7</sup> BegleitG zum TelekommunikationsG, BGBl. 1997 I, S. 3108 (3113).

<sup>8</sup> Siehe dazu auch *Bär*, TK-Überwachung, § 100a StPO Rn. 9; *Kudlich*, JuS 2001, 1165 (1166).

aufgestellt, die innerhalb des Strafprozessrechts zu berücksichtigen sind. Eine wesentliche Rolle kommt dabei zum einen den Grundrechten zu (A.). Zum anderen können aus der Verfassung weitere Sätze hergeleitet werden, die technikoffenen Ermittlungsbefugnissen Grenzen setzen (B.). Die „Technikoffenheit“ ist in der Straf- bzw. Strafprozessrechtswissenschaft bisher kein feststehender, allgemein anerkannter Topos.<sup>9</sup> Gemeint sind mit technik- bzw. entwicklungsffenen Ermächtigungsgrundlagen Befugnisse, wie das angeführte Beispiel des § 100a StPO, die für technische Entwicklungen „offen“ gehalten werden.

In einem *Besonderen Teil* werden sodann drei strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen im Konkreten an den im Allgemeinen Teil abstrakt gewonnenen Determinanten gemessen: Die Quellen-Telekommunikationsüberwachung (Quellen-TKÜ), die stille SMS und der virtuelle verdeckte Ermittler (C.–E.). Die Maßnahmen verbindet, dass mit ihnen jeweils auf Veränderungen innerhalb der Kommunikationstechnologie reagiert wurde. Die *Quellen-TKÜ* trägt dem Umstand Rechnung, dass die klassische Telekommunikation überwiegend durch verschlüsselte Kommunikationsmöglichkeiten ersetzt wird. Die *stille SMS* übermittelt – trotz ihrer Bezeichnung – keine Kurzmitteilung, sondern dient der Ortung von Zielpersonen. Dabei nutzt sie zum einen die Gegebenheit, dass in Zeiten moderner Kommunikation nahezu jeder ein Mobiltelefon mit sich führt. Zum anderen greift die stille SMS im Gegensatz zu vergleichbaren Ermittlungsmaßnahmen auch dann, wenn das Handy nicht über den klassischen Kommunikationsweg genutzt wird. Zuletzt findet mit dem Instrument des *virtuellen verdeckten Ermittlers* die zunehmend über soziale Netzwerke erfolgende Kommunikation Berücksichtigung.

---

<sup>9</sup> So auch Roggan, NJW 2015, 1995 (1995).