# Big Data im Strafprozess

RiBGH Dr. Ralf Eschelbach

## I. Einleitung

In *George Orwells*[1] Ozeanien war die Lage unter der Herrschaft eines „Big Brother“ so: „Man konnte natürlich nie wissen, ob man im Augenblick gerade beobachtet wurde oder nicht. Wie oft oder nach welchem System sich die Gedankenpolizei in jede Privatleitung einschaltete, darüber ließ sich bloß spekulieren. Es war sogar denkbar, dass sie ständig alle beobachtete. Sie konnte sich jedenfalls jederzeit in jede Leitung einschalten.“ Das war eine Fiktion für das Jahr 1984, von *Orwell* bis zum Jahr 1948 skizziert. Über diesen damals prospektiven Stand mitsamt dem Zahlendreher sind wir hinausgewachsen.[2] Die Überwachungstechnik, die schon im Jahre 1984 ozeanische Ausmaße erreicht hatte, ohne dass der sie nutzende „große Bruder“ tatsächlich wahrgenommen wurde, hat sich seither weiter potenziert. Nach einer menschlichen Attitüde wird jedes technische Mittel, das im Kampf um die Macht eingesetzt werden kann, irgendwann auch ausprobiert. Das Vertrauen darauf, dass rechtliche oder ethische Schranken selbst dann eingehalten würden, wenn keine effektive Kontrolle durch ein externes Organ des Staates stattfindet, wäre naive Kunst.

Eine digitale Diktatur hat längst begonnen, sie wird besonders von Internetkonzernen in der Werbeindustrie im Kampf um Kunden, außerdem aber auch von den Geheimdiensten der Staaten im Kampf gegen den Terror genutzt, wodurch kleine Staaten im Staate entstanden sind. Psychische Kollateralschäden bleiben unbeachtet. Jedenfalls werden die verfügbaren technischen Mittel zur Informationssammlung, Datenspeicherung und Datenverwendung auch von der öffentlichen Gewalt genutzt, zum Teil auch zu anderen Zwecken als der Terrorismusbekämpfung. Dazu gehören präventivpolizeiliche Maßnahmen und Informationsbeschaffungsmaßnahmen bei der Strafverfolgung.

Die große Schafherde der Internetbenutzer trägt die meisten ihrer personenbezogenen Daten freiwillig zur informationellen Schlachtbank, indem sie wahllos „soziale Netzwerke“ bedient und auch sonst dauernd elektronische Spuren ihrer Präsenz und Persönlichkeitsentfaltung hinterlässt, ohne dass ihnen die Dimension der Verbreitung

---

1 *George Orwell*, 1984, 1948, Ubersetzung aus dem Englischen, 1950.
2 *Werner Meyer-Larsen* (Hrsg.), Der Orwell-Staat 1984 – Vision und Wirklichkeit, 1984.

bewusst wird. Die Mehrzahl aller Weltbürger bedienst sich laufend der Informationstechnik, veröffentlicht damit auch eigene personenbezogene Daten, die an beliebiger Stelle aufgefangen, gespeichert und selektiv genutzt werden können. Der beste Schutz vor einer Verwendung der personenbezogenen Daten ist dabei die Überflutung der speichernden Stellen mit einer derart großen Menge an Informationen, dass nur ein Bruchteil tatsächlich im Ergebnis von Menschen verwendet werden kann. Immerhin besteht die technische Möglichkeit, eine große Vielzahl von Informationen zusammenzutragen, die in ihrer Zusammenschau auch ein komplexes Persönlichkeitsbild entstehen lassen können. Genau dies ist schließlich das Ziel der präventivpolizeilichen oder strafprozessualen Maßnahmen, wenn sie gegen eine bestimmte Person ergriffen werden. Ob es sich im Einzelfall bei Nutzung von Telefon- und Internetanschlüssen um „Telekommunikation" im Sinne des speziellen Eingriffsrechts gemäß §§ 100a, 100b StPO handelt, ist rechtlich noch nicht abschließend geklärt,[3] verhindert aber tatsächlich keinen ubiquitären Datenzugriff.

Im Strafprozess geht es nicht nur um die Aufklärung einer Straftat als singuläres historisches Ereignis, sondern auch um die Ermittlung der Persönlichkeit jedes Beschuldigten als Indiz für eine Tatbegehung, ferner als Kriterium bei der Strafzumessung und längst auch bei der Prüfung einer Gefährlichkeit im Hinblick auf präventiv wirkende Maßregeln. Dazu ist über die „Tatzeitpersönlichkeit" des Betroffenen hinaus auch die psychische Geneigtheit zur künftigen Begehung von Straftaten mit Hilfe aller bio-psycho-sozialen Persönlichkeitsdaten zu erforschen.

Nutzt der Staat die verfügbaren Mittel, um Bewegungsprofile und Persönlichkeitsbilder von Bürgern zu erstellen, handelt er faktisch wie ein Überwachungsstaat. Die Unterscheidung von einer „digitalen Diktatur"[4] besteht nur im Zweck der Informationsbeschaffung, die in der Diktatur in der Verhaltenssteuerung besteht, im Rechtsstaat mit seinem System der Kontrolle in der Gefahrenabwehr zum Schutz anderer Bürger sowie in der Strafverfolgung. Aufzuhalten ist die technische Entwicklung und deren Nutzung auch für staatliche Zwecke nicht. Entscheidend für die Aufrechterhaltung der Freiheit der Bürger ist vor allem die Existenz einer wirksamen Kontrolle.

---

[3] *Hiéramente*, Surfen im Internet doch Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO? Anmerkung zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 6. Juli 2016, 2 BvR 1454/13, HRRS 2016, 448 ff.

[4] *Aust/Amann*, Digitale Diktatur – Totalüberwaschung, Datenmissbrauch, Cyberkrieg, 2014.

## II. Staatliche Erfassung von personenbezogenen Daten als Grundrechtseingriff

Grundrechte sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Die Konzeption der Grundrechte in unserer Verfassung kommt in Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck. Sie besagt, dass es einen absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung gibt, der zusammen mit der Menschenwürdegarantie als unantastbarer Rechtsposition gewährleistet wird und für den Staat generell tabu bleiben muss.[5] Daneben besteht eine Sphäre der relativ geschützten Persönlichkeitsentfaltung, in die der Staat unter bestimmten Umständen eingreifen darf.[6] Es gilt als Regel- und Ausnahmeverhältnis in Art. 2 Abs. 1 GG, dass dem Bürger alles erlaubt ist, soweit es nicht durch das Gesetz, durch die guten Sitten oder durch die Kollision mit der Grundrechtssphäre anderer Personen verboten ist. In der Regel sind also alle Handlungen erlaubt, es sei denn ausnahmsweise besteht ein Verbot. In einem totalitären System wäre prinzipiell alles verboten, was nicht besonders erlaubt wird.

Aus dem Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist als dessen Ausprägung das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu entnehmen,[7] das nach der „drei-Sphären-Theorie“ aus einem unantastbaren Kernbereich, einer beschränkbaren Zone der Persönlichkeitsentfaltung und einem Bereich der freiwilligen Entäußerung, die im Allgemeinen ohne weiteres einen Zugriff auf personenbezogene Daten zulässt, besteht. Auf Informationen auch unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung bezogen gibt es eine Intimsphäre, in die der Staat nie eindringen und deren Informationsgehalt er nicht für sich nutzen darf, ferner eine allgemeine Privatsphäre, in der jeder Bürger zwar das Recht hat in Ruhe gelassen zu werden, soweit nicht die staatlichen Organe aufgrund gesetzlicher Ermächtigung aus einem konkreten Eingriffsanlass heraus unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingreifen dürfen, und schließlich eine Sphäre der ungeschützten sozialen Kommunikation, die Jedermann nutzen kann. Diese Unterteilung der Persönlichkeitsentfaltung in drei Sphären, in denen je nach betroffener Sphäre absoluter, relativer oder gar kein Schutz gegen staatliche Informationszugriffe besteht, galt zeitweise als überholt. Sie ist aber seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts[8]

---

5 BVerfGE 130, 1, 22.
6 BVerfGE 80, 376, 373.
7 BVerfGE 65, 1, 41 ff.
8 BVerfGE 109, 279, 313 ff.

über den „Großen Lauschangriff“ des Staates mit Abhöreinrichtungen auf Gespräche in einer Wohnung reaktiviert worden. Angesichts der rasanten technischen Entwicklung ist in den verfassungsrechtlich relevanten Sphären auch ein „Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ entdeckt worden,[9] das eine technikbezogene Variante des Persönlichkeitsrechts im Sinne der Sphärentheorie ist. Im Grundsatz gilt auch hier, dass jede staatliche Erfassung personenbezogener Daten ohne weiteres zulässig ist, soweit eine Person ihre Daten freiwillig der gesamten Öffentlichkeit in den „sozialen Medien“ zur Verfügung stellt, etwa indem sie diese Daten ungeschützt im Internet verbreitet. Was Jedermann wahrnehmen kann, darf auch der Staat für seine Zwecke nutzen. Anders liegt es im Bereich von personenbezogenen Daten, die nicht freiwillig für den allgemeinen Zugriff im Internet preisgegeben werden, sondern nur für einen begrenzten Nutzerkreis unter Verwendung von Passwörtern oder anderen Sicherungen zur Verfügung gestellt werden. Will der Staat darauf zugreifen, muss er sich auf eine gesetzliche Ermächtigungsnorm stützen und im Einzelfall einen darin vorgesehenen Eingriffsanlass benennen können. Außerdem muss er stets den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten, der es gebietet, nur zur Zweckerreichung geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen zu ergreifen. Ob es im Bereich der informationellen Selbstbestimmung einen absolut geschützten Kernbereich gibt, wie diese Intimsphäre gegebenenfalls zu definieren ist, welche Maßnahmen der Staat zum Schutz dieses Kernbereichs ergreifen muss und welche Rechtsfolgen ein rechtswidriger Eingriff in den Kernbereich gegebenenfalls auslöst, ist ungeklärt.

## III. Auswirkungen der staatlichen Überwachung auf Freiheit und Persönlichkeit

Die Erfassung, Speicherung und Verwendung personenbezogener Daten durch den Staat als Grundrechtseingriff hat erhebliche Auswirkungen.

„Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung waren eine Gesellschaftsordnung und eine diese ermöglichende Rechtsordnung nicht vereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen können, wer was

[9] BVerfGE 120, 274, 302 ff.

wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß. Wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen.“[10]

Es besteht also die Gefahr einer generellen Verhaltensänderung der Betroffenen oder von einem staatlichen Eingriff bedrohten Bürger durch Angst vor andauernder Überwachung und Beobachtung mit der Folge eines endgültigen Verlusts des Freiheitsrechts im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG.

Sogar die Persönlichkeit kann durch diffuse Überwachungsgefahren verändert werden. So können Angststörungen und ähnliche psychopathologische Befunde auftreten. Die Wahnvorstellung, überall und jederzeit beobachtet zu werden, wäre im Extremfall ein Symptom einer paranoiden Wahnerkrankung bei einem mit Sinnestäuschungen einhergehenden Verfolgungswahn, über deren medizinisch-psychiatrische Ursachen keine Einigkeit besteht; als Auslöser kommt unter anderem ein traumatisches Erlebnis in Frage. Die paranoide Schizophrenie führt gegebenenfalls zu einem zunehmend ängstlichen oder aggressiven Verhalten. Die Forschung der Sozialwissenschaften, der Psychologie und der Psychiatrie sowie der Neurologie hinsichtlich minderer Formen einer psychischen Beeinträchtigung von Menschen durch die technische Möglichkeit einer totalen Datenerfassung steckt noch in den Kinderschuhen. Bei der Auslegung und Anwendung der Eingriffsgesetze für Überwachungsmaßnahmen bleiben die potentiellen Wirkungen umfassender Datenabschöpfung auch deshalb bisher unbeachtet. Sie sind zumindest potentiell erheblich, zumal die umfassende Datenerfassung nicht nur das Verhalten des Einzelnen, sondern ganzer sozialer Gruppen und der Gesellschaft beeinflussen kann.

Ein mündlich überliefertes Beispiel sieht so aus: Ein Strafverteidiger hatte ein Mandat für einen flüchtigen Beschuldigten. Seine Telekommunikation wurde überwacht, weil die Strafverfolgungsbehörden auf diesem Wege den Beschuldigten ermitteln und ihn festnehmen wollten, was schließlich gelang. Der Strafverteidiger erfuhr davon, dass seine Telekommunikation mit dem Mandanten überwacht worden war, obwohl die Überwachung der Verteidigerkommunikation prinzipiell unzulässig ist, rechtlich ebenso wie übrigens die Erfassung eines zum Menschenwürdegehalt der Religionsaus-

[10] BVerfGE 65, 1, 43.

übungsfreiheit zählenden Beichtgesprächs.[11] Beides, das Verteidigergespräch im Strafverfahren und das Beichtgespräch im täglichen Leben, sind Formen einer Kommunikation im absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung, die rechtlich tabu sind. Wenn sie gleichwohl durch staatliche Strafverfolgungsorgane belauscht werden, ist dies rechtswidrig, gleichgültig, ob der Informationszugriff gezielt oder zufällig geschieht. Aber auch rechtswidrige Maßnahmen kommen in der Praxis vor, wenngleich sie die Ausnahme von der Regel rechtskonformen staatlichen Handelns sind. Eine Rechtsfolge im Strafverfahren ergab sich im Beispielsfall aus dem rechtlich fehlerhaften Informationszugriff nicht, weil es nicht darum ging, Beweismittel für das Urteilsverfahren gegen den gesuchten Beschuldigten zu beschaffen, die wegen der rechtswidrigen Beschaffungsweise einem Beweisverwertungsverbot hätten unterliegen können. Es ging „nur“ darum, den Beschuldigten dingfest zu machen. Deshalb war im Rechtsmittelweg für den belauschten Strafverteidiger nicht mehr zu erreichen als die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Telekommunikationsüberwachung des Mandantengesprächs. Das Erlebnis des Strafverteidigers, dass er trotz seiner schutzwürdigen Prozessrolle einem Grundrechtseingriff ausgesetzt wurde, und seine weitere Erfahrung, dass sich die Organe des Staates auch an anderer Stelle im Einzelfall nicht strikt an das Gesetz halten, wenn Maßnahmen zur Erreichung eines für sich genommen legitimen Zwecks opportun erscheinen,[12] bewegte den Verteidiger dazu, seine Telekommunikation einzuschränken, von einer Nutzung sozialer Netzwerke abzusehen und die Internetnutzung auf ein Minimum zu beschränken. Dieser Fall mag eine Ausnahme sein und die individuelle Reaktion dürfte über den Durchschnitt der Reaktionsmuster hinausgehen. Gleichwohl liefert die im Einzelfall eingetretene Verhaltensänderung ein Beispiel für Gefahren, die sich infolge einer nicht wirkungsvoll kontrollierten Überwachungsmaßnahme realisieren können. Sie können zu Verhaltensänderungen auch im Bereich legaler Tätigkeiten aus Angst vor Überwachung führen.

Eine flächendeckende „Rundumüberwachung“ bestimmter Personen findet im Strafverfahren zwar nur in gravierenden Fällen statt, sie ist aber insbesondere bei Staats-

---

[11] BVerfGE 109, 279, 322.

[12] Bei einer im Auftrag des Bundesverfassungsgerichts durchgeführten Befragung im Bereich der Urteilsabsprachen haben die Mehrzahl aller Richter eingeräumt, insoweit im Einzelfall vom Gesetz abzuweichen, wenn dies opportun erscheine; *Altenhain/Dietmaier/Mey*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2012. Die Annahme, dass Strafverfolgungsbeamte anders eingestellt wären, kann allenfalls als Illusion gelten.

schutzdelikten, Kapitaldelikten und Formen der Organisierten Kriminalität gebräuchlich geworden. Heimliche Ermittlungsmethoden, die in der im Kern bis heute geltenden Reichsstrafprozessordnung von 1877 noch überhaupt nicht vorgesehen waren, die nach der Entstehung der Bundesrepublik sukzessive als Ausnahmetatbestände in die Strafprozessordnung eingeführt wurden, werden heute als Routinemaßnahmen gehandhabt und in einer zunehmenden Vielfalt von Mitteln und Methoden kumuliert. Dies gilt etwa für den jeweils heimlichen Einsatz von Verdeckten Ermittlern (§§ 110a f. StPO) oder V-Leuten, für die Überwachung der Telekommunikation (§§ 100a f. StPO), die Erhebung von Verkehrsdaten aus der Telekommunikation (§ 100g StPO), für die Erfassung von Standortdaten der Mobilfunkgeräte (§ 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO), für die Anbringung von Mikrophonen in Fahrzeugen (§ 100f StPO), für die längerfristige Observation von Personen mit (§ 100h Abs. 1 StPO) oder ohne Einsatz technischer Beobachtungsmittel (§ 163f StPO) und anderes mehr. Maßnahmen der Rasterfahndung (§ 98a ff. StPO) kommen ebenso hinzu wie konventionelle offene Eingriffsmaßnahmen nach Strafprozessrecht (§§ 94 ff. StPO) oder auch mit Mehrfachverwendungsmöglichkeit solche aus präventivpolizeilichen Maßnahmen nach dem jeweiligen Landesrecht. Mit diesen Methoden, die erhebliches „Potenzial für eine Totalüberwachung“ aufweisen,[13] werden nach der Intention der Ermittler zahlreiche, wenn nicht sogar sämtliche Äußerungen, Bewegungen und Verhaltensweisen von Verdächtigen aufgeklärt, diesbezügliche Informationen in den Akten dokumentiert, die Informationen in einer notwendigen Gesamtschau bei der Beweiswürdigung verwendet und alles zusammen zur Überführung von Straftätern sowie zur Beurteilung ihrer Persönlichkeit für Rechtsfolgenfragen eingesetzt.

Eine gesetzliche Regelung des kumulativen Einsatzes mehrerer solcher Methoden fehlt. Eine Verfassungsbeschwerde dagegen hatte keinen Erfolg: „Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers bedurfte es keiner gesonderten gesetzlichen Regelung für einen Einsatz mehrerer Ermittlungsmaßnahmen zur selben Zeit. Vielmehr durfte der Gesetzgeber davon überzeugt sein, dass eine von Verfassungs wegen stets unzulässige `Rundumüberwachung´ …, mit der ein umfassendes Persönlichkeitsprofil eines Beteiligten erstellt werden könnte, durch allgemeine verfahrensrechtliche Sicherungen auch ohne spezifische gesetzliche Regelung grundsätzlich ausgeschlossen sein werde. … Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen

[13] *Wolter*, Potenzial für eine Totalüberwachung im Strafprozess- und Polizeirecht, in: Festschrift für Rudolphi, 2004, S. 733 ff.

verborgener, Ermittlungsmethoden müssen die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem `additiven´ Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential aber besondere Anforderungen an das Verfahren beachten. Es ist sicherzustellen, dass die eine Ermittlungsmaßnahme beantragende oder anordnende Staatsanwaltschaft als primär verantwortlicher Entscheidungsträger über alle Ermittlungseingriffe informiert ist..."[14] Das wirkt idealisierend, entspricht jedenfalls nicht stets der praktischen Realität und entzieht sich einer neutralen Kontrolle durch die hier bezüglich des nur punktuell für die Einzelmaßnahmen geltenden Richtervorbehalts und der weiteren Rechtsmittelmöglichkeiten im System des gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) hier nicht erwähnten Gerichte.

Auch die Tatsache, dass unverdächtige Personen als Kommunikationspartner von Beschuldigten oder sonstige soziale Kontakte der Verdächtigen von den staatlichen Informationsbeschaffungsmaßnahmen mitbetroffen werden, wird meist als Kollateralschaden ohne weiteres hingenommen.

Die genannten Maßnahmen sind im Rechtsstaat legitim, wenn es um Gefahrenabwehr oder Strafverfolgung geht und wenn das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes für Grundrechtseingriffe und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet werden. Das wird meist der Fall sein, ist aber nicht ausnahmslos garantiert, namentlich angesichts einer längst chronischen Überlastung der Strafverfolgungs- und Kontrollorgane. Zudem sind etwa der Lockspitzeleinsatz und der strafprozessuale Einsatz von V-Leuten[15] zur informellen Ausforschung von Zielpersonen unter Verwendung einer „Legende“ im Gesetz nicht oder jedenfalls nicht speziell geregelt. Auch soweit gesetzliche Regelungen für andere Eingriffsmaßnahmen bestehen, werden die Eingriffsmöglichkeiten in der Praxis bisweilen überschritten. Die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit des jeweiligen Verfahrens hängt danach vom Funktionieren der neutralen gerichtlichen Kontrolle ab.

Präventiver Rechtsschutz[16] wird bei den meisten Ermittlungsmethoden durch einen Richtervorbehalt angestrebt. Dieser läuft aber oft leer,[17] weil die hierzu eingesetzten

---

[14] BVerfGE 112, 304, 320; 130, 1, 24.

[15] Dazu bestehen nur spezielle „Regelungen“ in Anlage D zu den Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren, also Verwaltungsvorschriften. Im gesetzlichen Strafverfahrensrecht wird auf die Ermittlungsgeneralklausel zurückgegriffen, die aber keine spezifischen Eingriffsvoraussetzungen normiert.

[16] BVerfGE 103, 142, 151; 109, 279, 357 f.; 125, 260, 337 f.; 139, 245, 264.

[17] *Putzke*, Der Richtervorbehalt als Garantie der Unschuldsvermutung, StraFo 2016, 1, 3 ff.

Ermittlungsrichter mit einem kaum erfüllbaren Arbeitspensum überhäuft werden, weil sie bei der punktuell geforderten Eingriffsgestattung meist nicht über sämtliche Einzelheiten des Gesamtverfahrens informiert sind und weil sie als nur punktuell mit der Sache befasste Entscheidungsträger ein geringes persönliches Interesse an der genauen Prüfung von behördlichen Anträgen haben. Da sie nur zur Genehmigung von einzelnen Eingriffsmaßnahmen eingeschaltet werden, können sie das Belastungsgewicht einer Summe von Überwachungsmaßnahmen meist überhaupt nicht bewerten. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bezieht sich dann nur auf die Einzelmaßnahme. Die Gesamtheit der Eingriffsakte wird nicht überprüft. Big Data fallen demnach zwar durch eine Summe von Überwachungsmaßnahmen an, jedoch wird deren Legitimität im Ganzen nicht in Frage gestellt. Dabei ist das Ganze auch hier mehr als die Summe seiner Teile.

Eine Gesamtgewichtung geschieht regelmäßig auch nicht im gerichtlichen Hauptverfahren, zumal das hier nachträglich mit Blick auf eventuelle Beweisverwertungsverbote zur Prüfung anstehende strafprozessuale Eingriffsrecht spezifische Anwendungsvoraussetzungen nur für die einzelnen Maßnahme vorsieht, die richterliche Kontrolle auch in den weiteren Verfahrensabschnitten hierauf fokussiert bleibt und anschließend das Revisionsrecht keine Gesamtverfahrensrüge kennt, sondern bereits im Bereich der Substanziierungsanforderungen an das Rügevorbringen gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO nur auf Einzelakte bezogene Rechtsmittelangriffe akzeptiert. Dementsprechend fällt danach die verfassungsgerichtliche Kontrolle durch das Raster der Zulässigkeitsanforderungen, sodass auch dort keine sachlich-inhaltliche Prüfung der Zulässigkeit der Erhebung und Verwertung von Informationen bei einer Rundumüberwachung stattfindet.[18]

Vor diesem Hintergrund ist bis heute nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen von einer unzulässigen Totalausforschung oder Rundumüberwachung einer Person auszugehen sein soll. In keiner Gerichtsentscheidung ist erklärt worden, ab wann eine Summe verschiedener Informationsbeschaffungsmethoden die Grenze des Zulässigen überschreitet, obwohl die Einzelmaßnahmen für sich genommen legal gewesen sein mögen. Gesichert ist nur, dass eine solche Grenze existieren soll.

Das Bundesverfassungsgericht hat bei der abstrakten Normenkontrolle der Regeln über den „Großen Lauschangriff“, also über die heimliche Überwachung von Gesprä-

[18] BVerfGE 130, 1, 22 ff.

chen in einer Wohnung, angemerkt: „Eine zeitliche und räumliche „Rundumüberwachung" verletzt die Menschenwürde, wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden können."[19] Was hier über den Großen Lauschangriff gesagt wurde, lässt sich allerdings nicht ohne weiteres auf andere Ermittlungsmaßnahmen übertragen, bei denen zur Täterfeststellung und zum Ausschluss von Alternativhypothesen ein möglichst lückenloses „Bewegungsprofil" erstellt wird oder eine Vielzahl von Äußerungen des Beschuldigten außerhalb seiner Wohnung aufgefangen und in einer Gesamtwürdigung aller Beweise verwertet wird.

## IV. Das Informationsinteresse des Staates und die Grenzen des Zulässigen

Das Aufklärungsinteresse der staatlichen Strafverfolgungsorgane ist immer wieder gerade darauf gerichtet, ein möglichst umfassendes Persönlichkeitsbild des Beschuldigten hinsichtlich aller bio-psycho-sozialen Daten zu erhalten. Es geht im modernen Strafprozess nämlich längst nicht mehr nur darum, ein singuläres Tatgeschehen als abgrenzbares historisches Ereignis aufzuklären, sondern auch darum, Indiztatsachen für eine eventuelle Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten zur Tatzeit wegen eines pathologischen Befundes, ferner Informationen über Strafzumessungstatsachen und vermehrt auch Indiztatsachen für eine Prognoseentscheidung über künftige Rückfalldelinquenz festzustellen. Dabei ist möglichst die gesamte Biografie zu berücksichtigen, ferner die Gesamtheit aller Informationen über die zur Tatzeit und die im Urteilszeitpunkt festzustellende Persönlichkeitsgestaltung mitsamt eventuellen Persönlichkeitsveränderungen (§§ 20, 21, 63, 64 StGB). Aufklärungstechnisch ideal wäre schließlich die Möglichkeit der Vorhersage künftigen strafbaren Verhaltens nach Art der Informierung einer polizeilichen „Precrime Division" durch Medien im Sinne des Hollywoodfilms „Minority Report".[20] Damit würde die Grenze zur Antastung der Menschenwürde im totalen Überwachungsstaat wohl überschritten.

Was derzeit nach pauschalen Behauptungen in der Rechtsprechung möglicherweise rechtlich zu tabuisieren wäre, nämlich ein „lückenloses Bewegungsprofil" und ein „vollständiges Persönlichkeitsbild", ist in Indizienprozessen gerade von größtem Inte-

---

[19] BVerfGE 109, 279, 323.

[20] Minority Report, Science-Fiction-Film des Regisseurs *Steven Spielberg*, 2002, nach einer gleichnamigen Kurzgeschichte von *Philip K. Dick*, 1956, in deutscher Übersetzung 2003.

resse. Auch das informationelle Eindringen in eine Intimsphäre bezüglich sexueller Handlungen oder sexueller Neigungen bei einem möglichen Täter oder einem potenziellen Opfer gehört in Sexualstrafverfahren gleichsam zum Aufklärungsprogramm. Während es für Datenschützer keine im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung unerheblichen Daten gibt, existieren für Strafverfolger keine uninteressanten und keine intimen Daten, sofern sie nur in einem indiziellen Zusammenhang mit entscheidungserheblichen Aspekten der Tatbegehung und Schuld sowie der Gefährlichkeit des Täters stehen. Die pauschale Behauptung der Unzulässigkeit einer länger andauernden umfassenden Abschöpfung aller Informationen über sämtliche Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen ist insoweit zu relativieren, weil alles, was mit Straftaten, Schuldaspekten und Gefährlichkeitsgründen zusammenhängt, von allgemeinem Interesse ist. Die Annahme der Unantastbarkeit kann nur zutreffen, soweit das staatliche Handeln hinsichtlich der zeitlichen Dimension der Datenerfassung, hinsichtlich der Detailliertheit der erfassten Informationen oder hinsichtlich der Tiefe des Eindringens in das Innere der Persönlichkeit ein Höchstmaß erreicht und die Grenze des Verhältnismäßigen eindeutig überschreitet.

In der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs hat es nur eine Fallgestaltung gegeben, in der ein unzulässiges Eindringen in den absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung positiv festgestellt wurde. In allen anderen Fällen ist die Frage der Abtastung der Menschenwürde stets negativ dahin beschieden worden.

Keine Feststellung der Verletzung der Menschenwürdegarantie hat sich in den Tagebuchfällen ergeben, in denen die Auswertung von „intimen“ Tagebucheintragungen an der Frage zu messen war, ob dies die Menschenwürde antaste. Hierzu ist zuletzt vom Bundesverfassungsgericht in einer mit vier zu vier Stimmen ergangenen Entscheidung[21] eine Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen worden, die vorgebracht hatte, die staatliche Verwendung von Äußerungen einer Person, die sich mit dem eigenen Ich auseinandersetzt, indem sie Tagebuchnotizen macht, verletze Art. 1 Abs. 1 GG. Das Gericht hat dabei alle Informationen, die sich gedanklich mit Straftaten befassen, von der Zuordnung zum absolut geschützten Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung ausgeklammert, weil sie gedanklich-inhaltlich einen Sozialbezug zu anderen Menschen, nämlich wirklichen oder potenziellen Tatopfern, herstell-

[21] BVerfGE 80, 367, 373 ff.; BGHSt 19, 325, 326 ff.; 34, 397, 399 ff.

ten. Das wurde auf einer relativ hohen Abstraktionsebene diskutiert, so dass anhaltende Kritik nicht ausgeblieben ist. Aus der Entscheidung ist die immer wieder repetierte Behauptung entstanden, dass Informationen, die irgendeinen Bezug zu Straftaten aufweisen, nie tabu seien. Die Konsequenz einer solchen Betrachtung ist, dass Informationen ohne Tatbezug für Strafverfolgungsorgane uninteressant und unerheblich sind, während alle Informationen, die irgendeinen Tatbezug aufweisen oder damit auch nur indiziell in Zusammenhang gebracht werden können, generell verwertbar sein sollen.

Eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 GG wurde zum Beispiel auch verneint, wenn im Strafverfahren durch Anbringung von Sendern an Fahrzeugen o.ä. ein möglichst genaues „Bewegungsprofil“ mit dem Global Positioning System (GPS) und der Erfassung von Standortdaten über Mobiltelefone erstellt wird.[22]

Nicht der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung, sondern nur die auf gesetzliche Grundlage beschränkbare allgemeine Persönlichkeitssphäre wird nach der Rechtsprechung berührt, wenn DNA-Analysen im nicht-kodierenden Bereich der menschlichen DNA vorgenommen und insoweit bloß der „genetische Fingerabdruck“ einer betroffenen Person für Zwecke des Strafverfahrens verwendet wird.[23] Dabei wurde jedoch angedeutet, dass die Dinge anders liegen könnten, wenn die Untersuchung von Genmaterial künftig im kodierenden Bereich der DNA-Sequenzen stattfindet und „Rückschlüsse auf persönlichkeitsrelevante Merkmale wie Erbanlagen, Charaktereigenschaften oder Krankheiten des Betroffenen, also ein Persönlichkeitsprofil“, ermöglicht.[24] Dabei könnte es nämlich um die Erfassung von Erbinformationen aus dem genetischen Programm des Individuums gehen. Wären diese Informationen biomedizinisch entschlüsselbar, konnte der Staat letztlich mehr Informationen über die Persönlichkeitsgestaltung erlangen, etwa im Hinblick auf Krankheitsdispositionen oder auch eine Neigung zur Begehung von Straftaten, als der Betroffene selbst in seinem Wissensbestand haben kann und will. Er hätte dann möglicherweise aufgrund der Menschenwürdegarantie das Recht, von einer Kenntnisnahme dieser Informationen aus seinem genetischen Programm verschont zu bleiben, die ihm andererseits in einem Gerichtsverfahren nicht erspart bleiben würde,

---

[22] BGHSt 46, 266, 271 ff.; s.a. für den privaten GPS-Einsatz und dessen staatliche Verwertung BGHSt 58, 268, 290.
[23] BVerfGE 103, 21, 31 ff.
[24] BVerfGE 103, 21, 32.

wenn er sich als Prozessbeteiligter mit dem Inhalt des gegen ihn zusammengetragenen Beweismaterials auseinandersetzen müsste. Daraus kann andeutungsweise entnommen werden, dass die Grenze zur Antastung der Menschenwürde überschritten wäre, wenn das DNA-programmatische oder mentale Innenleben der Person erforscht werden soll.

Einen ähnlichen Ansatz hat der Bundesgerichtshof in Selbstgesprächsentscheidungen gewählt, um zu erklären, dass eine Art von Gedankenpolizei im Orwellschen Sinn nicht berechtigt sein darf, in vermeintlicher Abgeschiedenheit partiell verbalisierte bloße Gedanken eines Menschen, denen er sich nicht freiwillig durch Mitteilungen gegenüber anderen Personen entäußert, im Wege eines staatlichen „Lauschangriffs" aufzufangen und sie für Verfahrenszwecke zu verwenden. Auch für den Strafprozess gilt: Die Gedanken sind frei.[25] Der Staat darf auf sie nicht Zugriff nehmen, weil eine Störung von Denkvorgängen aus Angst auch nur durch partielles Eindringen in den Denkvorgang die Subjektstellung und Personalität des Einzelnen negieren würde.[26] Ähnlich wie das Eindringen in das genetische Programm im kodierenden Bereich der DNA wäre eine Erfassung nicht freiwillig preisgegebener Gedanken des Menschen durch Abschöpfung des Denkvorgangs ein Umstand, der praktisch schon die menschliche Qualität des Einzelnen infrage stellen könnte. So zu reden, dass die Worte mit den Gedanken identisch sind, gelingt nur im Selbstgespräch; jedoch ist die Selbstkommunikation deshalb nicht. Im Selbstgespräch muss der Einzelne nicht, wie beim Zwiegespräch, auf Körpersignale achten, er muss keinem Gesprächspartner Empathie und Wertschätzung entgegenbringen, Gefühle verbalisieren, Ich-Botschaften senden und Rückmeldungen geben. Wer nicht mehr ungestört denken kann, weil er sogar mit der Überwachung seiner Gedanken durch den Staat rechnen muss, läuft Gefahr verrückt zu werden. Heimliche Überwachungsmaßnahmen staatlicher Stellen haben in jedem Fall den unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen Kernbereich nicht rechtfertigen. Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört vielmehr die Möglichkeit, innere Vorgänge, wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten

---

[25] BGHSt 57, 71, 74 ff.; s.a. *Traub*, Die Verwertbarkeit von Selbstgesprächen im Strafverfahren, 2015.

[26] BGHSt 57, 71, 75.

und Erlebnisse höchstpersönlicher Art, ohne die Angst zum Ausdruck zu bringen, dass staatliche Stellen dies überwachen.[27]

Aus solchen Ansätzen zur positiven Feststellung einer Antastung der Menschenwürde kann künftig vielleicht ein subsumierfähiger Obersatz entwickelt werden. Danach überschreiten alle staatlichen Informationszugriffe, die durch ihre Quantität oder Qualität eine Anerkennung des betroffenen Einzelnen als Mensch ausschließen oder aber essenzielle Lebensbedingungen, wie Möglichkeit ohne Gedankenüberwachung denken zu können oder von Informationen aus dem eigenen genetischen Programm verschont zu bleiben, gefährden oder zerstören, die Grenze zur Antastung der Menschenwürde. Sie sind daher generell unzulässig; die so gewonnenen Informationen sind aus dem staatlichen Informationsbestand zu eliminieren.

Problematisch bleiben in der strafprozessualen Praxis die Versuche zur umfassenden Persönlichkeitserforschung durch psychiatrische Untersuchungen bei der Schuldfähigkeits- und Gefährlichkeitsbegutachtung. Namentlich die Suche nach Möglichkeiten zur genauen Vorhersage künftiger Delinquenz bringt das zunehmend auf Straftatenprävention ausgerichtete Strafrecht immer näher an die äußerste rechtliche Grenze heran. Dies wird dadurch verdeutlicht, dass die neurologische Forschung die Suche nach einer mentalen Disposition zur Begehung von Straftaten („a mind to crime“) und der Schuldfähigkeit aufgenommen hat,[28] was an Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG zu messen ist.[29] Dagegen nimmt sich die frühere Diskussion[30] um die Antastung der Menschenwürde durch Polygraphentests[31] zur „Lügendetektion“ harmlos aus. Das Vordringen der Neurologie und Mikrobiologie in die Erforschung der Struktur des Menschen und seines genetischen Programms wird sich nicht aufhalten lassen. Eine andere Frage ist die, zu welchem Zweck der Staat diese Maßnahmen ergreifen oder nutzen darf. Geht es um Gesundheitsvorsorge für die Allgemeinheit und Maßnahmen zur Lebensrettung, etwa im Bereich der Krebsfor-

---

27 BVerfGE 120, 274, 335.

28 *Krauth*, Die Hirnforschung und der gefährliche Mensch. Zur neurowissenschaftlich begründeten Abwesenheit des freien Willens, KritV 2008, 303 ff.

29 *Spranger*, Der Einsatz neurowissenschaftlicher Instrumente im Lichte der Grundrechtsordnung, JZ 2009, 1033 ff.

30 BGHSt 5, 332, 335: „Einblick in die Seele des Beschuldigten und ihre unbewussten Regungen“; anders BGHSt 44, 308, 317 ff.: keine verbotene Vernehmungsmethode, aber generell ungeeignetes Beweismittel.

31 *Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch*, Polygraphische Untersuchungen im Strafprozess. Neues zur faktischen Validität und normativen Zulässigkeit des vom Beschuldigten eingeführten Sachverständigenbeweises, ZStW 2009, 607 ff.

schung, wird mehr und zum Teil etwas Anderes zulässig sein, als wenn es darum geht, den Betroffenen mit technisierten Informationsbeschaffungsmaßnahmen strafrechtlich zu verfolgen oder freiheitsbeschränkende Maßregeln der Besserung und Sicherung gegen ihn zu verhängen.

## V. Das rechtsstaatliche Prinzip der Kontrolle

Sind weder der technische Fortschritt noch dessen tatsächliche Anwendung im Einzelfall aufzuhalten und ist namentlich der Zweck der Nutzung durch den Staat für die Bewertung der Zulässigkeit einzelner Maßnahmen von Bedeutung, so hängt die „Legitimation durch Verfahren“[32] davon ab, ob effektiver Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG gegen rechtswidrige oder übermäßige Informationseingriffe gewährleistet ist. Das ist derzeit nicht immer der Fall, insbesondere wenn die Gesamtheit der Eingriffsmaßnahmen strukturell nicht bewertet wird. Insoweit läuft der Richtervorbehalt des strafprozessualen Eingriffsrechts meist leer und die Möglichkeit einer Beschwerde gegen die ermittlungsrichterliche Anordnung der Maßnahmen ändert dies nicht durchgreifend. Soweit konkrete Rechtsfolgen aus unzulässigen Maßnahmen im weiteren Gang des Verfahrens zu prüfen sind, ist auch die Rechtsprechung zu den Beweisverwertungsverboten und deren Beachtung durch die Tatgerichte ebenso wenig wie das Revisionsrecht für die spätere Rechtskontrollinstanz bisher auf eine Überprüfung der Summe von Ermittlungseingriffen nicht eingerichtet. Damit ist im Bereich des Verfahrensrechts bisher keine umfassende Legitimation einer Kumulation von Ermittlungsmaßnahmen gegeben. Hier sind Verbesserungen durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Personalausstattung der justiziellen Kontrollorgane erforderlich.

## VI. Fazit

Der Staat muss sich zwangsläufig den technischen Fortschritt zu Nutze machen, wenn er im Streit mit Gefährdern oder Straftätern nicht auf die Verliererstraße kommen will. Auch zu einem legitimen Zweck ist aber nicht jedes Mittel recht. Zu beachten ist, dass die progressive Beschränkung von Freiheitsrechten strukturell eine Gefährdung der im Staat organisierten Gemeinschaft aller Bürger darstellt. Das Freiheitsrecht wird im Überwachungsstaat aufgehoben. Es muss deshalb zunächst eine absolute Grenze geben, die auch für Zwecke der Gefahrenabwehr oder Strafverfol-

---

[32] *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 1969

gung nicht überschritten werden darf. Dies ist auch und erst recht in einer Zeit zunehmender Angst vor Terrorismus und organisierter Kriminalität erforderlich. Eine äußerste Grenze besteht dort, wo die Individualität, Subjektqualität und Persönlichkeitsgestaltung des Einzelnen durch besonders intensive, lang andauernde oder flächendeckende Informationsbeschaffungsmaßnahmen grundlegend infrage gestellt wird. Diesseits einer solchen Außengrenze, die auch im System der Kontrollmöglichkeiten durch Gewaltenteilung und Gewaltenkontrolle sowie effektive Rechtsmittelinstanzen im gerichtlichen Rechtsschutzsystem strikt abgesichert sein muss, ist auch auf der zweiten Ebene der Persönlichkeitsentfaltung nach der drei-Sphären-Theorie verstärkt auf die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe zu achten und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ernst zu nehmen. Der technische Fortschritt ist derart rapide, dass die staatlichen Organe qualitativ und quantitativ überfordert werden. Daran ist immer wieder zu erinnern, um den Gesetz- und Haushaltgeber dazu zu veranlassen, funktionsfähige Organisationseinheiten zu schaffen. Derzeit erscheint die Lage unbefriedigend. Bei ausbleibender Einsicht in die Notwendigkeit von Verbesserungen bei den politisch und rechtlich verantwortlichen Institutionen bleibt ein letzter Trost: „Si hortum in bibliotheca habes, nihil deerit“.[33]

[33] *Cicero*, Ad Familiares IX, 4.