

Schriften zum Strafrecht

Band 419

Ein Update für den Kernbereichsschutz

**Die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen
bei der strafprozessualen Online-Durchsuchung**

Von

Catharina Pia Conrad



Duncker & Humblot · Berlin

CATHARINA PIA CONRAD

Ein Update für den Kernbereichsschutz

Schriften zum Strafrecht

Band 419

Ein Update für den Kernbereichsschutz

Die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen
bei der strafprozessualen Online-Durchsuchung

Von

Catharina Pia Conrad



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bremen hat diese Arbeit
im Jahre 2022 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.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-58925-8> abrufbar.



© 2024 Catharina Pia Conrad
Erschienen bei Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-18925-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58925-8 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-58925-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

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

*Für meine Familie –
Sigrid, Matthias und Corinna Conrad*

Vorwort

Dieses Dissertationsprojekt wurde im August 2022 abgeschlossen und von der Universität Bremen zur Prüfung angenommen. Das Promotionskolloquium fand im März 2023 statt.

Zwischen der Veröffentlichung der Dissertation und dem Promotionskolloquium erfolgte eine Kürzung des Titels und eine redaktionelle Überarbeitung.

An dieser Stelle möchte ich allen danken, die mich bei der Anfertigung dieser Dissertation unterstützt haben.

Besonderer Dank gilt den Betreuern dieser Dissertation Prof. Dr. Felix Herzog und Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, die mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen und mich bei der Umsetzung dieses Projekts unterstützt haben.

Weiterhin geht mein Dank an die Mitarbeitenden der Strafrechtslehrstühle an der Universität Bremen sowie an die Kolleg*innen vom Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP). Den fachlichen und freund*innenschaftlichen Austausch sowie das solidarische Miteinander und die motivierenden Worte in jeder Phase des Dissertationsprojekts haben die Arbeit und mich wesentlich geprägt. Namentlich zu nennen sind hier insbesondere Tore Vetter, Dr. Andreas Gutmann und Julia Gelhaar.

Außerdem möchte ich mich bei jenen außergewöhnlichen Frauen und Freundinnen bedanken, die mich zum Abschluss dieses Dissertationsprojektes getragen und dafür gesorgt haben, dass ich mich in jener schweren Zeit nicht verliere. Ohne sie wäre dieses Projekt nicht abgeschlossen worden.

Dieser Dank gebührt Dr. Hanna Söker, Elena Ewering, Christina Schmitz, Laura Fügemann, Dr. Nele Austermann, Laura Janßen, Sarah Heines, Sarah Haßdenteufel, Patricia Alcoberro Llivina, Leonie Rau und Pia Pinkenburg. Danke für jedes eurer Worte und Taten!

Mein größter Dank gilt meinen Eltern Matthias und Sigrid Conrad sowie meiner Schwester Corinna Conrad. Sie haben während Studium, Referendariat und Dissertation mitgefiebert, -gelitten und sich mitgefremt. Sie haben mir diese Dissertation ermöglicht. Ihnen ist sie gewidmet.

Esens, im Dezember 2023

Catharina Pia Conrad

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
<i>1. Kapitel</i>	
Der Begriff des Persönlichkeitsprofils	19
A. Bisherige Erkenntnisse über das Persönlichkeitsprofil	19
I. Übersicht über die Rechtsprechung	20
II. Erkenntnisse der Persönlichkeitspsychologie	22
B. Eine Definition des Persönlichkeitsprofils	23
<i>2. Kapitel</i>	
Entwicklung eines Rechtsmaßstabs für die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen	25
A. Der Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung als verfas- sungsrechtlicher Maßstab	25
I. Die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen als Teil des Kern- bereichs privater Lebensgestaltung	26
1. Einordnung der Rechtsprechung	26
2. Gesamtschau der Daten	27
3. Persönlichkeitsprofilbildung als Ergebnis einer Rundumüberwachung	30
4. Abgrenzung zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	33
5. Zwischenergebnis	33
II. Entwicklung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung in der Recht- sprechung	34
1. Das Elfes-Urteil	34
2. Die (zweite) Tagebuch-Entscheidung	34
3. Verfassungsbeschwerde zur Wohnraumüberwachung	38
4. Urteil zum IT-Grundrecht	42
5. Urteil zum BKAG	44
III. Analyse der Rechtsprechung im Hinblick auf die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen	46
IV. Weitreichender Maßstab über Art. 1 Abs. 1 GG als das zweistufige Schutzkonzept des Bundesverfassungsgerichts	47
V. Gefahrenbegriff	49

B. Unionsrechtlicher Maßstab	50
I. Möglichkeiten zur Einbeziehung des Unionsrechts	51
II. Verstoß gegen Unionsrecht: Die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen bei der Online-Durchsuchung	53
1. Art. 8, 7 Grundrechte Charta	54
2. Richtlinie (EU) 2016/680 [DSRL-JI]	57
a) Verstoß gegen allgemeine Verarbeitungsgrundsätze	58
b) Verstoß gegen das Verbot des Profilings	60
3. E-privacy Richtlinie 2002/58	61
III. Gleichrangiges Schutzniveau von grundgesetzlichen Grundrechten und der Grundrechtecharta	62

3. Kapitel

Die Online-Durchsuchung 66

A. Historische Entwicklung	67
I. Erste Überlegungen auf Bundesebene	67
1. Online-Durchsuchung auf einer Mailbox	67
2. Erste Erwähnung einer Online-Durchsuchung	69
3. Online-Durchsuchung als klassische Durchsuchung?	70
4. Kehrtwende am Bundesgerichtshof	71
5. Das „Programm zur Stärkung der Inneren Sicherheit“	72
6. Zusammenfassung	73
II. Entwicklung in der Literatur	74
1. Besteht eine Ermächtigungsgrundlage für die Online-Durchsuchung?	74
2. Online-Durchsuchung als Eingriff in Art. 13 GG?	75
3. Zusammenfassung	76
III. Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen	77
1. Gesetzgebungsverfahren	78
a) Kontroversen um den Gesetzesentwurf	78
b) Unklarheiten bei der Begriffsbestimmung	80
2. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	81
a) Der „Zugriff auf informationstechnische Systeme“	82
b) Das IT-Grundrecht	84
c) Kritik in der Literatur	87
d) Zwischenresümee zur ersten Normierung der Online-Durchsuchung	88
IV. Bundeskriminalamtgesetz	89
1. Erstes Gesetzgebungsverfahren	90
2. Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	93
3. Das neue BKAG	96
V. Einführung der Online-Durchsuchung in die Strafprozessordnung	99

1. Gesetzgebungsverfahren	99
a) Anhörung der Sachverständigen	100
b) Inkrafttreten der Maßnahme	102
2. Verfassungsbeschwerden	103
VI. Zwischenresümee	104
B. Rechtsrahmen der Online-Durchsuchung	106
I. Ermächtigungsgrundlage	107
1. Das informationstechnische System	107
a) Der Ursprung des Begriffs des IT-Systems	108
b) Der Begriff des IT-Systems des Bundesverfassungsgerichts	109
c) Der strafprozessuale Begriff des IT-Systems	109
2. Daten	112
a) Arten der zu gewinnenden Daten	112
aa) Daten als Äquivalent zur „klassischen“ Durchsuchung	112
bb) Profiling-Daten	113
b) Datengewinnung mittels Peripheriegeräten	116
aa) Aktivierung der Peripheriegeräte durch die Ermittlungs- behörden	116
bb) Die passive Kenntnisnahme durch Peripheriegeräte	117
cc) Aktivierung des Peripheriegeräts durch das Gerät selbst	119
c) Daten aus spezielleren Ermittlungsmaßnahmen	119
aa) Quellen-TKÜ	120
bb) Wohnraumüberwachung	121
(1) Optische Wohnraumüberwachung	121
(a) Möglichkeit des Eingriffs in Art. 13 GG	122
(b) Eingriff durch Kenntnisnahme von Videotelefonie	124
(c) Eingriff durch die Erhebung von gespeicherten Videos	124
(aa) Videoaufnahmen während des Anordnungs- zeitraums	125
(bb) Gespeicherte Videos	125
(d) Zusammenfassung	126
(2) Akustische Wohnraumüberwachung	126
(a) Das Verhältnis zwischen akustischer Wohnraum- überwachung und Online-Durchsuchung	127
(b) Notwendigkeit der Anordnung einer akustischen Wohnraumüberwachung bei passiver Kenntnis- nahme der Mikrofone?	127
(c) Verletzung des Zitiergebots	129
cc) Beschlagnahme des IT-Geräts	131
dd) Weitere Ermittlungsmaßnahmen	134
d) Zwischenergebnis	135
3. Verdachtsgrad	135

4. Katalogtat	137
a) Die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als Rechtsgut von Verfassungsrang	139
b) Besondere Schwere der Straftat	141
aa) Überragend wichtige Rechtsgüter im Strafprozessrecht	142
(1) Betreiben krimineller Handelsplattformen	142
(2) Bildung einer kriminellen Vereinigung	143
(3) Geld- und Wertzeichenfälschung	144
(4) Verbreitung, Erwerb und Besitz von kinderpornografischen Inhalten	144
(5) Bandendiebstahl und schwerer Bandendiebstahl	145
(6) Raub und räuberische Erpressung	145
(7) Gewerbsmäßige Hehlerei, Bandenhehlerei und gewerbsmäßige Bandenhehlerei	146
(8) Besonders schwerer Fall der Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte	147
(9) Computerbetrug	147
(10) Besonders schwerer Fall der Bestechlichkeit	148
(11) Straftatbestände aus dem Asyl- und Aufenthaltsgesetz ..	148
(12) Straftatbestände aus dem Betäubungsmittelgesetz	149
(13) Straftatbestände aus dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen	149
(14) Straftatbestände aus dem Waffengesetz	150
bb) Weitere Straftaten	150
c) Zwischenergebnis	150
5. Schwere der Tat auch im Einzelfall	153
6. Subsidiaritätsklausel	154
a) Das Verhältnis zur akustischen Wohnraumüberwachung	155
b) Verfassungskonforme Auslegung der Subsidiaritätsklausel	156
c) Zwischenergebnis	157
7. Verhältnismäßigkeit	158
II. § 100b Abs. 3 StPO – Betroffene*r einer Maßnahme	158
III. § 100b Abs. 4 i. V. m. § 100a Abs. 5, 6 StPO – technische Anforderungen	159
1. Das Tatbestandsmerkmal der technischen Umsetzbarkeit	160
2. Schutz gegen unbefugte Dritte	161
3. Schutz der kopierten Daten	161
4. Zwischenfazit	162
IV. § 100e StPO – Verfahren im Vergleich zur akustischen Wohnraumüberwachung	162
V. Weitere Verfahrensregelungen	163
C. Zwischenergebnis	164

4. Kapitel

Kernbereichsschutz bei der Online-Durchsuchung de lege lata	167
A. Erhebungsebene	169
I. § 100d Abs. 1 StPO – Erhebungsebene: keine Erhebung von allein kernbereichsrelevanten Daten	169
II. § 100d Abs. 3 S. 1 StPO – Vermeidung der Erhebung von kernbereichsrelevanten Daten	170
1. Durch Live-Überwachung	170
2. Durch die Verwendung von Suchbegriffen	171
3. Durch Verbot der Nutzung von Peripheriegeräten	172
III. Zwischenergebnis	172
B. Verwertungsebene	174
I. § 100d Abs. 2 StPO – Verfahrensvorschriften	174
II. § 100d Abs. 2 S. 1 StPO – Absolutes Verwertungsverbot	174
III. § 100d Abs. 3 S. 2, 3 StPO – Entscheidung durch eine unabhängige Stelle	175
1. Bindungswirkung und Gewaltenteilung	175
2. Umfang der Bindungswirkung	177
C. Zwischenresümee	177

5. Kapitel

Fazit: Unzureichende Regelungen zur Begrenzung der Datenmenge	179
A. Additiver Grundrechtseingriff	180
B. Ebene des Kernbereichsschutzes	182
I. Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung des § 100d Abs. 1 StPO	183
II. § 47 Nr. 3 BDSG	186
III. Unterbrechung der Maßnahme	186
IV. Exkurs: Verwendung intelligenter Systeme in der Zukunft? Ergebnis und Ausblick	187
V. Die Rolle des § 100e Abs. 3 S. 2 Nrn. 3, 4 StPO	188
VI. Erweiterung der Vorschriften	189
1. Ergänzung des § 100d Abs. 1 StPO	190
2. Normierung der Unterbrechung der Maßnahme	190
Ergebnis und Ausblick	192
Literaturverzeichnis	194
Stichwortverzeichnis	201

Einleitung

Diese Dissertation befasst sich mit der Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen als Teil des Kernbereichs privater Lebensgestaltung am Beispiel der strafprozessualen Online-Durchsuchung. Für die Ermittlungsmaßnahme finden sich die unterschiedlichsten Begriffe wie „IT-Systemüberwachung“¹, „Ausspähen von Computer Dateien“² und „Zugriff auf informationstechnische Systeme“³. Mit ihr, so die Warnungen, gehen Gefahren der Rundumüberwachung,⁴ Totalüberwachung⁵ und der Bildung von Persönlichkeitsprofilen⁶ einher. Was aber steckt hinter dieser Ermittlungsmaßnahme? Welche Gefahren birgt die Online-Durchsuchung tatsächlich? Was bedeuten sie und wie muss auf sie reagiert werden? All dies soll im Folgenden untersucht und geklärt werden.

Die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen ist bislang von Literatur und Rechtsprechung vernachlässigt worden. Lediglich die Feststellung, dass eine solche nicht bestehen dürfe,⁷ wurde bis zum jetzigen Zeitpunkt durch die Rechtsprechung getroffen.

Diese einfache Feststellung allein kann jedoch bei einer Ermittlungsmaßnahme wie der Online-Durchsuchung nicht ausreichen. Denn sie erhebt Daten in einem neuen Ausmaß, indem sie in alle Lebensbereiche der betroffenen Person eindringt. So muss im Folgenden geklärt werden, was ein Persönlichkeitsprofil ist und wie mit ihm umgegangen werden muss. Grundsätzlich geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass sich die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen aus einer Rundumüberwachung ergibt. Dabei kommt es insbesondere auf die Menge der erhobenen Daten an, die

¹ *Knierim/Oehmichen*, Quellen TKÜ und Online-Durchsuchung, in: *Gesamtes Strafrecht aktuell*, 375.

² LT-NRW Drucks., Ausschussprotokoll 14/292, S. 18; LT-NRW Drucks., Ausschussprotokoll 14/275, S. 18.

³ *Roggan*, Gutachterliche Stellungnahme LT-Drucks. 14/0628, S. 6.

⁴ BVerfG 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279, 323 = NJW 2004, 999.

⁵ *Eschelbach*, in: SSW StPO, § 100b, Rn. 5.

⁶ BVerfG 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220, 280 = NJW 2016, 1781.

⁷ BVerfG 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220, 280 = NJW 2016, 1781; BVerfG 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279, 323 = NJW 2004, 999.

sich aus einer längeren Zeitspanne der Überwachung verschiedener Lebensbereiche einer Person ergeben.⁸

Bereits diese pauschale Definition zeigt, dass in der Strafrechtswissenschaft bisher nicht ausreichend anerkannt wurde, welche Gefahren mit der Erhebung von Daten mittels der Online-Durchsuchung einhergehen. Dies soll sich mit dieser Ausarbeitung ändern und es soll eine präzisere Definition des Persönlichkeitsprofils entwickelt werden.

In der siebten Ausgabe der ZEIT des Jahres 2021⁹ berichtete die Zeitung unter der Überschrift „Das Handy-Ich“ über eine Studie, die sich in der Lage sieht, anhand der Smartphone-Nutzung innerhalb eines kurzen Zeitraums ein Persönlichkeitsprofil der Nutzer*innen mittels des Big-Five-Modells zu erstellen. Diese Studie zeigt eindrucklich, welche Möglichkeiten die Erfassung von Smartphone-Daten bietet und wie in kürzester Zeit das Innere einer Person nach außen getragen werden kann.¹⁰ Diese technische Entwicklung soll mit dieser Ausarbeitung Eingang in die Strafrechtswissenschaft finden und es soll eine Reaktion auf dieses Phänomen entwickelt werden, an der es bislang fehlt.

Mit den neuen Möglichkeiten der Auswertung von IT-Geräten muss ein strafprozessualer Umgang gefunden werden, welcher in der Lage ist, die Rechte beschuldigter Personen weiterhin zu schützen und zu gewährleisten. Die Online-Durchsuchung ist gerade deswegen so brisant, weil sie, im Gegensatz zur klassischen Durchsuchung, heimlich durchgeführt wird und über einen längeren Zeitraum hinweg andauert. So ist es den Ermittlungsbehörden möglich, eine große Menge an Daten über die betreffende Person zu speichern und ihre Verhaltensmuster aufzudecken. Es stellt sich die Frage, welche Rückschlüsse aus der kompletten Überwachung eines IT-Systems auf die Persönlichkeit des*der Betroffenen gewonnen werden können und wie diese Erkenntnisse im Rahmen der Vorgaben zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung rechtlich geschützt werden können. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf den hohen Stellenwert zu richten, den ein informationstechnisches System im Leben eines*einer Jeden aufgrund des technischen Fortschritts hat. Es ist also auch zu prüfen, ob diese Situation eine

⁸ BVerfG 20.04.2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, BVerfGE 141, 220, 280 = NJW 2016, 1781; BVerfG 04.04.2006 – 1 BvR 518/02, BVerfGE 115, 320, 350 f. = NJW 2006, 1939; BVerfG 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279, 323 = NJW 2004, 999; BVerfG 16.07.1969 – 1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1, 6 = NJW 1969, 1707.

⁹ Drösser/Schütte, Die ZEIT vom 11.02.2021, S. 46.

¹⁰ Stachel et al., PNAS, Predicting personality from patterns of behavior collected with smartphones; online abzurufen über <https://www.pnas.org/content/117/30/17680#ref-28> (zugegriffen am 14.4.2021).

Weiterentwicklung der Grundsätze zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung fordert.

Wesentliche Aufgabe soll es im Folgenden somit sein, das Recht in Einklang mit dem technischen Fortschritt zu bringen. Wenn der Gesetzgeber den Weg für die Nutzung des technischen Fortschritts im Rahmen der Strafverfolgung ebnet, muss dieser technische Fortschritt auch für den Schutz des Kernbereiches der privaten Lebensgestaltung genutzt werden.

Dafür muss eine Kontextualisierung zwischen der Menge der Daten und ihren Inhalten vorgenommen werden. Gerade in der Beziehung beider bestehen die größten Gefahren zur Bildung von Persönlichkeitsprofilen. Mit dieser Schnittstelle wird sich diese Ausarbeitung beschäftigen. Denn durch die Online-Durchsuchung lässt sich nicht nur eine erhebliche Menge an Daten generieren, sondern die Daten beinhalten auch Informationen zu allen Lebensbereichen der Betroffenen. In kürzester Zeit lassen sich erhebliche Persönlichkeitsstrukturen nachzeichnen, was beispielsweise bei einer Ermittlungsmaßnahme wie der akustischen Wohnraumüberwachung so zunächst nicht möglich wäre.

Das hat seinen Ursprung darin, dass es den Ermittlungsbehörden durch die Online-Durchsuchung ermöglicht wird, eine Ermittlungsmaßnahme einzusetzen, die sich nicht mehr auf den Inhalt eines einzelnen Datums konzentriert, sondern die in der Lage ist, durch eine Gesamtschau von Daten Persönlichkeitselemente aufzudecken. An dieser Stelle steigt die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen erheblich an.

In einem ersten Schritt wird das erarbeitet, was Rechtsprechung und Literatur bis dato nicht gelungen ist, eine Definition des Persönlichkeitsprofils.

Das folgende Kapitel beschäftigt sich sodann mit den Rechtsmaßstäben, an denen sich Maßnahmen, die die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen ermöglichen, messen lassen müssen. Hierfür folgt die Einordnung der Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen, auf Basis der im ersten Kapitel entwickelten Definition, in den Kernbereich privater Lebensgestaltung.

Zum einen wird der Maßstab des Bundesverfassungsgerichts in Form des zweistufigen Schutzkonzepts dargestellt. Denn zur Verhinderung der Bildung von Persönlichkeitsprofilen kommt es im Wesentlichen auf eine Begrenzung der Daten bereits auf Erhebungsebene an. Darüber hinaus wird in diesem Kapitel dargestellt, warum die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an dieser Stelle nicht vollends überzeugen kann und welche Vorgaben sich aus der Verfassung für die Gefahr der Bildung von Persönlichkeitsprofilen als Teil des Kernbereichs privater Lebensgestaltung stattdessen bei genauerer Untersuchung ergeben.