

Verbindungslinien zwischen Verfassungsrecht und strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen – Teil 3* Überlegungen anhand der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO

Akad. Rat a.Z. Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück**

V. Spezielle Problemfelder	636
1. Zugriff auf E-Mails	636
2. Online-Durchsuchung von Clouds und Überwachung des Surfverhaltens	638
3. Smart Speaker/Intelligente Lautsprecher	640
VI. Zum Abschluss: Beweisverwertungsverbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO	641
1. Zum Institut der unselbständigen Beweisverwertungsverbote	642
2. Beweis(verwertungs)verbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO	643

V. Spezielle Problemfelder

Nach dem allgemeinen Überblick über die Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO sollen im Folgenden noch einige spezifische Problemkonstellationen behandelt werden.

1. Zugriff auf E-Mails

Besondere Abgrenzungsprobleme bereitet die Frage, nach welcher Ermächtigungsgrundlage sich der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf E-Mails richtet.¹ Der insofern bestehende Streit beruht auf den technischen Grundlagen der Kommunikation via E-Mails, die im Vergleich zum hergebrachten Briefverkehr ganz allgemein dadurch charakterisiert werden kann, dass die zugrunde liegenden Daten der E-Mail regelmäßig mehrfach vorliegen, nämlich zumeist auf dem Server des jeweiligen Providers des Senders und des Empfängers und gespeichert auf den Endgeräten von Sender und Empfänger (Handy, Computer, Tablet etc.).²

* Teil 1 ist in Ausgabe 2/2025, Teil 2 ist in Ausgabe 3/2025 erschienen.

** Der Autor ist Akad. Rat a.Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Prof. Dr. Roland Schmitz) der Universität Osnabrück. Er vertritt im Sommersemester 2025 den Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Strafrechtsgeschichte an der Universität Passau.

¹ Zu dieser Einschätzung auch Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 76; Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 8 Rn. 56; Rückert, ZStW 129 (2017), 302 (305). Ausf. hierzu bspw. Grözinger, GA 2019, 441 ff.; Zimmermann, JA 2014, 321.

² Vgl. Palm/Roy, NJW 1996, 1791 (1793): Verschiedene Aggregatzustände der E-Mail. Siehe auch die Darstellung unterschiedlicher Phasen des E-Mail-Verkehrs bei Bär, NSTz 2009, 398; Brodowski, JR 2009, 402; Zimmermann, JA 2014, 321.

Die Beschlagnahmefähigkeit von E-Mails folgt grundrechtsdogmatischen Implikationen, sodass das Stadium der Übermittlung der Nachricht Auswirkungen auf die einschlägige Ermächtigungsgrundlage hat.³

Unter Berücksichtigung des besonderen Telos von Art. 10 GG ist das Fernmeldegeheimnis im Ausgangspunkt nicht betroffen, wenn auf die Kommunikationsdaten einer E-Mail auf den Endgeräten des Absenders oder Empfängers zugegriffen wird, denn in diesen sog. Offline-Phasen befinden sich die entsprechenden Daten im ausschließlichen Herrschaftsbereich der jeweiligen Person und unterliegen nicht den Unsicherheiten eines laufenden Kommunikations- und Übertragungsvorgangs.⁴ Den Strafverfolgungsbehörden ist ein entsprechender Zugriff auf solche Daten nach üblicher Ansicht durch Sicherstellung bzw. Beschlagnahme gem. §§ 94 ff. StPO möglich.⁵ Als Gegenstände i.S.d. § 94 StPO werden dabei also nicht nur die (körperlichen) Endgeräte, sondern auch elektronisch gespeicherte Informationen verstanden, d.h. Daten.⁶ Vor dem Abschluss des Versandes – d.h. in der Übermittlungsphase – ist demgegenüber § 100a StPO einschlägig.⁷

Umstritten ist allerdings, nach welcher Ermächtigungsgrundlage sich der Zugriff auf die beim Empfänger-Provider zwischen- oder endgespeicherten E-Mails richtet.⁸

Das BVerfG differenziert in der sog. IMAP-Entscheidung danach, ob dieser Zugriff heimlich oder offen erfolgt.⁹ Das Gericht hat im Ausgangspunkt entschieden, dass die Erhebung von Informationen aus E-Mails, die auf dem Server eines Providers gespeichert sind, an Art. 10 GG zu messen sei.¹⁰ Stimmen aus der Literatur hatten vor dieser Entscheidung argumentiert, dass der zugrunde liegende Kommunikationsvorgang mit dem Eingang auf dem Server des Providers¹¹ bzw. spätestens wenn der Empfänger die E-Mail gelesen hat¹², abgeschlossen und Art. 10 GG nicht mehr einschlägig sei. Das BVerfG gibt demgegenüber zu bedenken, dass der Empfänger vom Inhalt der auf dem Server gespeicherten E-Mail nur Kenntnis erlangen könne, wenn er eine entsprechende Internetverbindung herstellt, was die besondere Schutzbedürftigkeit dieses Vorgangs begründe.¹³ Das BVerfG stellte hierfür darauf ab, dass der Nutzer zum Lesen der E-Mail eine Verbindung zu diesem Server aufbauen müsse.¹⁴ Gleichwohl könne der offene Zugriff der Ermittlungsbehörden auf solche E-Mails auf § 94

³ Zum Ganzen *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 10 Rn. 38; *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 6b ff.

⁴ Zum Ganzen *Bär*, NStZ 2009, 398; *Kemper*, NStZ 2005, 538 (542 f.); *Eichenhofer*, Jura 2010, 684 (689); *Zimmermann*, JA 2014, 321 (322).

⁵ Siehe BVerfGE 113, 29 (45); 115, 166 (187 f.); BVerfG NJW 2009, 2431; *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 20; *Kemper*, NStZ 2005, 538 (543); *Menges*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, § 94 Rn. 14. Siehe auch *Brüning*, ZIS 2006, 237 f.; *Blechschnitt*, MMR 2018, 361 (363 f.). Krit. hierzu bspw. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 77: wertungswidersprüchlich.

⁶ Siehe *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100b Rn. 55; *Hauschild*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 94 Rn. 12 f. Krit. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 77 mit Verweis auf § 99 StPO.

⁷ Siehe *Abraham*, HRRS 2021, 356; *Krey/Heinrich*, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 871; *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 46.

⁸ Zur insofern geführten Diskussion vor der Reform von 2017 siehe *Zimmermann*, JA 2014, 321 (324 f.); *Kemper*, NStZ 2005, 538 ff.

⁹ BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431. Siehe auch BGH NJW 2021, 1252 (1254); siehe zum Ganzen auch *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 53 ff.; *Abraham*, HRRS 2021, 356 (357); *Graf*, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100b Rn. 54.

¹⁰ BVerfGE 124, 43 (60 ff.); siehe auch *Grözinger*, GA 2019, 441 (443); *Hufen*, Staatsrecht II, 10. Aufl. 2023, § 17 Rn. 7.

¹¹ *Bär*, NStZ 2009, 398 (399).

¹² *Kemper*, NStZ 2005, 538 (543).

¹³ BVerfGE 124, 43 (Zielseite Rn. 46). Siehe auch *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 4.

¹⁴ BVerfGE 124, 43 (60 ff.). Zum Ganzen auch *Grözinger*, GA 2019, 441 (443 f.); siehe auch *Zimmermann*, JA 2014, 321.

StPO gestützt werden.¹⁵ Diese Ansicht führt freilich dazu, dass der E-Mail-Verkehr insofern einem geringeren Schutzniveau unterstellt wird.¹⁶ Für einen heimlichen Zugriff auf die beim Provider gespeicherten E-Mails sei demgegenüber § 100a StPO einschlägig, da bzgl. der Provider gespeicherten Mails der besondere Schutzzweck des Art. 10 GG einschlägig sei.¹⁷ Hiergegen wendet bspw. *Grözinger* ein, dass der Begriff der Überwachung in § 100a StPO sich nur auf *laufende* Kommunikation beziehe. Deswegen können mit einer Maßnahme nach § 100a StPO nur auf solche Daten zugegriffen werden, die nach der Anordnung der Maßnahme auf dem Server gespeichert werden, nicht aber erfasse die Anordnung den alten Datenbestand.¹⁸

2. Online-Durchsuchung von Clouds und Überwachung des Surfverhaltens

Cloud-Dienste wie iCloud, OneDrive oder Dropbox werden von immer mehr Menschen genutzt und bieten für Strafverfolgungsbehörden einen schier „unermesslichen Datenschatz“.¹⁹ Das wirft die Frage auf, ob die Strafverfolgungsbehörden auf diese Daten zugreifen können.²⁰

Als Cloud werden Server-Infrastrukturen bezeichnet, die für Nutzer mittels netzbasierter Anwendungen zugänglich sind. Clouds zeichnen sich dadurch aus, dass der Nutzer nicht über die notwendige Hardware verfügen muss, sondern auf diverse, weltweit verteilte Rechner und Rechenzentren zugreifen kann. Die Cloud stellt also ein vernetztes Rechnernetzwerk dar. Praktisch bedeutsam ist insbesondere das sog. Cloud-Storage, welches als über das Internet zur Verfügung gestellte Festplatte charakterisieren lässt, auf denen der Nutzer seine Daten online speichern kann.²¹

Für einen geheimen Zugriff auf die in der Cloud gespeicherten Daten stehen im Grundsatz zwei Wege offen: Möglich ist einerseits ein Zugriff auf den Vorgang der Übertragung der Daten auf die Cloud, wenn also die Daten von Endgerät und Cloud (automatisch) synchronisiert werden; andererseits ist ein unmittelbarer Zugriff auf die Cloud denkbar.²²

Bzgl. des Zugriffs auf den Datenaustausch zwischen Endgerät und Cloud-Speicher muss man zunächst die (nicht unumstrittene) Ansicht des BVerfG berücksichtigen, wonach vom Fernmeldegeheimnis i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG nicht nur *zwischenmenschliche* Kommunikation, sondern auch die sog. Mensch-zu-Maschine-Kommunikation geschützt wird.²³ Deswegen sei das schlichte Surfen, d.h.

¹⁵ BVerfGE 124, 43 (60 ff.); BGH NJW 2010, 1297 (1298).

¹⁶ *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 392.

¹⁷ Siehe BGH NJW 2021, 1252 (1253 f. m.w.N.); *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 58 f.; *Henrichs/Weingast*, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100a Rn. 21; *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 115 ff. Ausf. Würdigung bei *Abraham*, HRRS 2021, 356 ff.

¹⁸ Ausf. zu dieser Argumentation *Grözinger*, GA 2019, 441 (445, 450 f.). Hiergegen bspw. *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 77; krit. Auch *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 46 ff., 54: Im geltenden Recht keine Eingriffsgrundlage für den geheimen Zugriff auf beim Server des Providers gespeicherte E-Mails.

¹⁹ Vgl. *Grözinger*, StV 2009, 406.

²⁰ Monographisch hierzu *Bell*, Strafverfolgung und die Cloud, 2019; *Grözinger*, Die Überwachung von Cloud-Storage, 2018. Weitere Nachweise folgen in den kommenden Fn.

²¹ Allg. *Gähler*, HRRS 2016, 340 f.; *Grözinger*, StV 2009, 406 (410); *Krusel/Grzesiek*, KritV 2017, 331 (333); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 126.

²² Siehe zu dieser Differenzierung insbesondere *Gähler*, HRRS 2016, 340 (341 ff.).

²³ Terminologie nach *Warken*, NZWiSt 2017, 329 (335). Siehe zum Ganzen *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 29 ff., 81; *Eichenhofer*, Jura 2010, 684 (690); *Heinrich*, ZIS 2020, 421 (422); *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 40. Aufl. 2024, Rn. 1028. Siehe hierzu BVerfG NJW 2016, 3508 (3510); BGH NJW 2003, 2034; zustimm. *Singelstein*, NSTZ 2012, 593 (594 f.); *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 15. A.A. bspw. *Böckenförde*, JZ 2008, 925 (936 f.); *Eidam*, NJW 2016, 3511 f.; *Hiéramente*, HRRS 2016, 448 (451); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrens-

das Abrufen von Informationen aus dem Internet, Fernkommunikation i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG, weil auch beim Surfen der Schutzgedanke einer telekommunikationsspezifischen Gefährdungslage betroffen sei.²⁴

Das hat zur (scheinbaren²⁵) Konsequenz, dass die Überwachung des Surfverhaltens eines Betroffenen an der Quelle sich nach § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO richtet.²⁶ Dafür spricht auch die weite Legaldefinition in § 3 Nr. 59 TKG, wonach Telekommunikation „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels Telekommunikationsanlagen“ ist. Auf Basis dieser Ansicht stellt die geheime Überwachung der Datensynchronisation zwischen Endgerät und Cloud folgerichtig ebenfalls einen Eingriff in Art. 10 GG dar und ist somit auf § 100a StPO zu stützen.²⁷

Gegen die Ansicht, Cloud Computing, d.h. den Datenaustausch zwischen Cloud und Endgerät, als (Tele-)Kommunikation i.S.d. § 100a StPO zu begreifen, spricht eine funktionale Betrachtung, weil sich ein solcher Vorgang gerade nicht für (mind.) eine weitere Person öffnet und somit regelmäßig privater als zwischenmenschliche Kommunikation ist, wie sie unzweifelhaft von Art. 10 GG geschützt wird.²⁸ Dafür streitet auch, dass bei einer zwischenmenschlichen Kommunikation regelmäßig nicht die Intimsphäre betroffen sein wird. Im „Selbstgespräch“ mit der Cloud ist demgegenüber die Gefahr viel größer, dass der Nutzer auf intimste Daten, Fotos u.ä. zugreift. Deswegen dürfte die Eingriffsintensität beim Cloud-Computing größer sein, was dafür spricht, dass die Voraussetzungen des § 100b StPO, nicht der (Quellen-)TKÜ gegeben sein müssen.²⁹ Der Datenaustausch zwischen Cloud und Endgerät auf Basis dieser Überlegungen vom IT-Grundrecht geschützt.³⁰ Folgerichtig ist der Zugriff auf den Datenfluss auf Basis dieser Ansicht gem. § 100b StPO möglich.³¹ In Ausnahmekonstellationen kann freilich auch Cloud-Computing mit zwischenmenschlichem Bezug erfolgen, bspw. wenn der Nutzer Daten aus der Cloud mit einer anderen Person teilt.³²

Der *unmittelbare* Zugriff auf die hinterlegten Daten stellt sich im Übrigen nach verbreiteter Ansicht nicht als Eingriff in eine laufende Kommunikation i.S.d. Art. 10 Abs. 1 GG dar, sondern ist vom IT-Grundrecht geschützt.³³ Einschlägige Ermächtigungsgrundlage ist daher § 100b StPO.³⁴ Dabei gilt es zu beachten, dass das BVerfG nicht nur das Endgerät des Nutzers, sondern auch die Cloud selbst als

recht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 5; krit. auch *Durner*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Kommentar, 91. Lfg., Stand: April 2020, Art. 10 Rn.119 f.

²⁴ BVerfG NJW 2016, 3508 (3510); siehe auch *Gähler*, HRRS 2016, 340 (343); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 18. Aufl. 2024, Art. 10 Rn. 6; *Singelstein*, NStZ 2012, 593 (594 f.); *Sodan*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 5. Aufl. 2024, Art. 10 Rn. 5.

²⁵ *Heinrich*, ZIS 2020, 421 (424 f.).

²⁶ *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 126.

²⁷ *Bär*, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 43; *Gähler*, HRRS 2016, 340 (343 f.); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 128.

²⁸ *Hauck*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 134; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 5.

²⁹ Siehe auch *Roggan*, StV 2017, 821 (823); *Eidam*, NJW 2016, 3511 (3512). Ähnlich auch BVerfG NJW 2016, 1781 (1794 Rn. 209).

³⁰ *Grözinger*, StV 2009, 406 (410 f.). Zum Ganzen auch *Roggan*, StV 2017, 821 (823).

³¹ *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 43; *Grözinger*, StV 2009, 406 (411); *Roggan*, StV 2017, 821 (823); *Soiné*, NStZ 2018, 497 (500).

³² *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 61.

³³ Siehe bspw. *Grözinger*, StV 2009, 406 (409 ff.); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 130.

³⁴ *Soiné*, NStZ 2018, 497 (500); *Greco*, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 43; *Grözinger*, StV 2009, 406 (411); *Heinrich*, ZIS 2020, 421 (425 f.); *Roggan*, StV 2017, 821 (823); *Rückert*, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 130, § 100b Rn. 34.

informationstechnisches System qualifiziert hat.³⁵ Richtigerweise wird man zudem auch das Endgerät und die Cloud des Nutzers als *einheitliches* informationstechnisches System betrachten müssen. Hierfür streitet, dass der Nutzer die Cloud als externe Festplatte betrachtet und nutzt. Das gilt allerdings nur, wenn der entsprechende Server im Inland befindet.³⁶ Bei ausländischen Servern ist demgegenüber ein Rechtshilfeersuchen zu stellen.³⁷

3. Smart Speaker/Intelligente Lautsprecher

Intelligente Haushaltsgeräte gewinnen immer mehr an Beliebtheit. Hierzu zählen insbesondere stationäre digitale Assistenten, wie bspw. Amazons Echo oder der Homepod von Apple. Diese Geräte sind mit mehreren Mikrofonen ausgestattet, die ununterbrochen „mithören“ und durch ein bestimmtes Signalwort aktiviert werden.³⁸ H.A. ist zunächst, dass § 100b StPO eine Online-Durchsicht dieser Geräte erlaubt, mit der also das Nutzungsverhalten in Bezug auf das Gerät oder darauf gespeicherte Daten erhoben werden können.³⁹ Für die Strafverfolgungsbehörden interessant ist weitergehend die technische Möglichkeit, diese Systeme für die Strafverfolgung fruchtbar zu machen. Insbesondere lässt sich daran denken, dass die Mikrofone der Geräte für eine „akustische Wohnraumüberwachung“ genutzt werden könnten.⁴⁰ Fraglich ist daher, ob §§ 100a ff. StPO einen solchen Zugriff legitimieren.⁴¹

§ 100a StPO kommt hierfür grundsätzlich nicht in Betracht. Unabhängig davon, ob man für einen Telekommunikationsvorgang voraussetzt, dass zwei Menschen miteinander kommunizieren oder nicht, liegt eine Kommunikation mit dem digitalen Assistenten doch nur dann vor, wenn dieser mit einem entsprechenden Codewort aktiviert wird. Eine dauerhafte Überwachung der Wohnung ist so nicht möglich.⁴²

Auch § 100b StPO kann den Einsatz der Smart Speaker zur Wohnraumüberwachung nicht legitimieren. Die Norm gestattet, Daten *aus* dem System zu erheben und gerade nicht Daten *mit* dem System zu erheben.⁴³ Die zu erhebenden Daten müssen mit anderen Worten vorliegen, dürfen aber nicht der Infiltration erst generiert werden. Auch verfassungsrechtliche Überlegungen stützen diesen Befund: Das Abhören der Wohnung mittels der intelligenten Lautsprecher stellt sich vor allem als Eingriff in Art. 13 GG dar. § 100b StPO dient jedoch nur als Rechtfertigung für Eingriffe in das IT-Grundrecht.⁴⁴ Mit diesen Überlegungen ist auch ein Rückgriff auf § 100c StPO versperrt: Ein zusätzlicher Eingriff in ein informationstechnisches System des Betroffenen zur *Überwachung* ist von dieser Norm nicht vorgesehen.⁴⁵ Die Überlegung, hierfür die Befugnisse aus §§ 100a–100c StPO in einer Anordnung zu *kombinieren*, um also die Datenerhebung mittels der Smart Speaker auch aus einer Wohnung her-

³⁵ Siehe BVerfG NJW 2008, 822 hinsichtlich des Endgeräts des Nutzers; BVerfG NJW 2016, 1781 (1794 Rn. 209) hinsichtlich der Cloud.

³⁶ Gähler, HRRS 2016, 340.

³⁷ Zu den Einzelheiten Soiné, NStZ 2018, 497 (500); Untch, KriPoZ 2022, 420.

³⁸ Zur Funktionsweise dieser Geräte Blechschmitt, MMR 2018, 361 f.

³⁹ Siehe Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100b Rn. 4, Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 22; a.A. Graf, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2025, § 100b Rn. 11: keine informationstechnischen Systeme.

⁴⁰ Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 47.

⁴¹ Ausf. hierzu Rüscher, NStZ 2018, 687 ff.

⁴² Rüscher, NStZ 2018, 687 (689); Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 65.

⁴³ Großmann, JA 2019, 241 (244); Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 66; Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100b Rn. 45; Singelstein/Derin, NJW 2017, 2646 (2647). So im Grundsatz auch Soiné, NStZ 2018, 497 (502: „passive Kenntnisnahme“).

⁴⁴ Löffelmann, GSZ 2020, 244 (247); Rüscher, NStZ 2018, 687 (690 ff.).

⁴⁵ A.A. Henrichs/Weingast, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, § 100c Rn. 5.

aus zu legitimieren,⁴⁶ muss ebenfalls (auch aus verfassungsrechtlichen Gründen) zurückgewiesen werden. Gegen diese Möglichkeit spricht einerseits, dass § 100b StPO nur das passive Auslesen der Daten des informationstechnischen Systems erfasst, andererseits das technische Mittel i.S.d. § 100c StPO richtigerweise ein solches der Strafverfolgungsbehörden darstellt, denn § 100b Abs. 1 StPO differenziert explizit zwischen dem informationstechnischen System (des Betroffenen) und dem technischen Mittel (der Strafverfolgungsbehörden).⁴⁷ Daraus folgt, dass das informationstechnische System des Betroffenen nicht (gegen ihn) als technisches Mittel zur Überwachung genutzt werden kann. Der Sprung, ein informationstechnisches System zu infiltrieren und *mit diesem* den Betroffenen zu überwachen, wird also auch durch eine Addition der §§ 100a ff. StPO nicht ermöglicht. Zuletzt nennt Art. 17 des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens⁴⁸, mit dem die Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO eingeführt wurde, Art. 13 GG nicht als eingeschränktes Grundrecht. Eine vom Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG geforderte verfassungsrechtskonforme Auslegung verbietet daher ebenfalls, intelligente Lautsprecher für eine akustische Wohnraumüberwachung zu nutzen.⁴⁹

VI. Zum Abschluss: Beweisverwertungsverbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO

Beweisverbote schränken die zur Verfügung stehende Datenbasis für die im Strafprozess anzustellende Suche nach der (materiellen) Wahrheit ein:

„Beweisverbote sind also zumindest zu einem großen Teil Wahrheitsverbote.“⁵⁰

Weil die Erforschung der (materiellen) Wahrheit aber nach h.L. ein wesentliches Ziel des Strafverfahrens darstellt,⁵¹ erscheinen Beweisverbote erklärungsbedürftig.⁵² Tatsächlich betrifft denn auch ein großer Teil der strafprozessualen Diskussion die Legitimation und Reichweite von Beweisverboten.⁵³ Das kann hier naturgemäß nicht im Einzelnen aufbereitet werden. Gewisse Begrifflichkeiten müssen vielmehr als bekannt vorausgesetzt und sollen ausschließlich mit Blick auf §§ 100a–100c StPO konkretisiert werden. Für das weitergehende Studium sei ergänzend auf den Fußnotenapparat verwiesen.

⁴⁶ Siehe hierzu *Soiné*, NStZ 2018, 497 (504).

⁴⁷ *Rüscher*, NStZ 2018, 687 (690).

⁴⁸ BGBl. I 2017, S. 3202.

⁴⁹ Klarstellend *Roggan*, StV 2017, 821 (826); *Großmann*, JA 2019, 241 (244). Nur angemerkt sei an dieser Stelle, dass in dieser Vorschrift das IT-Grundrecht ebenfalls nicht als eingeschränkt bezeichnet wird (ebenso wenig wie im funktionsgleichen § 89 BKAG). Das hat seinen näheren Grund in der restriktiven Auslegung des Zitiergebots durch das BVerfG (krit. hierzu *Dreier*, in: *Dreier*, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 19 Abs. 1 Rn. 21, 25; *Sachs/v. Coelln*, in: *Sachs*, Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2024, Art. 19 Rn. 27 ff., jew. m.w.N.), die eine Nennung i.S.d. Art. 19 Abs. 1 S. 1 GG des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und seiner einzelnen Ausprägungen nach verbreiteter Ansicht nicht nötig macht (Siehe zum Ganzen *Enders*, in: BeckOK GG, Stand: 28.12.2024, Art. 19 Rn. 14 ff.).

⁵⁰ *Greco*, in: FS Rogall, 2018, S. 487 (490). Siehe auch *Hassemer*, KritV 1990, 260 (269); *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 18.

⁵¹ Siehe nur *Metz*, ZStW 133 (2021), 447 (452); *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. 2021, § 3 Rn. 1. Diff. *Murmann*, GA 2004, 65 ff.

⁵² Siehe *Paul*, NStZ 2013, 489; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 24 Rn. 19 f. Auch wenn es sich nicht um einen didaktischen Aufsatz handelt, sei das Studium des Beitrags von *Greco*, in: FS Rogall, 2018, S. 487 ff. ausdrücklich empfohlen.

⁵³ Vgl. *Neuber*, NStZ 2019, 113.

1. Zum Institut der unselbständigen Beweisverwertungsverbote

Der Terminus des Beweisverbots ist der Oberbegriff für Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote.⁵⁴

Von besonderem Interesse sind auch für den Bereich der §§ 100a–100c StPO die sog. *unselbständigen* Beweisverwertungsverbote. Solche Beweisverwertungsverbote beruhen auf einer Verletzung von Beweiserhebungsverböten bzw. sind Folge eines fehlerhaften, insbesondere formell oder materiell rechtswidrigen Beweiserhebungsvorgangs.⁵⁵

Dabei gilt es jedoch zu berücksichtigen, dass im Strafprozessrecht streng zwischen der Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung und der Möglichkeit der Verwertung eines rechtswidrig erlangten Beweisergebnisses zur Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) zu unterscheiden ist.⁵⁶ Der Grundsatz lautet dementsprechend, dass eine rechtswidrige Beweiserhebung nicht zwangsläufig zu einem Beweisverwertungsverbot führt.⁵⁷ Genau genommen stellen Beweisverwertungsverbote nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG eine zu begründende Ausnahme dar.⁵⁸ Wann ein Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot ein Beweisverwertungsverbot zur Folge hat, wird in der Literatur mit unterschiedlichen Erklärungsansätzen theoretisch zu klären versucht (insbesondere Rechtskreistheorie und Schutzzwecktheorie).⁵⁹

Der BGH rekurriert in diesem Zusammenhang unter Billigung des BVerfG auf die Abwägungslehre, wonach das staatliche Interesse an der Strafverfolgung mit den individuellen Interessen des betroffenen Bürgers abzuwägen sind.⁶⁰ Abwägungsposten sind hierbei unter anderem die Qualität des Verfahrensverstößes sowie die Bedeutung und Schwere der Tat.⁶¹ Beweisverwertungsverbote sind nach der Rechtsprechung des BVerfG geboten „nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind.“⁶² Entsprechend der üblichen, von der Rechtsprechung verfochtenen Grundsätze kommt ein Beweisverwertungsverbot also vor allem dann in Betracht, wenn die

⁵⁴ Paul, NStZ 2013, 489; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 50.

⁵⁵ Siehe hierzu bspw. Finger, JA 2006, 529 (530); Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 1581; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 5; Meyer-Mews, JuS 2004, 39; Neuber, NStZ 2019, 113.

⁵⁶ Kramer, Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 9. Aufl. 2021, Rn. 162.

⁵⁷ BVerfG NJW 2012, 907 (910); BVerfG NJW 2000, 3557; BVerfG NJW 2011, 2417 (2418); BGHSt 19, 325 (331); 24, 125 (129); 25, 325 (331); 32, 68 (71); 36, 167 (173); 37, 48 (53); 38, 214 ff.; 44, 243; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 55.

⁵⁸ BVerfGE 113, 29 (61); 125, 260 (339 f.); BVerfG NJW 2010, 287; BVerfG NJW 2012, 910; BGHSt 37, 30 (32); 44, 243 (249); 54, 69; BGH NJW 1994, 2904 f.; BGH NJW 2022, 2126 (2128); BGH NStZ 2023, 117. Aus der Literatur Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, Einl. Rn. 55; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 707; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11. Ausf. Paul, NStZ 2013, 489.

⁵⁹ Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 704 ff.; Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 11 ff.; Ostendorf/Brüning, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 2024, § 16 Rn. 82 ff.; Paul, NStZ 2013, 489 (490).

⁶⁰ BVerfG NJW 2007, 499 (501); BVerfG NJW 2012, 907; BGHSt 19, 325 (329); 27, 355 (357); 31, 204 (307); 44, 243; 58, 84 (96 ff.); BGH NJW 2008, 307; Rogall, JZ 1996, 944; ders., ZStW 91 (1979), 1 ff. (31 ff.). Siehe auch Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 335. Umfangreiche Aufarbeitung bei Neuber, NStZ 2019, 113 ff.

⁶¹ Siehe BVerfGE 130, 1; BGHSt 42, 372 (377); 47, 172 (179); 51, 285; 54, 69 (87); Gössel, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 1, 27. Aufl. 2016, Einl. Abschn. L Rn. 42 ff.; Rogall, NStZ 1988, 385 (392); Bader, in: KK-StPO, 9. Aufl. 2023, Vor § 48 Rn. 27.

⁶² BVerfGE 113, 29 (61); BVerfG NJW 2011, 2417 ff.; BVerfG NJW 2012, 907 (910); siehe auch BGH NJW 2022, 2126 (2128). Zur Bedeutung der Schwere des Verfahrensverstößes als Abwägungsposten siehe auch Paul, NStZ 2013, 489 (492).

Ermittlungsbehörden die Eingriffsvoraussetzungen in schwerwiegender Weise, insbesondere willkürlicher oder bewusster Weise missachtet haben.⁶³ Folge dieses Ausgangspunktes ist freilich eine ausufernde Kasuistik, „die gegenüber einer rationalen Rekonstruktion durch die miteinander konkurrierenden Verwertungsverbotslehren renitent bleibt.“⁶⁴

2. Beweis(verwertungs)verbote im Kontext der §§ 100a ff. StPO

Die spezielle Vorschrift des § 100d Abs. 1, Abs. 2 StPO enthält keine abschließenden Regelungen für Beweisverwertungsverbote im Zusammenhang mit Maßnahmen nach §§ 100a–100c StPO. Zu nennen sind vielmehr auch (unselbständige) Beweisverwertungsverbote bei Verstößen gegen § 160a Abs. 1–3 StPO sowie nach allgemeinen Grundsätze bei (formell oder materiell) rechtswidrigen Maßnahmen, wenn also die Anordnungsvoraussetzungen nicht gewahrt wurden.⁶⁵ Denkbar sind vielfältige Verstöße und daher auch Fallgruppen, in denen Beweisverwertungsverbote zu diskutieren sind.⁶⁶

Ein unselbständiges⁶⁷ Beweisverwertungsverbot soll insbesondere bei Verstößen gegen den Richtervorbehalt gem. § 100e Abs. 1, Abs. 2 StPO die Folge sein.⁶⁸ Hat die Staatsanwaltschaft von ihrer Eilbefugnis gem. § 100a Abs. 1 S. 2 StPO Gebrauch gemacht, hat die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug ein Verwertungsverbot zur Folge.⁶⁹ In materieller Hinsicht kommt ein Verwertungsverbot vor allem dann in Betracht, wenn die Maßnahme auf den Verdacht einer Straftat gestützt wird, die keine entsprechende Katalogtat der Maßnahme ist.⁷⁰ Die Rechtsprechung will diesen Grundsatz mit Blick auf die Figur des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs relativieren.⁷¹ Die aus der (Quellen-)TKÜ erhobenen Daten sind unverwertbar, wenn ein solcher qualifizierter Anfangsverdacht bzgl. einer Katalogtat nicht bestand. Der BGH gesteht den Ermittlungsbehörden jedoch einen weiten Beurteilungsspielraum zu, sodass ein Verwertungsverbot in der Praxis nur bei „Willkür oder grober Fehlbeurteilung“ praktisch in Betracht kommt.⁷² Wie wichtig die richtige Wahl der Ermächtigungsgrundlage ist, zeigt sich unter anderem daran, dass Erkenntnisse aus einer als Quellen-TKÜ gem.

⁶³ Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100a Rn. 115.

⁶⁴ So Greco, in: FS Rogall, 2018, S. 487. Ausf. Kritik des „systemlosen Abwägungsprozessrechts“ bei Wolter, in: FS Roxin, 2011, S. 1245 ff. Siehe auch Neuber, NStZ 2019, 113. Ausf. Darlegung auch bei Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 24 Rn. 30 ff.

⁶⁵ Siehe Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 98.

⁶⁶ So auch die Einschätzung von Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Vor Rn. 15. Siehe hierzu bspw. Großmann, JA 2019, 241 (246 ff.); Rückert, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 100a Rn. 332 ff., § 100b Rn. 81 ff., § 100c Rn. 61 ff.

⁶⁷ Unselbständige Beweisverwertungsverbote sind eine Konsequenz der Verletzung von Beweiserhebungsverböten, siehe Finger, JA 2006, 529 (530); Kindhäuser/Schumann, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2023, § 23 Rn. 5; Meyer-Mews, JuS 2004, 39.

⁶⁸ BGHSt 44, 243 (248 f.); 35, 32 (34); BGH NStZ-RR 2002, 176; Bär, in: KMR-StPO, 133. Lfg., Stand: 1.12.2024, § 100a Rn. 100, § 100b Rn. 45. And. Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 35.

⁶⁹ BVerfGE 103, 142 (151 f.); BGH NStZ 2004, 449; Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 35. Zum Ganzen Kudlich, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 470, 472; Heghmanns, ZJS 2017, 499 (501 f.).

⁷⁰ BGHSt 31, 304 (309); 47, 362 (365); Großmann, JA 2019, 241 (247); Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 218, 226; Kudlich, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, Einl. Rn. 472; Paul, NStZ 2013, 489 (493).

⁷¹ BGH NJW 2003, 1880 (1883). Krit. hierzu Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 22.

⁷² Siehe BGHSt 41, 30; 48, 240 (248); zum Ganzen Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 30. Aufl. 2022, § 36 Rn. 11.

§ 100a Abs. 1 S. 2 StPO angeordneten Maßnahme grundsätzlich nicht verwertbar sind, wenn es sich um Daten handelt, die nicht aus einem laufenden Kommunikationsvorgang stammen.⁷³

Wird ein unselbständiges Beweisverwertungsverbot im Einzelfall bejaht, kann es auch notwendig sein, zum Problem der Fernwirkung Stellung nehmen zu müssen.⁷⁴

Die sog. Widerspruchslösung soll für die Verwertung von nach §§ 100a–100c StPO erhobenen Beweisen gelten.⁷⁵

Zuletzt sei darauf hingewiesen, dass es beim Einsatz der verdeckten Maßnahmen der §§ 100a–100c StPO (bspw. gegen Akteure der organisierten Kriminalität) zu Zufallserkenntnissen kommen kann, die nicht die Tat, wegen der die Maßnahme angeordnet wurde, betreffen.⁷⁶ Entsprechende Übermittlungsverbote und Verwendungsbeschränkungen regelt § 479 StPO.⁷⁷

⁷³ Vgl. BVerfG NJW 2008, 822; siehe auch Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 35a.

⁷⁴ Siehe Greco, in: SK-StPO, Bd. 2, 6. Aufl. 2023, § 100b Rn. 114; Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 242. Allg. zum Institut der Fernwirkung Kasiske, Jura 2017, 16 ff.; Krey/Heinrich, Deutsches Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 1632 f.

⁷⁵ Siehe Hauck, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, StPO § 100a Rn. 215. Allg. zur Widerspruchslösung Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 708; ausf. zur neueren Rechtsprechung Rückert, ZStW 133 (2021), 522 ff.

⁷⁶ Allg. hierzu Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 360 f.; siehe auch Zöller, ZStW 124 (2012), 411 (437). Ausf. Reinbacher/Werkmeister, ZStW 130 (2018), 1104 ff.

⁷⁷ Siehe Köhler, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 67. Aufl. 2024, § 100a Rn. 34.