



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

StB 18/06

vom

31. Januar 2007

Nachschlagewerk: ja  
BGHSt: ja  
Veröffentlichung: ja

---

StPO § 102

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, Beschl. vom 31. Januar 2007 - StB 18/06 - Ermittlungsrichter des BGH

in dem Ermittlungsverfahren  
gegen

wegen des Verdachts der Gründung einer terroristischen Vereinigung u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 31. Januar 2007 gemäß § 169 Abs. 1 Satz 2, § 304 Abs. 1 und 5 StPO, § 120 Abs. 1 Nr. 6, § 135 Abs. 2 GVG beschlossen:

Die Beschwerde des Generalbundesanwalts gegen den Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom 25. November 2006 - 1 BGs 184/2006 - wird verworfen.

Die Staatskasse hat die Kosten des Rechtsmittels und die notwendigen Auslagen des Beschuldigten zu tragen.

Gründe:

I.

- 1 Der Generalbundesanwalt führt gegen den Beschuldigten und weitere Personen ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Gründung einer terroristischen Vereinigung und anderer Straftaten. Er hat beim Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs beantragt, "gemäß § 102, § 105 Abs. 1, § 94, § 98, § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO die Durchsuchung des von dem Beschuldigten benutzten Personalcomputers/Laptops, insbesondere der auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher abgelegten Dateien ..., und deren Beschlagnahme anzuordnen und den Ermittlungsbehörden zur verdeckten Ausführung dieser Maßnahme zu gestatten, ein hierfür konzipiertes Computerprogramm dem Beschuldigten zur Installation zuzuspielen, um die auf den Speichermedien des Computers abgelegten Dateien zu kopieren und zum Zwecke der Durchsicht an die Ermitt-

lungsbehörden zu übertragen" (im Folgenden: verdeckte Online-Durchsuchung). Nach dem derzeitigen Ermittlungsstand liegt es nahe, dass auf dem Computer verfahrensrelevante Informationen abgespeichert sind.

2 Mit Beschluss vom 25. November 2006 - Az.: 1 BGs 184/2006 - hat der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs den Antrag abgelehnt. Hiergegen wendet sich der Generalbundesanwalt mit seiner Beschwerde. Der Ermittlungsrichter hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen.

## II.

3 Die gemäß § 304 Abs. 5 StPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht hat der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs die verdeckte Online-Durchsuchung, die erheblich in Grundrechte des Betroffenen eingreift, nicht gestattet; denn es fehlt an der erforderlichen formell-gesetzlichen Befugnisnorm.

4 1. Entgegen der Meinung des Generalbundesanwalts ist die verdeckte Online-Durchsuchung nicht durch § 102 StPO (Durchsuchung beim Verdächtigen) in Verbindung mit § 110 StPO (Durchsuchung von Papieren, auch von elektronischen Speichermedien, vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 980; 2005, 1917, 1921; BGH NSTz 2003, 670; Meyer-Goßner, StPO 49. Aufl. § 110 Rdn. 1) und §§ 94 ff. StPO (Beschlagnahme) gedeckt (ebenso Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht Rdn. 704; Bär CR 1995, 489, 494; Zöller GA 2000, 563, 572 f.; Böckenförde, Die Ermittlung im Netz 222 f.; aA: BGH - Ermittlungsrichter wistra 2007, 28; Hofmann NSTz 2005, 121, 123 ff.; Graf DRiZ 1999, 281, 285).

5 a) Die Anordnung einer auf verdeckte Ausführung angelegten Durchsuchung findet in §§ 102 ff. StPO keine Grundlage. Das gilt unabhängig davon, ob - wie hier - ihr Gegenstand ein Computer und ihr Ziel das Auffinden bestimmter Dateien ist mit der Folge, dass auch das Recht auf informationelle Selbstbe-

stimmung (vgl. BVerfGE 65, 1 ff.; BVerfG NJW 2006, 976, 979 f.) berührt wird, oder ob die Suche nach körperlichen Gegenständen erlaubt werden soll. Das Bild der Strafprozessordnung von einer rechtmäßigen Durchsuchung ist dadurch geprägt, dass Ermittlungsbeamte am Ort der Durchsuchung körperlich anwesend sind und die Ermittlungen offen legen (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 981; Sieber aaO Rdn. 704; Schäfer in Löwe/Rosenberg, 25. Aufl. § 102 Rdn. 1; Nack in KK 5. Aufl. § 102 Rdn. 1; Bär aaO 494; Zöller aaO 572 f.; aA: Graf aaO 285; Hofmann aaO 121, 123).

- 6           aa) Dafür sprechen zunächst die Vorschriften der Strafprozessordnung über die Durchführung der Durchsuchung. § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO sieht ausdrücklich ein Recht des Inhabers der zu durchsuchenden Räume oder Gegenstände auf Anwesenheit vor ("... darf ... der Durchsuchung beiwohnen", vgl. Rudolphi in SK-StPO § 106 Rdn. 2; Meyer-Goßner aaO § 106 Rdn. 2). Bei seiner Abwesenheit ist gemäß § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO, wenn möglich, sein Vertreter oder ein Erwachsener aus dem Kreis der Familie oder Nachbarschaft zuzuziehen. § 105 Abs. 2 StPO verlangt bei einer Durchsuchung der Wohnung, der Geschäftsräume oder des befriedeten Besitztums, die ohne Beisein des Richters oder des Staatsanwalts stattfindet, nach Möglichkeit die Beiziehung eines Gemeindebeamten oder von zwei Gemeindemitgliedern, die nicht Polizeibeamte oder Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sein dürfen. Die Fassungen des § 105 Abs. 2 Satz 1 StPO ("... sind ... zuzuziehen") und des § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO ("... ist ... zuzuziehen") postulieren Pflichten der Ermittlungsorgane (vgl. Rudolphi aaO § 105 Rdn. 16 f., § 106 Rdn. 1, 6; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 10, § 106 Rdn. 4). Nach § 107 Satz 1 StPO ist dem von der Durchsuchung Betroffenen nach deren Beendigung auf Verlangen eine schriftliche Durchsuchungsbescheinigung zu erteilen, was voraussetzt, dass ihm zeitnah die Kenntnis von der erfolgten Durchsuchung vermittelt wird. Diese Vorschrift will gewährleisten, dass der Betroffene unmittelbar nach Beendigung der Maßnahme über den Grund der Durchsuchung informiert wird und damit Gelegenheit erhält, deren Rechtmäßigkeit zu überprüfen und gegebenenfalls nachträglich Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (vgl. Rudolphi aaO § 107 Rdn. 1).

7            Diese Regelungen sind nach ihrem Wortlaut (siehe oben) sowie nach ihrem Sinn und Zweck, den von einer Durchsuchung Betroffenen zu schützen, als wesentliche Förmlichkeiten zwingendes Recht und nicht lediglich Vorschriften, die zur beliebigen Disposition der Ermittlungsorgane stehen. Von ihrer Beachtung hängt die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung ab (vgl. Schäfer aaO § 105 Rdn. 56, § 106 Rdn. 15; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 17, 18, § 106 Rdn. 1; Nack aaO § 105 Rdn. 14; Meyer-Goßner aaO § 105 Rdn. 10). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Einschränkung "wenn möglich" in § 105 Abs. 2 Satz 1 StPO und § 106 Abs. 1 Satz 2 StPO. Unmöglich im Sinne dieser Vorschriften ist die Beiziehung von Zeugen nur dann, wenn die durch Tatsachen begründete naheliegende Möglichkeit besteht, dass durch die Suche nach bereiten Zeugen der Erfolg der Durchsuchung vereitelt wird (vgl. Schäfer aaO § 105 Rdn. 55; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 18). Sie darf aber nicht aus ermittlungstaktischen Erwägungen unterbleiben, um den Tatverdächtigen über die Durchsuchung sowie die gegen ihn geführten Ermittlungen in Unkenntnis zu halten.

8            Der Gegenauffassung, es handle sich nicht um zwingendes Recht, sondern um bloße Ordnungsvorschriften (so Hofmann aaO 121, 124), kann nicht gefolgt werden. Dass § 105 Abs. 2 StPO und § 106 Abs. 1 StPO lediglich die Art und Weise der Durchführung einer Durchsuchung und nicht ihre Anordnung selbst regeln, ändert nichts daran, dass sie aus den dargelegten Gründen von den Ermittlungsorganen zwingend einzuhalten sind (vgl. Nack aaO § 105 Rdn. 21, § 106 Rdn. 1; Schäfer aaO § 107 Rdn. 6; Rudolphi aaO § 105 Rdn. 30, § 106 Rdn. 1). Zutreffend ist allerdings, dass in der Diskussion um die Frage, ob aus der Verletzung dieser Vorschriften ein Beweisverwertungsverbot folgt, diese zuweilen als bloße Ordnungsvorschriften bezeichnet werden (vgl. Meyer-Goßner aaO § 106 Rdn. 1, § 107 Rdn. 1; siehe dazu aber auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts NJW 2005, 1917, 1923, nach der zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsuchung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten

geboten ist). Es mag dahin gestellt bleiben, ob diese Begriffsbildung sinnvoll oder eher verwirrend ist. Jedenfalls aber darf sie sich nicht verselbständigen. Aus dem Umstand, dass nach überwiegender Meinung ein Verstoß gegen diese Regelungen kein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat und sie zur Begründung dessen teilweise als Ordnungsvorschriften bezeichnet werden, kann nicht geschlossen werden, ihre Befolgung stünde zur Disposition der Ermittlungsbehörden. Dieser Schluss würde die Frage nach den Voraussetzungen für eine rechtmäßige Durchsuchung mit der nach den Rechtsfolgen einer rechtswidrig durchgeführten Maßnahme vermengen.

9            Nach alledem ist es den Ermittlungsbehörden - unabhängig davon, wonach gesucht wird - verboten, eine richterliche Durchsuchungsanordnung bewusst heimlich durchzuführen, um auf diese Weise dem Tatverdächtigen keine Hinweise auf die gegen ihn geführten Ermittlungen zu geben und den Erfolg weiterer Ermittlungen nicht zu gefährden. Dementsprechend versteht es sich, dass ein Richter keine Durchsuchung anordnen darf, die - wie die verdeckte Online-Durchsuchung - von vornherein darauf abzielt, bei ihrem Vollzug die gesetzlichen Schutzvorschriften des § 105 Abs. 2 und des § 106 Abs. 1 StPO außer Kraft zu setzen.

10           Ein anderes Ergebnis lässt sich auch nicht mit der Erwägung begründen, eine verdeckt durchgeführte Durchsuchung sei von der Befugnisnorm des § 102 StPO gedeckt, weil sie für den Betroffenen weniger belastend sei als die offen durchgeführte Durchsuchung, bei der eine Wohnung betreten wird (so aber Hofmann aaO 121, 124). Das Gegenteil trifft zu: Jede heimliche Durchsuchung ist im Vergleich zu der in §§ 102 ff. StPO geregelten offenen Durchsuchung wegen ihrer erhöhten Eingriffsintensität eine Zwangsmaßnahme mit einem neuen, eigenständigen Charakter. Die offene Durchführung gibt dem Betroffenen die Möglichkeit, je nach den Umständen die Maßnahme durch Herausgabe des gesuchten Gegenstandes abzuwenden bzw. in ihrer Dauer und Intensität zu begrenzen, ferner ihr - gegebenenfalls mit Hilfe anwaltlichen Beistands - bereits während des Vollzugs entgegen zu treten, wenn es an den gesetzlichen

Voraussetzungen fehlt, oder aber zumindest die Art und Weise der Durchsuchung zu kontrollieren, insbesondere die Einhaltung der im Durchsuchungsbeschluss gezogenen Grenzen zu überwachen (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 981; Bär aaO 489, 494). Die heimliche Durchsuchung nimmt dem Betroffenen diese Möglichkeiten.

11           bb) Auch systematische Erwägungen sprechen dafür, die Durchsuchung im Sinne des § 102 StPO nur als eine offen auszuführende Maßnahme zu erlauben.

12           Die besonders grundrechtsintensiven Ermittlungsmaßnahmen mit technischen Mitteln (wie etwa die Überwachung der Telekommunikation, die Wohnraumüberwachung und der Einsatz technischer Mittel), die ohne Wissen des Betroffenen erfolgen können, sind in §§ 100 a bis 100 i StPO geregelt. Für sie bestehen gerade auch wegen ihrer Heimlichkeit hohe formelle (vgl. § 100 b Abs. 2, Abs. 6 Satz 2, § 100 c Abs. 5 Satz 4, § 100 d Abs. 1 - 4 StPO) und materielle Anforderungen an die Anordnung und die Durchführung. Insbesondere dürfen sie nur beim Verdacht bestimmter schwerer Straftaten angeordnet werden, wenn andere erfolgversprechende Aufklärungsmittel nicht vorhanden sind und sie nicht in den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung eingreifen (vgl. § 100 a Satz 1, § 100 c Abs. 1, 2 und 4, § 100 f Abs. 1 und 2 StPO). Die einzelnen Befugnisnormen regeln maßnahmespezifisch, unter welchen Voraussetzungen Dritte von den Maßnahmen betroffen sein dürfen (vgl. § 100 a Satz 2, § 100 c Abs. 3 und 6, § 100 f Abs. 3 und 4 StPO). Sie enthalten ausführliche Regelungen über den Abbruch der Maßnahmen, die Verwertung der gewonnenen Erkenntnisse und die Vernichtung personenbezogener Informationen (vgl. § 100 a Abs. 4 - 6, § 100 c Abs. 5 - 7, § 100 d Abs. 5 und 6, § 100 f Abs. 5 StPO).

- 13                    Vergleichbar hohe Eingriffsschranken für die Anordnung einer Durchsuchung beim Verdächtigen gemäß § 102 StPO bestehen nicht. Es genügt für sie der Anfangsverdacht einer beliebigen Straftat. Die Durchführung der Durchsuchung und der Umgang mit den dabei gewonnenen Daten sind nicht annähernd streng geregelt.
- 14                    b) Nach alledem findet die verdeckte Online-Durchsuchung in § 102 StPO keine Rechtsgrundlage.
- 15                    Dabei ist maßgeblich, dass diese Vorschrift nur zu einer offen ausgeführten Durchsuchung ermächtigt. Dagegen kommt es nicht entscheidend darauf an, dass die in den Speichermedien eines Computers abgelegten Daten im Einzelfall ähnlich sensibel und schutzwürdig sein können wie das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort und dass die Maßnahme wegen der Durchsicht einer Vielzahl unterschiedlicher Daten als ein besonders schwerwiegender Eingriff in das Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung erscheinen mag. Denn unter diesem Aspekt unterscheidet sich die verdeckte Online-Durchsuchung nicht von einer im Rahmen einer offenen Durchsuchung vorgenommenen Auswertung von elektronischen Datenträgern, die als unbedenklich angesehen wird (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 980 ff.; 2005, 1917, 1919 f.; NStZ 2002, 377 f.; Nack aaO § 110 Rdn. 2). Desgleichen braucht auch nicht entschieden zu werden, ob die verdeckte Online-Durchsuchung wegen der großen Menge an möglicherweise sensiblen Daten, die dem Zugriff der Ermittlungsbehörden ausgesetzt sind, eher einer Wohnraumüberwachung als einer Durchsuchung gleicht (so der angefochtene Beschluss), was zwar unter dem Aspekt der Heimlichkeit der Fall sein mag, unter dem Aspekt der Dauerhaftigkeit der Maßnahme aber zweifelhaft erscheint. Auch wenn die Anordnung einer verdeckten Online-Durchsuchung in der Weise beschränkt wird, dass nur der auf dem betroffenen Computer vorhandene Bestand an Daten einmal - in einem oder mehreren Arbeitsschritten - kopiert und übertragen werden darf (so BGH-Ermittlungsrichter wistra 2007, 28) und somit die Nutzung des Computers (E-Mail-Verkehr und laufende Internetrecherchen) nicht über einen längeren

Zeitraum überwacht wird, kann sie schlicht wegen ihrer Heimlichkeit in § 102 StPO keine Stütze finden.

16            Soweit argumentiert wird, sie sei zulässig, insbesondere sei das Anwesenheitsrecht gemäß § 106 Abs. 1 Satz 1 StPO gewährt, weil der Computernutzer während der Übertragung des zu durchsuchenden Datenbestandes an die Ermittlungsbehörde "online" sein müsse (vgl. Hofmann aaO 121, 124), wird verkannt, dass nach Sinn und Zweck dieser Schutzvorschrift die Anwesenheit des Betroffenen oder der anderen Personen gerade die Beobachtung und Kontrolle der Durchsuchung ermöglichen soll, die rein körperliche Anwesenheit ohne die Möglichkeit der Kenntnisnahme dies aber nicht gewährleistet.

17            2. Auch andere Eingriffsnormen der Strafprozessordnung erlauben die verdeckte Online-Durchsuchung nicht.

18            a) Die Maßnahme kann nicht auf § 100 a StPO (Überwachung der Telekommunikation) gestützt werden (anders für den einmaligen heimlichen Zugriff auf eine passwortgeschützte Mailbox BGH - Ermittlungsrichter NJW 1997, 1934 ff.). Zwar muss der Computerbenutzer bei der Übertragung der zu durchsuchenden Daten an die Ermittlungsbehörde mit Hilfe des aufgespielten Computervirus "online" sein, so dass diese Bestandteil des ohnehin bestehenden Datenstroms sind. Jedoch wird dadurch die verdeckte Online-Durchsuchung nicht zur Telekommunikation (vgl. zum Begriff der Telekommunikation § 3 Nr. 22 und 23 TKG in der Fassung vom 22. Juni 2004 und BGH NJW 2003, 2034 f.), weil nicht die Kommunikation zwischen dem Tatverdächtigen und einem Dritten überwacht, sondern zielgerichtet eine umfassende Übermittlung der auf dem Zielcomputer vor Beginn des Kommunikationsvorgangs gespeicherten Daten an die ermittelnde Stelle zum Zwecke der Suche nach Beweismitteln oder weiteren möglichen Ermittlungsansätzen ausgelöst wird (vgl. Hofmann aaO 121, 123; Zöller aaO 573 f.). Der Datenfluss während des "Online"-Status des Computers wird somit lediglich aus technischen Gründen zum Zwecke der Übertragung der in den Speichermedien abgelegten Dateien benutzt.

- 19            b) Die Eingriffsermächtigung des § 100 c StPO (Wohnraumüberwachung) rechtfertigt die verdeckte Online-Durchsuchung nicht, weil ein Computer auf elektronischem Weg durchsucht und nicht das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort mit technischen Mitteln abgehört und aufgezeichnet werden soll (vgl. Sieber aaO Rdn. 705).
- 20            c) Auch § 100 f Abs. 1 Nr. 2 StPO (Einsatz technischer Mittel) scheidet als Befugnisnorm aus; denn diese Vorschrift gestattet nur den heimlichen Einsatz besonderer für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel außerhalb von Wohnungen wie Peilsender, satellitengestützte Ortungssysteme und Nachtsichtgeräte (vgl. BGHSt 46, 266, 271 ff.; Sieber aaO Rdn. 705; Hofmann aaO 121, 122).
- 21            d) Die Generalklausel des § 161 StPO erlaubt nur Zwangsmaßnahmen, die von einer speziellen Eingriffsermächtigung der Strafprozessordnung nicht erfasst werden und lediglich geringfügig in die Grundrechte des Betroffenen eingreifen (vgl. Meyer-Goßner aaO § 161 Rdn. 1; Hilger NSTZ 2000, 563, 564).
- 22            3. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts kann § 102 StPO zur verdeckten Online-Durchsuchung auch dann nicht ermächtigen, wenn zusätzlich die für die Überwachung von Telekommunikation (§ 100 a StPO) und Wohnraum (§ 100 c StPO) normierten hohen Eingriffsvoraussetzungen - wie Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung, Subsidiarität gegenüber weniger belastenden Ermittlungsmaßnahmen - gegeben sind (so aber BGH - Ermittlungsrichter wistra 2007, 28; Hofmann aaO 121, 124) und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit "besonders" beachtet wird. Es ist unzulässig, einzelne Elemente von Eingriffsermächtigungen zu kombinieren, um eine Grundlage für eine neue technisch mögliche Ermittlungsmaßnahme zu schaffen. Dies würde dem Grundsatz des Gesetzesvorbehaltes für Eingriffe in Grundrechte (Art. 20 Abs. 3 GG) sowie dem Grundsatz der Normenklarheit und Tatbestandsbestimmtheit von strafprozessualen Eingriffsnormen widersprechen (vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 979; 2005, 1338, 1339 f.; Sieber aaO Rdn. 703 f.). Der Grund-

satz der Verhältnismäßigkeit begrenzt im Einzelfall gesetzliche Befugnisse, eine fehlende Ermächtigungsgrundlage kann er nicht ersetzen.

- 23                    4. Eine offen ausgeführte Wohnungsdurchsuchung und Beschlagnahme des Computers mit anschließender Durchsuchung der Speichermedien gemäß §§ 98 ff., 102, 110 StPO, deren Voraussetzungen gegeben wären, ist nicht anzuordnen. Der Generalbundesanwalt hat ausdrücklich erklärt, dass lediglich eine verdeckte Online-Durchsuchung beantragt wird.

Tolksdorf

Pfister

von Lienen