

Schriften zum Strafrecht

---

Band 379

# Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote im Strafprozessrecht

Von

Randi Weil



Duncker & Humblot · Berlin

RANDI WEIL

Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote  
im Strafprozessrecht

# Schriften zum Strafrecht

Band 379

# Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote im Strafprozessrecht

Von

Randi Weil



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Mannheim hat diese Arbeit  
im Jahre 2020 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten  
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0558-9126  
ISBN 978-3-428-18374-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-58374-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Fakultät für Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim im Wintersemester 2020/2021 als Dissertation angenommen. Sie ist im Wesentlichen auf dem Stand von Juni 2020. Zum Teil konnte die Literatur auch darüber hinaus noch eingearbeitet werden. Insbesondere hat das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.06.2021 (BGBl. I, S. 2099) noch Eingang in die Arbeit gefunden.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Jürgen Wolter, der mich und meine Arbeit mit großem Engagement gefördert hat und zu jeder Zeit für eine wissenschaftliche Diskussion bereit war. Ihm habe ich mein Interesse und meine Begeisterung für straf- und verfassungsrechtliche Fragestellungen zu verdanken. Herrn Professor Dr. Jens Bülte danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und die Denkanstöße innerhalb seines Seminars. Danken möchte ich ferner der Kanzlei Beinert & Partner Rechtsanwälte für die Möglichkeit, schon während meiner Promotionszeit in einem fachlich und menschlich herausragenden Team gearbeitet haben zu können.

Herzlicher Dank gebührt all meinen Freunden, insbesondere Frau RA Inka Zinn und Herrn RA Matthias Riehl, die mir mit kritischen Fragen und Diskussionen und großer freundschaftlicher Unterstützung und Ehrlichkeit immer wieder den Rücken gestärkt haben.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich nicht zuletzt meinen Eltern, Frau Karla Jaspert-Weil und Herrn Dr. Peter Weil, die mich stets uneingeschränkt und liebevoll unterstützen und mir gleichzeitig jede Freiheit ermöglichen. Auch bedanke ich mich bei meiner Schwester, Frau Signe Weil, die mir treue Wegbegleiterin ist und mir immer wieder völlig neue Perspektiven auf sich stellende Herausforderungen eröffnet.

Abschließend danke ich Herrn Tobias Heilmann von Herzen, ohne dessen bedingungslose Unterstützung und dessen grenzenlosen Zuspruch diese Arbeit nicht entstanden wäre.

Karlsruhe, im August 2021

*Randi Weil*



## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einführung</b> .....	17
I. Befunde und Ziele der Untersuchung .....	17
II. Grundlagen .....	21
1. Gang der Untersuchung .....	21
2. Begriffsbestimmungen .....	23
a) Untersuchungsfunde .....	23
b) Zufallsfunde .....	24
c) Verwertung und Verwendung .....	26
d) Zu Beweis Zwecken .....	27
e) Fernwirkung .....	29
f) Spurenansätze .....	31
3. Beweisverwertungsverbotslehre .....	32
a) Unselbstständige Beweisverwertungsverbote .....	32
b) Selbstständige Beweisverwertungsverbote .....	34
4. Lehre von den Verwendungsregelungen .....	35
<b>B. Stand des Gesetzes, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Literatur</b> .....	37
I. Gesetzeslage .....	37
1. Widersprüchlichkeiten im geltenden Recht .....	39
a) § 108 StPO .....	39
b) § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO .....	40
c) § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO .....	41
d) § 81f Abs. 1 Satz 2 StPO .....	42
e) § 81a Abs. 3 StPO .....	43
f) Zusammenfassung .....	43
2. Neues Recht: §§ 161, 479 StPO .....	44
3. § 100e Abs. 6 StPO als klar gestaltete Vorschrift .....	46
II. Die Al-Qaida-Rechtsprechung des BGH und BVerfG .....	47
1. Verwertbare personenbezogene Daten innerhalb des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO .....	47
2. Das Ausgangsverfahren als Bezugspunkt zur Beurteilung der Verwertbarkeit der Daten innerhalb des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO .....	49
3. Der hypothetische Ersatzeingriff als Garantie für die Einhaltung der Voraussetzungen innerhalb des neuen Verfahrens .....	51
4. Zusammenfassung .....	54
III. Literatur .....	57



IV. Konkretisierte Ziele der Untersuchung . . . . .	59
<b>C. Systematische Abgrenzung der Verwendungsregelungen von den Verwertungsverboten</b> . . . . .	62
I. Verwendungsregelungen und ihr Bezug zum Datenschutzrecht . . . . .	62
II. Verwertung von Untersuchungsfunden und Verwendung von Zufallsfunden . . . . .	64
1. Selbstständiges Beweisverwertungsverbot oder Verwendungsregelung? . . . . .	65
2. Verwendungsverbot als Verwertungsverbot mit Fernwirkung? . . . . .	66
3. § 100d Abs. 2 StPO als Verwertungsverbot . . . . .	70
4. Zwischenergebnis . . . . .	71
III. Differenzierung zwischen mittelbarer Verwertung von Untersuchungsfunden und mittelbarer Verwendung von Zufallsfunden . . . . .	74
1. Frühwirkung als Teil der Beweisverwertungsdogmatik? . . . . .	74
2. Mittelbare Verwertung und Fernwirkung . . . . .	78
3. Mittelbare Verwendung und Verwendung als Spurenansatz . . . . .	80
4. Zwischenergebnis . . . . .	81
IV. Funktion des Merkmals „zu Beweis Zwecken“ . . . . .	81
1. „Zu Beweis Zwecken“ innerhalb des § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO . . . . .	82
2. „Zu Beweis Zwecken“ innerhalb des § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO . . . . .	84
3. „Zu Beweis Zwecken“ als unmittelbare Verwendung . . . . .	85
V. Ergebnis . . . . .	89
<b>D. Die etymologische Abgrenzung von Verwendung und Verwertung</b> . . . . .	90
I. Verwerten . . . . .	90
II. Verwenden . . . . .	90
III. Ergebnis . . . . .	91
<b>E. Systematik und Gesetzesvorschlag einer Vorschrift zur Begriffsbestimmung</b> . . . . .	92
I. Systematische Einordnung . . . . .	92
II. Gesetzesvorschlag . . . . .	93
III. Begründung . . . . .	94
<b>F. Erforderlichkeit gesetzlicher Gesamtregelungen</b> . . . . .	96
I. Recht auf informationelle Selbstbestimmung . . . . .	97
1. Schutzbereich . . . . .	97
2. Eingriff und Schranken . . . . .	99
a) Datenerhebung und -erlangung . . . . .	101
aa) Rechtmäßige Datenerhebung . . . . .	101
bb) Rechtswidrige Datenerhebung . . . . .	101
cc) Erlangung von Zufallsfunden . . . . .	102
b) Datenverwertung von Untersuchungsfunden . . . . .	103
aa) Verwertung rechtmäßig erlangter Untersuchungsfunde . . . . .	104
bb) Verwertung rechtswidrig erlangter Untersuchungsfunde . . . . .	105

c) Datenverwendung von Zufallsfunden .....	108
3. Schranken-Schranken .....	110
a) Zweckbindungsgrundsatz .....	110
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz/Übermaßverbot .....	112
c) Bestimmtheitsgrundsatz .....	115
d) Verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen .....	116
II. Verwendungsregelungen als gesetzliche Grundlage .....	118
1. Verwendungsverbote bei fehlender Voraussetzung oder Nichtregelung der Verwendung .....	118
2. Folgen eines Verstoßes gegen eine Verwendungsregelung .....	120
3. Bedarf es unterschiedlicher Rechtfertigungsgrundlagen für die unmittelbare und die mittelbare Verwendung? .....	122
III. Notwendigkeit gesetzlicher Verwertungsbefugnisnormen .....	130
1. Kritik an der vorherrschenden Verwertungsverbotsdogmatik .....	130
2. Vom Verwertungsverbot zur Verwertungsbefugnis .....	131
3. Folgen eines Verstoßes gegen eine Verwertungsregelung .....	133
4. Bedarf es unterschiedlicher Rechtfertigungsgrundlagen für die unmittelbare und die mittelbare Verwertung? .....	133
IV. Ergebnis .....	134
<b>G. Systematik und Gesetzesvorschlag für Verwertungsregelungen .....</b>	<b>135</b>
I. Systematische Einordnung .....	135
II. Gesetzesvorschlag .....	136
III. Begründung .....	140
1. § 150 StPO-E .....	140
a) Die Menschenwürdegarantie als absolute Erhebungs- und Verwertungsgrenze .....	140
aa) Schutz körperlicher und geistiger Integrität .....	142
bb) Schutz der freien Selbstbestimmung .....	142
cc) Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung .....	144
dd) Schutz vor Totalüberwachung .....	147
ee) Schutz vor Ermittlungen gegen völlig Unbeteiligte .....	148
ff) Verbot des bewussten oder objektiv willkürlichen Handelns durch Strafverfolgungsorgane, namentlich wenn grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden .....	149
b) Reichweite des Menschenwürdeschutzes .....	150
aa) Zustimmung .....	150
bb) Hypothetischer Ermittlungsverlauf .....	153
cc) Verletzungen durch Privatpersonen .....	155
dd) Fernwirkung .....	157
c) Ergebnis .....	159
2. § 150a StPO-E .....	159
a) Erhebliche Grundrechtsverletzungen .....	160

aa)	Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren und das Recht auf rechtliches Gehör	160
bb)	Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt	163
cc)	Verstoß gegen Voraussetzungen, die die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme absichern	164
dd)	Zwischenergebnis	165
b)	Reichweite der Verwertungsbefugnis	165
aa)	Zustimmung	165
bb)	Hypothetischer Ermittlungsverlauf	165
cc)	Verletzungen durch Privatpersonen	167
dd)	Fernwirkung	168
3.	§ 150b StPO-E	168
a)	Geringfügige Grundrechtsverletzungen	168
b)	Reichweite der Verwertungsbefugnis	170
aa)	Zustimmung	170
bb)	Hypothetischer Ermittlungsverlauf	170
cc)	Verletzungen durch Privatpersonen	171
dd)	Fernwirkung	171
<b>H.</b>	<b>Verwendungsregelungen innerhalb der StPO</b>	172
I.	Problematiken der bestehenden Verwendungsregelungen	172
1.	Sinnhaftigkeit der Differenzierung innerhalb der Verwendungsregelungen in „unverwertbare“ und „verwertbare“ Daten des Ausgangsverfahrens	173
a)	Unterscheidung der Verwendung echter und unechter Zufallsfunde	175
b)	Unterscheidung in rechtmäßige und rechtswidrige Zufallsfunde und ihre Verwendung	178
aa)	Rechtmäßige oder rechtswidrige Zufallsfunde	178
(1)	Gezielt gesuchte Zufallsfunde	179
(2)	Zufallsfunde aus legendierten Polizeikontrollen	180
bb)	Rechtmäßigkeit der Zufallsfunde als Voraussetzung der Verwendungsregelungen?	181
cc)	Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde	186
(1)	Grundrechtseingriff durch die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde	186
(2)	Aktuelle Verwendungsregelungen als Ermächtigungsgrundlage	188
(3)	Sollten rechtswidrige Zufallsfunde verwendbar sein?	189
a)	Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Strafverfolgung	190
b)	Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Gefahrenabwehr	192

(aa)	Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, deren Erlangung auf einer Menschenwürdeverletzung basiert	193
(bb)	Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, deren Erlangung auf einer erheblichen Grundrechtsverletzung basiert	199
(cc)	Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, deren Erlangung auf einer geringfügigen Grundrechtsverletzung basiert	201
dd)	Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde	202
c)	Ergebnis	202
2.	Hypothetischer Ersatzeingriff	203
a)	Wortlaut des Gesetzes	204
b)	Sinn und Zweck des hypothetischen Ersatzeingriffs	205
c)	Hypothetischer Ersatzeingriff bei fehlender Ermächtigungsgrundlage im neuen Verfahren?	211
d)	Ergebnis	212
II.	Die neuen Verwendungsregelungen der StPO	212
1.	Datenverwendung gefahrenabwehrrechtlich erlangter Daten innerhalb eines Strafverfahrens	213
a)	§ 161 Abs. 3 StPO	213
aa)	Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Strafverfolgung	213
bb)	Hypothetischer Ersatzeingriff und die Verwendung zu Beweis Zwecken	215
b)	§ 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO	217
2.	Datenverwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten zur Gefahrenabwehr	218
a)	§ 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO	219
aa)	Konkret-individueller hypothetischer Ersatzeingriff	219
bb)	Generalisierender hypothetischer Ersatzeingriff	220
cc)	Beschränkung der Verwendung auf verwertbare Daten	222
dd)	§ 479 Abs. 2 Satz 3 StPO	224
b)	§ 479 Abs. 3 StPO	224
aa)	Fehlender hypothetischer Ersatzeingriff	225
bb)	§§ 479 Abs. 3 Nr. 1 und 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO	226
(1)	Verwertbarkeit als Voraussetzung der §§ 479 Abs. 3 Nr. 1 und 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO?	227
(2)	Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Daten anstatt Differenzierung zwischen „verwertbar“ und „unverwertbar“?	230
(3)	Verwendung personenbezogener Daten aus dem Kernbereich zur allgemeinen Gefahrenabwehr?	231
(a)	Unmittelbare Lebensgefahr	231

(b) Art. 13 Abs. 4 GG als Grenze der Verwendung von Daten aus Wohnraumüberwachungsmaßnahmen zur Gefahrenabwehr .....	233
cc) §§ 479 Abs. 3 Nr. 2 und 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO ....	234
dd) §§ 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und 101a Abs. 4 Nr. 2 StPO ....	235
3. Datenverwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten innerhalb eines anderen Strafverfahrens .....	237
a) § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V.m. § 161 Abs. 3 StPO .....	238
b) § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO .....	239
<b>I. Verwendungsregelungen de lege ferenda .....</b>	<b>243</b>
I. Systematische Einordnung .....	243
II. Gesetzesvorschlag .....	244
<b>J. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung.....</b>	<b>247</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>253</b>
<b>Sachregister .....</b>	<b>271</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AE-ASR	Alternativ-Entwurf. Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat
AE-EV	Alternativ-Entwurf. Reform des Ermittlungsverfahrens
a. F.	alte Fassung
AK-StPO	Alternativkommentar Strafprozessordnung
AnwK-StPO	AnwaltKommentar Strafprozessordnung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
ASOG Bln	Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin
ASP	Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht
Aufl.	Auflage
BbgPolG	Brandenburgisches Polizeigesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BGBI. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BKAG	Bundeskriminalamtgesetz
Bonn-KommGG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
DJT	Deutscher Juristentag

DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung = Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Erg. Lfg.	Ergänzungslieferung
EU	Europäische Union
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G 10	Artikel 10-Gesetz
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GJW	Graf/Jäger/Wittig. Kommentar zum Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
grds.	grundsätzlich
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HK-StPO	Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung
h. M.	herrschende Meinung
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
InsO	Insolvenzordnung
i. R.	im Rahmen
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KMR	Kommentar zur Strafprozessordnung
KriPoZ	Kriminalpolitische Zeitschrift

krit. Anm.	kritische Anmerkung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LFGB	Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch
LG	Landgericht
LR	Löwe-Rosenberg
MiStra	Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen
MMR	Multimedia und Recht
MüKo-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo-StPO	Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nds. SOG	Niedersächsisches Polizei- und Ordnungsbehördengesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht Rechtsprechungsreport
NZWSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht
PolG BW	Polizeigesetz Baden-Württemberg
PolR	Polizeirecht
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
S.	Satz
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
SSW	Satzger/Schluckebier/Widmaier. Strafprozessordnung – Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StR	Strafsenat des Bundesgerichtshofs
StraFo	StrafverteidigerForum
StV	Strafverteidiger
StVÄG	Strafverfahrensänderungsgesetz
ThürPAG	Thüringer Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Polizei
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
Wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht



z. B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## A. Einführung

### I. Befunde und Ziele der Untersuchung

1. Den gesetzlichen Ausgangspunkt der Untersuchung stellt das aktuelle Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>1</sup> vom 25.11.2019 dar,<sup>2</sup> mit dem der Gesetzgeber versucht, „die bisher an unterschiedlichen Stellen innerhalb der StPO verankerten Erhebungs- und Verwendungsbeschränkungen“<sup>3</sup> in den §§ 479 und 161 StPO zu bündeln. Das lässt aktuell zu Tage treten, dass sich innerhalb der StPO immer mehr Normen finden, die eine sogenannte Verwendung personenbezogener Daten (etwa §§ 481 Abs. 1, 479 Abs. 2 und Abs. 3, 161 Abs. 3 und Abs. 4, 100e Abs. 6 StPO) regeln. Daneben haben unabhängig von diesen Verwendungsregelungen verschiedene Verwertungsverbote, wie beispielsweise §§ 136a Abs. 3 und 100d Abs. 2 Satz 1 StPO, den Weg in die StPO gefunden. Dabei offenbart schon ein erster Blick in diese Gesetze die verschiedenen Ausgangspunkte, die sich auch im Titel dieser Untersuchung („Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote im Strafprozessrecht“) widerspiegeln.<sup>4</sup>

Gerade weil innerhalb verschiedener Gesetzgebungsverfahren bei der Etablierung von Verwendungsregelungen immer wieder von einer „Verwertung“ die Rede ist, lassen sich Verwendungsregelungen und Verwertungsverbote entgegen vielen Stimmen innerhalb der Literatur<sup>5</sup> sowie in der höchstrichter-

---

<sup>1</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>2</sup> Der Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 433/18 datiert bereits vom 07.09.2018. Dass der Gesetzgeber tätig werden musste, war mit dem Urteil des BVerfGE 141, 220–378 vom 20.04.2016 und der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.04.2016 vorgezeichnet.

<sup>3</sup> BR-Drucks. 433/18, S. 67.

<sup>4</sup> Etwa § 161 StPO („dürfen verwendet werden“) gegenüber § 136a StPO („dürfen nicht verwertet werden“).

<sup>5</sup> Die Verwendungsverbote in die Systematik der Verwertungsverbote einordnend u. a.: *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 14; *Engelhardt*, 41; *Rehbein*, 147; *Ambos*, 23 f.; die Verwendungsregelungen als datenschutzrechtliche Regelungen der StPO bezeichnend: *SK-StPO/Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 4; *LR/Gössel*, Einl Abschn L Rn. 30; *LR/Hauck*, § 100e Rn. 64; *Schinkel*, 128; *Engelhardt*, 6; *Matheis*, 147; *Pitsch*, 253 f.; eine Unterscheidung zwischen Verwendungsregelungen und Verwertungsverböten treffend:

lichen Rechtsprechung (BVerfG; BGH)<sup>6</sup> in keinen sachlich konsequenten Zusammenhang mehr bringen. Vielmehr führt das eine Mal hilflose und inkonsequente Gebrauchen beider Begriffe innerhalb einer Norm (§ 160a StPO) und die andererseits klare Differenzierung der Terminologie (§ 479 Abs. 3 StPO) zu einer unbestimmten, auch systematisch nicht mehr durchschaubaren Situation.

Insofern befasst sich die Arbeit mit einem Thema, dessen Problematik sich einerseits durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und die widersprüchliche Literatur ständig verstärkt hat und zum anderen durch die bisherige wie vor allem die neueste Gesetzgebung<sup>7</sup> hoch aktuell ist. Betrachtet man außerdem den erst in jüngerer Zeit erschienenen Alternativ-Entwurf „Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat“<sup>8</sup>, der bei der Normierung eines Verwertungsverbots ebenfalls in seiner Wortwahl inkonsequent erscheint, wird noch deutlicher, dass es einer systematischen Einordnung wie inhaltlichen Klärung der Verwendungsregelungen in Abgrenzung zu den Verwertungsverboten bedarf.

Zwar ist in der Vergangenheit eine ganze Reihe von Monographien zum Thema erschienen<sup>9</sup>; diese sind aufgrund der neuesten Gesetzesentwicklung

---

SK-StPO/Wolter, § 160a Rn. 41, § 100d Rn. 38; *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1258); *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (865 ff.); *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255); *Rogall*, in: FS Kohlmann, 463 (483 f.); *ders.*, JZ 1996, 944 (949); *Schinkel*, 44; AnwK-StPO/Krekeler/Löffelmann, Einleitung Rn. 136 und Rn. 147.

<sup>6</sup> Z. B. BVerfGE 130, 1 und BGHSt 54, 69.

<sup>7</sup> Vgl. die Gesetze zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 sowie zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 25.11.2019.

<sup>8</sup> *AE-ASR*, GA 2019, 1–128 (S. 74 f. zu § 212e StPO-AE); vgl. demgegenüber noch klar *AE-EV*, § 150e StPO-E 68 ff. und *ASP*, § 100h Abs. 2, 3 und 4 StPO-E 362, 368 f.

<sup>9</sup> Z. B. *Grawe*, Die strafprozessuale Zufallsverwendung, 2008; *Bertram*, Die Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren, 2009; *Pitsch*, Strafprozessuale Beweisverbote. Eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik, 2009; *Rehbein*, Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011; *Engelhardt*, Verwendung präventivpolizeilich erhobener Daten im Strafprozess, 2011; *Dose*, Übermittlung und verfahrenübergreifende Verwendung von Zufallserkenntnissen, 2013; *Gazeas*, Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014; *Schinkel*, Strafprozessuale Verwendungsverbote, 2017 – dazu *Wohlens*, GA 2018, 598; zuletzt *Benning*, Die Nutzung zu Beweis Zwecken nicht verwendbarer Zufallserkenntnisse im strafprozessualen Ermittlungsverfahren, 2018. Vgl. noch zu Verwertungsverboten *Bludovsky*, Rechtliche Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit dem Lauschangriff nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, 2002; *Jäger*, Beweisverwertung und

jedoch einerseits nicht mehr aktuell, andererseits begreifen sie die Verwendungsregelungen meist nicht als Ermächtigungsgrundlagen und kommen auch sonst zu keiner klaren Abgrenzung zu den Verwertungsverboten. Ein Hauptziel der Untersuchung muss die Vereinheitlichung der Gesetzessprache und dann auch ein Vorschlag *de lege ferenda* für eine Begriffsbestimmung sein. Allein auf diese Weise lässt sich die Bestimmtheit gewährleisten, die für die Rechtssicherheit als wesentlicher Teil des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG auch für die Rechtsprechung unerlässlich ist. Das setzt wiederum voraus, dass man die bei der Verwertung bzw. bei der Verwendung von Erkenntnissen betroffenen Funde und Verfahren (die eigentliche Untersuchung mit Untersuchungsfunden bzw. nur ein sich bei Gelegenheit eröffnendes anderes Verfahren mit Zufallsfunden) zunächst einmal markiert und von vornherein trennt.

2. Dies alles (unter 1.) untermauert auch schon die Kritik an der herkömmlichen Dogmatik der Verwertungsverbote. So stellt sich die Frage, weshalb Verwendungsbefugnisse nicht nur im Lichte des Volkszählungsurteils<sup>10</sup> durchgehend gesetzlich geregelt sind, während die Verwertung ohne Vorliegen einer Befugnisnorm grundsätzlich zulässig sein soll. Vielmehr soll es laut Rechtsprechung für die Annahme eines Verwertungsverbots einer ausdrücklich geregelten Verbotsnorm bedürfen.<sup>11</sup> Wenn die Verwendung eine Nutzung personenbezogener Daten und damit einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt und wenn der Gesetzgeber durch die Etablierung von Verwendungsbefugnissen dem Volkszählungsurteil und dann auch dem Gesetzesvorbehalt gerecht wird, kann für eine Verwertung von Beweisen und anderen Erkenntnissen, die in den meisten Fällen ebenfalls personenbezogene Daten darstellen, nichts anderes gelten. Für einheitliche und umfassende Befugnisse zu plädieren und auch insoweit einen Vorschlag *de lege ferenda* zu machen, ist damit ein weiteres Ziel dieser Arbeit.

3. Hinzu kommen zahlreiche Fragen, die weitgehend ungeklärt sind und die die Notwendigkeit einer umfassenden Untersuchung weiter deutlich machen: Ist die unterschiedliche Behandlung unmittelbarer und mittelbarer Verwendung (§§ 161 Abs. 3, 479 Abs. 3 StPO) verfassungsrechtlich gerechtfertigt? Oder ist eine Verwendung zu Beweis Zwecken bzw. zur Sachführung und eine Verwendung als Ermittlungs- bzw. Spurenansatz von gleicher Eingriffsintensität? Wie stellt sich dieselbe Frage innerhalb der Verwertung dar

---

Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003; *Schilling*, Illegale Beweise, 2004; *Hengstenberg*, Die Frühwirkung der Verwertungsverbote, 2007; *Muthorst*, Das Beweisverbot, 2009; *Dautert*, Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung, 2015.

<sup>10</sup> BVerfGE 65, 1.

<sup>11</sup> BVerfGE 130, 1 (28); BVerfGK 16, 22 (28); BGHSt 51, 285 (290); BGHSt 44, 243 (249); BGHSt 37, 30 (32); BGHSt 27, 355 (357).

und wird auch hier zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Verwertung unterschieden?

Daneben: Führt eine konsequente Etablierung von Befugnisnormen im Umkehrschluss zu Verwendungs- bzw. Verwertungsverboten, sobald die Voraussetzungen der Normen nicht vorliegen? Gibt es absolute Grenzen, die bei einer Verwertung und Verwendung von Daten nicht überschritten werden dürfen? Und welchen Einfluss hat der Zweck der weiteren Nutzung auf dieses Problem?

Ferner: Inwieweit kann eine von einer rechtswidrigen Erhebung ihrer personenbezogenen Daten betroffene Person einer Verwertung dieser Daten zustimmen? Welche Auswirkung hat ein hypothetisch rechtmäßiger Ermittlungsverlauf auf die Verwertung? Gelten bei der Frage nach der Verwertung rechtswidriger Daten dieselben Regeln, wenn die Daten durch eine Privatperson erlangt wurden und nur vom Staat verwertet werden sollen?

Weiter: Ist die Voraussetzung eines hypothetischen Ersatzeingriffs innerhalb von Verwendungsregelungen, die eine Zweckänderung von personenbezogenen Daten zum Inhalt haben, zwingend? Kann die Differenzierung bei einigen Verwendungsregelungen zwischen verwertbaren und unverwertbaren Daten aufrechterhalten bleiben, wenn man bedenkt, dass die Verwertbarkeit von Daten nur dann beurteilt werden kann, wenn die Daten schon einmal eine Relevanz für ein Verfahren hatten?

Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur finden auf diese Fragen nach wie vor keine dogmatisch und systematisch überzeugende Antwort. Die Lösungsansätze zu entwirren und die Diskussion voranzubringen, ist ein weiteres wesentliches Ziel dieser Untersuchung. Insbesondere macht sie so eine konkrete Auseinandersetzung mit den Verwendungsregelungen des eingangs genannten Gesetzes vom 25.11.2019 wie der zahlreichen bisherigen Gesetze möglich. Und sie schafft außerdem eine Grundlage für eine begrifflich klare und dogmatisch abgestimmte neue Systematik der Verwertungsverbote und vorrangig der Verwendungsbefugnisse. Die Vorschläge für neue Gesetzesregelungen nehmen das Gesamthema wieder auf: Begriffsbestimmungen u. a. für „Verwertung“ und „Verwendung“ (§ 93a StPO-E); Verwertungsbefugnisse und -verbote (§§ 150–150b StPO-E) sowie Verwendungsbefugnisse (§§ 150c–150e StPO-E).

## II. Grundlagen

### 1. Gang der Untersuchung

Die Ausführungen unter I. geben den Gang der Untersuchung zwar im Wesentlichen vor. Als Grundlage aller weiteren Ausführungen bedarf es jedoch zunächst einiger Begriffsbestimmungen [A. II. 2.] und der übersichtsartigen Darstellung der Beweisverwertungsverbotslehre [A. II. 3.] und der Lehre von den Verwendungsregelungen [A. II. 4.].

Darauf aufbauend, sollen im ersten Teil der Arbeit [B.] der aktuelle Stand des Gesetzes, die höchstrichterliche Rechtsprechung und die unterschiedlichen Ansätze innerhalb der Literatur dargestellt werden. Die Betrachtung der Gesetzeslage beinhaltet dabei, neben einem ersten Blick auf die Neuerungen durch die §§ 161, 479 StPO, auch die Auseinandersetzung mit den Widersprüchen innerhalb des Wortlauts der §§ 108 Abs. 2, 160a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3, 81f Abs. 1 Satz 2 und 81a Abs. 3 StPO und die dagegen klar gestaltete Norm des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO [B. I.]. Die Betrachtung des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO führt dann unweigerlich zu einer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des *BGH* im Al-Qaida-Verfahren<sup>12</sup> und der Darstellung ihrer problematischen Auswirkungen, insbesondere auf das Gesamtgefüge der gesetzlich normierten Verwendungsregelungen [B. II.]. Diese Rechtsprechung zieht eine Reihe unterschiedlichster Systematisierungsvorschläge der Verwendungs- und Verwertungsregelungen innerhalb der Literatur nach sich. Diese gilt es, im Anschluss an die Rechtsprechung als Grundlage für eine eigene Systematisierung übersichtsartig zu beleuchten [B. III.]. Die Uneinheitlichkeit von Gesetz, Rechtsprechung und Literatur machen dabei deutlich, dass eine Verbesserung von Bestimmtheit und damit Rechtssicherheit vonnöten ist.

Die sich aus den vielseitigen Systematisierungsvorschlägen innerhalb der Literatur und den unklaren Normen innerhalb der StPO ergebenden Sachprobleme gilt es dann im dritten Teil der Abhandlung näher zu beleuchten [C.]. Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit Verwendungsregelungen, wie von der Literatur oft thematisiert, tatsächlich datenschutzrechtliche Spezialvorschriften innerhalb der StPO darstellen [C. I.]. Des Weiteren wird insbesondere darauf einzugehen sein, inwiefern Untersuchungsfunde untrennbar mit der Verwertung und Zufallsfunde fest mit der Verwendung zusammenhängen und warum selbstständige Beweisverwertungsverbote und Verwendungsregelungen nicht denselben Regelungsinhalt besitzen. Auch das Verständnis des Verwendungsverbots als Verwertungsverbot mit Fernwirkung gilt es dabei zu hinterfragen [C. II.]. Dies führt wiederum direkt zu der Frage nach der Dif-

---

<sup>12</sup> BGHSt 54, 69.

ferenzierung zwischen der mittelbaren Verwertung von Untersuchungsfunden und der mittelbaren Verwendung von Zufallsfunden [C. III.], was dann eine Klärung des insbesondere im Zusammenhang mit den Verwendungsregelungen relevant werdenden Passus „zu Beweiszwecken“ und seine Nutzung innerhalb verschiedenster Zusammenhängen notwendig macht [C. IV.].

Diese Systematisierung der Regelungen zur Grundlage nehmend, soll eine Auseinandersetzung mit der Etymologie der Begriffe Verwendung und Verwertung stattfinden [D.], um daran anschließend Systematik und Wortlaut innerhalb einer Begriffsbestimmung *de lege ferenda* zusammenbringen zu können [E.]. Dabei sind auch die Begriffe und damit Unterschiede der unmittelbaren und mittelbaren Verwertung und Verwendung zu definieren.

Diese detaillierte Gegenüberstellung der Literatur und Rechtsprechung, die einerseits zeigt, dass Verwertungsverbote und Verwendungsregelungen systematisch immer weiter vermischt werden und andererseits die unterschiedlichen Regelungstechniken des Gesetzgebers in Form von Verbotsnormen bezüglich der Verwertung einerseits und von Befugnisnormen bezüglich der Verwendung andererseits aufzeigt, erfordert eine detaillierte Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen dieser Regelungen [F.]. Dabei wird zu beleuchten sein, inwiefern die Verwertung und die Verwendung sich hinsichtlich eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung unterscheiden [F. I.] und ob eine unterschiedliche, systematische Behandlung der Regelungsinhalte überhaupt zu rechtfertigen ist oder ob nicht vielmehr einheitliche, gesetzliche Gesamtregelungen zu fordern sind [F. II.–IV.] – und wenn ja, wie deren Ausgestaltung auszusehen hat [G.].

Bezüglich solcher harmonisierter Verwendungs- und Verwertungsregelungen wird dann zu diskutieren sein, ob die Notwendigkeit für absolute Verwendungs- [F. II. 1.] bzw. Verwertungsverbote [G. III. 1.] besteht und welche Folgen ein Verstoß gegen eine Verwendungs- bzw. Verwertungsregelung nach sich zieht [F. II. 2. und F. III. 3.]. Bei einer solchen Beleuchtung der Reichweite solcher Regelungen muss dann aber auch erörtert werden, warum einige der Verwendungsregelungen zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Verwendung differenzieren und ob es (verfassungs-)rechtlich zu rechtfertigen ist, dass eine mittelbare Verwendung oftmals deutlich einfacher möglich ist [F. II. 3.]. Auch für die unmittelbare und mittelbare Verwertung stellt sich dann eine solche Frage [F. III. 4.].

Daran schließt sich eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Verwendungsregelungen der StPO an [H.]. So wird zu klären sein, ob das Merkmal der Verwertbarkeit innerhalb einer Verwendungsregelung überhaupt bestimmt werden kann [H. I. 1.]. Ist dies nicht der Fall, so folgt daraus die Frage nach der Rechtmäßig- bzw. Rechtswidrigkeit der Erlangung von Zu-

fallsfunden [H. I. 1. b)] und der Verwendbarkeit insbesondere von rechtswidrigen Zufallsfunden [H. I. 2.]. Daran anschließend stellt sich dann die Frage, wie eine Verwendungsregelung ausgestaltet sein muss, um eine missbräuchliche Zweckumwidmung personenbezogener Daten zu verhindern [H. I. 2.].

Bei alledem ist jedoch im Blick zu behalten, dass sich die vorliegende Arbeit ausschließlich mit dem Strafprozessrecht beschäftigt und beschäftigen kann. Insbesondere die auf den Gesetzesvorschlag [G.] folgenden Ausführungen zu den Grundsätzen der Verwendungsregelungen [H. I.] beschränken sich auf das Strafverfahrensrecht. Es wird gerade nicht das Polizeirecht oder das Nachrichtendienstrecht beleuchtet. Lediglich bei der konkreten Betrachtung der innerhalb der StPO geregelten Verwendungsregelungen [H. II.] wird bei der Verwendung von strafverfahrensrechtlich erlangten Daten zur Gefahrenabwehr auf innerhalb des Gefahrenabwehrrechts relevant werdende staatliche Schutzpflichten einzugehen sein. Ansonsten bleibt bei der Auseinandersetzung mit den neuen Regelungen der Fokus auf den strafverfahrensrechtlichen und den verfassungsrechtlichen Herausforderungen, denen die Verwendungsregelungen gerecht zu werden haben. Etwaige Defizite der neuen Normen aufzeigend, sollen dann abschließend Verwendungsregelungen de lege ferenda [I.] vorgeschlagen werden.

## 2. Begriffsbestimmungen

Als Grundlage für die Abgrenzung der Verwendungsregelungen von den Verwertungsverboten innerhalb der StPO, für die Betrachtung der relevanten Normen und der Bewertung ihrer systematischen Einordnung innerhalb des Strafprozessrechts, aber auch für die Analyse ihres Inhalts und das Ziel einer gesetzlichen Begriffsbestimmung müssen zunächst einige Begriffe, die im Laufe der Arbeit eine zentrale Rolle einnehmen, näher bestimmt werden.

### *a) Untersuchungsfunde*

Untersuchungsfunde sind das Ergebnis von gezielten, staatlichen Maßnahmen. Diese strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen werden zum Zwecke der Beweiserhebung und späteren -erbringung einer prozessualen Tat durchgeführt.<sup>13</sup> Sie sind mithin tatbezogen.<sup>14</sup> Innerhalb der gefahrenab-

---

<sup>13</sup> § 94 Abs. 1 StPO macht dies insbesondere deutlich: „Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können, sind in Verwahrung zu nehmen [...]“. Der Gegenstand ist also nur in Verwahrung zu nehmen, wenn er im Zusammenhang mit dem Anfangsverdacht steht, der überhaupt zu den Ermittlungen



wehrrrechtlichen Maßnahmen kann von einer solchen Tatbezogenheit nicht gesprochen werden. Hier ist der Zweck der Maßnahme nicht die Verfolgung einer Straftat, sondern die Abwehr einer Gefahr. Somit muss ein Gefahrbezug bestehen. Sowohl die Ermächtigungsgrundlagen der strafverfahrensrechtlichen wie der polizeirechtlichen Maßnahmen haben gemeinsam, dass erst der konkrete Bezug zur Tat oder zur Gefahr den Eingriff rechtfertigt. Sie legen den Zweck der Maßnahme fest. Ohne eine solche konkrete Zweckbestimmung der Maßnahme, die diese damit begrenzt<sup>15</sup>, wird sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht.<sup>16</sup> Die bei solchen Maßnahmen erlangten Erkenntnisse sind also gezielt gesucht, um sie dann in einem Strafverfahren oder zur Gefahrenabwehr zu verwerten.<sup>17</sup> Untersuchungsfunde können somit immer nur solche sein, deren Erhebung von der Rechtsgrundlage der Maßnahme umfasst<sup>18</sup> und vor Beginn des Eingriffs gewollt sind.

Unter Untersuchungsfunden versteht man also im Folgenden Funde, die durch eine Maßnahme gezielt erlangt wurden und tat- bzw. im Falle der Gefahrenabwehr gefahrbezogen sind und die für das Verfahren, in dem sie erlangt wurden, zumindest regelmäßig genutzt werden dürfen.<sup>19</sup>

### *b) Zufallsfunde*

Von den Untersuchungsfunden abzugrenzen sind die sogenannten Zufallsfunde. Auch der Begriff des Zufallsfundes findet sich wie schon der des Untersuchungsfundes so im Gesetz nicht wieder. Lediglich § 108 Abs. 1 Satz 1 StPO spricht von Gegenständen, die bei Gelegenheit einer Durchsichtung gefunden werden. Aber auch andere Maßnahmen, insbesondere bei den heimlichen Maßnahmen sowohl aus dem Strafverfahrensrecht als auch aus dem Polizeirecht, wie beispielsweise die Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a StPO oder gem. § 23b PolG BW oder die akustische Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO oder gem. § 23 PolG BW, führen zu bei Gelegenheit anfallenden Erkenntnissen. Es kommt also neben den

---

geführt hat. Es besteht eine Zweckbindung zwischen den Ermittlungen und der Beweiserhebung.

<sup>14</sup> *Kretschmer*, StV 1999, 221 (222); *Labe*, 82, 104; Umkehrschluss aus *Lohberger*, in: FS Hanack, 253 (257); *Störmer*, 154.

<sup>15</sup> *Störmer*, 154.

<sup>16</sup> BVerfGE 113, 29 (52 f.); *Dallmeyer*, 66, 70; so auch *Grawe*, 148 f.; *Dose*, 115; *Kelnhofer*, 220 betont deshalb, dass „der Bereich des von der Norm Erfassten“ zu bestimmen ist.

<sup>17</sup> *Labe*, 104; *Riepl*, 257 f.; SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 184.

<sup>18</sup> *Kelnhofer*, 219 f.

<sup>19</sup> SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 184, der Untersuchungsfunde allerdings nur als Phänomen des Strafverfahrens sieht.

gezielt tat- bzw. gefahrbezogenen Funden auch zu solchen Erkenntnissen, die auf einen gänzlich anderen Sachverhalt hinweisen. In den meisten Fällen handelt es sich dabei nicht um Funde im gegenständlichen Sinne, sondern vielmehr um einen zufälligen Anfall einer Vielzahl von Informationen in Form von Daten.<sup>20</sup> Diese werden im Zweifel verkörpert erhoben, indem sie digital aufgezeichnet werden und auf einem Datenträger transportiert werden. Auch das Versenden einer E-Mail mit einem Anhang stellt eine Form der Verkörperung der Daten dar, auf die man als Datengesamtheit zugreifen kann. Da es sich dabei aber ebenso um ein reines, ungewolltes Nebenprodukt der Maßnahme<sup>21</sup>, das Anhaltspunkte auf eine andere Straftat oder eine bevorstehende Gefahr bietet<sup>22</sup>, handelt, spricht man auch hier von einem sogenannten Zufallsfund bzw. einer Zufallserkenntnis.<sup>23</sup> Die Begriffe des Zufallsfundes und der Zufallserkenntnis werden synonym gebraucht.<sup>24</sup>

Dass diese nicht tat- bzw. gefahrbezogenen Informationen miterhoben werden dürfen, liegt an der weiten Ermächtigung der Rechtsgrundlagen, die in dem Beispiel des § 100a Abs. 1 StPO die Aufzeichnung der „Telekommunikation“ und im Beispiel des § 23 Abs. 1 PolG BW die Erlangung „personenbezogener Daten in oder aus Wohnungen“ erlauben.<sup>25</sup> Da das Erheben dieser Erkenntnisse gerade nicht Intention der Ermächtigungsgrundlage war, wird von einem solchen meist auch nicht gesprochen. Vielmehr fallen diese Informationen einfach mit an, was nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass auch die Erlangung eines solchen Zufallsfundes einen Eingriff in die betroffenen Grundrechte darstellt.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Deshalb zwischen Zufallsfunden und Zufallserkenntnissen differenzierend: *Dose*, 26, 28; *Benning*, 33.

<sup>21</sup> *Dose*, 26, die davon spricht, dass sie „bei Gelegenheit“ anfallen; vgl. auch den erwähnten § 108 Abs. 1 Satz 1 StPO; *Pitsch*, 98; *Reinecke*, 63, der betont, dass es sich bei Zufallsfunden gerade nicht um mittelbare Beweise handelt, da diese zielbestimmt erlangt wurden.

<sup>22</sup> Ebenfalls die außerstrafprozessual gewonnenen Informationen betrachtend *Grawe*, 151, der aber die innerstrafprozessual gewonnenen Informationen, die wiederum für außerstrafprozessuale Bereiche von Wichtigkeit sein können, außer Acht lässt. *Wolter*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153) und in SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 31 definiert auch diese als Zufallsfunde.

<sup>23</sup> *Lohberger*, in: FS Hanack, 253 (255); *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1107).

<sup>24</sup> Bspw. *Dose*, 29; *Grawe*, 151; *Kelnhöfer*, 231; *Lohberger*, in: FS Hanack, 253 (255); *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1140); *Rogall*, 78, 88; *Wolter*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (762, 765); *ders.*, in: SK-StPO<sup>2</sup> Vor § 151 Rn. 188.

<sup>25</sup> SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 181a; *Kelnhöfer*, 229. A.A. *Schinkel*, 93, die diese Erkenntnisse nicht als Zufallsfunde kategorisiert, da sie vom Erhebungszweck mitumfasst und somit nicht zufällig erlangt seien.

<sup>26</sup> SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 181b. A.A. *Schinkel*, 94; *Dose*, 118, die aufgrund der fehlenden Finalität der Maßnahme bzgl. des Zufallsfundes einen Eingriff

Entgegen einigen Stimmen in der Literatur<sup>27</sup> ist der Begriff des Zufallsfundes kein rein strafverfahrensrechtlicher Begriff und bezieht sich somit auf alle Funde, „die zu gewinnen nicht Ziel der Maßnahme“<sup>28</sup> war. Diese können für andere Rechtsbereiche von Bedeutung sein oder auch in anderen Rechtsbereichen anfallen. Es kommt für die Eigenschaft als Zufallserkenntnis nicht darauf an, ob dieser rechtmäßig oder rechtswidrig erlangt worden ist.<sup>29</sup> Dies spielt erst bei seiner späteren Verwendung eine Rolle.

Unter Zufallsfunden versteht man also im Folgenden Funde, die zufällig bei einer Maßnahme erlangt wurden, ohne dass ihr Erlangen Zweck der Maßnahme gewesen ist.

### c) Verwertung und Verwendung

Von Verwertung wird innerhalb der StPO in erster Linie in Form von Beweisverwertungsverböten gesprochen. Diese spielen im Strafverfahren dann eine Rolle, wenn ermittelte Tatsachen nicht Teil der Beweiswürdigung nach § 261 StPO sein dürfen und damit nicht Gegenstand der Urteilsfindung sind.<sup>30</sup> Positiv formuliert ist eine Verwertung also die Nutzung eines gezielt

---

verneinen. So auch *Benning*, 33. Grds. so auch *Puschke*, 75 f. Fn. 271, der aber die Erlangung der Informationen dann als Eingriff klassifiziert, wenn „die Erlangung auch anderer als der ursprünglich intendierten Daten [vorhersehbar gewesen ist]“. Zumindest ein Eingriff i. S. des modernen Eingriffsbegriffs ist, unabhängig von der zu befürwortenden Ansicht *Puschkes*, auf jeden Fall anzunehmen. Dabei handelt es sich nach BVerfGE 105, 279 (299 ff.) um jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht.

<sup>27</sup> *Grawe*, 148 f., der den Begriff zwar explizit auf Erkenntnisse ausweitet, die auf einer außerstrafprozessualen Maßnahme basieren, aber einen „angestrebten, strafverfolgungsbezogenen Verwendungszweck“ als Zielzweck voraussetzt, weil der „Zufallsfundbegriff [ansonsten] auf die allgemeine Zweckbindungs-/Zweckänderungsdogmatik hinaus[liefere]. Der Zufallsfund [sei] ein rein strafprozessualer Rechtsbegriff“; *Labe*, 105 spricht von jedem „Ergebnis einer strafprozessualen Zwangsmaßnahme“; *Labe* folgend: *Störmer*, 137. Anders *Dose*, 29, die gerade für den abstrakten Begriff der „Zufallserkenntnis/Zufallsfundes“ plädiert, da diese „überall anfallen können“.

<sup>28</sup> *Joecks*, JA 1983, 59 (61).

<sup>29</sup> Siehe auch BGHSt 54, 69 (88 Rn. 50); *Labe*, 105, der aber auf S. 45 ff. deutlich macht, dass eine Vielzahl an Stimmen in der Literatur nur die rechtmäßigen Zufallsfunde thematisieren. A.A. *Grawe*, 151 f., der die Rechtmäßigkeit der Zufallsfunderlangung als Teil der Definition sieht, weil nur dann die Erhebungsmaßnahme den Zufallsfund legitimieren könne.

<sup>30</sup> SK-StPO/*Rogall*, § 136a Rn. 106; *ders.*, JZ 2008, 818 (822); *ders.*, in: FS Kohlmann, 465 (483); SK-StPO/*Velten*, § 261 Rn. 63; LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 17; Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl Rn. 55; MüKo-StPO/*Kudlich*, Einleitung Rn. 449; MüKo-StPO/*Miebach*, § 261 Rn. 136; SSW-StPO/*Beulke*, Einleitung Rn. 261; HK-

zu diesem Zweck erhobenen Beweises in Form eines Gegenstandes oder einer Information, also eines Untersuchungsfunds, der innerhalb des vorausgegangenen Verfahrens auf der Grundlage einer Ermittlungsermächtigung zielgerichtet erlangt wurde.<sup>31</sup> Dieser Untersuchungsfund wird zur Erforschung der Wahrheit im weiteren Verfahrensverlauf entweder zur Untermauerung von Thesen oder zur Widerlegung solcher zum Zwecke der Urteilsfindung eingesetzt.<sup>32</sup>

Von einer Verwendung innerhalb der StPO ist meist dann die Rede, wenn schon vorhandene, personenbezogene Daten für einen neuen Zweck genutzt werden sollen. § 161 Abs. 3 StPO und § 479 Abs. 2 und Abs. 3 StPO erlauben beispielsweise, dass personenbezogene Daten, die aufgrund einer Maßnahme nach anderen Gesetzen zufällig erlangt worden sind, für ein weiteres Verfahren nutzbar gemacht und verwendet werden dürfen. Es handelt sich dabei also um Regelungen, die im Gegensatz zu den Verwertungsverboten gerade nicht mehr die zweckgebundene Nutzung der Daten im Ausgangsverfahren regeln, sondern positiv eine Überleitung der Daten in ein neues Verfahren ermöglichen. Die hierbei zur Disposition stehenden Daten sind damit Daten, die in einem anderen Zusammenhang zufällig erlangt wurden und nun für einen neuen Bereich von Nutzen sind. Die Verwendung ist somit die Nutzung eines Zufallsfundes.<sup>33</sup>

#### d) Zu Beweiszwecken

Zu Beweiszwecken wird innerhalb der StPO in verschiedenen Zusammenhängen genutzt. So ermächtigt § 94 StPO die Behörden zur Sicherstellung und Beschlagnahme von Gegenständen zu Beweiszwecken, wie aus seiner amtlichen Überschrift deutlich wird. Die Gegenstände, die nach § 94 Abs. 1 StPO gezielt sichergestellt werden, dürfen lediglich „als Beweismittel für die Untersuchung“ genutzt werden. Der Wortlaut des § 94 Abs. 1 StPO stellt damit klar, dass ein In-Verwahrung-Nehmen oder ein sonstiges Sicherstellen von Gegenständen nur dann möglich ist, wenn abzusehen ist, dass es zum Fortgang des Ermittlungsverfahrens, ggf. mit anschließender Hauptverhandlung, kommt, in der der Gegenstand Beweisbedeutung entfaltet.<sup>34</sup> Er

---

StPO/*Gercke/Temming*, Einl Rn. 109; HK-StPO/*Julius*, § 261 Rn. 4; *Eisenberg*, Rn. 356; *Hengstenberg*, 11.

<sup>31</sup> So auch *Störmer*, 155.

<sup>32</sup> LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 239; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (481); *ders.*, JZ 1996, 944 (948); *Löffelmann*, 165.

<sup>33</sup> So grundsätzlich auch *Benning*, 30, 34; SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 31 ff.; KMR/*von Heintschel-Heinegg/Bockemühl*, § 477 Rn. 4.

<sup>34</sup> *Meyer-Goßner/Köhler*, § 94 Rn. 7; KK-StPO/*Greven*, § 94 Rn. 11.

soll somit unmittelbar innerhalb des weiteren Verfahrens zweckgebunden verwertet werden.<sup>35</sup>

Innerhalb der Verwendungsregelungen gem. § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO, § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO nutzt das Gesetz den Passus zu Beweis Zwecken, um die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlagen auf den Bereich der unmittelbaren Verwendung der Daten im Verfahren zu begrenzen. Da es damit die mittelbare Verwendung als Ermittlungsansatz nicht miteinbezieht, sprechen einige Stimmen von einer Norm, die die Verwendbarkeit der Daten beschränkt<sup>36</sup> und schließen daraus, dass eine mittelbare Verwendung der Daten unbeschränkt möglich sei.<sup>37</sup> Auch innerhalb der Diskussion zu den Verwendungsregelungen werden allerdings Stimmen laut, die eine Differenzierung zwischen einer Verwendung zu Beweis Zwecken und einer mittelbaren Verwendung ablehnen. Sie sehen auch in einer zweckentfremdenden Verwendung von Daten zum Anlass weiterer oder erster Ermittlungen eine Verwendung der Daten zu Beweis Zwecken.<sup>38</sup>

In beiden Fällen sowohl der Verwertungsregelung aus § 94 StPO als auch den Verwendungsnormen der § 161 Abs. 3, Abs. 4 StPO, § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO stellt der Passus zu Beweis Zwecken allerdings einen Zusammenhang zum Verfahren her und damit zu einer unmittelbaren Nutzung.

---

<sup>35</sup> A.A.: SK-StPO/*Wohlers/Greco*, § 94 Rn. 30, der nicht zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Verwertung unterscheidet, sondern in der Verwertung eines Beweismittels als Anhaltspunkt für weitere Ermittlungen ebenfalls eine Verwertung für die Untersuchung sieht.

<sup>36</sup> *Zöller*, StV 2019, 419 (421).

<sup>37</sup> LR/*Erb*, § 161 Rn. 80; LR/*Hilger*, § 477 Rn. 8; Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 18d, § 479 Rn. 4; SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49; AnwK-StPO/*Löffelmann*, Vorb zu §§ 94 bis 111 Rn. 19; *Allgayer/Klein*, wistra 4/2010, 130 (133); *Allgayer*, NSTz 2006, 603 (605 f.); Handbuch des Polizeirechts/*Frister*, F Rn. 156; SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 36, der jedoch eine solche Differenzierung durch das Gesetz stark kritisiert. KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 36; HK-StPO/*Temming/Schmidt*, § 477 Rn. 5; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (484); *ders.*, JZ 2008, 818 (828); so auch die Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 16/5846, S. 64. Kritisch und im Ergebnis ablehnend: *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546); *Glaser/Gedeon*, GA 2007, 414 (435); *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (885); *Benning*, 57, 74.

<sup>38</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (887 f.); SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 36; *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546) kommt zum selben Ergebnis, indem er „§ 161 Abs. 2 Satz 1 StPO aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dahin[gehend] reduziert[t], dass auch Spurensätze allein i. R. der jeweiligen Katalogstraftaten verfolgt werden dürfen“.

e) *Fernwirkung*

Die Fernwirkung beschäftigt sich mit der Frage nach der Reichweite eines Beweisverwertungsverbots.<sup>39</sup> Erstreckt sich ein Verwertungsverbot auf jegliche weitere Nutzung des Untersuchungsfundes und damit auch für weitere Ermittlungen, spricht man davon, dass dieses Verwertungsverbot Fernwirkung entfaltet. Das bedeutet, dass alle mittelbar erhobenen Informationen, die auf der Grundlage der dem Beweisverwertungsverbot unterliegenden Information ermittelt wurden, ebenfalls nicht weiterverwertet werden dürfen. Dabei wird in der Literatur immer wieder das Beispiel erwähnt, dass ein Beschuldigter in Folge von Folter das Versteck der Leiche eines Menschen preisgibt, dessen Tötung er in diesem Zusammenhang gesteht.<sup>40</sup> Das Geständnis und die Information des Verstecks unterliegen gem. § 136a Abs. 3 StPO einem Verwertungsverbot. Die Frage nach der Fernwirkung stellt sich in dem Moment, in dem die Informationen trotz allem genutzt werden, um die Leiche zu finden und sich die Frage nach der Verwertbarkeit der an der Leiche gefundenen DNA-Spuren zu Lasten des Beschuldigten stellt. Diese stellen mittelbare Beweise dar, die nur dadurch erhoben werden konnten, dass die unverwertbaren Informationen, die aus der Folter hervorgegangen sind, verwertet worden sind.

Ob ein Verwertungsverbot so weit reichen soll, dass solche mittelbaren Beweise ebenfalls nicht verwertet werden dürfen, ist innerhalb der deutschen Strafverfahrenslehre und der Rechtsprechung des *BGH* ausgesprochen umstritten.<sup>41</sup> Angelehnt an den im amerikanischen Strafprozess geltenden Grundsatz der „fruit of the poisonous tree doctrine“ und damit der Bejahung einer grundsätzlichen Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten<sup>42</sup> gibt es

---

<sup>39</sup> SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 109; *ders.*, JZ 2008, 818 (827); *ders.*, JZ 1996, 944 (948); *ders.*, in: Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi, 113 (157); *Wohlers*, in: FS Wolter, 1182 (1198); *Störmer*, 236; *Pitsch*, 88; *Meyer-Mews*, HRRS 2015, 398 (398); *Müssig*, GA 1999, 119 (137). *Jäger*, GA 2008, 472 (496) betont für die Frage nach der Fernwirkung eine notwendige Beweiseinheit zwischen dem mittelbar erlangten Beweismittel und dem Ausgangsbeweis.

<sup>40</sup> U. a. *Jäger*, GA 2008, 473 (493); *Kasiske*, JURA 2017, 16 (16); so ähnlich: *Muthorst*, 205 f.

<sup>41</sup> Eine Fernwirkung befürwortend: BGHSt 29, 244 (251) in Bezug auf § 7 Abs. 3 G 10; *Jäger*, GA 2008, 472 (494); *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (669); *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (958); *Grünwald*, JZ 1966, 489 (500); *Störmer*, 245 f.; *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 446 (450); *Müssig*, GA 1999, 119 (137). Eine Fernwirkung ablehnend: BGHSt 32, 68 (71); BGHSt 34, 362 (364).

<sup>42</sup> *Dencker*, 80. Allerdings sind auch hier zum Teil Ausnahmen („independent source exception“, „inevitable discovery exception“, „purged taint exception“) vorgesehen, wie *Rogall*, in: SK-StPO § 136a Rn. 116 näher erläutert. *Muthorst*, 212 befürwortet grundsätzlich eine Fernwirkung, macht eine solche aber von der Auslegung des zugrunde liegenden Beweisverbots abhängig. So auch *Reinecke*, 119.

Stimmen, die die Fernwirkung mit dem Argument befürworten, dass bei ihrer Ablehnung eine erhöhte Gefahr der Umgehung von Verwertungsverboten bestehe.<sup>43</sup> Verwertungsverbote würden im schlimmsten Fall gänzlich ihre Wirkung verlieren und der zugrunde liegende Verstoß würde durch eine Verwertung der mittelbaren Beweise vertieft.<sup>44</sup> Außerdem könne nur durch die Bejahung der Fernwirkung das durch den Verstoß gegen das Beweisverbot eingetretene, rechtswidrige staatliche Handeln wieder geheilt werden.<sup>45</sup> Der Anreiz, rechtmäßig zu handeln, ginge bei einer Verneinung der Fernwirkung verloren, rechtswidriges staatliches Handeln sei aber mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar.<sup>46</sup>

Dem setzt die Gegenauffassung, die sich primär auf kriminalpolitische Argumente stützt, den Einwand entgegen, dass es der Bevölkerung nicht zu vermitteln sei, schon erhobene Beweismittel nicht zu verwerten. Vielmehr nehme die staatliche Strafverfolgung in der öffentlichen Sicht schweren Schaden, wenn einzelne Verfahrensfehler ein ganzes Strafverfahren lahmlegen würden.<sup>47</sup> Außerdem kehren die Stimmen das Argument der befürwortenden Ansicht, es sei im Nachhinein nicht mehr festzustellen, ob andere Tatsachen auch zu dem mittelbar erhobenen Beweis geführt hätten, in sein Gegenteil und betonen, dass nicht sicher festgestellt werden könne, dass der verwertete Beweis, der einem Beweisverwertungsverbot unterlag, tatsächlich am Ende ursächlich für die Überführung des Beschuldigten sei.<sup>48</sup>

Daneben plädieren vermittelnde Stimmen wie auch schon bei der Frage nach der Existenz eines Beweisverwertungsverbots für eine Abwägung im Einzelfall.<sup>49</sup> Sie stellen das Strafverfolgungsinteresse dem zu schützenden Individualinteresse gegenüber. In diese Abwägung wird die Schwere der

---

<sup>43</sup> *Roxin*, in: 40 Jahre BGH, 66 (95); *Otto*, GA 1970, 294 f.

<sup>44</sup> Im Ansatz so auch: *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (669); *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (958); *Grünwald*, JZ 1966, 489 (500); *Reinecke*, 119, 134; *Störmer*, 245 f.; *Jäger*, GA 2008, 473 (494) hat in seine „beweisgegenständliche Schutzzwecklehre“ die Fernwirkungsproblematik ausdrücklich einbezogen.

<sup>45</sup> *Dencker*, 79; *Müssig*, GA 1999, 119 (137); *Grünwald*, StV 1987, 470 (472).

<sup>46</sup> *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (951); *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 446 (450).

<sup>47</sup> BGHSt 32, 68 (71); BGHSt 34, 362 (364); *Ranft*, in: FS Spindel, 719 (735).

<sup>48</sup> BGHSt 32, 68 (71); BGHSt 34, 362 (364 f.).

<sup>49</sup> BGHSt 29, 244 (249 ff.); *Wolter*, NStZ 1984, 276 (277 f.) entwickelt dabei angelehnt an die materiellrechtliche Zurechnungslehre weitere Kriterien zur Abwägung; sich ebenfalls auf die Kriterien der objektiven Zurechnung beziehend: *Müssig*, GA 1999, 119 (137); *Knoll*, 149, der sich aber bei Bagatelldelikten für eine grundsätzliche Fernwirkung ausspricht; SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 112; *ders.*, ZStW 91 (1979), 1 (40); *ders.*, NStZ 1988, 385 (391); *ders.*, in: Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolph, 113 (158); *Kelnhöfer*, 256. Dies klar ablehnend: *Reinecke*, 232; so auch *Jäger*, 116.

aufzuklärenden Straftat und das durch sie bedrohte Rechtsgut miteinbezogen. Überwiegt dann das Individualinteresse das Strafverfolgungsinteresse, entfalte das Verwertungsverbot Fernwirkung. Einzig bei einem Verwertungsverbot, das auf einer Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung basiert, wird von allen Meinungen eine Fernwirkung anerkannt.<sup>50</sup>

### f) Spurenansätze

Die Verwendung von Daten als Spurenansätze ist wie die Fernwirkung kein Ausdruck der Strafprozessordnung. Vielmehr haben Rechtsprechung und Literatur diesen geprägt.<sup>51</sup> Er wird insbesondere dort diskutiert, wo das Gesetz die Einschränkung zu Beweis Zwecken normiert bzw. in der Vergangenheit normierte.<sup>52</sup> Regelt eine Verwendungsregelung lediglich eine Verwendung zu Beweis Zwecken, so soll die mittelbare Verwendung, also die Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz, für die Erhebung weiterer Informationen laut h. M. uneingeschränkt möglich sein.<sup>53</sup> Verzichteten Regelungen wie der neue § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 StPO und § 100e Abs. 6 StPO auf die Einschränkung „zu Beweis Zwecken“, so erstrecken sich die Voraussetzungen der Verwendungsregelungen sowohl auf die unmittelbare als auch auf die mittelbare Verwendung, also auch auf die Verwendung der Zufallsfunde als Ermittlungs-/Spurenansätze.<sup>54</sup> Das bedeutet auch, dass weitere Er-

<sup>50</sup> SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 111.

<sup>51</sup> Bspw. BVerfGE 109, 279 (331, 377); BVerfGE 141, 220 (325 f. Rn. 281); SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 35; ders., in: FS Schenke, 541 (546); SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 114; Löffelmann, 220, der den Begriff allerdings im Verwertungszusammenhang diskutiert und in Bezug zur Fernwirkung stellt. Vgl. aber BT-Drucks. 19/4671, S. 62 f. (Gesetzesentwurf der Bundesregierung), der in § 161 Abs. 3 StPO-E das erste Mal eine Regelung zur zweckändernden Verwendung als „Ermittlungsansatz“ ins Spiel gebracht hat.

<sup>52</sup> §§ 477 Abs. 2, 161 Abs. 2 und Abs. 3 StPO a.F., die heute § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO entsprechen. Außerdem im Fall des § 100e Abs. 6 StPO, der bewusst den Passus zu Beweis Zwecken gestrichen hat, wie Wolter bei SK-StPO § 100d Rn. 35 betont.

<sup>53</sup> LR/Erb, § 161 Rn. 80; LR/Hilger, § 477 Rn. 8; Meyer-Goßner/Köhler, § 161 Rn. 18d, § 479 Rn. 4; SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 49; AnwK-StPO/Löffelmann, Vorb zu §§ 94 bis 111 Rn. 19; Allgayer/Klein, wistra 2010, 130 (133); Allgayer, NSTZ 2006, 603 (605 f.); Handbuch des Polizeirechts/Frister, F Rn. 156; SK-StPO/Weßlau/Puschke, § 479 Rn. 36, der jedoch eine solche Differenzierung durch das Gesetz stark kritisiert. KK-StPO/Griesbaum, § 161 Rn. 36; HK-StPO/Temming/Schmidt, § 477 Rn. 5; Rogall, in: FS Kohlmann, 465 (484); ders., JZ 2008, 818 (828). Kritisch und im Ergebnis ablehnend: Wolter, in: FS Schenke, 541 (546); Glaser/Gedeon, GA 2007, 414 (435); Singelstein, ZStW (120) 2008, 854 (885); Benning, 57, 74.

<sup>54</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 35; LR/Hauck, § 100e Rn. 75.



mittlungen bezüglich eines neuen Verfahrens zur Gewinnung neuer Erkenntnisse bzw. Beweismittel aufgrund der erlangten Zufallsfunde möglich sind.<sup>55</sup>

„Als Ermittlungs-/Spurenansatz“ ist damit als Gegenspieler zu dem die unmittelbare Verwendung widerspiegelnden Passus des „zu Beweiszwecken“ zu sehen und meint damit die mittelbare Verwendung von Zufallsfunden.

### 3. Beweisverwertungsverbotslehre

Auf diesen Begriffsbestimmungen aufbauend, sollen im Anschluss kurz die Besonderheiten der umstrittenen Beweisverwertungsverbotslehre betrachtet werden.<sup>56</sup> Diese knüpft insbesondere an den Begriff der Untersuchungsfunde und der Verwertung an. Da sie zentraler Punkt in der wissenschaftlichen Diskussion um die systematische Einordnung der Verwendungsregelungen ist, erscheint sie darlegungsbedürftig. Allerdings muss sie doch klar von den Verwendungsregelungen abgegrenzt werden.

#### a) Unselbstständige Beweisverwertungsverbote

Werden Untersuchungsfunde rechtsfehlerhaft erlangt, da die Voraussetzungen der Erhebungsgrundlage nicht vorliegen, stellt sich die äußerst umstrittene Frage, ob ein solcher Fehler zu einem sogenannten unselbstständigen Verwertungsverbot der Untersuchungsfunde führt.<sup>57</sup>

Diese finden sich als geschriebene, unselbstständige Verwertungsverbote unter anderem beispielsweise in § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO sowie in § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO und § 100d Abs. 5 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 StPO in Form von umfassenden oder absoluten Beweisverwertungsverboten.<sup>58</sup> In allen Beispielen wählt der Gesetzgeber passend zur Bezeichnung der Verbote als Beweisverwertungsverbote den Wortlaut „dürfen nicht verwertet werden“. In allen drei Fällen geht der Verwertungsverbotsregelung ein Erhebungsverbot voraus, das entweder eine bestimmte Art und Weise der Erhe-

<sup>55</sup> So beispielsweise bei BGH, NStZ 1998, 426 (427).

<sup>56</sup> Da im Ergebnis die Verwendungsregelungen nicht als Teil der Verwertungsverbote gesehen werden, reicht eine skizzenhafte Betrachtung aus, die den Ursprung der Verwertungsverbote deutlich macht, welcher für die Diskussion und Abgrenzung ausschlaggebend ist.

<sup>57</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl Rn. 50; LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 39; SSW-StPO/*Beulke*, Einleitung Rn. 264. Die Unterscheidung in unselbstständige und selbstständige Beweisverwertungsverbote prägend: *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (3).

<sup>58</sup> LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 18, 20, 40; HK-StPO/*Ahlbrecht*, § 136a Rn. 51; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100d Rn. 17, § 136a Rn. 62.

bung<sup>59</sup> oder aber die Erhebung einer bestimmten Kategorie von Daten<sup>60</sup> nicht erlaubt. Diese Regelungen modifizieren somit die Ermächtigungsgrundlage einer Ermittlungsmaßnahme, um die Individualrechte des Beschuldigten zu sichern.<sup>61</sup> Kommt es entgegen dem Erhebungsverbot trotzdem zur Erhebung solcher Daten, weil beispielsweise vorher nicht erkennbar war, dass die Maßnahme Erkenntnisse liefern wird, die in den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallen, greift das oben genannte Verwertungsverbot ein.<sup>62</sup>

Davon zu unterscheiden sind die ungeschriebenen, unselbstständigen Beweisverwertungsverbote. Ihnen liegt zwar auch ein Verstoß gegen eine Voraussetzung der Erhebungsermächtigung zu Grunde, allerdings gibt es kein gesetzlich normiertes Beweisverwertungsverbot. Wann in einem solchen Fall ein Beweisverwertungsverbot angenommen wird, ist bis heute äußerst umstritten.<sup>63</sup> Vorliegend soll beispielhaft die Abwägungslehre der Rechtsprechung und damit die h. M. zu den Beweisverwertungsverböten herausgestellt werden, um sich des systematischen Unterschieds der Verwendungsregelungen zu den Verwertungsverböten bewusst zu werden. In jüngerer Zeit hat das *BVerfG* bezüglich der Verwertungsverböte die ständige Rechtsprechung des *BGH*<sup>64</sup> bestätigt und deutlich gemacht, dass „Verwertungsverböte eine begründungsbedürftige Ausnahme darstellen“.<sup>65</sup> Es führt dazu zusätzlich aus, dass § 261 StPO „Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil [sei]“<sup>66</sup>. „Die Vorschriften des § 244 Abs. 2 StPO und des § 261 StPO [berechtigten und verpflichteten das Gericht] [...], die Beweisaufnahme zur Ermittlung des wahren Sachverhalts grundsätzlich auf alle zur Verfügung stehenden Beweismittel zu erstrecken. Damit [trage] das Ge-

---

<sup>59</sup> Vgl. § 136a Abs. 1 und Abs. 2 StPO, der klarstellt, welche Vernehmungsmethoden verboten sind. Diese Art Beweisverbot wird auch Beweismethodenverbot genannt, vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl. Rn. 54; SSW-StPO/*Beulke*, Einleitung Rn. 261.

<sup>60</sup> Vgl. § 100d Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 StPO, der eine Maßnahme dann verbietet, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass durch die Maßnahme Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden. Diese Art Beweisverbot wird auch Beweisthemenverbot genannt, vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl. Rn. 52; SSW-StPO/*Beulke*, Einleitung Rn. 261.

<sup>61</sup> SSW-StPO/*Beulke*, Einleitung Rn. 260; *Beulke/Swoboda*, § 23 I 2 Rn. 454; *Rogall*, JZ 1996, 944 (947).

<sup>62</sup> Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100d Rn. 11; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100d Rn. 17.

<sup>63</sup> M. w. N. LR/*Gössel*, Einl. Abschn. L Rn. 38 ff., 218 ff.; Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl. Rn. 55 ff.; *Eisenberg*, Rn. 364 ff.

<sup>64</sup> BGHSt 51, 285 (290); BGHSt 44, 243 (249); BGHSt 37, 30 (32); BGHSt 27, 355 (357).

<sup>65</sup> BVerfGE 130, 1 (28).

<sup>66</sup> BVerfGE 130, 1 (29).

setz den verfassungsrechtlichen Erfordernissen der Wahrheitserforschung im Strafprozess (vgl. BVerfGE 57, 250 [275]) und der funktionstüchtigen Strafrechtspflege (vgl. BVerfGE 122, 248 [272 f.]) Rechnung.“<sup>67</sup> Es differenziert hierbei in keiner Form zwischen Untersuchungs- und Zufallsfunden, sondern spricht lediglich von Beweisen im Strafverfahren.

Diese Rechtsprechung trägt die Wertung inne, dass zunächst einmal von einer im Interesse der Wahrheitserforschungspflicht und einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege generalklauselartigen und ungeschriebenen Verwertungsbefugnis auch für rechtswidrig erhobene Informationen ausgegangen wird. Zur Annahme eines Verwertungsverbots wird eine gesetzliche Regelung oder aber eine diese Ausnahme rechtfertigende Abwägung (Abwägungslehre)<sup>68</sup> zwischen dem Strafverfolgungsinteresse und dem dann überwiegenden Beschuldigteninteresse an der Nichtverwertung verlangt. Die Verwertungserlaubnis ist somit die Regel und das Verbot die Ausnahme. Das wiederum erklärt, warum die StPO statt spezieller Ermächtigungsgrundlagen zur Verwertung rechtswidrig erhobener Informationen Beweisverwertungsverbote normiert.<sup>69</sup>

### b) Selbstständige Beweisverwertungsverbote

Eine dritte Kategorie der Beweisverwertungsverbote stellen die sogenannten selbstständigen Beweisverwertungsverbote dar. In diesen Fällen verläuft die Beweiserhebung in den Grenzen der Ermächtigungsgrundlage und somit rechtsfehlerfrei.<sup>70</sup> Allerdings kann die Eingriffsintensität der erfolgten Beweiserhebung zur Sicherung verfassungsrechtlich verankerter Rechte des Beschuldigten im Nachhinein ein Beweisverwertungsverbot notwendig machen.<sup>71</sup> So wird § 252 StPO an einigen Stellen als Beispiel für ein selbstständiges Verwertungsverbot genannt.<sup>72</sup> Dabei geht es um eine im Ermittlungs-

<sup>67</sup> BVerfGK 17, 311 (314).

<sup>68</sup> BGHSt 38, 214 (219 f.); BGHSt 34, 39 (52 f.); BGHSt 24, 125 (130); BGHSt 19, 325 (332).

<sup>69</sup> A.A.: *Schwabenbauer*, NJW 2009, 3207 (3208 f.); *Singelstein*, in: *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, 251 (257 f.). *Ders.*, in: FS Eisenberg, 643 (651), der für die Verwertung rechtswidrig erlangter Daten eine hinreichend bestimmte, bereichsspezifische und verhältnismäßige Rechtsgrundlage fordert. Ebenso *Jahn*, C68 ff., der aber, wie *Rogall*, JZ 2008, 818 (825) kritisiert, davon ausgeht, dass § 244 Abs. 2 StPO eine solche Rechtsgrundlage darstellt. *Rogall*, JZ 2008, 818 (825) sieht „die Verankerung der Verwertungserlaubnis im Prinzip der freien Beweiswürdigung“, was *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653) ablehnt.

<sup>70</sup> MüKo-StPO/*Kudlich*, Einleitung Rn. 450; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (3).

<sup>71</sup> *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (240); *Eisenberg*, Rn. 362, 385.

<sup>72</sup> BGHSt 2, 99; *Ambos*, 37; *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (4); *Grünwald*, JZ 1966, 489 (497); *Reinecke*, 114; LR/*Cirener/Sander*, § 252 Rn. 1; MüKo-StPO/*Ellbogen*, § 252 Rn. 42.

verfahren rechtmäßig erhobene Aussage, die aber zur Wahrung des Zeugnisverweigerungs-schutzes gerade nicht nur nicht verlesen werden darf, sondern der auch ein umfassendes Verwertungsverbot entgegensteht.<sup>73</sup> Da es sich bei den selbstständigen Verwertungsverboten oftmals um die Sicherstellung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts handelt, werden nun vielfach die Verwendungsverbote in diese Kategorie eingeordnet. Ob diese systematisch hier zu verorten sind, gilt es zu erörtern.

#### 4. Lehre von den Verwendungsregelungen

Von den Beweisverwertungsverboten abzugrenzen sind die in der Strafprozessordnung normierten Verwendungsregelungen. Solche finden sich beispielsweise in §§ 161 Abs. 3, Abs. 4, 479 Abs. 2 und Abs. 3 und 100e Abs. 6 StPO. Sie stellen, wie auch schon der *BGH* mehrfach ausgeführt hat<sup>74</sup>, Ermächtigungsgrundlagen zur Verwendung personenbezogener Daten innerhalb neuer Zusammenhänge dar.

Verfehlt erscheint es, sie wie *Zöller* als „Eingrenzung des allgemeinen Auskunftsanspruchs nach § 161 Abs. 1 Satz 1 [StPO] bzw. § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO“<sup>75</sup> zu bezeichnen.<sup>76</sup> § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO schafft der Staatsanwaltschaft und § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO schafft der Polizei eine Ermittlungsgeneralklausel für Untersuchungsfunde.<sup>77</sup> Sie reihen sich somit in die sonstigen Ermittlungsmaßnahmen der Strafprozessordnung aus §§ 94 ff. StPO ein. § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO hat damit keine Zufallsfunde zum Regelungs-inhalt, wie es aber der von *Zöller* genannte § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO a.F., heute § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO hat. Dieser ermöglicht gerade positiv die Zweckumwidmung von Zufallsfunden. Aufgrund seines gänzlich unterschiedlichen Anknüpfungspunktes kann § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO dann aber auch keine Eingrenzungsnorm zu § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO bzw. § 163

---

<sup>73</sup> KK-StPO/*Diemer*, § 252 Rn. 1; MüKo-StPO/*Ellbogen*, § 252 Rn. 1; BeckOK-StPO/*Ganter*, § 252 Rn. 1.

<sup>74</sup> BGHSt 62, 123 (136 Rn. 37); BGH, NStZ-RR 2016, 176 (176).

<sup>75</sup> *Zöller*, StV 2019, 419 (422).

<sup>76</sup> *Zöller*, StV 2019, 419 (421 f.), der die Systematisierung des § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO a.F. als Vorgängerregelung des § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO als Ermächtigungsgrundlage für falsch hält und diesen vielmehr als „Regelung zur Beschränkung der Verwendbarkeit von außerstrafprozessual erhobenen Daten im Strafverfahren“ bezeichnet. Er sieht sowohl § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO a.F. als auch § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO als „Eingrenzung des allgemeinen Auskunftsanspruchs nach § 161 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO“. Auch *Voigt*, StV 2017, 435 (436) bezeichnet § 161 Abs. 1 StPO als „Grundlage für die Verwendung dieser Daten im Strafverfahren“.

<sup>77</sup> Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 1; SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 3; SK-StPO/*Wohlers/Albrecht*, § 163 Rn. 2; KMR/*von Heintschel-Heinegg/Bockemühl*, § 161 Rn. 1; *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653).

Abs. 1 Satz 2 StPO darstellen. Dass sowohl § 161 Abs. 3 StPO als auch § 479 Abs. 2 und Abs. 3 StPO von einem „nur verwendet werden“ bzw. einem „nur zulässig“ sprechen, lässt nicht darauf schließen, dass sie eine allgemein erlaubte Verwendung wieder einschränken.<sup>78</sup> Vielmehr beschränken sie die Erlaubnis der Verwendung auf genau definierte Anwendungsfälle.

Verwendungsregelungen unterscheiden sich damit deutlich von den Verwertungsverboten. Sie treten in Form positiver Befugnisnormen auf und werden nicht wie die Verwertungsverbote in Form von Verbotsnormen diskutiert. Die Verwendungsregelungen der Strafprozessordnung erlauben den Behörden die zweckübergreifende Nutzung von Daten ausdrücklich und stellen für eine solche gewisse Voraussetzungen auf. § 161 Abs. 3 StPO macht dabei eine Verwendung von Daten, die nach anderen Gesetzen erlangt worden sind, innerhalb eines Strafverfahrens möglich. § 479 Abs. 2 Satz 2 StPO hingegen regelt den umgekehrten Fall und erlaubt somit die Verwendung von strafverfahrensrechtlich erlangten Daten zur Gefahrenabwehr. § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO berechtigt zu einer Verwendung von innerhalb eines Strafverfahrens erlangten Daten zum Zwecke eines anderen Strafverfahrens.

---

<sup>78</sup> MüKo-StPO/Singelstein, § 477 Rn. 24; SK-StPO<sup>4</sup>/Weßlau, § 477 Rn. 22 spricht jedoch auch von einem „die Verwendung [...] nach dem Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs beschränken“, wohingegen SK-StPO/Weßlau/Puschke zumindest in § 479 Rn. 21 nicht mehr eine Beschränkung der Verwendung annimmt, sondern davon spricht, dass „die Vorschriften [...] die Verwendung [...] regeln“.

## **B. Stand des Gesetzes, der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der Literatur**

Die Begriffsbestimmungen und die knappe Darstellung der Beweisverwertungsverbotslehre und der Lehre der Verwendungsregelungen lassen bereits Unstimmigkeiten innerhalb der Literatur und Rechtsprechung erahnen. Um zu einer systematischen Abgrenzung der Verwendungsregelungen von den Verwertungsverboten zu kommen und auf dieser aufbauend einen Vorschlag für eine gesetzliche Begriffsbestimmung unterbreiten zu können, erscheint es zunächst zwingend, die aktuelle Gesetzeslage und die damit oft fehlgeleitete Systematisierung, die zuweilen schwer nachvollziehbar und widersprüchlich erscheint, und den aktuellen Stand der Rechtsprechung und der Literatur inklusive ihrer Widersprüche zueinander aufzuzeigen.

### **I. Gesetzeslage**

Betrachtet man zunächst als Grundlage der Analyse die Wortwahl des Gesetzgebers, so fällt auf, dass er sowohl im Falle der §§ 477 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 StPO a.F., 481 Abs. 1 Satz 1 StPO als auch bei § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StPO und der Verwendungsregelung des § 100e Abs. 6 StPO die Begriffe des Verwendens und der Verwendung gebraucht. Allerdings ist weder den Gesetzesmaterialien zum StVÄG 1999 noch denen zum Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikation und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG etwas zur Begründung dieses Wortlauts zu entnehmen.<sup>1</sup> Zwar spricht der Gesetzgeber im Zusammenhang mit den §§ 477 Abs. 2, 161 Abs. 2 StPO a.F. und damals noch § 100d Abs. 5 StPO a.F. immer wieder von „Verwendungsregelungen“<sup>2</sup>, wird aber in seiner Wortwahl dann inkonsequent, wenn er im Zusammenhang mit § 477 Abs. 2 StPO a.F. von einer „geregelt verfahren-

---

<sup>1</sup> Anders *AE-EV*, 67 f., der in § 150e Abs. 1 und Abs. 3 StPO-E klar zwischen der Verwertung bezüglich Untersuchungsfunden und der Verwendung in Bezug auf Zufallsfunde unterscheidet. So auch *ASP* in § 100h Abs. 2, 3 und 4 StPO-E, 362, 368 f. § 212e StPO-AE in GA 2019, 1 (74) spricht misslicherweise wieder von einem Verwendungsverbot, obwohl in der Begründung deutlich wird, dass es sich um die Unverwertbarkeit eines Untersuchungsfundes handelt.

<sup>2</sup> BR-Drucks. 275/07, S. 149, 153 f.

rensübergreifenden Verwertung<sup>3</sup> oder von „allgemeinen Verwertungsbeschränkungen“<sup>4</sup> spricht.<sup>5</sup> Dabei haben alle diese Normen gemeinsam, dass sie eine zweckändernde Nutzung personenbezogener Daten erlauben. Sie beschäftigen sich mithin nicht mehr mit dem Ausgangsverfahren, sondern mit dem Transfer von Daten in ein neues Verfahren und damit mit der Verwendung von Zufallsfunden. Auch die speziellen Verwendungsregelungen des § 100e Abs. 6 StPO sind in jüngerer Zeit klar in die Kategorie solcher Regelungen eingruppiert worden, die eine Umwidmung von personenbezogenen Informationen zum Inhalt haben.<sup>6</sup> Innerhalb des Gesetzgebungsvorgangs zum „Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004“<sup>7</sup> und im darauf basierenden § 100d Abs. 6 StPO a.F. kommt es dabei sogar zur Differenzierung zwischen der Verwertbarkeit und der Verwendbarkeit, wenn diskutiert wird, ob „nur verwertbare Informationen für andere Zwecke zugänglich gemacht werden dürfen.“<sup>8</sup>

Dem gegenüber stehen unter anderem §§ 136a Abs. 3 Satz 2, 100d Abs. 2 Satz 1 und 81c Abs. 3 Satz 5 StPO, die von einem „dürfen nicht verwertet werden“ sprechen. Alle diese Regelungen haben dabei gemeinsam, dass sie sich mit der Verwertung der Daten im Ausgangsverfahren, also dem Verfahren, für das die Daten erhoben wurden, beschäftigen. Sie haben ebenfalls gemeinsam, dass sie alle die weitere, (unmittelbare) Verwertung der gezielt erhobenen Beweise im weiteren Verfahren zum ursprünglichen Zweck verbieten.<sup>9</sup> Es handelt sich damit um Regelungen, denen der Umgang mit Untersuchungsfunden im Ausgangsverfahren zugrunde liegt. Der Begriff Verwenden findet sich in diesem Zusammenhang in der Literatur soweit ersichtlich nicht wieder.

§ 160a StPO bedient sich hingegen sowohl des Begriffs der Verwendung als auch des Begriffs der Verwertung, ohne dass deutlich wird, welche inhaltliche Unterscheidung damit bezweckt werden soll.

<sup>3</sup> BR-Drucks. 275/07, S. 153.

<sup>4</sup> Referentenentwurf zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679, S. 68. So auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 19/4671), S. 74.

<sup>5</sup> So auch *Schinkel*, 106.

<sup>6</sup> BR-Drucks. 722/04, S. 33 f.

<sup>7</sup> BGBl. I S. 1841.

<sup>8</sup> BR-Drucks. 722/04, S. 33 f.; BR-Drucks. 722/1/04, S. 13.

<sup>9</sup> Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 136a Rn. 27 ff., § 81c Rn. 27; Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100d Rn. 6; HK-StPO/*Gercke*, § 136a Rn. 51, § 100d Rn. 5.

## 1. Widersprüchlichkeiten im geltenden Recht

Neben dieser zwar unsystematischen Bezeichnung innerhalb der Gesetzgebungsprozesse und der daraus zu schließenden, ebenfalls unsystematischen Einordnung der Normen in das Gesamtsystem der StPO durch den Gesetzgeber darf die klare Unterscheidung zwischen der Verwertbarkeit und dem Verwenden innerhalb des Wortlauts der neuen §§ 161, 479 StPO nicht außer Acht gelassen werden. Einer solchen fehlt es völlig an manch anderer Stelle im Gesetz. Die dabei entstehenden Widersprüchlichkeiten innerhalb der StPO sollen im Folgenden zunächst nur aufgezeigt werden, bevor sie später innerhalb der Auseinandersetzung mit den systematischen Ansätzen innerhalb der Literatur zugunsten eines Gesamtsystems aufgelöst werden sollen. Dabei soll vorerst insbesondere der Regelungsgehalt der Vorschriften näher betrachtet werden.

### *a) § 108 StPO*

§ 108 StPO, der sich mit der Beschlagnahme von Zufallsfunden beschäftigt<sup>10</sup> und in seinem Abs. 3 deren Umwidmung nur unter gewissen Umständen erlaubt, spricht von Verwertung, wo § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO von Verwendung spricht. Dabei ist zu betonen, dass § 108 Abs. 1 StPO eine Norm darstellt, die ausschließlich aufgrund des Phänomens der Zufallsfunde und dem Umgang mit diesen geschaffen worden ist. Den Ermittlungsbehörden sollte es ermöglicht werden, Gegenstände, die im Wege einer zielgerichteten Durchsuchung zufällig gefunden werden und auf eine andere Straftat hinweisen, einstweilen in Beschlag zu nehmen. Die Zweckbindung der ursprünglich angeordneten Durchsuchung darf damit gem. § 108 Abs. 1 StPO durchbrochen werden.<sup>11</sup> Es handelt sich somit gerade nicht um einen Fall der zweckgebundenen und zielgerichteten Verwertung personenbezogener Daten zu Beweis Zwecken im Ausgangsverfahren, sondern vielmehr um einen Fall der Durchbrechung der Zweckbindung zu Beweis Zwecken zur Nutzung der Daten in einem neuen Strafverfahren. Dieser Fall ist somit vergleichbar mit der Regelung aus § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO und stellt damit der Wortwahl der Umwidmungsregelungen folgend eine Verwendung personenbezogener Daten dar.<sup>12</sup> § 108 Abs. 3 StPO geht somit begrifflich fehl.

---

<sup>10</sup> SK-StPO/Wohlers/Jäger, § 108 Rn. 1; SSW-StPO/Hadamitzky, § 108 Rn. 1.

<sup>11</sup> AK-StPO/Amelung, § 108 Rn. 2; SK-StPO/Wohlers/Jäger, § 108 Rn. 3.

<sup>12</sup> A. A. Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (859).



Das gilt auch für § 108 Abs. 2 StPO. Im Wege des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes<sup>13</sup> und des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG<sup>14</sup> schränkte der Gesetzgeber in § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO diese Durchbrechung der Zweckbindung wieder ein und regelte, zu welchen Zwecken diese Zufallsfunde nicht verwendet werden dürfen. Dabei nutzt der Gesetzgeber aber den Wortlaut der Verwertung zu Beweis Zwecken. Das wiederum führt dazu, dass einige Autoren im Fall der § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO immer wieder von Verwertungsverboten sprechen.<sup>15</sup>

*b) § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO*

Im Fall des § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO sorgt der Gebrauch des Wortes verwenden für Unklarheiten. § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO spricht von „dennoch erlangten Erkenntnisse[n], [die nicht] verwendet werden [dürfen]“. Dies spricht für die Annahme eines Verwendungsverbots. Betrachtet man das Gesetzgebungsverfahren, durch das § 160a StPO Eingang in die StPO gefunden hat, fällt aber auf, dass sich der zunächst geplante § 53b Abs. 1 Satz 2 StPO noch des Wortlauts „dürfen nicht verwertet werden“ bediente.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber betonte dabei, dass Abs. 1 der Vorschrift ein umfassendes, absolutes Erhebungs- und Verwertungsverbot etablieren sollte.<sup>17</sup> Warum er diesen Wortlaut in ein „nicht verwendet werden“ abänderte, ist aus den Gesetzgebungsdokumenten nicht zu erkennen.<sup>18</sup> Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf ein umfassendes Verwertungsverbot kann lediglich die Vermutung angestellt werden, dass der Gesetzgeber dieses mit dem Begriff des Verwendens zum Ausdruck bringen wollte. Auf den ersten Blick erscheint diese grundsätzliche Wertung, ein absolutes Verwertungsverbot begründen zu wollen, konsequent. Da es sich im Fall des § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO um ein Beweiserhebungsverbot handelt, durch das eine Erhebung von bestimmten Untersuchungsfunden untersagt wird, muss, um diesen Schutz nicht zu unterlaufen, § 160a

<sup>13</sup> BGBl. I S. 1398.

<sup>14</sup> BGBl. I S. 3198.

<sup>15</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Köhler, § 108 Rn. 9; BeckOK-StPO/Hegmann, § 108 Rn. 8 ff.; SSW-StPO/Hadamitzky, § 108 Rn. 10 ff.; SK-StPO/Wohlers/Jäger, § 108 Rn. 18; Singelnstein, ZStW 120 (2008), 854 (869); KK-StPO/Bruns, § 108 Rn. 12 f.; Löffelmann, 49.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 16/5846, S. 9.

<sup>17</sup> BT-Drucks. 16/5846, S. 25.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 16/6979, S. 45, die trotz der Wortlautänderung innerhalb von Abs. 1 von „verwerten“ in „verwenden“ davon spricht, dass „Abs. 1 [...] [dem] § 53b Abs. 1 Satz 1 StPO-E in der Fassung des Regierungsentwurfs [entspricht].“

Abs. 1 Satz 2 StPO ein absolutes Verwertungsverbot für dennoch erlangte Untersuchungsfunde darstellen.

Das lässt jedoch außer Acht, dass sich § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO auch auf § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO bezieht. Innerhalb von § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO handelt es sich allerdings um Erkenntnisse, die zufällige Erkenntnisse darstellen, über die das Zeugnis verweigert werden darf und damit um eine Zufallsfundregelung.<sup>19</sup> Bei den Erkenntnissen aus § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO handelt es sich damit um Zufallsfunde, bei denen allenfalls die Zweckumwidmung gem. § 160a Abs. 1 Satz 5 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 StPO untersagt werden kann.

Somit stellt § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO sowohl ein absolutes Verwertungsverbot<sup>20</sup> bezüglich der trotz § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO erlangten Untersuchungsfunde als auch ein absolutes Verwendungsverbot in Bezug auf die durch eine Ermittlungsmaßnahme und unter § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO fallenden erlangten Zufallsfunde dar.<sup>21</sup> Dem kann der Wortlaut des Verwendens nicht gerecht werden.

### c) § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO

Der Wortlaut des § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO steigert den schon durch § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO entstandenen systematischen Bruch innerhalb des Gesetzestexts. Auch dieser spricht von einer „Verwertung von Erkenntnissen zu Beweiszwecken“. § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO fehlt es jedoch im Gegensatz zu § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO auf den ersten Blick an einem Zusammenhang mit einer Verwendung der Daten innerhalb anderer Verfahren, da § 160a Abs. 2 Satz 1 StPO vermeintlich gar keine Zufallsfunde im Blick hat.<sup>22</sup> Es scheint zunächst vielmehr, als wollte der Gesetzgeber ein relatives Beweisverwertungsverbot bezüglich der Erkenntnisse begründen, die unter § 160a Abs. 2 Satz 1 StPO fallen.<sup>23</sup> Diese Auslegung lässt wohl aber den Wortlaut des § 160a Abs. 2 Satz 1 StPO außer Acht, der mit dem Passus „betroffen wäre“ sowohl den Fall umfasst, dass eine Person aufgrund einer Ermittlungsmaßnahme, die einen Untersuchungsfund zu Tage fördert, als auch für den Fall, dass eine Ermittlungsmaßnahme einen Zufallsfund

---

<sup>19</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, § 160a Rn. 30, 41.

<sup>20</sup> So auch SK-StPO/Wolter/Greco, § 160a Rn. 26.

<sup>21</sup> So auch BVerfGE 129, 208 (259). A.A. Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (869), der dabei auf die Gesetzgebungsunterlagen und den gesetzgeberischen Willen verweist.

<sup>22</sup> So SK-StPO/Wolter/Greco, § 160a Rn. 41.

<sup>23</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, § 160a Rn. 32; Meyer-Goßner/Köhler, § 160a Rn. 9.

hervorbringt, betroffen ist.<sup>24</sup> Für beide Fälle, die Erkenntnisse hervorgebracht haben, über die diese Person das Zeugnis verweigern dürfte, gilt dann § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO. Er regelt mithin wiederum sowohl die Verwertung von Untersuchungsfunden als auch die Verwendung von Zufallsfunden.

Dieser aktuell unklare Wortlaut des § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO trägt einen erheblichen Teil zu der vollkommen unklaren Systematisierung der Verwendungsregelungen bei. Betrachtet man dann noch die Tatsache, dass der Gesetzgeber vom Wortlaut ausgehend erneut nur die Notwendigkeit der Etablierung eines Verwertungsverbots sieht, kann man nur zu dem Schluss kommen, dass dem Gesetzgeber bei Schaffung des § 160a StPO die Differenzierung zwischen Verwendungsregelungen und Verwertungsverboten nicht klar war oder dass er die Begriffe des Verwertens und des Verwendens einfach synonym verstanden hat.<sup>25</sup> Vielmehr überträgt er den unklaren Wortlaut aus § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO, ohne dabei darauf zu achten, dass der Fall des § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO wiederum anders liegt.

#### d) § 81f Abs. 1 Satz 2 StPO

Ein weiteres Beispiel für den unsystematischen Gebrauch des Wortes verwenden findet sich in § 81f Abs. 1 Satz 2 StPO.

Bei § 81f Abs. 1 Satz 2 StPO handelt es sich um einen Fall, der mit § 81c Abs. 3 Satz 5 StPO zu vergleichen ist. § 81c Abs. 3 Satz 5 StPO macht deutlich, dass es für eine weitere Verwertung von Untersuchungsergebnissen und Blutprobeentnahmen anderer Personen als des Beschuldigten im laufenden Strafverfahren im Fall eines Minderjährigen oder Betreuten der Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters bedarf. Es handelt sich bei den Blutproben um gezielt erlangte Untersuchungsfunde, die innerhalb des Strafverfahrens eingesetzt werden sollen, innerhalb dessen es zu der Ermittlungsmaßnahme gekommen ist. § 81c Abs. 3 Satz 5 StPO stellt eine Verwertungsregelung dar.<sup>26</sup> Um denselben Fall handelt es sich bei § 81f Abs. 1 Satz 2 StPO. Er normiert eine Informationspflicht des Betroffenen für Fälle, in denen die innerhalb einer molekulargenetischen Untersuchung erlangten Untersuchungsfunde zur

<sup>24</sup> Anders SK-StPO/Wolter/Greco, § 160a Rn. 41, der meint, dass „§ 160a Abs. 2 StPO, im Gegensatz zu Abs. 1 Satz 5 [...], gar keine eigentliche Zufallsfundregelung [enthält]“.

<sup>25</sup> Vgl. BR-Drucks. 275/07, S. 50: Der Gesetzgeber spricht lediglich von einem relativen Erhebungs- und Verwertungsverbot; BT-Drucks. 16/5846, S. 35: Der Gesetzgeber sieht erneut nur die Notwendigkeit der Etablierung eines Verwertungsverbots, da sich dieses nicht aus der Erhebungsnorm selbst ergebe. Dies veranlasst *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (869 Fn. 72) dazu anzunehmen, dass § 160a StPO lediglich Erhebungs- und Verwertungsverbote normieren soll.

<sup>26</sup> So auch *Löffelmann*, 49; *Dose*, 78.

Erforschung des Sachverhalts im Ausgangsverfahren genutzt werden sollen. Zwar handelt es sich dabei nicht um eine Verwertungsnorm im klassischen Sinne, allerdings stellen die erhobenen Daten Untersuchungsfunde dar, die für die Ermittlungsmaßnahme der molekulargenetischen Untersuchung gezielt erhoben wurden und dafür nun verwertet werden sollen. Damit handelt es sich vorliegend auch hier um eine Verwertung eines Untersuchungsfundes.<sup>27</sup> § 81f Abs. 1 Satz 2 StPO benutzt jedoch den Begriff verwendet.

#### e) § 81a Abs. 3 StPO

§ 81a Abs. 3 StPO hingegen erlaubt ein Verwenden der „dem Beschuldigten entnommene[n] Blutproben oder sonstige[r] Körperzellen [...] für Zwecke des der Entnahme zugrunde liegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens“. Der Gesetzeswortlaut erlaubt somit eine Verwertung der erlangten Untersuchungsfunde zum Erhebungszweck und eine Verwendung erlangter Zufallsfunde für ein anderes anhängiges Verfahren. Er regelt mithin die zweckgebundene Verwertung und legitimiert eine Zweckentfremdung der Daten. Damit verbietet § 81a Abs. 3 StPO allerdings andererseits jegliche andere Art der Verwendung der personenbezogenen Daten, beispielsweise zur Gefahrenabwehr.<sup>28</sup> Entgegen seinem Wortlaut handelt es sich bei § 81a Abs. 3 StPO dann aber nicht nur um eine Verwendungserlaubnis, sondern vielmehr auch um eine Verwertungsbefugnis. Die Wortwahl des Verwendens erscheint somit misslungen.

#### f) Zusammenfassung

Zusammengefasst wird deutlich, dass das Gesetz die Begriffe der Verwertung und der Verwendung an vielen Stellen ohne nachvollziehbare Systematik gebraucht. So wird das Wort der Verwertung in den Fällen der § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO gebraucht, um die Nutzung von Zufallsfunden zu verbieten oder einschränkend zu erlauben. In § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO wiederum soll der Begriff der Verwertung sowohl ein relatives Verbot der Beweisverwertung im Ausgangsverfahren als auch ein relatives Verbot der Nutzung von Zufallsfunden und somit einer Zweckumwidmung widerspiegeln. § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO nutzt zur Abdeckung dieser beiden Fälle in Form von absoluten Verboten wiederum die Wortwahl des „nicht verwendet

<sup>27</sup> A.A. *Löffelmann*, 163 f.

<sup>28</sup> KK-StPO/*Senge*, § 81a Rn. 9a. A.A. SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 8, der in § 81a Abs. 3 StPO keine Verwendungsregelung sieht, da dieser „nicht die Verwendung von Daten, sondern [...] ausschließlich die Behandlung von Gegenständen, namentlich deren Inaugenscheinnahme, Untersuchung und Vernichtung [betreffe]“.

werden“. Spätestens hier wird deutlich, dass es an einer Systematik der Begriffe in der StPO fehlt. Das wird noch deutlicher, wenn dann z. B. in § 81f Abs. 2 Satz 2 StPO das Verwenden wieder nur für die Nutzung von Untersuchungsfunden steht und für diese Befugnisnormen etabliert. In § 81a Abs. 3 StPO bleibt es dann zwar statt der Normierung eines Verbots bei der Gestaltung einer Ermächtigungsgrundlage, jedoch wird auch hier der Wortlaut des Verwendens erneut sowohl mit der Erlaubnis der Nutzung der Funde im Ausgangsverfahren als auch mit der Erlaubnis zur Nutzung in einem anderen anhängigen Strafverfahren, also als Zufallsfund, in Verbindung gebracht. Neben dem hier deutlich werdenden unklaren Gebrauch der Begriffe zeigt sich darüber hinaus, dass das Gesetz ebenso wenig einer einheitlichen Systematik dahingehend folgt, wann es eine Ermächtigungsgrundlage und wann ein Verbot normiert.

## 2. Neues Recht: §§ 161, 479 StPO

Diese Inkonsistenz setzt sich in der Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 fort. Der Gesetzgeber betont, innerhalb dieses Entwurfs „die Regelungen zur verfahrensübergreifenden Weitergabe bzw. verfahrensübergreifenden Verarbeitung von Daten“<sup>29</sup> in den §§ 161 und 479 StPO „bündeln“ und „überarbeiten“ zu wollen.<sup>30</sup> Er hebt damit deutlich den Regelungsinhalt der Normen in Form der Zweckumwidmung hervor. Dabei regelt § 479 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 3 StPO die „Verwendung“ von „verwertbaren personenbezogenen Daten“. Obwohl hier also, wie auch im schon bisher existierenden § 100e Abs. 6 StPO, der sich in dem § 479 Abs. 3 StPO zum Teil wiederfindet, eine Unterscheidung zwischen der Verwertbarkeit und der Verwendung deutlich wird und obwohl § 479 StPO mit „Übermittlungsverbote und Verwendungsbeschränkungen“ überschrieben ist, spricht der Gesetzgeber auch heute noch im Zusammenhang mit § 479 Abs. 3 StPO von einer Regelung, die die „Verwertung personenbezogener Daten, die durch eine Maßnahme nach den §§ 100b, 100c [...] erlangt wurden, zu Zwecken der Gefahrenabwehr“<sup>31</sup> regelt. Diese Uneinheitlichkeit setzt sich fort, wenn der Gesetzgeber innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens einmal von „allgemeiner Verwertungsbeschränkung in § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO“<sup>32</sup> und einmal von „§ 477 Abs. 2 Satz 2, [der] die Verwendung von

---

<sup>29</sup> BR-Drucks. 433/18, S. 46; BT-Drucks. 19/4671, S. 44.

<sup>30</sup> BR-Drucks. 433/18, S. 46; BT-Drucks. 19/4671, S. 44.

<sup>31</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 65.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 64.

Daten aus eingriffsintensiven Maßnahmen in anderen Strafverfahren [regelt]<sup>33</sup>, spricht.

Trotz der differenzierten Nutzung der Begriffe innerhalb des Gesetzestextes gebraucht der Gesetzgeber die Begriffe der Verwendung und der Verwertung bei der Frage nach der Klassifizierung der Normen also synonym. Auf das Erfordernis der Verwertbarkeit innerhalb des neuen § 479 StPO geht der Gesetzgeber innerhalb seiner Begründung gar nicht ein. Eine bewusste Unterscheidung innerhalb des Wortlauts kann dem Gesetzgeber, dies in Betracht nehmend, somit nur schwer unterstellt werden. Dass es dabei zu einer systematischen Zusammenfassung der Verwendungsregelungen kommen soll, die die Verwertungsregelungen aber unberührt lässt,<sup>34</sup> erscheint dann als Indiz dafür, dass der Gesetzgeber zumindest eine unbewusste systematische Abgrenzung der beiden Regelungsarten vornimmt.

Dafür spricht auch die ursprüngliche Installation des Achten Buchs der StPO und somit des § 477 StPO a. F., bei dem Ziel des „Gesetzesentwurfs [der Bundesregierung war,] der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember zum Volkszählungsgesetz 1983 (BVerfGE 65, 1 f.), Rechnung [zu tragen].“<sup>35</sup> Es sollte eine „klare gesetzliche Grundlage [geschaffen werden] für [...] die Zulässigkeit der Verwendung von personenbezogenen Informationen aus Strafverfahren für die Gefahrenabwehr.“<sup>36</sup> Das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG sollte die Wertungen dieser Rechtsprechung konsequenterweise „auf alle eingriffsintensiven verdeckten Ermittlungsmaßnahmen [...] übertragen.“<sup>37</sup> Es ergänzte deshalb die zu diesem Zeitpunkt schon existenten Verwendungsregelungen um die Fälle der Verwendung von personenbezogenen Daten aus polizeirechtlichen Maßnahmen zu strafprozessualen Zwecken und die Verwendung von strafprozessual erlangten personenbezogenen Daten innerhalb eines anderen Strafverfahrens. Der Gesetzgeber bündelte also schon hier, wie nun in §§ 161, 479 StPO, Verwendungsregelungen, die dem Rechtsanwender eine Zweckentfremdung von Daten und damit einen Transfer dieser Daten von einem in den anderen Anwendungsbereich ermöglichten.

---

<sup>33</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 64.

<sup>34</sup> § 100d StPO bleibt unberührt, wohingegen § 100e Abs. 6 StPO in § 479 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO und § 161 Abs. 3 StPO-E aufgehen soll.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 14/1484, S. 1.

<sup>36</sup> BT-Drucks. 14/1484, S. 16.

<sup>37</sup> BR-Drucks. 275/07, S. 2.

### 3. § 100e Abs. 6 StPO als klar gestaltete Vorschrift

Eine Ausnahme neben den oben dargestellten, unsystematischen und sich widersprechenden Vorschriften findet sich in § 100e Abs. 6 StPO, der nun zum Teil in § 479 Abs. 3 Nr. 1–3 StPO zu finden ist, ohne jedoch selbst eingeschränkt worden zu sein.<sup>38</sup> Beide Vorschriften nutzen sowohl die Begriffe der Verwendung als auch der Verwertung und treffen damit anscheinend bewusst eine Unterscheidung.<sup>39</sup>

Schon innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens machte der Gesetzgeber deutlich, dass es sich bei § 100e Abs. 6 StPO um eine Umwidmungsvorschrift handelt,<sup>40</sup> die die Verwertbarkeit der erhobenen personenbezogenen Daten innerhalb des Ausgangsverfahrens zur Voraussetzung macht.<sup>41</sup> Dabei wurde zunächst das Erfordernis der Verwertbarkeit vor die Klammer gezogen und somit in § 100d Abs. 6 Satz 1 StPO a.F.<sup>42</sup> als Voraussetzung für alle drei Fälle der Umwidmung etabliert. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens integrierte der Gesetzgeber die Verwertbarkeit in die Nr. 1–3, um so vor allem innerhalb des § 100d Abs. 6 Nr. 2 StPO a.F. Differenzierungen treffen zu können.<sup>43</sup> Diese Integration änderte jedoch nichts an der Wertung des Gesetzgebers, die Verwertbarkeit der personenbezogenen Daten im Ausgangsverfahren zur Voraussetzung einer Verwendung in einem neuen Zusammenhang machen zu wollen.<sup>44</sup> Vielmehr macht die Begründung des Gesetzgebers bezüglich § 100d Abs. 6 Nr. 2 StPO a.F. deutlich, dass die Voraussetzung der Verwertbarkeit nach wie vor die Frage nach der Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren regeln wollte. Er verwies dabei nämlich darauf, dass die Abwehr gewisser Gefahren nicht von der Verwertbarkeit der personenbezogenen Daten im Strafverfahren abhängig sein solle und integrierte deshalb das Erfordernis der Verwertbarkeit in die § 100d Abs. 6 Nr. 1, Nr. 2 Satz 2 und Nr. 3 StPO a.F. und strich dieses aus § 100d Abs. 6 Satz 1 StPO a.F. und damit auch aus § 100d Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO a.F.<sup>45</sup>

Diese Unterscheidung in die Verwendung und die Verwertbarkeit machen auch die heutigen §§ 100e Abs. 6 und 479 Abs. 3 Nr. 1–3 StPO noch. Dabei

---

<sup>38</sup> Dadurch ist eine inhaltsgleiche Doppelregelung in § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO und § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 StPO entstanden, worauf innerhalb der Analyse der neuen Verwendungsregelungen [H. II.] auf S. 224 ff. näher eingegangen wird. Dies auch thematisierend: SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 50.

<sup>39</sup> *Wolter*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1261).

<sup>40</sup> BT-Drucks. 15/4533, S. 17.

<sup>41</sup> BT-Drucks. 15/4533, S. 17 f.

<sup>42</sup> In der Fassung der BT-Drucks. 15/4533, S. 7.

<sup>43</sup> BT-Drucks. 15/5486, S. 8 f.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 15/5486, S. 18.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 15/5486, S. 18.

regeln sie als Verwendungsregelungen die Zweckentfremdung, die Rücksicht auf Beweisverwertungsverbote aus dem Ausgangsverfahren nehmen. Da sie dies aber ausdrücklich zur Voraussetzung machen, wird auch deutlich, dass die Verwertbarkeit grundsätzlich zunächst keine Frage des weiteren Umgangs mit personenbezogenen Daten innerhalb neuer Zusammenhänge ist. Die Verwendung hingegen steht automatisch mit der Umwidmung der Daten im Zusammenhang. §§ 100e Abs. 6 und 479 Abs. 3 Nr. 1–3 StPO ziehen somit schon in ihrem Wortlaut eine systematische Linie zwischen der Verwendung und der Verwertung. Sie machen deutlich, dass die Verwertung eine Frage des Ausgangsverfahrens und der zweckgebundenen Nutzung von Daten darstellt, wohingegen die Verwendung die Umwidmung von Daten regelt.

## II. Die Al-Qaida-Rechtsprechung des BGH und BVerfG

Trotz dieses klaren Wortlauts innerhalb des § 100e Abs. 6 StPO kam es u. a. durch die oben dargestellte unsystematische Nutzung der untersuchten Termini in der StPO und des daraus resultierenden, uneinheitlichen Systemverständnisses bezüglich der Verwertungs- und Verwendungsregelungen zu einer erstaunlichen Entscheidung des *BGH* zu § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO<sup>46</sup>. Diese Entscheidung wurde später vom *BVerfG*<sup>47</sup> bestätigt.

Im Folgenden sollen die Entscheidung und ihre Entscheidungsgründe betrachtet werden. Dabei geht es vor allem darum aufzuzeigen, warum dieses Urteil nicht mit dem in das System der Verwendungsregelungen passenden § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO zu vereinbaren ist. Die Entscheidung ist allenfalls so zu erklären, dass das Gebrauchen des Wortes verwertbar innerhalb des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO anscheinend die Sicht darauf verdeckt hat, dass es sich bei § 100e Abs. 6 Nr. 1–3 StPO gerade nicht um Verwertungsregelungen, sondern um Verwendungsregelungen handelt, die dem Gesetzesvorbehalt entsprechend eine Verwendung eben erst möglich machen, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen.

### 1. Verwertbare personenbezogene Daten innerhalb des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO

Entgegen dem deutlichen Wortlaut von § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO, der „verwertbare personenbezogene Daten, [die] durch eine entsprechende polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden [sind] ...“, zu einer der Vorausset-

---

<sup>46</sup> Al-Qaida Entscheidung: BGHSt 54, 69–132.

<sup>47</sup> BVerfGE 130, 1 (41): „Auch sonst ist die Anwendung des § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO [heute Abs. 6] durch den Bundesgerichtshof verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“.



zungen der Verwendung der Daten im Strafverfahren macht, bezieht der *BGH* den Begriff der Verwertbarkeit auf die Verwertungsverbote der § 100d Abs. 2 und Abs. 5 StPO.<sup>48</sup> Betrachtet man diesen Wortlaut des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO, so ist ein solches Verständnis nicht nachvollziehbar. § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO bezieht die Verwertbarkeit der personenbezogenen Daten mit dem Wort „durch“ unmissverständlich auf die „entsprechende polizeirechtliche Maßnahme“.<sup>49</sup> Er spricht also von Daten, die durch eine entsprechende polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden sind. Diese Daten müssen verwertbar und personenbezogen sein. Damit verlangt der Wortlaut eindeutig die Verwertbarkeit der Daten im Ausgangsverfahren – somit also innerhalb des polizeirechtlichen Verfahrens.<sup>50</sup> Dieses Wortlautverständnis könnte allenfalls seit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017<sup>51</sup>, berichtigt durch das Gesetz vom 1.11.2017<sup>52</sup>, in Frage gestellt werden. Da die Verwendbarkeitsregelungen für Maßnahmen nach §§ 100b und 100c StPO seitdem gleichermaßen gelten sollen, heißt es in § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO „die durch die Maßnahme nach den §§ 100b und 100c StPO erlangten und verwertbaren personenbezogenen Daten“ statt wie im alten § 100d Abs. 5 Satz 1 StPO „[die] personenbezogene[n] Daten aus einer akustischen Wohnraumüberwachung“. Der Wortlaut des § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO bezieht nun also die Verwertbarkeit sehr wohl auf die Frage der Verwertbarkeit innerhalb des strafprozessualen Verfahrens.

Dabei übersieht der Gesetzgeber aber, dass im Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO die relevanten Daten gar nicht durch eine Maßnahme nach §§ 100b und 100c StPO erlangt worden sind und § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO somit genau genommen gar kein Fall mehr von § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO ist,

<sup>48</sup> BGHSt 54, 69 (81 Rn. 31).

<sup>49</sup> *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (379 Fn. 1; 384); *ders.*, in SK-StPO § 100d Rn. 69a.

<sup>50</sup> So auch SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 64, 69a; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100e Rn. 26 und *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1138). A. A. *Benning*, 162; *Meyer-Goßner/Köhler*, § 100e Rn. 22; BeckOK-StPO/*Graf*, § 100e Rn. 38; MüKo-StPO/*Günther*, § 100d Rn. 44; KK-StPO/*Bruns*, § 100e Rn. 28 mit dem Verweis auf die Entstehungsgeschichte und dabei BT-Drucks. 15/5486, S. 27, welche nicht existiert und auch sonst nicht thematisiert, wie der Begriff verwertbar in § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO zu verstehen ist. LR/*Hauck*, § 100e Rn. 90 argumentiert, dass es nicht sinnvoll erscheint, bei der Verwendung von unverwertbaren, polizeirechtlich erhobenen Daten innerhalb der Übertragung auf das Strafverfahren keine Abwägung vorzunehmen. Wären die Daten nämlich originär im Strafverfahren erhoben worden, würde es zu einem Beweisverwertungsverbot erst dann kommen, wenn eine Abwägung dieses ergibt. Dies lässt jedoch außer Acht, dass ein solches Vorgehen die Wertungen des polizeirechtlichen Ausgangsverfahrens unterläuft.

<sup>51</sup> BGBl. I S. 3202.

<sup>52</sup> BGBl. I S. 3630.

sondern vielmehr beispielsweise als eigener Absatz hätte geregelt werden müssen.<sup>53</sup> § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO und § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO stehen also seit 2017 im Widerspruch zueinander. Diesen Widerspruch hat der Gesetzgeber auch nicht i.R. des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 aufgehoben.

## **2. Das Ausgangsverfahren als Bezugspunkt zur Beurteilung der Verwertbarkeit der Daten innerhalb des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO**

Der *BGH* lässt diesen Wortlaut gänzlich außer Acht und stützt seine Begründung direkt auf teleologische und historische Argumente.

Die Verwertbarkeit beziehe sich in § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO auf die Verwertungsverbote aus § 100d Abs. 2 und Abs. 5 StPO. Dies sei teleologisch schon damit zu begründen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung)<sup>54</sup> einfachgesetzliche, verfassungsgemäße Vorschriften schaffen wollte, die absicherten, dass Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung unterbleiben.<sup>55</sup> Damit müssten die Verwertungsverbote aus § 100d Abs. 2 und Abs. 5 StPO für alle Verwendungsregelungen des § 100e Abs. 6 StPO als Maßstab dienen.<sup>56</sup> Um ein einheitliches Schutzniveau sicherzustellen, bedürfe es auch eines einheitlichen Anknüpfungspunkts.<sup>57</sup>

Betrachtet man allerdings die Entstehungsgeschichte der Verwendungsregelungen aus § 100e Abs. 6 StPO, erkennt man, dass die Begründung des Regierungsentwurfs<sup>58</sup> zum damaligen § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO a.F. dafür

---

<sup>53</sup> A. A.: *Benning*, 162, die meint, dass das Vor-die-Klammer-Ziehen darauf hinweisen würde, dass sich „die Verwertbarkeit dann aber ausschließlich auf die strafprozessualen Erhebungs- und Verwertungsverbote gemäß § 100d StPO beziehen [könne]“.

<sup>54</sup> BGBl. I S. 1841.

<sup>55</sup> BGHSt 54, 69 (81 Rn. 31).

<sup>56</sup> BGHSt 54, 69 (81 Rn. 31).

<sup>57</sup> BGHSt 54, 69 (81 Rn. 31). So auch: Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100e Rn. 22: Da „die Weiterverwendung (Umwidmung) der [...] personenbezogenen Daten [...] einen eigenen Grundrechtseingriff dar[stelle], müsse das Wort ‚verwertbar‘ [...] auf die strafprozessualen Erhebungs- und Verwertungsverbote nach § 100d I–V StPO [verweisen]“. Zwar findet vorliegend eine Umwidmung statt und es liegt somit ein erneuter Grundrechtseingriff vor, daraus allein lässt sich jedoch noch kein Argument für den Bezug der Verwertbarkeit auf § 100d StPO erkennen.

<sup>58</sup> BT-Drucks. 15/4533, S. 17 f.: „jegliche zweckumwidmende Verwendung der Daten [ist] nur zulässig, wenn die Daten auch im Ausgangsverfahren verwertet werden dürfen“.

gerade nicht spricht.<sup>59</sup> Zwar unterscheidet sich der Gesetzestext der BT-Drucks. 15/4533 noch insofern von der Endfassung des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004<sup>60</sup>, dass er das Erfordernis der Verwertbarkeit vor die Klammer zieht. Jedoch betont die Bundesregierung dabei, dass mit eben diesem Vorziehen deutlich werden soll, dass „jegliche zweckumwidmende Verwendung der Daten nur zulässig ist, wenn die Daten auch im Ausgangsverfahren verwertet werden dürfen.“<sup>61</sup> Sie verweist in ihrer Begründung explizit auf die Entscheidung des *BVerfG*, welches ausdrücklich eine Verwertung von im Ausgangsverfahren unverwertbaren Daten für weitere Verfahren untersagt.<sup>62</sup> Diese Wertung ändert sich auch nicht durch die Veränderung des Gesetzestextes durch den Rechtsausschuss, seine Beschlussempfehlung und seinen Bericht vom 11.5.2005<sup>63</sup>. Dabei wird das Erfordernis der Verwertbarkeit innerhalb des damaligen § 100d Abs. 5 Nr. 2 StPO a. F. ausdrücklich erörtert. Der Gesetzgeber betont hier, dass man die Verwendbarkeit der Daten zur Gefahrenabwehr gem. § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO nicht von der im Ausgangsverfahren strafverfahrensrechtlichen Verwertbarkeit abhängig machen wolle, weshalb er die Voraussetzung der Verwertbarkeit nicht mehr vor die Klammer stellen, sondern sie in jeder Nummer neu zur Voraussetzung machen oder bewusst nicht machen will.<sup>64</sup> So wird in der BT-Drucks. 15/5486 sogar explizit betont, dass es in den Fällen des § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO gerade erforderlich sein kann, „fehlerhaft erhobene Daten ausnahmsweise zur Abwehr besonderer Gefahren zu verwenden.“<sup>65</sup> Somit wird innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens erneut deutlich, dass es dem Gesetzgeber bei der Frage der Verwertbarkeit eben um die Verwertbarkeit der personenbezogenen Daten im Ausgangsverfahren ging.

Es sollte genau die Situation vermieden werden, die der *BGH* in der Al-Qaida Entscheidung<sup>66</sup> durch seine Wertung hervorruft. Er kommt zu einer reinen Abwägung bezüglich der Verwertbarkeit der Daten innerhalb des

---

<sup>59</sup> So auch *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (384); *ders.*, in SK-StPO § 100d Rn. 69a; so auch in anderem Zusammenhang, im Ergebnis aber zustimmend *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (869 Fn. 73).

<sup>60</sup> BGBl. I S. 1841.

<sup>61</sup> BT-Drucks. 15/4533, S. 17f. Dies auch betonend *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1138).

<sup>62</sup> BVerfGE 109, 279 (378): „Gesetzliche und verfassungsunmittelbare Verwertungsverbote sind bei der Weiterverwendung oder bei der Verwertung von Zufallsfunden ebenso zu beachten wie im Anlassverfahren selbst“.

<sup>63</sup> BT-Drucks. 15/5486, S. 17f.

<sup>64</sup> BT-Drucks. 15/5486, S. 17f.

<sup>65</sup> BT-Drucks. 15/5486, S. 18.

<sup>66</sup> BGHSt 54, 69–132.

neuen strafverfahrensrechtlichen Verfahrens. Er lässt dabei außer Acht, dass die Daten im polizeirechtlichen Ausgangsverfahren auf der Grundlage einer verfassungsrechtlich unwirksamen Rechtsgrundlage erhoben wurden und damit im Ausgangsverfahren unverwertbar sind.<sup>67</sup> Das hat zur Folge, dass die personenbezogenen Daten – auch entgegen der klaren Wertung des *BVerfG* in seiner Entscheidung zur akustischen Wohnraumüberwachung<sup>68</sup> – trotz Verwertungsverbots im Ausgangsverfahren weiterverwendet werden. Dies ist vom Gesetzgeber aber ausdrücklich nicht gewollt.<sup>69</sup> Auch die Veränderungen des § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.8.2017<sup>70</sup>, berichtigt durch das Gesetz vom 1.11.2017<sup>71</sup>, lässt keinen anderen Schluss zu, sondern unterstreicht das oben Erläuterte vielmehr. Hier wird das Erfordernis der Verwertbarkeit wieder vor die Klammer gezogen, ohne dass dazu weiter Stellung genommen wird. Es ist damit also davon auszugehen, dass der Gesetzgeber seine Entscheidung aus BT-Drucks. 15/5486 S. 17f. rückgängig machen wollte und damit zu seiner oben erläuterten Begründung<sup>72</sup> in BT-Drucks. 15/4533 S. 17f. zurückkehrt und die Frage nach der Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren somit auf alle Verwendungsfälle erstrecken will.

### **3. Der hypothetische Ersatzeingriff als Garantie für die Einhaltung der Voraussetzungen innerhalb des neuen Verfahrens**

Den Überlegungen zu 2. folgt ein systematischer Vergleich des *BGH* zu § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO<sup>73</sup>, wobei das Gericht meint, dass das Erfordernis der Verwertbarkeit in § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO auch nach den Verwertbarkeitsregelungen des § 100d StPO beurteilt wird. Dieser Vergleich geht aber schon deshalb fehl, weil § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO eine Regelung für die Verwendung von personenbezogenen Daten, die aus einer Maßnahme gem. §§ 100b und 100c StPO resultieren, in einem weiteren Strafverfahren darstellt. Somit bezieht sich das verwertbar in dem Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO zwangsläufig auf die Verwertungsregeln/-verbote der § 100d

---

<sup>67</sup> BGHSt 54, 69 (86 Rn. 46).

<sup>68</sup> BVerfGE 109, 279 (378): „Dürfen die erhobenen Erkenntnisse bereits im Anlassverfahren nicht verwertet werden, gilt dies erst recht für die Verwertung in anderen Verfahren“.

<sup>69</sup> BT-Drucks. 15/4533, S. 17f.; so auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 69c.

<sup>70</sup> BGBl. I S. 3202.

<sup>71</sup> BGBl. I S. 3630.

<sup>72</sup> Siehe S. 42.

<sup>73</sup> BGHSt 54, 69 (81 Rn. 31): Die Begründung des BGH, welche nur „auf den Vergleich mit § 100d Abs. 5 Nr. 1 StPO“ a.F. verweist, ist im Ergebnis keine Begründung.

Abs. 2 und Abs. 5 StPO, da diese Voraussetzung innerhalb der Maßnahme des relevanten Ausgangsverfahrens sind. Innerhalb dieses Ausgangsverfahrens geht es nämlich gerade um eine Maßnahme nach §§ 100b oder 100c StPO. Versteht man also den Wortlaut des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO so, dass die personenbezogenen Daten dann verwertbar sind, wenn keine Verwertungsverbote nach § 100d Abs. 2 und Abs. 5 StPO vorliegen und somit der Anknüpfungspunkt die Maßnahme des Ausgangsverfahrens ist, ist noch weniger verständlich, warum der Anknüpfungspunkt in § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO ein anderer, also nicht das Ausgangsverfahren sein soll.

Darüber hinaus erwähnt der *BGH* nicht, dass sein Verständnis aufgrund der in § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO angelegten hypothetischen Prüfung zu einer Doppelung der Prüfung der Verwertbarkeit gem. § 100d Abs. 2 und Abs. 5 StPO führen würde und das Erfordernis der Verwertbarkeit damit gleichsam überflüssig machen würde.<sup>74</sup> § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO verlangt, dass die entsprechend durchgeführte polizeiliche Maßnahme auch nach § 100b StPO oder § 100c StPO hätte angeordnet werden können. Damit stellt sich die Frage, ob hypothetisch gesehen beispielsweise die Anordnungsvoraussetzungen des § 100c StPO vorliegen und die personenbezogenen Daten erhoben werden dürften. Dabei muss es sich bei der Straftat zuerst um eine Katalogtat nach § 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO i. V. m. § 100b Abs. 2 StPO handeln, die besondere Schwere der Schuld im Einzelfall sowie ein qualifizierter Anfangsverdacht müssten vorliegen, und schließlich müsste die Subsidiaritätsklausel gem. § 100c Abs. 1 Nr. 4 StPO erfüllt sein.<sup>75</sup> Außerdem wäre eine hypothetische Anordnung gem. § 100c StPO dann nicht möglich, wenn eines der Erhebungsverbote, welches zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung oder der Zeugnisverweigerungsrechte in § 100d Abs. 1, 4 und 5 StPO vorgesehen ist, einschlägig wäre.<sup>76</sup> Diese stellen ebenfalls Anordnungsvoraussetzungen dar. Da es bei einem hypothetischen Ersatzeingriff i. S. des § 100c StPO zu einem tatsächlichen strafprozessualen Eingriff allerdings gerade nicht gekommen ist, stellt sich auch die Frage nach einer strafprozessualen Verwertbarkeit nicht unmittelbar. Vielmehr ist zu prüfen, ob unter den vorliegenden Gegebenheiten, die im polizeirechtlichen Verfahren vorgeherrscht haben, eine strafprozessuale Maßnahme nach § 100c StPO hätte durchgeführt werden können. Das schließt wiederum aber nicht aus, dass die Verwertungsverbote der StPO nicht mittelbar eine Rolle

<sup>74</sup> So auch *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (557). Und dass, obwohl auch das BVerfG in BVerfGE 109, 279 (377 f.) den hypothetischen Ersatzeingriff auf alle Voraussetzungen erstreckt.

<sup>75</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 67.

<sup>76</sup> Dies wird auch von *van Lessen*, in: FS Bredling, 273 (275) nicht gesehen, der auf die Notwendigkeit der Verwertbarkeitsvoraussetzung im Lichte des § 100c Abs. 5 und Abs. 6 StPO a. F. verweist.

spielen. So liegt jedem unselbstständigen Verwertungsverbot auch ein Erhebungsverbot zugrunde, was dazu führt, dass mittelbar auch die unselbstständigen Verwertungsverbote der § 100d Abs. 2 und Abs. 5 StPO im hypothetischen Verfahren berücksichtigt werden müssen.<sup>77</sup> Wurden im polizeirechtlichen Verfahren personenbezogene Daten erhoben, wie zum Beispiel Aufzeichnungen von Gesprächen mit dem Strafverteidiger, die, wären sie in einem Strafverfahren erhoben worden, entgegen dem Verwertungsverbot aus § 100d Abs. 5 Satz 1 2. Halbsatz i. V. m. Abs. 2 Satz 1 StPO erhoben worden wären, würde man bei einer hypothetischen Prüfung zum Ergebnis kommen, dass diese Daten gem. § 100d Abs. 5 Satz 1 StPO i. V. m. § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO schon gar nicht hätten erhoben werden dürfen. Das unselbstständige Verwertungsverbot gem. § 100d Abs. 5 Satz 1 2. Halbsatz StPO wird also mittelbar berücksichtigt.

Dies führt dann aber dazu, dass bei Zugrundelegung des *BGH*-Verständnisses in der Al-Qaida Entscheidung der Gesetzestext zweimal die Voraussetzung aufstellt, dass die Daten i. S. des § 100d StPO verwertbar sein müssten.<sup>78</sup> Dies entbehrt, neben dem noch stärkeren Argument der Wortlautauslegung, aber jeder Sinnhaftigkeit. Innerhalb der hypothetischen Prüfung werden die Verwertungsverbote des § 100d Abs. 2 und Abs. 5 StPO schon berücksichtigt. Dies geschieht jedoch erst, nachdem festgestellt worden ist, ob die Daten im Ausgangsverfahren überhaupt verwertbar sind und somit über die Verwendung weiter nachgedacht werden kann. Da die Maßnahme gemäß polizeirechtlicher Ermächtigungsgrundlage durchgeführt worden ist, ist sie in erster Linie auch an dieser zu messen. Es stellt sich also erst einmal die Frage, ob dieser grundrechtliche Eingriff zu rechtfertigen ist. Dabei werden aber das Allgemeininteresse an der Gefahrenabwehr und nicht der Strafverfolgung mit den Rechten des Betroffenen aus Art. 13 Abs. 1 GG abgewogen.

Warum der *BGH* außer Acht lässt, dass es sich im Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO primär um eine polizeirechtliche Maßnahme handelt, deren erlangte personenbezogene Daten in einem strafprozessualen Verfahren verwendet werden sollen, ist nicht nachvollziehbar. Der erste Maßstab für diese Verwendung kann und soll gerade nicht die durch die Rechtsprechung und Lehre entwickelte Abwägungsdoktrin der strafprozessualen Beweisverbotslehre sein.<sup>79</sup> Vielmehr richtet sich diese nach polizeirechtlichen Maßstäben für die Verwertbarkeit. Da die Daten ursprünglich im Polizeiverfahren erhoben worden sind, muss auch in diesem Verfahren abgewogen und über ein

---

<sup>77</sup> SSW-StPO/*Beulke*, Einleitung Rn. 264.

<sup>78</sup> „Die Gefahr einer Umgehung der Verwertungsbedingungen der StPO“, wie *van Lessen*, in: FS Breidling, 273 (275) beschreibt, existiert mithin gar nicht.

<sup>79</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 69a.

Verwertungsverbot entschieden werden.<sup>80</sup> Gelangt man aber im Polizeiverfahren schon zu der Entscheidung, dass die Daten unverwertbar sind, so kann es im Ergebnis nicht dazu kommen, dass die Daten im Strafverfahren verwendbar werden. So stehen im Strafverfahren die Strafverfolgung und Sanktionierung von Straftaten im Vordergrund. Im polizeirechtlichen Verfahren hingegen geht es um die präventive Gefahrenabwehr. Eine Verwertung, auch die von rechtswidrig erhobenen Daten, kann im Bereich der Gefahrenabwehr mit der Schutzpflicht des Staates gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG oder gem. Art. 2 Abs. 2 GG in verstärktem Maße zu rechtfertigen sein. Ist die Verletzung jedoch so schwerwiegend, dass die Eingriffsintensität einer weiteren Verwertung innerhalb der Gefahrenabwehr außer Verhältnis zur Schutzpflicht des Staates steht, kann das Allgemeininteresse an der Strafverfolgung einen solchen Eingriff erst recht nicht rechtfertigen.<sup>81</sup>

Dass dieses Ergebnis zu unterschiedlichen Beurteilungen der Verwertbarkeit je nach landesspezifischem Polizeigesetz führt und damit im Ergebnis auch zu unterschiedlicher Verwendbarkeit, wie der *BGH* dann weiter bemängelt<sup>82</sup>, ist außerdem nichts Ungewöhnliches. So verweist die StPO, wie bspw. bei den §§ 479 Abs. 1 StPO, 481 Abs. 2 oder 160 Abs. 4 StPO, wiederholt auf besondere bundes- oder entsprechende landesgesetzliche Verwendungsregelungen. Hier muss bei der Weitergabe von Daten in andere Rechtsbereiche ebenfalls auf bundes- und landesgesetzliche Verwendungsregeln Rücksicht genommen und mithin das Ausgangsverfahren und die Frage nach der dortigen rechtmäßigen Datenerhebung und zulässigen Datenverwertung im Blick behalten werden.<sup>83</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Durch das oben dargestellte Verständnis des *BGH* von § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO kommt dieser zu einer fehlgeleiteten, direkten Übertragung der

<sup>80</sup> So wohl auch SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100e Rn. 26.

<sup>81</sup> *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (385); *ders.*, in: SK-StPO § 100d Rn. 69. So im Prinzip auch BGHSt 54, 69 (82 Rn. 32): „Denn im Polizeirecht kommt dem Aspekt der aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 GG abzuleitenden Schutzpflichten des Staates zur Abwehr von Gefahren insbesondere für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter eine weitaus größere Bedeutung zu als im Strafverfahren“. Das wiederum hat aber, entgegen der zweifelhaften Schlussfolgerung des BGH, zur Folge, dass es zu einer breiteren Verwertbarkeit im Polizeiverfahren kommt als im Strafverfahren und somit die Verwendung weitaus öfter möglich ist, als der BGH suggeriert. So auch *Wolter*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1262); *ders.*, in: FS Kühne, 379 (384 f.).

<sup>82</sup> BGHSt 54, 69 (82 Rn. 32).

<sup>83</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 69b; *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1262); *ders.*, in: FS Kühne, 379 (385); *ders.*, in: FS Schenke, 541 (558).

Abwägungsdoktrin aus der Beweisverbotslehre auch auf die Verwendungsregelungen und somit auf die Zufallsfunde.<sup>84</sup> So will er die durch die polizeirechtliche Maßnahme erhobenen personenbezogenen Daten im Interesse der Strafverfolgung und des Wahrheitserforschungsgrundsatzes, trotz fehlender polizeirechtlicher Ermächtigungsgrundlage und somit nicht gerechtfertigten Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 GG und wohl auch in Art. 1 Abs. 1 GG<sup>85</sup> und damit im Ausgangsverfahren unverwertbarer Daten, im Strafverfahren gem. § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO verwenden.

Es stelle ein grundsätzliches Prinzip des Strafprozesses dar, dass der Gesetzgeber zwar vorgebe, unter welchen Voraussetzungen Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt, nicht aber, ob und unter welchen Gegebenheiten die ermittelten Daten verwertet werden dürften.<sup>86</sup> Dass von diesem Grundsatz im Bereich der Verwendung abgewichen werden solle, dafür gebe es keine Anhaltspunkte.<sup>87</sup> Diese Stellungnahme lässt sogar den Schluss zu, dass der *BGH* erkannt hat, dass es sich bei den Verwendungsregelungen gerade nicht um strafverfahrensrechtliche Verwertungsregelungen handelt. Wäre dies nämlich der Fall, müsste er die Abwägungsgrundsätze nicht ausdrücklich übertragen. Genau dies tut er vorliegend jedoch, indem er i. S. der durch die Rechtsprechung entwickelten Beweisverwertungssystematik entscheidet und die Grundwertungen und vor allem die Stärkung des Gesetzesvorbehalts im Wege der Verwendung von Daten, die das Volkszählungsurteil etabliert und betont hat, außer Acht lässt. Der *BGH* übersieht, dass § 100e Abs. 6 StPO als Verwendungsregelung schon eine durch den Gesetzgeber getroffene Abwägung zwischen dem Interesse des Einzelnen am Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem in dem neuen Zweck liegenden Allgemeininteresse zugrunde liegt.<sup>88</sup> Diese Verwendungsregelung normiert als Voraussetzung im Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren.<sup>89</sup> Eine erneute Abwägung durch die Exekutive oder Judikative

---

<sup>84</sup> BGHSt 54, 69 (87 Rn. 47); dies befürwortend *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl Rn. 57d; *Griesbaum*, in: FS Breidling, 121 (138); *Löffelmann*, JR 2010, 443 (456); *Dose*, 179, die aber im nächsten Atemzug die Einhaltung der Voraussetzungen der Verwendungsnorm fordert und bei Nichteinhaltung ein Verwendungsverbot annimmt; ablehnend *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (384); *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1246); *ders.*, in: FS Schenke, 541 (558); *Singelstein*, in: *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, 251 (259); *ders.*, NSiZ 2012, 593 (605).

<sup>85</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 69c.

<sup>86</sup> BGHSt 54, 69 (88 Rn. 50).

<sup>87</sup> BGHSt 54, 69 (88 Rn. 50).

<sup>88</sup> *Dose*, 180, die entgegen ihrer grds. Zustimmung zu BGHSt 54, 69–132 ebenfalls anerkennt, dass die Verwendungsregelung eine schon vom Gesetzgeber getroffene Abwägung bietet.

<sup>89</sup> A. A. *Benning*, 162; *van Lessen*, in: FS Breidling, 273 (275).



untergräbt diese Verwendungsregelung.<sup>90</sup> Es kann nicht zu der von den Beweisverwertungsverboten bekannten Abwägung kommen, da die Norm im Falle unverwertbarer personenbezogener Daten des Ausgangsverfahrens an sich schon eine Verwendung nicht erlaubt.<sup>91</sup>

Indem das *BVerfG*<sup>92</sup> die oben kritisierte Al-Qaida Entscheidung des *BGH* in Bezug auf das Verständnis des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO dann bestätigt, haben *BGH* und *BVerfG* die Abwägungsdoktrin aus der Beweisverwertungslehre auf die Verwendungsregelungen der StPO übertragen, obwohl § 100e Abs. 6 StPO gerade durch die Etablierung einer Verwendungsbefugnis deutlich macht, dass grundsätzlich zunächst ein Verwendungsverbot angenommen wird. Erst wenn die Voraussetzungen einer Verwendungsregelung vorliegen, dazu gehört hier gerade auch die Verwertbarkeit der Daten im Ausgangsverfahren, ist eine solche Verwendung zulässig. Daraus ergibt sich aber im Umkehrschluss, dass eine Verwendung dann weiter verboten bleibt, wenn die Voraussetzungen der Norm nicht vorliegen;<sup>93</sup> so eben auch im vorliegenden Fall, bei dem es sich um unverwertbare Daten im Ausgangsverfahren handelte. Mehr Grund zu Besorgnis erregen jedoch die Ausführungen des *BGH*, die darauf schließen lassen, dass diese Übertragung nicht auf den Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO beschränkt bleiben, sondern grundsätzlich auf die Fälle der Verwendung rechtswidrig erlangter Zufallsfunde übertragen werden soll.<sup>94</sup>

Die Konsequenz des *BGH* aus der vom Gesetzgeber 2004 geschaffenen Regelung des § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO hätte also vielmehr sein müssen, den Ausnahmecharakter und die explizite Regelungsbedürftigkeit einer Verwendungsregelung zu betonen. Er hätte dabei die Chance gehabt klarzustellen, dass es bei der Schaffung der Regelung durch den Gesetzgeber einer Abwägung der Interessen bedarf und dass das Regel-Ausnahme-Prinzip aus der Beweisverwertungslehre gerade nicht auf die Verwendungsregelungen übertragen und damit erweitert werden darf.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> *Wohlers*, in: GS Weßlau, 427 (439); so auch *Benning*, 161, die dies nur für den Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO so beurteilt, bei § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO sei hingegen eine „differenzierte“ Beurteilung notwendig.

<sup>91</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (890).

<sup>92</sup> BVerfGE 130, 1 (41): „Auch sonst ist die Anwendung des § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO durch den Bundesgerichtshof verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“.

<sup>93</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (890).

<sup>94</sup> BGHSt 54, 69 (88 Rn. 50).

<sup>95</sup> Vgl. *Singelstein*, NStZ 2012, 593 (605), der noch weiter geht und betont, dass der Gesetzgeber vielmehr umgekehrt die geschaffenen Maßstäbe, die sich aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung etabliert haben, auf die Beweisverbotslehre hätte übertragen können.

### III. Literatur

Folgeschwer wird die Situation mit der Übernahme des Verständnisses aus der Rechtsprechung in die Literatur.<sup>96</sup> So wird dann mit Verweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung auch dort zum Teil vertreten, „dass die Weiterverwendung der Daten im Strafverfahren [...] bei rechtswidriger Datenerhebung [...] anhand der von der Rechtsprechung für sogenannte relative Verwertungsverbote vertretenen Abwägungslehre zu entscheiden [sei und dies auch] verfassungsrechtlich unbedenklich [sei].“<sup>97</sup>

*Hauck* beschreitet hingegen einen Mittelweg. Er betont zwar die Wertung von § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO, die Verwendbarkeit von der Verwertbarkeit der Daten im Ausgangsverfahren abhängig machen zu wollen.<sup>98</sup> Er will jedoch ein Beweisverwertungsverbot im Ausgangsverfahren nur dann bejahen, wenn dieses nach einer umfassenden Abwägung im Einzelfall und zwar schon mit dem Blick auf die innerhalb der Verwendung aufzuklärende Straftat anzunehmen sei.<sup>99</sup>

Das jedoch lässt außer Acht, dass die Entscheidung über die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren vollkommen unabhängig von einer späteren Verwendbarkeit innerhalb eines anderen Zusammenhangs fällt. Die Einzelfallabwägung über die Bejahung eines Beweisverwertungsverbots im Ausgangsverfahren davon abhängig zu machen, in welchen Zusammenhängen der Fund später noch genutzt werden soll, ist erstens spekulativ, zweitens spielt diese spätere Zweckumwidmung für die Frage nach dem Umgang mit einem möglichen Rechtsverstoß im Ausgangsverfahren keine Rolle. Vielmehr macht § 100e Abs. 6 StPO deutlich, dass andersherum das zeitlich vorausgehende Beweisverwertungsverbot im Ausgangsverfahren einen Einfluss auf eine spätere Zweckumwidmung haben kann. Beurteilt man das Beweisverwertungsverbot nun aus der zeitlich späteren Perspektive der Zweckumwidmung und verneint dieses, um eine Verwendung zu ermöglichen, kehrt man die Vorschrift in ihr Gegenteil.

Darüber hinaus kommt es zu einer Bandbreite von unterschiedlichen Interpretationen des Begriffs „verwenden“, sodass diese kaum noch zu überblicken ist. So etabliert der Alternativ-Entwurf „Abgekürzte Strafverfahren

---

<sup>96</sup> Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100e Rn. 25; KK-StPO/*Bruns*, § 100e Rn. 29; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 40aff.; Radtke/Hohmann/*Röwer*, § 100d Rn. 8; KMR/*Bär*, § 100e Rn. 37.

<sup>97</sup> Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100e Rn. 25.

<sup>98</sup> LR/*Hauck*, § 100e Rn. 90.

<sup>99</sup> LR/*Hauck*, § 100e Rn. 90.

im Rechtsstaat (AE-ASR)<sup>100</sup> in § 212e StPO-AE<sup>101</sup> aktuell ein Verwendungsverbot, um „klarzustellen, dass die Einlassung des Angeklagten weder als Beweismittel noch als Ermittlungsansatz für die Suche nach anderen Beweismitteln verwendet werden darf“.<sup>102</sup> Es soll nicht nur „für die jeweilige Instanz, sondern für das gesamte weitere Strafverfahren [gelten]“.<sup>103</sup> Durch die Nennung der §§ 100d Abs. 2 Satz 1 StPO und 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO als Verwendungsverbote in einem Zusammenhang<sup>104</sup> wird dann noch deutlicher, dass der AE-ASR keine Unterscheidung zwischen einer Regelung macht, die Untersuchungsfunde zum Inhalt hat, und einer solchen Regelung, die Zufallsfunde betrifft. Vielmehr wird, wie an vielen anderen Stellen in der Literatur, vertreten, dass es sich bei Verwendungsregelungen um Verwendungsverbote handelt, die Verwertungsverbote mit Fernwirkung darstellen,<sup>105</sup> wohingegen ein reines Verwertungsverbot eine solche weitreichende Wirkung nicht habe, sondern nur die Verwendung zu Beweis Zwecken verbieten solle.<sup>106</sup> Anders ausgedrückt, werden Verwendungsverbote auch als absolute Nutzungsverbote gesehen<sup>107</sup> und der Begriff der Verwendung als Oberbegriff zum Unterbegriff der Verwertung genutzt<sup>108</sup>. All diesen Auffassungen und ihren zugrunde liegenden Systematisierungen ist aber gemein, dass sie

<sup>100</sup> GA 2019, 1–128.

<sup>101</sup> § 212e StPO-AE regelt das Verbot, ein vor der Eröffnung der Hauptverhandlung abgegebenes schuldanererkennendes Geständnis des Angeklagten außerhalb der abgekürzten Verhandlung und somit in einer sich doch noch anschließenden Hauptverhandlung oder einem späteren Berufungs- oder Revisionsverfahren zu verwerten. Da es sich in all diesen Fällen um ein und dasselbe Verfahren handelt, müsste statt von einem Verwendungsverbot von einem Verwertungsverbot gesprochen werden.

<sup>102</sup> AE-ASR, GA 2019, 1 (74).

<sup>103</sup> AE-ASR, GA 2019, 1 (75).

<sup>104</sup> AE-ASR, GA 2019, 1 (75).

<sup>105</sup> AE-ASR, GA 2019, 1 (74). So auch *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 64; *Ambos*, 24; *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (250, 252); *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (485); *Dose*, 83; *Wohlers*, in: GS Weßlau, 427 (439); *Bertram*, 273; *Wedler/Bülte*, NZWiSt 2014, 312 (317); *SK-StPO/Wohlers/Greco*, § 97 Rn. 50; *MüKo-StPO/Kölbel*, § 160a Rn. 13; *Kasiske*, Jura 2017, 16 (19), der § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO und § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO als Beispiele nennt, wobei er betont, dass § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO die Fernwirkung mit dem Zusatz zu Beweis Zwecken wieder ausschließt; ebenso *LR/Tsambikakis*, § 108 Rn. 23 für den Fall des § 108 Abs. 3 StPO.

<sup>106</sup> AE-ASR, GA 2019, 1 (75); *Singelnstein*, ZStW 120 (2008), 854 (866); *Rogall*, JZ 2008, 818 (828); *Wohlers*, in: GS Weßlau, 427 (434).

<sup>107</sup> *Rogall*, JZ 2008, 818 (827); *ders.*, in: FS Kohlmann, 465 (479); *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (243); *Hengstenberg*, 44 f.; *Schinkel*, 119, 125, die aber sonst grundsätzlich eine systematische Trennung vornimmt; *Püschel*, in: FS der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, 759 (764); *Rehbein*, 149, die ein Verwendungsverbot ebenfalls als umfassendes Verwertungsverbot definiert.

<sup>108</sup> *LR/Gössel*, Einl Abschn L Rn. 30.

die Verwendungsverbote in die Systematik der Verwertungsverbote einordnen.<sup>109</sup>

Noch deutlicher wird die Einordnung der Verwendungsregeln in die Beweisverwertungsverbotdogmatik, wenn innerhalb der Diskussion zur Reichweite eines Verwertungsverbot, also in Bezug auf die Fernwirkung, die Frage gestellt wird, ob eine unverwertbare Information in einem neuen Verfahren genutzt werden darf.<sup>110</sup>

Andere bringen dies zum Ausdruck, indem sie bezweifeln, dass es sich bei den Verwendungsregelungen um eine tatsächliche, dritte Regelungskategorie handelt. Stattdessen sehen sie die Verwendungsbefugnisse als einen Ausfluss der Verwertungsverbotssystematik.<sup>111</sup>

Vereinzelte Stimmen in der Literatur unterscheiden hingegen zwischen Verwendungsverboten und Verwendungsbefugnissen. Diese Verwendungsregelungen sollen Regelungen zur Verwendung von personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken darstellen und somit die Zweckänderung positiv erlauben. Sie werden damit von einem Teil der Literatur systematisch von den Verwertungsverboten abgegrenzt.<sup>112</sup> Einigkeit bezüglich der Klassifizierung von Verwendungsregelungen besteht nicht.

#### IV. Konkretisierte Ziele der Untersuchung

Diese vielfältigen, sich widersprechenden, dogmatischen und systematischen Ansätze gilt es im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit im Folgenden kritisch zu beleuchten und zu ordnen. Bei der gesetzlich unein-

---

<sup>109</sup> So explizit bei *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 14; *Engelhardt*, 41; *Rehbein*, 147; *Ambos*, 23 f.

<sup>110</sup> *Rogall*, JZ 2008, 818 (828); *Lohberger*, in: FS Hanack, 253 (260); als sogenannte Frühwirkung diskutiert bei: *Jahn*, C95; *Pitsch*, 94, 102; *Hengstenberg*, 13. *Dose*, 80 diskutiert dies unter dem Begriff der Vorauswirkung, dabei wird hingegen nicht deutlich, ob sie tatsächlich die Vorauswirkung meint oder ob es ihr nicht vielmehr um den Anfangsverdacht bezüglich eines anderen Strafverfahrens und damit um die diskutierte Frühwirkung geht; *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (3), hingegen spricht von der Vorauswirkung, meint inhaltlich aber eindeutig die Frage, die sonst unter dem Begriff der Frühwirkung diskutiert wird.

<sup>111</sup> *Jahn*, C96; *Pitsch*, 273; *LR/Gössel*, Einl Abschn L Rn. 30; *Ambos*, 23; *Eisenberg*, Rn. 335 und 358 kategorisiert die Verwendungsregelungen in die Beweisverwertungsverbote ein, betont aber, dass es sich bei diesen um Regelungen handelt, die die Voraussetzungen dafür aufstellen, wann rechtmäßig erlangte Daten für andere Zwecke verwendet werden dürfen.

<sup>112</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (865 ff.); *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255); *Rogall*, in: FS Kohlmann, 463 (483 f.); *ders.*, JZ 1996, 944 (949); *Schinkel*, 44; *AnwK-StPO/Krekeler/Löffelmann*, Einleitung Rn. 136 und 147.

heitlichen Nutzung der Begriffe verwundert es nicht, dass innerhalb der Literatur bezüglich der Bedeutung dieser und der systematischen Einordnung der Verwendungsregelungen Uneinigkeit besteht.

Es kommt erschwerend hinzu, dass auch die Rechtsprechung keine klare Unterscheidung zwischen den Begriffen trifft<sup>113</sup> und damit in der direkten Konsequenz auch inhaltliche Wertungen aus der Verwertungsverbotssystematik auf die Verwendungsregelungen überträgt.<sup>114</sup> Auch innerhalb der Verwendungsregelungen kommt es damit zu einer Abwägung, obwohl die Regelungen dafür keinen Raum geben. Von der Rechtsprechung entwickelte Lehren finden ihren Weg in Bereiche, in denen der Gesetzgeber klare Ermächtigungsgrundlagen vorgegeben hat und damit versucht, den verfassungsrechtlichen Grundsätzen und dabei u. a. der Wertung des Volkszählungsurteils gerecht zu werden. Weder die Rechtsprechung noch die von der Literatur vorgenommene Systematisierung scheint damit vereinbar zu sein. Auch mit der klaren Differenzierung zwischen Zweckbindung und Zweckänderung innerhalb des neueren Urteils des *BVerfG* zum *BKAG*<sup>115</sup> kann man die oben kurz dargestellten Positionen nicht in Einklang bringen.

Vor dem Hintergrund dieser Unstimmigkeiten setzt sich der folgende Abschnitt der Arbeit mit den unterschiedlichen Ansätzen zur Abgrenzung der Verwendungsregelungen von den Verwertungsverboten innerhalb der StPO auseinander, um mit einer schlüssigen Dogmatik und Systematik zu dem Ziel einer gesetzlichen Begriffsbestimmung und damit zu mehr Rechtssicherheit zu gelangen (unten E. II. zu § 93a StPO-E).

Im Anschluss daran sollen die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Verwertung und der Verwendung betrachtet werden, um die Frage zu klären, ob die den Verwendungsregelungen und Verwertungsverboten zugrunde liegende herkömmliche Dogmatik den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht. Im Ergebnis soll ein entsprechender Gesetzesvorschlag sowohl zu

<sup>113</sup> Siehe *Pitsch*, 255–265, der durch eine Darstellung der Rechtsprechung von 1974–1983 deutlich macht, „dass der BGH keine inhaltliche Unterscheidung zwischen der Verwertung und Verwendung von Beweismitteln trifft“.

<sup>114</sup> *BVerfGE* 109, 279 (378); *BGHSt* 54, 69 (87 Rn. 48). Daran Kritik übert: *Wolter*, in: *FS Roxin II* (2011), 1245 (1260 f.); *Singelstein*, in: *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens*, 251 (259); *ders.*, *NSSt* 2012, 593 (605).

<sup>115</sup> *BVerfGE* 141, 220–378: Danach richtet sich die „Reichweite der Zweckbindung [...] nach der jeweiligen Ermächtigung für die Datenerhebung“. Innerhalb dieses Zweckes darf eine weitere Nutzung der Daten auf die Erhebungsgrundlage gestützt werden. Wird jedoch eine andere Behörde tätig oder sollen die Daten zur Wahrnehmung anderer Aufgaben oder zum Schutz anderer Rechtsgüter genutzt werden, liegt eine Zweckänderung vor, und es bedarf einer neuen Ermächtigungsgrundlage, die sich insbesondere am Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung orientieren muss.

den Verwertungsregelungen (unten G. II. zu den §§ 150–150b StPO-E) wie am Ende zu den Verwendungsregelungen (unten I. II. zu den §§ 150c–150e StPO-E) gemacht werden. Zuvor sollen auf dieser Grundlage die aktuellen Verwendungsregelungen des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 beleuchtet werden.

Dabei hat die vorliegende Arbeit immer den Anspruch, die Rechtssicherheit durch Bestimmtheit zu erhöhen und dabei den strafverfahrensrechtlichen und den verfassungsrechtlichen Anforderungen, insbesondere dem sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Gesetzesvorbehalt, gerecht zu werden.

## C. Systematische Abgrenzung der Verwendungsregelungen von den Verwertungsverboten

Da weder Wortlaut noch gesetzgeberische Quellen zu einem einheitlichen Verständnis von den Verwendungsregelungen und den Verwertungsverboten führen, erscheint es zunächst notwendig, insbesondere den Sinn und Zweck der einzelnen Normen konkreter zu beleuchten, um im Anschluss daran deren Wortlaut zu hinterfragen.

### I. Verwendungsregelungen und ihr Bezug zum Datenschutzrecht

Die durch eine Reihe von Stimmen innerhalb der Literatur vorgenommene Differenzierung der Verwendungs- und Verwertungsregelungen dahingehend, dass insbesondere die Verwendungsregelungen datenschutzrechtliche Regelungen innerhalb der StPO seien<sup>1</sup>, Verwertungsverbote jedoch nicht als solche klassifiziert werden, erscheint verfehlt. Auch wenn die Verwertung an die Nutzung von Untersuchungsfunden anknüpft und die Verwendung an die Nutzung von Zufallsfunden, so haben sowohl die Verwertungs- als auch die Verwendungsregelungen die Nutzung personenbezogener Daten zum Inhalt. Beide Nutzungsarten greifen somit in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ein und haben somit beide datenschutzrechtliche Relevanz.<sup>2</sup>

Einige Autoren beziehen sich bezüglich einer Systematisierung der Verwendungsregelungen jedoch ausdrücklich auf § 3 Abs. 5 BDSG a. F., der die Verwendung als Oberbegriff zur Verarbeitung und Nutzung verstanden hat.<sup>3</sup> Die Verwendung umfasse damit jede Form des Gebrauchs von Daten, da sie die Verarbeitung und die Nutzung, die wiederum jegliches Gebrauchen von Daten meint, das keine Verarbeitung darstellt, beinhalte. Das bedeute, dass

---

<sup>1</sup> Vgl. SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 4; LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 30; LR/*Hauck*, § 100e Rn. 64; *Schinkel*, 128; *Engelhardt*, 6; *Matheis*, 147; *Pitsch*, 253 f.; BeckOK-DatenschutzR/*Schild*, Art. 4 DS-GVO Rn. 48; Paal/*Pauly/Ernst*, Art. 4 DS-GVO Rn. 29.

<sup>2</sup> Vgl. *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (238, 242 f.); *Hengstenberg*, 43 f.; *Dose*, 86; *Schinkel*, 54 f., 119; *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1113) sprechen zutreffender von einem „datenschutzrechtlichen Gehalt“.

<sup>3</sup> Vgl. SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 4; LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 30; LR/*Hauck*, § 100e Rn. 64; *Schinkel*, 128; *Engelhardt*, 6; *Matheis*, 147; *Pitsch*, 253 f.

eine Verwendungsregelung, die eine Verwendung personenbezogener Daten zu einem bestimmten Zweck erlaube, wiederum jegliche Art der Verwendung außerhalb dieses festgelegten Zwecks ausschlieÙe.<sup>4</sup> Auch der Verwendungsbegriff des § 46 Nr. 2 BDSG, der inhaltlich dem § 4 Nr. 2 DSGVO entspricht<sup>5</sup>, soll innerhalb der Verarbeitung als Auffangtatbestand fungieren und umfasst somit „jegliche Form der Datenverarbeitung“<sup>6,7</sup>. Somit dürfte sich auch mit der neuen Rechtslage an dem oben dargestellten Verständnis innerhalb der Literatur nichts geändert haben.<sup>8</sup>

Dem ist in seiner Wertung zwar grundsätzlich zuzustimmen, es scheint jedoch verfehlt, daraus den Schluss zu ziehen, dass die Verwendung auch in Bezug auf die Verwertung als Oberbegriff zu verstehen ist. So wird vertreten, dass ein Verwendungsverbot neben dem Verwertungsverbot jeden weiteren Zugriff auf Daten durch die Strafverfolgungsbehörden untersagt.<sup>9</sup> Dies meint, dass die Verwendung die Verwertung mit einschließt.<sup>10</sup> Das berücksichtigt jedoch nicht, dass der Begriff der Verwertung weder in § 3 BDSG a. F. noch innerhalb des § 46 BDSG eine Rolle spielt. Es handelt sich hierbei um einen rein strafverfahrensrechtlichen Begriff, dessen Inhalt und Reichweite dementsprechend zu bewerten ist.<sup>11</sup> Eine Verwendungsregelung beschäftigt sich hingegen nicht zwangsläufig mit der strafverfahrensrechtlichen Verwertung und kann diese deshalb nicht automatisch mit einschließen. Andererseits heißt das nicht, dass nicht auch im Fall der Verwertung von personenbezogenen Daten die datenschutzrechtlichen Grundsätze beachtet werden müssten. Auch hier finden Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung statt.

Somit lässt sich durch die Heranziehung des § 3 Abs. 5 BDSG a. F. und § 46 Nr. 2 BDSG kein Hinweis zur Systematisierung der Verwendungsrege-

<sup>4</sup> Vgl. *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (243); *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (865).

<sup>5</sup> Paal/Pauly/*Frenzel*, § 46 BDSG Rn. 3, der bezüglich der einzelnen Begriffsbestimmungen auf Art. 4 DSGVO verweist und von einem einheitlichen unionsrechtlichen Begriffsverständnis ausgeht.

<sup>6</sup> BeckOK-DatenschutzR/*Schild*, Art. 4 DS-GVO Rn. 48.

<sup>7</sup> BeckOK-DatenschutzR/*Schild*, Art. 4 DS-GVO Rn. 48; Paal/Pauly/*Ernst*, Art. 4 DS-GVO Rn. 29.

<sup>8</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 4.

<sup>9</sup> Vgl. *Rogall*, JZ 2008, 818 (827); *Hengstenberg*, 44f.; *Allgayer/Klein*, wistra 2010, 130 (131 Fn. 11).

<sup>10</sup> LR/*Gössel*, Einl. Abschn. L Rn. 30; LR/*Hauck*, § 100e Rn. 64; *Hengstenberg*, 44f.; *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 14; *Schinkel*, 125; *Dose*, 83. Vgl. aber *Wolter*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1258), der explizit betont, dass die Nutzung des Begriffs der Verwendung als Oberbegriff innerhalb der StPO systemschief ist.

<sup>11</sup> *Matheis*, 149.



lungen, insbesondere in der Abgrenzung zu den Verwertungsregelungen innerhalb der StPO, feststellen. Es bleibt diesbezüglich allein die Erkenntnis, dass die Verwertung kein Begriff des Datenschutzrechts ist und damit auch keinen Unterbegriff zum Oberbegriff Verwendung darstellt.<sup>12</sup> Die Verwendungsregelungen machen somit auch keine direkte Aussage über die Verwertung der Daten im Ausgangsverfahren. Der Versuch, eine Abgrenzung zwischen den Begriffen der Verwendung und der Verwertung innerhalb der StPO durch die datenschutzrechtlichen Regelungen zu erreichen, ist wenig erfolgreich.

## II. Verwertung von Untersuchungsfunden und Verwendung von Zufallsfunden

Die Verwendungsregelungen werden innerhalb anderer Teile der Literatur systematisch der Verwertungsverbotdogmatik zugeordnet.<sup>13</sup> Insbesondere der obige Blick auf § 100e Abs. 6 StPO, der zwischen der Verwertbarkeit und der Verwendbarkeit unterscheidet und die Frage der Verwertbarkeit dem Ausgangsverfahren zuordnet und somit einen Bezug zu den Untersuchungsfunden herstellt, lässt an einem solchen Verständnis jedoch erste Zweifel aufkommen. Mit der Betrachtung der Verwendungsregelungen des weiterhin geltenden § 100e Abs. 6 StPO, der neuen § 161 Abs. 3, Abs. 4 StPO und § 479 Abs. 2, Abs. 3 StPO, die die früheren §§ 100e Abs. 6 Nr. 2, 477 Abs. 2 und 161 Abs. 2 und Abs. 3 StPO a.F. in sich vereinen, wird besonders deutlich, dass es sich bei diesen durchweg um Regelungen handelt, die eine Zweckumwidmung von Daten zum Inhalt haben; also um Normen, die gerade weg vom Ausgangsverfahren eine Überleitung in ein neues Verfahren ermöglichen und somit nicht mehr den Umgang mit Untersuchungsfunden regeln, sondern Befugnisse schaffen, um Zufallsfunde nutzbar zu machen.<sup>14</sup>

Diese Wertung ist mit dem Verständnis der Literatur nicht in Einklang zu bringen. Um jedoch eine etwaige Systematisierung der Verwertungsverbote

<sup>12</sup> So aber LR/Gössel, Einl Abschn L Rn. 30; Löffelmann, 166 f.

<sup>13</sup> Siehe z. B. Roxin/Schünemann, § 24 Rn. 14; Jahn, C96; Dose, 183; Engelhardt, 41; Rehbein, 147; Ambos, 23 f.; Pitsch, 273; LR/Gössel, Einl Abschn L Rn. 30; Eisenberg, Rn. 335 und 358 gliedert die Verwendungsregelungen in die Beweisverwertungsverbote ein, betont aber, dass es sich bei diesen um Regelungen handelt, die die Voraussetzungen dafür aufstellen, wann rechtmäßig erlangte Daten für andere Zwecke verwendet werden dürfen. A.A.: Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (865, 867); Dencker, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255); Rogall, in: FS Kohlmann, 463 (483 f.); ders., JZ 1996, 944 (949); Schinkel, 44; AnwK-StPO/Krekeler/Löffelmann, Einleitung Rn. 136 und 147.

<sup>14</sup> So grds. auch Benning, 30, 34.

und der Verwendungsregelungen daraus abzuleiten, bedarf es zunächst einer detaillierten Auseinandersetzung mit eben diesen entgegengesetzten Stimmen der Literatur.

### 1. Selbstständiges Beweisverwertungsverbot oder Verwendungsregelung?

Insbesondere solche Verwendungsregelungen, die wie § 393 Abs. 2 AO und § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO eine Verwendungsbeschränkung normieren, werden in der Literatur teilweise als selbstständige Beweisverwertungsverbote klassifiziert.<sup>15</sup> Oft findet dies mit einer direkten Gleichstellung mit § 252 StPO<sup>16</sup> und mit der Definition des selbstständigen Beweisverwertungsverbots als Verbot der Verwertung trotz rechtmäßiger Beweisgewinnung statt.<sup>17</sup> Gerade die Einordnung des § 393 Abs. 2 AO und des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO in das System der Beweisverwertungsverbote lässt aber außer Acht, dass es sich in diesen Fällen um Regelungen handelt, die eine Zweckentfremdung von Daten verbieten bzw. im Wege einer Ermächtigungsgrundlage für eine Zweckänderung Voraussetzungen aufstellen.<sup>18</sup> Bei § 252 StPO handelt es sich hingegen um ein Verwertungsverbot bezüglich eines gezielt erhobenen Beweises, der in Beziehung zur jeweils vorliegenden Untersuchung steht und der im auf das Ermittlungsverfahren folgenden Hauptverfahren zur Beweisführung als Untersuchungsfund nicht genutzt werden darf.<sup>19</sup> Es handelt sich somit um ein Verbot der Verwertung des gezielt ermittelten Beweises innerhalb desselben Verfahrens.<sup>20</sup>

Die Konsequenz des § 393 Abs. 2 AO und des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO kann ebenfalls ein Verbot des Gebrauchmachens von Daten in einem Strafverfahren sein; und der Schutz des nemo tenetur-Prinzips bzw. des Prinzips der Selbstbelastungsfreiheit als Ausgangssituation für die Normierung der Regelung in § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO gibt zunächst einmal durchaus Anlass

---

<sup>15</sup> *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (4); *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (253); *ders.*, 10 f.; *Schuster*, 52; *Amelung*, 1990, 38; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (4).

<sup>16</sup> *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (4); *Schuster*, 52.

<sup>17</sup> *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (4); *Werkmeister*, in: FS Eisenberg, 575 (584).

<sup>18</sup> *Dautert*, 156, 158, die § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zwar als Verwendungsregelung und Ermächtigungsgrundlage für die Zweckumwidmung bezeichnet, sie aber systematisch in die Gruppe der geschriebenen Beweisverwertungsverbote einordnet. *Jahn*, C36 f., der die Zufallsfundregelungen als „positivierte selbstständige Beweisverwertungsverbote“ bezeichnet. *Schuster*, 52, 102, der Vorschriften zur Verwertbarkeit von Zufallsfunden als selbstständige Verwertungsverbote bezeichnet.

<sup>19</sup> *Riepl*, 257 f.

<sup>20</sup> Von der Grundidee her auch *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255).

für die Klassifizierung der Norm als selbstständiges Verwertungsverbot.<sup>21</sup> Dabei übersieht man allerdings, dass es sich bei der Auskunft bzw. bei der Offenbarung von Tatsachen und Beweismitteln, die sowohl nach § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO als auch nach § 393 Abs. 2 AO nur unter bestimmten Voraussetzungen verwendet werden dürfen, nicht um Daten handelt, die zielgerichtet für dieses Strafverfahren erhoben wurden. Vielmehr geht es um Zufallsfunde aus einem Insolvenz- oder Besteuerungsverfahren, die nun zweckentfremdet in einem Strafverfahren nutzbar gemacht werden sollen oder deren Umwidmung gerade verhindert werden soll.<sup>22</sup> Im Fall des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO handelt es sich schon dem Wortlaut nach um eine dem Gesetzesvorbehalt gerecht werdende Ermächtigungsgrundlage für eine Zweckentfremdung und nicht primär um ein Verbot. Er entspricht in gewisser Weise der bereichsspezifischen Pendant-Regelung des § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und stellt damit eine Verwendungsregelung für Zufallsfunde dar.

## 2. Verwendungsverbot als Verwertungsverbot mit Fernwirkung?

Zu dieser Rechtsunsicherheit und Vermischung zweier gänzlich unterschiedlicher Ausgangssituationen führt unter anderem das Wortlautverständnis des Begriffs verwenden im Fall des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO. Teile der Literatur sehen darin den Willen des Gesetzgebers, ein selbstständiges Verwertungsverbot mit Fernwirkung statuieren zu wollen.<sup>23</sup> Andere stellen den Begriff des Verwendungsverbot mit einem absoluten Verwertungsverbot

<sup>21</sup> BVerfGE 56, 37 (50); Engelhardt, 223, wenn sie ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot fordert, um verfassungsrechtlichen Schutz bei der Verwendung von präventivpolizeilich erhobenen Daten zu gewährleisten.

<sup>22</sup> Grawe, 151, der allerdings nur die strafverfolgungsbezogene Zweckentfremdung als sog. „Zufallsfundverwendung“ anerkennt. So wohl auch in den Fällen von § 42a S. 6 BDSG und § 44 Abs. 6 S. 1 LFGB und § 44a Abs. 1 S. 2 LFGB.

<sup>23</sup> Dencker, in: FS Meyer-Goßner, 237 (252); Hefendehl, wistra 2003, 1 (3 f.); LR/Gössel, Einl Abschn L Rn. 29; grds. so auch Rogall, in: FS Rengier, 435 (440) für die Verwendungsverbote der StPO; BeckOK-InsO/Werner, § 97 Rn. 17; Bittmann/Rudolph, wistra 2001, 81 (84); SK-StPO/Wohlers/Greco, § 97 Rn. 50; Püschel, in: FS der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, 759 (766). So auch der Gesetzgeber bei § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO (früher: § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO) in BT-Drucks. 12/7302, S. 166. Werkmeister, in: FS Eisenberg, 575 (584, 590), der sogar aus der vermeintlichen Fernwirkung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO und der dieser zugrunde liegenden „rechtmäßigen außerstrafprozessualen Auskunftserzwingung“ den Umkehrschluss herleitet, dass dann bei einem rechtswidrigen „Primäreingriff, wie besonders deutlich bei der Folter“, erst recht „eine Fernwirkung geboten [sei]“. Kritisch bzgl. § 93 Abs. 1 Satz 1 InsO: Rogall, in: FS Rengier, 435 (439). Für § 393 Abs. 2 Satz 1 AO ebenfalls ein Verwendungsverbot als Verwertungsverbot mit Fernwirkung annehmend: GJW/Bülte, § 393 AO Rn. 82 f.; Rogall, in: FS Rengier, 435 (438).

gleich, was ebenfalls ein Verwertungsverbot mit Fernwirkung meint.<sup>24</sup> Die Wortwahl des Verwendens soll dies zum Ausdruck bringen.<sup>25</sup> Auch der Wortlautwechsel innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens des § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO von einem „dürfen nicht verwertet werden“ hin zu einem „dürfen nicht verwendet werden“ wird so verstanden, dass ein Verwendungsverbot einem umfassenden Verwertungsverbot gleichzusetzen ist, also als Verwertungsverbot mit Fernwirkung zu verstehen ist. Der Wortlaut des Verwendens wird somit nicht nur als selbstständiges Beweisverwertungsverbot verstanden, sondern soll darüber hinaus die Reichweite des Verwertungsverbots erweitern. Auch diese Meinung innerhalb der Literatur reiht die Verwendungsverbote in das System der Verwertungsverbotslehre ein.

Dass der Gesetzgeber bei der Konstituierung des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO tatsächlich ein solches Verwendungsverbot in Form eines absoluten Verwertungsverbots schaffen wollte<sup>26</sup>, dies aber im vollkommen anderen Ausgangsfall des unter anderem geschriebenen Verwertungsverbots des § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO erneut anführt<sup>27</sup>, lässt darauf schließen, dass ihm der Unterschied der den Normen zugrunde liegenden Situationen nicht bewusst war. Er hat gerade nicht zwischen der Zweckentfremdung von Zufallsfunden und der Verwertung von Untersuchungsfunden im Ausgangsverfahren unterschieden.

Stellt man einen Vergleich zwischen § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO und § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO an, ist nämlich festzustellen, dass es sich um zwei vollkommen unterschiedliche Ausgangssituationen handelt.<sup>28</sup> § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO stellt Voraussetzungen für den Fall auf, dass Daten aus dem Insolvenzverfahren zweckentfremdet im Strafverfahren verwendet werden dürfen, wohingegen § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO unter anderem ein Verwertungsverbot innerhalb des Ausgangsverfahrens für Erkenntnisse statuiert, die entgegen

---

<sup>24</sup> *Kasiske*, Jura 2017, 16 (19); *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 63 f.; *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (250); *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (485); *Hengstenberg*, 46; *Dose*, 83; SK-StPO/*Wohlers*, Einleitung Rn. 231; *ders.*, in: GS Weßlau, 427 (439). So wohl auch *GJW/Bülte*, § 393 AO Rn. 80 ff., der aber von einem umfassenden Verwendungsverbot spricht; *Pitsch*, 370, der aber in Bezug auf § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO von einer rechtsgebietsübergreifenden Fernwirkung spricht.

<sup>25</sup> *Kasiske*, Jura 2017, 16 (20); *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (9); *Wedler/Bülte*, NZWiSt 2014, 312 (317); dasselbe Wortlautverständnis zugrunde legend für § 161 Abs. 2 StPO *Engelhardt*, 222.

<sup>26</sup> BT-Drucks. 12/7302, S. 166; allerdings ist zu beachten, dass § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO zu diesem Zeitpunkt noch § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO entsprach.

<sup>27</sup> *Meyer-Goßner/Köhler*, § 160a Rn. 4 sieht in § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO auch ein selbstständiges geschriebenes Verwertungsverbot in Form eines Verwendungsverbots; so auch *SSW-StPO/Ziegler*, § 160a Rn. 3.

<sup>28</sup> Siehe schon den Vergleich zwischen § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, § 393 Abs. 2 AO und § 252 StPO auf S. 65 f.

dem Erhebungsverbot aus § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO erlangt wurden. Schon von dieser Grundsituation ausgehend, kann der Begriff des Verwendens nicht denselben Inhalt haben.

Dem Gesetzgeber scheint insbesondere im Fall des § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht bewusst gewesen zu sein, dass es sich hierbei nicht um eine Verwertungsfrage von gezielt erhobenen Daten handelt. Er will mit dieser Verwendungsregelung gerade keine Aussage über eine Verwertung im Ausgangsverfahren, also dem Insolvenzverfahren, treffen, wie ein Verwertungsverbot dies sonst tut. Damit kann aber der Gebrauch des Wortes „verwenden“ im Fall von § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO auch nicht darauf hinweisen, dass ein Verwertungsverbot Fernwirkung entfaltet, da überhaupt kein Verwertungsverbot besteht.<sup>29</sup> Vielmehr darf es ohne Zustimmung des betroffenen Schuldners eben nicht zu einer Verwendung der Informationen im Strafverfahren und damit zu keiner den Verwertungsfragen vorgelagerten Übermittlung kommen.<sup>30</sup> Darüber hinaus handelt es sich eher um eine Verwendungsbefugnisnorm als um eine Verwendungsverbotsnorm, wohingegen § 393 Abs. 2 AO sowohl eine Verwendungsverbotsnorm darstellt wie auch eine -befugnisnorm.

§ 160a Abs. 1 Satz 2 StPO hingegen regelt unter anderem genau dieses Verwertungsverbot für einen Untersuchungsfund im Ausgangsverfahren, das nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>31</sup> Fernwirkung entfalten soll.<sup>32</sup> Im Gegensatz zu § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO ließe sich die Definition des Verwendungsverbot als Verwertungsverbot mit Fernwirkung im Fall des § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO auf den ersten Blick noch vertreten<sup>33</sup>, wenn nicht § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO sich ebenfalls auf § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO beziehen würde. § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO kann jedoch als Zufallsfundregelung, wie schon § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, nicht von einem Verwertungsverbot betroffen sein. Diese Zufallsfunde, auf die sich § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO über den Verweis aus § 160a Abs. 1 Satz 5 StPO ebenfalls bezieht, und ihre Verwendung neben der Verwertung der Untersuchungsfunde betrachtend, kann das

<sup>29</sup> A.A. *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (4, 6), der zwar die Frage aufwirft, ob das selbstständige Verwertungsverbot aus § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO eine Fernwirkung in Form einer Vorauswirkung beinhaltet. Dies verneint er jedoch mit der Konsequenz, dass er verwenden und verwerten synonym begreift.

<sup>30</sup> *Rogall*, in: FS Rengier, 435 (439) kommt zwar zum gleichen Ergebnis, löst dies aber ebenso über die Fernwirkung.

<sup>31</sup> BT-Drucks. 16/5846, S. 25.

<sup>32</sup> SSW-StPO/Ziegler, § 160a Rn. 3; *Pitsch*, 271 f.

<sup>33</sup> So auch *Rogall*, in: FS Rengier, 435 (441); *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (869) hingegen kritisiert den Gebrauch des Begriffs „verwenden“ innerhalb des § 160a Abs. 1 StPO, der „ein umfassendes Verwertungsverbot normieren soll“, (eben) „während unter Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung gewonnene Erkenntnisse nach § 100a Abs. 4 Satz 2 StPO [a. F.] nicht ‚verwertet‘ werden sollen“.

Wort „verwendet“ hier nur als Oberbegriff<sup>34</sup> für verwenden und verwerten verstanden werden.

Dass ein Begriff aber aus sich heraus schon nicht als Oberbegriff unter anderem für sich selbst genutzt werden kann, bedarf nicht der Erläuterung. Aus Gründen der Normenklarheit und der immer deutlicher werdenden inkonsequenten Nutzung der Begriffe, die keiner einheitlichen Systematik folgt, bedarf es innerhalb der StPO, wenn überhaupt, eines gänzlich neuen Oberbegriffs, der sowohl die Verwendung als auch die Verwertung umfasst oder alternativ der klarstellenden Differenzierung des Wortlauts. Aus dieser müsste aber ebenfalls klar werden, dass es sich um umfassende Verbote handelt, weshalb es in § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO beispielsweise „dennoch erlangte Erkenntnisse dürfen in keinem Zusammenhang verwertet oder verwendet werden“ heißen müsste. Dies gilt ebenso für den Fall des § 81a Abs. 3 StPO, der sich sowohl auf die Erlaubnis zur Verwertung der für die innerhalb des zugrunde liegenden Strafverfahrens erlangten Untersuchungsfunde als auch auf die Erlaubnis zur Verwendung als Zufallsfund für ein anderes anhängiges Verfahren bezieht. Auch hier müsste ein Oberbegriff sowohl deutlich machen, dass es sich bei § 81a Abs. 3 StPO um eine Verwertungs- als auch um eine Verwendungsbefugnis handelt<sup>35</sup>. Oder aber man müsste davon sprechen, dass die „dem Beschuldigten entnommene[n] Blutproben oder sonstige[n] Körperzellen [...] nur für [den] Zweck des der Entnahme zugrundeliegenden Strafverfahrens [verwertet werden] oder [für den Zweck] eines anderen anhängigen Strafverfahrens verwendet werden [dürfen].“

Da es sich, wie gesehen, bei der Verwendung und der Verwertung aber um unterschiedliche Institute innerhalb der Strafprozessordnung handelt, die allenfalls innerhalb eines neuen Strafverfahrens dasselbe Objekt, nämlich den Beweis im Strafverfahren, betreffen, erscheint auch die Etablierung eines Oberbegriffs zumindest nicht für alle Fälle möglich. Wo es bei Verwendungsregelungen immer um die zweckentfremdete Nutzung personenbezogener Daten und deren Schutz geht, betreffen Verwertungsregelungen lediglich die zweckgebundene Verwertung dieser Daten. Verwertungsverbote haben in der aktuellen Gesetzessystematik (vgl. etwa § 136a StPO) außerdem nicht primär den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung im Blick, sondern weitere (strafverfahrensrechtliche) Grundrechte, wie beispielsweise den Schutz des Rechts auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Freiheit der Person oder rechtliches Gehör. Die Verwendungsregelungen hingegen wollen expli-

<sup>34</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, § 160a Rn. 41.

<sup>35</sup> Vgl. Löffelmann, 50, der nur von einer Verwendungsregelung spricht, wohingegen Dose, 78 § 81a Abs. 3 StPO als normiertes Beweisverwertungsverbot klassifiziert.

zit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Strafprozess stärken. Besser als die Etablierung eines Oberbegriffs, der die Verwertung und die Verwendung umfasst, erscheint somit die oben dargelegte Differenzierung innerhalb des Wortlauts von § 81a Abs. 3 StPO und § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO. Das bedeutet, die Verwertung und Verwendung zu erlauben oder zu verbieten und dabei die Reichweite eines Verbots auch klarzustellen.

Zusammengefasst entsteht also die Situation, in der der Begriff des Verwendens erstens im Falle einer Zweckänderung (§ 97 Abs. 1 Satz 3 InsO), zweitens in Bezug auf die Fernwirkung eines Verwertungsverbots (§ 160a Abs. 1 Satz 2 StPO) und drittens für beide Fälle (§ 160a Abs. 2 Satz 3 StPO) genutzt wird. Dies schafft eine gesetzliche Situation, die der Normenklarheit und dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht mehr gerecht wird.

### 3. § 100d Abs. 2 StPO als Verwertungsverbot

Diese Unklarheiten werden noch dadurch verstärkt, dass der Kernbereichsschutz nach § 100d Abs. 2 StPO in Bezug auf die Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a StPO, die Online-Durchsuchung gem. § 100b StPO und die Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO vom obigen Wortlautverständnis ausgehend mit seinem Wortlaut „dürfen nicht verwertet werden“ ein einfaches Verwertungsverbot regelt, obwohl Einigkeit darüber besteht, dass es sich um ein umfassendes Verwertungsverbot, also mit Fernwirkung, handelt.<sup>36</sup> Um mit der dargestellten, weit verbreiteten Meinung innerhalb der Literatur in Einklang zu stehen, müsste das Gesetz dann aber innerhalb des Wortlauts von § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO ein Verwendungsverbot in Form eines „dürfen nicht verwendet werden“ vorsehen.<sup>37</sup> Liegt in Folge der Informationserhebung eine Kernbereichsverletzung vor, gilt, dass diese Information aufgrund der abwägungsfesten Menschenwürde in keiner Form weiter genutzt werden darf.<sup>38</sup> Bei der Betrachtung des § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO wird aber nicht nur ein weiterer Widerspruch zum weit verbreiteten, erläuterten Wortlautverständnis des Verwendens deutlich, sondern es tritt auch der Bezug der Verwertungsverbote zum Ausgangsverfahren klar hervor. So macht § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO bewusst nur eine Aussage über die weitere Verwertung der erhobenen Daten innerhalb des Strafverfahrens, in dem die entsprechende Maßnahme gezielt durchgeführt worden ist, weshalb er sich

<sup>36</sup> BVerfGE 130, 1 (22); BVerfGE 129, 208 (249); BVerfGE 109, 279 (331); SK-StPO/Wolter, § 100c Rn. 71; Meyer-Goßner/Köhler, § 100d Rn. 6; SSW-StPO/Eschelbach, § 100d Rn. 17 f.

<sup>37</sup> So auch Rogall, in: FS Rengier, 435 (441); Benning, 31.

<sup>38</sup> BVerfGE 130, 1 (22); BVerfGE 120, 274 (337); BVerfGE 109, 279 (324, 331 f.).

richtigerweise des Wortes verwerthen bedient.<sup>39</sup> Dies folgt insbesondere auch mit einem Blick auf § 100e Abs. 6 StPO, der parallel zu diesem Verwertungsverbot noch zusätzlich eine Regelung etabliert, die sich ausschließlich mit der Zweckentfremdung der Daten und deren Zulässigkeit beschäftigt und deshalb von einem Verwenden spricht.

Zusammengefasst ist also festzuhalten, dass der Gesetzgeber dem Erfordernis der Rechtsprechung, den Kernbereich umfassend zu schützen, hier aus zwei unterschiedlichen Wirkrichtungen begegnet. Einerseits normiert er eine Beweisverwertungsnorm in Form einer Verbotsnorm für das Ausgangsverfahren, die Fernwirkung entfaltet, obwohl dies aus dem Wortlaut selbst nicht erkennbar ist.<sup>40</sup> Andererseits sieht das Gesetz Verwendungsregelungen vor, die sicherstellen, dass eine zweckändernde Verwendung von Daten aus einem Strafverfahren in einem anderen Verfahren zum Teil nicht möglich ist, wenn im Ausgangsverfahren ein Verwertungsverbot gem. § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO vorliegt. Der Gesetzgeber entscheidet sich dabei für den Weg der positiven Verwendungsregel, die Voraussetzungen für eine Verwendung von Daten innerhalb eines neuen Verfahrens aufstellt und wird damit dem Erfordernis des Gesetzesvorbehalts gerecht.

Damit differenziert er an dieser Stelle klar und systematisch zwischen dem Umgang mit Untersuchungsfunden, die zweckgebunden im Ausgangsverfahren verwertet werden, und dem Umgang mit einem Zufallsfund und der damit einhergehenden Frage nach einer erlaubten Zweckänderung der Daten.<sup>41</sup>

Eine solche Regelung bezüglich des Umgangs mit im Insolvenzverfahren anfallenden Daten, die zufällig auch für das Strafverfahren von Bedeutung sind und damit dann einen Zufallsfund darstellen, stellt § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO dar. § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO hingegen konstituiert ein Verwertungsverbot für das Ausgangsverfahren und ein Verwendungsverbot für andere Zwecke. Beide Vorschriften bedienen sich misslicherweise des Begriffs verwenden, wohingegen das umfassende Verwertungsverbot des § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO das Wort verwerthen gebraucht.

#### 4. Zwischenergebnis

Somit ist festzuhalten, dass es sich bei den Verwertungsverboten um geschriebene und ungeschriebene Regelungen handelt, die die zweckgebundene

---

<sup>39</sup> SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100d Rn. 17, der betont, dass das Verwertungsverbot innerhalb des Ausgangsverfahrens alle Verfahrensstadien betrifft.

<sup>40</sup> Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100d Rn. 6; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100d Rn. 17 f.

<sup>41</sup> So auch *Wolter*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1261); vgl. auch das Sondervotum von *Heußner*, BVerfGE 56, 37 (53), der ein Offenbarungsverbot fordert.



Verwertung von Gegenständen oder personenbezogenen Daten innerhalb des strafverfahrensrechtlichen Ausgangsverfahrens verbieten. Sie sind ein rein strafverfahrensrechtliches Phänomen<sup>42</sup> und als solches unter anderem von der Rechtsprechung entwickelt. Der Gesetzgeber hat lediglich an einigen wenigen Stellen ausdrückliche Regelungen getroffen.<sup>43</sup> Sie treffen nur eine Aussage über das Strafverfahren, zu dessen Zweck der jeweilige Gegenstand oder die jeweiligen personenbezogenen Daten erhoben wurden. Sie beschäftigen sich somit mit gezielt erlangten Untersuchungsfunden.<sup>44</sup> Wie weit ein Verwertungsverbot innerhalb dieses Verfahrens reicht und ab wann es seine Wirkung entfaltet, betrifft die Frage nach der Reichweite des Verwertungsverbots und wird unter dem Oberbegriff der Fernwirkung diskutiert.

Die weit verbreitete Meinung, die Verwendungsregelungen seien Teil der Beweisverwertungsverbotssystematik und stellten geschriebene, selbstständige Beweisverwertungsverbote mit Fernwirkung dar, ist nach obigen Ausführungen nicht haltbar. Vielmehr hat der Gesetzgeber hier Regelungen in die StPO integriert, die gerade nicht primär den Umgang mit Beweisen regeln, sondern sicherstellen, dass auch innerhalb des Strafverfahrens der Zweckbindungsgrundsatz gewahrt wird. Sie entfalten ihre Wirkung immer im Zusammenhang mit einer Zweckänderung.<sup>45</sup> Zwar können die Regelungen mittelbar auch eine Auswirkung auf die innerhalb des Strafverfahrens zur Verfügung stehenden Beweise haben, sie greifen aber der Verwertung dieser vor, indem sie Stellung dazu beziehen, ob die Daten überhaupt für eine Verwertung zur Verfügung stehen, also verwendet werden dürfen, bevor man sich dann in einem nächsten Schritt überlegen muss, ob diese unter den Annahmen der Beweisverwertungssystematik auch verwertbar sind.<sup>46</sup> Dies

<sup>42</sup> *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (237).

<sup>43</sup> Siehe § 100d Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 2. Halbsatz i.V.m. Abs. 2 StPO; §§ 136a Abs. 3 Satz 2, 160a Abs. 1 Satz 2, 257c Abs. 4 Satz 3 StPO.

<sup>44</sup> *Riepl*, 257f.; *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (379 Fn. 1); *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1258).

<sup>45</sup> So wohl auch *Benning*, 30, 160, bei der dies deshalb nicht so deutlich wird, weil sie nur den Datentransfer in das Strafverfahren betrachtet und so in letzter Konsequenz immer über eine Nutzung zu Beweis Zwecken diskutiert. Ist der Datentransfer in das Strafverfahren also schon nicht durch eine Verwendungsregelung gerechtfertigt, kommt dies in seiner Wirkung einem Verwertungsverbot gleich. Dadurch erweckt auch sie immer wieder den Eindruck, Beweisverwertungsverbotssystematik und Verwendungsdogmatik seien derselbe Problembereich, obwohl sie auf S. 30, 71, 160 deutlich zwischen Ausgangsverfahren und neuem Verfahren unterscheidet.

<sup>46</sup> So wohl auch MüKo-StPO/*Singelnstein*, Vor § 474 Rn. 51, der aber die Verwertungsverbote trotz allem als spezielle Verwendungsregelungen bezeichnet. Von einer Wechselwirkung zwischen den Verwertungsverboten und den Verwendungsregelungen im Bereich des Strafverfahrens sprechend: *Matheis*, 149. Dies innerhalb von § 161 StPO thematisierend KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 40. So auch *Benning*, 160f.

wird insbesondere bei § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO deutlich: Er fragt im ersten Schritt nach der Verwendbarkeit der Zufallsfunde im Strafverfahren. Dafür ist in einem zweiten Schritt die Verwertbarkeit der ursprünglichen Untersuchungsfunde im Ausgangsverfahren, also im Polizeiverfahren, als Voraussetzung für diese Verwendbarkeit zu prüfen. Erst nachdem die Verwendbarkeit und damit die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren bejaht ist, stellt sich in einem dritten Schritt die Frage nach der endgültigen Verwertbarkeit im Strafverfahren.<sup>47</sup>

Es zeigt sich also, dass die Verwendungsregelungen eigenständige Regeln darstellen.<sup>48</sup> Sie verlängern nicht einfach die Reichweite eines Verwertungsverbots in andere Rechtsbereiche,<sup>49</sup> sondern regeln die Frage nach dem Umgang mit sogenannten Zufallsfunden und der damit einhergehenden Zweckänderung von personenbezogenen Daten.<sup>50</sup> Sie legitimieren in Form von gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen eine Zweckdurchbrechung.

---

<sup>47</sup> So auch andeutungsweise bei *Bludovsky*, 352; *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1114) heben dementsprechend zutreffend hervor, dass die Verwendungsregelungen eine weitere Prüfungsstufe darstellen, die zunächst „klären, ob die erhobenen Daten zu anderen Zwecken genutzt werden dürfen“.

<sup>48</sup> So auch SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 38; *ders.*, in: FS Kühne, 379 (379); *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1258); *ders.*, in: FS Rieß, 633 (643); *ders.*, 27, der hier schon dogmatisch zwischen Beweisverwertungsverboten und Verwendungsverboten für Zufallsfunde unterscheidet. So auch *AE-EV*, 67 f., der in § 150e StPO-E Verwertungs- und Verwendungsverbote normiert und dabei auf S. 71 klarstellt, dass die Verwertungsverbote sich mit gezielten Erkenntnissen und die Verwendungsverbote mit Informationen in Form von Zufallsfunden befassen. Ebenso *ASP*, 362, 368 f. innerhalb der Normierung des § 100h Abs. 2, 3 und 4 StPO-E. In Ansätzen auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (865 ff., 872); *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255); *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (483 f.); *Schinkel*, 105. A.A.: *Jahn*, C96; *Pitsch*, 273; ferner *Engelhardt*, 222, die sich aber nicht detailliert mit der Frage der Systematik auseinandersetzt, sondern einfach davon ausgeht, dass die Verwendung die mittelbare und unmittelbare Verwertung umfasst; so auch *Dose*, 158 ff., die die Besonderheiten der Verwendungsregelungen erläutert, aber auf S. 171 ff. die Funktionen der Verwertungsverbote, welche meist von einer rechtswidrigen Erhebung ausgehen, eins zu eins auf die Verwendungsverbote überträgt. Vgl. noch *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 14 und SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 7, der die Verwertungsverbote als Sonderfall der datenschutzrechtlichen Verwendungsregelungen bezeichnet.

<sup>49</sup> *Reinecke*, 224 betont, dass Zufallsfunde, da sie sich auf ein anderes Verfahren beziehen, niemals mittelbare Beweismittel darstellen und somit auch nicht Objekt der Fernwirkung eines Verwertungsverbots sein können. Diesen Schluss zwar so explizit nicht ziehend, aber der Wertung folgend *Grawe*, 343 f., 382.

<sup>50</sup> *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (379 Fn. 1); SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 7; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (483); *Grawe*, 205; grds. auch *Löffelmann*, 208. *Dose*, 116 f. differenziert zwischen der Zweckänderung von Daten und dem Fall des Umgangs mit Zufallsfunden. Eine Zweckänderung ist aber immer gleichzeitig der Umgang mit Zufallsfunden.

### III. Differenzierung zwischen mittelbarer Verwertung von Untersuchungsfunden und mittelbarer Verwendung von Zufallsfunden

#### 1. Frühwirkung als Teil der Beweisverwertungsdogmatik?

Die fehlende Abgrenzung von Verwertungsregelungen und Verwendungsregelungen setzt sich in der Diskussion um die mittelbare Wirkung von Verboten fort, indem Stimmen der Literatur eine sogenannte Frühwirkung von Beweisverwertungsverboten als Teil der Fernwirkung etablieren.<sup>51</sup>

Dabei werden der Begriff der Frühwirkung und der Vor(aus)wirkung eines Beweisverwertungsverbots zum Teil durcheinander geworfen.<sup>52</sup> Die Vor(aus)wirkung stellt tatsächlich eine frühe Wirkung eines Beweisverwertungsverbots dar und führt dazu, dass ein Untersuchungsfund schon nicht erhoben werden darf, weil er im späteren identischen Verfahren einem Beweisverwertungsverbot unterliegen würde.<sup>53</sup> Dagegen geht es bei *Hengstenberg*, der den Begriff der Frühwirkung geprägt hat<sup>54</sup>, um die Frage, ob aufgrund eines unverwertbaren Zufallsfundes ein neues Strafverfahren eingeleitet werden darf.<sup>55</sup> Grundsätzlich wird innerhalb der Literatur angenommen, dass es sich bei Zufallsfunden um Informationen handelt, die in einem rechtmäßigen Verfahren erlangt wurden<sup>56</sup>, woraus einige Stimmen in der Literatur schließen, dass Verwendungsregelungen ausschließlich eine Zweckänderung rechtmäßi-

<sup>51</sup> Vgl. insbesondere *Hengstenberg*, 13.

<sup>52</sup> Vgl. zur Vorauswirkung: SK-StPO/*Wohlers/Greco*, § 97 Rn. 49; SK-StPO/*Wohlers*, Einleitung Rn. 234; LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 197; MüKo-StPO/*Peters*, § 152 Rn. 46. Vgl. noch *Hefendehl*, wistra 2003, 1 (4); *Dose*, 80, die unter dem Begriff Vorauswirkung inhaltlich diskutiert, was *Hengstenberg*, 19 als Frühwirkung definiert und das mit dem Begriff der Verwendung als Spurenansatz gleichsetzt; *Wohlers*, in: GS Weßlau, 427 (435), der die Vorauswirkung meint, aber auf den Begriff der Frühwirkung bei *Hengstenberg* verweist; synonyme Nutzung der Begriffe bei Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl Rn. 57e und *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (867 Fn. 62).

<sup>53</sup> SK-StPO/*Wohlers*, Einleitung Rn. 234; *Hengstenberg*, 19f.; *Störmer*, 169; MüKo-StPO/*Kudlich*, Einleitung Rn. 487; MüKo-StPO/*Köbel*, § 160 Rn. 36; LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 197; *Löffelmann*, 136.

<sup>54</sup> *Hengstenberg*, 20, 13 Beispiel 2.

<sup>55</sup> *Hengstenberg*, 20; *Rogall*, JZ 2008, 818 (827); *ders.*, in: FS Rengier, 435 (437) differenziert in die verfahrensimmanente und verfahrensexterne Fernwirkung. MüKo-StPO/*Köbel*, § 160 Rn. 37.

<sup>56</sup> *Grawe*, 151, 203, der die Rechtmäßigkeit zum Teil seiner Definition des Zufallsfundes/der Zufallserkenntnis macht; so auch *Roxin/Schünemann*, § 36 Rn. 18; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (888); *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (483); *Allgayer/Klein*, wistra 2010, 130 (132); *Engelhardt*, 155.

ger personenbezogener Daten zulassen.<sup>57</sup> Liegen nun aber rechtswidrige personenbezogene Daten mit Doppelrelevanz vor (etwa in Gestalt von Papieren oder Dateien), die im Ausgangsverfahren unverwertbare Untersuchungsfunde darstellen, aber beispielsweise für ein anderes Strafverfahren als Zufallsfund von Interesse sind, diskutieren einige Autoren die Frage der weiteren Verwendung dieser rechtswidrigen Zufallsfunde fälschlicherweise innerhalb der Beweisverwertungsverbotssystematik.<sup>58</sup> Es handele sich dabei um die Frage der Frühwirkung, welche eine Art der Fernwirkung darstelle und die Frage beantworte, ob die Unverwertbarkeit eines Beweises schon so früh Wirkung entfalte, dass es die Einleitung eines neuen Strafverfahrens verhindere.<sup>59</sup> Diese Frühwirkung wird also als Teil der Fernwirkung definiert und damit als Frage der Reichweite der Beweisverwertungsverbote diskutiert.<sup>60</sup> Damit wäre sie Teil der Verwertungsverbotssystematik und in die Probleme der mittelbaren Verwertung von Beweisen einzuordnen.

Bedenkt man jedoch die obige Feststellung<sup>61</sup> und die den weiteren Ausführungen zugrunde liegende Grundannahme, dass das Bezugsobjekt der Verwertungsverbote Untersuchungsfunde sind und Verwendungsregelungen sich mit Zufallsfunden beschäftigen, ist festzustellen, dass die sogenannte Frühwirkung gerade kein Problem der Verwertungsverbotssystematik darstellt. Sie betrifft nicht die Fernwirkung, da sich die geschilderte Situation nicht mit der Frage nach der Ausstrahlungswirkung eines Beweisverwertungsverbots bezüglich eines Untersuchungsfundes beschäftigt. Vielmehr handelt es sich um den Umgang mit rechtswidrigen Zufallsfunden.

Dies wird vor allem in den Fällen deutlich, in denen es darum geht, personenbezogene Daten aus einem Strafverfahren in einem gefahrenabwehrrecht-

---

<sup>57</sup> Vgl. *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (483 f.); *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (247); *Albrecht*, HRRS 2017, 446 (451); diskutierend *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (888 f.); a. A.: *Dose*, 180, die die Rechtmäßigkeit der Erlangung des Zufallsfundes nicht als Voraussetzung der Verwendungsnormen sieht; *Böse*, 348.

<sup>58</sup> Vgl. *Hengstenberg*, 13, 20 f.; *Püschel*, in: FS der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, 759 (761 f.); *Jahn*, C95; *Pitsch*, 102; Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl. Rn. 57e, der keinen Unterschied zwischen den Fällen der Frühwirkung und Vorauswirkung macht, sondern die Fälle fälschlicherweise synonym versteht; *Rogall*, JZ 2008, 818 (827 f.), der lediglich von einer Affinität zur Fernwirkung spricht; *ders.*, in: FS Rengier, 435 (437) betont, dass es sich bei den „verfahrenübergreifenden Verwertungs- und Verwendungsfragen um Probleme der Fernwirkung“ handelt.

<sup>59</sup> *Hengstenberg*, 20 f.; *Jahn*, C95; *Pitsch*, 102. A. A. *Reinecke*, 224, der betont, dass diese Diskussion unter dem Oberbegriff der Fernwirkung ungenau ist, weil es sich hier um die Verwendung von Zufallsfunden handelt.

<sup>60</sup> *Hengstenberg*, 20; *Jahn*, C96 f.; *Pitsch*, 102, 104; a. A.: *Reinecke*, 224; so wohl auch *Rogall*, JZ 2008, 818 (828), der nur den Vergleich zur Fernwirkung zieht und als Schlussfolgerung die allgemeinen Grundsätze der Abwägungstheorie anwenden will.

<sup>61</sup> Siehe schon S. 64.

lichen Polizeiverfahren oder umgekehrt zu verwenden. Im ersten Fall stellen die Daten im neuen Verfahren keine strafverfahrensrechtlichen Beweise mehr dar, weshalb es aber auch nicht darum gehen kann, welche Fern-/Frühwirkung das Beweisverwertungsverbot der StPO auf die Verwendung der Daten im neuen Zusammenhang hat. Im zweiten Fall kennt das Ausgangsverfahren gar keine strafverfahrensrechtlichen Beweisverwertungsverbote, weshalb diese auch keine Ausstrahlungswirkung entfalten können. Diese Wertung ist aus der differenzierten Betrachtung der Funde als Untersuchungsfunde und als Zufallsfunde zwingend.

Die Diskussion über eine vermeintliche Frühwirkung von Beweisverwertungsverboten führt dazu, dass Verwendungsregelungen im schlimmsten Fall missachtet werden und es zu einer neuen Abwägung i. S. der Beweisverwertungsverbotssystematik innerhalb des neuen Verfahrens kommt, der die Verwendungsregelung jedoch gerade vorgelagert ist. Ist ein Untersuchungsfund aufgrund seiner rechtswidrigen Erhebung im Ausgangsverfahren unverwertbar, trifft das nämlich noch keine Aussage darüber, ob er im neuen Verfahren auch unverwendbar ist. So ist es denkbar, dass die Ermittlungsbehörden erkennen, dass ein im ursprünglichen Strafverfahren unverwertbarer Untersuchungsfund (etwa Papiere und Dateien) in Form eines Zufallsfundes auch für ein weiteres Strafverfahren von Interesse sein könnte. Ob dieser nun als solcher auch genutzt werden darf, entscheidet jedoch gerade nicht das im Ausgangsverfahren geltende Beweisverwertungsverbot, sondern die Verwendungsregelung. Sie entscheidet im Interesse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, ob eine Zweckänderung stattfinden darf.<sup>62</sup> Es findet eine Abwägung zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem staatlichen Interesse an dem neuen Verfahren, das auch ein polizeirechtliches Verfahren sein kann, bei dem die Gefahrenabwehr die Grundlage bildet, statt. Dabei ist im Interesse des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung umso mehr zu gewichten, dass die Erlangung eines Zufallsfundes nicht nur als solche schon einen verstärkten Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen darstellt, da er nicht gezielt auf der Grundlage einer Ermächtigungsgrundlage erlangt wurde, sondern dass sowohl die rechtswidrige Erlangung des Zufallsfundes als auch die Zweckänderung einen je eigenständigen Grundrechtseingriff darstellen.<sup>63</sup> Eine Rechtfertigung müsste all diese Eingriffe bedenken und ihnen genügen.<sup>64</sup> Sie ist aufgrund der Wesentlichkeits-

---

<sup>62</sup> *Matheis*, 149; *Schinkel*, 181 betont zwar auch die Eigenständigkeit der Verwendungsregelungen und ihren Bezug zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, trifft aber gerade nicht die Unterscheidung zwischen Untersuchungs- und Zufallsfundregelungen.

<sup>63</sup> *Wolter*, in: FS Rieß, 633 (644).

<sup>64</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889); SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 14, der in § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO keine solche

theorie vom Gesetzgeber in Form einer der Normenklarheit gerecht werden- den Rechtsgrundlage selbst zu treffen.

So kann zwar die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren abzulehnen, die Verwendung der personenbezogenen Daten in einem neuen Zusammenhang aber beispielsweise aufgrund „grundrechtlicher Schutzpflichten“<sup>65</sup> zulässig oder sogar verfassungsrechtlich geboten sein.<sup>66</sup> Erst wenn es zu einer solchen Entscheidung gekommen ist, der Zufallsfund somit im neuen Verfahren verwendet werden darf und dieser damit bei einem Import in ein neues Strafverfahren zu einem einem untersuchungsfundgleichen Beweismittel wird, kann die Frage gestellt werden, ob im neuen Verfahren ein Verwertungsverbot die Nutzung des Fundes als Beweis hindert.<sup>67</sup> Diese zeitliche Abfolge bleibt jedoch insofern theoretisch, als die meisten Verwendungsregelungen durch das Erfordernis des hypothetischen Ersatzeingriffs etwaige Verwertungsverbote im neuen Strafverfahren schon berücksichtigen und die Verwendung der Daten in dem neuen Verfahren von einer späteren Verwertbarkeit abhängig machen.

Im Fokus steht also der Regelungsinhalt der Verwendungsregelungen.<sup>68</sup> Dabei geht es dann noch nicht einmal explizit um die Frage nach einer mittelbaren Verwendung, wie der Diskussionsstandort innerhalb der Fernwirkung vermuten lassen könnte.<sup>69</sup> Die Frühwirkung thematisiert vielmehr den Problemkomplex, ob Verwendungsregelungen der StPO auch die Verwendung unrechtmäßiger und im Ausgangsverfahren unverwertbarer personenbezogener Daten in einem anderen Verfahren zulassen bzw. zulassen sollten.

---

Rechtsgrundlage sieht. A. A. *Dose*, 166, die weder die Rechtmäßigkeit der Daten als Voraussetzung der Verwendungsregelung noch eine Notwendigkeit einer gesonderten Rechtsgrundlage für die Verwendung von rechtswidrig erlangten Daten erkennt, da dies innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Verwendungsregelung ohnehin berücksichtigt werden müsste.

<sup>65</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 48; *ders.*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153 Fn. 33); *W.-R. Schenke*, JZ 2001, 997 (1003); *ders.*, in: FG Hilger, 225 (242).

<sup>66</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 48; *ders.*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153); *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1260 Fn. 69); *ders.*, in: FS Kühne, 379 (386 f.); *ders.*, in: FG Hilger, 275 (282); *W.-R. Schenke*, JZ 2001, 997 (1003); *Württemberg*, in: FG Hilger, 263 (271). A. A.: *Puschke*, 156.

<sup>67</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (866 f.); *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255); *Matheis*, 149.

<sup>68</sup> Ebenfalls um die Frage einer Verwendungsregelung handelt es sich bei *Engelhardt*, 223, die fälschlicherweise von einem selbstständigen Beweisverwertungsverbot spricht, das statuiert würde, wenn eine „Eingrenzung der [strafverfahrensrechtlichen] Verwendung von präventivpolizeilich erhobenen Daten [überlegt werden müsse]“.

<sup>69</sup> *Grawe*, 382 betont deshalb, dass „Verwendungsverbote [...] nicht Resultat eines fortwirkenden, sondern eines ausschließlich aktuellen Legitimationsdefizits [sind]“.

Innerhalb der Ausführungen zur Frühwirkung bleibt dabei offen, ob nur die unmittelbare oder auch die mittelbare Verwendung in Frage steht.

Diese erneute Vermischung der Beweisverwertungsverbote und der Zweckänderung von Zufallsfunden zum Anlass nehmend, soll aufbauend auf dem Verständnis der Verwertungsverbote als Untersuchungsfundregelungen und der Verwendungsregelungen als Zufallsfundregelungen die Mittelbarkeit, welche sich sowohl bei der Verwertung als auch der Verwendung wiederfindet, geklärt werden.

## 2. Mittelbare Verwertung und Fernwirkung

So wird das Verbot der mittelbaren Verwertung von Untersuchungsfunden als Fernwirkung bezeichnet. Diese gesetzlich weder definierte noch geregelte Fernwirkung beschäftigt sich mit der Reichweite eines Beweisverwertungsverbots.<sup>70</sup> Sie fragt danach, ob das Beweisverwertungsverbot so weit wirkt, dass der gezielt erhobene, aber unverwertbare Beweis und damit der in ihm bestehende Informationsgehalt<sup>71</sup> auch nicht für die mittelbare Suche nach Erkenntnissen eingesetzt werden darf.<sup>72</sup> Das hätte zur Folge, dass das Beweisverwertungsverbot neben seiner unmittelbaren Wirkung des Verbots zur Verwertung des Beweises innerhalb der Urteilsfindung auch eine mittelbare Wirkung entfalten würde. Ist dies der Fall, dürfen durch ein solches Vorgehen erzielte mittelbare Beweismittel ebenfalls nicht verwertet werden.<sup>73</sup> Ob das Beweisverwertungsverbot des Ausgangsbeweises seine Reichweite bis auf den mittelbaren Beweis erstreckt, kann jedoch nur dann in Frage stehen, wenn wie *Jäger* zu Recht feststellt, der Ausgangsbeweis und der mittelbare Beweis eine Beweiseinheit darstellen.<sup>74</sup> Dies ist entgegen der Auffassung des *BGH*<sup>75</sup> dann nicht mehr der Fall, wenn bei der Nutzung des eigentlich unverwertbaren Ausgangsbeweises ein Zufallsfund erlangt wurde. Ein solcher Fall betrifft dann vielmehr die Frage der Verwendung eines (rechtswidrigen) Zufallsfundes und gerade nicht die Fernwirkung.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> *Rogall*, JZ 2008, 818 (827); *ders.*, JZ 1996, 944 (948); *Pitsch*, 88; *Meyer-Mews*, HRRS 2015, 398 (398).

<sup>71</sup> Die Betonung der Information bzw. Erkenntnis innerhalb des unverwertbaren Beweises richtigerweise bei *Rogall*, in: FS Rengier, 435 (436 f.).

<sup>72</sup> LR/*Gössel*, Einl Abschn L Rn. 172.

<sup>73</sup> *AE-EV*, 69; *Beulke/Swoboda*, § 23 X Rn. 483; *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1123); *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 59; *Jahn*, C91. *Hengstenberg*, 12, der das als „engen Fernwirkungsbegriff“ bezeichnet; so auch *Pitsch*, 94.

<sup>74</sup> *Jäger*, GA 2008, 473 (496).

<sup>75</sup> *BGH*, NStZ 2006, 402 (404 Rn. 13).

<sup>76</sup> *BGH*, NStZ 2006, 402 (404 Rn. 13) verneint aber gerade eine solche Fernwirkung.

Die Fernwirkung ist ein Begriff des Strafverfahrensrechts. Sie wird von der Rechtsprechung weitestgehend abgelehnt.<sup>77</sup> In der Literatur ist sie hoch umstritten.<sup>78</sup> Geprägt ist der Begriff durch den in der Beweisverwertungsverbotslehre geltenden Grundsatz, dass die Erkenntnisse, die nicht ausdrücklich als unverwertbar geregelt sind, grundsätzlich erst einmal als verwertbar gelten.<sup>79</sup> Das führt dazu, dass nach der h. M. bei der Bejahung eines solchen Beweisverwertungsverbots auch nicht automatisch angenommen werden kann, dass sich dieses Verbot auf jegliche Verwertung des Untersuchungsfundes erstreckt. Damit ist die Fernwirkung gerade ein Teil der Untersuchungsfundverwertung und nicht der Zufallsfundverwertung. Sie stellt die Frage nach der Verwertbarkeit der mittelbaren Beweise im Ausgangsverfahren, die trotz Beweisverwertungsverbots gezielt erhoben worden sind.<sup>80</sup> Der Begriff der Fernwirkung selbst steht dann aber für das Verbot des weiteren Verwertens der unmittelbaren Beweise, die unter Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot erhoben worden sind, um neue, mittelbare Beweise oder andere Erkenntnisse (Untersuchungsfunde) für das Ausgangsverfahren zu generieren.<sup>81</sup>

Unter diese Begriffsbestimmung fällt somit nicht die Frage nach der Einleitung eines neuen Verfahrens aufgrund eines unverwertbaren Beweismittels.<sup>82</sup> Dabei handelt es sich nämlich aufgrund des neuen Zweckzusammenhangs zwangsläufig nicht um die Verwertung von Untersuchungsfunden und damit auch nicht um die Reichweite eines dabei in Frage kommenden Verwertungsverbots, sondern um die Frage nach der Verwendung von Zufallsfunden zur Einleitung eines neuen Ermittlungsverfahrens.<sup>83</sup> Vielmehr liegt eine Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots vor, wenn auch die mit-

---

<sup>77</sup> BGHSt 32, 68 (71); BGHSt 51, 1 (7 Rn. 22); siehe auch *Meyer-Mews*, HRRS 2015, 398 (399 ff.) m. w. N.

<sup>78</sup> Siehe auch die Ausführungen auf S. 29; *Beulke/Swoboda*, § 23 X Rn. 482 m. w. N.; eine Fernwirkung im Grundsatz verneinend *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl Rn. 57; *KK-StPO/Fischer*, Einleitung Rn. 324; *LR/Gössel*, Einl Abschn L Rn. 177; *Dencker*, 79. Grundsätzlich bejahend und nur begründete Ausnahmen akzeptierend *HK-StPO/Julius/Beckemper*, § 261 Rn. 14; *Meyer-Mews*, HRRS 2015, 398 (398).

<sup>79</sup> BVerfGE 130, 1 (28); BGHSt 51, 285 (290); BGHSt 44, 243 (249); BGHSt 37, 30 (32); BGHSt 31, 304 (307 ff.); BGHSt 19, 325 (329 ff.).

<sup>80</sup> *SK-StPO/Wolter*, § 100d Rn. 37.

<sup>81</sup> *LR/Gössel*, Einl Abschn L Rn. 172; *BeckOK-StPO/Monka*, § 136a Rn. 33; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl Rn. 57.

<sup>82</sup> Dies aber ebenfalls unter die Fernwirkung von Beweisverboten subsumierend: *Lohberger*, in: *FS Hanack*, 253 (260); *Bertram*, 298; *Singelstein*, *ZStW* 120 (2008) 854 (890); *Hengstenberg*, 13, der das als weite Fernwirkung bezeichnet.

<sup>83</sup> So auch *Pitsch*, 95, der dann auf S. 273 trotz allem den Schluss zieht, dass ein Verwendungsverbot systematisch nicht eigenständig ist, sondern ein klassisches strafprozessuales Beweisverwertungsverbot darstellt.



telbaren Beweise im Laufe des Ausgangsverfahrens in keiner Form weiter verwertet werden dürfen.<sup>84</sup> Nach wie vor betrifft dies eine gezielte Ermittlungsmaßnahme, die gezielt weitere Untersuchungsfunde erbringen soll.<sup>85</sup> Das Gesetz macht dazu zumindest keine eindeutigen Aussagen. Es muss vielmehr, wie aus der Beweisverwertungsverbotdogmatik bekannt, der jeweilige Einzelfall betrachtet werden und anhand einer Abwägung für oder wider eine Fernwirkung entschieden werden.<sup>86</sup> Den Begriff der Fernwirkung im Zusammenhang mit Verwendungsregelungen zu gebrauchen, erscheint aus all diesen Gründen zumindest als ausgesprochen missverständlich.<sup>87</sup>

### 3. Mittelbare Verwendung und Verwendung als Spurenansatz

Davon jedoch abzugrenzen ist die Verwendung von Ermittlungs-/Spurenansätzen, die eine mittelbare Verwendung von Zufallsfunden meint, zum Beispiel für weitere Ermittlungen in einem neuen Strafverfahren oder zur Gefahrenabwehr im Rahmen eines Polizeiverfahrens.<sup>88</sup> Sie meint eine Verwendung des Zufallsfundes für weitere Ermittlungen, die Erlangung weiterer Beweise oder anderer Erkenntnisse für das neue Ermittlungsverfahren und ggf. ein späteres Hauptverfahren, dabei auch für die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten oder eines Störers i. S. des Polizeirechts. Eine entsprechende Regelung, die die Verwendung von Ermittlungs-/Spurenansätzen explizit zum Inhalt hat, findet sich in der StPO nicht. Es ist jedoch fast einhellige Meinung, dass die Einschränkung mit dem Passus „zu Beweis Zwecken“ innerhalb des § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1

<sup>84</sup> *W.-R. Schenke*, in: FG Hilger, 225 (243); *Wolter*, in: FS Rieß, 633 (640); *Dose*, 80; *MüKo-StPO/Kudlich*, Einleitung Rn. 488; *Reinecke*, 44.

<sup>85</sup> Die darin deutlich werdende Abgrenzung zu den Zufallsfunden ebenfalls herausstellend *Reinecke*, 61.

<sup>86</sup> BGHSt 35, 32 (34 f.); BGHSt 51, 1 (7 Rn. 22); a. A.: BGHSt 29, 244 (251), der dem Verwertungsverbot aus § 7 Abs. 3 G 10 eine grundsätzliche Fernwirkung zuspricht und gerade nicht auf eine Abwägung im Einzelfall pocht. Als eine der ersten Entscheidungen des BGH wird hierzu oftmals BGHSt 27, 355 (357) angeführt. Auch wenn selbst der BGH dies als Grundlage der Fernwirkungsdogmatik betrachtet, ist dies im Wege der Differenzierung zwischen Verwendung und Verwertung ungenau. So handelt es sich hierbei nämlich um die Frage der Verwendung von Zufallsfunden als Ermittlungs-/Spurenansatz und gerade nicht um eine Fernwirkung eines Beweisverwertungsverbots. *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl Rn. 57; *KK-StPO/Fischer*, Einleitung Rn. 397; *LR/Gössel*, Einl Abschn L Rn. 176.

<sup>87</sup> *SK-StPO/Wolter*, § 100d Rn. 37; *Reinecke*, 224. Vgl. demgegenüber u. a. *Dose*, 80, 183 ff.; *Pitsch*, 98; *Lohberger*, in: FS Hanack, 253 (260); *Löffelmann*, ZIS 2006, 87 (96); *Engelhardt*, 222; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (485); *Singelnstein*, ZStW 120 (2008), 854 (890 f.).

<sup>88</sup> A. A. *SK-StPO/Wohlens*, Einleitung Rn. 233, der die Fernwirkung mit der Verwendung als Spurenansatz in direkten Bezug setzt.

und Abs. 4 StPO bedeutet, dass die dort vorgesehenen Voraussetzungen und Kautelen (etwa das Erfordernis von Katalogtaten) gerade nicht auf eine mittelbare Verwendung erstreckt werden sollen.<sup>89</sup> Eine mittelbare Verwendung von Ermittlungs-/Spurenansätzen sei also uneingeschränkt ohne eine spezielle Ermächtigungsgrundlage zulässig.<sup>90</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Somit lässt sich festhalten, dass sowohl innerhalb der Verwertung von Untersuchungsfunden als auch der Verwendung von Zufallsfunden von einer unmittelbaren und einer mittelbaren Verwertung bzw. Verwendung gesprochen wird. Auch wenn es sich sowohl bei der mittelbaren Verwertung als auch bei der mittelbaren Verwendung um die Frage nach der weiteren, gerade nicht unmittelbaren Nutzung der Daten innerhalb des in Frage stehenden Verfahrens handelt, sind die beiden Bereiche deutlich voneinander abzugrenzen. So knüpft die mittelbare Verwertung an das Strafverfahren und die darin zielgerichtet erlangten Untersuchungsfunde an, die mittelbare Verwendung hingegen beschäftigt sich wie auch die unmittelbare Verwendung mit dem zweckändernden Umgang mit Zufallsfunden und damit mit einem neuen Verfahren.

### IV. Funktion des Merkmals „zu Beweiszwecken“

Damit im direkten Zusammenhang steht der innerhalb der Verwendungsregelungen der StPO immer wieder auftauchende Zusatz „zu Beweiszwecken“, zu dessen Bedeutung sich erneut ein vielseitiges Meinungsbild ergibt. Auch das rührt insbesondere daher, dass der Zusatz zwar sowohl mit dem Begriff der Verwertung als auch der Verwendung kombiniert wird, aber immer dann im Wortlaut einer Norm auftaucht, wenn eine unmittelbare Verwendung von Zufallsfunden im Gesetz geregelt werden soll.

---

<sup>89</sup> HK-StPO/*Temming/Schmidt*, § 477 Rn. 5; KMR/*von Heintschel-Heinegg/Bockemühl*, § 161 Rn. 29; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 36; Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 18d, § 479 Rn. 4; SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 48; SSW-StPO/*Ziegler*, § 161 Rn. 27; SSW-StPO/*Ritscher/Klinge*, § 477 Rn. 5. Weiteres unten S. 122 ff.

<sup>90</sup> BVerfG NJW 2005, 2766. KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 36; Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 18d, § 479 Rn. 4; SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 48; SSW-StPO/*Ziegler*, § 161 Rn. 27; SSW-StPO/*Ritscher/Klinge*, § 477 Rn. 5; *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546). Zuzustimmender a.A. HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32.

### 1. „Zu Beweis Zwecken“ innerhalb des § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO

Innerhalb der § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO wird der Begriff der Verwertung zu Beweis Zwecken als Verwertungsverbot bzw. Verwertungsbeschränkung bezeichnet, welches auf die unmittelbare Verwertung zu Beweis Zwecken beschränkt sei und kein umfassendes Verbot nach sich ziehen würde.<sup>91</sup> Die Kommentierungen dieser Normen suggerieren also auch hier einen Bezug zur Beweisverwertungsverbot dogmatik. Versteht man, wie oben abgelehnt<sup>92</sup>, die Terminologie des Verwendungsverbots als Verwertungsverbot mit Fernwirkung, kann die isolierte Wahl des Begriffs „Verwerten“ nur ein unmittelbares Verwerten bedeuten. Das hätte zur Folge, dass dann das Verbot der Verwertung zu Beweis Zwecken, wie § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO es ausdrückt, wie *Rogall* zu Recht feststellt, tautologisch ist.<sup>93</sup> In den Fällen, in denen man das Verwertungsverbot nur auf die unmittelbare Verwertung erstrecken wollte, bedürfte es keines Zusatzes. Die Nutzung des Wortlauts Verwertung zu Beweis Zwecken entbehrt damit jeder Sinnhaftigkeit.

Lehnt man das Verständnis des Verwendungsverbots als Verwertungsverbot mit Fernwirkung wie vorliegend ab, so kann der Wortlaut Verwertung zu Beweis Zwecken nur ausdrücken, dass dem Verwertungsverbot gerade keine Fernwirkung, also mittelbare Wirkung, innewohnt, es sich also auf ein unmittelbares Verwertungsverbot beschränkt. Würde der Gesetzgeber dies ausdrücklich regeln, müsste man im Umkehrschluss davon ausgehen, dass in dem Moment, in dem das Gesetz das Verwertungsverbot nicht nur auf ein unmittelbares beschränkt, das Verwertungsverbot Fernwirkung entfaltet. § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO wäre dann also ein vom Gesetzgeber gewolltes unmittelbares und mittelbares Verwertungsverbot. Dies widerspricht der herrschenden Meinung, dass eine Fernwirkung gerade nicht gesetzlich bestimmt ist, sondern vielmehr anhand einer Abwägung im Einzelfall entschieden werden muss, ob ein Beweisverwertungsverbot eine solche Reichweite haben soll.

Innerhalb von § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO passt der Begriff der Verwertung jedoch überhaupt nicht in das Gesamtsystem der Verwertungs- und Verwendungsregelungen.<sup>94</sup> Bei den personenbezogenen Daten des § 108

<sup>91</sup> Meyer-Goßner/Köhler, § 108 Rn. 10; SK-StPO/Wohlers/Jäger, § 108 Rn. 18 f.

<sup>92</sup> Siehe S. 66 ff.

<sup>93</sup> *Rogall*, JZ 2008, 818 (828); *ders.*, in: FS Kohlmann, 465 (485). So wohl auch *Benning*, 31. *Rogall*, in: FS Rengier, 435 (441 f.) hingegen zieht zwischen § 108 Abs. 2 und § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F. eine Parallele, ohne darauf aufmerksam zu machen, dass einmal von „Verwertung zu Beweis Zwecken“ und einmal von „Verwendung zu Beweis Zwecken“ die Rede ist.

<sup>94</sup> So auch *Wolter*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1258 f.).

Abs. 1 StPO handelt es sich um Zufallsfunde.<sup>95</sup> Diese sind gerade nicht gezielt gesucht und damit nicht zur Beweisverwertung im zugrunde liegenden Strafverfahren erlangt worden, weshalb es auch in den Absätzen 2 und 3 nicht um ein Verbot ihrer Verwertung innerhalb eines Ausgangsverfahrens gehen kann. § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO soll vielmehr einer Verwendung in einem anderen Strafverfahren entgegenstehen, also die durch § 108 Abs. 1 StPO ermöglichte Zweckentfremdung wieder einschränken.<sup>96</sup> Sie modifizieren also eine Ermächtigungsgrundlage zur Verwendung von Zufallsfunden. § 108 StPO müsste in seinem Absatz 2 wie Absatz 3 von einer Verwendung sprechen. Sie sind wie § 161 Abs. 3 StPO und § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO Verwendungsregelungen für Zufallsfunde. Auch diese beiden Normen setzen für die Verwendung zu Beweis Zwecken im Strafverfahren bei Daten aus eingriffsintensiven Maßnahmen wegen einer Katalogtat gewisse erhöhte Anforderungen für eine weitere Verwendung voraus und beschränken sie somit.<sup>97</sup> „Zu Beweis Zwecken“ soll dabei laut h. M. deutlich machen, dass eine mittelbare Verwendung der personenbezogenen Daten als Ermittlungs-/Spurenansatz unbeschränkt möglich ist bzw. sich die erhöhten Voraussetzungen lediglich auf die unmittelbare Verwendung der personenbezogenen Daten als Beweismittel beziehen (vgl. schon oben III. 3. am Ende).<sup>98</sup>

Wenn jetzt aber § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO als Zufallsfundregelungen diesen Passus ebenfalls nutzen, können diese mit Blick auf das Gesamtsystem nur als ebensolche eingeschränkte Verwendungsbeschränkungen verstanden werden.<sup>99</sup>

Als ein weiteres ausschlaggebendes Argument für die Kategorisierung des § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO als Verwendungsregelung erscheint der Verweis des § 479 Abs. 2 Satz 3 StPO auf § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO, der sicherstellt, dass § 479 Abs. 2 StPO den § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO unberührt lässt. Die Nennung des § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO innerhalb einer solchen Regelung macht jedoch nur dann Sinn, wenn es sich bei § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO um dieselbe Regelungskategorie handelt, die Absätze 2

---

<sup>95</sup> Siehe schon S. 39.

<sup>96</sup> So auch SK-StPO/Wefßlau/Puschke, § 479 Rn. 10; Dautert, 127, die zumindest in § 108 Abs. 2 StPO ein Verbot der Zweckänderung erkennt, trotz allem aber auf S. 129 von einem Verwertungsverbot spricht.

<sup>97</sup> Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (884).

<sup>98</sup> KK-StPO/Griesbaum, § 161 Rn. 36; Meyer-Goßner/Köhler, § 161 Rn. 18d, § 479 Rn. 4; SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 48; SSW-StPO/Ziegler, § 161 Rn. 27; SSW-StPO/Ritscher/Klinge, § 477 Rn. 5; Wolter, in: FS Schenke, 541 (546). Zuzustimmender a. A. HK-StPO/Zöller, § 161 Rn. 32.

<sup>99</sup> So wohl auch Wolter, ZStW 107 (1995), 793 (795), der § 108 Abs. 2 StPO „datenschutzrechtlichen Beifall“ zollt.

und 3 also ebenfalls Verwendungsregelungen darstellen. Dies wird umso deutlicher, weil die andere Regelung, auf die § 479 Abs. 2 Satz 3 StPO verweist, eine vergleichbare Verwendungsregelung darstellt.

§ 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO beinhaltet somit entgegen der Darstellung in der Literatur<sup>100</sup> Verwendungsregelungen in Form von Verwertungsverboten, die sich auf die unmittelbare Verwendung beschränken, und bedarf begrifflich einer Korrektur.<sup>101</sup>

## 2. „Zu Beweiszwecken“ innerhalb des § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO

Innerhalb des vollkommen unklaren Wortlauts des § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO lässt sich nur erahnen, wie der Gesetzgeber den Zusatz des „zu Beweiszwecken“ gemeint haben könnte. Bedenkt man die obigen Ausführungen<sup>102</sup>, so scheint es naheliegend, den Zusatz so zu interpretieren, dass der Gesetzgeber innerhalb der Verwendung den relativen Schutz nur auf die Fälle der unmittelbaren Verwendung und eben nicht auf die Fälle der Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansätze<sup>103</sup> erstrecken wollte. Jedoch wählt er auch hier, wie in § 108 Abs. 2 und Abs. 3 StPO, die Kombination der Verwertung mit dem Zusatz „zu Beweiszwecken“. § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO bezieht sich sowohl auf die durch eine Ermittlungsmaßnahme gezielt erlangten Untersuchungsfunde als auch die etwaigen mitanfallenden Zufallsfunde.

Bezogen auf die anfallenden Untersuchungsfunde und das Verwertungsverbot soll mit parallelem Blick auf den Willen des Gesetzgebers bezüglich § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO, bei dem man mit dem Verwenden wohl ursprünglich ein umfassendes Verwertungsverbot normieren wollte, die Wahl des Wortes verwerten in § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO mutmaßlich darauf hinweisen, dass hier lediglich die unmittelbare Verwertung ausgeschlossen werden sollte.<sup>104</sup> Neben diesem relativen Verwertungsverbot will und muss der Gesetzgeber, bezogen auf die Zufallsfunde, wohl auch ein relatives Verwertungsverbot regeln. So wäre es nicht zu rechtfertigen, dass ein weniger intensiver Schutz durch ein relatives Verbot zwar für gezielt erlangte Untersu-

<sup>100</sup> SK-StPO/Wohlers/Jäger, § 108 Rn. 18; Meyer-Goßner/Köhler, § 108 Rn. 9; MüKo-StPO/Hauschild, § 108 Rn. 13; HK-StPO/Gercke, § 108 Rn. 17 f.; LR/Tsam-bikakis, § 108 Rn. 22 f.

<sup>101</sup> So auch Wolter, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1258 f.); a.A.: Rogall, in: FS Kohlmann, 465 (485); Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (877).

<sup>102</sup> Siehe dazu S. 82 ff.

<sup>103</sup> Zur Erläuterung dieser Beschränkung siehe die Ausführungen auf S. 31 und die weitere Klarstellung auf S. 80.

<sup>104</sup> Die Wortwahl des „Verwertung von Erkenntnissen zu Beweiszwecken“ in § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO als tautologisch bezeichnend: Benning, 31.

chungsfunde besteht, für nebenbei anfallende Zufallsfunde, deren Erlangung nicht Zweck der Maßnahme war, jedoch nicht gelten soll. Das ist insbesondere dann nicht zu erklären, wenn dies beim strengeren Fall des absoluten Verbots gem. § 160a Abs. 1 StPO ausdrücklich der Fall ist.

Um dies klarzustellen bedürfte es somit der Differenzierung innerhalb des Wortlauts. Es müsste mithin heißen: „Für die Verwertung und die Verwendung zu Beweis Zwecken gilt Satz 1 entsprechend.“ Das Wort der Verwertung würde damit für eine unmittelbare Verwertung stehen. Die Differenzierung würde außerdem deutlich machen, dass es sowohl bei der unmittelbaren Beweisverwertung eines Untersuchungsfundes als auch bei der unmittelbaren Verwendung eines Zufallsfundes innerhalb eines anderen Strafverfahrens zu Beweis Zwecken zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kommen soll. Anders würde es sich dem Wortlaut nach dann aber bei der mittelbaren Verwendung der Zufallsfunde als Ermittlungs-/Spurenansätze und bei der mittelbaren Verwertung von Untersuchungsfunden als Ermittlungsansatz verhalten. Sie wären von § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO nicht umfasst, wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber den Begriff des „Verwertens“ im Vergleich zu § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO bewusst gewählt hat, um damit nur die Fälle der unmittelbaren Verwertung und Verwendung zu erfassen. Die mittelbare Verwertung und Verwendung wäre trotz der Erlangung der Erkenntnisse durch eine Ermittlungsmaßnahme, durch die eine in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5 StPO genannte Person betroffen wäre, ohne jede weitere Prüfung zulässig. Dies erscheint grundsätzlich in seiner Wertung und im Vergleich mit § 160a Abs. 1 Satz 2 StPO zumindest konsistent; auch wenn es einerseits nicht hinnehmbar erscheint, dass eine mittelbare Verwertung und Verwendung ohne jede Verhältnismäßigkeitsprüfung, geschweige denn Rechtsgrundlage, zulässig sein soll, und auch wenn andererseits zu hinterfragen bleibt, ob ein relatives Verbot letztlich ein wirksames und den Wertungen des Zeugnisverweigerungsrechts gerecht werdendes Schutzniveau entfaltet.<sup>105</sup> Auch lässt es außer Acht, dass dem Begriff der Verwertung bislang nie eindeutig die Wertung entnommen werden konnte, dass er lediglich eine Aussage zur unmittelbaren Verwertung macht. Das Gesetz verhält sich bis heute gar nicht zu dieser Frage. Es kommt vielmehr meist zu einer Einzelfallentscheidung.

### 3. „Zu Beweis Zwecken“ als unmittelbare Verwendung

Geht man noch einmal zurück zu der oben dargestellten These<sup>106</sup>, ein Verwendungsverbot stelle ein Verwertungsverbot mit Fernwirkung dar, kann in-

---

<sup>105</sup> In verfassungsrechtlicher Reduktion des § 160a Abs. 2 Satz 1, 3 StPO ein absolutes Verwertungsverbot fordernd: SK-StPO/Wolter/Greco, § 160a Rn. 38.

<sup>106</sup> Siehe S. 66 ff.

nerhalb dieser Ansicht die Kombination aus Verwendung und zu Beweis Zwecken lediglich eine Rückausnahme sein, die dann wiederum die Fernwirkung ausschließt. Da, nach oben dargestellter Meinung, der Begriff des Verwendens nur als Erweiterung der Reichweite des Verwertungsverbots eingeführt worden ist, erschließt sich nicht, wieso der Gesetzgeber zusätzlich in § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO und § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO den Begriff der Verwendung zu Beweis Zwecken eingeführt haben soll, wenn dieser mit dem Begriff des Verwertens gleichzusetzen ist.<sup>107</sup> Der Passus des „zu Beweis Zwecken“ muss vielmehr einen eigenen Bedeutungsgehalt haben, der vor allem in seiner Einordnung in die Zufallsfundregelungen zu sehen ist. Er wird zwar sowohl im Zusammenhang mit Verwertungsregelungen (§ 94 StPO) als auch mit Verwendungsregelungen genutzt (§ 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO), er kommt aber insbesondere im Wortlaut und damit im Regelungsgehalt der Zufallsfundregelungen zur Geltung. Bei diesen Normen handelt es sich um Regelungen, die eine Zweckänderung von Daten für gewisse Bereiche rechtfertigen.

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des „zu Beweis Zwecken“ auf beide Bereiche ist jedoch ein weiterer Anhaltspunkt für die systematische Eigenständigkeit der Verwendungsregelungen in Abgrenzung zu den Verwertungsregelungen und damit ebenfalls ein Argument gegen das Verständnis des Verwendungsverbots als Verwertungsverbot mit Fernwirkung. Es soll vielmehr zur Unterscheidung einer Nutzung in unmittelbarer Form zu Beweis Zwecken oder aber in mittelbarer Form als Ermittlungs-/Spurenansatz kommen. Etabliert der Gesetzgeber die Voraussetzungen lediglich für eine Verwendung zu Beweis Zwecken, wie dies bei § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO der Fall ist, will er damit die Voraussetzungen nur auf die unmittelbare Verwendung der Zufallsfunde beziehen, diese aber nicht auf eine Verwendung dieser als Ermittlungs-/Spurenansatz erstrecken.<sup>108</sup> Eine Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz soll damit uneingeschränkt möglich sein. Dies wird auch vom überwiegenden Teil der Literatur so verstanden.<sup>109</sup> Das wiederum bedeute im

<sup>107</sup> Rogall, JZ 2008, 818 (828), der die beiden Begriffe deshalb synonym versteht.

<sup>108</sup> BT-Drucks. 16/5856, S. 64. Darauf ebenfalls verweisend: Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (884); so auch grundsätzlich schon der BGH in BGHSt 27, 355 (358), der die Diskussion aber in die Beweisverwertungsfragen einordnet.

<sup>109</sup> LR/Erb, § 161 Rn. 80; LR/Hilger, § 477 Rn. 8; Meyer-Goßner/Köhler, § 161 Rn. 18d, § 479 Rn. 4; SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 49; AnwK-StPO/Löffelmann, Vorb. zu §§ 94 bis 111 Rn. 19; Radtke/Hohmann/Kretschmer, § 161 Rn. 14, der dies kritisiert. Allgayer/Klein, wistra 2010, 130 (133); Allgayer, NSTz 2006, 603 (605 f.); Handbuch des Polizeirechts/Frister, F Rn. 156; SK-StPO/Weflauer/Puschke, § 479 Rn. 36, der jedoch eine solche Differenzierung durch das Gesetz stark kritisiert.

Umkehrschluss, dass beispielsweise im Fall des § 100e Abs. 6 StPO und des § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 StPO, die ein „zu Beweis Zwecken“ bewusst nicht normieren, die Verwendung zu Beweis Zwecken/zur Sachführung wie als Ermittlungs-/Spurenansatz nur möglich sei, wenn alle Voraussetzungen der Norm erfüllt sind.<sup>110</sup>

Ein solches Verständnis, das vom *BVerfG* gestützt wird<sup>111</sup>, ist jedoch abzulehnen.<sup>112</sup> Die Verwendungsregelungen in § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO, § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO, § 160a Abs. 2 Satz 3 StPO und in § 108 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 und Abs. 3 StPO stellen Ermächtigungsgrundlagen zur Zweckentfremdung personenbezogener Daten und damit zur Weiterverwendung von Zufallsfunden dar.<sup>113</sup> Regelt aber eine Verwendungsregelung positiv als Befugnisnorm die Art der Verwendung, die erlaubt ist, muss im Umkehrschluss davon ausgegangen werden, dass außerhalb dieser Erlaubnis ein grundsätzliches Verwendungsverbot besteht.<sup>114</sup> Eine Verwendung der Daten als Ermittlungs-/Spurenansatz ohne eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage ist dann ausgeschlossen.<sup>115</sup> Das „zu Be-

---

KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 36; HK-StPO/*Temming/Schmidt*, § 477 Rn. 5; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (484); kritisch und im Ergebnis ablehnend: *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546); *Glaser/Gedeon*, GA 2007, 414 (435); *Singelstein*, ZStW (120) 2008, 854 (885); *Benning*, 57, 74.

<sup>110</sup> Siehe auch *Allgayer*, NSTZ 2006, 603 (605 f.). Einen Umkehrschluss verneinend, da „der Gesetzgeber im Fall des [§ 100e Abs. 6 StPO] ausdrücklich [...] nur die Rechtsprechung des BVerfG [BVerfGE 109, 279 (377)] umsetzen wollte, die sich unmittelbar nur auf die akustische Wohnraumüberwachung bezog“, *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (884 Fn. 141).

<sup>111</sup> BVerfG NJW 2005, 2766.

<sup>112</sup> So auch HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32, *Radtke/Hohmann/Kretschmer*, § 161 Rn. 14.

<sup>113</sup> Zwar nicht so deutlich, aber grundsätzlich die gleiche Wertung vornehmend *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (877). So wohl auch *Benning*, 30. A.A. *Zöller*, StV 2019, 419 (421).

<sup>114</sup> So auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (890), der sie aber in ihrer Wirkung mit einem geschriebenen Verwertungsverbot vergleicht und so der Verwertungsverbotdogmatik näher rückt. *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (498); *Schinkel*, 134 und *Dose*, 178, die den Schluss ziehen, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen der Verwendungsregelung ein Verwendungsverbot vorliegt. *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (242) wiederum kritisiert, dass der Gesetzgeber mit dem StVÄG 1999 den Gesetzesvorbehalt in sein Gegenteil verkehrt hat, indem er alles erlaubt hat, was nicht ausdrücklich verboten ist. Dies positiv hervorhebend *Allgayer*, NSTZ 2006, 603 (606). A.A. *Engelhardt*, 223.

<sup>115</sup> In den Grundsätzen so schon *Welp*, NSTZ 1995, 601 (604); HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32, der § 161 Abs. 2 StPO a. F. als Ermächtigungsgrundlage für diesen Fall ausschließt und auch sonst keine entsprechenden Ermächtigungsgrundlagen in der StPO erkennen will; dem ist grds. zuzustimmen. *Zöller*, StV 2019, 419 (421) meint, dass „eine explizite Befugnisnorm für die Übernahme von personenbezogenen Daten



weiszwecken“ ist vielmehr so zu verstehen, dass die entsprechenden Normen nur eine unmittelbare Verwendung erlauben, soweit die Voraussetzungen vorliegen. Eine mittelbare Verwendung wird von ihnen nicht umfasst. Dies erscheint auch insofern konsequent, als auch eine Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz einen Eingriff in die Grundrechte des durch die Erlangung des Zufallsfonds Betroffenen darstellt.<sup>116</sup> Um diesen zu rechtfertigen, bedürfte es ebenfalls einer entsprechenden verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage.<sup>117</sup> *Singelstein* hingegen unterwirft auch die mittelbare Verwendung den Voraussetzungen der Verwendungsregelungen. Unter zu Beweis-zwecken sei auch die Verwendung als Spurenansatz zu verstehen, wonach dann eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage auch für die mittelbare

---

in den repressiven Bereich [...] in der deutschen Strafprozessordnung bislang [fehlt]. Entsprechende Maßnahmen [würden] deshalb auf die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO bzw. [...] § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO gestützt“. Er macht zwar deutlich, dass § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO und § 163 Abs. 1 Satz 2 StPO nur Befugnisse darstellen, um Auskunft zu verlangen, nicht jedoch um erlangte Daten zum neuen Zweck auch zu verwenden. Allerdings erscheint es verfehlt, wie *Zöller*, § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO grundsätzlich als Ermächtigungsgrundlagen abzulehnen und als Verwendungsbeschränkungsnormen bzw. „Eingrenzung des allgemeinen Auskunftsanspruchs“ zu bezeichnen. Das „nur“ innerhalb des Wortlauts von § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO beschränkt nicht eine generelle Verwendungserlaubnis, sondern macht deutlich, dass die innerhalb von § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO bzw. § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO geschaffene Verwendungserlaubnis für eine Verwendung zu Beweis-zwecken sich ausschließlich auf die Aufklärung solcher Straftaten beschränkt, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen. Für eine Verwendung als Ermittlungsansatz kann sie aber gerade nicht als Befugnisnorm erhalten. A.A.: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49, der, wie *Zöller* zurecht ablehnt, gerade § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO als Befugnisnorm für die Verwendung als Spurenansatz heranzieht.

<sup>116</sup> HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (886) sieht diesen als genauso beachtlich, wie den der unmittelbaren Verwendung. *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546). A.A. SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49.

<sup>117</sup> So auch HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (885f.) verlangt ebenfalls eine Rechtsgrundlage für die Verwendung als Spurenansatz. Dabei stellt er auf S. 887 zu Recht fest, dass „die allgemeinen Bestimmungen der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1, 474 Abs. 1, 479 StPO [a.F.] [diese] zweckumwidmende Verwendung eingriffsintensiv erhobener Daten als Spurenansatz [jedoch] nicht rechtfertigen [können]“, weshalb er fordert, „zu Beweis-zwecken so weit [zu] verstehen, dass sie auch den Spurenansatz umfasst“. A.A.: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49, der in der Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO eine solche Ermächtigungsgrundlage sieht. Vgl. noch *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1142) die einen unregelmäßigen Bereich sehen und in diesem zwar keine unbegrenzte Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz zulassen, aber für eine solche Verwendung wieder die Grundsätze der Beweisverwertungsdogmatik heranziehen und für eine Abwägung im Einzelfall plädieren wollen.

Verwendung als Spurenansätze existiere.<sup>118</sup> Das wiederum nimmt dem zu Beweis Zwecken jedoch jeglichen eigenen Regelungsgehalt und steht wohl auch mit dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers im Widerspruch.<sup>119</sup>

## V. Ergebnis

Alle diese Ausführungen machen deutlich, dass Beweisverwertungsverbote und Verwendungsregelungen unterschiedliche Regelungsinhalte zugrunde liegen. Da der Untersuchungsfund den Bezugspunkt der Beweisverwertungsverbote darstellt und der weitere Verlauf des Ausgangsverfahrens in Frage steht, die Verwendungsregelungen die Zufallsfunde und deren Verwendung in einem anderen Verfahren im Blick haben, können Verwertungsverbot und Verwendungsregelung in keinem Bezug zueinanderstehen. Im Folgenden soll deshalb betrachtet werden, ob die Worte der Verwertung und der Verwendung diese These nicht sogar unterstützen und eine gesetzliche Begriffsbestimmung dazu beitragen kann, die von Grund auf unterschiedliche Systematik der Regelungen deutlich zu machen und für Rechtsklarheit und damit Rechtssicherheit zu sorgen.

---

<sup>118</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (887 f.); MüKo-StPO/ders., § 477 Rn. 35; *Rogall*, JZ 2008, 818 (828). *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546) kommt zu demselben Ergebnis, indem er „§ 161 Abs. 2 Satz 1 StPO aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dahin[gehend] reduzier[t], dass auch Spurenansätze allein i. R. der jeweiligen Katalogstraftaten verfolgt werden dürfen“. SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 36 hält eine Verwendung als Spurenansatz ebenso für eine Verwendung zu Beweis Zwecken und fordert in Rn. 37 ebenfalls eine verfassungsrechtliche Reduktion der §§ 479 Abs. 2 Satz 1, 161 Abs. 3 StPO dahingehend, dass eine Verwendung als Spurenansatz „nur erfolgen [darf], wenn sie der Verfolgung von Straftaten eines solchen Gewichts dient, die ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln wie im Ausgangsverfahren rechtfertigen könnten“.

<sup>119</sup> So auch SK-StPO<sup>4</sup>/*Weßlau*, § 477 Rn. 27.

## D. Die etymologische Abgrenzung von Verwendung und Verwertung

Die etymologische Betrachtung der Begriffe Verwerten und Verwenden soll im Folgenden Aufschluss darüber geben, ob die Begriffe von ihrem Wortsinn her überhaupt Grundlage für eine Differenzierung innerhalb der Systematik sein können.

### I. Verwerten

Verwerten gehört zum gemeingermanischen Adjektiv „wert“, welches seinen Ursprung wiederum im Wort „werden“ hat.<sup>1</sup> Hier lag die ursprüngliche Bedeutung in „drehen“ und „wenden“ und entwickelte sich dann hin zu einem „zu etwas werden“.<sup>2</sup> Aus einem „zu etwas werden“ wurde wiederum ein „einen Gegenwert habend“.<sup>3</sup> Zwar kommt es im 19. Jahrhundert zu einer synonymen Nutzung der Worte „verwerten“, „verwenden“ und „nutzen“, jedoch betont der Stamm „-wert“ des Wortes „verwerten“ die gezielte Nutzung eines in einer Sache liegenden Werts, man macht sich also etwas „zu Werten“.<sup>4</sup> Dieser Wert liegt ansonsten brach, wird nicht mehr oder wurde noch nicht genutzt.<sup>5</sup> So lässt sich der Wortlaut des „Verwertens“ so verstehen, dass man einer Information den Wert entnimmt, für den die Information zunächst überhaupt erhoben wurde oder die Sache hergestellt wurde.

### II. Verwenden

Davon unterscheidet sich das „Verwenden“, welches vom Wort „wenden“ abgeleitet wird,<sup>6</sup> also ein „verändern“, „wandeln“ oder „wechseln“ in sich trägt.<sup>7</sup> So wird das Wort schon seit dem 16. Jahrhundert in der Bedeutung

---

<sup>1</sup> „Verwerten“, in: Duden Band 7, 899; „wert“, in: Duden Band 7, 923.

<sup>2</sup> „Werden“, in: Duden Band 7, 922.

<sup>3</sup> „Wert“, in: Duden Band 7, 923.

<sup>4</sup> *Köbler*, Etymologisches Rechtswörterbuch, 446; „verwerten“, in: Deutsches Wörterbuch Band 25, 2233.

<sup>5</sup> „Verwerten“, in: Duden Band 10, 1047.

<sup>6</sup> „Verwenden“, in: Duden Band 7, 899.

<sup>7</sup> „Wenden“, in: Deutsches Wörterbuch Band 28, 1790.

des „Übertragens“ und „Gebrauchens“ genutzt.<sup>8</sup> Eine Information soll dabei „zu einem bestimmten Zweck, mit einer bestimmten Absicht gebraucht“ bzw. „übertragen“ werden.<sup>9</sup> Synonym dafür werden die Worte „benutzen“, „gebrauchen“ und „nutzen“ verwendet.<sup>10</sup> Nutzt man also eine Sache, eine Kenntnis oder Information in einer bestimmten Situation zu einem bestimmten Zweck oder zur Herstellung von etwas, so handelt es sich dabei um ein „verwenden“.<sup>11</sup> Im Gegensatz zum „verwerten“ gebraucht hier der Nutzer jedoch nicht den einen spezifischen Wert, wofür die Information ursprünglich auch erhoben wurde, sondern transferiert die Information oder Sache vielmehr in einen anderen Bereich, er gibt der Information eine neue Wendung, macht sie also für weitere Zwecke nutzbar.

### III. Ergebnis

Auch wenn wohl im allgemeinen Sprachgebrauch die Worte oftmals synonym genutzt werden und somit eine Differenzierung anhand des Wortlauts nicht zwingend erscheint, lässt die etymologische Betrachtung der Worte eine Unterscheidung zu.<sup>12</sup> Betrachtet man diese Etymologie und vergleicht sie mit den systematischen Erläuterungen der Verwertungsverbote und der Verwendungsregelungen, kommt man auch hier zu dem Ergebnis, dass Untersuchungsfunde gerade gezielt erlangt werden, einzig, um sie im Ausgangsverfahren als Beweis gebrauchen zu können. Zufallsfunde hingegen können schon aus sich heraus, da sie für keinen spezifischen Zweck erlangt wurden, nur in einen neuen Bereich transferiert werden. Dies ist auch dann der Fall, wenn sie zwar ursprünglich als Untersuchungsfund erlangt wurden, aber im weiteren Verlauf in einem anderen Bereich und für einen neuen Zweck als Zufallsfunde nutzbar gemacht werden sollen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn ein Rechnungsdokument über gestohlene Ware innerhalb der Strafverfolgung bezüglich einer Hehlerei beschlagnahmt worden ist, die Strafverfolgungsorgane dann aber erkennen, dass dasselbe Dokument innerhalb eines steuerstrafrechtlichen Prozesses von Relevanz ist. Untersuchungsfunde werden somit im obigen Sinne verwertet, Zufallsfunde hingegen verwendet. Somit sind die Begriffe der Verwendung und der Verwertung nicht nur zu erhalten, sondern auch in einer gesetzlichen Begriffsbestimmung zur Steigerung der Rechtssicherheit durch Bestimmtheit festzuhalten.

<sup>8</sup> „Wenden“, in: Duden Band 7, 922; „wenden“, in: Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 1556.

<sup>9</sup> „Wenden“, in: Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 1556.

<sup>10</sup> „Verwenden“, in: Duden Band 10, 1047.

<sup>11</sup> „Verwenden“, in: Duden Band 10, 1047.

<sup>12</sup> A. A. *Pitsch*, 249, der keinen Unterschied aufgrund der linguistischen Betrachtung ausmachen will.

## **E. Systematik und Gesetzesvorschlag einer Vorschrift zur Begriffsbestimmung**

Die Auseinandersetzung mit den unterschiedlichen Positionen zum Regelungsinhalt von Verwendungsregelungen in Abgrenzung zu den Verwertungsverboten innerhalb der Literatur und der Rechtsprechung und die Betrachtung des Wortsinns der Begriffe führen zu der folgenden systematischen Einordnung von Verwendungsregelungen und Verwertungsverboten im Strafprozessrecht (I.). Darauf soll dann der Gesetzesvorschlag mit klarstellenden Begriffsbestimmungen aufbauen (II.).

### **I. Systematische Einordnung**

An den Stellen, an denen die Verwertungsverbote die Verwertung schon erhobener Informationen innerhalb des Ausgangsverfahrens zum Schutz und zur Gewährleistung der Betroffenenrechte verhindern, regeln die Verwendungsregelungen den Eingang der Informationen in ein neues Verfahren<sup>1</sup>. Sie gewährleisten vorrangig den Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung innerhalb der Strafprozessordnung bzw. bezüglich strafverfahrensrechtlich erlangter Daten. Ist die Verwendung einer gewissen Information gesetzlich nicht gestattet, so kann sie schon nicht in das neue Verfahren transferiert werden. Die konkrete Verwertbarkeit innerhalb eines konkreten Strafverfahrens muss dann erst gar nicht erörtert werden.

Die Verwertbarkeit hingegen beschäftigt sich mit der unmittelbaren sowie mittelbaren Nutzung von gezielt erhobenen Beweisen innerhalb eines Strafverfahrens. Der wichtigste Unterschied zu den Verwendungsregelungen stellt dabei die Zweckbindung der erhobenen Daten dar. Zu verwertende Informationen sind Informationen, die gerade zum Zweck der Strafverfolgung in genau diesem Ausgangsverfahren erhoben wurden.

---

<sup>1</sup> So auch *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1143).

## II. Gesetzesvorschlag

Für die Strafprozessordnung wird danach folgende Vorschrift zur Begriffsbestimmung<sup>2</sup> vorgeschlagen:

### § 93a StPO-E Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. eine Verwertung, wenn die durch eine Ermittlungsmaßnahme gezielt erlangten personenbezogenen Daten oder Gegenstände (Untersuchungsfunde)<sup>3</sup> im Ausgangsverfahren genutzt werden; eine unmittelbare Verwertung, wenn die Untersuchungsfunde zu Beweis Zwecken, eine mittelbare Verwertung, wenn sie als Ermittlungsansatz<sup>4</sup> genutzt werden;
2. eine Verwendung<sup>5</sup>, wenn die nur bei Gelegenheit einer Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten oder Gegenstände (Zufallsfunde) für ein anderes Strafverfahren oder zu Zwecken der Gefahrenabwehr genutzt werden; eine unmittelbare Verwendung, wenn die Zufallsfunde zu Beweis Zwecken oder zum Zwecke der polizeirechtlichen Sachführung<sup>6</sup>, eine mittelbare Verwendung, wenn sie als Ermittlungsansatz oder als Spurenansatz<sup>7</sup> genutzt werden.

---

<sup>2</sup> Orientiert an *Wolter*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1258); vgl. auch *Wolter/Greco*, in: SK-StPO § 160a Rn. 41; so ähnlich auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (870), der aber nicht zwischen Untersuchungs- und Zufallsfunden differenziert.

<sup>3</sup> Die hier getroffene Definition des Untersuchungsfundes bezieht sich allein auf die StPO („strafprozessrechtliche Untersuchungsfunde“). Insbesondere mit Blick auf § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO und § 161 Abs. 3 StPO können Untersuchungsfunde jedoch grundsätzlich auch im Polizeirecht anfallen und als Zufallsfunde für ein Strafverfahren relevant werden. Sie sind dann Funde, die durch eine Maßnahme gezielt erlangt und gefahrbezogen sind und die für das Verfahren, in dem sie erlangt wurden, genutzt (im Einzelfall auch nicht genutzt) werden dürfen. Diese „polizeirechtlichen Untersuchungsfunde“ sind hier jedoch nicht zu definieren. – Zur (Doppel-)Relevanz von Untersuchungsfunden als Zufallsfunde näher oben S. 75, 76, 91.

<sup>4</sup> Ermittlungsansatz meint hier einen (konkreten) Ansatzpunkt für weitere Ermittlungen innerhalb derselben Untersuchung.

<sup>5</sup> Die Problematik des § 18 BVerfSchG bleibt unberührt (vgl. noch die Bezugnahmen in § 479 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, § 492 Abs. 4).

<sup>6</sup> Mit polizeirechtlicher Sachführung ist die (unmittelbare) Verwendung zu Zwecken der Gefahrenabwehr gemeint – also die Nutzung des Zufallsfundes, um eine Gefahr (unmittelbar) abzuwehren.

<sup>7</sup> Ermittlungsansatz meint einen (konkreten) Ansatzpunkt für über die unmittelbare Beweisführung hinausgehende Ermittlungen (Ermittlungsmaßnahmen) in einem anderen Strafverfahren, Spurenansatz einen (konkreten) Ansatzpunkt für über die unmittelbare Sachführung hinausgehende polizeirechtliche Handlungen (Maßnahmen) zu Zwecken der Gefahrenabwehr.

### III. Begründung

Da es sich bei den beiden Instituten der Verwertung und der Verwendung um Regelungen handelt, die die Informationsnutzung innerhalb der StPO normieren und sie als solche grundlegende Wirkungen für sämtliche Normen für Ermittlungsmaßnahmen, aber auch für jegliche Rechtsgrundlagen zur Übermittlung von Daten entfalten, sind die Begriffsbestimmungen noch vor § 94 StPO und damit vor den Regelungen zu den Ermittlungsmaßnahmen in die Strafprozessordnung zu integrieren.

Die Vorschrift unterscheidet dabei zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Verwertung ebenso wie zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Verwendung.

Zunächst stellen § 93a Nr. 1, 1. Halbsatz und Nr. 2, 1. Halbsatz StPO-E ihre untrennbaren Bezugspunkte klar. Spricht das Gesetz von der Verwertung, kann demnach nur von Untersuchungsfunden und ihrer zweckgebundenen Nutzung die Rede sein. Dagegen handelt es sich bei der Verwendung immer um das weitere Gebrauchen eines Zufallsfundes und damit um eine Zweckänderung.

Durch den Zusatz „oder zum Zwecke der polizeirechtlichen Sachführung“ in § 93a Nr. 2, 2. Halbsatz StPO-E wird deutlich gemacht, dass im Wege der unmittelbaren Verwendung aufgrund der erfolgenden Zweckumwidmung der Zufallsfunde auch eine unmittelbare Verwendung in einem Polizeiverfahren zur Gefahrenabwehr denkbar ist, welches eben nicht auf die Beweisführung innerhalb eines Strafverfahrens ausgerichtet ist. Bei der mittelbaren Verwendung setzt sich das entsprechend mit den Begriffen „Ermittlungsansatz oder als Spurenansatz“ fort, wobei hier Begriffe aus der wissenschaftlichen, richterlichen und gesetzgeberischen Diskussion gebraucht werden.<sup>8</sup> Bei § 93a Nr. 1, 2. Halbsatz StPO-E wird verdeutlicht, dass im Bereich der unmittelbaren Verwertung die Verwertung zu Beweis Zwecken die einzige maßgebende Verwertung darstellt.

Die mittelbare Verwertung und die mittelbare Verwendung unterscheiden sich insofern, als es sich auch bei der mittelbaren Verwertung in Form des Ermittlungsansatzes nach wie vor um Ermittlungen im Ausgangsverfahren handelt. Der Ermittlungsansatz ist ausschließlich zweckgebunden und damit nur tatbezogen zur Ermittlung weiterer Erkenntnisse einsetzbar. Hingegen bedeutet die mittelbare Verwendung als Ermittlungsansatz oder als Spurenansatz eine zweckändernde, mittelbare Nutzungsmöglichkeit und ebnet da-

---

<sup>8</sup> Spurenansatz: BVerfGE 109, 279 (377), vgl. auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 36 ff.; konkreter Ermittlungsansatz: Reg. Entw. BT-Drucks. 19/4671 zu § 161 Abs. 3 StPO-E.

mit den Weg für jedes weitere Vorgehen innerhalb eines jeden weiteren Verfahrens. Weist ein Ermittlungsansatz auf eine neue Straftat hin, ist somit eine Ermittlung hinsichtlich dieser Straftat möglich. Bei Hinweisen auf eine bevorstehende Gefahr ermöglicht die mittelbare Verwendung als Spurenansatz die Zweckentfremdung von Informationen für ein entsprechendes Polizeiverfahren und erlaubt damit ein weiteres Vorgehen durch die Polizeibehörden.



## F. Erforderlichkeit gesetzlicher Gesamregelungen

Nachdem damit der Versuch unternommen wurde, den sich zum Teil widersprechenden Gebrauch der Wortwahl zu ordnen, ist des Weiteren die unterschiedliche Dogmatik, der die Verwendungsregelungen und die Verwertungsverbote folgt, zu thematisieren. So betont der Gesetzgeber im Zusammenhang mit den Verwendungsregelungen wiederholt<sup>1</sup> die Notwendigkeit von gesetzlichen Befugnissen, die zur zweckändernden Verwendung von Daten ermächtigen.<sup>2</sup> Er folgt dabei dem Volkszählungsurteil<sup>3</sup> und schafft damit dem Gesetzesvorbehalt gerecht werdende gesetzliche Grundlagen, die eine Zweckänderung erlauben und damit einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen.<sup>4</sup> Diese Dogmatik unterscheidet sich grundlegend von der kurz dargestellten Beweisverwertungsdogmatik<sup>5</sup>, die das Verwertungsverbot als Ausnahme und die Befugnis zur Verwertung auch ohne bereichsspezifische und normenklare gesetzliche Regelung als die Regel betrachtet<sup>6,7</sup>.

Es stellt sich also die Frage, wieso sich Verwendungs- und Verwertungsverbotsdogmatik so voneinander unterscheiden und ob ein solcher Unterschied unter der Betrachtung verfassungsrechtlicher Grundsätze zu rechtfertigen ist oder ob es nicht vielmehr weiterreichender Regelungen bedürfte. Dabei stellt sich mit Blick auf die Verwertungsverbote die Frage, ob die Verwertung erlangter Untersuchungsfunde nicht ebenfalls einen Grundrechtseingriff darstellt, der umfassende gesetzliche Regelungen notwendig macht, oder ob die Erhebungsnormen in der Lage sind, auch einen solchen Eingriff

---

<sup>1</sup> BT-Drucks. 16/5846, S. 64, 66; BT-Drucks. 19/4671 S. 62, 64.

<sup>2</sup> Ebenso *Singelstein*, NStZ 2012, 593 (604); *ders.*, ZStW (120) 2008, 854 (892); *Benning*, 42.

<sup>3</sup> BVerfGE 65, 1–71.

<sup>4</sup> Dies fordern *Wolter*, GA 1988, 49 (59). So auch *Benning*, 30, die aber in letzter Konsequenz auch keine klare Differenzierung zwischen Zufallsfund- und Untersuchungsfundregelungen macht und deshalb in der Folge dem Verwertungsverbot „im Ergebnis praktisch die Funktion einer speziellen, weniger weitgreifenden Verwendungsregelung“ zukommen lässt.

<sup>5</sup> Siehe S. 32 ff.

<sup>6</sup> Siehe als Grundlage dieser Dogmatik *Beling*, 2 f.

<sup>7</sup> A.A.: *Allgayer*, NStZ 2006, 603 (606), der von dem „allgemeinen Grundsatz [ausgeht], dass die Verwendung von Zufallserkenntnissen grundsätzlich uneingeschränkt zulässig [ist]“.

zu rechtfertigen. Auch die Frage nach Ermächtigungsgrundlagen bezüglich der mittelbaren Verwendung von Zufallsfunden, dann aber auch nach gesetzlichen Regelungen, die sich mit der mittelbaren Verwertung beschäftigen, wird in diesem Zusammenhang zu erörtern sein.

## I. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Die Grundlage der gesetzlichen Normierung, dann auch die Bündelung der Verwendungsregelungen und damit die Etablierung eines Gesamtsystems an Verwendungsregelungen innerhalb der StPO, stellt das Volkszählungsurteil<sup>8</sup> des *BVerfG* vom 15.12.1983 dar. Dieses hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG festgeschrieben und damit jedem Einzelnen die Kontrolle über seine personenbezogenen Informationen garantiert.<sup>9</sup>

### 1. Schutzbereich

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist gerade kein selbstständiges „Grundrecht auf Datenschutz“. Es ist vielmehr Ausdruck der Flexibilität des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gesellschaftliche Veränderungen aufzunehmen und vor neuen Gefahren zu schützen.<sup>11</sup>

Vom Schutzbereich dieses Rechts ist das „Kontrolle-behalten“ über die eigenen personenbezogenen Daten umfasst.<sup>12</sup> Personenbezogene Daten sind dabei alle Informationen „über [die] persönlichen oder sachlichen Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren Person“<sup>13</sup>. Kann der Einzelne nicht mehr überschauen, welche Informationen über die eigene Person bekannt sind und in welcher Form Betätigungen am gesellschaftlichen Leben, beispielsweise in Form einer Teilnahme an Versammlungen, gespeichert und behördlich weitergegeben werden, besteht laut *BVerfG* das Risiko, dass sich der Einzelne aus der gesellschaftlichen Gestaltung zurückzieht.<sup>14</sup> Dies stellt

---

<sup>8</sup> BVerfGE 65, 1–71.

<sup>9</sup> Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 173; *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (108).

<sup>10</sup> Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 173; *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (110).

<sup>11</sup> Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127.

<sup>12</sup> BVerfGE 65, 1 (42).

<sup>13</sup> BVerfGE 65, 1 (42).

<sup>14</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

eine ernstzunehmende Gefahr für die „freiheitliche demokratische Grundordnung“<sup>15</sup> dar. Fehlt dem Bürger die Kontrolle über die eigenen personenbezogenen Daten, beeinträchtigt das den Einzelnen in „seinen individuellen Entfaltungschancen“<sup>16</sup> und gefährdet daneben „das Gemeinwohl, weil Selbstbestimmung eine elementare Funktionsbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens [ist]“<sup>17,18</sup>

Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet dem Einzelnen damit einen Schutz vor jeder staatlichen Nutzung seiner personenbezogenen Daten.<sup>19</sup> Es schützt nicht die Herrschaft über die personenbezogenen Daten als solche und ist damit kein eigentumsähnliches Recht.<sup>20</sup> Dabei verneint das *BVerfG* die Existenz eines „belanglosen Datums“.<sup>21</sup> Jedes Datum könne in einem neuen Zusammenhang einen anderen Informationsgehalt aufweisen und somit zum sensiblen Datum werden.<sup>22</sup> Es kommt somit maßgeblich auf den Verwendungszusammenhang des personenbezogenen Datums an. Es ist aufgrund der weitreichenden Weiterverarbeitungsmöglichkeiten und der damit in Verbindung stehenden immer neuen Kombinationsmöglichkeiten von Daten nicht mehr ausschlaggebend, ob das Datum ursprünglich aus der Privat- oder Intimsphäre stammt.<sup>23</sup> Allerdings muss es sich bei dem betroffenen Datum um ein personenbezogenes Datum handeln.<sup>24</sup>

---

<sup>15</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>16</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>17</sup> BVerfGE 65, 1 (43).

<sup>18</sup> *Dose*, 88, die betont, dass das BVerfG die freie Selbstbestimmung „nicht nur als Grundbedingung der Handlungsfreiheit, sondern sogar als eine Funktionsbedingung der freiheitlichen Demokratie“ anerkennt. So auch *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (115).

<sup>19</sup> BVerfGE 65, 1 (45); *Puschke*, 65, 71; *Son*, 146; *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (113, 134); *Dose*, 89. A.A.: *Rogall*, 60f., der eine enge Verbindung der Daten zur Persönlichkeit des Betroffenen fordert.

<sup>20</sup> BVerfGE 65, 1 (43f.); Bonn-KommGG/D. *Lorenz*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 330; *Simitis*, NJW 1984, 398 (400); *ders.*, KritV 2000, 359 (367); *Rogall*, 44.

<sup>21</sup> BVerfGE 65, 1 (45); *Puschke*, 67.

<sup>22</sup> BVerfGE 65, 1 (45); a.A.: *Rogall*, 61.

<sup>23</sup> BVerfGE 65, 1 (45); *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 43; *Maunz/Dürig/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 174; *Riepl*, Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998, 8. A.A.: *Rogall*, 60. *Denninger*, Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (114) verweist auf ein „Nebeneinander beider Kriterien“.

<sup>24</sup> *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 43.

## 2. Eingriff und Schranken

Aufgrund des bewusst sehr weiten sachlichen Schutzbereichs des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG stellt dann aber auch jede Datenerhebung, -verwertung, -verwendung oder sonstige -nutzung personenbezogener Daten einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, der gerechtfertigt werden kann.<sup>25</sup> Dies gilt insbesondere für die Nutzung von Informationen innerhalb der Strafverfolgung, da es sich hier stets um einen Umgang mit personenbezogenen Daten handelt.<sup>26</sup> Dabei ist zwischen dem selbstständigen Eingriff der Erhebung, dem der zweckgebundenen Verwertung und dem der zweckändernden Verwendung zu unterscheiden.<sup>27</sup> So stellt die der Verwendung der Daten innewohnende Zweckänderung einerseits einen eigenständigen Eingriff dar, andererseits vertieft sie den schon durch die Erhebung stattgefundenen Eingriff erneut.<sup>28</sup> Je nach Maßnahme kann der Schutz des Wohngrundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG oder des Fernmeldegeheimnisses aus Art. 10 Abs. 1 GG spezieller sein.<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> BVerfGE 65, 1 (43); so auch *Zöller*, StV 2019, 419 (420); *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (646 f.); *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (116); *Maunz/Dürig/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 176; *Son*, 68. *Puschke*, 73, der bei fehlendem Zwang einer Datenerhebung zumindest einen Eingriff nach dem modernen Eingriffsbegriff bejaht. Dies kritisierend: *Rogall*, 62 f.; *Bull*, JZ 2017, 797 (799). *Dose*, 111 f. entgegnet der Kritik zu Recht trotz Gefahr eines Totalvorbehalts, der eine „Verrechtlichung“ der Materie zur Folge habe, dass es notwendig sei, dem Wesensgehalt gerecht werdende Ermächtigungsgrundlagen für den Umgang mit personenbezogenen Daten und damit zur Rechtfertigung von Eingriffen in den notwendigerweise weiten Schutzbereich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu schaffen. *Würtenberger*, in: FG Hilger, 263 (272), will sogenannten „Störer-Daten“ den Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG entziehen. „Dieses Grundrecht verleih[e] kein Recht auf Geheimhaltung der auf erhebliche Straftaten bezogenen Daten“. Dem ist zu widerstreiten. So kann der Schutzbereich personenbezogener Daten nicht anhand des Inhalts und seiner Relevanz für staatliche Handlungspflichten bestimmt werden, sondern muss aus sich heraus bestimmt werden.

<sup>26</sup> *Puschke*, 69 f., 73 f.; *Dose*, 90 f.

<sup>27</sup> BVerfGE 65, 1 (45 ff.); Bonn-KommGG/D. *Lorenz*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 338; *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 53; *Ruthig*, in: FG Hilger, 183 (191).

<sup>28</sup> BVerfGE 100, 313 (360); BVerfGE 109, 279 (375); *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546); *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1110); *Singelstein*, ZStW (120) 2008, 854 (856). A. A.: *LR/Hauck*, § 100e Rn. 65. Dies für die Verwertung von rechtswidrig erlangten Untersuchungsfunden Zustimmungswürdig ebenso annehmend *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (650; 654).

<sup>29</sup> BVerfGE 109, 279 (325); BVerfGE 100, 313 (358). Die Maßnahme aus § 100c StPO stellt einen Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG dar und muss damit dem Gesetzesvorbehalt des Art. 13 Abs. 3 GG gerecht werden. § 100a StPO hingegen ist Ermächtigungsgrundlage eines Eingriffs in Art. 10 Abs. 1 GG. Da sowohl der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG wie auch der des Art. 10 Abs. 1 GG eine zweckändernde Nut-

Diese Eingriffe in Form der Erhebung, Verwertung oder Verwendung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung können gerechtfertigt sein. So gewährleistet das Grundgesetz dieses Recht nicht schrankenlos. Vielmehr erlaubt der qualifizierte Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 1 GG einen Eingriff dann, wenn sich dafür eine gesetzliche Grundlage in der verfassungsmäßigen Ordnung wiederfindet.<sup>30</sup> Ist ein Eingriff somit nicht ausdrücklich erlaubt, weil keine dem Gesetzesvorbehalt gerecht werdende Erlaubnis existiert oder diese den verfassungsrechtlichen Schranken-Schranken nicht gerecht wird, dann ist er verboten.<sup>31</sup> Diese sich aus dem Grundgesetz ergebende Grundwertung gilt grundsätzlich für alle Datenverarbeitungsvorgänge und -stadien. Stellt jede Art der Datenverarbeitung innerhalb des Strafverfahrens einen Eingriff dar, kann jeder dieser Eingriffe auch nur gerechtfertigt sein, wenn sich eine entsprechende Rechtsgrundlage innerhalb der StPO wiederfindet. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG ist dabei ähnlich weit wie schon der Schutzbereich.<sup>32</sup> Er beschränkt die Eingriffe nicht inhaltlich auf einen bestimmten Bereich, sondern macht sie immer dann möglich, wenn sie der verfassungsmäßigen Ordnung entsprechen. Von einer solchen Rechtfertigung ausgenommen bleiben allerdings solche Eingriffe, die den Wesensgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung betreffen. Gem. Art. 19 Abs. 2 GG ist dieser eingriffsfest.<sup>33</sup> Außerdem ist ein Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde, welche von Art. 1 Abs. 1 GG und somit als Teil des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet wird, ebenfalls ausgeschlossen.<sup>34</sup>

---

zung der Informationen mitumfasst, sind Art. 13 GG und Art. 10 GG spezieller als der Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 GG. So auch *Zöller*, StV 2019, 419 (420).

<sup>30</sup> *Dallmeyer*, 55; *Dose*, 91; Bonn-KommGG/D. *Lorenz*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 402; *Wolter*, GA 1988, 49 (59).

<sup>31</sup> *Dallmeyer*, 52.

<sup>32</sup> *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (134).

<sup>33</sup> BVerfGE 27, 344 (350 f.); BVerfGE 32, 373 (379); *Wolter*, GA 1988, 129 (137).

<sup>34</sup> BVerfGE 130, 1 (22); BVerfGE 109, 279 (313 f.); BVerfGE 34, 238 (245); *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 65; *Wolter*, GA 1988, 49 (61). Ist die Menschenwürde verletzt, ist auch der Wesensgehalt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung verletzt: *Jarass/Pieroth*, Art 19 Rn. 9.

*a) Datenerhebung und -erlangung*

Das erste innerhalb der StPO relevant werdende Stadium der Datenverarbeitung ist die Beweiserhebung. Hierzu regelt die StPO im Achten Abschnitt des ersten Buchs abschließend verschiedene Befugnisnormen.<sup>35</sup>

*aa) Rechtmäßige Datenerhebung*

Die Ermächtigungsgrundlagen der StPO erlauben einerseits Eingriffe unter Zuhilfenahme von Zwang (§§ 94 ff. StPO), andere, insbesondere „Informationseingriffe“, laufen verdeckt ab und werden damit vom Betroffenen zunächst nicht wahrgenommen (§§ 100a ff. StPO). Dabei kommt es zumeist durch die Datenerhebung personenbezogener Daten neben dem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>36</sup> durch die je spezielle Ermittlungsmaßnahme zu weiteren grundrechtsrelevanten Eingriffen, wie beispielsweise in Art. 10 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 1 GG oder Art. 14 Abs. 1 GG. Jedenfalls haben alle diese Ermächtigungsgrundlagen die Gemeinsamkeit, Eingriffe in die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten zu rechtfertigen, aber die entsprechenden Grundrechte dadurch auch zu schützen und eine gewisse Verfahrenssicherung zu gewährleisten.<sup>37</sup>

*bb) Rechtswidrige Datenerhebung*

Außerhalb dieser Normen ist eine Erhebung von Beweisen zu strafverfahrensrechtlichen Zwecken unzulässig.<sup>38</sup> Diese stellt dann eine rechtswidrige Datenerhebung dar. Die Datenerhebung verstößt gegen die entsprechende Ermächtigungsgrundlage. Sie kann, wenn die nicht eingehaltene Voraussetzung „grundrechtsschützenden Charakter“<sup>39</sup> hat, also gerade keine Rechtfertigungsgrundlage für den zugrunde liegenden Grundrechtseingriff darstellen.<sup>40</sup> Es kommt zu einer Grundrechtsverletzung. So sind sowohl Untersuchungsfunde als auch Zufallsfunde, die auf einer solchen Erhebung beruhen, rechtswidrig erlangt.

---

<sup>35</sup> *Dallmeyer*, 59. Überblick über einige Ermächtigungsgrundlagen und ihre Inhalte bei *Blehschmitt*, MMR 2018, 361 (363 ff.).

<sup>36</sup> *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (218).

<sup>37</sup> *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297 (304).

<sup>38</sup> *Dallmeyer*, 59; *Bernsmann/Jansen*, StV 1998, 217 (223).

<sup>39</sup> *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (648 Fn. 37).

<sup>40</sup> *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (648); *ders.*, ZStW 120 (2008), 854 (888).

## cc) Erlangung von Zufallsfunden

Ist die Ermächtigungsgrundlage entsprechend weit, führt sie oftmals nicht nur zur Erhebung des gezielt gesuchten Untersuchungsfunds, sondern bei einer rechtmäßig angeordneten und durchgeführten Zwangsmaßnahme oder bei einem Informationseingriff auch zur Erlangung von rechtmäßigen Zufallsfunden. Dies ist insbesondere bei den heimlichen Ermittlungsmaßnahmen der Fall. Dieses Mitankommen ist dann von der Ermächtigungsgrundlage der Zwangsmaßnahme mitumfasst und damit gerechtfertigt.<sup>41</sup> Damit wird der Zufallsfund zwar als rechtmäßig betrachtet<sup>42</sup>, da es jedoch nicht die Intention der Maßnahme bzw. der Ermächtigungsgrundlage ist, zu diesem Zufallsfund zu gelangen, haftet seiner Erlangung und damit dem Zufallsfund selbst ein „Weniger“ an Legitimation an.<sup>43</sup>

Mit dem Sinn und Zweck der Ermächtigungsgrundlage der Ermittlungsmaßnahme argumentierend, ließe sich zugunsten des Beschuldigten auch vertreten, dass solch weitgehende Ermächtigungsgrundlagen bezüglich der Zufallsfunde teleologisch zu reduzieren sind und damit keine Rechtsgrundlage für deren Erlangung darstellen. Schließlich zielen diese auf die Erlangung von Informationen zu Beweis Zwecken innerhalb des Verfahrens ab, das die Ermittlungsmaßnahme ausgelöst hat. Ein Zufallsfund wäre dann immer rechtswidrig erlangt. Eine Norm, die dessen weitere Verwendung rechtfertigt, müsste dies innerhalb der Interessenabwägung berücksichtigen. Das widerspricht jedoch dem klaren Wortlaut der meisten Datenerhebungsermächtigungsnormen, die sämtliche Informationen umfasst. Dem Gesetzgeber wäre eine Beschränkung auf die allein tatbezogenen Informationen durchaus möglich gewesen, was er insbesondere auch bei der Etablierung neuer Ermächtigungsgrundlagen wie § 100b StPO erneut nicht getan hat, obwohl ihm zu diesem Zeitpunkt der Anfall von Zufallsfunden durchaus bekannt war. Auch mit Blick auf § 100c StPO wird deutlich, dass der Gesetzgeber ganz bewusst die Erhebungsermächtigung auf sämtliche durch die Ermittlungsmaßnahme anfallenden Informationen erstreckt hat. So erstreckt er die Abhör- und Aufzeichnungsbefugnis nicht allein auf die Äußerungen, die zur Erforschung des Sachverhalts bezüglich der im Verdacht stehenden Straftat erforderlich sind, sondern auf sämtliche in der Wohnung nichtöffentlich gesprochenen Worte,

---

<sup>41</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (859). Einen Eingriff aufgrund fehlender Finalität verneinend: *Dose*, 118; *Benning*, 33.

<sup>42</sup> *Kelnhöfer*, 229; siehe entsprechende Ausführungen bei *Labe*, 44 Fn. 9.

<sup>43</sup> *Prittwitz*, StV 1984, 302 (310); *Kelnhöfer*, 231; *Rupp*, in: 46. DJT, 167 (182), der betont, dass die Erlangung und Verwendung eines Zufallsfundes „nun einmal nicht den Makel abstreifen [kann], sich die rechtsstaatlichen Voraussetzungen des Zugriffs erschlichen zu haben“ und damit § 108 StPO als rechtsstaatliche Verfassungssinkongruenz kritisiert.

mit Ausnahme solcher Äußerungen, die gem. § 100d Abs. 1 StPO in den Kernbereich privater Lebensgestaltung fallen. Im Fall des § 94 Abs. 1 StPO grenzt der Gesetzgeber die Erhebungsgrundlage noch auf solche Gegenstände ein, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können. Die reine Miterlangung von Zufallsfunden ist hier nicht möglich. Zumindest für den Fall der strafverfahrensrechtlich relevanten Zufallsfunde hat der Gesetzgeber § 108 Abs. 1 Satz 1 StPO geschaffen, der deutlich zeigt, dass er eine Erlangung von Zufallsfunden innerhalb der Grenzen der Erhebungsgrundlage als rechtmäßig erachtet. Es ist mithin davon auszugehen, dass er die Erfassung sämtlicher Informationen innerhalb der (heimlichen) Ermittlungsmaßnahmen der StPO zumindest als Nebeneffekt des weiten Wortlauts duldet, um nicht jedes Mal eine dem § 108 Abs. 1 Satz 1 StPO entsprechende Rechtsgrundlage schaffen zu müssen. Eine Einschränkung des Wortlauts ist damit unzulässig. Darüber hinaus ließe eine solche Einschränkung eine Differenzierung in solche Zufallsfunde, die auf einer rechtswidrig durchgeführten Maßnahme basieren und somit tatsächlich rechtswidrig sind und solchen, die zumindest in den rechtlichen Grenzen der Erhebungsgrundlage erlangt wurden, nicht mehr vornehmen. Alle diese Zufallsfunde wären rechtswidrig. Eine solche Gleichbehandlung erscheint unverhältnismäßig, da bei der rechtmäßigen Durchführung einer Maßnahme die ausführende Behörde innerhalb der rechtlichen Grenzen gehandelt hat und dieses Handeln somit grundsätzlich gerechtfertigt war.<sup>44</sup>

Genauso wenig kann aber die rechtmäßige Erlangung eines Zufallsfundes aufgrund der fehlenden gesetzgeberischen Intention und dem deshalb zugrunde liegenden „Weniger an Legitimation“ der gewollten Erhebung eines Untersuchungsfundes wertungsmäßig gleichgestellt werden. Die Weite der Erhebungsgrundlagen hat nämlich zur Folge, dass ein Mehr an Informationen erhoben wird, deren grundsätzliches Bestreben das Eingreifen der staatlichen Behörden nicht war. Ihrer Erlangung fehlt es an der notwendigen Zweckbestimmung. Es fehlt dem Zufallsfund außerdem an einem zugrunde liegenden Sachverhalt, bei dem der Betroffene der Behörde einen Anlass gegeben hat, gegen ihn vorzugehen. Eine Differenzierung insbesondere mit Blick auf die Eingriffsintensität muss spätestens bei einer weiteren Nutzung gemacht werden.

### *b) Datenverwertung von Untersuchungsfunden*

Die Verwertung von Untersuchungsfunden stellt als Informationsverwertung personenbezogener Informationen<sup>45</sup> einen eigenen Eingriff in das Recht

---

<sup>44</sup> Vgl. *Gusy*, HRRS 2009, 491 (492).

<sup>45</sup> Siehe *Dallmeyer*, 48; *Jahn/Dallmeyer*, NSTz 2005, 297 (303).



auf informationelle Selbstbestimmung dar.<sup>46</sup> Dies gilt sowohl für die Verwertung von rechtmäßig erlangten Untersuchungsfunden als auch für die Verwertung von rechtswidrig erlangten Untersuchungsfunden. Im Falle der rechtswidrig erlangten Untersuchungsfunde tritt neben den selbstständigen Eingriff, der durch die Verwertung entsteht, allerdings noch die durch die Verwertung perpetuierende Verletzung<sup>47</sup> in das durch die Erhebung betroffene Grundrecht. Auch dieser Eingriff in Form der Verwertung bedarf einer dem Gesetzesvorbehalt gerecht werdenden, verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage, die ihn rechtfertigt.<sup>48</sup>

#### aa) Verwertung rechtmäßig erlangter Untersuchungsfunde

Durch die Verwertung rechtmäßig erlangter Untersuchungsfunde kommt es zu einem eigenständigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und zu einem erneuten Eingriff in das schon für die Erhebung relevant werdende Grundrecht.<sup>49</sup> Ist beispielsweise durch die Erhebung von Daten mit Hilfe einer akustischen Wohnraumüberwachung in Art. 13 Abs. 1 GG eingegriffen worden, so führt das Einführen dieser Daten – jenseits des Ermittlungsverfahrens – in die Hauptverhandlung und die damit verbundene Kenntnisnahme durch die Öffentlichkeit oder bei Ausschluss dieser zumindest durch alle an der Hauptverhandlung teilnehmenden Parteien zu einem erneuten Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG. Jede weitere Nutzung von Informationen aus dem Wohnbereich stellt nämlich einen erneuten, rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 GG dar.<sup>50</sup> Ein solcher Eingriff soll jedoch durch die Erhebungsermächtigungsgrundlage gerechtfertigt sein, soweit diese den Erhebungszweck hinreichend bestimmt, die Verwertung von der Reichweite des Erhebungszwecks umfasst ist, die

---

<sup>46</sup> BVerfGE 130, 1 (35); wobei sich das Gericht konkret auf die Verwendung bezieht. *Störmer*, 102; *Hefendehl*, StV 2001, 700 (705); *Niehaus*, 84; *Dautert*, 59. BVerfGE 100, 313 (359) erstreckt den Schutz des Art. 10 GG auch auf den Datenverarbeitungsprozess und fordert auch für solche „Grundrechtsbeschränkungen eine gesetzliche Regelung“. Für den Fall der Verwertung nach einer rechtswidrigen Erhebung: *Singelnstein*, in: FS Eisenberg, 643 (649 f.).

<sup>47</sup> *Dautert*, 59 f.; *Gusy*, in: FS Schenke, 395 (406 f.); *Amelung*, 1990, 26. A.A.: *Dallmeyer*, 61, der nicht von einer zwangsläufigen Perpetuierung ausgeht. *Dencker*, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255) spricht von einer Perpetuierung im Zusammenhang mit selbstständigen Verwertungsverboten. Dem ist jedoch zu widersprechen. Da ihnen keine rechtmäßige Erhebung vorausgeht, kann es auch zu keiner Perpetuierung kommen. Vgl. noch AnwK-StPO/*Löffelmann*, Einleitung Rn. 147, der wohl die Verwertung als Teil der Verwendung sieht.

<sup>48</sup> *Amelung*, 1990, 53 f.

<sup>49</sup> *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297 (304); a.A.: *Weichert*, 188.

<sup>50</sup> BVerfGE 109, 279 (375).

Ermächtigungsgrundlage des Erhebungseingriffs somit der Zweckbindung gerecht wird<sup>51</sup> und eine Verwertung keinen selbstständigen Eingriff in andere Grundrechte darstellt, den die Erhebungsgrundlage nicht zu rechtfertigen in der Lage ist. Dabei liegt einer strafverfahrensrechtlichen Erhebungsbefugnis personenbezogener Daten immer der Zweck zugrunde, diese Daten auch zur späteren Beweisführung zu verwerten. Eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage ohne einen solchen Zweck wäre hingegen unverhältnismäßig<sup>52</sup>, da es keine Beweiserhebung allein um ihretwillen geben kann. Bei rechtmäßiger Erhebung der Daten kann die strafverfahrensrechtliche Erhebungsgrundlage somit die Verwertung der Daten und den ihr zugrundeliegenden Grundrechtseingriff rechtfertigen.

#### bb) Verwertung rechtswidrig erlangter Untersuchungsfunde

Daraus muss sich dann aber für die rechtswidrig erlangten Untersuchungsfunde in der Konsequenz ergeben, dass „bei Nichtvorliegen der [grundrechtsschützenden] tatbestandlichen Voraussetzungen Erhebung und Verwertung des Beweisgegenstandes [auf der Grundlage der Erhebungsermächtigung] verboten sind“.<sup>53</sup> Der ursprüngliche, durch die Erhebung erfolgende und nicht gerechtfertigte Eingriff stellt eine Grundrechtsverletzung dar, welche sich in der Verwertung perpetuiert.<sup>54</sup> Daneben kommt es durch die Verwertung der rechtswidrig erlangten Untersuchungsfunde ebenfalls zu einem eigenständigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>55</sup>

Ist nun aber schon die Beweiserhebung nicht von der Ermächtigungsgrundlage gerechtfertigt, kann eine entsprechende Verwertung der dann rechtswidrig erlangten Funde innerhalb des Strafverfahrens ebenfalls nicht von dieser gerechtfertigt sein. Es bedürfte einer eigenen Rechtsgrundlage, die

---

<sup>51</sup> Vgl. zur aktuellen Rechtsprechung auch BVerfGE 141, 220 (324 f. Rn. 279). Außerdem *Ernst*, 73 f.; LR/*Hauck*, § 100e Rn. 64; *Dose*, 73; *Löffelmann*, 208; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (856), der aber entgegen der hier vertretenen Ansicht von einer „der Erhebung folgenden Verwendung“ spricht – *ders.*, in: FS Eisenberg, 643 (652); *Rogall*, StV 1996, 513 (515 f.); *Hefendehl*, StV 2001, 700 (705); *Dallmeyer*, 66, 70 m. w. N. A. A.: *Störmer*, 104; *Ernst*, 73, der darin keinen eigenen Grundrechtseingriff sieht.

<sup>52</sup> *Dallmeyer*, 66, 70; so auch *Grawe*, 148 f.; *Dose*, 115; *Ernst*, 73.

<sup>53</sup> *Dallmeyer*, 132 f.; *ders.*, HRRS 2009, 429 (430); *Fezer*, Fall 16 Rn. 30 f. Auch wenn wie *Wolter*, in: FS Küper, 707 (710) richtig feststellt, die „Verwertung von Beweisen“ grundsätzlich „gegenüber dem Problem der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung eigenständig zu beurteilen ist“.

<sup>54</sup> *Wolter*, in: FS Küper, 707 (710).

<sup>55</sup> *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 67.

die Verwertung rechtswidrig erlangter Untersuchungsfunde rechtfertigt.<sup>56</sup> Ohne eine solche Rechtsgrundlage müsste die Verwertung grundsätzlich verboten sein.

Die weit h.M. verneint jedoch ein aus einem Verstoß gegen eine Erhebungsgrundlage folgendes automatisches Verwertungsverbot.<sup>57</sup> So stünden das dem deutschen Strafprozess zugrunde liegende Legalitätsprinzip und das Prinzip der materiellen Wahrheit einem solch umfassenden Verbot entgegen.<sup>58</sup> Es bedürfe vielmehr einer im Einzelfall vorgenommenen Abwägung, bei dem die Verletzung der Grundrechte des Betroffenen und das Interesse an der Strafverfolgung in ein Verhältnis gebracht werden würde.<sup>59</sup> Dass eine solche Abwägung zumindest im Fall vorausgegangener, erheblicher und damit wesentlicher Grundrechtsverletzungen, nimmt man den Gesetzesvorbehalt ernst, der Gesetzgeber selbst zu treffen hat, wird dabei zumeist nicht thematisiert. Lediglich vereinzelte Stimmen problematisieren die Notwendigkeit solcher Rechtsgrundlagen.<sup>60</sup> Diese aber in dem allgemeinen Grundsatz

<sup>56</sup> *Dallmeyer*, 132 f.; *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (648); *ders.*, in: Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 251 (259 f.); so grundsätzlich auch *Jahn*, C66 ff.; *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297 (304), die betonen, dass der Rechtsanwender die Wertungen des Gesetzgebers nicht durch eine spätere Abwägung relativieren darf.

<sup>57</sup> BVerfG NJW 2011, 2417 (2418 f.); BVerfG NJW 2007, 499 (503); BVerfG NJW 2000, 3557; BVerfG, NStZ 2006, 46 (47); BVerfG 16, 22 (28); BGHSt 19, 325 (331); BGHSt 24, 125 (130); BGHSt 38, 372 (373); BGHSt 42, 15 (21); BGHSt 52, 110 (116 Rn. 21); BGHSt 58, 84 (97 Rn. 33); *Beulke/Swoboda*, § 23 I 4 Rn. 457; *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (21); *Dencker*, 90; Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl Rn. 55. A.A.: *Schilling*, 104 f.; *Dallmeyer*, 51; *Kühne*, § 54 Rn. 907.4; *Sydow*, 70 f., 96; *Strate*, JZ 1989, 176 (179).

<sup>58</sup> Für viele: *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 13.

<sup>59</sup> BGHSt 19, 325 (329 f.); BGHSt 27, 355 (357); BGHSt 32, 32 (35); BGHSt 38, 372 (373 f.); BGHSt 38, 214 (219 f.); BGHSt 42, 15 (21); BGHSt 44, 243 (249); BGHSt 47, 172 (179); BGHSt 51, 285 (289 f. Rn. 20); BGHSt 46, 189 (195); BGHSt 52, 48 (54 Rn. 23); BGHSt 52, 110 (116 Rn. 21); BGHSt 58, 84 (96 Rn. 31); BVerfG 9, 174 (196); BVerfG 16, 22 (28); BVerfG NJW 2011, 2417 (2418 f.); *Rogall*, ZStW 91 (1979), 1 (30 f.); *ders.*, NStZ 1988, 385 (391); *ders.*, JZ 1996, 944 (947 f.); *ders.*, in: FS Hanack, 293 (308 f.); a.A.: *Wolter*, GA 1999, 158 (167); *ders.*, in: FG BGH, 963 (986 f.); SK-StPO/*Wohlers*, Einleitung Rn. 272, der kritisiert, dass dadurch „nicht das Gesetz, sondern der Rechtsanwender darüber entscheidet, ob und wenn ja, welche Verfahrensfehler unter welchen Voraussetzungen ein Verwertungsverbot nach sich ziehen“ mit weiterer Kritik in Rn. 286.

<sup>60</sup> *Wolter*, in: FG BGH, 963 ff.; *Jahn*, C66 ff., der grundsätzlich ebenfalls für eine Beweisbefugnislehre streitet. *Jahn/Brodowski*, in: FS Rengier, 409 (422) betonen, dass „der Anklagevorwurf mit den Mitteln auszuforschen ist, die im Strengbeweisverfahren zur Verfügung stehen“. Beweise, die aus einer rechtswidrigen Erhebung resultieren, stehen dem Strengbeweisverfahren jedoch strenggenommen nicht zur Verfügung, so lange eine bestimmte Verwertungsbefugnisnorm sie nicht explizit zugänglich machen. So auch *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653).

der freien richterlichen Beweiswürdigung aus § 261 StPO zu sehen<sup>61</sup> oder in dem sich aus § 244 Abs. 2 StPO ergebenden Legalitätsprinzip<sup>62</sup>, ist entgegen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>63</sup> und einiger Stimmen innerhalb der Literatur<sup>64</sup> abzulehnen.<sup>65</sup> § 261 StPO stellt auch in Verbindung mit § 244 Abs. 2 StPO gerade keine Ermächtigungsgrundlage dar, sondern definiert vielmehr einen Grundsatz innerhalb der Urteilsfindung.<sup>66</sup> Darüber hinaus ist aus den §§ 261, 244 Abs. 2 StPO heraus nicht erkennbar, wann sie in der Lage sind, eine Verwertung von rechtswidrig erhobenen Beweisen zu rechtfertigen und welche rechtswidrig erhobenen Beweise wiederum einem Verwertungsverbot unterliegen. Es wird vielmehr eine Abwägung durch die Rechtsprechung notwendig, die im Gesetz keine Anhaltspunkte findet.<sup>67</sup> §§ 261, 244 Abs. 2 StPO sind als Rechtsgrundlagen mithin zu unbestimmt.<sup>68</sup> Dies gilt ebenfalls für die für das Ermittlungsverfahren einschlägigen und als Ermächtigungsgrundlagen oftmals in Anknüpfung gebrachten §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 Satz 2, 152 Abs. 2 StPO.<sup>69</sup> Der Verfassung gerecht werdende Ermächtigungsgrundlagen, die die Verwertung rechtswidrig erhobener Beweise erlaubt, sieht die StPO nicht vor.<sup>70</sup> Das mag auch daran liegen, dass der Gesetzgeber rechtswidriges Handeln nicht ausdrücklich durch ein Gesetz legitimieren will.<sup>71</sup> Auch in den Fällen, in denen die Beweiserhebung selbst nicht rechtswidrig verläuft, die Verwertung aber einen eigenen, von der Erhebung unabhängigen Grundrechtseingriff bedeutet, den die Erhebungsgrundlage nicht zu rechtfertigen in der Lage ist, fehlt es an

---

<sup>61</sup> *Dautert*, 60, die auf S. 236 in §§ 261, 244 Abs. 2, 152 Abs. 2, 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 S. 2 und 203 StPO Verwertungsgeneralklauseln geregelt sieht. Auf S. 237 spricht sie jedoch von Verwertungsverboten, als Folge von Grundrechtsverletzungen; vgl. auch *Rogall*, JZ 2008, 818 (825); *Rehbein*, 144 f.

<sup>62</sup> *Jahn*, C68 f.

<sup>63</sup> BVerfGE 130, 1 (35 f.); BVerfGK 17, 311 (314).

<sup>64</sup> *Beulke/Swoboda*, § 23 I 2 Rn. 454; *Jahn*, C66 ff., der grundsätzlich ebenfalls für eine Beweisbefugnislehre streitet. *Jahn/Brodowski*, in: FS Rengier, 409 (422).

<sup>65</sup> So auch *Dallmeyer*, 130; *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653); MüKo-StPO/*ders.*, Vor § 474 Rn. 54; *Eschelbach/Wasserburg*, in: FS Wolter, 877 (888).

<sup>66</sup> *Rogall*, StV 1996, 513 (516); *Dallmeyer*, 131; *Bockemühl*, in: Effektive Strafverteidigung 51 (62); *Walter*, 286 ff.; BeckOK-StPO/*Eschelbach*, § 261 Rn. 1; *Gössel*, in: FS Bockelmann, 801 (812). A.A.: *Störmer*, 75 ff., 107 ff.; *Jahn*, C68 f.

<sup>67</sup> Dies ebenso kritisierend: *Ambos*, 48.

<sup>68</sup> So wohl auch *Eschelbach/Wasserburg*, in: FS Wolter, 878 (888); *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653). A.A.: BVerfGE 130, 1 (40).

<sup>69</sup> *Amelung*, 2011, 147; *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653); MüKo-StPO/*ders.*, Vor § 474 Rn. 54. A.A. aber z.B. *Störmer*, 112; *Jahn*, C69.

<sup>70</sup> Dasselbe gilt für die Verwertung rechtswidrig erhobener Informationen innerhalb des Polizeirechts: *Gusy*, PolR Rn. 275; eine Abwägung ohne gesetzliche Grundlage für ausreichend erachtend *Zeitler/Trurnit*, Rn. 794.

<sup>71</sup> Auch wenn er das im Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO ausnahmsweise tut.

einer entsprechenden, gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für die Verwertung. Auch hierfür bedürfte es einer die Verwertung und den damit verbundenen Grundrechtseingriff rechtfertigenden Ermächtigungsgrundlage innerhalb der StPO, um eine Grundrechtsverletzung zu vermeiden.

### c) Datenverwendung von Zufallsfunden

Der Erlangung der Zufallsfunde liegt in der Regel ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und in die weiteren, durch die Maßnahme beeinträchtigten Grundrechte zugrunde. Diese setzen sich auch bei der Verwendung fort und vertiefen sich.<sup>72</sup> Ihrer Erlangung haftet außerdem ein innerhalb der Verwendung zu berücksichtigendes „Weniger an Legitimation“ an.<sup>73</sup> Außerdem wohnen der Nutzbarmachung von Zufallsfunden zu meist eigenständige Grundrechtseingriffe in die durch die Erlangung betroffenen Grundrechte in Form einer Zweckänderung inne, die von der ursprünglichen Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt sein können.<sup>74</sup> Hierin unterscheiden sich die Eingriffsintensität der Verwertung von rechtmäßig erlangten Untersuchungsfunden und der Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde. Um diese neuen Grundrechtseingriffe, die durch die Verwendung entstehen, zu rechtfertigen, bedarf es einer Rechtsgrundlage, die die Verwendung dieser Daten zu anderen Zwecken erlaubt<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> So auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 35; ders., in: FG Hilger, 275 (281); Welp, Jura 1981, 472 (474); Gusy, in: FS Schenke, 395 (406 f.); Reinbacher/Werkmeister, ZStW 130 (2018), 1104 (1110, 1142 f.); Gazeas, 522. A.A.: AnwK-StPO/Löffelmann, Einleitung Rn. 147.

<sup>73</sup> Siehe schon S. 102 ff.

<sup>74</sup> BVerfGE 65, 1 (46); BVerfGE 100, 313 (360); BVerfGE 109, 279 (375); BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285). Ernst, 75; Gusy, PolR Rn. 259; Hefendehl, StV 2001, 700 (705); Ruthig, in: FG Hilger, 183 (191); Dose, 119; Werkmeister, in: FS Eisenberg, 575 (580 f.); Voigt, StV 2017, 435 (435); Zöller, in: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 453. Deshalb verwirft Grawe, 141, 151 den Begriff des Zufallsfunds und etabliert den Begriff des Zufallsverwendungszwecks. A.A.: Ernst, 90 f., der die Verwendung von strafverfahrensrechtlichen Zufallsfunden innerhalb eines anderen Strafverfahrens nicht als Zweckentfremdung anerkennt.

<sup>75</sup> Dencker, in: FS Meyer-Goßner, 237 (255), der meint, dass Verwendungsregelungen festlegen, ob Informationen für irgendwelche anderen Zwecke verwendet werden können, wohingegen Verwertungsverbote darüber entscheiden, ob der ursprüngliche Grundrechtseingriff durch eine weitere zweckgebundene Verwertung perpetuiert werden darf. Puschke, 156; Benning, 42; Amelung, 2011, 147. Singelstein, in: Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 251 (259 f.); ders., NSiZ 2012, 593 (604). Vgl. auch Dose, 92, 116; Löffelmann, 162; ders., JR 2010, 443 (456); Bertram, 315; Reinbacher/Werkmeister, ZStW 130 (2018), 1104 (1113); Störmer, 142, 155; W.-R. Schenke, JZ 2001, 997 (998); Wolter, GA 1988, 49 (58 f.); ders., ZStW 107 (1995), 793 (798 f. Fn. 21); ders., in: FG BGH, 963 (992).

Einige Stimmen innerhalb der Literatur sprechen sich aufgrund des „Weniger an Legitimation“ bei der Erlangung der Zufallsfunde hingegen grundsätzlich gegen eine weitere Verwendung sogar der rechtmäßigen Zufallsfunde aus.<sup>76</sup> Dies lässt aber außer Acht, dass den Staat grundsätzlich die Pflicht trifft, tätig zu werden, wenn er auf rechtmäßige Art und Weise Kenntnis von einer Straftat oder einer bevorstehenden Gefahr erlangt. Das ergibt sich aus dem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Legalitätsprinzip und den grundrechtlichen Schutzpflichten.

Aus diesem Grund regeln die Verwendungsregelungen der StPO die Voraussetzungen für eine solche Zweckänderung und damit die Nutzbarmachung der Zufallsfunde. Sie legen damit fest, wann eine solche erlaubt ist und etablieren dem Gesetzesvorbehalt gerecht werdende Ermächtigungsgrundlagen.<sup>77</sup> Sie haben dabei die staatliche Schutzpflicht gegenüber den Bürgern und das Strafverfolgungsinteresse des Staates gegen die durch die Erlangung und dann spätere Verwendung von Zufallsfunden betroffenen Individualrechte des Einzelnen abzuwägen.<sup>78</sup> Die zweckentfremdende Verwendung ist also nur auf Grundlage einer geschriebenen Verwendungsnorm zulässig.<sup>79</sup> Eine solche Rechtsgrundlage darf dabei nicht außer Acht lassen, dass der zweckändernden Verwendung von Zufallsfunden neben dem Grundrechtseingriff der in der Zweckänderung selbst liegt, immer auch der Grundrechtseingriff in Form der Erlangung der Zufallsfunde zugrunde liegt, der sich regelmäßig durch die Verwendung perpetuiert.<sup>80</sup> Die Verwendung von Zufallsfunden stellt somit per se einen noch intensiveren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar als die Verwertung von Untersuchungsfunden, da gerade der Erlangung von Zufallsfunden durch die fehlende Zielrichtung dieser ein Weniger an Legitimation anhaftet. Je intensiver jedoch der Eingriff ist, der der Erlangung des Zufallsfundes zugrunde

---

<sup>76</sup> Prittwitz, StV 1984, 302 (310); Schröder, 153 f.

<sup>77</sup> Reinbacher/Werkmeister, ZStW 130 (2018), 1104 (1113); Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (864 f.); ders., in: Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 251 (258); Rogall, in: FS Kohlmann, 465 (484); ders., JZ 1996 944 (949); Schinkel, 59; W.-R. Schenke, JZ 2001, 997 (998); ders., in: FG Hilger, 225 (233); Dautert, 73; Dose, 187. A.A. Zöller, StV 2019, 419 (421 f.), der in den §§ 161 Abs. 2 Satz 1, 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO keine Befugnissnormen sieht, sondern Regelungen zur „Beschränkung der Verwendbarkeit“.

<sup>78</sup> ASP, 368 betont außerdem, dass das „Legalitätsprinzip [...] eine Befugnissnorm zur Verwendung der Daten ohnehin nicht ersetzen könnte“.

<sup>79</sup> BVerfGE 130, 1 (33); BVerfGE 141, 220 (324 Rn. 277); BVerfGE 109, 279 (375 f.); BVerfGE 65, 1 (51, 61).

<sup>80</sup> Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (889). Dies auch für die Verwendung rechtmäßig erlangter Zufallsfunde betonend: Reinbacher/Werkmeister, ZStW 130 (2018), 1104 (1142 f.). A.A.: Dose, 170.

liegt, desto höher sind die Anforderungen an die Verwendungsregelung.<sup>81</sup> Die Zweckentfremdung rechtswidriger Zufallsfunde, deren Erlangung sogar eine Grundrechtsverletzung zugrunde liegt, bedarf somit, will man sie denn überhaupt zulassen, verfassungsrechtlich einer noch bestimmteren Rechtfertigung als die der rechtmäßigen Zufallsfunde.<sup>82</sup>

### 3. Schranken-Schranken

Somit ist eine durch den Parlamentsgesetzgeber geschaffene Rechtsgrundlage zwar in der Lage, Eingriffe in Form der Erhebung, Verwertung und Verwendung von personenbezogenen Daten zu rechtfertigen, allerdings unterliegt diese Rechtsgrundlage ihrerseits gewissen Schranken-Schranken. Sie muss klar bestimmen, in welchem Umfang und unter welchen Voraussetzungen die Daten erhoben, verwertet und verwendet werden dürfen, sie muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden und sie bedarf organisatorischer und verfahrensrechtlicher Schutzvorkehrungen zur Verringerung der Gefahren für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>83</sup> Darüber hinaus unterliegt der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dem sogenannten Zweckbindungsgrundsatz.

#### a) Zweckbindungsgrundsatz

Das *BVerfG* betonte bei der Etablierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, dass die Datenerhebung grundsätzlich an einen genau bestimmten Zweck zu koppeln sei (Zweckbindungsgrundsatz).<sup>84</sup> Eine Erhebung von Daten ist somit nur dann möglich, wenn das diese Erhebung rechtfertigende Gesetz genau bestimmt, zu welchem Zweck die Daten erhoben werden sollen. Dies ergibt sich bereits aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, das einen Eingriff schon auf der ersten Stufe seiner Prüfung verbietet, wenn ihm kein legitimer Zweck zugrunde liegt.<sup>85</sup> Auch der Bestimmtheitsgrundsatz erfordert eine solche präzise Zweckbestimmung.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> *Bertram*, 315.

<sup>82</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889). Dazu auch näher unter H. I. 1. b) cc).

<sup>83</sup> BVerfGE 65, 1 (44).

<sup>84</sup> BVerfGE 65, 1 (46). Dies später immer wieder bestätigend: BVerfGE 100, 313 (359 f.); BVerfGE 109, 279 (375); so auch *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (114).

<sup>85</sup> *Dallmeyer*, 66; *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (120), der dies zum Anlass nimmt, den Zweckbindungsgrundsatz als Konkretisierung des Übermaßverbotes zu betrachten. So auch *Zöllner*, StV 2019, 419 (420).

<sup>86</sup> *Weichert*, 23.

Der für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelte Zweckbindungsgrundsatz bedient sich mithin verschiedener, durch die Verfassung garantierter Grundsätze. Soll von diesem Grundsatz aufgrund eines angemessenen Allgemeininteresses abgewichen werden und sollen die Daten zweckentfremdet und damit einem anderen Bereich zur Verfügung gestellt werden, genügt die ursprüngliche, zweckgebundene gesetzliche Erhebungsgrundlage nicht, sondern es bedarf einer weiteren, verfassungsmäßigen gesetzlichen Grundlage, die die Exekutive zu einer solchen Zweckumwidmung ermächtigt (Zweckänderung).<sup>87</sup> Diese Zweckänderung, welche in den Fällen der Verwendung von Zufallsfunden relevant wird, stellt somit einen eigenständigen, erneuten Grundrechtseingriff dar. Eine solche Zweckänderung soll jedoch laut aktueller Rechtsprechung des *BVerfG* nicht schon dann vorliegen, wenn der Gesetzgeber die „Datennutzung über das für die Datenerhebung maßgebende Verfahren hinaus als weitere Nutzung i. R. des ursprünglichen Zweck[s] dieser Daten erlaub[e].“<sup>88</sup> Solange dieselbe Behörde zum selben Zweck, also i. R. derselben Aufgabe und zum Schutz derselben Rechtsgüter, tätig werde, könne dies, wenn die Erhebungsgrundlage eine solche Verwertung schon hinreichend bestimmt, innerhalb der Zweckbindung geschehen.<sup>89</sup> Das bedeute, dass im Fall einer Nutzung der Daten als Ermittlungsansatz in Form einer mittelbaren Verwertung nicht zwangsläufig eine Zweckänderung vorliegt und es keiner dieser Zweckänderung gerecht werdenden, verfassungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage bedürfe.<sup>90</sup> Umso strenger sieht das *BVerfG* dann aber die Situation, in der eine Nutzung der Daten zu einem anderen Zweck erlaubt werden soll. Hierbei betont es erneut, dass die Maßnahme, die eine Zweckänderung der Daten vornimmt, einen erneuten Eingriff in das Grundrecht darstelle, in das schon durch die Datenerhebung eingegriffen wurde.<sup>91</sup> Dies führe dazu, dass sie sich auch an diesem Eingriff messen lassen und man sich die Frage stellen müsse, ob die Erhebung für den geänderten Zweck mit denselben Mitteln zulässig wäre.<sup>92</sup>

Auch gelte dieses Erfordernis für „jede Art der Verwendung von Daten zu einem anderen Zweck als dem Erhebungszweck, unabhängig davon, ob es sich um die Verwendung als Beweismittel oder als Ermittlungsansatz han-

---

<sup>87</sup> BVerfGE 65, 1 (46); BVerfGE 100, 313 (360); BVerfGE 109, 279 (375 f.); so auch *Ernst*, 75; Bonn-KommGG/D. *Lorenz*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 342.

<sup>88</sup> BVerfGE 141, 220 (324 Rn. 278).

<sup>89</sup> BVerfGE 141, 220 (324 f. Rn. 279; 326 Rn. 282).

<sup>90</sup> BVerfGE 141, 220 (325 Rn. 281). So auch *Handbuch des Polizeirechts/Frister*, F Rn. 156; *Handbuch des Polizeirechts/Schwabenbauer*, G Rn. 19 unterscheidet zwischen „zweckrealisierender Nutzung, zweckkonformer Weiternutzung und zweckändernder Nutzung“.

<sup>91</sup> BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285).

<sup>92</sup> BVerfGE 141, 220 (327 f. Rn. 287).



delt.“<sup>93</sup> Eine Verwendung der Daten zur Aufklärung einer anderen Straftat ist dabei ausdrücklich eine Zweckänderung.<sup>94</sup> Diese Konkretisierung lässt erahnen, dass die Rechtsprechung zwischen einer Verwertung i. R. der Untersuchung und einer zweckändernden Verwendung der Daten unterscheidet. Aufgrund des erneuten Grundrechtseingriffs durch die Umwidmung der Daten verlangt die Rechtsprechung in Ausformung der Verfassung erhöhte Voraussetzungen an eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage. Sie betont außerdem, dass eine wertungsmäßige Unterscheidung zwischen der zweckändernden Verwendung zu Beweis Zwecken/zur Sachführung, also unmittelbar, oder der mittelbaren zweckändernden Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist.<sup>95</sup> Warum eine solche innerhalb der zweckgebundenen unmittelbaren und mittelbaren Verwertung von Daten dann jedoch verfassungsrechtlich unproblematisch sein soll, ist nicht zu erklären. Der neue Verwendungszweck darf außerdem nicht unveränderbar sein mit dem ursprünglichen Erhebungszweck.<sup>96</sup>

#### b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz/Übermaßverbot

Eine entsprechende Rechtsgrundlage, die einen Eingriff in Form der Erhebung, Verwertung oder Verwendung von personenbezogenen Informationen rechtfertigen soll, ist jedoch nur dann verfassungsgemäß, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit dem Übermaßverbot gerecht wird. So ist eine Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig.<sup>97</sup> Dieses Allgemeininteresse besteht in den vorliegenden Fällen in Form der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr.<sup>98</sup> Dabei muss der Eingriff geeignet, erforderlich und angemessen sein, dem Zweck der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr einen Nutzen zu bringen. Das bedeutet einerseits, dass die Maßnahme wirklich dazu führen kann, Gefahren abzuwehren oder Straftaten aufzuklären und es andererseits zur Verfolgung dieses Ziels kein milderes Mittel gibt. Dabei stellt der Kernbereich privater Lebensgestaltung jedoch eine eingriffsfeste Grenze dar.<sup>99</sup>

<sup>93</sup> BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285).

<sup>94</sup> BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285); Handbuch des Polizeirechts/*Frister*, F Rn. 156.

<sup>95</sup> BVerfGE 141, 220 (337 Rn. 315).

<sup>96</sup> *Weichert*, 56; SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 33.

<sup>97</sup> BVerfGE 65, 1 (43 f.).

<sup>98</sup> Siehe weitere Ausführungen bei *Ernst*, 94 ff.

<sup>99</sup> BVerfGE 130, 1 (22); BVerfGE 109, 279 (313 f.); BVerfGE 34, 238 (245); Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann/Henneke*, Art. 2 Rn. 19; *Jarass/Pieroth*, Art. 2 Rn. 65.

Innerhalb der Angemessenheitsprüfung oder auch Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinne müssen dann die im Gegensatz stehenden Interessen gegeneinander abgewogen werden. Dabei erhöhen verschiedene Faktoren die Intensität des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und damit die Anforderungen an eine Rechtfertigungsgrundlage. So spielen beispielsweise die Art der Daten und ihre Persönlichkeitsrelevanz;<sup>100</sup> der Anlass ihrer Erhebung bzw. die Frage danach, ob der Betroffene überhaupt einen Anlass zur Erhebung gegeben hat;<sup>101</sup> die Anzahl der Daten und Betroffenen durch die Erhebung und die damit verbundene Streubreite und der in der Bevölkerung wahrgenommene Einschüchterungseffekt durch die Erhebung;<sup>102</sup> die Art und Weise der Erhebung beispielsweise in Form einer heimlichen Erhebungsmaßnahme, die damit faktisch verwehrt die Möglichkeit vorherigen Rechtsschutzes und die eingeschränkte Möglichkeit der Kontrolle ausschließlich in Form nachträglichen Rechtsschutzes<sup>103</sup> und die schon zum Zeitpunkt der Erhebung drohenden Konsequenzen in Form weiterer Verarbeitung der Daten<sup>104</sup> eine Rolle für die Eingriffsintensität und damit erhöhten Anforderungen an eine Ermächtigungsgrundlage.<sup>105</sup> Auch die Frage, ob ein Fund in einem rechtmäßigen oder rechtswidrigen Verfahren erlangt wurde, kann insbesondere eine Ermächtigungsgrundlage zur weiteren Verwendung nicht außer Acht lassen. Andererseits gilt es, die Individualinteressen mit der sich aus Art. 1 Abs. 1 GG ergebenden Schutzpflicht des Staates gegenüber jedermann und dem Allgemeininteresse an der Strafverfolgung in Einklang zu bringen.

---

<sup>100</sup> BVerfGE 100, 313 (376); BVerfGE 107, 299 (320 f.); BVerfGE 109, 279 (353); BVerfGE 113, 348 (382); BVerfGE 115, 320 (347, 354); BVerfGE 118, 168 (196 f.); BVerfGE 120, 378 (402); BVerfGE 141, 220 (269 Rn. 105).

<sup>101</sup> BVerfGE 109, 279 (353); BVerfGE 113, 29 (53); BVerfGE 115, 320 (347, 354); BVerfGE 120, 378 (402); BVerfGE 124, 43 (62 f.); BVerfGE 141, 220 (273 f. Rn. 115). *Gusy*, in: FS Schenke, 395 (408) konkretisiert dies in der Frage, ob der Betroffene „sich i. R. der Freiheitsgarantie so verhalten [konnte], dass [er] den Eingriff oder seine Wirkungen vermeiden [konnte]“.

<sup>102</sup> BVerfGE 65, 1 (42); BVerfGE 107, 299 (328); BVerfGE 115, 320 (354 f.); BVerfGE 120, 378 (402).

<sup>103</sup> BVerfGE 107, 299 (321); BVerfGE 110, 33 (53); BVerfGE 113, 348 (383); BVerfGE 115, 166 (194); BVerfGE 115, 320 (353); BVerfGE 118, 168 (197 f.); BVerfGE 120, 274 (325, 342); BVerfGE 120, 378 (402 f.); BVerfGE 124, 43 (62); BVerfGE 141, 220 (282 Rn. 135 f.).

<sup>104</sup> BVerfGE 109, 270 (374); BVerfGE 113, 348 (384 f.); BVerfGE 118, 168 (197); BVerfGE 120, 378 (403); BVerfGE 124, 43 (62). *Gusy*, in: FS Schenke, 395 (409), der schon einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff für die Erhebung annimmt, wenn die Informationen bspw. zur Einleitung von Strafverfahren führen.

<sup>105</sup> BVerfGE 100, 313 (376); BVerfGE 115, 320 (347). BVerfGE 118, 168 (196 f.); BVerfGE 120, 378 (401 ff.).

Eine hohe Eingriffsintensität kann innerhalb der Strafverfolgung nur dann gerechtfertigt sein, wenn es um die Verfolgung besonders schwerer Straftaten oder um Straftaten von erheblicher Bedeutung geht.<sup>106</sup> Innerhalb der strafverfahrensrechtlichen Verwendung müssen die Verwendungsmöglichkeiten mit Hilfe eines Straftatenkatalogs eingeschränkt und der zugrunde liegende Eingriff damit kompensiert werden. So ist beispielsweise ein Eingriff in Form der Erhebung personenbezogener Daten i.R. einer Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO nur gerechtfertigt bei der Verfolgung einer besonders schweren Straftat nach § 100b Abs. 2 StPO. Er lässt schon allein aufgrund des Eingriffs in die privatsten aller Räumlichkeiten<sup>107</sup> einen Eingriff in außerordentlich intime Daten vermuten. Außerdem stellt er einen heimlichen Eingriff<sup>108</sup> dar und trägt eine erhöhte Gefahr in sich, auch personenbezogene Daten Dritter zu betreffen<sup>109</sup>. Auch die weitere Zweckumwidmung solcher Daten nach § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO und der damit verbundene, erneute und sich perpetuierende Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG<sup>110</sup> ist nur zur Aufklärung einer solchen besonders schweren Straftat gerechtfertigt. Es ist dabei sicherzustellen, dass die neue Verwendung der Daten mit dem Zweck der Datenerhebung vereinbar ist.<sup>111</sup>

Bei Maßnahmen, die zur Gefahrenabwehr durchgeführt werden, muss je nach Eingriffsintensität eine erhöhte Anforderung an die Gefahr bzw. das in Gefahr stehende Rechtsgut gestellt werden.<sup>112</sup> Dasselbe muss dann für die Verwendung solcher Daten gelten. So fordert das Gesetz in § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO entsprechend dringende Gefahren für Allgemeingüter mit entsprechend hohem Geltungsrang. Dies beachtend, ist es dann aber äußerst fraglich, ob die Verwendung solch privater Daten aus einer heimlichen Wohnraumüberwachung zum Zweck einer im Einzelfall bestehenden dringenden Gefahr für sonstige bedeutende Vermögenswerte nach § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO noch verhältnismäßig ist.<sup>113</sup>

---

<sup>106</sup> BVerfGE 141, 220 (270 Rn. 107).

<sup>107</sup> BVerfGE 109, 279 (354 f.).

<sup>108</sup> BVerfGE 109, 279 (354).

<sup>109</sup> BVerfGE 109, 279 (353 f.).

<sup>110</sup> Siehe auch BVerfGE 109, 279 (374).

<sup>111</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 33; Gusy, StV 1993, 269 (277).

<sup>112</sup> BVerfGE 141, 220 (270 f. Rn. 108).

<sup>113</sup> Andeutungsweise in BVerfGE 141, 220 (270 Rn. 108). Siehe auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 46, der darauf verweist, dass eine solche Eingriffsschwelle schon nicht mehr mit den Vorgaben des Art. 13 Abs. 4 GG vereinbar ist. Darüber hinaus ist auch ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu einem solchen Zweck nicht mehr verhältnismäßig, sofern man einen parallelen Schutz durch Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG anerkennen will. So wohl auch BVerfGE

*c) Bestimmtheitsgrundsatz*

Dem Bestimmtheitsgrundsatz liegt die Idee zugrunde, dass jeder Einzelne aufgrund der detaillierten Ausgestaltung der Norm im Vorfeld über das Ausmaß eines Eingriffs Kenntnis erlangen kann.<sup>114</sup> Er stellt eine Ausformung des Vorbehalts des Gesetzes dar, der aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 2 Abs. 1 GG folgt.<sup>115</sup> Die Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes legt dabei der Wesentlichkeitsgrundsatz fest.<sup>116</sup> Das bedeutet, je wesentlicher eine Maßnahme in die Grundrechte des von der Maßnahme Betroffenen eingreift, desto bestimmter muss die Rechtsgrundlage sein, die die Maßnahme und damit den Grundrechtseingriff möglich macht.<sup>117</sup>

Betrachtet man nun die Erhebung von Untersuchungsfunden innerhalb eines Strafverfahrens, so stellt dies zumeist einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.<sup>118</sup> Es handelt sich dabei um Ermittlungsmaßnahmen, deren Ziel es ist, einen Täter einer begangenen Straftat zu ermitteln, also Informationen über eine Person in gegenständlicher oder auch digitaler Form zu erheben. Innerhalb der Verwertung werden diese als Untersuchungsfunde klassifizierte Informationen zur Ent- oder Belastung nutzbar gemacht. Es findet ein erneuter Eingriff oder bei der Verwertung rechtswidriger Untersuchungsfunde eine sich perpetuierende Verletzung in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung statt. Wie intensiv sich dieser Eingriff gestaltet und ob zu diesem noch weitere, sich gegebenenfalls ebenfalls perpetuierende Eingriffe beispielsweise in Art. 13 Abs. 1 GG oder Art. 10 Abs. 1 GG hinzutreten, ist von der jeweiligen Erhebungsgrundlage und der damit verbundenen Kategorie an personenbezogenen Informationen abhängig. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, dass sowohl die strafverfahrens-

---

109, 279 (374), das durch die Weitergabe der Daten aus einer Wohnraumüberwachung einen erneuten Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG und in Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG sieht. Siehe auch die weiteren Ausführungen auf S. 233 f.

<sup>114</sup> BVerfGE 108, 52 (75); BVerfGE 110, 33 (53 f.); BVerfGE 113, 348 (375 f.); BVerfGE 120, 274 (316); BVerfGE 131, 88 (123); *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 83.

<sup>115</sup> *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 78; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, Art. 20 Rn. 84; *Wolter*, GA 1988, 49 (60); *Bode*, 207.

<sup>116</sup> BVerfGE 49, 89 (127); BVerfGE 83, 130 (152); *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 78; *Puschke*, 109.

<sup>117</sup> BVerfGE 102, 254 (337); BVerfGE 109, 133 (188); BVerfGE 131, 88 (123); *Jarass/Pieroth*, Art. 20 Rn. 84; *Wolter*, GA 1988, 49 (59); *Bode*, 213 f.

<sup>118</sup> *Puschke*, 109 spricht von „einer hohen Intensität der grundrechtlichen Beeinträchtigung“. BVerfGE 110, 33 (55) stellt klar, dass das „Ziel der Maßnahme [...], etwa [...] [die] Gefahrenabwehr oder [...] [die] Gefahrenverhütung, für die Beurteilung ihrer Schwere für den Betroffenen ohne Belang [ist]“. Dies wird erst innerhalb der Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant.

rechtliche als auch die polizeirechtliche Erhebung und Verwertung von Daten eine hohe Eingriffsintensität aufweisen.<sup>119</sup> Die Bestimmtheit der Norm hat sich daran zu orientieren. Eine Generalklausel ist gerade für die Fälle der Perpetuierung eines Eingriffs kaum denkbar. Verwendet man strafverfahrensrechtliche Daten nun aber zu polizeilichen Zwecken oder umgekehrt und widmet sie damit um, ist durch die Zweckänderung schon der entsprechende Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG so intensiv, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit von Verwendungsregelungen entsprechend hoch sind. Dies gilt ebenfalls für die Fälle, in denen es der Erhebung der Untersuchungsfunde an der entsprechenden Rechtfertigung fehlt und sie trotz allem verwertet werden sollen.

In allen vorliegend erörterten Fällen kommt es somit zu einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dies macht aufgrund des sich sowohl aus dem Rechtsstaatsprinzip als auch aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Gesetzesvorbehalt ein förmliches Gesetz in jedem Fall notwendig.<sup>120</sup> Schon die oben aufgezeigte, unklare Nutzung der Worte Verwertung und Verwendung und der uneinheitliche Bedeutungsgehalt der Begriffe führt innerhalb der StPO zu einer Situation, die dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht gerecht werden kann.

#### d) Verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen

Um die Gefahr einer Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung so klein wie möglich zu halten, hat der Gesetzgeber verfahrensrechtliche Vorkehrungen zu treffen, die den Schutz des Rechts so gut wie möglich gewährleisten und versuchen, eine Verletzung zu verhindern.<sup>121</sup> Eine solche Gefahr ergibt sich insbesondere durch die vielseitigen und mittlerweile zum Großteil vollautomatisierten Verknüpfungsmöglichkeiten der Daten.<sup>122</sup> Aus diesem Grund sei laut *BVerfG* schon eine Rechtsgrundlage für eine Datenerhebung verfassungswidrig, wenn eine Ermächtigungsnorm zur späteren, zweckentfremdenden Verwendung keine entsprechenden Schutzvorkehrungen für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vorsähe.<sup>123</sup> Es muss dem Einzelnen für alle Stadien der Datenverarbeitung möglich sein, Informationen über die Datenverarbeitung zu erlangen, um so die Kon-

<sup>119</sup> Für die strafverfahrensrechtliche Erhebung ebenso *Weichert*, 26; *Puschke*, 110.

<sup>120</sup> So auch *Puschke*, 109.

<sup>121</sup> Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann/Henneke*, Art. 2 Rn. 16; *Wolter*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (764).

<sup>122</sup> BVerfGE 120, 351 (360f.); so auch schon *Denninger*, in: Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?, 106 (128).

<sup>123</sup> BVerfGE 109, 279 (374f.).

trolle über die seine Person betreffenden Daten zu behalten.<sup>124</sup> Zumindest bedarf es einer nachträglichen Information der Betroffenen.<sup>125</sup> Nur so kann er eine etwaige Rechtswidrigkeit der Verarbeitung seiner Daten erkennen und zumindest nachträglich Rechtsschutz erreichen.<sup>126</sup> Dies setzt nicht nur Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG voraus, sondern ergibt sich außerdem aus Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>127</sup> Das *BVerfG* fordert mithin entsprechende, gesetzlich festgeschriebene Aufklärungs-, Auskunftspflicht und Löschungspflichten gegenüber den Betroffenen.<sup>128</sup> Mit der Auskunftspflicht sollte die Pflicht zur Herausgabe der Daten verknüpft werden, um es dem Betroffenen möglich zu machen, einen umfassenden Überblick über stattgefundene Eingriffe in seine Rechte zu bekommen. Ist eine Auskunft aus staatlichen Geheimhaltungsinteressen nicht möglich, so bedarf es einer unabhängigen Stelle, der dann anstelle des Betroffenen eine Kontrolle der staatlichen Aktivitäten möglich ist.<sup>129</sup> Auch für den eingriffsfesten Bereich des Kernbereichs ist über eine solche unabhängige Stelle nachzudenken. Verhindert man nicht bereits durch entsprechende Verfahrensvorkehrungen die Gefahr, dass kernbereichsrelevante Daten trotz Erhebungsverbot erhoben werden<sup>130</sup>, dürfen diese zumindest nicht den Stellen bekannt werden, die sie später auch verwerten sollen. Eine solche Kenntnis, die später nur schwer zu ignorieren ist, sollte möglichst durch eine unabhängige dritte Person verhindert werden.<sup>131</sup> Dies alles gilt umso mehr, wenn die Erhebungsgrundlage eine heimliche Maßnahme vorsieht.<sup>132</sup> Dann bedarf es insbesondere einer „vorbeugenden [unabhängigen] Kontrolle“<sup>133</sup> der Maßnahme durch einen Richter.<sup>134</sup> Die Ermittlungsmaßnahmen müssten schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit zeitlich begrenzt sein und Berufs- und sonstige Geheimnisträger müssten gesondert geschützt werden.<sup>135</sup>

---

<sup>124</sup> BVerfGE 120, 351 (361); BVerfGE 141, 220 (282 Rn. 135).

<sup>125</sup> BVerfGE 141, 220 (282 f. Rn. 136); *Wolter*, GA 1988, 129 (140 f.).

<sup>126</sup> BVerfGE 65, 1 (70); BVerfGE 120, 351 (362).

<sup>127</sup> BVerfGE 120, 351 (362); BVerfGE 141, 220 (283 Rn. 136).

<sup>128</sup> BVerfGE 65, 1 (46); BVerfGE 109, 279 (363 f.).

<sup>129</sup> Siehe auch die Ausführungen bei *Weßlau*, in: FS *Wolter*, 1168 (1178).

<sup>130</sup> Dies kritisierend SK-StPO/*Wolter/Greco*, § 100a Rn. 57a; *Wolter*, in: GS *Weßlau*, 445 (452).

<sup>131</sup> BVerfGE 109, 279 (333 f.); BVerfGE 141, 220 (301 Rn. 200); SK-StPO/*Wolter*, § 100c Rn. 87; so auch *Grözinger*, 312.

<sup>132</sup> BVerfGE 120, 274 (331 f.).

<sup>133</sup> BVerfGE 120, 274 (331).

<sup>134</sup> BVerfGE 109, 279 (358); BVerfGE 120, 274 (332); *Müller/Römer*, NSStZ 2012, 543 (545).

<sup>135</sup> *Wolter*, GA 1988, 129 (130).

## II. Verwendungsregelungen als gesetzliche Grundlage

Die Verwendungsregelungen regeln in Form von Ermächtigungsgrundlagen die Befugnis zur Nutzung von Zufallsfunden in einem neuen Zusammenhang. Sie unterscheiden sich damit grundsätzlich von den Verwertungsverboten, bei denen der Gesetzgeber bisher gerade nicht Ermächtigungsgrundlagen zur Verwertung geschaffen hat, sondern allenfalls vereinzelt Verbote gesetzlich geregelt hat. Da es sich bei der Verwendung von Zufallsfunden jedoch immer um die Zweckänderung personenbezogener Daten und damit um einen eigenständigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG handelt, sind solche Regelungen aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes zwangsläufig vom Parlamentsgesetzgeber zu treffen.<sup>136</sup> Je intensiver sich der Eingriff gestaltet, desto detaillierter muss die entsprechende Rechtsgrundlage sein. *Grawe* stellt dahingehend fest, dass es in diesem Falle gerade der Gesetzgeber selbst war, der sich mit den Regelungen der §§ 100e Abs. 6, 161 Abs. 2 und Abs. 3, 477 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 StPO a.F. und § 481 Abs. 1 Satz 1 StPO für einen anderen, verfassungsgemäßen Weg als im Falle der Beweisverwertungsverbotdogmatik entschieden hat.<sup>137</sup> Seiner Schlussfolgerung, dass das wiederum nach den Grundsätzen des Gesetzesvorrangs und des Gesetzesvorbehalts zur Folge hat, dass es der Rechtsprechung versagt bleibt, eigene Maßstäbe zur Verwendung von Zufallsfunden zu begründen, ist vollumfänglich zuzustimmen und erneut zu betonen.<sup>138</sup> Hat der Gesetzgeber innerhalb des Gesetzgebungsprozesses einer Verwendungsregelung die Abwägung für das Recht auf informationelle Selbstbestimmung entschieden, dann kann nicht eine nachträgliche Abwägung durch den Rechtsanwender stattfinden.<sup>139</sup>

### 1. Verwendungsverbote bei fehlender Voraussetzung oder Nichtregelung der Verwendung

Das hat zur Folge, dass, sobald es an einer der Voraussetzungen der Verwendungsnorm fehlt, ein umfassendes Verwendungsverbot besteht.<sup>140</sup> Der

---

<sup>136</sup> So auch *Zöller*, in: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 454 f.; *Wolter*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1154).

<sup>137</sup> *Grawe*, 303.

<sup>138</sup> *Grawe*, 303; so auch *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, Art. 20 Rn. 83; siehe auch Kritik von *Wolter*, in: SK-StPO § 100d Rn. 69a; *ders.*, in: FS Kühne, 379 (388); *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1261 f.).

<sup>139</sup> *Wohlers*, in: GS Weßlau, 427 (439); *ders.*, in: SK-StPO, Einleitung Rn. 232; *Grawe*, 207; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (890); *Dose*, 180. A. A. *Löffelmann*, 59.

<sup>140</sup> So auch *Dose*, 180, die dieses allerdings nicht zwangsläufig auf die mittelbare Verwendung erstrecken will.

Rechtsprechung bleibt lediglich die Auslegung der existierenden Regelungen.<sup>141</sup> Auch die Nichtregelung einer Verwendungsmöglichkeit eröffnet aufgrund des sich aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz und aus Art. 2 Abs. 1 GG ergebenden Gesetzesvorbehalt keinen Spielraum für die Rechtsprechung.<sup>142</sup> Auch in diesem Fall besteht ein Verwendungsverbot. Das Legalitätsprinzip erneut als Rechtfertigung für die weitere Nutzung von rechtmäßigen Zufallsfunden heranzuziehen<sup>143</sup>, übersieht nicht nur, dass der Gesetzgeber ausdrücklich gesetzliche Regelungen geschaffen hat, sondern missachtet auch, dass das Legalitätsprinzip eine Zweckänderung, die der Verwendung von Zufallsfunden zwangsläufig zugrunde liegt, unter keinen Umständen rechtfertigen kann, da es diese nicht zum Inhalt hat.

Ausführungen wie bei *Reinbacher/Werkmeister*<sup>144</sup> ist deshalb entschieden entgegenzutreten. So stellen sie zwar zunächst richtig fest, dass der Passus zu Beweis Zwecken in § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. zur Folge habe, dass innerhalb der Literatur immer wieder von einem gesetzlich normierten Beweisverwertungsverbot die Rede sei, obwohl es sich um ein „Verbot der Verwendung zu Beweis Zwecken handelt, das sich auf ein neues Verfahren bezieh[e].“<sup>145</sup> Wenn sie dann jedoch die Schlussfolgerung ziehen, dass es „dogmatisch keinen Sinn [mache, sich] begrifflich von den Beweisverwertungsverboten abzuspalten, [da] von der Reichweite her kein nennenswerter Unterschied zu einem klassischen Beweisverwertungsverbot [bestehe]“<sup>146</sup>, dann ist dies abzulehnen. § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F., der sich heute in § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i.V.m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO wiederfindet, stellt eine Verwendungsregelung und damit eine Zufallsfundregelung dar, die zunächst nur für den Transfer der Daten von einem Strafverfahren in ein anderes Strafverfahren zuständig ist. Dabei untersagt sie zwar eine solche Verwendung in Form der Beweisführung im neuen Strafverfahren, wenn ihre Voraussetzungen nicht vorliegen, was faktisch auch zur Konsequenz hat, dass der Zufallsfund nicht zur Beweisführung genutzt werden darf, also als Beweis im neuen

---

<sup>141</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 69a; *ders.*, in: FS Kühne, 379 (384); *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1261); *ders.*, GS Weßlau, 445 (460), der kritisiert, dass BGHSt 54, 69–132 diese Auslegungskompetenz überschreitet. Ebenfalls diese Kompetenz überschreitend BVerfGK 17, 311 (314). Das BVerfG legt nicht die existierenden Verwendungsregelungen aus, sondern missachtet vollkommen, dass gesetzliche Regelungen zur Verwendung von Zufallsfunden existieren und eine solche legitimieren oder versagen. Es erstreckt die Wirkweise des § 244 Abs. 2 StPO und des § 261 StPO auf alle zur Verfügung stehenden Beweismittel, auch in Form von Zufallsfunden, und überträgt die Abwägungslehre auch auf diese Fälle.

<sup>142</sup> Siehe auch *Hefendehl*, StV 2001, 700 (706).

<sup>143</sup> *Pitsch*, 317.

<sup>144</sup> *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 ff.

<sup>145</sup> *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1122).

<sup>146</sup> *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1122).



Strafverfahren nicht zur Verfügung steht. Allerdings normiert § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i.V.m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO dogmatisch gerade kein Verbot, sondern eine Ermächtigungsgrundlage für die Zweckentfremdung von personenbezogenen Daten aus einem Strafverfahren zur Verwendung in einem anderen Strafverfahren.<sup>147</sup> Die Bezeichnung als Beweisverwertungsverbot täuscht somit über die grundlegende Entscheidung hinweg, innerhalb der Verwendung von Zufallsfunden dem Gesetzesvorbehalt gerecht werdende Ermächtigungsgrundlagen für eine Zweckumwidmung zu schaffen.<sup>148</sup> Es handelt sich hier gerade nicht um die vereinzelte Normierung von Verboten bei grundsätzlich freier Erlaubnis der Verwendung.<sup>149</sup> Vielmehr ist der § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i.V.m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO einer der Belege dafür, dass der Gesetzgeber sich explizit für eine andere Dogmatik entschieden hat.

## 2. Folgen eines Verstoßes gegen eine Verwendungsregelung

Daran anschließend ergibt sich dann die Frage, welche Wirkung der Verstoß gegen eine Verwendungsregelung hat. Grundsatz des in Kapitel F. II. 1. begründeten und auf dem Gesetzesvorbehalt fußenden Verständnisses ist es gerade, dass das Verwendungsverbot die Regel und die Verwendungsbefugnis die gesetzlich zu regelnde Ausnahme darstellt. Das bedeutet, dass außerhalb der Voraussetzungen der Verwendungsnormen die Verwendung der Daten untersagt bleibt.<sup>150</sup> Sie normieren gerade abschließend, wann es zu einer zweckentfremdenden Verwendung der Daten kommen darf und wann nicht.<sup>151</sup>

Verwendungsbefugnisse erzielen jedoch nur dann eine solche Wirkung, wenn davon auch im Fall eines Verstoßes gegen eine Verwendungsregelung nicht

<sup>147</sup> A.A. wohl auch *Zöller*, StV 2019, 419 (422) der jedoch in Bezug auf § 161 StPO a.F. von einer Verwendungsbeschränkung spricht und nicht von einem Verwertungsverbot.

<sup>148</sup> BT-Drucks. 14/1484, S. 17; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (483); *Rieß*, in: FG Hilger, 171 (181); *Schinkel*, 134, die die Verwendungsregelungen als Ermächtigungsgrundlagen bezeichnet und aus dem Umkehrschluss für alle ungeregelten Bereiche Verwendungsverbote etabliert sieht; siehe auch *Grawe*, 388, der zwar nicht explizit zwischen Verwertung und Verwendung unterscheidet, aber auch betont, dass „nicht mehr das Beweisverbot, sondern die Beweisbefugnis [...] erfragt, hergeleitet und einer Reichweitenbestimmung unterworfen wird“.

<sup>149</sup> *Schinkel*, die auf S. 134 Verwendungsregelungen als Ermächtigungsgrundlagen bezeichnet, wird dann auf S. 146 f. wieder insofern inkonsequent, da sie den Schwerpunkt der Betrachtung wieder auf „gesetzlich ausdrücklich geregelte“ und/oder „aus den Verwendungsregelungen [hergeleitete] Verwendungsverbote“ legt.

<sup>150</sup> Siehe schon S. 118 ff.

<sup>151</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (890); MüKo-StPO/*ders.*, Vor § 474 Rn. 64; *Welp*, NStZ 1995, 601 (604); *Albers*, 331; SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 36. A.A.: *Löffelmann*, 138.

abgewichen wird.<sup>152</sup> Das bedeutet, dass Erkenntnisse, die durch die Verwendung von Informationen entgegen einer Verwendungsregel rechtswidrig in einem anderen Verfahren erlangt worden sind, in diesem neuen Verfahren weder mittelbar noch unmittelbar weiter genutzt werden dürfen.<sup>153</sup> Den Stimmen, die bei einem solchen Verstoß erneut eine Abwägung für oder gegen eine weitere Nutzung vornehmen wollen, ist entschieden entgegenzutreten.<sup>154</sup> Dieser Fall ist gerade nicht mit der Frage nach den unselbstständigen Verwertungsverboten zu vergleichen.

Bei der Frage nach einem Verwertungsverbot wird die Konsequenz eines Verstoßes gegen eine Erhebungsnorm diskutiert. Diese Erhebungsnorm regelt gerade nicht primär die Frage nach der Verwertung, weshalb sie auf den ersten Blick dazu auch keine Aussage macht und Diskussionspotenzial offenlässt.<sup>155</sup> Eine Verwendungsregelung regelt dagegen in erster Linie genau die Frage nach der Verwendung. Alle Abwägungen der widerstreitenden Interessen, die die Befürworter einer erneuten Abwägung vornehmen wollen, muss und hat der Gesetzgeber aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes dem Rechtsanwender vorher abgenommen. Liegen die Voraussetzungen dieser Regelung nicht vor, fehlt es an den Voraussetzungen für eine rechtmäßige Verwendung. Jede weitere Nutzung von Daten, die aufgrund des Verstoßes gegen die Verwendungsregelung überhaupt erst Einzug in das neue Verfahren gefunden haben, konterkariert die Verwendungsregelung. Damit entfaltet eine Verwendungsregelung, die die Verwendung von Daten im Strafverfahren betrifft, wenn ihre Voraussetzungen nicht vorliegen, in letzter Konsequenz zwar die Wirkung eines absoluten Verwertungsverbot mit Fernwirkung. Entgegen den Ausführungen *Singelsteins* betrifft sie aber gerade nicht die Frage nach der Fernwirkung eines Verwertungsverbot, sondern erinnert eben nur in ihrer Wirkweise an ein solches.<sup>156</sup> Die Verwendungsregelung setzt

---

<sup>152</sup> So auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (891). Grds. so auch *Rehbein*, 208; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (484 f.), der allerdings von der Grundwertung der positivrechtlichen Regelung von Verwertungsverboten statt von Verwendungsbefugnissen ausgeht.

<sup>153</sup> So auch *Dose*, 183 f., die dies aber unter dem Themenkomplex der Fernwirkung behandelt. SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 71 macht eine auf einen solchen Verstoß folgende Verwendung von den Bestimmungen des jeweiligen Verfahrensrechts, in dessen Bereich die Daten verwendet werden sollen, abhängig. A.A.: AnW-K-StPO/*Krekeler/Löffelmann*, Einleitung Rn. 147; *Löffelmann*, NJW 2005, 2033 (2036).

<sup>154</sup> So aber *Löffelmann*, 139 f.

<sup>155</sup> Diesen Vergleich so auch ziehend *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (891).

<sup>156</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (890 f.), wobei hier die besondere Wirkweise der Verwendungsregelungen immer im Blick behalten wird. Dies auch im Problembereich der Fernwirkung verortend *Maiwald*, JuS 1978, 379 (384). Aus diesem Grund stellt *Dose*, 185, obwohl sie die Thematik selbst im Bereich der Fernwirkung

schon vorher an<sup>157</sup> und hat insbesondere noch die Zweckentfremdung im Blick. Sie etabliert Voraussetzungen für eine weitergehende Nutzung von Informationen und hat ihren Sinn und Zweck bei Vorliegen dieser Voraussetzungen darin, die Verwendung von Informationen innerhalb des neuen Zusammenhangs zu erlauben. Der Gesetzgeber hat somit mit den Verwendungsregelungen auch keine ausdrücklichen Verwertungsverbote geschaffen<sup>158</sup>, sondern Normen, die eine Zweckumwidmung von Daten und damit eine Nutzung dieser innerhalb eines neuen Verfahrens möglich machen. Sie greifen den Verwertungsfragen innerhalb des neuen Verfahrens vor.

### **3. Bedarf es unterschiedlicher Rechtfertigungsgrundlagen für die unmittelbare und die mittelbare Verwendung?**

Ob eine mittelbare Verwendung erlaubt sein soll, muss aus der Verwendungsregelung selbst deutlich werden. Dabei geht es gerade nicht wie in der Verwertungsverbotdogmatik darum, welche Reichweite ein entsprechendes Verwendungsverbot hat und ob es eine Art Fernwirkung entfaltet. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Verwendungsregelung nur die unmittelbare Nutzung der Zufallsfunde direkt für den neuen Zweck, also beispielsweise in einem neuen Strafverfahren direkt zu Beweis Zwecken, regelt oder ob sie auch eine mittelbare Verwendung der Informationen, also zu weiteren Ermittlungen (in einem anderen Strafverfahren) oder als Spurenansatz (in einem Polizeiverfahren), erlaubt.

Aus einigen in der StPO geregelten Verwendungsbefugnisnormen, wie beispielsweise § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und § 161 Abs. 3 StPO, wird durch die Verwendung des Zusatzes „zu Beweis Zwecken“ abgeleitet, dass lediglich die unmittelbare Verwendung von der Regelung umfasst sein soll. Bei anderen Verwendungsregelungen, wie § 100e Abs. 6 StPO, wird hingegen aus der Tatsache, dass ausschließlich von einem Verwenden gesprochen wird, darauf geschlossen, dass diese Vorschrift ihre Voraussetzungen auf die Verwendung von Zufallsfunden unmittelbar zu Beweis Zwecken bzw. zur Sachführung und mittelbar als Ermittlungs- bzw.

---

diskutiert, auch zu Recht fest, dass die Argumente gegen eine Fernwirkung in diesem Fall nicht überzeugen. Ihr Verweis auf BGHSt 29, 244 (251) geht dann hingegen fehl, da es sich in diesem Fall um eine tatsächliche Fernwirkung handelt.

<sup>157</sup> *Löffelmann*, 136 meint in diesem Zusammenhang, dass die Frage nach der Verwendung als Spurenansatz ein notwendiger Zwischenschritt zu einer dann etwaigen eintretenden Fernwirkung sei. Das ist jedoch abzulehnen. Dies berücksichtigt nicht, dass eine Verwendung immer eine Zweckänderung beinhaltet und sich somit mit Zufallsfunden beschäftigt, wohingegen die Fernwirkung ein Verwertungsverbot von Untersuchungsfunden darstellt.

<sup>158</sup> So aber *Rehbein*, 208.

als Spurenansatz erstreckt.<sup>159</sup> Nach dem bezeichneten Meinungsbild ist dann sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare Verwendung erlaubt, soweit die Voraussetzungen vorliegen. Fehlt es jedoch an einer dieser Voraussetzungen, ergibt sich danach aber auch ein umfassendes Verwendungsverbot sowohl für die unmittelbare als auch die mittelbare Verwendung.

Ein Verständnis dahingehend, dass der Zusatz „zu Beweis Zwecken“ innerhalb der § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F., §§ 161 Abs. 3 Satz 1 (auch in Verbindung mit § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO) und 161 Abs. 4 StPO so gedeutet wird, dass die mittelbare Verwendung von Zufallsfunden uneingeschränkt möglich sei, ist mit der hier entfalteten Dogmatik nicht vereinbar und auch nicht haltbar.<sup>160</sup> Vielmehr gilt in einem solchen Fall ein umfassendes Verbot der mittelbaren Verwendung, so lange diese nicht durch eine explizite Verwendungsregelung positiv erlaubt ist.<sup>161</sup>

Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>162</sup> hat keine Klärung gebracht. §§ 161 Abs. 3, 4 StPO sind unverändert. § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO und § 161 Abs. 3 StPO unterscheidet weiterhin zwischen der Verwendung zu Beweis Zwecken und einer etwaigen darüberhinausgehenden Verwendung (etwa als Ermittlungsansatz)<sup>163</sup>, d. h. einer unmittelbaren und mittelbaren Verwendung, lässt die Sachfrage jedoch offen. Das führt auch zu der Frage, ob eine solche Differenzierung verfassungsrechtlich auch zu rechtfertigen ist.

Einige Stimmen in der Literatur geben zu bedenken, dass bei beiden Formen der Verwendung eine Zweckänderung der Daten stattfindet und dementsprechend auch bei beiden Formen der Verwendung sichergestellt werden müsse, dass diese Daten im neuen Zusammenhang auch hätten erhoben werden dürfen.<sup>164</sup> Auch das *BVerfG* erkennt in einer seiner jüngeren Entscheidungen an, dass beide Arten der Verwendung „einen neuen Eingriff in das Grundrecht [begründen], in das durch die Datenerhebung eingegriffen wurde“<sup>165</sup> und dass es damit folglich einer Rechtsgrundlage für die Verwen-

---

<sup>159</sup> Zu den Begriffen vgl. oben S. 93 f. zu § 93a StPO-E.

<sup>160</sup> Siehe schon die Ausführungen auf S. 80, 85 ff. – auch zu der Auffassung, dass die mittelbare Verwendung die Begrenzung durch Katalogtaten dann nicht erfordert.

<sup>161</sup> So in den Ansätzen schon *Welp*, NSTZ 1995, 601 (604). A.A.: SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 36.

<sup>162</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>163</sup> Dazu auch § 93a StPO-E (S. 93 f.), dort Fn. 327 zu § 161 Abs. 3 StPO.

<sup>164</sup> MüKo-StPO/*Singelstein*, § 477 Rn. 34; *ders.*, ZStW 120 (2008), 854 (885); *Wolter*, in: FG Hilger, 275 (281); *Glaser/Gedeon*, GA 2007, 415 (435).

<sup>165</sup> BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285).

dung bedürfe, die sich an dem für die Erhebung relevanten Grundrecht messen lassen müsse.<sup>166</sup> Diese Anforderung erstreckt es dabei allgemein auf jede Art der Verwendung und lehnt explizit eine unterschiedliche Bewertung „der Verwendung als Beweismittel oder als Ermittlungsansatz“<sup>167</sup> ab. Das wiederum bedeutet, dass sowohl die Verwendungsregelungen zur Verwendung zu Beweis Zwecken/zur Sachführung als auch zur Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz sicherstellen müssen, dass dieser der Verwendung erneut zugrunde liegende Grundrechtseingriff in Form der Erlangung der Daten berücksichtigt wird. Das kann durch die Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs als Voraussetzung für alle Arten von zweckentfremdenden Verwendungen sichergestellt werden.<sup>168</sup>

Zur Veranschaulichung dieser Grundrechtseingriffsvertiefung bzw. des erneuten Eingriffs sollen beispielhaft Informationen aus einer Wohnraumüberwachung, die sowohl zu Beweis Zwecken/zur Sachführung als auch als Ermittlungs-/Spurenansatz verwendet werden sollen und insbesondere ihre Erlangung betrachtet werden. Dabei handelt es sich grundsätzlich um Informationen, die entweder zunächst in Form eines Untersuchungsfundes gezielt bei einer vorgenommenen Ermittlungsmaßnahme erlangt wurden, die aber auch in einem neuen Zusammenhang von Nutzen sind oder aber um Informationen, die von vornherein in Form eines Zufallsfundes bei einer gezielten Ermittlungsmaßnahme zufällig erlangt worden sind. Beispielhaft für eine solche Information mit Doppelrelevanz, also der Eigenschaft als Untersuchungs- und als Zufallsfund je nach Nutzungszusammenhang, kann die Kenntniserlangung über das Versteck einer Geisel sein. Einerseits sind diese Informationen beispielsweise Teil strafverfahrensrechtlicher Ermittlungen und werden als solche zu Beweis Zwecken und darüber hinaus ggf. als Ermittlungsansatz verwertet, andererseits können sie aber, wenn davon auszugehen ist, dass das Leben der Geisel noch zu retten ist, als Zufallsfund und in diesem Zusammenhang (zur Sachführung) und darüber hinaus ggf. als Spurenansatz für polizeirechtliche Gefahrenabwehrmaßnahmen und weitere Polizeihandlungen verwendet werden.

Solche Informationen aus einer akustischen Wohnraumüberwachung werden gem. § 100c StPO gezielt erhoben oder zufällig erlangt. Bei einer solchen Maßnahme kommt es zu einem Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG und in sein Schutzgut der Unverletzlichkeit der Wohnung. Dieses Grundrecht hat jedoch nicht allein den räumlichen Schutz der eigenen vier Wände und damit

---

<sup>166</sup> BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285).

<sup>167</sup> BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285).

<sup>168</sup> *Wolter*, in: FG Hilger, 275 (281); MüKo-StPO/Singelstein, § 477 Rn. 34; *Warntjen*, 204.

den Schutz vor „einer physischen Anwesenheit der Staatsgewalt“<sup>169</sup> vor Augen, sondern im Zuge der Konkretisierung des Schutzes der Menschenwürde insbesondere auch die Privatheit und Möglichkeit eines mentalen Rückzugsortes.<sup>170</sup> Damit sind von Art. 13 Abs. 1 GG unbestritten auch die Kommunikation und die damit ausgetauschten Informationen innerhalb dieses Rückzugsortes geschützt.<sup>171</sup> Dieser Schutz entfällt nicht, wenn der Informationsgehalt der in einer Wohnung erlangten Daten für weitere Zwecke verwendet werden soll. Das Sammeln dieser Informationen, aber auch die Weitergabe und damit jede weitere Verwendung von Informationen aus dem Wohnbereich stellt einen erneuten, den ursprünglich vorgenommenen Eingriff vertiefenden rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 GG dar.<sup>172</sup> Es macht hierbei keinen Unterschied, ob es sich um eine Verwendung der aus der Wohnung erhaltenen Informationen direkt zu Beweis Zwecken/zur Sachführung oder als Ermittlungs-/Spurenansatz handelt. In beiden Fällen macht sich der Staat die Informationen zunutze und verwendet sie weiter. Gleiches gilt für den Informationsaustausch über die durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Kommunikation und ihre Vertraulichkeit.<sup>173</sup>

Übertragen auf den Fall der Informationserhebung nach § 100c StPO bedeutet das, dass eine Rechtfertigungsgrundlage, die eine unmittelbare oder mittelbare Verwendung von Informationen erlaubt, die der Betroffene innerhalb seiner Wohnung preisgibt, ebenfalls Art. 13 Abs. 1 GG und insbesondere seine Gesetzesvorbehalte in den Absätzen 2 bis 5 berücksichtigen muss. Es kommt nämlich bei jeder Art von Verwendung zu einem erneuten und vertiefenden Grundrechtseingriff in Art. 13 Abs. 1 GG. Die Anforderungen des Art. 13 GG gelten im selben Maße wie für die Erhebungsgrundlage.

Betrachtet man neben dieser stattfindenden Vertiefung des der Erhebung zugrundeliegenden Grundrechtseingriffs die sonstige Eingriffsintensität der unmittelbaren und der mittelbaren Verwendung von Daten, ist ebenfalls nicht zu erkennen, warum eine Verwendung der Daten unmittelbar in einem Strafverfahren zu Beweis Zwecken den Betroffenen stärker belasten soll als die Verwendung der Daten als Grundlage für weitere Ermittlungen und somit mittelbar zu Beweis Zwecken innerhalb eines späteren Strafverfahrens gegen ihn.<sup>174</sup>

---

<sup>169</sup> BVerfGE 109, 279 (309).

<sup>170</sup> BVerfGE 109, 279 (327); Maunz/Dürig/Papier, Art. 13 Rn. 11.

<sup>171</sup> So angedeutet bei BVerfGE 109, 279 (313).

<sup>172</sup> BVerfGE 109, 279 (375).

<sup>173</sup> BVerfGE 100, 313 (359).

<sup>174</sup> SK-StPO/Weßlau/Puschke, § 479 Rn. 36; MüKo-StPO/Singelnstein, § 477 Rn. 34; ders., ZStW 120 (2008), 854 (886). A.A. SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 49; Lohberger, in: FS Hanack, 253 (272 f.); Engelhardt, 223; Löffelmann, ZStW

Die unmittelbare Verwendung der Daten innerhalb eines neuen Strafverfahrens bedeutet eine Einführung in das Ermittlungs- und ggfs. in das sich anschließende Hauptverfahren zum Zwecke der Beweisführung. Die Daten bilden dann die Grundlage zur Bewertung der Sachlage, damit auch zur Subsumtion rechtlicher Tatbestände und die Grundlage „zur abschließenden Bewertung der Schuld- und Straffrage“<sup>175</sup>. Sie sind andererseits damit aber auch Teil einer etwaigen Entlastung und führen nicht zwangsläufig zur Belastung des Beschuldigten.<sup>176</sup> Sie werden in vielen Fällen bei Eröffnung des Hauptverfahrens der Öffentlichkeit und damit einer Vielzahl von Personen bekannt. Der Empfängerkreis der Information ist damit nicht mehr beschränk- und überschaubar.

Die mittelbare Verwendung hingegen führt zu weiteren Ermittlungen und zu damit verbundenen erneuten Grundrechtseingriffen.<sup>177</sup> Oftmals stellen diese sogar die ersten gezielten Ermittlungen gegen den Betroffenen dar und es kommt durch die Verwendung der Informationen als Ermittlungsansatz zum ersten gezielten Eingriff in seine Freiheitsrechte. Dass eine Verwendung von Daten als Ermittlungsansatz auch im Sande verlaufen kann und keine unmittelbaren Folgen innerhalb eines sich anschließenden Hauptverfahrens haben muss, ist kein Argument dafür, dass eine mittelbare Verwendung von Daten als Ermittlungsansatz innerhalb eines Strafverfahrens weniger eingriffsintensiv ist. Sie birgt, wie auch die unmittelbare Verwendung der Daten, gerade die Gefahr für eine erhöhte Belastung des Betroffenen durch weitere, sich zum Teil vertiefende Grundrechtseingriffe.<sup>178</sup> Ein potenziell Betroffener muss durch eine hinreichend bestimmte Rechtsgrundlage von solch einer Eingriffsgefahr in seine entsprechenden Freiheitsrechte wissen. Außerdem ist der Gesetzgeber angehalten, auch für den Fall der mittelbaren Verwendung entsprechende Schutzvorkehrungen zu treffen.

---

118 (2006), 358 (386), der bereits in der Verwendung einen weniger intensiven Eingriff sieht, da es sich hier nur um eine Reproduktion von Informationen handeln würde. Für die Nutzung rechtswidrig erlangter Daten als Spurenansatz: *Benning*, 165; ebenfalls a.A. *Allgayer*, NStZ 2006, 603 (606), der aber gerade herausstellt, dass „das Schwergewicht des Eingriffes [...] nicht in [der] weiteren Verwendung der Überwachungsergebnisse, sondern im vorangehenden, bereits abgeschlossenen Ermittlungsgeschehen [liegt]“.

<sup>175</sup> SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49.

<sup>176</sup> A.A.: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49, der die Verwendung zu Beweis Zwecken als „endgültig nachteilig“ bezeichnet.

<sup>177</sup> So auch SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49.

<sup>178</sup> Auch *Wolter* betont in: FS Schenke, 541 (546), dass „jede zweckentfremdende Verwendung von Daten zu einem erneuten, regelmäßig vertiefenden Grundrechtseingriff führt“.

Insbesondere im Bereich der Verwendung von Daten zu Gefahrenabwehrzwecken wird besonders deutlich, dass sich die Eingriffsintensität der unmittelbaren Verwendung von der mittelbaren Verwendung nicht unterscheidet. So macht es für den Betroffenen keinen Unterschied, ob die Behörden aufgrund der übermittelten Daten direkt eingreifen, um eine Gefahr unmittelbar abzuwenden, oder ob sie lediglich i. S. der Verfolgung eines Spurenansatzes weitere Untersuchungen anstellen oder gar beginnen, gegen ihn vorzugehen und er so durch verschiedene Maßnahmen in seinen Grundrechten betroffen ist. Ziel einer jeden mittelbaren Verwendung der Daten ist die unmittelbare Beendigung einer Gefahr und damit in ihrer Eingriffsintensität identisch.<sup>179</sup> Selbst wenn die Maßnahme zur Entlastung des Betroffenen führt und es zu keiner unmittelbaren Gefahrenabwehrmaßnahme kommt, hat der Betroffene einen weiteren Eingriff in seine Grundrechte erdulden müssen, der nur durch die mittelbare Verwendung der Daten ausgelöst werden konnte. Die mittelbare Verwendung der Daten als Spurenansatz ist folglich oftmals erst der Beginn einer Reihe von Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und weitere Grundrechte.<sup>180</sup>

Grundsätzlich lässt sich somit feststellen, dass beide Arten der Verwendung eine Zweckänderung und damit einen eigenständigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellen, sofern Art. 13 Abs. 1 GG oder Art. 10 Abs. 1 GG nicht spezieller sind. Die grundrechtliche Beeinträchtigung der mittelbaren Verwendung unterscheidet sich dabei nicht von der, die durch die unmittelbare Verwendung stattfindet.<sup>181</sup> Warum dann aber die Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz nach überwiegender Auffassung in der Literatur<sup>182</sup> ohne jegliche Einschränkungen verfassungsrechtlich

---

<sup>179</sup> So auch *Bertram*, 300, der allerdings nicht deutlich zwischen Verwertung und Verwendung unterscheidet. A. A.: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49, der eine „unmittelbar[e] und endgültig[e] [Auswirkung] auf den Betroffenen“ bei der mittelbaren Verwendung nicht erkennen will.

<sup>180</sup> HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32.

<sup>181</sup> So auch SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 36; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (886). Auch bei *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (546) klingt dies durch, wenn er betont, dass bei einer „Straftaten-Restriktion i. S. eines sog. ‚hypothetischen Ersatzeingriffs‘ allein [auf die] ‚Beweis-Erkenntnisse‘ (,zu Beweis Zwecken‘), nicht jedoch [auch auf alle] verbleibenden ‚Spurenansätze‘ [...] von Gesetzes wegen verkannt [wird], dass jede zweckfremdende Verwendung von Daten zu einem erneuten, regelmäßig vertiefenden Grundrechtseingriff führt“.

<sup>182</sup> LR/*Erb*, § 161 Rn. 80; LR/*Hilger*, § 477 Rn. 8; Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 18d, § 479 Rn. 4; SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 36; AnwK-StPO/*Löffelmann*, Vorb zu §§ 94 bis 111 Rn. 19; HK-StPO/*Temming/Schmidt*, § 477 Rn. 5; *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (484); *Allgayer/Klein*, wistra 2010, 130 (133); *Allgayer*, NSTz 2006, 603 (605 f.); Handbuch des Polizeirechts/*Frister*, F Rn. 156; SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 36, der jedoch eine solche Differenzierung durch das Gesetz stark kritisiert und in Rn. 37 die Verwen-



gerechtfertigt sein soll, erschließt sich nicht. Das hat vielmehr zur Folge, dass Daten durch die Hintertür eines anderen Verfahrens in einem neuen Verfahren verwendet werden dürfen, obwohl in diesem Verfahren eine Erhebung dieser Daten nie möglich gewesen ist.<sup>183</sup> Die Behörden werden geradezu animiert, Erhebungsbeschränkungen beispielsweise im Strafverfahren über das Polizeiverfahren zu umgehen. Beide Arten der Verwendung benötigen somit eine Ermächtigungsgrundlage. Sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Verwendung sind dabei am durch die Informationserhebung betroffenen Grundrecht zu messen. Um die identische Eingriffsintensität der unmittelbaren und der mittelbaren Verwendung zu rechtfertigen, müssen beide Arten von Verwendungsregelungen eine Regelung zum hypothetischen Ersatzeingriff vorsehen.

Dies berücksichtigt § 100e Abs. 6 StPO, der sich nun zusätzlich in § 479 Abs. 3 StPO wiederfindet.<sup>184</sup> Beide Regelungen machen keine Unterscheidung zwischen der Verwendung zu Beweis Zwecken/zur Sachführung und der Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz. Sie machen jede Art der Verwendung von einem hypothetischen Ersatzeingriff abhängig. Anders gestaltet sich das für Verwendungsregelungen, die die Verwendung von Informationen regeln, die auf einer weniger eingriffsintensiven Maßnahme und damit Erhebung basieren, wie beispielsweise der Telekommunikationsüberwachung. So erstreckt § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO i. V. m. § 479 StPO die Voraussetzungen des hypothetischen Ersatzeingriffs und alle anderen Voraussetzungen, sowie schon § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F., nicht auf die Verwendung von Daten als Ermittlungs-/Spurenansatz. Diese mittelbare Verwendung soll ohne erhöhte Voraussetzungen möglich sein. Für den Fall der Verwendung von Zufallsfunden gem. § 100e Abs. 6 StPO hat selbst das *BVerfG* eine unterschiedliche Behandlung von unmittelbarer und mittelbarer Verwendung schon frühzeitig abgelehnt.<sup>185</sup> Warum aber bei Daten, die aus einer eingriffsintensiven Erhebungsmaßnahme wie der akustischen Wohnraumüberwachung stammen, die unmittelbare und die mittelbare Verwendung gleich behandelt

---

dung als Ermittlungsansatz nur unter der Bedingung zulassen will, „wenn sie der Verfolgung von Straftaten eines solchen Gewichts dient, die ihre Neuerhebung mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln wie im Ausgangsverfahren rechtfertigen können“.

<sup>183</sup> SK-StPO<sup>2</sup>/Wolter, Vor § 151 Rn. 190; *ders.*, in: FS Schenke, 541 (546); *Singelnstein*, ZStW 120 (2008), 854 (885). So auch BVerfGE 109, 279 (377).

<sup>184</sup> Der Gesetzentwurf zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 22.1.2021 (BR-Drucks. 57/21, S. 130f.) und 17.3.2021 (BT-Drucks. 19/27654, S. 116f.) sieht die Aufhebung der „überflüssige[n]“ Regelung in § 479 Absatz 3 StPO vor. Das Gesetz trat am 01.07.2021 in Kraft (BGBl. I, S. 2099).

<sup>185</sup> BVerfGE 109, 279 (377).

werden müssen, bei Daten aus weniger eingriffsintensiven Erhebungen jedoch nicht, ist nicht erklärbar.<sup>186</sup> Die Intensität des Erhebungseingriffs ändert nichts an der Eingriffsintensität der mittelbaren und unmittelbaren Verwendung, sie beeinflusst diese vielmehr in gleichem Maße.

Kommt man also wie vorliegend zu dem Ergebnis, dass sich die Eingriffsintensität der unmittelbaren nicht von der der mittelbaren Verwendung unterscheidet, so bedarf es für die mittelbare Verwendung einer zumindest genauso bestimmten Rechtsgrundlage wie für die unmittelbare Verwendung.<sup>187</sup> Insbesondere ist dabei *Singelstein* zuzustimmen, der die Verwendung von Daten als Ermittlungs-/Spurenansatz auf der Grundlage von Generalklauseln ablehnt. Er begründet dies zutreffend damit, dass eine solche Generalklausel gerade nicht sicherstelle, dass die ursprüngliche Erhebungsvorschrift und damit Rechtfertigungsgrundlage für den durch die Erhebung stattfindenden Grundrechtseingriff nicht umgangen werde.<sup>188</sup> Dann jedoch sei der neue Zweck mit dem alten Zweck nicht vereinbar. Dies ist nur dann der Fall, wenn sowohl bei der unmittelbaren als auch der mittelbaren Verwendung sichergestellt ist, dass die Daten im neuen Verfahren ebenfalls hätten erhoben werden dürfen.

Sowohl für die unmittelbare als auch die mittelbare Verwendung ist die Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs somit zwingend. So ist dem schon oben dargestellten Verständnis *Singelsteins* und *Weßlaus* des Begriffs „zu Beweis Zwecken“ innerhalb des heutigen § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO<sup>189</sup>, der inhaltlich § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F. entspricht, und die damit verbundene Subsumtion der mittelbaren Verwendung ebenfalls unter die Norm im Ergebnis grundsätzlich zuzustimmen, auch wenn der Zusatz „zu Beweis Zwecken“ dann seine eigenständige Bedeutung verliert und der Gesetzgebungswille einem solchen Verständnis wohl entgegensteht. Noch besser erscheint aus diesem Grund eine klare Differenzierung zwischen einer unmittelbaren und einer mittelbaren Verwendung. Aus diesem

---

<sup>186</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 36; SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 52; LR/*Hauck*, § 100e Rn. 75; *Warnjen*, 203 f.; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (887) ist dabei zuzustimmen, wenn er hervorhebt, dass es gerade nicht darauf ankommt, ob die Erhebung unterschiedliche Eingriffsintensität vorweist, sondern ob die Eingriffsintensität der mittelbaren zur unmittelbaren Verwendung unterschiedlich zu beurteilen ist. Im Ergebnis auch *Lohberger*, in: FS Hanack, 253 (272 f.), der aber die Fernwirkung auf den Fall der mittelbaren Verwendung überträgt.

<sup>187</sup> A. A.: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49; *Benning*, 81.

<sup>188</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (885); so auch HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32. Auch kann eine Verwendung als Ermittlungsansatz nicht auf das Legalitätsprinzip gestützt werden, wie *Wolter*, in: SK-StPO<sup>2</sup> Vor § 151 Rn. 190 richtigerweise betont.

<sup>189</sup> Siehe S. 88.

Grund ist es zwar zu begrüßen, dass zumindest die neuen § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 StPO auf den Zusatz „zu Beweis Zwecken“ vollständig verzichten<sup>190</sup> und damit die unmittelbare sowie die mittelbare Verwendung den gleichen Voraussetzungen unterwerfen,<sup>191</sup> allerdings erscheint es aus Gründen der Bestimmtheit erstrebenswert, nicht nur gar nichts zu der Frage der unmittelbaren und mittelbaren Verwendung innerhalb des Wortlauts zu sagen, sondern klar und deutlich zwischen den beiden Arten zu unterscheiden.

### III. Notwendigkeit gesetzlicher Verwertungsbefugnisnormen

Die bisherige Dogmatik der Verwertungsverbote ist jedoch deutlich von den Verwendungsregelungen abzugrenzen.<sup>192</sup> Ihr liegt die Wertung zugrunde, Beweisverbote stellen eine Einschränkung der Wahrheitsermittlung dar und seien stets als Ausnahme zu betrachten.<sup>193</sup> Somit kommt es zu einer ausführlichen Diskussion über die geregelten und nicht geregelten Beweisverwertungsverbote und erst innerhalb der jetzt neueren Rechtsprechung – abgesehen von den Ausführungen der Vertreter der strengen Beweisbefugnislehre<sup>194</sup> – überhaupt zur Herleitung einer Rechtsgrundlage für die Verwertung.<sup>195</sup>

#### 1. Kritik an der vorherrschenden Verwertungsverbotdogmatik

Würde man jedoch die Grundrechtsdogmatik, dabei insbesondere den Gesetzesvorbehalt und den Wesentlichkeitsgrundsatz, ernst nehmen, die im Falle eines wesentlichen Grundrechtseingriffs eine gesetzliche Rechtsgrundlage für staatliches Handeln verlangen, sofern das verletzte Grundrecht einen solchen

<sup>190</sup> Ein solcher Verzicht auf den Zusatz „zu Beweis Zwecken“ war innerhalb von BT-Drucks. 19/4671, S. 9, auch für den § 161 Abs. 3 StPO-E vorgesehen, der dann nicht umgesetzt wurde.

<sup>191</sup> Dies in einem Gesetzesvorschlag für § 161 Abs. 2 StPO-E schon deutlich früher fordernd: *Wolter*, in: FS Schenke, 542 (553, 558 f.). Auch *Bertram*, 344 verzichtet in seinem Regelungsvorschlag § 161 Abs. 2 StPO-E auf den Zusatz zu Beweis Zwecken. *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1142 f.) wollen die mittelbare Verwendung von einer Abwägung der Interessen abhängig machen, ohne dabei eine gesetzliche Grundlage zu fordern.

<sup>192</sup> Siehe schon S. 118.

<sup>193</sup> *Kühne*, § 54 IV; SSW-StPO/*Schluckebier*, § 261 Rn. 59; *Altwater*, in: FS Schlotthauer, 3 (12).

<sup>194</sup> *Jahn*, C68; *Bockemühl*, in: Effektive Strafverteidigung, 51 (62); *Singelnstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653); *Dallmeyer*, 130; *Eschelbach/Wasserburg*, in: FS Wolter, 877 (888); *Schilling*, 215 ff.; *Sydow*, 23 ff., die sich allerdings in ihren Anknüpfungspunkten an die jeweilige Befugnis stark unterscheiden.

<sup>195</sup> BVerfGE 130, 1 (35 f.).

Eingriff auf der Grundlage einer Ermächtigungsgrundlage zulässt,<sup>196</sup> müsste auch innerhalb der Verwertungsverbotdogmatik das Verbot die Regel und die Erlaubnis zur Verwertung die regelungsbedürftige Ausnahme darstellen.<sup>197</sup> Bei der Verwertung von Untersuchungsfunden handelt es sich regelmäßig um die Verwertung personenbezogener Informationen und damit um einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Darüber hinaus finden bei einer rechtswidrigen Erhebung eigenständige, nicht gerechtfertigte Grundrechtseingriffe statt, die es innerhalb der Verwertung zu rechtfertigen gilt. Da die Beweisführung innerhalb des Strafverfahrens außerdem i. S. des Wesentlichkeitsgrundsatzes von Bedeutung ist<sup>198</sup>, ist der Parlamentsgesetzgeber gefordert, neben unter Umständen weiteren spezielleren Gesetzesvorbehalten, zumindest dem Gesetzesvorbehalt aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG gerecht werdende, bestimmte Ermächtigungsgrundlagen innerhalb der StPO zu schaffen, die all das im Blick haben.<sup>199</sup> Eine solche Entscheidung darf er nicht der Rechtsprechung überlassen.

## 2. Vom Verwertungsverbot zur Verwertungsbefugnis

Somit fehlt es sowohl an dem Vorbehalt des Gesetzes gerecht werdenden Ermächtigungsgrundlagen für eine Verwertung rechtswidrig erlangter Untersuchungsfunde als auch solchen, die einen durch die Verwertung eigenständig stattfindenden Grundrechtseingriff rechtmäßig erhobener Daten rechtfertigen.<sup>200</sup> Diese können weder in der Ermächtigungsgrundlage für die Erhebung gesehen werden noch im allgemeinen Legalitätsprinzip oder im Grund-

---

<sup>196</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 Rn. 75.

<sup>197</sup> So auch Wolter, in: FG BGH, 963 (995); *AE-EV*, 71 ff., der den Gesetzesvorbehalt für das Strafprozessrecht in § 150f StPO-E ausdrücklich normiert; MüKo-StPO/Singelstein, Vor § 474 Rn. 52 f.; Sydow, 40; Amelung, 2011, 171; ders., 1990, 26; Müller-Heidelberg/Kunz/Niehaus/Roggan, KriPoZ 2018, 259 (264); Jahn, C68; Bockemühl, Effektive Strafverteidigung, 51 (63); Rogall, ZStW 91 (1979), 1 (5 f.); Schumacher, 67; Schilling, 174, die diese Konsequenz so klar nicht zieht, jedoch auf der Grundlage der Freiheitsrechte und des Gesetzesvorbehalts deutlich die Notwendigkeit der Legitimation von Verboten als „Verkehrung der Rechtfertigungslast“ kritisiert. Das Gegenteil zu Recht noch annehmend: Beling, 2, der eine Beweisverbotslehre zur Zeit der Bismarckschen Reichsverfassung begründete, die noch keine Grundrechte und somit Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat kannte.

<sup>198</sup> Jahn/Dallmeyer, NStZ 2005, 297 (303).

<sup>199</sup> So auch Wolter, in: FG BGH, 963 (995), dies gilt aber entgegen Wolter, in: FG BGH, 963 (996) auch für die Verwertung nach einer Erhebung, die das Gesetz nicht erheblich verletzen. Eschelbach/Wasserburg, in: FS Wolter, 878 (888); Dallmeyer, 123 ff.

<sup>200</sup> Dies auch kritisierend: Wolter, in: GS Weßlau, 445 (449); MüKo-StPO/Singelstein, Vor § 474 Rn. 53 f.

satz der Beweiswürdigung aus § 261 StPO.<sup>201</sup> Auch §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 und 244 Abs. 2 StPO stellen keine Befugnisnormen dar, sondern sind vielmehr Gebots- bzw. Aufgabenzuweisungsnormen.<sup>202</sup>

Gesetzlich geregelte Verwertungsverbote wenden den Vorbehalt des Gesetzes in sein Gegenteil. Ein Paradigmenwechsel hin zu einem grundsätzlichen Verwertungsverbot von Untersuchungsfunden, verbunden mit gesetzlich normierten Verwertungserlaubnissen als regelungsbedürftige Ausnahmen, hätte hingegen zur Konsequenz, dass auch Verwertungsverbote, die sich allein aus dem Grundgesetz ergeben, Beachtung ohne ein entsprechendes gesetzliches Verbot finden müssten. Um der Verletzung der absoluten Eingriffsgrenze aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG jedoch Vorschub zu leisten und die Grundwertung der Unantastbarkeit der Menschenwürde für das Strafverfahren hervorzuheben, erscheint es sinnvoll, diese absolute Grenze in Form einer Verbotsnorm festzuhalten.

Die Regelung von Verwertungsbefugnissen hätte außerdem zur Folge, dass Verwertungs- und Verwendungsregelungen dogmatisch parallel verlaufen würden. Dies erscheint mit Blick auf die oben dargestellten, sowohl bei der Verwertung als auch bei der Verwendung stattfindenden Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung konsequent. Verwertung und Verwendung unterscheiden sich nämlich nicht in der Frage, ob ihnen ein Eingriff zugrunde liegt, sondern vielmehr in ihrem Bezugspunkt: Verwendungsregelungen regeln demnach den Umgang mit Zufallsfunden, wohingegen Verwertungsregelungen die Nutzung von Untersuchungsfunden legitimieren. Das führt allenfalls zu Unterschieden in der Intensität des zugrunde liegenden Eingriffs in Form einer bei der Verwendung stattfindenden Zweckänderung der Daten. Außerdem beugt es einer weiteren Annäherung der Verwendungsregelungen hin zu den Verwertungsverboten vor.<sup>203</sup> Darüber hinaus können erst gesetzlich festgeschriebene Verwertungsbefugnisse die durch die Abwägungslehre der Rechtsprechung und die Vielzahl an Lösungswegen innerhalb der Literatur entstandene Rechtsunsicherheit beseitigen.<sup>204</sup>

---

<sup>201</sup> So auch *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 643 (653); MüKo-StPO/*ders.*, Vor § 474 Rn. 54; *Eschelbach/Wasserburg*, in: FS Wolter, 877 (888); *Wolter*, in: FG Feigen, 383 (392 f.); *Roxin/Schünemann*, § 24 Rn. 30a. A. A.: BGHSt 58, 84 (97 Rn. 32).

<sup>202</sup> A. A.: *Jahn*, C70; *ders.*, in: FS Stöckel, 259 (270), der in § 244 Abs. 2 StPO „eine noch hinreichend bestimmte parlamentsgesetzliche Ermächtigung für die Verwertung von Beweismitteln“ anerkennt und damit ebenfalls von einer grundsätzlichen Verwertungsbefugnis ausgeht, so lange kein „höherrangiges Verfassungsrecht“ dem entgegensteht. BGHSt 58, 84 (96 Rn. 32).

<sup>203</sup> Siehe die Ausführungen auf S. 54 ff.

<sup>204</sup> Siehe die Ausführungen bei *Jahn*, in: FS Stöckel, 259 (269 f.).

### 3. Folgen eines Verstoßes gegen eine Verwertungsregelung

Lägen bei einer solchen gesetzlichen Situation die Voraussetzungen einer entsprechenden Verwertungsbefugnisnorm dann nicht vor, hätte dies ein Verwertungsverbot zur Folge. Dieses Verwertungsverbot gilt dann, wie oben bei den entsprechenden Verwendungsverboten gesehen<sup>205</sup>, umfassend. Das bedeutet jedoch auch, dass man sich von der Frage nach der Fernwirkung eines Verwertungsverbots abwenden und vielmehr über solche Regelungen sprechen muss, die eine Verwertung von Untersuchungsfunden zu mittelbaren Zwecken positiv erlauben.<sup>206</sup> Das bedeutet, dass eine entsprechende Verwertungsbefugnisnorm nur dann bestimmt sein kann, wenn aus ihr ersichtlich ist, ob sie eine Verwertung nur zu unmittelbaren oder auch zu mittelbaren Zwecken erlaubt. Regelt sie lediglich eine Verwertung unmittelbar zu Beweis Zwecken, muss entsprechend angenommen werden, dass ein Verbot der mittelbaren Verwertung existiert. Im heutigen Sprachgebrauch wäre dann von einer Fernwirkung die Rede. Dieser Begriff erscheint dann jedoch ungeeignet, da es sich nicht um die Reichweite eines Verwertungsverbots handelt, sondern vielmehr um die logische Konsequenz aus der dem Gesetzesvorbehalt gerecht werdenden Verwertungsdogmatik.

### 4. Bedarf es unterschiedlicher Rechtfertigungsgrundlagen für die unmittelbare und die mittelbare Verwertung?

Auch innerhalb der Verwertungsregelungen stellt sich demnach dann die Frage, ob es unterschiedlicher Rechtfertigungsgrundlagen bezüglich der unmittelbaren und der mittelbaren Verwertung bedarf. In Bezug auf die Frage nach der Eingriffsintensität der mittelbaren Verwertung im Vergleich zur unmittelbaren Verwertung von strafverfahrensrechtlich erlangten Untersuchungsfunden ergibt sich hier jedoch nichts anderes als im Falle der Verwendung. Zwar fehlt es sowohl der mittelbaren als auch der unmittelbaren Verwertung an der der Verwendung zugrunde liegenden Zweckänderung, für die Frage nach der unterschiedlichen Eingriffsintensität zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Verwertung spielt dies jedoch keine Rolle. Vielmehr stellt die unmittelbare Verwertung ebenfalls eine Verwertung zu Beweis zwe-

---

<sup>205</sup> Siehe S. 120 ff.

<sup>206</sup> So auch schon *Sydow*, 120, der betont, dass „im Allgemeinen [...] das Strafrechtsverfahrensrecht keine Verbotssätze [enthält], sondern [...] das zulässige Prozedieren durch Gebote vor[schreibt]. Es herrscht also keine grundsätzlich unbeschränkte und nur durch gelegentliche Verbote begrenzte Strafverfolgung. Sie ist vielmehr weitgehend gebunden durch den Gesetzmäßigkeitsgrundsatz, die Verfahrensmaxime und durch einzelne Verfahrensgebote. Aus ihnen ergibt sich, was zulässig ist, und damit auch, was unzulässig ist; nicht aber folgt die Unzulässigkeit aus Verbotssätzen“.

cken, also in Form der Verwertung im Ermittlungsverfahren und in einem sich daran ggfs. anschließenden Hauptverfahren, und die mittelbare Verwertung eine Verwertung der Daten zum Zwecke weiterer Ermittlungen dar. Auch hier führt die mittelbare Verwertung zu einer erhöhten Gefahr weiterer Grundrechtseingriffe. Auf die obigen Ausführungen<sup>207</sup> kann somit Bezug genommen werden. Eine mittelbare Verwertung bedarf ebenfalls einer gesetzlich bestimmten Rechtsgrundlage, die in ihren Anforderungen denen, die die unmittelbare Verwertung regeln, in nichts nachstehen darf.<sup>208</sup> Sie muss aufgrund ihrer vergleichbaren Eingriffsintensität zumindest genauso bestimmt sein wie die Regelung der unmittelbaren Verwertung. Es stellt sich dann nicht mehr die Frage nach der Fernwirkung eines Verwertungsverbots, sondern vielmehr danach, wie weit die Verwertungserlaubnis reicht.

#### IV. Ergebnis

Die Betrachtung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Verwendung von Zufallsfunden und der Verwertung von Untersuchungsfunden, insbesondere der Untersuchungsfunde, die rechtswidrig erlangt wurden, und der Vergleich zwischen der Dogmatik der Verwendungsregelungen mit der der Verwertungsverbote zeigt auf, dass auch der zweckgebundenen Verwertung Grundrechtseingriffe zugrunde liegen, die einer gesetzlich normierten Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Diese Eingriffe insbesondere bei der Verwertung rechtswidrig erhobener Daten innerhalb eines Strafverfahrens gestalten sich so intensiv, dass sie nicht auf der Grundlage von Generalklauseln erfolgen können, wie es einige Stimmen innerhalb der Befugnislehre<sup>209</sup> vorsehen.<sup>210</sup> Noch weniger ist aber eine Abwägung ohne jede Rechtsgrundlage durch die Rechtsprechung zulässig. Insbesondere soll die Normierung von Verwertungsregelungen den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts gerecht werden und ein Umdenken hin zum Verbot als die Regel, Verwertungserlaubnis als gesetzlich geregelte Ausnahme bewirken. Aus diesen Gründen wird im Anschluss ein Gesetzesvorschlag für solche den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werdende Verwertungsregelungen gemacht.

---

<sup>207</sup> Siehe S. 122 ff.

<sup>208</sup> A. A.: SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 49; Benning, 81.

<sup>209</sup> Jahn, C68; Bockemühl, Effektive Strafverteidigung, 51 (62).

<sup>210</sup> So auch Eschelbach/Wasserburg, in: FS Wolter, 877 (888); Wolter, in: FG BGH, 963 ff.; ders., in: FG Feigen, 383 (392 f.); Roxin/Schünemann, § 24 Rn. 30a; Dallmeyer, 130; Singelstein, in: FS Eisenberg, 643 (653).

## G. Systematik und Gesetzesvorschlag für Verwertungsregelungen

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die immer umfassenderen Regelungen zur Verwendung von Zufallsfunden den Gesetzgeber dazu veranlassen sollten, auch die Dogmatik der Verwertungsverbotslehre zu überdenken und den verfassungsrechtlichen Anforderungen anzupassen. So bedarf es statt einzelner gesetzlicher Verwertungsverbote bzw. unregelter Bereiche umfassender gesetzlicher Verwertungsbefugnisnormen für Untersuchungsfunde innerhalb eines Strafverfahrens.<sup>1</sup> Diese müssten dann wegen des nicht weniger intensiven Eingriffs durch eine mittelbare Verwertung auch eine solche regeln.

Damit würden Verwertungs- und Verwendungsregelungen derselben Dogmatik folgen. Das Verbot wäre die Regel, die Verwertungs- bzw. Verwendungsbefugnis die von Gesetzes wegen rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber und nicht der Rechtsanwender würde die notwendige Interessenabwägung zwischen den mit Verfassungsrang ausgestatteten Allgemeininteressen der Strafverfolgung und den durch die Grundrechte zugesicherten Individualinteressen der von den Maßnahmen Betroffenen vornehmen.

### I. Systematische Einordnung

Grundlage der folgenden Regelungen ist somit zunächst das Bestreben, Ermächtigungsgrundlagen für die Verwertung von Untersuchungsfunden, die auf der Grundlage einer Grundrechtsverletzung erlangt worden sind, zu schaffen. Darüber hinaus geht es um Verwertungsbefugnisse für die Fälle, bei denen erst die Verwertung von rechtmäßig erlangten Erkenntnissen zur Grundrechtsverletzung führen kann.

Die Ermächtigungsgrundlagen unterteilen die „zugrunde liegenden“ Grundrechtsverletzungen in drei Kategorien: eine Verletzung der unantastba-

---

<sup>1</sup> Dies auch fordernd: *AE-EV*, § 150f Abs. 2 StPO-E, 71. A.A.: *Neuber*, NStZ 2019, 113 (123), der meint, dass „die einzelfallorientierte, wenngleich an objektiven Kriterien zu messende Rechtsfindung weiterhin richterlicher Rechtsfortbildung und (kommentierender) Lehre überlassen werden“ sollte.

<sup>2</sup> So auch *Gusy*, HRRS 2009, 489 (491).



ren Menschenwürde oder des Würdegehalts von anderen Grundrechten<sup>3</sup>, bei denen eine Rechtfertigung und dann auch Verwertung von Erkenntnissen nicht möglich ist und die somit die absolute Grenze für alle Formen staatlichen Handelns darstellen; zweitens erhebliche Verletzungen von Grundrechten, wie beispielsweise bei der Beeinträchtigung von grundlegenden verfahrensrechtlichen Zusicherungen für den Beschuldigten, bei denen eine Verwertung von Erkenntnissen lediglich in einzelnen Ausnahmefällen zulässig sein kann; und schließlich geringfügige Verletzungen durch marginale Verstöße, bei denen eine Verwertung von Erkenntnissen in einer Reihe von Fällen möglich bleibt.

Da die mittelbare Verwertung einen ebenso intensiven Grundrechtseingriff darstellt, gilt für sie nichts anderes. Verwertungsbefugnisse regeln somit nicht nur eine unmittelbare Verwertung, sondern lösen auch die Probleme bezüglich der Fernwirkung. Es ergibt sich dann eine den Grundrechten wie der Wirksamkeit der Strafrechtspflege gerecht werdende, einheitliche Gesamtdogmatik der Verwertung und Verwendung.

Die Normierung der Verwertungsregelungen in den §§ 150 ff. StPO-E wird zum einen deshalb gewählt, weil § 150 StPO aktuell nicht besetzt ist und somit eine Eingliederung in die bestehende StPO zulässt. Darüber hinaus machen sie insbesondere die Nutzung von Informationen im Ermittlungsverfahren möglich oder verhindern eine solche und haben damit wesentlichen Einfluss auf den Ablauf des Verfahrens, das in den §§ 151 ff. StPO seine gesetzlichen Grundlagen findet. Sie stehen darüber hinaus im Kontrast zu dem in § 152 Abs. 2 StPO geregelten Legalitätsprinzip und fügen sich damit an gewählter Stelle systematisch bruchlos in die bestehende StPO ein.

## II. Gesetzesvorschlag

In Weiterführung der §§ 150a-150g StPO-E des *AE-EV* von 2001 und angelehnt an *Wolters* Leitlinien von 2000<sup>4</sup> soll nachfolgend ein Gesetzesvorschlag gemacht werden, der die Verwertungsverbotsdogmatik in eine Verwertungsbefugnisdogmatik umkehrt, dabei aber die absoluten Grenzen der Verwertung klar definiert. Im Bereich der absoluten Grenzen (nachfolgend § 150

<sup>3</sup> Damit ist deutlich gemacht, dass Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur die „wichtigste Wertentscheidung“ und das „tragende Konstitutionsprinzip“ des Grundgesetzes darstellt, wie das BVerfG in seinen BVerfGE 32, 98 (108); BVerfGE 50, 166 (175); BVerfGE 54, 341 (357); BVerfGE 87, 209 (228) und BVerfGE 96, 375 (398) ausführt, sondern auch selbst ein Grundrecht darstellt; vgl. auch *Jarass/Pieroth*, Art. 1 Rn. 3; *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke*, Art. 1 Rn. 8; *Sachs-GG/Höfling*, Art. 1 Rn. 5.

<sup>4</sup> *Wolter*, in: *FG BGH*, 963 (1001 ff.); *ders.*, *GA* 1999, 158 (175 ff.); *ders.*, in: *Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz*, 319 (331 ff.).

StPO-E) ist eine Befugnisnorm allerdings ausgeschlossen. Die Erläuterungen dazu folgen in der dem Gesetzesvorschlag nachfolgenden Gesetzesbegründung (unter III.).

§ 150 Absolute Erhebungs- und Verwertungsverbote<sup>5</sup>

(1) <sup>1</sup>Ermittlungsmaßnahmen, die die Würde des Menschen oder ein anderes Grundrecht in seinem Würdegehalt verletzen, sind verboten.<sup>6</sup> <sup>2</sup>Dies gilt bei einem Verstoß gegen das

1. Misshandlungsverbot (bei Folter oder bei unmenschlicher, erniedrigender oder gesundheitsschädigender Behandlung);<sup>7</sup>
2. Lebensgefährdungsverbot<sup>8,9</sup>
3. Verbot der Veranlassung einer Selbstbelastung (durch Zwang, Drohung, Täuschung oder List);<sup>10</sup>
4. Verbot, in den Kernbereich privater Lebensgestaltung einzudringen;<sup>11</sup>
5. Totalüberwachungsverbot (bei Unzulässigkeit wie bei Zulässigkeit der zugrunde liegenden Grundrechtseingriffe);<sup>12</sup>
6. Verbot, gegen Unbeteiligte ohne Anlass zu ermitteln;<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Siehe *AE-EV*, 36.

<sup>6</sup> Siehe *AE-EV*, § 150a Satz 2 StPO-E, 59 und *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1002); *ders.*, GA 1999, 158 (176) Leitsatz 3; *ders.*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (332 [LS] 2 [1]).

<sup>7</sup> Siehe auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1003 Buchst. d)]; *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 8); *ders.*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (332 [LS] 2 [2]); *AE-EV*, § 150d Abs. 1 StPO-E, 64.

<sup>8</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1003); *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 9); *AE-EV*, § 150d Abs. 2 Satz 1 StPO-E, 64.

<sup>9</sup> *AE-EV*, § 150d Abs. 2 Satz 2 StPO-E, 64f. Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG erlaubt Einschränkungen. Insbesondere die Zulassung einer Lebensgefährdung aufgrund einer Zustimmung des Betroffenen ist jedoch entgegen *AE-EV*, § 150d Abs. 2 Satz 1 StPO-E abzulehnen. Aber auch Art. 2 Abs. 2 Buchst. b) EMRK geht zu weit. Eine Lebensgefährdung zum Zwecke der Strafverfolgung ist unverhältnismäßig. Innerhalb einer doppelrelevanten Situation, bspw. bei einer Geiselnahme, die sowohl gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen als auch strafverfahrensrechtliche Ermittlungsmaßnahmen auslösen kann, ist eine Lebensgefährdung nur zum Zwecke der Gefahrenabwehr zulässig.

<sup>10</sup> Siehe auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1002 Buchst. a)]; *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 4); *ders.*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (332 [LS] 2 [3]); *AE-EV*, § 150b Abs. 1 StPO-E, 60.

<sup>11</sup> Siehe auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1003 Buchst. f)]; *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 10).

<sup>12</sup> Siehe auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1003 Buchst. g)]; *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 11); *ders.*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (334 [LS] 2 [9]); *Puschke*, 83 f.; *Puschke/Singelstein*, NJW 2005, 3534 (3537).

<sup>13</sup> Siehe auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1003 Buchst. i] Alt. 2); *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 6); *ders.*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (333 [LS] 2 [6]).

7. Verbot des bewussten oder objektiv willkürlichen Handelns durch Strafverfolgungsorgane, namentlich wenn grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden.

<sup>3</sup>Ermittlungsmaßnahmen nach Satz 1, 2 dürfen auch dann nicht erfolgen, wenn der Betroffene zustimmt.

- (1) <sup>1</sup>Erkenntnisse, die entgegen dem Verbot nach Absatz 1 erlangt worden sind, dürfen in Strafverfahren nicht zu Lasten<sup>14</sup> des Betroffenen verwertet werden.<sup>15</sup>  
<sup>2</sup>Dies gilt auch dann, wenn der Betroffene der Verwertung zustimmt.<sup>16</sup>
- (2) Die Verwertungsverbote nach Absatz 2 gelten auch, wenn bei rechtmäßig erlangten Erkenntnissen erst ihre Verwertung die Würde des Menschen oder ein anderes Grundrecht in seinem Würdegehalt verletzen würde.<sup>17</sup>
- (3) Die Verwertungsverbote nach Absatz 2 und 3 erstrecken sich auch auf die mittelbare Verwertung.<sup>18</sup>
- (4) Die Verwertungsverbote nach Absatz 2 gelten auch, wenn die Erkenntnisse rechtmäßig hätten erlangt werden können.<sup>19</sup>
- (5) Die Verwertungsverbote nach Absatz 2 und 3 gelten auch für Erkenntnisse, die von Personen erlangt worden sind, die nicht auf staatliche Veranlassung gehandelt haben und deren Handlungen auf der Verletzung eines Verbots entsprechend Absatz 1 Nr. 1, 2, 4–6 beruhen.<sup>20</sup>

#### § 150a Verwertungsbeugnisse nach erheblichen Grundrechtsverletzungen<sup>21</sup>

- (1) <sup>1</sup>Werden Erkenntnisse auf Grund erheblicher Grundrechtsverletzung erlangt, so dürfen sie unmittelbar und mittelbar<sup>22</sup> nur dann<sup>23</sup> verwertet werden, wenn der

<sup>14</sup> Siehe die Ausführungen auf S. 151 f.

<sup>15</sup> Angelehnt an *AE-EV*, § 150e Abs. 1 Satz 1 StPO-E, 67; *Wolter*, GA 1999, 158 (178 Leitsatz 12); *ders.*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (335 [LS] 5). Zur weiteren Konkretisierung siehe ebenfalls *AE-EV*, §§ 150b–150d StPO-E, 60 ff.

<sup>16</sup> Vergleiche *AE-EV*, § 150e Abs. 1 Satz 4 StPO-E, 67 und *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1004 Buchst. 6). Dieser wird hier jedoch um die vorherige Zustimmung des Betroffenen bei der Erhebung erweitert. Darüber hinaus erstreckt sich das Zustimmungsverbot hier auf alle absoluten Verwertungsverbote. Es ist nicht ersichtlich, warum die eine Menschenwürdeverletzung zustimmungsfähig sein soll, eine andere jedoch nicht. Die Unantastbarkeit der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG gilt uneingeschränkt.

<sup>17</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1002 Buchst. 2 Abs. 1 Satz 2).

<sup>18</sup> Siehe *AE-EV*, § 150e Abs. 1 Satz 2 StPO-E, 67 und *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1004 Buchst. 3), die eine Fernwirkung regeln; *ders.*, GA 1999, 158 (178 Leitsatz 12); *ders.*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (336 [LS] 5 [2]).

<sup>19</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1004 Buchst. 5).

<sup>20</sup> Angelehnt an *AE-EV*, § 150e Abs. 1 Satz 3 StPO-E, 67.

<sup>21</sup> Siehe *AE-EV*, 36 und *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1004 ff.).

<sup>22</sup> Damit ist auch der Streit über die mittelbare Verwertung mitgeregelt.

<sup>23</sup> Der Zusatz des „nur dann“ soll deutlich machen, dass eine Verwertung außerhalb dieser Grenzen gerade nicht möglich ist. Er darf nicht so verstanden werden,

Betroffene der Verwertung zustimmt.<sup>24</sup> <sup>2</sup>Das Gleiche gilt für die Verwertung von Erkenntnissen, die von Personen erlangt worden sind, die nicht auf staatliche Veranlassung gehandelt haben und deren Handlungen auf einer erheblichen Grundrechtsverletzung beruhen.

- (2) Eine erhebliche Grundrechtsverletzung liegt namentlich vor<sup>25</sup>
1. unbeschadet § 150 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und 7 bei einem Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör und das Recht auf ein faires Verfahren<sup>26</sup> oder
  1. bei einem Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt<sup>27,28</sup> oder das Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>29</sup>.
- (3) Greift erst die Verwertung rechtmäßig erlangter Erkenntnisse erheblich in ein Grundrecht ein, so ist sie nur dann zulässig, wenn der Betroffene zustimmt.<sup>30</sup>

§ 150b Verwertungsbefugnisse nach geringfügigen Grundrechtsverletzungen<sup>31</sup>

- (1) Werden Erkenntnisse auf Grund geringfügiger Grundrechtsverletzung erlangt, so dürfen sie unmittelbar und mittelbar<sup>32</sup> nur dann verwertet werden, wenn
1. der Betroffene der Verwertung zustimmt;
  2. die Organe der Strafrechtspflege ohne groben Pflichtverstoß von der Rechtmäßigkeit ihres Handelns ausgegangen waren und die Erkenntnisse mit größter Erfolgsaussicht auf rechtmäßige Weise alsbald erlangt hätten<sup>33</sup>;
  3. die Erkenntnisse von Privatpersonen erlangt worden sind, die nicht auf staatliche Veranlassung gehandelt haben.
- (2) Greift erst die Verwertung rechtmäßig erlangter Erkenntnisse geringfügig in ein Grundrecht ein, so ist sie nur dann zulässig, wenn der Betroffene zustimmt.

---

dass eine Verwertung außerhalb des hier geregelten Falles ohne Einschränkungen stattfinden darf. Daraus ergibt sich auch, dass eine Verwertung aufgrund eines rechtmäßigen hypothetischen Ermittlungsverlaufs nicht zulässig ist.

<sup>24</sup> *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1004 Buchst. 7 Abs. 1 Satz 2). Siehe auch das Zustimmungsmo-  
dell bei wesentlichen Grundrechtseingriffen von *Jahn*, C112; *ders.*, in: FS Stöckel, 259 (275 f.).

<sup>25</sup> Die folgenden Fälle sind an *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1006) angelehnt.

<sup>26</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1005 Buchst. 7 Abs. 2 a)).

<sup>27</sup> Dabei kann es sich nur um spezielle Grundrechtseingriffe handeln, die aufgrund fehlender Ermächtigungsgrundlage eine erhebliche Grundrechtsverletzung darstellen. Die geringer gewichtigen Grundrechtseingriffe sind von den Generalbefugnisnormen der §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO erfasst und damit gerechtfertigt.

<sup>28</sup> Siehe in den Grundzügen: *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1006).

<sup>29</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1005).

<sup>30</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1005 Buchst. 7 Abs. 1 Satz 2).

<sup>31</sup> Siehe *AE-EV*, 36.

<sup>32</sup> A.A. *Wolter*, NSTZ 1984, 276 (278), der eine Fernwirkung nur dann annimmt, wenn die mittelbare Verwertung nicht erforderlich ist.

<sup>33</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1007 Buchst. 10); *AE-EV*, § 150e Abs. 2 Satz 2 StPO-E, 67.

### III. Begründung

Die oben gemachten Gesetzesvorschläge für Ermächtigungsgrundlagen für die Verwertung rechtswidrig erlangter Erkenntnisse bzw. für die Verwertung rechtmäßig erlangter Erkenntnisse, bei denen erst die Verwertung rechtswidrig ist, beruhen auf einer Abstufung der Grundrechtsverletzungen insbesondere in Bezug auf die Art und Intensität der der Erhebung zugrunde liegenden Grundrechtsverletzung. Diese können in drei Kategorien unterteilt werden: in Verstöße gegen die Menschenwürde oder den entsprechenden Würdegehalt anderer Grundrechte (§ 150 StPO-E) sowie erhebliche (§ 150a StPO-E) und geringfügige (§ 150b StPO-E) Grundrechtsverletzungen.<sup>34</sup> Dabei sollen das Strafverfolgungsinteresse und der gebotene Schutz der Beschuldigteninteressen in Einklang gebracht werden.

#### 1. § 150 StPO-E

Auch wenn mit einer konsequenten, dogmatischen Abkehr von der Normierung der Verwertungsverbote hin zu der Normierung ausdrücklicher Verwertungsbefugnisse jede Verwertung außerhalb dieser Befugnisse verboten bleibt, erscheint es notwendig, die absolute Verwertungsgrenze im Wege eines ausdrücklichen gesetzlichen Verbotes festzuhalten.<sup>35</sup> Um die hier grundsätzlich geforderte Umkehr der Dogmatik innerhalb der Verwertungsregelungen jedoch nicht durch erneute, detaillierte Verbote in Frage zu stellen, bedarf es einer auf die absoluten Verbote komprimierten Verbotsnorm.

##### *a) Die Menschenwürdegarantie als absolute Erhebungs- und Verwertungsgrenze*

Die absolute Grenze nicht nur der Verwertung, sondern allen staatlichen Handelns, also auch der Erhebung und Verwendung, findet sich in der Unantastbarkeit der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>36</sup> Aus diesem Grund etabliert § 150 Abs. 1 StPO-E als Grundlage bereits ein absolutes Erhebungsverbot bei Verstößen gegen die Menschenwürde oder den Würdegehalt ande-

---

<sup>34</sup> Siehe auch *AE-EV*, 35 f.

<sup>35</sup> *AE-EV*, § 150e Abs. 3 StPO-E, 67 f. sieht, trotz der einfachgesetzlichen Normierung des Gesetzesvorbehalts in § 150f StPO-E, der zeigt, dass im Umkehrschluss sowohl Verwertungsverbote als auch Verwendungsverbote für die unregulierten Bereiche gelten, solche Verwertungsverbote ebenfalls ausdrücklich vor. Orientierung mag der Gesetzesvorschlag für den Bereich der Verwertungsverbote von *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1002 f.) geben.

<sup>36</sup> *Jahn*, C72; *ders.*, in: FS Stöckel, 259 (270); *Rogall*, ZStW 103 (1991), 907 (948 f.).

rer Grundrechte. § 150 Abs. 2 StPO-E sichert dieses Erhebungsverbot mit einem absoluten Verwertungsverbot ab. Sollte es somit entgegen Abs. 1 zu einer menschenunwürdigen Erhebung kommen, ist sichergestellt, dass die Verwertung der Erkenntnisse untersagt bleibt. § 150 Abs. 3 StPO-E hat den Fall im Blick, bei dem es beispielsweise zu einer rechtmäßigen Beschlagnahme eines Tagebuchs kommt, dieses jedoch kernbereichsrelevante Daten enthält, deren Verwertung einen selbstständigen Verstoß gegen § 150 Abs. 1 StPO-E darstellen würde.<sup>37</sup> Die Verwertung von Informationen aus einer rechtmäßigen Erhebung, die selbstständig zu einem Menschenwürdeverstoß führt, ist somit nach § 150 Abs. 3 StPO-E ebenfalls absolut verboten.<sup>38</sup> Da aber in den meisten Fällen schon bei der Erhebung der Menschenwürdeverstoß stattfindet, ist der Anwendungsbereich für § 150 Abs. 3 StPO-E gering.

Diese Menschenwürde zu achten und zu schützen, ist gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG Verpflichtung aller staatlicher Gewalt. Sie ist aufgrund ihres absoluten Schutzes keiner Abwägung zugänglich und notwendige Bedingung für einen fairen Strafprozess.<sup>39</sup> Das *BVerfG* greift bei der Konkretisierung einer Würdeverletzung z. T. auf die sogenannte Objektformel zurück, indem es betont, dass es mit der Würde des Menschen nicht vereinbar sei, wenn der Mensch zum „bloßen Objekt der Staatsgewalt“ gemacht werde.<sup>40</sup> Eine solche Verletzung liege vor, „wenn durch die Art der Maßnahme die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt [werde, was dann der Fall sei], wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Wertes vermissen [lasse], der jedem Menschen um seiner selbst willen zukomm[e].“<sup>41</sup> Es definiert die Menschenwürde damit von der negativen, der Verletzungsseite.<sup>42</sup> Dieser Menschenwürdegehalt wird durch die nachfolgenden Grundrechte konkretisiert und genauer ausgestaltet.<sup>43</sup> Umgekehrt weisen die nachfolgenden Grundrechte einen Würdegehalt auf, der ebenfalls unantastbar ist.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> A.A. BVerfGE 34, 238 (248 ff.); BVerfGE 80, 367 (376 ff.); BGHSt 19, 325 (331 ff.); BGHSt 34, 397 (401).

<sup>38</sup> Damit ist ein verfassungsrechtlich begründetes, selbstständiges Verwertungsverbot kodifiziert, wie *Wohlers* es im SK-StPO, Einleitung Rn. 260 beschreibt.

<sup>39</sup> BVerfGE 34, 238 (245); BVerfGE 80, 367 (373 f.); BVerfGE 109, 279 (313 f.); SK-StPO/*Wolter/Greco*, § 100a Rn. 63; *Wolter*, in: FG Feigen, 383 (386); *ders.*, in: FS Küper, 707 (710); *Schilling*, 87 f.; *Jahn*, C72.

<sup>40</sup> BVerfGE 30, 1 (39 f.); BVerfGE 96, 375 (399).

<sup>41</sup> BVerfGE 109, 279 (312 f.).

<sup>42</sup> Sachs-GG/*Höfling*, Art. 1 Rn. 14.

<sup>43</sup> Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann/Hennecke*, Art. 1 Rn. 8.

<sup>44</sup> *Jahn*, C72.

## aa) Schutz körperlicher und geistiger Integrität

Insbesondere ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein absolutes Misshandlungsverbot, das ebenfalls in § 136a Abs. 1 Satz 1 StPO, Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 3 EMRK und Art. 4 GRCh statuiert ist und in § 150 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E geregelt werden soll. Dieses steht weder im Hinblick auf eine strafverfahrensrechtliche noch eine gefahrenabwehrrechtliche Erhebung zur Disposition.<sup>45</sup> Das bedeutet, dass weder zur Aufklärung oder zur Ermittlung erster Erkenntnisse bezüglich einer Straftat noch zur Abwehr einer Gefahr, ganz gleich für welches Rechtsgut, ein Beschuldigter oder ein Störer „Folter, unmenschlicher, erniedrigender oder gesundheitsschädigender Behandlung unterworfen werden darf“.<sup>46</sup>

Das Recht auf Leben gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 stellt dabei die Basis der Menschenwürdegarantie dar.<sup>47</sup> Es zu schützen, ist originäre Pflicht des Staates, die sich aus der Menschenwürdegarantie gem. Art. 1 Abs. 1 GG ergibt.<sup>48</sup> Muss ein von Strafverfolgungsmaßnahmen Betroffener um sein Leben bangen, führt dies zu einer Verletzung des Würdegehalts von Art. 2 Abs. 1 GG<sup>49</sup>, weshalb § 150 Abs. 1 Nr. 2 StPO-E ein absolutes Verbot vorsieht. Informationen, die unter Folter mit unter Umständen entstandener Lebensgefährdung oder durch sonstige staatliche Maßnahmen, die Lebensgefahr verursacht haben, erhoben wurden, sind demnach absolut unverwertbar (§ 150 Abs. 2 StPO-E).

So stellt insbesondere § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO für das Strafverfahren klar, dass trotz Zustimmung des Beschuldigten Erkenntnisse, die unter Verstoß gegen das Verbot aus § 136a Abs. 1 und Abs. 2 StPO erlangt wurden, nicht verwertet werden dürfen.

## bb) Schutz der freien Selbstbestimmung

Ein weiterer Aspekt der Menschenwürdegarantie, der eines absoluten Schutzes bedarf, findet sich in der freien Selbstbestimmung.

Der Menschenwürdegehalt konkretisiert sich unter anderem im *nemo tenet se ipsum accusare*-Grundsatz, der positiv das Recht des Beschuldigten

<sup>45</sup> *AE-EV*, § 150d Abs. 1 StPO-E, 64f. konkretisiert dieses positivrechtlich; so auch bei *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1003); *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 8).

<sup>46</sup> Siehe *AE-EV*, § 150d Abs. 1 StPO-E, 64; Maunz/Dürig/*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 51; Sachs-GG/*Höfling*, Art. 1 Rn. 20.

<sup>47</sup> Maunz/Dürig/*Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 26.

<sup>48</sup> BVerfGE 88, 203 (251).

<sup>49</sup> Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 2 Rn. 9.

zu schweigen (vgl. auch § 136 StPO), welches sich ebenfalls aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG ergibt, garantiert.<sup>50</sup> Aus diesem Recht folgt ein „Verbot der Veranlassung einer Selbstbelastung“<sup>51</sup> durch den Beschuldigten für die Fälle der Veranlassung durch Zwang oder vermeintlicher Verpflichtung wie in § 150 Abs. 1 Nr. 3 StPO-E. Dieses Verbot konkretisiert § 136a Abs. 1 StPO für das Strafverfahren. Danach ist jede Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit und -betätigung neben den schon oben erläuterten<sup>52</sup> Beeinträchtigungen verboten. § 136a Abs. 1 Satz 2 StPO ist dabei missverständlich formuliert.<sup>53</sup> Entgegen seinem Wortlaut soll er wohl gerade nicht die Möglichkeit des Staates für eine Einwirkung auf die Selbstbestimmungsfreiheit in Form der Selbstbelastungsfreiheit durch Zwang eröffnen, sondern eine Zweckbindung der in der StPO vorgesehenen Zwangsmaßnahmen garantieren.<sup>54</sup> Art. 1 Abs. 1 GG lässt für eine Regelung, die eine Veranlassung einer Selbstbelastung durch Zwang zulässt, auch keinen Spielraum. Die Menschenwürdegarantie und damit der Grundsatz, sich nicht selbst belasten zu müssen, gelten absolut. Literatur und Rechtsprechung sind sich demnach einig, dass eine staatliche Maßnahme, die den Zweck hat, gezielt eine Aussage des Beschuldigten zu erzwingen, bereits verboten sein und bei rechtswidriger Erhebung ein Verwertungsverbot zur Folge haben muss, um einen solchen Menschenwürdeschutz zu garantieren.<sup>55</sup>

Dies gilt ebenso für staatliche Ermittlungsmaßnahmen, die aufgrund einer List den Betroffenen dazu bewegen, auf seine Selbstbelastungsfreiheit zu verzichten.<sup>56</sup> Ein solches Verbot ist jedoch direkt aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abzuleiten. *Wolter* ist zwar grundsätzlich zuzustimmen,

---

<sup>50</sup> BVerfGE 56, 37 (41 f.); BVerfGE 95, 220 (241); BVerfGE 133, 168 (201 Rn. 60); BGHSt 38, 214 (220). Siehe auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (972 f.); *ders.*, GA 1999, 158 (172); *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, 62.

<sup>51</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1002 Buchst. 2a)]; *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 4) und der Gesetzesvorschlag des *AE-EV*, § 150b StPO-E, 60.

<sup>52</sup> Siehe S. 142.

<sup>53</sup> Besser *AE-EV*, § 150b Abs. 1 StPO-E, 60.

<sup>54</sup> Siehe vor allem die Ausführungen bei SK-StPO/*Rogall*, § 136a Rn. 84, der § 136a Abs. 1 Satz 2 die Bedeutung zumisst, „dass die gesetzlich zulässigen Zwangsmaßnahmen nur zu dem Zweck angewandt werden dürfen, die das Gesetz bestimmt hat. Unzulässig [sei] es demnach, prozessuale Zwangsmaßnahmen wie etwa Beschlagnahme, Durchsuchung oder Verhaftung gezielt zu dem Zweck einzusetzen, das Aussageverhalten des Beschuldigten zu beeinflussen“. Dies wird aus § 136a Abs. 1 Satz 2 StPO so nicht deutlich.

<sup>55</sup> BGH, NStZ 2005, 517 (518 Rn. 4); BGH NJW 1995, 2933 (2936); SK-StPO/*Rogall*, § 136a Rn. 84; LR/*Gless*, § 136a Rn. 55.

<sup>56</sup> Siehe die Ausführungen bei *Wolter*, in: FG BGH, 963 (977 ff.) zum vom Großen Senat abgelehnten Verwertungsverbot nach der Erlangung von Erkenntnissen durch eine „Hörfalle“, in: BGHSt 42, 139 (149) und *AE-EV*, § 150b StPO-E, 61 f.



wenn er solche Fälle unter ein absolutes Ausforschungs- und Umgehungsverbot fasst, da der Betroffene genau genommen nichts davon wisse, dass er auf seine Selbstbelastungsfreiheit verzichte und somit auch nicht in seiner Willensentschließungs- und -betätigungsfreiheit beeinflusst werde.<sup>57</sup> Da der Betroffene sich jedoch faktisch selbstbezieht, ist auch hierin ein Menschenwürdeverstoß in Form eines Verstoßes gegen das Verbot der Veranlassung zur Selbstbelastung zu sehen, der absolut ausgeschlossen werden muss.<sup>58</sup> Im Ergebnis werden hier – im Anschluss an den AE-EV (§ 150b) – die Fälle von Zwang, Täuschung und List zusammengefasst (§ 150 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StPO-E) und um den Fall der Drohung ergänzt (vgl. auch § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO).

### cc) Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Des Weiteren wird der Menschenwürdegehalt unter dem Begriff des Kernbereichs privater Lebensgestaltung diskutiert<sup>59</sup>, der „in den von den jeweiligen Überwachungsmaßnahmen betroffenen Grundrechten i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG [wurzelt].“<sup>60</sup> Einen solchen erkennt das *BVerfG* seit jüngerer Zeit ausdrücklich auch für alle staatlichen Überwachungsmaßnahmen, nicht nur repressiver Art, an.<sup>61</sup> Sein Schutz findet sich an verschiedenen Stellen, sowohl für Maßnahmen der Strafverfolgung (§ 100d StPO) wie auch innerhalb der Gefahrenabwehr (§ 23 Abs. 2 PolG BW, § 49 Abs. 7 BKAG, § 28a Abs. 2 BPolG), wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung. Das Institut findet seinen Ursprung in der Wesensgehaltsgarantie aus Art. 19 Abs. 2 GG und der Unantastbarkeit der Menschenwürde.<sup>62</sup> Gesetzgeber, Wissenschaft und Rechtsprechung haben jedoch bisher keine einheitliche Definition dieses Kernbereichs privater Lebensgestaltung gefunden – er ist bis heute hoch umstritten.<sup>63</sup>

Einigkeit scheint jedoch insoweit zu bestehen, dass es sich für die Bejahung eines Menschenwürdegehalts um einen Sachverhalt mit höchstpersön-

<sup>57</sup> *Wolter*, in: FG BGH, 963 (977). Ein solches Umgehungsverbot schon definiert: *ders.*, GA 1999, 158 (177).

<sup>58</sup> So wohl auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (978).

<sup>59</sup> Wegweisend ist hier das Urteil des *BVerfG* zum großen Lauschangriff vom 3.3.2004: BVerfGE 109, 279 ff. und BVerfGE 141, 220 ff.

<sup>60</sup> BVerfGE 141, 220 (276 Rn. 120).

<sup>61</sup> BVerfGE 141, 220 (277 Rn. 123).

<sup>62</sup> *Eisenberg*, Rn. 387; BVerfGE 80, 367 (373 f.).

<sup>63</sup> Siehe dazu die Monographie von *Rottmeier*, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, 2017.

lichem Charakter handeln muss.<sup>64</sup> Er soll „dem Individuum einen Bereich absoluter Privatheit gegenüber Überwachung“ bieten.<sup>65</sup> Geschützt sei „insbesondere die nichtöffentliche Kommunikation mit Personen des höchstpersönlichen Vertrauens, die in der berechtigten Annahme geführt wird, nicht überwacht zu werden.“<sup>66</sup> Dieser Kernbereich darf nach seiner Art und Intensität aus sich heraus laut *BVerfG* jedoch keinen Sozialbezug aufweisen.<sup>67</sup> Ein solcher Sozialbezug soll laut *BVerfG* insbesondere dann vorliegen, wenn die Äußerungen unmittelbar eine konkrete Straftat betreffen.<sup>68</sup>

Dies ist jedoch mit *Wolter* und *Roxin* zu Recht abzulehnen.<sup>69</sup> Eine strafverfahrensrechtliche Erhebung findet immer nur mit dem Zweck der Strafverfolgung statt. Daten ohne jeglichen Bezug zu einer Straftat sind für die Ermittlungsbehörden von vornherein nicht von Bedeutung. Solche stellen unter anderem Informationen aus dem Kernbereich dar, die keinen Bezug zu einer Straftat aufweisen. Über einen Kernbereichsschutz im Strafverfahren müsste jedoch nicht diskutiert werden, wenn es nicht auch zu einer Vermischung der kernbereichsrelevanten Informationen mit den strafverfahrensrechtlich relevanten Daten kommen würde.<sup>70</sup> Erst hier entfaltet der Kernbereichsschutz seine Wirkung.<sup>71</sup> Noch überzeugender erscheint jedoch das Argument, dass

---

<sup>64</sup> BVerfGE 141, 220 (276 Rn. 120); BVerfGE 109, 279 (313); BVerfGE 80, 367 (374); *Wolter*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (770); *ders.*, in: GS Weblau, 445 (452); *ders.*, in: FS Küper, 707 (717); *Kudlich*, in: FS Fischer, 723 (728 f.); *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1059); *ders.*, in: FS Böttcher, 159 (161 f.); *Rogall*, in: FS Fezer, 61 (74).

<sup>65</sup> BVerfGE 141, 220 (277 Rn. 123).

<sup>66</sup> BVerfGE 141, 220 (276 Rn. 121).

<sup>67</sup> BVerfGE 130, 1 (22); BVerfGE 124, 43 (69 f.); BVerfGE 113, 348 (391); BVerfGE 109, 279 (319); BVerfGE 80, 367 (374).

<sup>68</sup> BVerfGE 141, 220 (277 Rn. 122); BVerfGE 130, 1 (22); BVerfGE 124, 43 (70); BVerfGE 113, 348 (391); BVerfGE 109, 279 (319). So auch *Löffelmann*, 65; *ders.*, ZIS 2006, 87 (96) für den Kernbereich im Bereich der Gefahrenabwehr. *Rogall* betont diesbezüglich, in: FS Fezer, 61 (77), dass es „nichts Besonderes sei“, „bei der Beobachtung oder Überwachung [den] unantastbare[n] Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren“, da es Zweck der Strafprozessordnung sei, lediglich „strafrechtlich relevante [...] Inhalte und Informationen“ zu erlangen. Informationen aus dem Kernbereich gehören für ihn nicht dazu. Der Kernbereich privater Lebensgestaltung könne „also nur dann richtig definiert [sein], wenn man ihn auf Sachverhalte beschränkt, die in keiner Beziehung zu einer Straftat stehen und daher für die Aufklärung der Tat nicht benötigt werden“. A. A.: BGHSt 50, 206 (212).

<sup>69</sup> *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1058); *Wolter*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (769); *ders.*, in: FS Küper, 707 (717); *ders.*, in: FG Feigen, 383 (387); *ders.*, StV 1990, 175 (178); so auch *Puschke*, 80; Handbuch des Polizeirechts/*Schwabenbauer*, G Rn. 103.

<sup>70</sup> *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1058).

<sup>71</sup> *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1058).

der Kernbereich aus sich heraus zu definieren ist.<sup>72</sup> Soll es beim Kernbereichsschutz um den Schutz des Höchstpersönlichsten als Ausfluss der Menschenwürdegarantie gehen, kann es nicht darauf ankommen, welchen Sozialbezug eine Handlung hat. Diese Frage knüpft vielmehr erst nach der Beurteilung der Frage, ob der intimste aller Bereiche betroffen ist, an. Beurteilt man also den Kernbereich von der Seite her, welche anderen Bereiche er eventuell noch berührt, relativiert man ihn entgegen seiner Absolutheit gerade doch und nimmt ihm damit seinen wesentlichen Schutzgehalt.<sup>73</sup>

Das wird insbesondere dadurch verstärkt, dass das *BVerfG* eine Betrachtung des Einzelfalls verlangt.<sup>74</sup> So ist es beispielsweise denkbar, dass ein von einer Wohnungsüberwachung betroffener Beschuldigter seiner Ehefrau in der gemeinsamen Wohnung seine pädophilen Neigungen gesteht. Diese Information gehört unstrittig zum Kernbereich und muss vor einer staatlichen Erhebung und damit Kenntnisnahme durch staatliche Stellen geschützt sein. Auch der mögliche Schluss auf eine mit der sexuellen Neigung zusammenhängenden Straftat kann daran nichts ändern. § 100d StPO sieht einen solchen Kernbereichsschutz für das Strafverfahren vor. Der Gesetzgeber verzichtet dabei auf den früheren § 100c Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 StPO und überlässt die Feststellung einer Betroffenheit des Kernbereichs den Gerichten im Einzelfall.<sup>75</sup> Das bedeutet aber, dass die Daten zunächst erhoben werden und dem Gericht dann zur Bewertung vorgelegt werden. Dadurch eröffnet der Gesetzgeber weiteren Spielraum für Abwägungen bezüglich des Schutzbereichs und relativiert den absoluten Schutz. Auch die Art und Weise des Kernbereichsschutz nach diesem „zweistufigen Schutzkonzept“<sup>76</sup> in § 100d StPO weicht den absoluten Schutz weiter auf.<sup>77</sup> Würde man den Kernbereichsschutz ernst nehmen und würde man wirklich einen solchen unantast-

<sup>72</sup> BVerfGE 80, 367 (383); *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1065); *Wolter*, in: FG Feigen, 383 (387 f.); *ders.*, in: FS Kühne, 379 (387); *ders.*, in: FS Küper, 707 (718 f.); für den Bereich der Gefahrenabwehr so ebenfalls *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (307) und *ders.*, in: FS Küper, 707 (716 f.).

<sup>73</sup> So auch *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (382); *ders.*, in: SK-StPO<sup>2</sup> Vor § 151 Rn. 135; *Puschke*, 80; *Ruthig*, in: FS Schenke, 499 (506); *Störmer*, NSTZ 1990, 397 (398); *Geppert*, JR 1988, 469 (472); *Otto*, in: FS Kleinknecht, 319 (328). A. A. *Rogall*, in: FS Fezer, 61 (70); *Peters*, DJT 1966, 91 (154).

<sup>74</sup> BVerfGE 34, 238 (248); BVerfGE 80, 367 (374); BVerfGE 109, 279 (314 f.); BVerfGE 124, 43 (70); BVerfGE 130, 1 (22). Dies ebenfalls hervorhebend *Rottmeier*, 54.

<sup>75</sup> BT-Drucks. 18/12785, S. 57.

<sup>76</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100c Rn. 60a; Handbuch des Polizeirechts/*Schwabenbauer*, G Rn. 107 ff.

<sup>77</sup> In diese Richtung argumentierend auch *Roxin*, in: FS Böttcher, 159 (165); SK-StPO/*Wolter*, § 100c Rn. 60a; *ders.*, in: GS WeBlau, 445 (452); *Son*, in: FS Schenke, 525 (535); Handbuch des Polizeirechts/*Schwabenbauer*, G Rn. 118; so auch die ab-

baren Bereich privater Lebensgestaltung schaffen wollen, müssten schon alle Ermittlungshandlungen verboten sein, die die Gefahr beinhalten, in einen solchen absolut geschützten Kernbereich einzugreifen.<sup>78</sup> Eine Regelung, die wie § 100d Abs. 1 StPO eine Erhebung nur dann verbietet, wenn tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, dass *allein* Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt werden und die für den Fall, dass es zu Mischsituationen kommt, erst die Verwertung der kernbereichsrelevanten Informationen, die trotzdem erhoben werden, in § 100d Abs. 2 Satz 1 StPO verbieten will, kann einen solchen Schutz nicht gewährleisten.<sup>79</sup> Darüber hinaus umfasst dieser Schutz nicht alle Ermittlungsmaßnahmen, auch wenn er sich durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016-680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016-679 vom 25.11.2019<sup>80</sup> nun auch auf die Erkenntnisse aus Maßnahmen aus §§ 100f, 100h, 110a und 163f StPO erstreckt. Warum der Gesetzgeber jedoch keine allgemeine Kernbereichsregelung geschaffen hat, die ihren Schutz auf alle Ermittlungsmaßnahmen ausdehnt, insbesondere auch auf die Erhebung von Verkehrsdaten, so wie § 150 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 StPO-E sie vorsieht, ist nicht ersichtlich.<sup>81</sup>

#### dd) Schutz vor Totalüberwachung

Eine weitere Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG liegt in der Totalüberwachung eines Betroffenen. Nehmen die staatlichen Behörden viele einzelne, rechtmäßige Überwachungsmaßnahmen vor, um die Ergebnisse zu einem großen Bild über den Beschuldigten zusammenzufügen, und kommt es damit zu einer umfangreichen Überwachung und Erhebung von Informationen aus allen Lebensbereichen des Beschuldigten, stellt dies eine unzulässige, dem Menschenwürdeschutz entgegenstehende Totalüberwachung dar, die gem. § 150 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 StPO-E verboten sein soll.<sup>82</sup> Diese Gefahr sieht das

---

weichende Meinung der Richterinnen *Jaeger* und *Hohmann-Dennhardt*, in: BVerfGE 109, 279 (383 f.).

<sup>78</sup> *Wolter*, in: GS Weßlau, 445 (452); *Gless*, StV 2018, 671 (674).

<sup>79</sup> Siehe auch *Wolter*, in: GS Weßlau, 445 (455).

<sup>80</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>81</sup> Eine solche Erstreckung schon sehr früh fordernd *Wolter/Greco*, in: SK-StPO § 100g Rn. 2g, § 100i Rn. 24. Insbesondere nachdem BVerfGE 141, 220 (295 Rn. 176 f.) deutlich macht, dass Kernbereichsverstöße bei jeder Maßnahme relevant werden können, ist nicht verständlich, warum der Gesetzgeber den Schutz innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens nur auf einzelne weitere Maßnahmen erstreckt, siehe BT-Drucks. 19/4671, S. 45.

<sup>82</sup> BVerfGE 141, 220 (280 f. Rn. 130); BVerfGE 130, 1 (24); BVerfGE 125, 260 (323 f.); BVerfGE 109, 279 (323); BGHSt 44, 138 (143); SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 119–121 in Bezug auf eine Totalüberwachung eines Gefängnisinsassen innerhalb

*BVerfG* auch bei einer über einen längeren Zeitraum stattfindenden und umfassenden Wohnraumüberwachung, da „alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil werden können.“<sup>83</sup> Das bedeutet, dass sowohl eine einzelne, lang andauernde Maßnahme sowie viele einzelne, durchaus kurze Maßnahmen zu einer solchen Totalüberwachung führen können. Innerhalb der vielen einzelnen Maßnahmen ist die Totalüberwachung vor allem dadurch gekennzeichnet, dass die einzelnen Maßnahmen isoliert gesehen meist rechtmäßig erfolgen. Erst die Kumulation und damit die Vernetzung der verschiedenen Informationen ergeben ein solch umfassendes Bild des Betroffenen, dass Rückschlüsse auf intimste Bereiche möglich sind.<sup>84</sup> Diese Kumulation stellt dann einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG dar und muss schon durch ein absolutes Erhebungsverbot (§ 150 Abs. 1 Nr. 5 StPO-E) ausgeschlossen sein. Das heißt, dass zwar die Erhebung einzelner Informationen zulässig sein kann, die Erhebung eines Gesamtbildes jedoch verboten bleibt. Ist die Erhebung der einzelnen Informationen unzulässig, muss dies erst recht gelten.

#### ee) Schutz vor Ermittlungen gegen völlig Unbeteiligte

Aus § 160 Abs. 1 StPO ergibt sich, dass die Staatsanwaltschaft bei einem Verdacht einer Straftat zu ihrer Erschließung darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen hat. Diese Pflicht macht jedoch ebenso deutlich, dass Ermittlungshandlungen zur Erforschung des Sachverhalts ausschließlich bei Vorliegen eines Anfangsverdachts erlaubt sind.<sup>85</sup> Untersuchungen gegen eine Person, die völlig unbeteiligt ist, also selbst keinerlei Anlass gegeben hat für staatliche Maßnahmen gegen ihre Person, die aber auch keinerlei Mittlerrolle zu einem Beschuldigten in einem Ermittlungsverfahren innehat, also nicht „unvermeidbar betroffener Dritter“<sup>86</sup> ist, widersprechen diesen strafverfahrensrechtlichen Grundlagen und verstoßen

---

seiner Zelle; *ders.*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (771); *ders.*, in: FG BGH, 963 (1003); *ders.*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 11); *AE-EV*, § 150d Abs. 4 StPO-E, 65; *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, 62; siehe umfassendere Ausführungen bei *Puschke*, 81 und *Gercke*, 132.

<sup>83</sup> BVerfGE 141, 220 (280 Rn. 130); BVerfGE 130, 1 (24); BVerfGE 109, 279 (323).

<sup>84</sup> *Puschke*, 82. Siehe auch das Beispiel bei *Gless*, StV 2018, 671 (677), bei dem mutmaßliche Besucher von Sex-Clubs, wie vermutlich muslimische Taxifahrer, anhand von anonymisierten Fahrten von Taxis in New York in visualisierter Form identifiziert wurden.

<sup>85</sup> SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 160 Rn. 27; LR/*Erb*, § 160 Rn. 15; MüKo-StPO/*Köbel*, § 160 Rn. 71; *Weßlau*, 279; *Zabel*, ZIS 2014, 340 (341).

<sup>86</sup> *AE-EV*, 64.

gegen die aus Art. 1 Abs. 1 GG folgende Unschuldsvermutung.<sup>87</sup> Eine Ermittlung gegen völlig Unbeteiligte muss somit ebenfalls schon durch ein absolutes Erhebungsverbot (§ 150 Abs. 1 Nr. 6 StPO-E) und dann spätestens durch ein absolutes Verwertungsverbot ausgeschlossen sein.<sup>88</sup>

ff) Verbot des bewussten oder objektiv willkürlichen Handelns durch Strafverfolgungsorgane, namentlich wenn grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden

Entgegen der Auffassung der Rechtsprechung, die oftmals erst „nach schwerwiegenden, bewusst begangenen oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“<sup>89</sup>, ein Verwertungsverbot annimmt oder gar nur in Betracht ziehen will, stellt eine Erhebung, die zu solchen Verstößen führt, schon eine Verletzung der Menschenwürde dar und muss deshalb absolut verboten sein.<sup>90</sup> Willkürliches Handeln durch die Strafverfolgungsorgane liegt dann vor, wenn „eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt wird oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missgedeutet wird.“<sup>91</sup> Ein solches Vorgehen beseitigt einerseits zielgerichtet, d. h. planmäßig oder systematisch, den Schutz vor Grundrechtseingriffen, den die Rechtsgrundlage bieten soll, andererseits nimmt es dem Beschuldigten schon die verfahrensrechtlich zugesicherte Rechtssubjektstellung und degradiert ihn damit zum reinen Objekt im Strafverfahren.<sup>92</sup> Diese Menschenwürdeverletzung i. S. eines bewussten oder objektiv willkürlichen, namentlich

---

<sup>87</sup> *AE-EV*, § 150c StPO-E, 63; *Wolter*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (770); *ders.*, GA 1999, 158 (172); *Erb*, GA 2017, 113 (118).

<sup>88</sup> Siehe auch *Wolter*, GA 1999, 158 (177 Leitsatz 6); *ders.*, in: FG BGH, 963 (1003) und *AE-EV*, § 150c StPO-E, 63.

<sup>89</sup> BVerfGE 130, 1 (28); BVerfGE 113, 29 (61); BGHSt 58, 84 (97 Rn. 33).

<sup>90</sup> Maunz/Dürig/Herdegen, Art. 1 Abs. 1 Rn. 120. A.A.: SK-StPO/Wolter/Greco, § 100a Rn. 64, der auch diese Fälle (neben anderen, die in § 150a Abs. 2 StPO-E verzeichnet sind) zu den erheblichen Grundrechtsverletzungen zählt, allerdings auch ein absolutes Verwertungsverbot fordert. Vgl. noch *Wolter*, in: FS Roxin 2011, 1245 (1264), der darüber hinausgehend Art. 19 Abs. 2 GG bzw. den Rechtsgedanken des *ordre public* ins Spiel bringt.

<sup>91</sup> BVerfG NJW 2012, 141 (142 Rn. 28); BVerfGE 96, 189 (203); BVerfGE 112, 185 (215 f.); vgl. auch BGH NJW 2019, 2627 (2630 Rn. 33).

<sup>92</sup> Berliner-KommGG/Enders, Art. 1 Rn. 40. A.A.: BVerfGK 14, 107 (113); BVerfGK 17, 340 (345), das darin lediglich einen Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren sieht. Das bewusste oder sogar willkürliche Handeln der Strafverfolgungsbehörde hebt einen solchen, sonst lediglich vorliegenden Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren jedoch auf eine neue Stufe und lässt ihn zu einem Menschenwürdeverstoß werden.

eines planmäßigen oder systematischen Missachtens rechtsstaatlicher Zusicherungen muss ein absolutes Verwertungsverbot zur Folge haben und schon im Wege eines absoluten Erhebungsverbots, wie in § 150 Abs. 1 Nr. 7 StPO-E vorgeschlagen, behandelt werden.

### b) Reichweite des Menschenwürdeschutzes

Anschließend an die Behandlung der Grenzen der Beweiserhebung und -verwertung stellt sich die Frage, ob diese wirklich absolute Grenzen darstellen oder ob auch innerhalb der Menschenwürdeverstöße Ausnahmetatbestände eine Erhebung und eine Verwertung im Strafverfahren rechtfertigen können.

#### aa) Zustimmung

Ob die Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG zur Disposition des Einzelnen steht, ist umstritten.<sup>93</sup> *Amelung* sieht schon den Schutzbereich der Menschenwürde bei einer wirksamen Zustimmung durch den Betroffenen nicht eröffnet.<sup>94</sup> So gehöre zur „Menschenwürde i. S. des Grundgesetzes [...] ein Stück Autonomie“<sup>95</sup>, dass ihn vor einem bevormundenden Schutz durch den Staat schütze und es ihm möglich mache, grundsätzlich menschenwürdigem Handeln zuzustimmen.<sup>96</sup> Teil der Menschenwürde sei es gerade, autonom zu entscheiden, was für einen selbst zur Menschenwürde dazugehöre und was nicht. Stimmt man einer vermeintlich menschenunwürdigen Handlung zu, verzichte man damit nicht auf den Schutz der Menschenwürde, sondern lege erst fest, dass die betreffende Handlung die eigene Menschenwürde nicht betrifft, der Schutzbereich also schon nicht eröffnet ist.<sup>97</sup> Dies ist im Ergebnis jedoch abzulehnen. Insbesondere innerhalb der Strafverfolgung, in der ein Beschuldigter sich aufgrund Informationsrückstands gegenüber den Ermittlungsbehörden erfahrungsgemäß in die Enge getrieben fühlt, besteht die Gefahr, dass er zu einer Zustimmung gedrängt wird.<sup>98</sup> Aus diesem Grund verbietet § 136a Abs. 3 Satz 1 StPO zu Recht die Zustimmung in die Erhebungsverbote durch den Betroffenen.

<sup>93</sup> Dafür: Bonn-KommGG/*Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 GG Rn. 39.

<sup>94</sup> *Amelung*, 1981, 49 f.

<sup>95</sup> Bonn-KommGG/*Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 GG Rn. 39; *Amelung*, 1981, 50.

<sup>96</sup> *Amelung*, 1981, 48.

<sup>97</sup> *Amelung*, 1981, 49 f.

<sup>98</sup> LR/*Gless*, § 136a Rn. 68; HK-StPO/*Ahlbrecht*, § 136a Rn. 48; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 136a Rn. 61.

Darüber hinaus hat der verfassungsgebende Gesetzgeber selbst mit Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG, wie *Amelung* dann ebenfalls feststellt<sup>99</sup>, eine Grundordnung und vor allem absolute Grenzen für sein staatliches Handeln festgelegt. Somit darf zumindest der Staat gerade keine Handlungen durchführen oder auf ihnen bauen, die er vorher als menschenunwürdig definiert. Dem Staat Handlungen zu ermöglichen, die wie im Fall des § 136a Abs. 1 StPO aus sich heraus absolut verboten sind, nur weil der Betroffene diesen zugestimmt hat, umgeht einerseits die staatliche Grundentscheidung, gewisse Handlungen aufgrund ihrer Eingriffstiefe zu unterlassen und gefährdet damit die selbstdefinierte, absolute Grenze staatlichen Handelns, die jedoch auf der Grundlage eines gesamtgesellschaftlichen Konsens, der durch den verfassungsgebenden Gesetzgeber definiert wurde, unbedingt notwendig ist.

Darüber hinaus ergibt sich in der Argumentation von *Amelung* zumindest dann ein Bruch, wenn es um die Zustimmung in die Verwertung von Informationen geht, die aufgrund eines Verstoßes gegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG erhoben worden sind. Da diese nachträglich zur staatlichen Erhebung und damit zum staatlichen, nicht gerechtfertigten Eingriff erfolgt, liegt ein Menschenwürdeverstoß im Moment der Zustimmung schon vor. Sie kann somit den Schutzbereich gerade nicht einschränken, sondern nur für eine Rechtfertigung sorgen, die aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht möglich ist.

Es besteht somit keine Dispositionsfreiheit über die Menschenwürde als Ausfluss eben dieser. Das bedeutet, dass der Betroffene weder durch Zustimmung in eine menschenunwürdige Erhebung noch durch Zustimmung in eine menschenunwürdige Verwertung auf den Schutz aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG verzichten kann (§ 150 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 Satz 2 StPO-E).<sup>100</sup> Dies deckt sich mit der Rechtsprechung des *BVerfG*, das eine Zustimmung in einen Kernbereichseingriff ablehnt.<sup>101</sup> Es ist jedoch nicht ersichtlich, wieso eine solche Zustimmung im Fall des Kernbereichseingriffs als Form des Menschenwürdeeingriffs untersagt sein soll, in anderen Fällen, in denen es zu einem Menschenwürdeeingriff kommt, eine Zustimmung jedoch zulässig sein soll.

Dies hat laut h. M. auch zur Folge, dass eine Zustimmung in die Verwertung auch dann nicht möglich ist, wenn die Informationen aus einer verbotenen Erhebungsmethode den Beschuldigten entlasten.<sup>102</sup> Dieses Zustimmungss-

---

<sup>99</sup> *Amelung*, 1981, 49 f.

<sup>100</sup> Bonn-KommGG/*Zippelius*, Art. 1 Abs. 1 u. 2 GG Rn. 39; SK-StPO/*Wolter/Greco*, § 100a Rn. 63; *Wolter*, GA 1999, 158 (178) Leitsatz 12; a.A.: SK-StPO/*Rogall*, § 136a Rn. 97; *Amelung*, 1981, 48 f.; *Cramer/Bürgle*, 120 Fn. 3.

<sup>101</sup> BVerfGE 109, 279 (331).

<sup>102</sup> SK-StPO/*Rogall*, § 136a Rn. 99; Meyer-Goßner/*Schmitt*, § 136a Rn. 27; LR/*Gless*, § 136a Rn. 71; KK-StPO/*Diemer*, § 136a Rn. 37; *Dallmeyer*, 231 f.; Beweis-



verbot des Betroffenen aus § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO zur Verwertung von Informationen darf jedoch einer Verwertung entlastender Information durch den Staat nicht entgegenstehen.<sup>103</sup> Ein Verwertungsverbot nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO greift nämlich zum Schutz der Menschenwürde des Beschuldigten ein.<sup>104</sup> Eine Verurteilung trotz Kenntnis entlastender Informationen hingegen stellt einen Verstoß gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip der Verurteilung aufgrund nachgewiesener Schuld dar, welches die Menschenwürde selbst schützt.<sup>105</sup> Das wiederum konterkariert die Intention des Verwertungsverbots, welches den Beschuldigten gerade vor Eingriffen in seine Grundrechte, insbesondere die Menschenwürde, durch den Staat schützen soll. Untersagt man aber eine Verwertung entlastender Informationen, die aufgrund eines Menschenwürdeverstoßes bei der Erhebung der Informationen ermittelt worden sind, hätte dies im Gegenteil einen erneuten Menschenwürdeverstoß zur Folge.<sup>106</sup> Ein absolutes Verwertungsverbot darf somit, trotz etwaiger Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen entlastenden und belastenden Informationen, immer nur bezüglich belastender Informationen eingreifen.<sup>107</sup>

Es geht dabei jedoch gerade nicht darum, einem Betroffenen die Zustimmung in die Verwertung entlastender Informationen zu ermöglichen. Eine solche könnte nämlich lediglich einen vorausgegangenen Menschenwürdeverstoß rechtfertigen, was aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde nicht möglich ist.<sup>108</sup> Vielmehr schützt die Verwertung entlastender Informationen den Betroffenen vor einem erneuten Eingriff und stellt in diesem besonderen Fall deshalb selbst keinen Eingriff in die Rechte des Betroffenen dar. Die Verwertungsbefugnis ergibt sich aus Art. 1 Abs. 1 GG selbst und bedarf ausnahmsweise noch nicht einmal einer Ermächtigungsgrundlage. Vielmehr ginge eine solche Ermächtigungsgrundlage sogar am Ziel vorbei, da sie dem Staat die Wahl der Verwertung ließe, die er aufgrund seiner

---

verbote grds. nur als Belastungsverbote kategorisierend: *Dencker*, 73 f.; SK-StPO/Rogall, § 136 Rn. 81; *ders.*, ZStW 91 (1979), 1 (38); *ders.*, JZ 2008, 818 (830), *ders.*, in: FS Hanack, 293 (306 f.).

<sup>103</sup> *Dencker*, 75; *Roxin/Schäfer/Widmaier*, StV 2006, 655 (656) = FS Strauda, 435 (436); a.A.: SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 99; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 27; LR/Gless, § 136a Rn. 71.

<sup>104</sup> Siehe *Dencker*, 73 f.

<sup>105</sup> *Roxin/Schäfer/Widmaier*, StV 2006, 655 (656) = FS Strauda, 435 (436); so auch *Reinecke*, 217 für den Fall einer Fernwirkung eines Verwertungsverbots bei entlastender Information. A.A.: *Dallmeyer*, 231 f.

<sup>106</sup> *Otto*, in: FS Kleinknecht, 319 (330 f.).

<sup>107</sup> So auch BGHSt 42, 191 (194); BGHSt 50, 206 (215).

<sup>108</sup> A.A.: *Jahn*, C113 f., der § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO aus demselben Grund verfassungskonform teleologisch reduzieren will, damit alle „Beweisverwertungsverbote für den Beschuldigten grundsätzlich disponibel“ sind.

Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG gerade nicht hat. Er ist zur Verwertung verpflichtet.<sup>109</sup> Allenfalls an eine Gebotsnorm wäre hier zu denken. *Roxin, Schäfer* und *Widmaier* betonen deshalb, dass es einer „rechtsstaats- und verfassungskonformen Einschränkung“ des Verwertungsverbots aus § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO, aber auch sonstiger Verwertungsverbote dahingehend bedarf, dass Verwertungsverbote Belastungsverbote darstellen.<sup>110</sup> Der Zusatz „zu Lasten des Betroffenen“ in § 150 Abs. 2 Satz 1 StPO-E stellt dies im Gegensatz zur aktuellen Rechtslage in §§ 100d Abs. 2 Satz 1, 136a Abs. 3 Satz 2 StPO sicher.<sup>111</sup>

Das führt zu einem umfassenden Schutz von Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG, da der Staat bei einem Verstoß belastende Informationen nicht verwerten darf, entlastende aber verwerten muss. Insbesondere aus Sicht der Disziplinierungsfunktion führt dies dazu, dass der ausführenden Gewalt jeglicher Anreiz für einen Menschenwürdeverstoß genommen wird. Ein Widerspruch durch den Betroffenen bezüglich der Verwertung ist aufgrund fehlender Dispositionsbefugnis bezüglich der Menschenwürdegarantie nicht möglich.<sup>112</sup>

#### bb) Hypothetischer Ermittlungsverlauf

Auch die Berücksichtigung von hypothetischen Ermittlungsverläufen ist nicht zulässig (§ 150 Abs. 5 StPO-E). Kommt es bei der Erhebung zu einem Menschenwürdeverstoß, gilt das Verwertungsverbot bezüglich der dabei erlangten Erkenntnisse absolut.<sup>113</sup> Dieses darf in keiner Form relativiert werden, auch nicht durch die Berücksichtigung hypothetisch legaler Ermittlungsverläufe.<sup>114</sup> In der Diskussion um diese Verläufe stellt sich die Frage, ob das Beweismittel auch bei rechtmäßigem Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden erhoben worden wäre oder zumindest hätte erhoben werden können.<sup>115</sup> Ist dies der Fall, wird unter anderem vertreten, dass sich die Grundrechtsposi-

<sup>109</sup> So in der Wertung auch: *Roxin/Schäfer/Widmaier*, StV 2006, 655 (658) = FS Strauda, 435 (441); *Erb*, GA 2017, 113 (126).

<sup>110</sup> *Roxin/Schäfer/Widmaier*, StV 2006, 655 (656) = FS Strauda, 435 (436); *Erb*, GA 2017, 113 (116).

<sup>111</sup> Siehe *AE-EV*, § 150e Abs. 1 Satz 1, 67; *Erb*, GA 2017, 113 (128 f.).

<sup>112</sup> A.A.: *Wolter*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (335), der einen „absoluten Beweisriegel bei der ungewollten Offenlegung des genetischen Programms eines Menschen“ fordert, und *AE-EV*, 69.

<sup>113</sup> BVerfGE 80, 367 (373 f.).

<sup>114</sup> SK-StPO/*Wolter/Greco*, § 100a Rn. 63; *Wolter*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 319 (325); *ders.*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (778); *ders.*, in SK-StPO<sup>2</sup> Vor § 151 Rn. 196, 207; *Schröder*, 80; *Eisenberg*, 138 Rn. 405.

<sup>115</sup> *Jahn*, C75.

tion trotz des Eingriffs gegenüber der Situation, die auf legale Art und Weise möglich gewesen wäre, nicht verschlechtert hat.<sup>116</sup> Der Betroffene sei dann nicht schutzwürdig und ein Verwertungsverbot somit nicht notwendig.

Ein hypothetischer Ermittlungsverlauf, der auf demselben Weg, aber auf legale Weise, zum selben Beweisergebnis geführt hätte, kann den zugrunde liegenden Verstoß jedoch nicht ungeschehen machen. Er heilt die Grundrechtsverletzung nicht.<sup>117</sup> Dies ist insbesondere im vorliegenden Fall, bei dem es sich um Eingriffe in die unantastbare Menschenwürdegarantie handelt, nicht möglich, da hier schon jeglicher erster Eingriff durch die Erhebung in keiner Form gerechtfertigt werden kann.<sup>118</sup> Es kommt zwangsläufig zu einer Menschenwürdeverletzung, die man nicht wieder aus der Welt schaffen kann. Darüber hinaus begründen die Befürworter der Anwendung solcher hypothetischer Ersatzverläufe diese nicht mit auf vergangenen Erkenntnisgewinnen basierenden Prognosen, sondern mutmaßen lediglich, wie wahrscheinlich eine zulässige Beweiserhebung gewesen wäre.<sup>119</sup> Eine solche Fiktion, die jeder Grundlage entbehrt und sich allein auf ein streitiges Maß an Konkretheit der Hypothese beruft<sup>120</sup>, kann nicht dazu führen, dass eine solch erhebliche Grundrechtsverletzung innerhalb des Strafverfahrens in letzter Konsequenz in diesem Strafverfahren keine Auswirkungen hat.

Dasselbe gilt für den Fall, bei dem eine hypothetische Betrachtung ergibt, dass es zu einer weiteren rechtmäßigen Erhebungsmaßnahme hätte kommen können, die dasselbe Beweismittel auf legalem Weg erbracht hätte. Im Nachhinein ist kaum nachzuvollziehen, ob es ohne den Verstoß und die Erkenntnis aus der verbotenen Maßnahme hypothetisch überhaupt zu einer solchen anderen legalen Ermittlungsmaßnahme gekommen wäre.<sup>121</sup> Neben all diesen Aspekten entfaltet eine die Menschenwürde schützende Strafverfahrensnorm

---

<sup>116</sup> *Wolter*, in: FG BGH, 963 (996), jedoch nur für erhebliche Grundrechtsverstöße annehmend; *ders.*, NStZ 1984, 275 (277); *Rogall*, NStZ 1988, 385 (389). Innerhalb der Fernwirkungsdiskussion: *Reinecke*, 206 f.; *Störmer*, 242.

<sup>117</sup> Siehe auch *Löffelmann*, 146.

<sup>118</sup> So für die Menschenwürdeverstöße auch annehmend: *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1004 Buchst. 5); so grds. auch *AE-EV*, § 150e Abs. 2 Satz 1 StPO-E, 67, der „die Verwertungsverbote nach Absatz 1 [auch dann gelten lassen will], wenn die Erkenntnisse auf zulässige Weise hätten erlangt werden können.“ Dies soll allerdings nach Satz 2 dann nicht gelten, „wenn die Strafverfolgungsorgane ohne groben Pflichtverstoß von der Zulässigkeit ihres Handelns ausgegangen waren und die konkreten Erkenntnisse mit größter Erfolgsaussicht auf zulässige Weise alsbald erlangt hätten“. Dies ist bei Menschenwürdeverstößen jedoch abzulehnen.

<sup>119</sup> *Löffelmann*, 145. Dabei ist dann wiederum umstritten, wie konkret die Möglichkeit einer hypothetisch rechtmäßigen Erlangung des Beweismittels sein muss.

<sup>120</sup> Siehe die Ausführungen bei *Jahn*, C76.

<sup>121</sup> BGHSt 25, 168 (171). A. A.: *Rogall*, NStZ 1988, 385 (390), der dafür allenfalls Beweislastregelungen fordert.

jedoch faktisch keine Wirkung, wenn die Betrachtung eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs über die Verletzung dieser Menschenwürde hinweghelfen könnte.<sup>122</sup>

### cc) Verletzungen durch Privatpersonen

Diskutiert wird außerdem die Frage, ob Informationen, die durch Private erhoben worden sind und deren Erhebung eine Antastung der Menschenwürde zugrunde liegt, durch den Staat verwertbar sind. Zwar sind Private nicht Adressaten der Ermächtigungsgrundlagen der StPO, weshalb durch sie erhobene Beweismittel auch nicht gegen deren Beweiserhebungsverbote verstoßen können<sup>123</sup>, sie sind jedoch Adressat materiellen Strafrechts. Verstößt eine Privatperson nun gegen eine Strafnorm, die unter anderem den Würdegehalt des Betroffenen zu schützen bestimmt ist, ist dieser durch die Handlung der Privatperson in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG betroffen.<sup>124</sup> Den Staat wiederum trifft gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG eine Schutzpflicht bezüglich der aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten Menschenwürde.<sup>125</sup> Stützt er seine eigenen Handlungen nun auf eine Handlung eines Privaten, die die Menschenwürde des Beschuldigten betrifft, wird er dieser Schutzpflicht gerade nicht gerecht.<sup>126</sup> Es kann dabei aber nicht darauf ankommen, wie einige Stimmen in der Literatur meinen, ob es sich um einen massiven Menschenwürdeverstoß oder einen „normalen“ Menschenwürdeverstoß handelt.<sup>127</sup> Die Menschenwürde ist in allen ihren Formen zu schützen, was zur Folge hat, dass jeder Verstoß, der die Menschenwürde betrifft, uneingeschränkt zur Unverwertbarkeit der darauf beruhenden Informationen führen muss (§ 150 Abs. 6 StPO-E). Verwertet der Staat die Informationen, die auf einem solchen Verstoß fußen, kommt es zu einer selbstständigen Verletzung der Men-

---

<sup>122</sup> Wohlers, in: FS Fezer, 311 (326).

<sup>123</sup> SK-StPO/Wohlers, Einleitung Rn. 322; LR/Menges, Vor § 94 Rn. 2; MüKo-StPO/Kudlich, Einleitung Rn. 481; Rogall, JZ 1996, 944 (949); Roxin/Schünemann, § 24 Rn. 65; Müssig, GA 1999, 119 (138); Störmer, 117 m. w. N.

<sup>124</sup> Siehe auch Müssig, GA 1999, 119 (138 f.). 67. DJT, Erfurt 2008, Beschlüsse der Abteilung Strafrecht, V. 12. c) cc), S. 14 hat aus diesem Grund beschlossen, dass Erkenntnisse aus Ermittlungen von Privatpersonen unverwertbar sind, wenn sie mit strafbaren Mitteln erlangt worden sind. A. A.: Rogall, JZ 2008, 818 (828).

<sup>125</sup> BVerfGE 1, 97 (104); SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 13; Sydow, 110.

<sup>126</sup> Rogall, JZ 1996, 944 (949); ders., in: SK-StPO § 136a Rn. 13; ders., ZStW 91 (1979), 1 (41); Hanack, JR 1999, 348 (350). A. A.: Störmer, 125 ff.

<sup>127</sup> So auch Jahn, C103; anders sieht BGHSt 44, 129 (137) eine staatliche Schutzpflicht nur gegeben bei massiven Eingriffen in die körperliche Integrität und Freiheit selbstbestimmten Verhaltens; SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 15, Roxin/Schünemann, § 24 Rn. 65; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn. 3.

schenswürde.<sup>128</sup> Der Staat würde mit einer solchen Verwertung unzulässigerweise auf einer menschenunwürdigen Handlung bauen.<sup>129</sup> Darauf, ob den staatlichen Strafverfolgungsbehörden die rechtswidrige Handlung der Privatperson zugerechnet wird, kommt es nicht an.<sup>130</sup> Eine solche Verwertung ist mithin gem. § 150 Abs. 6 StPO-E unzulässig. Davon ausgenommen ist, wie die Aufzählung in § 150 Abs. 6 StPO-E erweist, das Verbot der Veranlassung der Selbstbeichtigung gem. § 150 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StPO-E und das Verbot des bewussten oder objektiv willkürlichen Handelns durch die Organe der Strafrechtspflege, bei dem (z. B.) grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden gem. § 150 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 StPO-E, da diese Verletzungen der Menschenwürde rein faktisch nur durch den Staat vorgenommen werden können.

Eine dem Staat von vornherein zurechenbare Handlung des Privaten liegt aber unstreitig dann vor, wenn der Staat den Privaten zu seiner Handlung beauftragt oder veranlasst hat.<sup>131</sup> Dies ist mit dem Rechtsstaatsgedanken nicht zu vereinbaren.<sup>132</sup> Das bedeutet, dass schon die Erhebung einen staatlichen, rechtswidrigen Eingriff nach § 150 Abs. 1 StPO-E darstellt, der zwangsläufig ein Verwertungsverbot nach § 150 Abs. 2 StPO-E nach sich ziehen muss.

Ließe man eine Verwertung von Informationen zu, die unter solchen Umständen erhoben wurden, würde das ein erhebliches Risiko für eine Umgehung der dem Staat gegenüber geltenden Beweisverbote bergen.<sup>133</sup> Der Staat

<sup>128</sup> BGHSt 14, 358 (363); SK-StPO/Wohlers, Einleitung Rn. 321; Schuster, 101; Grünwald, 163; ders., JZ 1966, 489 (496); Heghmanns, ZIS 2016, 404 (411), die allerdings einen solchen erneuten Eingriff nur sehen, wenn die durch den Privaten erhobene Information eine reproduzierbare ist, wie beispielsweise bei einem Tonband. Das ist jedoch abzulehnen. Jede Art der Reproduktion der Information in Form der Verwertung stellt einen eigenständigen Eingriff dar. Rogall, JZ 2008, 818 (828).

<sup>129</sup> Wolter, in: FG BGH, 963 (996); SK-StPO/Wohlers, Einleitung Rn. 330, der den Staat als Beweismittelhehler bezeichnet. Vgl. noch Otto, in: FS Kleinknecht, 319 (330), der zu bedenken gibt, dass derjenige, der „zur Verwirklichung der Rechtsidee [...] Nutzen aus ihrer Verletzung zieht, [...] unglauwürdig [wird] und damit untauglich, daran mitzuwirken, der Rechtsidee lebendige Wirkkraft zu verleihen“.

<sup>130</sup> Dies annehmend: LR/Gless, § 136a Rn. 12; a.A.: Löffelmann, JR 2009, 10 (12). Vgl. noch Jahn, in: FS Stöckel, 259 (280f.), der von einer horizontalen Drittwirkung von Beweisverwertungsverböten ausgeht.

<sup>131</sup> Siehe SK-StPO/Wohlers, Einleitung Rn. 325; SSW-StPO/Beulke, Einleitung Rn. 317; Müssig, GA 1999, 119 (138); Jahn, C101 m. w. N.; Löffelmann, 224 sieht aber auch hier kein zwingendes Verwertungsverbot als Folge; auch hier soll es zu einer Abwägung kommen.

<sup>132</sup> LR/Gless, § 136a Rn. 12. A.A.: Löffelmann, 222.

<sup>133</sup> Eisenberg, 401; SSW-StPO/Beulke, Einleitung Rn. 317. Löffelmann, 222 sieht einer solchen Umgehung schon dadurch entgegengewirkt, dass die staatlichen Stellen sich strafbar machten, würden sie eine private Person zu einer solchen strafbaren

könnte Erkenntnisse zur Strafverfolgung verwerten, die er selbst nie legal hätte erheben können. Er hätte einen gewissen Anreiz, selbst nicht tätig zu werden, um gegebenenfalls eine Handlung des Privaten zu provozieren, um im Anschluss auf die durch den Privaten erlangten Erkenntnisse zuzugreifen. Außerdem entsteht gerade erst die Gefahr, dass auch ohne eine spezielle staatliche Veranlassung eines Privaten ein solcher, beispielsweise das Opfer einer Straftat, im Falle staatlicher Ermittlungsgrenzen selbst tätig wird.<sup>134</sup> Das Gewaltmonopol des Staates würde damit beeinträchtigt oder zumindest stark gefährdet.<sup>135</sup> Eine Verwertung von Informationen, die durch Private auf der Grundlage eines Menschenwürdeverstößes erhoben wurden, ist somit ebenfalls unzulässig.

#### dd) Fernwirkung

Entgegen der Rechtsprechung<sup>136</sup> und einigen Stimmen innerhalb der Literatur<sup>137</sup> müssen alle diese Verwertungsverbote uneingeschränkt Fernwirkung entfalten.<sup>138</sup> Da vorliegend über die absoluten Grenzen der Verwertung und damit über ein absolutes Verbot diskutiert wird, ist es in diesem eingeschränkten Bereich im Gegensatz zu den vorstehenden Ausführungen<sup>139</sup> nach wie vor auch konsequent, von einer Fernwirkung zu sprechen. Sie erstreckt das Verwertungsverbot auf die mittelbare Verwertung. Ein absoluter Schutz der Menschenwürde, wie Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG ihn verlangt, kann nur dann garantiert werden, wenn neben der Erhebung und der unmittelbaren Verwertung auch eine Verwertung der Ergebnisse, die erst durch die unzuläs-

---

Handlung anleiten. Das schützt jedoch den von der rechtswidrigen Erhebung durch den Privaten Betroffenen nicht.

<sup>134</sup> Sydow, 110; Gössel, 192 f.; SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 13.

<sup>135</sup> Eisenberg, 136 Rn. 398. A.A.: Löffelmann, 223 f., der meint, dass „der Verzicht auf beweisrelevante Erkenntnisse, die durch [...] strafbares Verhalten Privater „infiiziert“ sind, [...] zu dem Grundsatz einer umfassenden staatlichen Kontrolle des Strafrechts in Widerspruch [stehe]“ und eine „effektive hoheitliche Strafverfolgung“ den Beschuldigten vor solchen Verletzungen durch einen Privaten schützt.

<sup>136</sup> BGHSt 34, 362 (364). Anders aber bei Kernbereichsverstößen: BVerfGE 109, 279 (331). Es ist jedoch nicht einleuchtend, warum einige auf Art. 1 Abs. 1 GG basierende Verwertungsverbote Fernwirkung entfalten sollen und andere nicht.

<sup>137</sup> KMR/Pauckstadt-Maihold, § 136a Rn. 30; SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 126; Beulke, ZStW 103 (1991), 657 (669).

<sup>138</sup> So auch SK-StPO/Wolter/Greco, § 100a Rn. 63; Wolter, in: FG BGH, 963 (1003); ders., in: GS Armin Kaufmann, 761 (778); ders., GA 1999, 158 (178) Leit-satz 12; AE-EV, § 150e Abs. 1 Satz 2 StPO-E, 67 ff.; Müssig, GA 1999, 119 (137); Jahn, in: FS Stöckel, 259 (285); zum Meinungsstand innerhalb der Rechtsprechung und Literatur siehe S. 29 ff.

<sup>139</sup> Siehe S. 133.

sige unmittelbare Verwertung erlangt wurden, verboten bleibt.<sup>140</sup> Sie ist gerade, wie die Frage nach dem Verwertungsverbot selbst, nicht der Abwägung zugänglich.<sup>141</sup> Der in der unmittelbaren Verwertung wurzelnde Grundrechtsverstoß setzt sich in jeder Nutzung seiner Ergebnisse fort und vertieft somit den Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG.<sup>142</sup> Darüber hinaus widerspricht es dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 3 GG, wenn der Staat auf der Grundlage eines Menschenwürdeverstoßes, die er selbst für unantastbar erklärt hat, weiter handelt.<sup>143</sup>

Lehnt man eine Fernwirkung ab, birgt das außerdem die Gefahr der Umgehung des Verwertungsverbots und dadurch des Missbrauchs durch die Behörden.<sup>144</sup> Weiß eine Ermittlungsbehörde, dass sie die entgegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG erhobenen Beweise zumindest für weitere Ermittlungen nutzen und deren Ergebnisse dann ebenfalls uneingeschränkt für diese verwerten darf, fühlt sie sich unter Umständen veranlasst, einen Menschenwürdeverstoß zu begehen oder zumindest zu tolerieren. Das kann im Falle der Unantastbarkeit des Schutzgutes aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG nicht hingenommen werden.<sup>145</sup> Auch das Argument der Fernwirkungsgegner, die Fernwirkung würde das gesamte Strafverfahren lahmlegen<sup>146</sup>, ist abzulehnen. Die Fernwirkung eines Verwertungsverbots entzieht dem Verfahren lediglich die entgegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG erhobenen Informationen, sie hat aber gerade kein Prozesshindernis zur Folge.<sup>147</sup>

---

<sup>140</sup> *Wolter*, in: FG BGH, 963 (994); *ders.*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (778); *ders.*, in: SK-StPO<sup>2</sup> Vor § 151 Rn. 207; *Grünwald*, 158; *Eisenberg*, 138 Rn. 406; *Neuhaus*, NJW 1990, 1221 (1222).

<sup>141</sup> SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 207.

<sup>142</sup> Im Ansatz so auch *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (669); *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (958); *Grünwald*, JZ 1966, 489 (500); *Reinecke*, 119, 134; *Störmer* 245 f. und *Jäger*, GA 2008, 473 (494), die den Verwertungsverboten die Schutzzwecklehre zugrunde legen, wobei *Jäger* einen doppelten Schutzzweckgedanken betont und lediglich den sachlichen Schutzbereich für die Verwertungsfrage heranzieht.

<sup>143</sup> *Wolter*, in: FG BGH, 963 (994); *ders.*, in: FS Küper, 707 (709 f.), der bei Menschenwürdeverstoßen auch eine Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots und den Ausschluss von hypothetischen Ermittlungsansätzen betont; *AE-EV*, 68; *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (951); *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 446 (450).

<sup>144</sup> So auch *Roxin*, in: 40 Jahre BGH, 66 (95); *Otto*, GA 1970, 294 f.

<sup>145</sup> SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 207; *ders.*, in: GS Armin Kaufmann, 761 (778).

<sup>146</sup> BGHSt 32, 68 (71); BGHSt 34, 362 (364); *Ranft*, in: FS Spindel, 719 (735)].

<sup>147</sup> SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 205; *Grünwald*, 158.

*c) Ergebnis*

Kommt es bei der Erhebung von Informationen für das Strafverfahren zu einem Menschenwürdeverstoß, so führt dies zu einem absoluten Verwertungsverbot gem. § 150 Abs. 2 StPO-E. Die Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG stellt in jeder Ausprägung die absolute Grenze strafverfahrensrechtlicher Handlungen dar. Das bedeutet, dass auch eine Verwertung, die selbstständig gegen Art 1 Abs. 1 Satz 1 GG verstößt, gem. § 150 Abs. 3 StPO-E unzulässig ist.<sup>148</sup> Dies gilt nach § 150 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 Satz 2 StPO-E auch, wenn der Betroffene der Erhebung oder der Verwertung seiner Daten zustimmt. Auch hypothetische, legale Ermittlungsverläufe finden gem. § 150 Abs. 5 StPO-E keine Beachtung. Um einen umfassenden Schutz der Menschenwürdegarantie zu gewährleisten, erstreckt sich das Verwertungsverbot gem. § 150 Abs. 4 StPO-E ebenfalls auf eine mittelbare Verwertung und solche Informationen, die bei einer mittelbaren Verwertung entgegen dem Verwertungsverbot erhoben worden sind. Eine entsprechend rechtswidrige Erhebung von Informationen durch eine Privatperson führt gem. § 150 Abs. 6 StPO-E zu keinem anderen Ergebnis. Einzig diese konsequente Grenzziehung garantiert eine Gewährleistung der Unantastbarkeit der Menschenwürdegarantie.

**2. § 150a StPO-E**

Anders gestaltet sich der Fall, wenn es sich nicht um Menschenwürdeverstöße handelt, sondern um erhebliche Grundrechtsverletzungen. Sie stellen keine absoluten Grenzen dar, führen bei einer durch die Erhebung stattfindenden Verletzung jedoch aufgrund ihrer Wesentlichkeit grundsätzlich zu einem Verwertungsverbot bei einer Verwertung zu Lasten des Beschuldigten.<sup>149</sup> § 150a Abs. 1 StPO-E normiert dabei die gesetzlich zugelassenen Verwertungsausnahmen. § 150a Abs. 3 StPO-E hingegen regelt eine solche Befugnis für den Fall, dass es zwar zu einer rechtmäßigen Erhebung von Informationen gekommen ist, die Verwertung jedoch einen erheblichen Grundrechtseingriff zur Folge hat.

---

<sup>148</sup> *Jahn*, C72; siehe auch *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1002 Buchst. 2 Abs. 1 Satz 2).

<sup>149</sup> Auch hier gilt das oben unter G. III. 1. b) aa) Ausgeführte. Verwertungsverbote stellen immer nur Belastungsverbote dar. Der *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, Art. 26 Abs. 2 Satz 1; 59 stellt solche Verstöße ebenfalls unter ein umfassendes Verwertungsverbot.



a) *Erhebliche Grundrechtsverletzungen*

Eine erhebliche Grundrechtsverletzung gem. § 150a Abs. 2 StPO-E liegt insbesondere bei Verstößen gegen strafverfahrensrechtliche Grundsätze vor, die die grundrechtlichen Garantien eines Beschuldigten innerhalb der verschiedenen Phasen eines Strafverfahrens absichern.<sup>150</sup>

aa) Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren  
und das Recht auf rechtliches Gehör

Dazu gehört unter anderem der Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren (§ 150a Abs. 2 Nr. 1 StPO-E), das das *BVerfG* aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip herleitet<sup>151</sup> und das in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK und Artt. 47, 48 Abs. 2 GRCh eine Grundlage findet. Dieses Recht konkretisiert sich des Weiteren in dem durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierten Recht auf rechtliches Gehör und in der durch Art. 19 Abs. 4 GG eröffneten Rechtsweggarantie. Diese Grundrechte bzw. Prozessgrundrechte auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren hat der Gesetzgeber bei der Normierung strafverfahrensrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen zu beachten und an diesen müssen die Strafverfolgungsorgane ihr Handeln ausrichten.<sup>152</sup> Das Recht auf eine faire Verfahrensführung konkretisiert sich unter anderem in §§ 136 Abs. 1 und 140 Abs. 2 StPO.<sup>153</sup> Sie normieren Verfahrensgarantien und regeln dabei beispielsweise die Pflicht, dass bei der ersten Vernehmung gegenüber dem Beschuldigten der Tatvorwurf eröffnet werden muss und dieser über das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, belehrt werden muss.<sup>154</sup> Des Weiteren ist der Beschuldigte über die Möglichkeit, einen Verteidiger eigener Wahl konsultieren zu dürfen, aufzuklären.<sup>155</sup> Bei der Suche nach einem solchen sind ihm die dafür notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen.<sup>156</sup> Auch ist er darüber zu belehren, dass ihm die Möglichkeit zusteht, sich durch Beweisanträge von dem Tatvorwurf zu entlasten. Mit Belastungszeugen muss der Beschuldigte konfrontiert werden, um Belastun-

<sup>150</sup> *Rogall* bezeichnet diese in ZStW 103 (1991), 907 (948) als „Unverfügbarkeiten im Strafprozeß“.

<sup>151</sup> BVerfGE 110, 339 (341 f.); BVerfGE 57, 250 (274); SK-StPO/*Wolter/Greco*, § 100a Rn. 64; *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1004 ff.); *AE-EV*, 36. Kritisch bezüglich der Herleitung des Grundrechts auf faire Verfahrensführung durch das BVerfG Maunz/*Dürig/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 72.

<sup>152</sup> BVerfGE 63, 45 (61); Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann/Henneke*, Art. 20 Rn. 64.

<sup>153</sup> BGHSt 53, 294 (305 Rn. 36).

<sup>154</sup> BGHSt 38, 214 (218 f.).

<sup>155</sup> BGHSt 38, 372 (373 f.); BGHSt 42 170 (171 f.); BGH, NStZ 1997, 609 (609).

<sup>156</sup> BVerfGE 110, 226 (253).

gen entkräften zu können. Sieht sich ein Beschuldigter mit einem Tatvorwurf konfrontiert, der bei Verurteilung zu staatlichen Zwangsmaßnahmen führt, ist ihm die Gelegenheit einzuräumen, die Strafverfolgungsbehörden und später ein Gericht mit rechtsstaatlichen Mitteln von seiner Unschuld zu überzeugen. „Ihm muss zur Wahrung seiner Rechte die Möglichkeit gegeben werden, auf den Gang und das Ergebnis des Strafverfahrens Einfluss zu nehmen.“<sup>157</sup> Dabei soll zwischen den Strafverfolgungsorganen und dem Beschuldigten Waffengleichheit herrschen.<sup>158</sup> Ist dies nicht der Fall, weil der Beschuldigte aufgrund fehlender Belehrung nichts von seiner Beschuldigtenposition weiß oder er keine Möglichkeit erhält, einen Verteidiger hinzuzuziehen, ist ihm eine konsequente Verteidigung seiner Position nicht möglich.

Eine weitere Verfahrensgarantie stellt der durch § 52 StPO etablierte Schutz des Vertrauensverhältnisses des Beschuldigten zu seinen nächsten Angehörigen dar.<sup>159</sup> § 52 Abs. 1 StPO schützt dabei verfassungsrechtlich gesehen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen, der durch eine Aussageverpflichtung in die Lage versetzt werden würde, eine ihm sehr nahestehende Person belasten zu müssen und zu deren Überführung beizutragen.<sup>160</sup> Das ist „mit dem Persönlichkeitsrecht des Zeugen ebenso unvereinbar [...] wie ein gegen den Zeugen geübter Zwang zur Selbstbelastung.“<sup>161</sup> Der Gesetzgeber hat mit der Normierung des § 52 StPO somit im Wege einer Verhältnismäßigkeitsabwägung entschieden, dem Schutz dieses Persönlichkeitsrechts und dem damit verbundenen Vertrauensverhältnis Vorrang vor dem Strafverfolgungsinteresse und der Wahrheitsfindung zu geben.<sup>162</sup> Er garantiert sowohl dem Angehörigen einen gewissen Schutz im Strafverfahren bezüglich seines Verhältnisses zu einer ihm nahestehenden Person als auch dem durch das Strafverfahren betroffenen Beschuldigten, dessen Vertrauen in den ihm nahestehenden Angehörigen dadurch Schutz erfährt. Dieser Schutz kann seine Wirkung jedoch nur dann entfalten, wenn der zeugnisverweigerungsberechtigte Angehörige von seinem Recht weiß. Dies stellt die Belehrungspflicht gegenüber zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen des Beschuldigten gem. § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO sicher, wenn der Zeuge nicht selbst kundtut, dass er über sein Recht

<sup>157</sup> BVerfGE 65, 171 (174 f.); BVerfGE 66, 313 (318).

<sup>158</sup> BVerfGE 63, 45 (61); BVerfGE 110, 226 (252 f.); BVerfGE 133, 168 Rn. 59; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Art. 20 Rn. 64; Jarass/Pieroth, Art. 20 Rn. 137.

<sup>159</sup> BVerfG, StV 2000, 233 (234); LR/Menges, Vor § 94 Rn. 59; SK-StPO/Wolter/Greco, § 100a Rn. 64; Wolter, in: FG BGH, 963 (1005).

<sup>160</sup> SK-StPO/Rogall, § 52 Rn. 8; LR/Ignor/Bertheau, § 52 Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt, § 52 Rn. 1; HK-StPO/Gercke, § 52 Rn. 1; MüKo-StPO/Percic, § 52 Rn. 1; kritisch: Müssig, GA 1999, 119 (129 f.).

<sup>161</sup> BVerfG, NStZ-RR 2004, 18 (19); SK-StPO/Rogall, Vor, § 48 Rn. 148.

<sup>162</sup> SK-StPO/Rogall, Vor § 48 Rn. 148; HK-StPO/Gercke, § 52 Rn. 2.

Bescheid weiß.<sup>163</sup> Wird der zeugnisberechtigte Angehörige nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt und weiß er auch nicht davon, führt das unter Umständen zu einer ungewollten Belastung des Beschuldigten. Diese Nichtbeachtung des durch § 52 StPO geschützten Vertrauensverhältnisses stellt ebenfalls eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar, da eine durch die StPO zugesicherte Verfahrensgarantie sich nicht zugunsten des Beschuldigten auswirken kann.<sup>164</sup> Seine Position im ihn betreffenden Strafverfahren wird dadurch geschwächt. Die erwähnte Waffengleichheit ist gerade nicht mehr garantiert. Eine solche Verletzung jedoch erst dann anzunehmen, wenn es zu „schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind“<sup>165</sup>, gekommen ist, ist abzulehnen. Bei einem solchen Vorgehen ist vielmehr der Menschenwürdegehalt betroffen, weshalb es nach § 150 Abs. 2 StPO-E zu einem absoluten Verwertungsverbot kommt.

Solche Verletzungen des Rechts auf ein faires Verfahren führen damit zu einer Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung und damit der Grundlage einer jeden strafrechtlichen Verurteilung, der Feststellung von Schuld. Sie führen zu einer Verletzung eines wesentlichen, rechtsstaatlichen Grundprinzips des Strafverfahrens und verletzen damit zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit des Beschuldigten. Eine solche Verletzung ist jedoch dann nicht gegeben, wenn eine Belehrung zwar unterblieben ist, der Beschuldigte jedoch von seinem der Belehrung zugrunde liegenden Recht wusste und somit auch mit Belehrung ausgesagt hätte.<sup>166</sup> Der Verstoß gegen das Belehrungsgebot hat sich demnach nicht ausgewirkt und den Beschuldigten dann auch nicht in seinem Recht auf ein faires Verfahren verletzt.<sup>167</sup> Ist dies jedoch nicht der Fall, müssen entsprechende Verletzungen grundsätzlich zumindest innerhalb eines zweiten Schritts ein Verwertungsverbot zur Folge haben.

---

<sup>163</sup> SK-StPO/Rogall, § 52 Rn. 66.

<sup>164</sup> HK-StPO/Gercke, § 52 Rn. 2.

<sup>165</sup> BVerfGE 130, 1 (27 f.).

<sup>166</sup> BGH, NStZ 1990, 549 (549 f.); Wolter, in: FG BGH, 963 (1005 Buchst. 2 Abs. 2 a)); SK-StPO/Rogall, § 52 Rn. 85; LR/Ignor/Bertheau, § 52 Rn. 53; Beulke/Swoboda, § 7 III 1 Rn. 117, § 23 II 1 Rn. 461.

<sup>167</sup> BGHSt 40, 336 (339); BGHSt 38, 214 (224 f.); BGH NJW 2005, 1060 (1060); SK-StPO/Rogall, § 52 Rn. 87; HK-StPO/Gercke, § 52 Rn. 43; HK-StPO/Ahlbrecht, § 136 Rn. 42; Beulke/Swoboda, § 23 II 1 Rn. 461; Dencker, 80 f., der insbesondere deutlich macht, dass hier nicht derselbe Fall vorliegt wie bei einer vermeintlichen Kausalitätsdurchbrechung aufgrund eines hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs.

## bb) Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt

Eine weitere erhebliche Grundrechtsverletzung ist in einer Handlung der Strafrechtspflegeorgane zu sehen, die selbst einen spezifischen Grundrechtseingriff darstellt und vorher nicht durch eine gesetzliche Rechtsgrundlage zugelassen ist (§ 150a Abs. 2 Nr. 2 StPO-E).<sup>168</sup> Dies stellt eine Verletzung des Gesetzesvorbehalts dar, der sich einerseits aus den Grundrechten selbst ergibt, der jedoch außerdem seine Grundlage in dem sich aus Art. 20 Abs. 3 GG ergebenden Wesentlichkeitsgrundsatz findet.<sup>169</sup> Danach müssen alle wesentlichen Entscheidungen vom Parlamentsgesetzgeber selbst getroffen werden, weshalb auch der Begriff des Parlamentsvorbehalts genutzt wird.<sup>170</sup> Insbesondere Handlungen, die darauf gerichtet sind, Grundrechte des Betroffenen einzuschränken oder die Verwirklichung der Grundrechte zu erschweren oder unmöglich zu machen, wie es strafverfahrensrechtliche Ermittlungshandlungen tun, stellen solche wesentlichen Entscheidungen dar.<sup>171</sup> Handlungen der Organe der Strafrechtspflege sind immer darauf gerichtet, Beweise mit Informationsgehalt zum entsprechenden Tatvorwurf zu erlangen. Sie stellen demnach, da sie zwangsläufig einen Personenbezug haben, grundsätzlich einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar.<sup>172</sup> Darüber hinaus haben sie unter anderem zum Ziel, einen Tatvorwurf zu bestärken, um Schuld nachzuweisen und diese entsprechend zu sanktionieren. Eine solche Folge für den Beschuldigten ist immer mit einem Eingriff in das Freiheitsrecht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG oder zumindest die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art 2 Abs. 1 GG verbunden. Des Weiteren greifen einige Ermittlungsmaßnahmen, wie beispielsweise die akustische Wohnraumüberwachung, aus sich heraus schon erheblich in die Grundrechte des Betroffenen ein. Das macht eine gesetzliche Rechtsgrundlage einerseits schon aufgrund des speziellen Gesetzesvorbehalts aus Art. 13 Abs. 3 GG notwendig, stellt andererseits einen so wesentlichen Grundrechtseingriff dar, dass dieser auch aufgrund des Wesentlichkeitsgrundsatzes einer gesetzlichen Grundlage bedürfte. Handeln Strafverfolgungsorgane nun unter Missachtung dieser gesetzlichen Grenzen und damit ohne eine gesetzlich normierte Befugnis, kommt es einerseits zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff in das durch die Handlung verletzte Grundrecht, der unter Umständen schon aus sich he-

---

<sup>168</sup> Siehe *Wolter*, in: FG BGH, 963 (1006 Buchst. 7 Abs. 2 e)]; *ders.*, in: FS Roxin (2001), 1142 (1145 f.); SK-StPO/*Wolter/Greco*, § 100a Rn. 64; *Jahn*, in: FS Stöckel, 259 (272 f.); *Schefer*, 227.

<sup>169</sup> Siehe die Ausführungen bei *Puschke*, 99 ff.

<sup>170</sup> BVerfGE 49, 89 (126); BVerfGE 77, 170 (230 f.); BVerfGE 80, 124 (132).

<sup>171</sup> Siehe die Ausführungen bei *Puschke*, 107; *Dallmeyer*, 46 ff.

<sup>172</sup> Siehe *Puschke*, 76.

raus eine erhebliche Grundrechtsverletzung darstellt, und andererseits zu einem Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz des Gesetzesvorbehalts.

cc) Verstoß gegen Voraussetzungen,  
die die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme absichern

Dasselbe gilt für den Fall, dass zwar eine gesetzliche Grundlage besteht, Voraussetzungen dieser jedoch missachtet werden (§ 150a Abs. 2 Nr. 2 StPO-E). Solche Voraussetzungen, die die Verhältnismäßigkeit des zugrunde liegenden Grundrechtseingriffs absichern sollen, finden sich zum Beispiel im Erfordernis eines gewissen Tatverdachtsgrads, im Straftat katalog, dem Erfordernis der Subsidiarität, der besonderen Schwere der Tat im Einzelfall oder gewissen verfahrensrechtlichen Schutzvorkehrungen, die präventiv einer Grundrechtsverletzung vorbeugen sollen, wie beispielsweise dem Richtervorbehalt oder der Befristung einer Maßnahme.<sup>173</sup> Ist die entsprechende Voraussetzung nicht gegeben, ist der durch die Maßnahme stattfindende Grundrechtseingriff unverhältnismäßig und damit nicht gerechtfertigt. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip garantiert als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ein maßvolles Handeln und Eingreifen der staatlichen Gewalt in die Rechte des Bürgers, indem solche Handlungen einem definierten Zweck folgen müssen und an diesem auch zu messen sind.<sup>174</sup> Es ergibt sich außerdem „bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur soweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist.“<sup>175</sup> Die Etablierung solcher Voraussetzungen ist jedoch nur notwendig, wenn es sich um einen erheblichen Grundrechtseingriff handelt, den die Ermächtigungsgrundlage rechtfertigen soll. Hat der Gesetzgeber nun solche Voraussetzungen etabliert, weil er sie für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme für erforderlich hält, so kann die Missachtung einer solchen Voraussetzung, ob nun bewusst oder unbewusst, nur einen nicht gerechtfertigten erheblichen Grundrechtseingriff und damit eine erhebliche Grundrechtsverletzung zur Folge haben.

<sup>173</sup> *Wolter*, in: FG BGH, 963 (995 f.); SK-StPO/*Wolter/Greco*, § 100a Rn. 64. A.A.: BGH, NStZ 2004, 449 (450), der ein Verwertungsverbot nicht annehmen will, da „die Maßnahme nicht willkürlich und auch nicht mit einem besonders schwerwiegenden Fehler behaftet“ war.

<sup>174</sup> Schmidt-Bleibtreu/*Hofmann/Henneke*, Art 20 Rn. 73; Maunz/Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 Rn. 107.

<sup>175</sup> BVerfGE 19, 342 (348 f.); BVerfGE 61, 126 (134); BVerfGE 76, 1 (50 f.); BVerfGE 77, 308 (334).

## dd) Zwischenergebnis

All diese Formen staatlichen Handelns stellen erhebliche Grundrechtsverletzungen des Rechts des Betroffenen dar und müssen grundsätzlich zu einem Verwertungsverbot der der Erhebung zugrunde liegenden Informationen führen. Lediglich in beschränkten Ausnahmefällen ist eine Verwertung zuzulassen. Wann dies der Fall ist, regelt § 150a Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 StPO-E.

## b) Reichweite der Verwertungsbefugnis

## aa) Zustimmung

Die Verwertung von Informationen, die auf der Grundlage einer solchen erheblichen Grundrechtsverletzung erlangt worden sind, ist gem. § 150a Abs. 1 Satz 1 StPO-E nur dann zulässig, wenn der von dem Eingriff Betroffene der Verwertung der Informationen zustimmt.<sup>176</sup> Die erhebliche Grundrechtsverletzung setzt sich durch eine Zustimmung des Betroffenen in die Verwertung nicht in dieser fort. Sie stellt selbst zwar einen erheblichen Grundrechtseingriff dar, der jedoch durch die Zustimmung gerechtfertigt ist. Eine solche Zustimmung ist Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG des Beschuldigten.<sup>177</sup> Anders als im Falle der Menschenwürdegarantie, die einen solch hohen Stellenwert innehat, dass sie gerade nicht disponibel ist und gegen die die allgemeine Handlungsfreiheit zurückstehen muss, handelt es sich bei der Verwertung solcher Informationen, deren Erhebung auf einer erheblichen Grundrechtsverletzung basiert, um einen Eingriff in dispoible Grundrechte. Hier macht eine Abwägung dieser mit der allgemeinen Handlungsfreiheit des Betroffenen eine Zustimmung, durch die der Betroffene einen solchen Eingriff akzeptieren kann und durch die dieser gerechtfertigt ist, möglich<sup>178</sup> und eine solche Möglichkeit zur Zustimmung notwendig, um eine Grundrechtsverletzung abzuwenden.

## bb) Hypothetischer Ermittlungsverlauf

Außerhalb der Menschenwürdeverstöße werden hypothetische Ermittlungsverläufe innerhalb der Abwägung bezüglich der Verwertungsverbote disku-

---

<sup>176</sup> Wolter, in: FG BGH, 963 (996); SK-StPO/Wolter/Greco, § 100a Rn. 64.

<sup>177</sup> Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (953); Noll, ZStW 77 (1965), 1 (15); Amelung, 1981, 29.

<sup>178</sup> Noll, ZStW 77 (1965), 1 (15). Für die Fälle der Justizgrundrechte a.A.: Amelung, 1981, 42.

tiert. Für den Fall, dass man, entgegen obigem Standpunkt<sup>179</sup>, eine Heilung durch einen solchen hypothetischen Ermittlungsverlauf anerkennen will, müssen jedoch die Fälle beachtet werden, bei denen es zu einer solchen Heilung nicht kommen kann, da die missachtete Voraussetzung einem präventiven Schutzzweck folgt.<sup>180</sup> Aus gutem Grund wird deshalb vertreten, dass in den Fällen, in denen schon das Handlungsunrecht der Behörden zu sanktionieren ist, solche hypothetischen Überlegungen nicht zuzulassen sind.<sup>181</sup> Hier benötigt man das ungeschriebene Verwertungsverbot gerade, um dieses Handlungsunrecht innerhalb der Erhebung wieder auszugleichen. Dies ist insbesondere bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt der Fall. Lässt man einen solchen unbeachtet, indem man die konkrete Hypothese bildet, dass es zu einer Anordnung durch den Richter gekommen wäre, hebt man den vom Gesetzgeber etablierten präventiven Schutz vollkommen aus.<sup>182</sup>

Richtigerweise kann eine Hypothese eine vollendete erhebliche Grundrechtsverletzung jedoch überhaupt nicht heilen.<sup>183</sup> Sie korrigiert die Rechtswidrigkeit der Erhebung nicht, stellt die rechtmäßige Ausgangslage somit nicht wieder her, sondern stellt lediglich Erwägungen an, wie es ohne eine solche Verletzung zu der Erkenntniserlangung hätte kommen können.<sup>184</sup> Darüber hinaus würde man die Gefahr schaffen, dass die Behörden die Voraussetzungen der Verfahrensnormen umgehen.<sup>185</sup> *Wohlers* ist diesbezüglich vollumfänglich zuzustimmen, wenn er kritisiert, dass sich „der Anspruch auf ein faires Verfahren in einen Anspruch auf ein hypothetisch faires Verfahren verwandeln [würde].“<sup>186</sup> Auch bei erheblichen Grundrechtsverletzungen ist die Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe somit abzulehnen.<sup>187</sup> Dies ist allerdings aufgrund des systematischen Wechsels weg von

<sup>179</sup> Siehe S. 109.

<sup>180</sup> So auch *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (670 f.); *Rogall*, NStZ 1988, 385 (392).

<sup>181</sup> *Kühne*, § 54 IV Rn. 909.1; SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 203; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657 (670 f.).

<sup>182</sup> *Roxin*, NStZ 1989, 376 (379); *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297 (304); *Dallmeyer*, 203; *Krekeler*, NStZ 1993, 263 (264); *Hofmann*, JuS 1992, 587 (589), *Schröder*, 78; *Eisenberg*, 139 Rn. 409; *Wohlers*, in: FS Fezer, 311 (327 f.).

<sup>183</sup> *Kühne*, § 54 IV Rn. 909.1; *Reichert-Hammer*, JuS 1989, 446 (450); *Dallmeyer*, 202.

<sup>184</sup> *Reinecke*, 205.

<sup>185</sup> *Fezer*, NStZ 2003, 625 (629); *Schefer*, 230 f.

<sup>186</sup> *Wohlers*, in: FS Fezer, 311 (326).

<sup>187</sup> Zumindest für die Fälle des „bewußten Mißbrauchs von Verfahrensrechten, aber auch [bei] besonders schwere[n] Verstöße[n] gegen § 136a StPO“ so auch *Rogall*, NStZ 1988, 385 (392). A.A.: *Wolter*, in: FG BGH, 963 (996). *Schefer*, betont auf 230 demnach zu Recht, dass „die postulierte Hypothesenbildung im Falle einer fehlenden Ermächtigunggrundlage von vornherein undurchführbar [ist], da eine die Hypothese stützende Befugnisnorm eben gerade nicht existiert.“

einer Verwertungsverbots- zu einer Verwertungsbefugnisdogmatik gerade nicht regelungsbedürftig. Hier gilt dasselbe wie im Falle der Menschenwürdeverstöße. Die durch das Handeln der Ermittlungsbehörden entstandene Grundrechtsverletzung ist durch eine hypothetisch rechtmäßige Handlungsalternative nicht rückgängig zu machen.

#### cc) Verletzungen durch Privatpersonen

Die Verwertung von Erkenntnissen, die durch eine Privatperson erlangt worden sind und bei deren Erhebung es zu einer erheblichen Verletzung von Grundrechten des Beschuldigten gekommen ist, soll entgegen der h. M. ebenfalls nur zulässig sein, wenn der Beschuldigte der Verwertung zugestimmt hat. Zwar gilt auch hier, dass die Rechtsgrundlagen der StPO sich nicht an Private richten. Verletzt der Private bei seinen eigenen Nachforschungen neben der Menschenwürdegarantie jedoch Grundrechte des Betroffenen, so darf der Staat sich die Erkenntnisse aus einer solchen Handlung, wie schon im Falle eines Menschenwürdeverstößes, grundsätzlich nicht zu eigen machen. Er würde sich damit mit seinen etablierten Verhaltensregeln für ein geregeltes, gesellschaftliches Miteinander in Widerspruch setzen. Sein Handeln würde an Redlichkeit verlieren.<sup>188</sup> Eine solche Verwertungsmöglichkeit sendet insbesondere auch dem Privaten ein falsches Signal.<sup>189</sup> Hat er nämlich gezielt Erkenntnisse erlangt, um sie dem Staat zur Verfügung zu stellen, die dieser vielleicht selbst gar nicht erlangen konnte, und der Staat darf solche Erkenntnisse verwerten, dann wird der Private auch in Zukunft erneut private Ermittlungen anstellen und nicht auf ein Eingreifen der Strafverfolgungsbehörden warten.<sup>190</sup> Das Handeln des Staates auf der Grundlage solcher Erkenntnisse würde eine eigene so erhebliche Grundrechtsverletzung darstellen, dass diese, wie § 150a Abs. 1 Satz 2 StPO-E deutlich macht, grundsätzlich zu unterbleiben hat.

Jedoch handelt es sich bei erheblichen Grundrechtsverletzungen um Verletzungen disponibler Grundrechte, in deren Verwertung der Betroffene auch bei einer Betroffenheit durch einen Privaten somit gem. § 150a Abs. 1 Satz 2 StPO-E zustimmen können soll. Verwertet der Staat die Erkenntnisse aus einem solchen Vorgehen durch einen Privaten aber ohne Zustimmung, wird er den sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflichten nicht gerecht. Es käme zu einem eigenständigen, dann nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriff durch die Verwertung der Informationen.

---

<sup>188</sup> MüKo-StPO/Kudlich, Einleitung Rn. 484.

<sup>189</sup> Siehe MüKo-StPO/Kudlich, Einleitung Rn. 484.

<sup>190</sup> MüKo-StPO/Kudlich, Einleitung Rn. 484.



#### dd) Fernwirkung

Da § 150a Abs. 1 Satz 1 StPO-E eine Verwertungsbefugnis normiert, darf vorliegend nicht mehr von einer Fernwirkung gesprochen werden. Es handelt sich gerade um kein Verbot, dessen Reichweite diskutiert werden muss, sondern um eine Befugnisnorm, die deutlich machen muss, in welchem Ausmaß sie eine Verwertung zulässt. § 150a Abs. 1 Satz 1 StPO-E macht somit deutlich, dass die Informationen im Falle einer Zustimmung sowohl unmittelbar als auch mittelbar verwertet werden dürfen. Liegen die Voraussetzungen von § 150a Abs. 1 Satz 1 StPO-E jedoch nicht vor, scheidet eine Verwertung auch in beiden Fällen und somit absolut aus.<sup>191</sup> Die Eingriffsintensität der beiden Verwertungsformen rechtfertigt keine unterschiedliche Handhabung.<sup>192</sup> Umgekehrt bedeutet dies jedoch, dass nur durch die Erstreckung des Verwertungsverbots bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen auf die unmittelbare wie mittelbare Verwertung ein umfassender Schutz des betroffenen Grundrechts erreicht werden kann.

### 3. § 150b StPO-E

§ 150b Abs. 1 StPO-E wird der Tatsache gerecht, dass geringfügige Fehler bezüglich einzelner Voraussetzungen einer Erhebungsnorm, die zwar die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme absichern, die aber nicht in einer solchen Form missachtet werden, dass die Maßnahme unverhältnismäßig wird, einer Verwertung nicht entgegenstehen sollten. Vielmehr überwiegen in einem solchen Fall das Strafverfolgungsinteresse und die Wahrheitserforschungspflicht der Strafverfolgungsorgane die Interessen des durch den Verstoß Betroffenen. § 150b Abs. 1 StPO-E macht demnach die Verwertung solcher Erkenntnisse möglich, die auf einer geringfügigen Grundrechtsverletzung basieren.

#### a) Geringfügige Grundrechtsverletzungen

Geringfügige Grundrechtsverletzungen sind in nicht erheblichen Verletzungen von Voraussetzungen zu sehen, die innerhalb der Strafverfolgungsmaßnahmen trotz allem einen nicht gerechtfertigten Eingriff zumindest in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zur Folge haben. Eine solche Verletzung stellt beispielsweise eine minimale Fristverletzung dar. Eine

---

<sup>191</sup> Von einer Fernwirkung sprechend und damit dieselbe Wertung vornehmend: Eisenberg, 139 Rn. 408; Wolter, in: GS Armin Kaufmann, 761 (778); ders., NSTz 1984, 276 (278).

<sup>192</sup> Siehe S. 133 f.

solche liegt zum Beispiel dann vor, wenn eine Verlängerung einer Maßnahme nach § 100a StPO gem. § 100e Abs. 1 Satz 5 StPO erst ein bis zwei Tage nach Ablauf der ersten Anordnungsfrist stattfindet, oder aber das Gericht eine Anordnung der Staatsanwaltschaft anstatt binnen drei Werktagen, wie § 100e Abs. 1 Satz 3 StPO dies vorsieht, erst nach vier Werktagen bestätigt.<sup>193</sup> § 100a StPO i. V. m. § 100e Abs. 1 Satz 5 oder Abs. 1 Satz 3 StPO ist in einem solchen Moment weder in der Lage, den Eingriff der Erhebung der durch die Telekommunikationsüberwachung erlangten Erkenntnisse noch die Verwertung zu rechtfertigen.

Es kann insbesondere bei dem Verstoß gegen eine spezialgesetzliche Ermittlungsermächtigung aber nicht auf die Generalklauseln aus §§ 161 Abs. 1 Satz 1, 163 Abs. 1 Satz 2 StPO zurückgegriffen werden.<sup>194</sup> Diese haben ihren Weg zwar als „Auffangtatbestand“ in die StPO gefunden, um im Einzelfall auf neue Gegebenheiten reagieren zu können, sie sollen aber gerade nicht Eingriffe rechtfertigen, die eine für diesen Fall speziell ins Gesetz aufgenommene Ermächtigungsgrundlage gerade nicht zu rechtfertigen in der Lage sind.

Auch §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 244 Abs. 2 und 261 StPO eignen sich nicht als Generalbefugnisnormen für eine Verwertung rechtswidrig erhobener Informationen, auch wenn der Erhebung nur eine geringfügige Grundrechtsverletzung zugrunde liegt.<sup>195</sup> Sie normieren Aufgabenzuweisungsvorschriften, nicht Befugnisnormen bzw. Regelungen, die grundsätzliche Pflichten der Organe der Strafrechtspflege festhalten. Sie haben zudem nicht speziell die Verwertung, auch nicht in Form einer Generalklausel, zum Inhalt.

§ 150b Abs. 1 StPO-E soll klarstellen, wann eine Verwertung nach einer geringfügigen Grundrechtsverletzung zulässig ist. § 150b Abs. 2 StPO-E berücksichtigt den Fall, dass erst die Verwertung rechtmäßig erlangter Erkenntnisse geringfügig in ein Grundrecht eingreift. Die Abwägung des Strafverfolgungsinteresses, des Prinzips der materiellen Wahrheit und der sich daraus ergebenden Wahrheitserforschungspflicht der Strafverfolgungsbehörden mit den Individualgrundrechten des Betroffenen fordert hier eine deutlich größere Verwertungsmöglichkeit der Erkenntnisse als im Falle der erheblichen Grundrechtsverletzungen. Das sonst abzulehnende, von der Rechtsprechung geprägte Argument, das Verbot der Beweisverwertung dürfe das Strafverfahren, auch schon punktuell, nicht lahmlegen, ist hier von deutlich höherer Bedeutung. Käme es aufgrund jeglichen formellen Fehlers zu einem umfassenden oder auch weitreichenden Verwertungsverbot, würde wohl fast jedes

---

<sup>193</sup> SK-StPO/Wolter/Greco, § 100a Rn. 65.

<sup>194</sup> LR/Menges, Vor § 94 Rn. 57; Schilling, 233.

<sup>195</sup> So auch Singelstein, in: FS Eisenberg, 643 (653), der betont, dass sich aus § 261 StPO und § 244 Abs. 1 und 2 StPO „nichts Konkretes“ „über die Verwertbarkeit gerade rechtswidrig erhobener Beweise“ „entnehmen [lässt]“.

Strafverfahren durch Beweisverwertungsverbote zumindest gestört. Die Vermeidung von geringfügigen Fristverletzungen oder beispielsweise der Entnahme von Blutproben durch einen Medizinstudenten im Praktischen Jahr anstatt, wie in § 81 Abs. 1 Satz 2 StPO vorgesehen, durch einen Arzt, ist selbst bei gewissenhaft organisierten Abläufen kaum möglich. Die Beeinträchtigung des Beschuldigten durch ein solches Vorgehen ist hingegen überschaubar, zumal insbesondere bei unwesentlichen Fristverletzungen das an die Frist gekoppelte Erfordernis verspätet nachholbar ist und somit sich die durch sie etablierte Schutzwirkung noch entfalten kann.

### *b) Reichweite der Verwertungsbefugnis*

#### aa) Zustimmung

Aus diesem Grund ist eine Verwertung insbesondere bei einer Zustimmung zur Verwertung gem. § 150b Abs. 1 Nr. 1 StPO-E unbedenklich zulässig. Wie schon bei der Verwertungsbefugnis nach erheblichen Grundrechtsverletzungen erörtert, ist dem durch die Verletzung Betroffenen auch bei den geringfügigen Verletzungen eine solche Dispositionsfreiheit zuzugestehen bzw. aus der allgemeinen Handlungsfreiheit geradezu zwangsläufig geboten.

#### bb) Hypothetischer Ermittlungsverlauf

§ 150b Abs. 1 Nr. 2 StPO-E erlaubt darüber hinaus die Berücksichtigung von hypothetischen Ermittlungsverläufen. Will man sie berücksichtigt wissen, so ist das gesetzlich festzuhalten. Schließlich liegt ein Verstoß gegen eine Ermächtigungsgrundlage vor, die für hypothetische Erwägungen grundsätzlich keinen Raum lässt.<sup>196</sup> Die Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe und damit die Eröffnung der Verwertbarkeit von ursprünglich rechtswidrig erlangten Erkenntnissen stellt auch im Falle von zugrunde liegenden geringfügigen Grundrechtsverletzungen durch die Erhebung einen eigenständigen Grundrechtseingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar und bedarf der gesetzlichen Legitimation.<sup>197</sup>

Zulässig soll eine solche Verwertung jedoch nur dann sein, wenn eine rechtmäßige Erlangung nicht nur wahrscheinlich ist, sondern wenn „größte Erfolgsaussicht“ auf die rechtmäßige Erlangung der Informationen bestanden hätte.<sup>198</sup> Darüber hinaus darf kein grober Pflichtverstoß der ermittelnden Be-

<sup>196</sup> So schon BGHSt 31, 304 (306).

<sup>197</sup> *Jahn*, C77. So auch der *AE-EV*, 70; *Wohlers*, in: FS Fezer, 311 (321).

<sup>198</sup> *AE-EV*, § 150e Abs. 2 Satz 2 StPO-E 67, 70; *Jahn*, C76 bezeichnet dies als Quasi-Sicherheit; *Roxin*, NSTZ 1989, 375 (379); *Kelnhofer*, 294.

hörden vorliegen, sie müssen vielmehr davon ausgegangen sein, rechtmäßig zu handeln.

Die Tatsache, dass es in den vorliegenden Fällen oftmals zur Korrektur des Verstoßes kommt, da das Voraussetzungserfordernis nur zu spät erfüllt worden ist, bestätigt ex post sogar, dass es hypothetisch zu einer von vornherein rechtmäßigen Erhebung hätte kommen können. Die Frage nach dem hypothetischen Ermittlungsverlauf hebt anders als bei den obigen Fällen die Voraussetzungen der Erhebungsgrundlage gerade nicht aus. Seine Berücksichtigung ist hier in angemessener Form möglich. Um jedoch nicht Tür und Tor für nachlässiges Vorgehen durch die Strafverfolgungsbehörden zu öffnen, ist jedoch die Frage nach einer konkreten Hypothese mit größten Erfolgsaussichten unerlässlich. Mit dem zusätzlichen Erfordernis, dass die Ermittlungsbehörden ohne groben Pflichtverstoß von der Rechtmäßigkeit ihres Handelns ausgegangen sein müssen, ist ebenfalls die Gefahr der bewussten Umgehung grundrechtsschützender Voraussetzungen gebannt.

#### cc) Verletzungen durch Privatpersonen

Kam es zu einer geringfügigen Grundrechtsverletzung durch eine Privatperson, so soll gem. § 150b Abs. 1 Nr. 3 StPO-E die Verwertung der dadurch erlangten Erkenntnisse uneingeschränkt möglich sein. Dies gilt jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Private nicht auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden gehandelt hat. Diese Wertung des § 150b Abs. 1 Nr. 3 StPO-E ist die Konsequenz der Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen den Strafverfolgungsinteressen und dem Grundrechtsschutz des Beschuldigten.

#### dd) Fernwirkung

Des Weiteren erstreckt sich auch im Falle einer geringfügigen Grundrechtsverletzung die Verwertungserlaubnis gem. § 150b Abs. 1 StPO-E auf die unmittelbare wie auf die mittelbare Verwertung. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass die Verwertung mittelbar erlangter Erkenntnisse ebenfalls nicht erlaubt ist, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 nicht gegeben sind. Dabei handelt es sich um die Konsequenz aus obiger Feststellung<sup>199</sup>, dass die Eingriffsintensität der unmittelbaren Verwertung von der mittelbaren Verwertung nicht zu unterscheiden ist und somit derselben Rechtfertigungsgrundlage bedarf.<sup>200</sup> Nur so kann ein umfassender Grundrechtsschutz gewährleistet werden.<sup>201</sup>

<sup>199</sup> Siehe S. 133.

<sup>200</sup> Dieselbe Konsequenz ziehend, jedoch von einer Beweisverwertung sprechend, die die Fernwirkung miteinschließt: *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (958 f.).

<sup>201</sup> *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (958 f.).

## **H. Verwendungsregelungen innerhalb der StPO**

Nach der Systematisierung der Verwertungs- und Verwendungsregelungen der StPO, dem Versuch einer gesetzlichen Definition als Grundlage für mehr Bestimmtheit innerhalb der Rechtsgrundlagen zur Beweisführung und Übermittlung und der Annäherung der Verwertungsdogmatik an die Verwendungsdogmatik durch einen Gesetzesvorschlag für Verwertungsbefugnisnormen sollen nun die vom Gesetzgeber neu gebündelten Verwendungsregelungen genauer betrachtet werden. Zunächst gilt es jedoch, einen Blick auf die allgemeinen Problematiken der Verwendung von Zufallsfunden zu werfen, die bei der Betrachtung der neuen Verwendungsregelungen zugrunde gelegt werden müssen, um sie dann in einem Vorschlag *de lege ferenda* für allgemeine Verwendungsregelungen aufzulösen.

### **I. Problematiken der bestehenden Verwendungsregelungen**

Zunächst soll die Voraussetzung der „verwertbaren“ personenbezogenen Daten innerhalb der Verwendungsregelungen hinterfragt werden, die schon innerhalb der Diskussionen zur Frühwirkung von Beweisverwertungsverböten eine erste Rolle gespielt hat.<sup>1</sup> Daraus abgeleitet stellt sich dann die Frage, ob eine Differenzierung in Zufallsfunde, die auf rechtmäßige oder rechtswidrige Art und Weise erlangt wurden, die Situation besser widerspiegelt oder ob es einer solchen ergänzend bedarf. Kommt man zu dem Ergebnis einer grundsätzlichen Nichtverwendbarkeit rechtswidriger oder jedenfalls unverwertbarer Zufallsfunde, stellt sich im Anschluss daran die Frage, ob dies auch für ein gefahrenabwehrrechtliches Eingreifen zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit gilt. Darüber hinaus gilt es zu erörtern, inwieweit das Erfordernis des hypothetischen Ersatzeingriffs verzichtbar oder aber zwingend für alle Formen der Verwendung ist. Erst daran anknüpfend, können dann im Anschluss die neuen Verwendungsregelungen, die durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>2</sup> vom 25.11.2019 Eingang in die StPO gefunden haben, betrachtet und kritisch beurteilt werden.

---

<sup>1</sup> Siehe S. 74 ff.

<sup>2</sup> BGBl. I S. 1724.

### 1. Sinnhaftigkeit der Differenzierung innerhalb der Verwendungsregelungen in „unverwertbare“ und „verwertbare“ Daten des Ausgangsverfahrens

Betrachtet man die Zufallsfundregelungen der § 100e Abs. 6 StPO und § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StPO mit ihrer Einschränkung auf verwertbare personenbezogene Daten, stellt sich die Frage, wie eine solche Verwertbarkeit beurteilt werden soll, wenn die Regelungen eine Verwendung von Zufallsfunden zum Inhalt haben. Die Frage nach der Verwertbarkeit der personenbezogenen Daten bezieht sich sowohl bei § 100e Abs. 6 StPO wie auch bei den neuen § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StPO auf die Maßnahme innerhalb des Ausgangsverfahrens und kann dann nur nach den dort erlangten Untersuchungsfunden fragen.<sup>3</sup> Da die Vorschriften selbst jedoch Zweckumwidmungen im Blick haben und Informationen für einen neuen Zusammenhang zugänglich machen, damit also den Umgang mit Zufallsfunden regeln, entsteht hier ein Widerspruch. So stellt sich bei einem bei Gelegenheit angefallenen Fund normalerweise deshalb nicht die Frage nach der Verwertbarkeit, weil sie schon zu keinem bestimmten Zweck erlangt wurde und zu diesem auch gerade nicht zielgerichtet verwertet werden soll. Dann aber kann eine rechtswidrige Erhebung auch keine Auswirkung auf eine Verwertbarkeit haben und dieses Erfordernis innerhalb der Zweckumwidmung somit nicht beurteilt werden. Warum aber die Verwertbarkeit trotz allem Voraussetzung der oben genannten Verwendungsvorschriften ist und ob diese sinnvoll beurteilt werden kann, muss demnach erörtert werden.

Eine Erklärung für eine solche Voraussetzung könnte in den anfallenden Daten innerhalb der Ermächtigungsgrundlagen der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen zu finden sein. So haben §§ 99, 100a Abs. 1, 100c Abs. 1, 100f Abs. 1, 100g Abs. 1 und Abs. 2, 100h Abs. 1 Nr. 2, 100j Abs. 1 StPO alle gemeinsam, dass sie eine Datenerhebung erlauben, ohne genauer zu spezifizieren, ob sie die Erhebung auf solche Informationen begrenzen, deretwegen die Ermittlungsmaßnahme durchgeführt wird. Im Gegenteil ist nach dem Wortlaut der Vorschriften, die von „Postsendungen und Telegrammen“, „Telekommunikation“, „in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene[m] Wort“, „außerhalb von Wohnungen [...] öffentlich gesprochene[m] Wort“, „Verkehrsdaten“ und „Auskunft über die nach den §§ 95 und 111 des Telekom-

---

<sup>3</sup> Siehe dazu die Ausführungen auf S. 47 ff. Außerdem insbesondere in Bezug auf § 100e Abs. 6 StPO: *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (379 Fn. 1; 384); *ders.*, in: SK-StPO § 100d Rn. 64, 69a; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100e Rn. 26 und *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1138). A.A.: *Benning*, 162; *Meyer-Goßner/Köhler*, § 100e Rn. 22; *BeckOK-StPO/Graf*, § 100e Rn. 38; *MüKo-StPO/Günther*, § 100d Rn. 44.

munikationsgesetzes erhobenen Daten“ sprechen, vielmehr davon auszugehen, dass eine umfassende Erhebung aller Daten, die von der Maßnahme konkret betroffen sind, zulässig ist. Damit stehen diese Vorschriften im Gegensatz zu beispielsweise §§ 94 Abs. 1, 81a Abs. 1 Satz 2, 81b, 81e Abs. 1 StPO, die die Erhebung von konkreten Gegenständen regeln und somit nur eine Erhebung solcher Informationen möglich machen, die von vornherein einen klaren Verwertungsbezug haben. Innerhalb der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen kommt es hingegen unweigerlich zur Erhebung auch solcher Informationen, die für das Ausgangsverfahren selbst nicht von Belang, aber als Zufallsfund für ein anderes Verfahren von Interesse sein können.<sup>4</sup> Die Ermächtigungsgrundlagen rechtfertigen mithin nicht nur die gezielte Erhebung von Untersuchungsfunden, sondern auch die Erlangung von Zufallsfunden.<sup>5</sup> Sie integrieren damit bereits eine dem § 108 Abs. 1 StPO entsprechende Regelung.

Konsequenz dieser Gesamterhebung könnte dann jedoch gerade sein, dass innerhalb der Betrachtung der Verwertbarkeit auch das gesamte Telefonat oder die gesamte Unterhaltung innerhalb des Wohnraums betrachtet und beurteilt werden müsste. Das wiederum hätte zur Folge, dass auch bei zufällig angefallenen Erkenntnissen die Verwertbarkeit beurteilt und festgestellt werden würde, obwohl diese im Ausgangsverfahren selbst gar nicht genutzt werden würden. Insbesondere die Vertreter der Abwägungslösung würden hier in Schwierigkeiten geraten, da eine Abwägung hinsichtlich der Strafverfolgungsinteressen gar nicht möglich ist, da die Informationen für dieses ja gerade nicht verwertet werden sollen. Darüber hinaus bringt nur die einzelne Information hinter einem entsprechenden Fund die Beweisführung im Ausgangsverfahren weiter, weshalb es auch nur bezüglich dieser ursprünglich überhaupt zur Beweiserhebung kam.<sup>6</sup> Dasselbe gilt für die dem Beschuldigten gegenüber offen durchgeführten Beweiserhebungsmaßnahmen, durch die, wie beispielsweise bei der Beschlagnahme nach § 94 Abs. 1 StPO, Gegenstände erlangt werden. Auch hier kann es nicht darauf ankommen, ob der konkret beschlagnahmte Gegenstand verwertet werden darf, sondern es muss darum gehen, ob die Information hinter dem Gegenstand verwertbar ist.<sup>7</sup>

Dass es zu einer Gesamtbetrachtung bezüglich aller in einem Erhebungsgegenstand befindlichen Daten bei der Frage nach der Verwertbarkeit gerade

---

<sup>4</sup> MüKo-StPO/Singelstein, § 477 Rn. 32.

<sup>5</sup> Siehe schon S. 102.

<sup>6</sup> So spricht *Jahn*, C25f., von „Beweisverwertungsverboten, die allein das Ziehen von Schlüssen aus Tatsachen untersagen“. Ebenso Meyer-Goßner/*Schmitt*, Einl. Rn. 55.

<sup>7</sup> So auch *Ransiek*, in: FS Beulke, 949 (955).

nicht kommt, ist insofern konsequent.<sup>8</sup> Stellt sich die Frage nach der Verwertbarkeit der Daten, wird vielmehr auf die einzelne Information hinter der Ansammlung an Daten abgestellt, die für das konkrete Ausgangsverfahren von Relevanz ist.<sup>9</sup>

Das hat jedoch zur Folge, dass bei der zweckentfremdenden Verwendung innerhalb eines neuen Verfahrens die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren, wie § 100e Abs. 6 StPO und § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StPO es voraussetzen, normalerweise gar nicht beurteilt werden kann. Die Frage nach der Verwertbarkeit von personenbezogenen Daten stellt sich nämlich nur, wenn innerhalb des Ausgangsverfahrens Untersuchungsfunde in Form konkreter Informationen gezielt erlangt wurden, um sie in demselben Verfahren zu diesem Zweck zu verwerten. Das ist bei einem Zufallsfund hingegen gerade nicht der Fall. Die Frage nach der Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren kann sich schon wegen der Eigenschaft als Zufallsfund nicht ergeben. Dieser wird gerade nicht gezielt erlangt, um im Ausgangsverfahren genutzt zu werden; dann aber stellt sich auch nie die Frage nach der Verwertbarkeit und damit nicht nach etwaigen Verwertungsverböten im Ausgangsverfahren.

*a) Unterscheidung der Verwendung echter und unechter Zufallsfunde*

Daraus ergibt sich die Frage, ob der Gesetzgeber bei den Daten, die innerhalb von § 100e Abs. 6 StPO, § 479 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StPO zweckentfremdet werden dürfen, überhaupt an „zufällig“ angefallene Erkenntnisse gedacht hat (vgl. auch den Begriff „bei Gelegenheit“ in § 108 Abs. 1 Satz 1 StPO). Die oben aufgezeigte Nichtfeststellbarkeit der Voraussetzung einer Verwertbarkeit führt vielmehr zu der Mutmaßung, dass der Gesetzgeber ausschließlich die Situation solcher Informationen regeln wollte, die im Ausgangsverfahren als Untersuchungsfunde erlangt worden sind, aber auch in anderen Zusammenhängen gebraucht werden. Solche Untersuchungsfunde, die nach Erhebung und auch Verwertung im Ausgangsverfahren zu einem Zufallsfund für ein anderes Verfahren werden, sollen vorliegend als unechte Zufallsfunde bezeichnet werden.

Erzählt beispielsweise der Beschuldigte innerhalb eines abgehörten Telefons mit seinem Komplizen, dass er ein vermisstes Mädchen in seinem Keller festhält, kann diese Information einen Untersuchungsfund innerhalb der strafverfahrensrechtlichen Ermittlungen bezüglich einer Freiheitsberaubung gem. § 239 StGB darstellen und gleichzeitig einen Zufallsfund für das gefah-

---

<sup>8</sup> Siehe innerhalb der Rechtsprechung: BGHSt 41, 30 (31); BGHSt 53, 64 (66 f. Rn. 10 f.).

<sup>9</sup> Siehe bspw. BGHSt 41, 30 (31); BGHSt 53, 64 (66 f. Rn. 10 f.).



renabwehrrechtliche Polizeiverfahren zur Rettung des betroffenen Opfers bedeuten. Bei einer Daten-CD, auf der unterschiedlichste Informationen gespeichert sind, ist genau zu differenzieren. Nicht die CD, die gezielt erhoben wurde, stellt den Untersuchungsfund dar. Der Untersuchungsfund ist vielmehr in der einzelnen, auf der CD gespeicherten Information zu sehen. Ist eine konkrete Information dann sowohl für das Ausgangsverfahren wie auch für ein weiteres Verfahren, sei es zur Gefahrenabwehr oder für ein anderes Strafverfahren, von Bedeutung, so stellt diese nach der hier vorgenommenen Definition einen unechten Zufallsfund dar.<sup>10</sup> Auf der CD enthaltene Informationen, die jedoch ausschließlich für ein anderes Verfahren von Nutzen sind, also wirklich zufällige Funde darstellen, werden hingegen als echte Zufallsfunde bezeichnet. Im Fall des unechten Zufallsfundes wird die Information also vom gezielt erhobenen, tat- bzw. gefahrbezogenen Untersuchungsfund zum Zufallsfund. Sie hat eine Doppelrelevanz.<sup>11</sup> Damit würde das Gesetz noch eine zweite Art der Zufallsfunde regeln, die allerdings, soweit ersichtlich, außer bei *Hauck*<sup>12</sup> nicht als solche charakterisiert wird.

Diese unechten Zufallsfunde zeigen, dass die Zufälligkeit, wie *Grawe* richtigerweise thematisiert, keine absolute Eigenschaft des Fundes ist, sondern sich vielmehr aus der späteren Verwendungsabsicht heraus bestimmt.<sup>13</sup> Dabei legt *Grawe* innerhalb seiner Begriffsbestimmung den Fokus auf die Verwendung, der es dann ermöglicht, die Funde aus dem Begriff des Zufallsfundes auszuschließen, die keinerlei weitere Relevanz entfalten<sup>14</sup>, aber alle diejenigen miteinzuschließen, die einen weiteren Zweckzusammenhang aufweisen. Trotz dieser grundsätzlich zuzustimmenden Stellungnahme *Grawes* ist der Begriff der Zufallserkenntnis/des Zufallsfundes zu erhalten, da dieser das oben erläuterte „Weniger an Legitimation“ deutlich macht, indem er wie *Dose* richtig feststellt, „den Status der Gewinnung [ausdrückt].“<sup>15</sup> Auch im Fall des unechten Zufallsfundes wird normalerweise erst nach der gezielten

---

<sup>10</sup> Wie auch LR/*Hauck*, § 100e Rn. 71. Nicht zu verwechseln mit dem Verständnis des unechten Zufallsfundes bei *Geppert*, Jura 2015, 682 (684), der damit Zufallsfunde meint, nach denen bewusst gesucht wurde. Diese stellen schon nach der obigen Definition keine Zufallsfunde dar. Auch *Singelstein*, in: MüKo-StPO § 477 Rn. 32 thematisiert, dass § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. „sowohl Zufallsfunde als auch Daten, die nicht nur in einem Verfahren, sondern auch zur Verfolgung einer anderen Tat notwendig sind, [erfasst]“.

<sup>11</sup> So auch LR/*Hauck*, § 100e Rn. 71, der in einem solchen Fall von unechten Zufallsfunden spricht; dies auch andeutend *Grawe*, 153.

<sup>12</sup> LR/*Hauck*, § 100e Rn. 71, der dies für die Zufallsfunde des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO thematisiert.

<sup>13</sup> *Grawe*, 147.

<sup>14</sup> *Grawe*, 145, 148, 151, der deshalb auch den Begriff an sich in Zweifel zieht und die Begriffe des Zufallsverwendungszwecks und der Zufallsverwendung prägt.

<sup>15</sup> *Dose*, 29.

Erhebung erkannt, welcher weitere Wert in der Information steckt und damit zufällig erlangt wurde.

Diese Ausführungen hätten jedoch zur Konsequenz, dass gleichzeitig angenommen werden müsste, dass der Gesetzgeber die echten Zufallsfunde von § 100e Abs. 6 StPO, § 479 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StPO bewusst unberührt lassen und damit einer zweckentfremdenden Verwendung nicht zugänglich machen wollte. Schließlich basieren diese auf einem erheblichen Grundrechtseingriff, der durch eine Zweckentfremdung erneut verstärkt würde. Dem echten Zufallsfund haftet ein Weniger an Legitimation an, da seine Erlangung zwar grundsätzlich von einer Ermächtigungsgrundlage getragen wird, jedoch nicht von ihr gezielt gewollt ist. Das könnte zur Folge haben, dass der Gesetzgeber von einer weiteren Verwendung solcher Funde absehen wollte.

Da von einer solchen Differenzierung innerhalb der Gesetzgebungsverfahren jedoch zu keinem Zeitpunkt die Rede war, erscheint dies zweifelhaft. Zwar differenziert der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zu § 100e Abs. 6 StPO, wie in Kapitel B.II.2. gezeigt,<sup>16</sup> wohl bewusst zwischen der Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren und der Verwendung innerhalb eines neuen Zweckzusammenhangs. Mit dem Erfordernis der Verwertbarkeit will er aber nicht die Zweckumwidmung echter Zufallsfunde ausschließen, sondern vielmehr sicherstellen, dass keine Daten zweckumgewidmet werden, die schon in einem anderen Zusammenhang nicht verwertbar waren. Dem Gesetzgeber ging es, wie die frühe Etablierung des § 108 Abs. 1 StPO erkennen lässt, immer um die echten Zufallsfunde. Viel eher ist also zu vermuten, dass dem Gesetzgeber sowohl im Fall des § 100e Abs. 6 StPO als auch im neuen § 479 StPO nicht bewusst war, dass er mit dem Erfordernis der Verwertbarkeit die echten Zufallsfunde von der Anwendung der Normen ausschließt. Er wird vielmehr sowohl die echten als auch die unechten Zufallsfunde für andere Zwecke nutzbar machen wollen.

Eine unterschiedliche Behandlung der unechten und der echten Zufallsfunde überzeugt auch nicht. So geht dem unechten Zufallsfund das „Weniger an Legitimation“ nicht dadurch verloren, dass er zunächst als Untersuchungsfund erlangt wurde. Vielmehr könnte man in dem Moment, in dem man erkennt, dass der Untersuchungsfund auch in einem weiteren Zusammenhang von Nutzen ist, von einer erneuten Erlangung eines echten Zufallsfundes sprechen. Er bleibt dann wie der echte Zufallsfund zwar rechtmäßig, da die Erlangung durch die Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist, aber eben nicht gewollt, weshalb auch ihm ein „Weniger an Legitimation“ anhaftet. Eine solche Betrachtungsweise hätte dann sogar zur Folge, dass das Erfordernis

---

<sup>16</sup> Siehe S. 49 ff.

der Verwertbarkeit unter keinem denkbaren Gesichtspunkt noch sinnvoll zu beurteilen wäre.

Das jedoch bedeutet, dass das Erfordernis der Verwertbarkeit innerhalb der Verwendungsregelungen der § 100e Abs. 6 StPO und § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 die Anwendbarkeit der Normen ungewollt auf die Fälle der unechten Zufallsfunde einschränkt. Das hätte zur Folge, dass eine Verwendung echter Zufallsfunde nur noch in begrenzten Fällen möglich wäre. Da eine solche Differenzierung jedoch nicht zu rechtfertigen ist, muss diskutiert werden, wie das Erfordernis der Verwertbarkeit innerhalb der Verwendungsregelungen ersetzt werden kann, ohne dass seine wichtige Einschränkungswirkung verloren geht. Es ist zu entscheiden, ob die Differenzierung in eine rechtmäßige und rechtswidrige Erlangung von Zufallsfunden im Ausgangsverfahren zielführender ist oder ob die Normen zwischen echten und unechten Zufallsfunden unterscheiden müssten, um die Wertung des Erfordernisses der Verwertbarkeit zumindest in Teilen aufrecht erhalten zu können.

*b) Unterscheidung in rechtmäßige und rechtswidrige Zufallsfunde und ihre Verwendung*

Demnach ist zunächst in den Blick zu nehmen, wann ein Zufallsfund überhaupt rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Erst dann kann beurteilt werden, ob eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde (verfassungs-)rechtlich zu rechtfertigen ist. Auch stellt sich die Frage, ob die heute existierenden Verwendungsnormen eventuell bereits eine Aussage über das Erfordernis der rechtmäßigen Erlangung ergeben.

*aa) Rechtmäßige oder rechtswidrige Zufallsfunde*

Ein Zufallsfund ist nach überwiegender Meinung dann rechtmäßig, wenn die der Erlangung zugrunde liegende Maßnahme rechtmäßig angeordnet und durchgeführt wurde.<sup>17</sup> Ist jedoch die Ausgangsmaßnahme schon rechtswidrig angeordnet und durchgeführt worden und sind die Untersuchungsfunde somit rechtswidrig erlangt worden, können dabei erlangte Zufallsfunde nicht rechtmäßig sein. Auch ein Untersuchungsfund, der ursprünglich rechtswidrig erlangt worden ist und zu einem unechten Zufallsfund wird, wird durch die Entscheidung der Zweckentfremdung nicht rechtmäßig. Auch dieser stellt einen rechtswidrigen Zufallsfund dar. Darüber hinaus sind Fälle denkbar, in

<sup>17</sup> Rogall, JZ 1996, 944 (949); ders., in: FS Kohlmann, 465 (483); Niehaus, 85; Kelnhofer, 229; so auch der Gesetzgeber in BT-Drucks. 16/5846, S. 66. A.A. Schröder, 152f.

denen die Maßnahme zwar rechtmäßig durchgeführt worden ist, die Untersuchungsfunde somit rechtmäßig erlangt wurden, ein echter Zufallsfund, der durch diese Maßnahme angefallen ist, jedoch beispielsweise aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung stammt und somit schon nicht rechtmäßig sein kann.

Neben diese Fälle, die durch den Verstoß gegen eine Erhebungsgrundlage zu rechtswidrigen Zufallsfunden führen, treten unter anderem zwei weitere Fälle, bei denen es sich um keine rechtmäßigen Zufallsfunde handeln kann. Einerseits betrifft das die vermeintlichen Zufallsfunde, die bei einer Ermittlungsmaßnahme gezielt gesucht wurden; andererseits solche Fälle, bei denen die Behörden bewusst im Wege der Gefahrenabwehr agieren, um strafverfahrensrechtliche Voraussetzungen zu umgehen, um innerhalb dieser Maßnahme „zufällig“ auf Informationen zu stoßen, die dann im Strafverfahren verwendet werden sollen. Dieser zweite Fall wird innerhalb der Literatur unter dem Stichwort der „legendierten Polizeikontrollen“ diskutiert<sup>18</sup> und wurde bedenklicher Weise in jüngster Zeit vom BGH grundsätzlich toleriert.<sup>19</sup> Diese beiden Fälle haben gemeinsam, dass die zugrunde liegende Maßnahme hinsichtlich des jeweiligen Ausgangsverfahrens grundsätzlich auf den ersten Blick ihren Voraussetzungen folgend durchgeführt wurde.

### (1) Gezielt gesuchte Zufallsfunde

Im Fall des gezielt gesuchten Zufallsfundes wird die Ermittlungsmaßnahme zunächst grundsätzlich innerhalb der gesetzlichen Grenzen angeordnet. Die Ermittlungsbehörden beantragen die Anordnung einer Maßnahme also aufgrund eines Tatverdachts, zu dessen Zweck die Maßnahme auch durchgeführt werden darf, suchen dann jedoch gezielt nach Beweisen für ein anderes Verfahren und missachten damit die Grenzen des Anordnungsbeschlusses.<sup>20</sup> Sie missbrauchen die rechtmäßig angeordnete Ermittlungsmaßnahme zur gezielten Suche nach einem Zufallsfund, den sie auf andere Weise nicht hätten erlangen können. Solche Fälle treten insbesondere innerhalb der Ermittlungen bezüglich Strafverfahren auf, innerhalb derer dann Zufallsfunde für ein anderes Strafverfahren erlangt werden sollen. Dieses Vorgehen wird

---

<sup>18</sup> *Altwater*, in: FS Schlothauer, 3 ff.; *Herzog*, in: FS Schlothauer, 37 ff.; HK-StPO/Zöller, § 161 Rn. 31; LR/Tsambikakis, § 105 Rn. 24a; Meyer-Goßner/Köhler, § 105 Rn. 1a; *Albrecht*, HRRS 2017, 446–457; *Börner*, StraFo 2018, 1–6; *Brodowski*, JZ 2017, 1119–1128; *Kochheim*, KriPoZ 2017, 316–320; *Lenk*, StV 2017, 692–699; *Mosbacher*, JuS 2018, 129–134; *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543–547; *Nowroussian*, NStZ 2018, 254–262; *Löffelmann*, JR 2017, 588–602; *Voigt*, StV 2017, 435–437; *Schiemann*, NStZ 2017, 651–658.

<sup>19</sup> BGH NJW 2017, 3173–3179 und BGH, NStZ 2018, 296–297.

<sup>20</sup> LR/Tsambikakis, § 108 Rn. 18.

von der weit h. M. als unzulässig abgelehnt.<sup>21</sup> Die dabei erlangten Funde sind rechtswidrig und weder verwert- noch verwendbar.<sup>22</sup> Auch wenn hier der Begriff des Zufallsfundes genutzt wird, so bleibt doch zu bezweifeln, ob es sich tatsächlich um einen solchen handelt.<sup>23</sup> Der obigen Unterscheidung zwischen Untersuchungsfund und Zufallsfund folgend, wird man wohl viel eher von einem rechtswidrigen, da rechtsmissbräuchlich erlangten Untersuchungsfund ausgehen müssen, der ohne bzw. unter systematischer Umgehung einer Rechtsgrundlage gezielt erlangt wurde und dessen Verwertung nach § 150 Abs. 2 StPO-E absolut verboten sein müsste. Eine Zweckentfremdung erscheint hier nicht notwendig. Ein Beweisverwertungsverbot ist aufgrund des bewusst rechtswidrigen und willkürlichen Vorgehens der Ermittlungsbehörden auch nach den Maßstäben des *BVerfG* zwingend.<sup>24</sup>

## (2) Zufallsfunde aus legendierten Polizeikontrollen

Im Fall der legendierten Polizeikontrollen hingegen besteht ein Anfangsverdacht hinsichtlich einer Straftat, den die Ermittlungsbehörden aus ermittlungstaktischen Gründen dem Beschuldigten gegenüber nicht offenlegen wollen.<sup>25</sup> Um eine solche Offenlegung und andere strafverfahrensrechtliche Anordnungsvoraussetzungen zu vermeiden, werden sie auf der Grundlage gefahrenabwehrrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen tätig und erlangen auf diesem Weg Zufallsfunde, die dann im Strafverfahren gegen den Beschuldigten genutzt werden sollen.<sup>26</sup> Die Behörden agieren hierbei zwar, wie der *BGH* ausführt, grundsätzlich rechtmäßig,<sup>27</sup> da jedoch bewusst gewisse erhöhte Anordnungsvoraussetzungen der Strafverfolgungsmaßnahmen, bei-

<sup>21</sup> *Roxin/Schünemann*, § 35 Rn. 12; *SK-StPO/Wohlers/Jäger*, § 108 Rn. 4; *Meyer-Goßner/Köhler*, § 108 Rn. 1; *HK-StPO/Gercke*, § 108 Rn. 4; *Dose*, 182; *Cordes/Pannenberg*, NJW 2019, 2973 (2974).

<sup>22</sup> *LR/Tsambikakis*, § 108 Rn. 18; *HK-StPO/Gercke*, § 108 Rn. 4; *Kühne*, § 29 Rn. 506; *Krekeler*, NSTZ 1993, 263 (267); *Dose*, 182. A.A.: *SK-StPO/Wohlers/Jäger*, § 108 Rn. 17 der ein Verwertungsverbot auch hier erst nach einer „Abwägung aller Umstände“ bejaht.

<sup>23</sup> So auch *LG Bremen wistra* 1984, 241; *LG Arnsberg ZIP* 1984, 889 (891). Dies klingt auch bei *SK-StPO/Wohlers/Jäger*, § 108 Rn. 4 an; *Kühne*, § 29 Rn. 506, § 31 Rn. 548 und *Beulke/Swoboda*, § 12 XII 2 Rn. 258d an.

<sup>24</sup> *BVerfGK* 16, 22 (28).

<sup>25</sup> Siehe die Ausführungen bei *Lenk*, StV 2017, 692 (693); so auch *BGH*, NSTZ 2018, 296 (297).

<sup>26</sup> *Meyer-Goßner/Köhler*, § 105 Rn. 1a; *HK-StPO/Zöller*, § 161 Rn. 31; *LR/Tsambikakis*, § 105 Rn. 24a; *Brodowski*, JZ 2017, 1119 (1122 Rn. 34); *Müller-Römer*, NSTZ 2012, 543 (547); *Löffelmann*, JR 2017, 588 (601).

<sup>27</sup> *BGH* NJW 2017, 3173 (3177 Rn. 38); *Nowroussian*, NSTZ 2018, 254 (256); *Schiemann*, NSTZ 2017, 651 (657).

spielsweise ein Richtervorbehalt, mit Maßnahmen aus dem Gefahrenabwehrrecht umgangen werden, qualifiziert die wohl h.M. zu Recht die dabei erlangten Zufallsfunde als rechtswidrig und lehnt jegliche zweckentfremdende Verwendung ab.<sup>28</sup> Aufgrund dieser bewussten Umgehung und dem daraus ersichtlich werdenden, missbräuchlichen Verhalten der Ermittlungsbehörden kann offen bleiben, ob, wie einige Stimmen innerhalb der Literatur fordern, die strafverfahrensrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen ab dem Zeitpunkt eines Anfangsverdachts den gefahrenabwehrrechtlichen Rechtsgrundlagen grundsätzlich vorgehen.<sup>29</sup> Müller/Römer ziehen dabei eine Parallele zu ersterem Fall der gezielt erlangten Zufallsfunde.<sup>30</sup> Jedoch erscheint im zweiten Fall tatsächlich eine Zweckumwidmung der Information notwendig, da die Information im gefahrenabwehrrechtlichen Zusammenhang erlangt wird und bezogen auf das Strafverfahren ein Zufallsfund vorliegt.<sup>31</sup> Führt jedoch ein rechtsmissbräuchliches und willkürliches Verhalten der Ermittlungsbehörden schon im ersten Fall zu einem Beweisverwertungsverbot, muss im zweiten Fall erst recht ein Verwendungsverbot des Zufallsfundes für das Strafverfahren gelten.

#### bb) Rechtmäßigkeit der Zufallsfunde als Voraussetzung der Verwendungsregelungen?

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob die Verwendungsregelungen der StPO heute schon zwischen der Verwendung rechtmäßiger und rechtswidriger Zufallsfunde differenzieren und gegebenenfalls sogar auf die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde beschränken. Betrachtet man den Wortlaut des § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO bzw. des § 161 Abs. 3 StPO, so wird

---

<sup>28</sup> *Brodowski*, JZ 2017, 1119 (1128); *Mosbacher*, JuS 2018, 129 (130); *Kempf*, in: FS Fischer, 673 (686) sieht hier gar keinen Fall der Zweckentfremdung, da die Informationen schon nach strafverfahrensrechtlichen Maßstäben hätten erhoben werden müssen. Da der Richtervorbehalt dann bewusst und willkürlich missachtet worden ist, sei dies ein Fall für ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot. Ebenfalls von einem Beweisverwertungsverbot sprechend, ohne die bei *Kempf*, ebenfalls nachvollziehbare Unterscheidung zu treffen: *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543 (547); HK-StPO/Zöller, § 161 Rn. 31; *Löffelmann*, JR 2017, 588 (601); *Lenk*, StV 2017, 692 (697); *Albrecht*, HRRS 2017, 446 (451, 453); *Börner*, StraFo 2018, 1 (6); *Schiemann*, NStZ 2017, 651 (658); *Gubitz*, NStZ 2016, 126 (128). A.A.: SSW-StPO/Ziegler, § 161 Rn. 28; *Altwater*, in: FS Schlothauer, 3 (12); *Nowroussian*, NStZ 2018, 254 (256).

<sup>29</sup> Dies wohl annehmend: *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543 (546 f.); *Gubitz*, NStZ 2016, 126 (128); *Lenk*, StV 2017, 692 (695 ff.); *Schiemann*, NStZ 2017, 651 (658); *Börner*, StraFo 2018, 1 (2).

<sup>30</sup> *Müller/Römer*, NStZ 2012, 543–547; auch HK-StPO/Zöller, § 161 Rn. 31 spricht von „einer gezielten Suche nach Zufallsfunden“.

<sup>31</sup> A.A.: *Kempf*, in: FS Fischer, 673 (686). *Schefer*, 226 ff. nimmt ein zwingendes Beweisverwertungsverbot an und geht nicht auf die Umwidmung der Daten ein.

deutlich, dass weder die eine noch die andere Regelung klar und unmissverständlich bestimmt, ob sie lediglich eine Zweckentfremdung rechtmäßiger Zufallsfunde im Sinn hat<sup>32</sup> oder ob auch rechtswidrige Zufallsfunde zweckentfremdet werden dürfen.

Verschiedene Stimmen innerhalb der Literatur sehen jedoch innerhalb der Diskussion um die Verwendungsregelungen die Erlangung des Zufallsfundes innerhalb eines rechtmäßigen Verfahrens als eine Voraussetzung für die Verwendung gem. § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO<sup>33</sup> und § 161 Abs. 3 StPO<sup>34,35</sup>. Dies wird zum Teil damit begründet, dass sowohl § 161 Abs. 3 StPO als auch § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO nur die Daten zur Verwendung freigeben, die auf der Grundlage einer „Maßnahme, [die] nach diesem Gesetz [...] zulässig“ ist, erlangt wurden. Seien die Daten in einem rechtswidrigen Verfahren erlangt worden, sei die Maßnahme nicht nach diesem Gesetz zulässig durchgeführt worden und die Verwendung somit nicht zulässig.<sup>36</sup> Außerdem habe der Gesetzgeber bei der Etablierung von § 477 Abs. 2 StPO a. F.<sup>37</sup> insbesondere die Verwendung von „in rechtmäßiger Weise erlangte[n] Erkenntnisse[n]“ im Sinn gehabt.<sup>38</sup> Auch der *BGH* betonte ausgerechnet in seiner Entscheidung zur legendierten Polizeikontrolle für die Verwendung der Daten im Strafverfahren nach § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO<sup>39</sup> das Erfordernis der rechtmäßigen Erhebung im polizeirechtlichen Ausgangsverfahren.<sup>40</sup>

<sup>32</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 845 (889). Dies aber grundsätzlich so voraussetzend: *Beulke/Swoboda*, § 23 VI Rn. 476; *HK-StPO/Gercke*, § 100a Rn. 49; *KK-StPO/Griesbaum*, § 161 Rn. 36; *Wollweber*, NJW 2000, 3623 (3623) für § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO; *Brodowski*, JZ 2017, 1119 (1122 f. Rn. 38).

<sup>33</sup> Zum Zeitpunkt der Diskussion noch der inhaltlich identische § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO.

<sup>34</sup> Zum Zeitpunkt der Diskussion noch der inhaltlich identische § 161 Abs. 2 StPO.

<sup>35</sup> *Beulke/Swoboda*, § 23 VI Rn. 476; *AnwK-StPO/Löffelmann*, Vorb zu §§ 94 bis 111 Rn. 19; *SK-StPO/Wefßlau/Puschke*, § 479 Rn. 14; *HK-StPO/Gercke*, § 100a Rn. 49; *HK-StPO/Zöller*, § 161 Rn. 31; *Brodowski*, JZ 2017, 1119 (1112 f. Rn. 38); *Rogall*, in: FS Kohlmann, 465 (484) für Verwendungsregelungen allgemein. *Zöller*, StV 2019, 419 (421) und *Wollweber*, NJW 2000, 3623 (3623) für § 161 Abs. 1 Satz 1 StPO; *MüKo-StPO/Singelstein*, Vor § 474 Rn. 60, der dies jedoch lediglich als Voraussetzung fordert, da er zu Recht kritisiert, dass § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F. und § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO a. F. nicht in der Lage sind, die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde verfassungsgemäß zu rechtfertigen. A.A.: *SK-StPO/Wohlers*, § 161 Rn. 52; *Benning*, 158; *Brodersen*, NJW 2000, 2536 (2539).

<sup>36</sup> *MüKo-StPO/Kölbl*, § 161 Rn. 46. Entsprechend angedacht bei *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (888); *Gazeas*, 528, aber als nicht zwingend abgelehnt.

<sup>37</sup> Heute § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 16/5846, S. 66.

<sup>39</sup> Zum Zeitpunkt der Entscheidung noch § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO, der mit dem heutigen § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO identisch ist.

Auch *Löffelmann* geht mit Blick auf § 161 Abs. 2 StPO a.F. und § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. davon aus, dass die Verwendungsregelungen nur die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde erlauben.<sup>41</sup> Allerdings ist er der Meinung, dass bei rechtswidrigen Zufallsfunden eine Abwägung zwischen der durch die rechtswidrige Erhebung verletzten Grundrechtsnorm und dem Interesse des neuen Verfahrens stattzufinden habe, wie sie aus der relativen Beweisverwertungsverbotsdogmatik bekannt sei.<sup>42</sup> Andere stützen ein solches Vorgehen auf eine verhältnismäßige Auslegung der Verwendungsnormen.<sup>43</sup> Auch wenn dies wohl mit der Rechtsprechung in Einklang steht<sup>44</sup>, aufgrund derer zu befürchten bleibt, dass eine solche Abwägung mit Blick auf den neuen Zusammenhang und gerade nicht im Hinblick auf das Ausgangsverfahren auch in Zukunft die Regel sein wird<sup>45</sup>, ist ein solches Verständnis abzulehnen. Dieses hätte nämlich zur Folge, dass bei rechtmäßigen Zufallsfunden eine Datenverwendung nur möglich ist, wenn die Voraussetzungen der Verwendungsregelungen vorliegen. Handelt es sich jedoch um rechtswidrige Zufallsfunde, käme mit *Löffelmann* die entsprechende Verwendungsregelung mit all ihren einschränkenden Voraussetzungen, die den ihr zugrunde liegenden Grundrechtseingriff rechtfertigen soll, nicht zur Anwendung. Vielmehr würde sich lediglich die Frage stellen, ob im Wege der Verhältnismäßigkeit eine Verwendung trotz nicht gerechtfertigten Eingriffs bei der Erlangung des Zufallsfundes angemessen ist. Das führt dazu, dass rechtswidrige Zufallsfunde im Zweifel einfacher zu verwenden sind als rechtmäßige. Die Verwendungsregelungen werden durch ein solches Vorgehen umgangen. Es kommt dann nämlich lediglich zu einer Abwägung innerhalb des neuen Verfahrens, das Erfordernis des hypothetischen Ersatzeingriffs und sonstige Kautelen der Verwendungsnorm bleiben unter Umständen außer

<sup>40</sup> BGH NJW 2017, 3173 (3177 Rn. 38).

<sup>41</sup> Da § 161 Abs. 2 StPO a.F. mit § 161 Abs. 3 StPO und § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. mit § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i.V.m. § 161 Abs. 3 StPO identisch ist, ist davon auszugehen, dass *Löffelmann*, in: AnwK-StPO, Einleitung Rn. 147 auch heute nicht von dieser Argumentation abweichen würde. So auch KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 36, 40c.

<sup>42</sup> AnwK-StPO/*Löffelmann*, Einleitung Rn. 147, Vorb zu §§ 94 bis 111 Rn. 19. Vgl. auch LR/*Erb*, § 161 Rn. 78; LR/*Hilger*, § 477 Rn. 8e; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 40a ff.; *ders.*, in: FS Breidling, 121 (138); Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 18c, § 479 Rn. 9; *Gazeas*, 530.

<sup>43</sup> *Benning*, 163 f.; *Dose*, 166 ff.; *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1136, 1138).

<sup>44</sup> BGHSt 54, 69 (87 Rn. 47). Siehe auch die Ausführungen auf S. 47 ff.

<sup>45</sup> Dies schon entgegen der Rechtsprechung für § 100e Abs. 6 StPO ablehnend *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (384); *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1246); *ders.*, in: FS Schenke, 541 (558); *ders.*, in: SK-StPO § 100d Rn. 69a ff.; *Singelstein*, in: Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 251 (259); *ders.*, NSStZ 2012, 593 (605); *Reinbacher/Werkmeister*, ZStW 130 (2018), 1104 (1135).



Acht. Neben dem Widerspruch, dass der schärfere Grundrechtseingriff in Form der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde<sup>46</sup> dazu führt, dass diese Daten einfacher in neuen Zusammenhängen verwendet werden dürfen und so zu einem weiteren Grundrechtseingriff führen, wird hier außerdem der Gesetzesvorbehalt missachtet.

Insbesondere mit Blick auf § 161 Abs. 4 StPO und auf verschiedene polizeirechtliche Übermittlungsnormen<sup>47</sup>, die die Rechtmäßigkeit der Erlangung der Daten ausdrücklich zur Voraussetzung der weiteren Verwendung machen, lässt sich mit vergleichendem Blick auf § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO und § 161 Abs. 3 StPO jedoch nur schwer vertreten, dass die Verwendungsregelungen klar und bestimmt die Rechtmäßigkeit der Erlangung verlangen.<sup>48</sup>

Auch der Ansicht, dass § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO mit seiner Anforderung der Verwertbarkeit der Daten im Ausgangsverfahren eine grundsätzliche Voraussetzung für alle Verwendungsregelungen geschaffen habe<sup>49</sup> und daraus der Schluss zu ziehen sei, dass es grundsätzlich nur zur Verwertung rechtmäßiger Daten kommen darf, muss aus verschiedenen Gründen entgegengesetzt werden.

§ 100e Abs. 6 StPO regelt die Verwendung von Daten, deren Erlangung durch eine akustische Wohnraumüberwachung oder eine Online-Durchsuchung besonders eingriffsintensiv war. Ursprünglich ist er, wie auch *Benning* zu Recht betont, als *lex specialis* zu den früheren § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO und § 477 Abs. 2 Satz 2, Abs. 2 Satz 3 StPO a. F. in die StPO integriert worden.<sup>50</sup> Das Erfordernis der Verwertbarkeit der Daten innerhalb des § 100e Abs. 6 StPO sollte dabei wohl gerade diese erhöhte Eingriffsintensität der Erlangung der Daten im Ausgangsverfahren innerhalb der Verwendung in

<sup>46</sup> A.A.: *Dose*, 170, die schon beim Anfall einer Zufallserkenntnis über einen Dritten innerhalb einer rechtswidrigen Durchsuchung keinen rechtswidrigen Erhebungseingriff gegenüber dem Dritten feststellen will. Dem ist zu widersprechen, da die Zufallserkenntnis wegen der Rechtswidrigkeit der Erhebung nicht von dieser Rechtsgrundlage gedeckt ist und somit schon in sich rechtswidrig angefallen ist, also nicht nach § 108 Abs. 1 StPO hätte in Beschlag genommen werden dürfen.

<sup>47</sup> Z.B. § 41 Abs. 1 ASOG Bln; § 39 Abs. 1 BbgPolG; § 38 Abs. 1 Satz 1 Nds. SOG; § 40 Abs. 1 ThürPAG.

<sup>48</sup> So auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889); *ders.*, in: FS Eisenberg, 649 (653); *Albers*, 329; *Zöller*, in: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 496; SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, Vor § 474 Rn. 52, der aber darauf hinweist, dass die Etablierung der Voraussetzung *verwertbar* „zusätzliche Abwägungsschwierigkeiten geschaffen [hat]“.

<sup>49</sup> KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 40; *ders.*, in: FS Bredling, 121 (137); *Rogall*, in: Stellungnahme vom 11.09.2007 zu den geplanten Neuregelungen der Telekommunikationsüberwachung, S. 19.

<sup>50</sup> *Benning*, 157 f.; *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (553).

einem neuen Verfahren berücksichtigen und sicherstellen, dass es zu keiner Perpetuierung des Eingriffs auf unverhältnismäßige Weise kommt.<sup>51</sup> Eine Zweckänderung sollte nur für solche Daten in Betracht kommen, denen man schon im Ausgangsverfahren einen solchen Wert beigemessen hat, dass das zu schützende Individualinteresse, das durch den bei der Erhebung stattfindenden Eingriff betroffen wurde, das Allgemeininteresse an der Strafverfolgung oder der Gefahrenabwehr nicht überwiegen konnte. Der Gesetzgeber stellte damit höhere Anforderungen an die Verwendung von Daten, die aus einer Wohnraumüberwachung oder Online-Durchsuchung stammten, als für die Verwendung solcher Daten, die aus sonstigen Maßnahmen kamen, denen lediglich der Verdacht einer Katalogtat zugrunde liegen musste, wie dies bei den § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO und § 479 Abs. 2 Satz 2 StPO der Fall ist. Es konnte somit bisher davon ausgegangen werden, dass die Verwertbarkeit bewusst nur im Falle des § 100e Abs. 6 StPO zur Voraussetzung gemacht wurde und damit gerade keinen Teil der allgemeinen Verwendungsregelungen darstellt. Das lässt jedoch noch keinen Schluss auf die Rechtmäßigkeit zu.<sup>52</sup> Vielmehr sind verwertbare Daten oftmals gerade rechtswidrig erlangt worden.

Auch weil eine solch bewusste Unterscheidung durch den Gesetzgeber mit dem neuen § 479 Abs. 2 Satz 2 StPO schon nicht mehr unterstellt werden kann, kann aus der Voraussetzung der Verwertbarkeit innerhalb der Verwendungsregelungen kein Schluss auf die Frage nach der Rechtmäßigkeit der im Ausgangsverfahren erlangten Daten gezogen werden. Vielmehr sorgt der Gesetzgeber dadurch, dass er nun die Situation sogar umkehrt, für völlige Uneinheitlichkeit. § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO, der neben dem nach wie vor bestehenden § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO die Verwendung der eingriffsintensiv erlangten Daten der Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung regelt, sieht im Gegensatz zum ansonsten gleichsam identischen § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO gerade keine Verwertbarkeit der Daten im Ausgangsverfahren mehr vor. Die als *leges generalis* zu verstehenden § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO hingegen etablieren nun eine solche Voraussetzung. Außerdem war im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens innerhalb des § 161 Abs. 3 StPO ebenfalls geplant, eine Verwendung allgemein erlangter gefahrenabwehrrechtlicher Daten zu strafverfahrensrechtlichen Zwecken von der Verwertbarkeit dieser Daten abhängig zu machen.<sup>53</sup> Das ist jedoch durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz<sup>54</sup> ohne jede Begründung zurückgenommen worden.

---

<sup>51</sup> Benning, 157f.; Reinbacher/Werkmeister, ZStW 130 (2018), 1104 (1135 f.).

<sup>52</sup> BGHSt 54, 69 (88 f. Rn. 51).

<sup>53</sup> Siehe BT-Drucks. 19/4671, S. 9.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 19/11190, S. 10.

Das hat folgende, uneinheitliche, gesetzliche Situation zur Folge: Sowohl innerhalb der *lex specialis* des § 100e Abs. 6 StPO als auch innerhalb der Generalverwendungsregelungen des § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO findet sich das Erfordernis der Verwertbarkeit der erlangten Daten im Ausgangsverfahren. § 161 Abs. 3 StPO hingegen, der weiterhin als *lex generalis* die Datenverwendung polizeirechtlich erlangter Zufallsfunde zu strafverfahrensrechtlichen Zwecken regelt, sieht eine solche Verwertbarkeit nicht vor. § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO wiederum steht dazu im Widerspruch. Er soll wohl mit § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 StPO *lex specialis* zu § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO darstellen und § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO ersetzen, der jedoch weiterhin besteht und sich durch das vor die Klammer gezogene Erfordernis der Verwertbarkeit nun jedenfalls widersprüchlich zu § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO verhält.

Eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dahingehend, die Verwendung solcher Daten, die auf einer besonders eingriffsintensiven Erlangung basieren, unter besonders strenge Voraussetzungen zu stellen, kann somit nicht mehr angenommen werden. Die Uneinheitlichkeit macht es aber auch unmöglich, von der Verwertbarkeit einen Schluss auf die Rechtmäßigkeit der Zufallsfunde zu ziehen oder aber davon zu sprechen, dass die Verwertbarkeit ein allgemeingültiges Erfordernis aller Verwendungsregelungen ist.

Insgesamt lässt sich somit gerade nicht feststellen, dass die Verwendungsregelungen innerhalb der StPO heute schon klar und deutlich die Rechtmäßigkeit der zu verwendenden Zufallsfunde voraussetzen.

### cc) Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde

Kann den Regelungen der StPO eine solche Unterscheidung bzw. Beschränkung auf die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde jedoch nicht entnommen werden, ist nun im Anschluss zu fragen, ob sie neben der Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde auch die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zu rechtfertigen in der Lage sind.

#### *(1) Grundrechtseingriff durch die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde*

Schon die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde stellt einen intensiven Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und in die durch die Erlangung des Zufallsfundes sonstigen betroffenen Grundrechte dar. Es handelt sich dabei um die Nutzung personenbezogener Daten, deren gezielte Erlangung das Gesetz nicht vorgesehen hatte und zu deren Erlangung der Gesetzgeber die staatlichen Behörden primär nicht ermächtigt hat. Diese Er-

langung fand aufgrund der Weite der Erhebungsgrundlage zwar rechtmäßig statt, ihr haftet jedoch ein „Weniger an Legitimation“ an.<sup>55</sup>

Werden diese Zufallsfunde nun in einem rechtswidrigen Verfahren erlangt, kommt es sowohl zu einem nicht gerechtfertigten Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als auch in die sonstigen durch die Maßnahme betroffenen Grundrechte. Eine Verwendung solcher rechtswidriger Zufallsfunde beinhaltet dann neben den durch die Erlangung stattgefundenen, nicht gerechtfertigten Eingriffen, die sich durch die Verwendung weiter perpetuieren, einen weiteren intensiven Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch die Zweckumwidmung dieser rechtswidrigen Zufallsfunde.<sup>56</sup> Neben der Tatsache, dass die Erlangung der zu verwendenden Zufallsfunde schon nicht gewollt war, war sie auch nicht erlaubt. Die Verwendung dieser personenbezogenen Daten setzt sich somit über jede vom Gesetzgeber vorher gesetzte und von der Exekutive missachtete Grenze hinweg. Sie stellt dann in ihrer Gesamtheit einen nochmals deutlich intensiveren Grundrechtseingriff dar als die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde.<sup>57</sup>

Darüber hinaus ist die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde aber auch deutlich eingriffsintensiver als die Verwertung rechtswidriger Untersuchungsfunde. Auch wenn die Verwertung rechtswidrig erlangter Untersuchungsfunde ebenfalls nicht auf die Ermächtigungsgrundlage der Erhebung gestützt werden kann, so sind rechtswidrige Untersuchungsfunde trotz ihrer Rechtswidrigkeit noch zweckgebunden und damit dem grundsätzlichen Willen des Gesetzgebers entsprechend erlangt worden. Ihre Verwertung folgt also demselben Zweck wie die Erhebung. Die Verwertungsbefugnis muss nicht neben der Rechtfertigung der Verwertung auch noch eine Zweckumwidmung legitimieren. Das ist bei der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde anders. So kann, aufgrund des durch die Zweckumwidmung selbstständig stattfindenden Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, schon bei der rechtmäßigen Erlangung eines Zufallsfundes dessen Verwendung nicht, wie bei der Verwertung, auf die Erhebungsgrundlage gestützt werden. Es bedarf vielmehr einer bereichsspezifischen Verwendungsbefugnis.

---

<sup>55</sup> *Prittwitz*, StV 1984 302 (310); *Kelnhofer*, 231; *Rupp*, in: 46. DJT, 167 (182), der betont, dass die Erlangung und Verwendung eines Zufallsfundes „nun einmal nicht den Makel abstreifen [kann], sich die rechtsstaatlichen Voraussetzungen des Zugriffs erschlichen zu haben“ und damit § 108 StPO als rechtsstaatliche Verfassungsinkongruenz kritisiert.

<sup>56</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889) spricht davon, dass „der mit der Zweckentfremdung verbundene neue Eingriff [...] die informationelle Selbstbestimmung umso stärker [beeinträchtigt], je intensiver bereits der Erhebungseingriff war“.

<sup>57</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889). A. A.: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 47.

Diese unterschiedliche Eingriffsintensität zwischen der Verwendung rechtmäßiger und rechtswidriger Zufallsfunde auch im Vergleich zur Verwertung rechtmäßiger und rechtswidriger Untersuchungsfunde muss sich in einer Verwendungsregelung widerspiegeln.<sup>58</sup> Darüber hinaus muss kritisch hinterfragt werden, ob eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde für sämtliche Zwecke verfassungsgemäß möglich ist.

## (2) Aktuelle Verwendungsregelungen als Ermächtigungsgrundlage

Die bisherigen §§ 161 Abs. 2, 477 Abs. 2 StPO a. F. und § 481 Abs. 1 StPO konnten einen solchen Grundrechtseingriff nicht rechtfertigen.<sup>59</sup> Dies hat sich mit den neuen §§ 161 Abs. 3, 479 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 StPO nicht geändert.

Schon die identische Behandlung rechtmäßiger und rechtswidriger Zufallsfunde<sup>60</sup> und jegliche fehlende Einschränkung der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, beispielsweise ausschließlich auf die Verwendung zur Abwendung von dringenden Gefahren für höchstpersönliche Rechtsgüter wie das Leben oder die Gesundheit, führen zu einer unverhältnismäßigen Belastung des durch den Eingriff Betroffenen und schließen eine Anwendung der Vorschriften auf die Fälle der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde aus.<sup>61</sup> Noch weniger kommt eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde auf der Grundlage der Maßstäbe der Abwägungslösung oder einer verhältnismäßigen Auslegung der Vorschriften in Betracht.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> A.A.: SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 47.

<sup>59</sup> So auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889); MüKo-StPO/*ders.*, Vor § 474 Rn. 58. Eine „rechtsstaatlich bedingte und damit immanente Begrenzung“ in Bezug auf die Verwendung strafverfahrensrechtlich rechtswidrig erlangter Zufallsfunde innerhalb der Gefahrenabwehr diskutierend: LR/*Hilger*, § 481 Rn. 9, der sich damit in Widerspruch zu seinen Ausführungen in § 477 Rn. 8e bringt. Hier soll eine Abwägung der Interessen durch den Rechtsanwender möglich sein, wo im Fall des § 481 StPO „eine (verfassungsrechtlich wohl auch gebotene) klar abgrenzende und (u. a. die unterschiedlichen Fallgestaltungen) ordnende gesetzliche Regelung fehlt“. A.A.: SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 47.

<sup>60</sup> *Gusy*, HRRS 2009, 489 (491) betont ebenfalls, dass „es sich keineswegs von selbst [verstehe], dass eine rechtswidrig erhobene Information wie eine rechtmäßige weiterverarbeitet und -verwendet wird“.

<sup>61</sup> So auch *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889); Handbuch des Polizeirechts<sup>4</sup>/*Petri*, H Rn. 359; *Gusy*, PolR Rn. 261.

<sup>62</sup> A.A.: KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 40a ff.; *ders.*, in: FS Breidling, 121 (138); AnwK-StPO/*Löffelmann*, Einleitung Rn. 147, Vorb zu §§ 94 bis 111 Rn. 19; LR/*Erb*, § 161 Rn. 78; LR/*Hilger*, § 477 Rn. 8e; Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 18c, § 479 Rn. 9; *Gazeas*, 530.

Sie sind lediglich geeignet, weniger eingriffsintensive Verwendungen zu rechtfertigen.<sup>63</sup> Die Intensität des Eingriffs, den die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde in sich trägt, kann aufgrund der Wesentlichkeitstheorie und des Gesetzesvorbehalts nur durch eine diesem Vorbehalt gerecht werdende Rechtsgrundlage gerechtfertigt werden.<sup>64</sup> Der in der Zweckentfremdung liegende, intensive Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>65</sup> wird dabei mit der Perpetuierung der der Erlangung zugrunde liegenden Grundrechtsverletzung kombiniert.<sup>66</sup>

Eine entsprechende Rechtsgrundlage muss die entgegengesetzten Interessen des neuen Zwecks einerseits mit den durch den Grundrechtseingriff betroffenen Rechten des Beschuldigten andererseits in Einklang bringen. Sie darf eine Verwendung nur dann ermöglichen, wenn der neue Zweck verfassungsrechtlich höher anzusiedeln ist als die Rechte des Betroffenen.<sup>67</sup> Deshalb ist auch für die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde eine bereichsspezifische, die Interessen in Einklang bringende Ermächtigungsgrundlage zu fordern.<sup>68</sup>

### (3) Sollten rechtswidrige Zufallsfunde verwendbar sein?

Geht man nun davon aus, dass es der StPO bislang an einer die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde rechtfertigenden Rechtsgrundlage fehlt, stellt sich daran anschließend die Frage, ob eine solche verfassungsgemäß geregelt werden kann und wenn ja, in welchen Fällen eine solche Verwendung rechtswidrig erlangter Zufallsfunde überhaupt erlaubt sein sollte. Dabei soll sich die hier vorzunehmende Betrachtung erneut auf die Zwecke der Strafverfolgung und der polizeirechtlichen Gefahrenabwehr beschränken.

---

<sup>63</sup> *Singelstein*, in: FS Eisenberg, 648 (653); SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 14.

<sup>64</sup> *Württemberg*, in: FG Hilger, 263 (273 f.); *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, § 6 Rn. 182, der aber die allgemeinen polizeirechtlichen Verwendungsregelungen (§§ 37, 38, 46 PolG BW) nutzbar machen will; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889); *Gusy*, PolR Rn. 275; Handbuch des Polizeirechts<sup>5</sup>/*Petri*, G Rn. 378.

<sup>65</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889).

<sup>66</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889) spricht davon, dass „der mit der Zweckentfremdung verbundene neue Eingriff [...] die informationelle Selbstbestimmung umso stärker [beeinträchtigt], je intensiver bereits der Erhebungseingriff war“.

<sup>67</sup> *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889).

<sup>68</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 16; Handbuch des Polizeirechts<sup>5</sup>/*Petri*, G Rn. 378.

## (a) Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Strafverfolgung

Insbesondere muss in den Blick genommen werden, ob eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde im Bereich der Strafverfolgung nicht gänzlich ausgeschlossen sein müsste.

Sowohl die Verwendung von strafverfahrensrechtlichen Zufallsfunden als auch eine solche von gefahrenabwehrrechtlichen Zufallsfunden zu (anderen) strafverfahrensrechtlichen Zwecken findet ausschließlich im Interesse der Strafverfolgung statt.

Sinn und Zweck der Strafverfolgung liegt neben der Durchsetzung des materiellen Strafrechts insbesondere in der Wiederherstellung des Rechtsfriedens.<sup>69</sup> Ein solcher Rechtsfrieden kann jedoch nur durch eigenes, staatlich rechtmäßiges Handeln wiederhergestellt werden.<sup>70</sup> Es kommt mithin nicht alleine darauf an, durch umfangreiche Beweiserlangung ein inhaltlich richtiges Urteil sicherzustellen, um einen Beschuldigten für sein Handeln zu bestrafen und ein Opfer demgemäß zu „entschädigen“, sondern auch darauf, durch formell rechtmäßiges Handeln der Strafverfolgungsbehörden die Wahrheit retrospektiv aufzuarbeiten.<sup>71</sup> Nur so kann beim Täter Akzeptanz für die Entscheidung geschaffen werden und zukünftiges, verbotswidriges Handeln vermieden werden.<sup>72</sup>

Wo zwar das materielle Strafrecht durch die Sanktionierung klar definierter Verhaltensweisen selbst auch eine Schutzfunktion des Staates wahrnimmt<sup>73</sup>, kann die Strafverfolgung nur bei der Durchsetzung des materiellen Rechts behilflich sein, da sie schon zeitlich gesehen zwangsläufig nur nachträglich an eine unerlaubte Handlung anknüpft und damit für einen Rechtsgüterschutz zu spät kommt.<sup>74</sup> Diese Durchsetzung hat insofern präventiven

<sup>69</sup> *Roxin/Schünemann*, § 1 Rn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl Rn. 4; so auch *Wolter*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1155); *Gusy*, Menschenwürde und Strafverfahren, 1 (18).

<sup>70</sup> *Schilling*, 43, 87f.; *Roxin/Schünemann*, § 1 Rn. 7.

<sup>71</sup> *Roxin/Schünemann*, § 1 Rn. 3; *SK-StPO/Wohlens*, Einleitung Rn. 6, 20; *SK-StPO<sup>2</sup>/Wolter*, Vor § 151 Rn. 104a; *LR/Kühne*, Einl Abschn B Rn. 13; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Einl Rn. 5; *Beulke/Swoboda*, § 1 IV 1 Rn. 5.

<sup>72</sup> *LR/Kühne*, Einl Abschn B Rn. 51; so auch *Otto*, in: FS Kleinknecht, 319 (330).

<sup>73</sup> *Schönke/Schröder/Hecker*, Vor § 1 Rn. 30; *MüKo-StGB/Joeks*, Einleitung Rn. 19; *SK-StPO/Wohlens*, Einleitung Rn. 19; *Gusy*, Menschenwürde und Strafverfahren, 1 (19).

<sup>74</sup> *Roxin/Schünemann*, § 1 Rn. 1; *Sachs-GG/Murswiek*, Art. 2 Rn. 27 bezeichnet dies als sekundäre Schutzpflicht. *Zöller*, in: *Handbuch der Inneren Sicherheit*, 482; *Gusy*, Menschenwürde und Strafverfahren, 1 (2); *Schumacher*, 173; *Zeitler/Trumit*, Rn. 794.

Charakter, als mit ihr das Ziel verfolgt wird, zukünftiges strafbares Handeln durch denselben Täter (und ggf. Dritte) zu vermeiden. Ein solcher Rechtsgüterschutz, der jedoch gerade keinen konkreten, sondern einen unsicheren, weit zukünftigen Schutz darstellt, kann keinen präventiven Schutz vor einer konkret bevorstehenden Rechtsgutsverletzung bieten.<sup>75</sup> Von dem Beschuldigten geht im Moment der Strafverfolgung meist keine konkrete Gefahr mehr für ein konkretes Rechtsgut aus.

Das hat zur Folge, dass eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde selbst für die Verfolgung von Straftaten gegen das Leben mit dem Gedanken eines „ethischen Minimums der Strafverfolgung“ nicht zulässig sein kann.<sup>76</sup> Das gilt selbst dann, wenn die Rechtswidrigkeit des Zufallsfundes lediglich auf einer geringfügigen Grundrechtsverletzung basiert.<sup>77</sup> Im Gegensatz zu den Fällen, in denen die Verwertung eines Untersuchungsfundes nach einer geringfügigen Grundrechtsverletzung in den meisten Fällen noch zulässig sein soll<sup>78</sup>, weil die Erhebung eines solchen Untersuchungsfundes zumindest vom Gesetzgeber grundsätzlich gewollt war, wiegt die Tatsache, dass es sich bei einem rechtswidrigen Zufallsfund um einen zwar tolerierten, aber gerade nicht gezielt erlangten und dann auch noch entgegen der etablierten Rechtsgrundlage erlangten Fund handelt, so schwer, dass der in der Verwendung eines solchen Fundes liegende Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das damit betroffene Individualinteresse das Allgemeininteresse der Strafverfolgung überwiegt. Die Umwidmung der Daten zum Zwecke der Strafverfolgung perpetuiert neben dem selbstständigen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung außerdem die der Erlangung der Zufallsfunde zugrunde liegende Grundrechtsverletzung und stellt damit einen „besonders intensiven Grundrechtseingriff dar.“<sup>79</sup> Die Strafverfolgungsinteressen sind gerade nicht in der Lage, einen solchen Eingriff in die durch die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde betroffenen

---

<sup>75</sup> *Württemberg/R. P. Schenke*, JZ 1999 548 (553). Dies kritisch diskutierend: *Tanneberger*, 371 ff., der betont, dass das BVerfG in seinen aktuellen Entscheidungen (BVerfGE 113, 348 [386]; BVerfGE 125, 260 [329]) nicht mehr zwischen einem Rechtsgüterschutz durch präventivpolizeiliche Gefahrenabwehr oder durch Strafverfolgung unterscheidet, sondern vielmehr „einen einheitlichen Rahmen für die Verwendung der fraglichen Daten zu statuieren [scheint]“.

<sup>76</sup> So wohl im Ergebnis auch: SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 44; *ders.*, in: FS Küper, 707 (713); anders noch in SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor 151 Rn. 104a; *ders.*, in: FS Rieß, 633 (646); *ders.*, in: FG BGH, 963 (992f.). Vgl. noch *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, § 1 IV Rn. 25 und *Württemberg/R. P. Schenke*, JZ 1999, 548 (553), die betonen, dass sich für das Polizeirecht aus diesem Grund „auch die legislativen Handlungsspielräume erweitern [müssen]“.

<sup>77</sup> Dies kritisierend: *Gazeas*, 529.

<sup>78</sup> Siehe den Gesetzesvorschlag zu § 150b StPO-E auf S. 168 ff.

<sup>79</sup> *MüKo-StPO/Singelstein*, § 477 Rn. 27; *Gazeas*, 529.



Grundrechte des Beschuldigten, verbunden mit dem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, zu rechtfertigen.

Würde der Staat nämlich die Möglichkeit bekommen, jegliche dieser personenbezogenen Informationen in Form von Zufallsfunden bei der Schaffung entsprechender Verwendungsregelungen zweckentfremdet zu verwenden, hätte das zur Konsequenz, dass es faktisch keine personenbezogenen Daten mehr gäbe, die vom Staat nicht verwendet werden dürften. Er hätte selbst Zugriff auf personenbezogene Daten, deren Erlangung nie Ziel der Maßnahme war und die bei Einhaltung der Voraussetzungen der Maßnahme auch nicht möglich gewesen wäre. Vielmehr noch bedürfte es eigentlich gar keiner zweckgebundenen Erhebungsgrundlagen mehr zur Gewinnung von Untersuchungsfunden, wenn jeder Zufallsfund, egal ob rechtmäßig oder rechtswidrig, auch zu weiteren Ermittlungen oder zu Beweis Zwecken wenn auch nur wegen besonderer Verbrechen genutzt werden dürfte. Der Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und die gesetzlichen, die Verfassung wahren Grenzen der Strafverfolgung wären preisgegeben.

(b) Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Gefahrenabwehr

Anders gestaltet sich dies i.R. der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Gefahrenabwehr. Im Gegensatz zum nachträglichen Eingreifen der Strafverfolgung hat die Gefahrenabwehr eine konkrete Gefahr für ein Rechtsgut im Blick. Sie soll die Realisierung einer solchen konkreten Gefahr im Erfolg gerade verhindern und den Betroffenen damit vor einer Rechtsgutsverletzung schützen.<sup>80</sup> Die Pflicht staatlichen Handelns zum Schutz gefährdeter Rechtsgüter ergibt sich aus den Grundrechten selbst.<sup>81</sup> So stellen diese nicht nur reine Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat dar, sondern fordern im Wege eines Untermaßverbotes den Staat insbesondere dort zu einem Eingreifen auf, wo die Realisierung einer Gefahr für höchstpersönliche Rechtsgüter des Bürgers im Erfolg kurz bevorsteht. Diese staatlichen Schutzpflichten erlauben einen deutlich weiteren Grundrechtseingriff, als es der Zweck der Strafverfolgung gestattet.<sup>82</sup> Sie machen demnach eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde nicht nur möglich, sondern erfor-

<sup>80</sup> *Zeitler/Trurnit*, Rn. 794.

<sup>81</sup> Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet alle staatliche Gewalt zum Schutz und zur Achtung der in Satz 1 absolut garantierten Menschenwürde.

<sup>82</sup> *Zöller*, in: *Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit*, 482; *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, § 1 IV Rn. 25; *Württemberg/R. P. Schenke*, JZ 1999, 548 (553); *Tanneberger*, 370 Fn. 649 zeigt auf, dass auch aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der Gesetzesvorbehalte in Art. 13 GG deutlich wird, dass die Strafverfolgung und die Gefahrenabwehr unterschiedliche Eingriffsintensitäten rechtfertigen.

dem sie in einigen Bereichen sogar.<sup>83</sup> Eine solche Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde kann zwar nicht unbeschränkt zulässig sein, da dies ebenso wie im Bereich der Strafverfolgung, zu einer Außerkraftsetzung der gesetzlichen Erhebungsgrenzen führen würde, besteht jedoch insbesondere eine unmittelbare oder dringende Lebensgefahr, oder eine dringende Gefahr für die körperliche Unversehrtheit, Freiheit einer Person, die öffentliche Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes, darf der Staat die Realisierung einer Gefahr nicht sehenden Auges geschehen lassen.<sup>84</sup> Je konkreter die Gefahr und je schutzbedürftiger das gefährdete Rechtsgut ist, desto eher muss und kann eine Verwendung der Zufallsfunde zu Gefahrenabwehrzwecken trotz zugrunde liegender erheblicher Grundrechtsverletzung bis hin zu einem Menschenwürdeverstoß gerechtfertigt sein.

(aa) Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, deren Erlangung auf einer Menschenwürdeverletzung basiert

Liegt der Erlangung des Zufallsfundes ein Menschenwürdeverstoß zugrunde, stellt sich aufgrund der Unverletzlichkeit der Menschenwürde grundsätzlich zunächst die Frage, ob es überhaupt zu einer gefahrenabwehrrechtlichen Verwendung solcher Daten kommen kann. Insbesondere im Bereich der extremen Menschenwürdeverletzungen in Form von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung<sup>85</sup> wird diskutiert, ob die Verwendung

<sup>83</sup> Zöller, in: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 482 ff.; Würtenerberger, in: FG Hilger, 263 (271); W.-R. Schenke, JZ 2001, 997 (1003); Götz/Geis, § 17 Rn. 82.

<sup>84</sup> Zur „Aushöhlung des prinzipiellen Verbots rechtswidriger Datenerhebung“ durch die „unbeschränkte Gestattung der Verwendung rechtswidriger Daten“ Zöller, in: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 482. Diese Wertung bzgl. der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zu Zwecken der Strafverfolgung bzw. der Gefahrenabwehr zum größten Teil ebenso vertretend: Paeffgen, StV 1999, 668 (678); Würtenerberger, in: FG Hilger, 263 (273). Wolter, in: FG Hilger, 275 (282) betont, dass „im Strafprozessrecht wie im Polizeirecht [...] eine rechtswidrige Datenerhebung nicht zwangsläufig ein Verwertungs- bzw. Verwendungsverbot nach sich zieht“. Dazu *ders.*, bezüglich grundrechtlicher Schutzpflichten des Staates in SK-StPO § 100d Rn. 48 und *ders.*, bezüglich der Verwertung zu strafverfahrensrechtlichen Zwecken in SK-StPO § 100d Rn. 69, 69c.

<sup>85</sup> Wolter, in: FS Schünemann, 295 (299) versteht unter „extremer Menschenrechtsverletzung“ „Verhaltensweisen der Strafverfolgungsorgane bzw. „Präventivpolizeibehörden“ [...], im Einzelfall auch von Privaten, die die Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG oder z.B. auch nach Art. 1 der Grundrechte-Charta besonders schwerwiegend verletzen.“ Als Beispiele nennt er „die Folter oder die unmenschliche oder erniedrigende Behandlung etwa nach Art. 3, 15 EMRK, Art. 7, 4 IPBPR, Art. 5, 27 AMRK“ und macht deutlich, dass solche Verhaltensweisen „ausnahmslos verboten [und] notstandsfest [sind]“. In SK-StPO<sup>2</sup> Vor § 151 Rn. 140a f. trifft *ders.*, diese Dif-

zur Abwehr einer Lebensgefahr wirklich möglich sein soll.<sup>86</sup> Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG richtet nämlich die Aufforderung an alle staatliche Gewalt, die Menschenwürde nicht nur zu achten, sondern auch aktiv zu schützen.

Dabei eröffnet sich das Problemfeld der sogenannten Rettungsfolter und die daran anschließende Frage, ob einerseits eine gefahrenabwehrrechtliche Nutzung von Informationen, die gezielt durch Rettungsfolter erhoben wurden bzw. die Verwendung von dabei erlangten Zufallsfunden, zu Gefahrenabwehrzwecken zulässig ist. Der Begriff der Rettungsfolter hat sich als Konsequenz des Falles Daschner<sup>87</sup> in der rechtswissenschaftlichen Diskussion etabliert und meint die Erhebung von Informationen unter Zuhilfenahme von Foltermethoden oder zumindest der Androhung solcher Methoden allein, um die Rettung eines in Gefahr geratenen Menschenlebens zu ermöglichen. Wie das Landgericht Frankfurt a. M. richtigerweise festgestellt hat, ist eine solche gezielt eingesetzte Rettungsfolter auch zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr unzulässig.<sup>88</sup> Entgegen einiger Stimmen in der Literatur<sup>89</sup> handelt es sich hierbei allerdings nicht um einen Fall der Kollision zweier Menschenwürdepositionen, bei dem die Menschenwürde des Störers gegen die Menschenwürde des Opfers unzulässigerweise abgewogen werden müsste. Vielmehr stellt sie, wie *Wolter* deutlich macht, einen Fall dar, bei dem der Staat seiner grundgesetzlichen Schutzpflicht sowohl gegenüber dem Opfer

---

ferenzierung um deutlich zu machen, dass eine solche extreme Menschenrechtswidrigkeit „die unübersteigbare Grenze präventiven Vorgehens markiert“.

<sup>86</sup> Eine solche zunächst vollständig ablehnend: *Wolter*, StV 1990, 176 (179); *ders.*, GA 1999, 158 (178 Leitsatz 13); SK-StPO<sup>2</sup>/*ders.*, Vor § 151 Rn. 140a ff. *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, Art. 26 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2; 13 differenziert zwischen einem absoluten Verwendungsverbot (auch für sämtliche präventiven Zwecke) für solche Funde, die auf einem gezielten Vorgehen basieren und einer Rückausnahme und damit Verwendungserlaubnis zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr bei echten Zufallsfunden; so auch *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (309). *AE-EV*, § 150e Abs. 3, 71 hingegen lässt die Fälle der „besonders gravierenden Verletzungen von Grundrechten des Beschuldigten (etwa die körperliche Misshandlung) gezielt zur Informationsgewinnung“ unbeachtet, da diese „vom Strafprozessrecht [...] nicht zu regeln“ seien. Zufallsfunde, die innerhalb einer Handlung erlangt worden sind, die eine extreme Menschenwürdeverletzung darstellt, sollen jedoch zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr verwendet werden dürfen. *Amelung*, JR 2012, 18 (20) hingegen will schon eine extreme menschenrechtswidrige Handlung ausnahmsweise zulassen, wenn der „Täter“ seinen „Schutz der Menschenwürde verwirkt hat“.

<sup>87</sup> LG Frankfurt a. M. NJW 2005, 692–696.

<sup>88</sup> LG Frankfurt a. M. NJW 2005, 692 (693); so auch *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (299); *ders.*, in: FS Kühne, 379 (387) und *ders.*, in: FS Küper, 707 (712); *Roxin*, in: FS *Wolter*, 1057 (1066); *Hassemer*, KritV 1988, 336 (343). A. A.: *Amelung*, JR 2012, 18 (20).

<sup>89</sup> *Wolter*, StV 1990, 176 (179); ebenso *ders.*, in: FS Kühne, 379 (387 f.) und *ders.*, in: FS Küper, 707 (712); *Hassemer*, KritV 1988, 336 (343).

der Störung als auch gegenüber dem Störer nur damit gerecht werden kann, indem er das Folterverbot aus Art. 3 EMRK ernst nimmt und lediglich auf der Grundlage rechtsstaatlicher Methoden die Abwehr der Gefahr herbeiführt.<sup>90</sup> Bezüglich der Rettungsfolter als Maßnahme zur Gefahrenabwehr besteht laut *Wolter* von vornherein ein „Gefahrenabwehrverbot“.<sup>91</sup> Die Nichtvornahme einer Misshandlung des Störers mit dem Ziel, entsprechende Informationen zur Abwehr der Lebensgefahr zu erzielen, stellt gerade keinen Eingriff in die Menschenwürde des Opfers dar.<sup>92</sup>

Wird eine Rettungsfolter entgegen dem ausdrücklichen Verbot durchgeführt, ergibt sich jedoch bezüglich der gefahrenabwehrrechtlichen Nutzung der dabei gezielt erhobenen Informationen<sup>93</sup> und der Verwendung von durch die Rettungsfolter zufällig erlangten Informationen ein anderes Bild.<sup>94</sup> Ist den konkret vorliegenden Informationen dann nämlich eine unmittelbare Lebensgefahr zu entnehmen, so sind die staatlichen Behörden zur Abwehr dieser Gefahr verpflichtet und dürfen diesbezüglich gerade nicht wehrlos gestellt werden.<sup>95</sup> Stützt der Staat sein Handeln auf diese rechtsstaatswidrig erlangten Informationen zu Zwecken der Gefahrenabwehr, stellt dies, wie *Roxin* richti-

---

<sup>90</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (299 Fn. 23, 307); *ders.*, in: FS Küper, 707 (711). A.A.: *Amelung*, JR 2012, 18 (19), der zwar ebenfalls von keinem Kollisionsfall ausgeht, sondern dem Störer einer Menschenwürdeposition eines Anderen selbst den Schutz seiner eigenen Menschenwürde versagt; so auch *Maunz/Dürig/Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 50. Dies ist jedoch abzulehnen, da der Menschenwürdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG gerade uneingeschränkt gilt; so auch *SK-StPO/Wolter*, § 100d Rn. 53. *Kutscha/Roggan*, in: GS Liskén, 25 (33) sehen in der „bevorstehenden schwere[n] Verletzung oder Tötung des Opfers [ein] Verlassen des absolut geschützten Kernbereichs“ – das ist ebenso abzulehnen, da dies eine Bestimmung des Kernbereichs aus sich heraus vereitelt.

<sup>91</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (307).

<sup>92</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (307); *ders.*, in: FS Kühne, 379 (387); *ders.*, in: FS Küper, 707 (711).

<sup>93</sup> Wie *AE-EV*, 71 jedoch richtigerweise hervorhebt, ist dies keine Frage des Strafprozessrechts und muss bzw. kann somit auch nicht innerhalb der Strafprozessordnung geregelt werden.

<sup>94</sup> Gegen die gefahrenabwehrrechtliche Nutzung von durch Rettungsfolter gezielt erhobenen Informationen: *Wolter*, StV 1990, 176 (179); *ders.*, GA 1999, 158 (178 Leitsatz 13); *SK-StPO<sup>2</sup>/ders.*, Vor § 151 Rn. 140a ff.; *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, Art. 26 Abs. 2 Satz 4; 13, der von einem absoluten polizeirechtlichen Verwertungsverbot ausgeht, selbst wenn es sich um die Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr handelt, wenn die Daten „gezielt durch Folter erlangt worden sind“. So auch *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (299).

<sup>95</sup> Dies für Zufallsfunde annehmend: *SK-StPO/Wolter*, § 100d Rn. 48, 57, der insbesondere auch die Verpflichtung zur Verwendung der Daten hervorhebt und betont, dass es sich gerade nicht nur um ein Recht handelt, *ders.*, StV 1989, 358 (360); *ders.*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153).

gerweise betont<sup>96</sup> und entgegen der Situation bei der Verwertung der Informationen zur Strafverfolgung,<sup>97</sup> keinen erneuten selbstständigen Eingriff in die Menschenwürde dar.<sup>98</sup> Das hat zur Folge, dass hier ebenfalls keine Kollision der Menschenwürdeposition des Störers und des von der Gefahr betroffenen Opfers entsteht, weshalb es zu der unzulässigen Frage nach einer Abwägung zweier Menschenwürdepositionen gar nicht kommt. Durch die Nutzung der Informationen und einem Eingreifen des Staates auf deren Basis zur Abwehr der entstandenen Gefahr schützt der Staat nicht nur das Opfer, sondern auch den Störer vor den Konsequenzen der Gefahrrealisierung. Er verhindert, dass dieser, Täter eines Tötungsdeliktes wird und aufgrund dessen der Strafverfolgung ausgesetzt wird.<sup>99</sup> Das hat zur Folge, dass die Verwendung von durch Menschenwürdeverstoß erlangten Daten zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr nicht nur keinen eigenständigen Menschenwürdeverstoß darstellt, sondern der Staat seiner grundrechtlichen Schutzpflicht nur dann vollumfänglich nachkommen kann, wenn man ihm die Verwendung zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr gestattet bzw. ihn dazu sogar verpflichtet.<sup>100</sup> Das muss für die Verwendung von Zufallsfunden gleichermaßen, wie für die Nutzung gezielt erhobener Informationen gelten.

Zwar ist der liberale Rechtsstaat insbesondere durch ein rechtsstaatliches Vorgehen des Staates selbst zu schützen, da die Gefahr besteht, dass die Akzeptanz in der Bevölkerung gegenüber dem rechtsstaatlichen System verloren

<sup>96</sup> *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1066); *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (308).

<sup>97</sup> Siehe S. 155.

<sup>98</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (308 f.) meint, dass „in Ansehung der grundrechtlichen Schutzpflichten der Behörden zur Lebensrettung [...] jedenfalls das Verwenden der Daten als ‚nicht rechtswidrig‘ [gilt]. [...] An der extremen Menschenrechtswidrigkeit gegenüber dem Betroffenen im Ausgangsverfahren – mit allen Konsequenzen und Sanktionen – [werde jedoch] nicht gerüttelt.“, in: FS Kühne, 379 (386) geht *ders.*, für den Fall des „einfachen“ Menschenwürdeverstoßes deutlich weiter und argumentiert, dass die Daten „letztlich sogar ‚nicht rechtswidrig‘ (‚zulässig‘) erhoben worden sind und ggf. deshalb im polizeilichen Ausgangsverfahren verwertet und über § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO [a. F.] dann auch im Strafverfahren wegen Geiselnahme verwendet werden dürfen.“ Entgegen *Wolter* können jedoch auch eine „gravierende Lebensbedrohung und [die] grundrechtlichen Schutzpflichten“ einen Menschenwürdeverstoß nicht rechtfertigen, weshalb dies abzulehnen ist. Vielmehr muss man von einer rechtswidrigen Erhebung ausgehen. Die Verwendung kann auch nicht als „nicht rechtswidrig gelten“. Sie ist vielmehr zur Gefahrenabwehr aufgrund der gravierenden Lebensbedrohung und der grundrechtlichen Schutzpflichten tatsächlich gerechtfertigt, weil die Verwendung selbst keinen Menschenwürdeverstoß darstellt und damit in diesem Zweckzusammenhang rechtmäßig ist. So gerade auch *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1066).

<sup>99</sup> *Roxin*, in: FS Wolter, 1057 (1066 f.).

<sup>100</sup> SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 57; *ders.*, in: FS Rieß, 633 (647); *W.-R. Schenke*, JZ 2001, 997 (1004).

geht, wenn der Staat sein Handeln auf rechtsstaatswidrige Vorgehensweisen stützt, geht es aber um die unmittelbare Gefahr des eigenen Lebens oder des Lebens einer nahestehenden dritten Person und bleibt der Staat hierbei sehenden Auges untätig, obwohl ihm eine Informationsbasis vorliegt, die für eine entsprechende gefahrenabwehrrechtliche Handlung ausreicht, so würde dies wohl zu Unverständnis innerhalb der Bevölkerung und damit zu Verlust von Akzeptanz und Zustimmung zur liberalen Grundordnung führen.<sup>101</sup>

Das hat zur Folge, dass sowohl die gefahrenabwehrrechtliche Nutzung der unter Rettungsfolter gezielt für das gefahrenabwehrrechtliche Verfahren erhobenen Informationen als auch die Verwendung unter Folter erlangter Zufallsfunde aus einem Strafverfahren zur Gefahrenabwehr bezüglich einer unmittelbaren Lebensgefahr zulässig sein muss.<sup>102</sup> Dies ergibt sich außerdem und vor allem aus der staatlichen Schutzpflicht bezüglich des durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Rechts auf Leben, das die Grundlage der Menschenwürde bildet. Weder die Nutzung der gezielt durch Rettungsfolter erhobenen Informationen noch die Verwendung solcher strafverfahrensrechtlich erlangter Zufallsfunde zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr ist mithin rechtswidrig.<sup>103</sup>

Ausschlaggebend für eine solche Verwendungsbefugnis zur Gefahrenabwehr ist jedoch, dass die Lebensgefahr sich ex ante bereits so konkretisiert hat, dass sich die für das Leben entstandene Gefahr mit sehr großer, regelmäßig an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Tod realisiert, wenn der Staat diese nicht unverzüglich durch eine Handlung abwehrt.<sup>104</sup> Dies wird mit dem Erfordernis der „dringenden“ Gefahr gerade nicht sichergestellt, sondern muss vielmehr über die Voraussetzung der unmittelbaren Lebensgefahr gewährleistet werden.<sup>105</sup>

---

<sup>101</sup> So auch schon *Amelung*, JR 2012, 18 (20), der dieses Argument jedoch nicht erst für die Verwendung der Daten zur Gefahrenabwehr fruchtbar macht, sondern damit schon für die Zulässigkeit der Rettungsfolter an sich streitet.

<sup>102</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (309f.); *ders.*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153); *Ruthig*, in: FS Schenke, 499 (505). A.A.: *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, Art. 26 Abs. 2 Satz 4; 13, der die Verwertung „gezielt durch Folter erlangt[er]“ Daten verbietet; *Wolter*, StV 1999, 158 (178); SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, Vor § 474 Rn. 52.

<sup>103</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (308, 310); *ders.*, in: FS Küper, 707 (713). Zu Recht heben jedoch SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 51 und *Schwabenbauer*, in: Handbuch des Polizeirechts G Rn. 91 die Problematik hervor, dass, wie § 100d Abs. 2 StPO zeigt, kernbereichsrelevante Daten unverzüglich zu löschen sind und somit für eine Verwendung gar nicht mehr zur Verfügung stehen dürften.

<sup>104</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (304f.); vgl. noch Handbuch des Polizeirechts/*Denninger*, D Rn. 53.

<sup>105</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 52 macht zwar deutlich, dass die dringende Gefahr die konkrete Gefahr miteinschließt und eine im Einzelfall bestehende

Die Tatsache, dass eine solche Verwendung zulässig ist, ändert jedoch ausdrücklich nichts an der extremen Menschenrechtswidrigkeit des Ausgangsverfahrens durch die Durchführung der Rettungsfolter, die sowohl strafrechtlich als auch berufsrechtlich zu sanktionieren ist.<sup>106</sup> Gerade diese Sanktionierung stellt dann auch sicher, dass es in den meisten Fällen wohl gerade zu keiner Missachtung des Folterverbots kommt. Damit kann auch dem von einigen Autoren befürchteten Argument der Dammbuchgefahr entgegengetreten werden.<sup>107</sup>

Bezüglich sonstiger Verstöße gegen die Menschenwürde, durch beispielsweise einen rechtswidrigen Eingriff in den Kernbereich privater Lebensgestaltung, kann sich kein anderes Bild ergeben. So erfordert auch hier die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG eine Verwendung solcher rechtswidriger Zufallsfunde zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr, aber beschränkt diese auch auf diesen Bereich.<sup>108</sup> Insbesondere ist zu betonen, dass auch Daten, die zur Gefahrenabwehr benötigt werden, kernbereichsrelevante Daten darstellen können.<sup>109</sup> Sie fallen nicht alleine deshalb nicht in den Kernbereich privater Lebensgestaltung, weil sie durch den Gefahrbezug einen Sozialbezug aufweisen. Kernbereichsschutz ist Höchstpersönlichkeitsschutz, unabhängig vom Inhalt des Höchstpersönlichen.<sup>110</sup>

Die Zufallsfunde und die zu ihrer Erlangung führenden Maßnahmen, welche einen Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG darstellen, bleiben jedoch ausdrücklich rechtswidrig und werden durch die anschließende Erlaubnis zur Verwendung nicht legitimiert.<sup>111</sup>

---

Gefahr nichts weiter ist als eine konkrete Gefahr, allerdings erreicht eine solche dringende Gefahr gerade nicht die Schwelle zur unmittelbaren Lebensgefahr.

<sup>106</sup> *Wolter*, in: FS Schünemann, 295 (309).

<sup>107</sup> *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, Artikel 26 Abs. 2 Satz 4; 61 und *Wolter*, StV 1999, 158 (178) befürchten eine solche Dammbuchgefahr und wollen aus Gründen der Disziplinierung eine Verwertung von gezielt durch Rettungsfolter erhobenen Informationen gänzlich, also auch zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr untersagen.

<sup>108</sup> So auch *AE-EV*, § 150e Abs. 3, 67, der von einer unmittelbaren Lebensgefahr spricht; *Wolter*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153); *ders.*, in SK-StPO § 100d Rn. 48; *W.-R. Schenke*, JZ 2001, 997 (1003), der betont, dass das „Ob einer Regelung, dann wenn es um den Schutz von Leben [...] geht, weitestgehend eingeschränkt“ ist. Es kann nicht darauf ankommen, ob „nur“ ein „einfacher“ Menschenwürdeverstoß vorliegt oder ein „extremer“ Menschenwürdeverstoß. Informationen, die auf einem Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG basieren, dürfen ausschließlich zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr verwendet werden.

<sup>109</sup> Anders aber: *Kutscha/Roggan*, in: GS Liskin, 25 (33); *Löffelmann*, ZIS 2006, 87 (96) und BT-Drs. 15/5486 S. 18. Siehe aber die Ausführungen zur Bestimmung des Kernbereichs aus sich heraus auf S. 145 ff.

<sup>110</sup> Siehe die Ausführungen auf S. 145 ff.

(bb) Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, deren Erlangung auf einer erheblichen Grundrechtsverletzung basiert

Daneben stellt sich dann die Frage, ob und wenn ja für welche Zwecke eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, die auf einer Maßnahme beruhen, die eine erhebliche, nicht gerechtfertigte Grundrechtsverletzung beinhaltet<sup>112</sup>, gerechtfertigt sein kann.

Die Verwendung zu Gefahrenabwehrzwecken stellt nicht zwangsläufig einen eigenständigen Eingriff in das durch die Erhebungsmaßnahme eingegriffene Grundrecht dar, sondern beschränkt sich durch die Zweckumwidmung der Daten lediglich auf einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dieses Recht kann gem. Art. 2 Abs. 1 GG zum Schutz der Rechte anderer oder der verfassungsmäßigen Ordnung eingeschränkt werden. Auch wenn sich die in der Erhebung liegende Verletzung grundsätzlich durch die Verwendung nicht weiter perpetuiert, darf jedoch im Hinblick auf eine etwaige Verwendungsbefugnis bezüglich solcher rechtswidrigen Zufallsfunde die Schwere der Grundrechtsverletzung, die der Erlangung der Zufallsfunde zugrunde liegt, nicht außer Acht gelassen werden.<sup>113</sup>

Erhebliche Grundrechtsverletzungen finden sich in Verstößen gegen strafverfahrensrechtliche Grundsätze, die sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip ergeben und einen weiteren Niederschlag in Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG finden. Diese stellen jedoch lediglich grundrechtsgleiche Rechte dar, die im Wege einer Abwägung unter anderem hinter die in Art. 2 Abs. 2 GG garantierten höchstpersönlichen Rechtsgüter zurücktreten müssen. Art. 2 Abs. 2 GG legt und sichert aber die Grundlage für eine freie Persönlichkeitsentfaltung und damit die Basis für eine Geltendmachung grundrechtsgleicher Verfahrensrechte und die Verwirklichung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.<sup>114</sup> Aus den sich aus Art. 2 Abs. 2 GG ergebenden grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates, deren Erfüllung die Ausübung der Freiheitsrechte erst garantiert, wird des Weiteren deutlich, welcher hoher verfassungsrechtlicher Wert diesen Gütern zukommt.

---

<sup>111</sup> A. A.: *Wolter*, in: FS Kühne, 379 (386). Wie *Wolter*, in: SK-StPO § 100d Rn. 49 und, in: FS Schünemann, 295 (308 f.) zu Recht betont, bleibt eine Verwertung der Informationen in einem strafverfahrensrechtlichen Ausgangsverfahren oder die Verwendung zu strafverfahrensrechtlichen Zwecken jedoch vollständig ausgeschlossen.

<sup>112</sup> Siehe die Ausführungen auf S. 160 ff.

<sup>113</sup> BVerfGE 141, 220 (326 f. Rn. 284); MüKo-StPO/Singelstein, Vor § 474 Rn. 56, § 477 Rn. 25; *Götz/Geis*, § 17 Rn. 82.

<sup>114</sup> Maunz/Dürig/Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Rn. 1.



Außerdem ist die Verwendung zur Abwehr einer dringenden Gefahr für den Bestand des Bundes oder eines Landes in die Überlegungen einzubeziehen.<sup>115</sup> Art. 20 GG legt diesbezüglich die Grundstrukturen des Staates fest, welche über die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG unabänderlich garantiert sind. Der dadurch gewährte Bestand des Bundes oder eines Landes stellt die notwendige Grundlage aller grundrechtlichen Garantien, insbesondere der Ausübung von Freiheitsrechten dar und sichert den durch den Staat garantierten Schutz dieser Rechte.<sup>116</sup> Er ist mithin notwendige Bedingung für ein selbstbestimmtes Dasein in Form von demokratischem, sozialem und rechtsstaatlichem Zusammenleben. Erst durch die Rechtsstaatlichkeit ergeben sich verfahrensrechtliche Zusicherungen. Bringt man somit den Bestand des Bundes und eines Landes mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und den Verfahrensgrundrechten im Wege der praktischen Konkordanz in Ausgleich, so muss mit Blick auf ein rein präventives Vorgehen die Entscheidung für eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Abwehr von dringenden Gefahren für den Bestand des Bundes oder eines Landes ausfallen.<sup>117</sup>

Zufallsfunde, die auf der Grundlage einer erheblichen Grundrechtsverletzung, beispielsweise in Form eines Verstoßes gegen strafverfahrensrechtliche Grundsätze,<sup>118</sup> erlangt wurden, dürfen somit ausschließlich zur Abwehr einer dringenden Gefahr für höchstpersönliche Rechtsgüter gem. Art. 2 Abs. 2 GG und zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes verwendet werden. Neben einer Verwendungsbefugnis, die die Verwendung zur Abwehr einer unmittelbaren und dringenden Lebensgefahr erlaubt, ist also auch eine solche gerechtfertigt und verfassungsrechtlich geboten, die die Verwendung zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die körperliche Unversehrtheit als Grundvoraussetzung der Lebensgarantie und damit Basis der Entfaltung der Menschenwürde, sowie zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die persönliche Freiheit ermöglicht.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> Zur Definition „der Sicherheit und des Bestandes des Bundes oder eines Landes“ siehe NomosBR-G-10-Gesetz/Roggan, § 1 Rn. 9.

<sup>116</sup> Siehe auch die Ausführungen bei *Brodowski*, 279 f.

<sup>117</sup> So auch *Otto*, in: FS Kleinknecht, 319 (331), der aber wohl eine solche Verwendung schon nach einem Menschenwürdeverstoß in Form einer Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zulassen will.

<sup>118</sup> Siehe S. 160 ff.

<sup>119</sup> So auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 52b; *ders.*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153).

(cc) Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde, deren Erlangung auf einer geringfügigen Grundrechtsverletzung basiert

Liegt der Maßnahme, die zur Erlangung der rechtswidrigen Zufallsfunde geführt hat, lediglich eine geringfügige Grundrechtsverletzung zugrunde<sup>120</sup>, ist neben der Verwendung zur Abwehr dringender Gefahren für Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit, die öffentliche Sicherheit oder für den Bestand des Bundes und eines Landes auch die Verwendung der rechtswidrigen Zufallsfunde zur Abwehr von dringenden Gefahren für bedeutende Vermögenswerte verhältnismäßig. Der Begriff der bedeutenden Vermögenswerte ist dabei eng auszulegen.<sup>121</sup> Letztlich entscheiden aber insbesondere die Ermächtigungsgrundlagen des Polizeirechts über eine entsprechende Verwendung, da eine solche nur dann zugelassen sein darf, wenn eine entsprechende Erhebung der Daten innerhalb des Polizeirechts zu dem der Verwendung zugrunde liegenden Zweck zulässig gewesen wäre. So sieht es auch § 479 Abs. 2 Nr. 1 StPO vor, der jedoch gerade nicht die Abstufung der zugrunde liegenden Intensität der Erlangung der Zufallsfunde berücksichtigt, sondern von der Verhältnismäßigkeit der Verwendung ausgeht, solange die Daten im Ausgangsverfahren verwertbar sind. Eine solche Verwertbarkeit ist jedoch in den meisten Fällen gar nicht beurteilbar, da es sich um Zufallsfunde handelt, die bislang nicht verwertet worden sind.

Eine solche Verwendung eines rechtswidrigen Zufallsfundes, wenn auch nur nach einer geringfügigen Grundrechtsverletzung, stellt noch eine solch bedeutende Grundrechtsverletzung dar, dass eine uneingeschränkte Verwendung zur allgemeinen Gefahrenabwehr allein mit der Einschränkung des hypothetischen Ersatzeingriffs nicht verhältnismäßig erscheint. Auch hier handelt es sich nämlich um einen Fund, dessen Erlangung schon nicht Zweck der zugrunde liegenden Maßnahme war und der nur deshalb überhaupt erlangt werden konnte, weil sich die handelnden Behörden nicht an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gehalten haben. Er ist mithin weder gewollt noch zulässig erlangt. Die der Verwendung zugrunde liegende Zweckänderung dieses rechtswidrigen Zufallsfundes stellt dann einen intensiveren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar als bei der Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde. Sie kann nicht mit der Zweckänderung rechtmäßiger Zufallsfunde gleichgestellt werden.

---

<sup>120</sup> Siehe dazu die Ausführungen auf S. 168 ff.

<sup>121</sup> So auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 52c; *ders.*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153); SK-StPO/Weflau/Puschke, § 479 Rn. 43.

## dd) Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde

Erst bei der Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde, bei der es um die Zweckumwidmung solcher Funde geht, deren Erlangung zwar grundsätzlich nicht gewollt war und denen deshalb ein sogenanntes „Weniger an Legitimation“ zugrunde liegt, die jedoch innerhalb der Grenzen der Ermächtigungsgrundlage erlangt wurden, ist eine umfassende Verwendung zur Gefahrenabwehr zulässig. Auch die Etablierung einer Verwendungsbefugnis zur Strafverfolgung ist dann möglich.

*c) Ergebnis*

Das Erfordernis der Verwertbarkeit der Daten im Ausgangsverfahren findet mithin in den meisten Fällen keinen Anwendungsbereich und ist somit nicht geeignet, die Verwendung der Daten innerhalb eines neuen Zusammenhangs wirkungsvoll einzugrenzen. Vielmehr muss in die Rechtmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit der Maßnahme, die zu der Erlangung der Zufallsfunde geführt hat und die damit auch für die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Zufallsfundes verantwortlich ist, unterschieden werden. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass ein bei der Erlangung der Funde rechtswidriges Vorgehen auch innerhalb der weiteren Verwendung berücksichtigt wird. Ist ein unechter Zufallsfund rechtmäßig als Untersuchungsfund erlangt worden, aber innerhalb des strafverfahrensrechtlichen Ausgangsverfahrens unverwertbar, so bleibt bei einer Differenzierung in rechtmäßig und rechtswidrig eine zweckändernde Verwendung entgegen den heute geltenden Verwendungsregelungen, die das Erfordernis der Verwertbarkeit vorsehen, weiterhin möglich. Das widerspricht auch nicht dem in der Voraussetzung der Verwertbarkeit liegenden Schutzbedürfnis, eine verfassungsgemäße Zweckentfremdung der Daten sicherzustellen. Ist ein unechter Zufallsfund rechtmäßig und unverwertbar, heißt das noch nicht, dass es in einem anderen Strafverfahren zu derselben Bewertung kommen muss. Damit vergrößert die Voraussetzung der Rechtmäßigkeit anstelle der Verwertbarkeit nicht nur den Anwendungsbereich auf alle Zufallsfunde, sondern eröffnet auch die Möglichkeit, innerhalb eines neuen Strafverfahrens solche unechten Zufallsfunde zu verwenden, die zwar rechtmäßig erlangt, jedoch im Ausgangsverfahren unverwertbar waren.

Sind die zu verwendenden Zufallsfunde jedoch rechtswidrig, kann bei der Betrachtung der Verhältnismäßigkeit der Verwendung im konkreten Einzelfall eine Verwertbarkeit im strafverfahrensrechtlichen Ausgangsverfahren zumindest Indizwirkung für eine verhältnismäßige zweckentfremdende Verwendung im Polizeiverfahren haben.<sup>122</sup> Ist eine Verwertbarkeit im Strafver-

fahren trotz Rechtswidrigkeit bereits gegeben, ist davon auszugehen, dass eine Verwendung zu Gefahrenabwehrzwecken im konkreten Fall ebenso zulässig ist. Dieser Umkehrschluss ist jedoch nur dann möglich, wenn es sich bei den in Frage stehenden Zufallsfunden um unechte Zufallsfunde handelt, deren Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren überhaupt schon einmal beurteilt wurde.

## 2. Hypothetischer Ersatzeingriff

Allerdings ist insbesondere im Hinblick auf Daten, die aus einer strafverfahrensrechtlich angeordneten Wohnraumüberwachung resultieren, zu beachten, dass Art. 13 Abs. 4 Satz 1 GG auch für eine Verwendung rechtmäßiger Daten zur Gefahrenabwehr absolute Grenzen setzt. Er erlaubt den Einsatz technischer Mittel zur Überwachung von Wohnungen lediglich zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr. Die Verwendung zur Abwehr dringender Gefahren für bedeutende Vermögenswerte, wie § 479 Abs. 3 Nr. 2 StPO und § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO dies vorsieht, ist davon gerade nicht umfasst.<sup>123</sup> Um solche verfassungsrechtlichen Grenzen sicherzustellen, bedarf es auch innerhalb der Verwendungsbefugnisse zur Abwehr von Gefahren der Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs als Voraussetzung.<sup>124</sup> Auch das „Modell der doppelten Tür“ steht dem nicht entgegen. Vielmehr kann und muss der Gesetzgeber, der den „Export“ von Daten in einen neuen Bereich ermöglicht und damit eine Öffnungsklausel für die Verwendung etabliert, bereits innerhalb dieser Öffnungsklausel die verfassungsrechtlichen Grenzen der Verwendung sicherstellen.<sup>125</sup>

Dieser hypothetische Ersatzeingriff innerhalb der Verwendungsregelungen stellt insbesondere sicher, dass es bei der Zweckumwidmung von Daten nicht zu einer Umgehung verfassungsschützender Voraussetzungen bereichsspezifischer Erhebungsgrundlagen kommt.<sup>126</sup> Er soll außerdem garantieren, dass der Zweck der Erhebung der Daten und der der weiteren Verwendung mit-

---

<sup>122</sup> *Württemberg/Heckmann/Tanneberger*, § 6 Rn. 177; *Württemberg*, in: FG Hilger, 263 (271).

<sup>123</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 46.

<sup>124</sup> *Götz/Geis*, § 17 Rn. 76.

<sup>125</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.05.2020 – 1 BvR 1873/13, Rn. 134; *Paeffgen*, in: FG Hilger, 153 (164); *Württemberg*, in: FG Hilger, 263 (265).

<sup>126</sup> *Radtke/Hohmann/Kretschmer*, § 161 Rn. 14. Den hypothetischen Ersatzeingriff als zwingende Voraussetzung einer zweckentfremdenden Verwendung ablehnend: *Bertram*, 290; *Dose*, 158.

einander vereinbar sind.<sup>127</sup> Er schützt mithin das Zweckbindungsgebot.<sup>128</sup> Er ist damit klar von dem umstrittenen Institut der hypothetischen Kausalverläufe innerhalb der Beweisverwertungsdogmatik abzugrenzen, bei dem es innerhalb der Abwägung bezüglich eines Verwertungsverbots nach rechtswidriger Beweiserhebung um die Frage geht, ob die Erhebung der Beweise hypothetisch gesehen auch rechtmäßig hätte erfolgen können.<sup>129</sup> Der hypothetische Kausalverlauf soll dabei eine Art Heilungsmöglichkeit für einen Fehler innerhalb der Beweiserhebung darstellen.<sup>130</sup> Der grundlegende Unterschied der beiden Institute findet sich somit in ihrer Zielsetzung. Wo der hypothetische Ersatzeingriff innerhalb der Verwendungsregelungen Betroffenenrechte schützen soll, hilft der hypothetische Kausalverlauf in der Beweisverwertungsverbotsdogmatik über ein zur Diskussion stehendes Verwertungsverbot hinweg.

#### a) Wortlaut des Gesetzes

Sowohl § 161 Abs. 3 StPO als auch § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO mit seinem Verweis auf § 161 Abs. 3 StPO sehen als eine der Voraussetzungen für die zweckentfremdende Verwendung von Daten den hypothetischen Ersatzeingriff vor. § 479 Abs. 2 StPO fordert, dass die Daten nur dann verwendet werden dürfen, „soweit sie dafür durch eine entsprechende Maßnahme nach den für die zuständige Stelle geltenden Gesetzen erhoben werden könnten“. § 161 Abs. 3 StPO knüpft die Verwendung von nach anderen Gesetzen erlangten Daten daran, dass sie „zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz hätte angeordnet werden dürfen.“ Beide Vorschriften orientieren sich dabei

<sup>127</sup> BVerfGE 109, 279 (376). A.A.: AnwK-StPO/Krekeler/Löffelmann, Einleitung Rn. 147, der meint, dass „die Verwendungsregelungen sich, indem sie dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs folgen, am falschen Bezugspunkt [orientieren würden, da] die Verwendung bereits erhobener Daten [...] nicht mit denselben Grundrechtseingriffen verbunden [sei] wie ihre Erhebung“. Sie „müsste auf die Eingriffsintensität der Verwendungsregelungen in ihrer jeweiligen Ausprägung Bezug nehmen“. Dem ist insofern zuzustimmen, als eine Verwendungsregelung die Eingriffsintensität der Verwendung in Ausgleich bringen muss, jedoch schließt das nicht aus, dass sie auch sicherstellen muss, dass die Anordnungsvoraussetzungen der einzelnen Verfahrensarten durch eine Zweckumwidmung nicht umgangen werden.

<sup>128</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 33; Böse, 308.

<sup>129</sup> So auch Böse, 312; der Verweis auf Beulke, ZStW 103 (1991), 657–680 im Zusammenhang mit dem hypothetischen Ersatzeingriff, wie ihn Ernst, 155 und Gazeas, 525 vornehmen, ist deshalb verfehlt. Aber auch Zöller, StV 2019, 419 (421) unterscheidet nicht. A.A. Schröder, 152f., die auch bei einer rechtmäßigen Anordnung und Durchführung einer Maßnahme die Rechtswidrigkeit des Zufallsfundes annimmt.

<sup>130</sup> Löffelmann, 141; Rogall, NSTz 1988, 385 (387).

weitestgehend an ihren Vorgängerregelungen, den §§ 100e Abs. 6, 161 Abs. 2 und 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. Auffällig ist, dass § 479 Abs. 2 Nr. 1 StPO voraussetzt, dass die Daten entsprechend „erhoben“ werden, wohingegen § 161 Abs. 3 StPO lediglich von einem „anordnen“ spricht. Da sich die Gesetzesbegründung<sup>131</sup> sowohl zu § 161 Abs. 3 StPO als auch zu § 479 Abs. 2 Nr. 1 StPO auf die Vorgaben des *BVerfG* in seinem Urteil zum BKAG bezieht und dieses im Zusammenhang mit § 161 Abs. 1 und Abs. 2 StPO a.F. kritisiert, dass aus §§ 161 Abs. 1 und 2 StPO a.F. „insbesondere [nicht] folgt [...], dass die Daten nur zur Verfolgung solcher Straftaten genutzt werden dürfen, für die sie mit entsprechenden Mitteln erhoben werden dürften“<sup>132</sup>, verwundert es, dass § 161 Abs. 3 StPO wieder von einem „angeordnet werden könnte“ spricht. Der Wortlaut und die Gesetzesbegründung machen über die Reichweite des hypothetischen Ersatzeingriffs insofern keine klare Aussage.<sup>133</sup> Zwar lassen beide Formulierungen den Schluss zu, dass zumindest die Anordnungsvoraussetzungen einer hypothetischen Erhebungsmaßnahme vorliegen müssen. Jedoch wird weder aus dem Wortlaut des § 479 Abs. 2 Nr. 1 StPO noch aus dem des § 161 Abs. 3 StPO unmissverständlich klar, ob lediglich abstrakt zu fragen ist, ob grundsätzlich die Möglichkeit bestanden hätte, die Daten innerhalb des neuen Verfahrens zu erlangen, also eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage existiert, oder ob die Voraussetzungen der entsprechenden Maßnahme des neuen Verfahrens für die konkrete Situation hypothetisch zu prüfen sind.

#### *b) Sinn und Zweck des hypothetischen Ersatzeingriffs*

Da sich aus dem Wortlaut keine klare Antwort auf diese Frage ergibt, ist der Sinn und Zweck des hypothetischen Ersatzeingriffs näher zu betrachten. Eine der Hauptaufgaben dieser Voraussetzung ist es zu garantieren, dass die zu verwendenden Daten im neuen Verfahren ebenfalls hätten erhoben werden dürfen. Dafür muss sie sicherstellen, dass die Voraussetzungen eines vergleichbaren hypothetischen Eingriffs innerhalb des neuen Verfahrens eingehalten werden und nicht durch eine weitere Ermächtigungsgrundlage im Ausgangsverfahren, aus dem die Daten kommen, umgangen werden.<sup>134</sup> Die Anordnungsvoraussetzungen der jeweiligen Eingriffsgrundlagen sichern die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme und damit des der Erlangung der Daten

---

<sup>131</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 62 ff.

<sup>132</sup> BVerfGE 141, 220 (337 Rn. 315).

<sup>133</sup> So bezüglich §§ 161 Abs. 2 Satz 1 und 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. auch *Singelnstein*, ZStW 120 (2008), 854 (880); *Gazeas*, 525.

<sup>134</sup> So ebenfalls schon, in: BT-Drucks. 16/5846, S. 64; *Wolter*, StV 1989, 358 (360). A.A.: *Bertram*, 289, der eine Umgehung ablehnt, wenn sie nicht „das Ergebnis einer willkürlichen oder widersprüchlichen Gesetzeslage ist“.

zugrunde liegenden Eingriffs ab.<sup>135</sup> Sollen Daten nun verwendet werden, muss sichergestellt sein, dass sie auch verfassungskonform hätten erlangt werden können.

Wenn eine der Aufgaben des hypothetischen Ersatzeingriffs aber eine solche Sicherstellung des verfassungskonformen Vorgehens der Behörden ist,<sup>136</sup> dann muss konkret geprüft werden, ob alle Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage, die ein solches Vorgehen absichern sollen und aufgrund dessen die Daten hypothetisch im neuen Verfahren hätten erlangt werden können, vorliegen.<sup>137</sup> Das bedeutet, dass bei der strafverfahrensrechtlichen Verwendung von Zufallsfunden, die aus einer polizeirechtlichen Telekommunikationsüberwachung stammen, im Wege des hypothetischen Ersatzeingriffs im Strafverfahren nach den Voraussetzungen des § 100a StPO nicht nur eine Katalogtat vorliegen müsste<sup>138</sup>, die im Einzelfall auch schwer wiegt, sondern es müsste auch der Subsidiaritätsgrundsatz beachtet werden.<sup>139</sup> Darüber hinaus müssen innerhalb dieser hypothetischen Prüfung aber auch Erhebungs- bzw. Verwertungsverbote, die gegen die Erlangung oder aber auch spätere Verwertbarkeit der Daten sprechen, berücksichtigt werden.<sup>140</sup> Nur wenn die Daten innerhalb eines solchen hypothetischen Verfahrens auch verwertet

<sup>135</sup> *Ernst*, 155; *Böse*, 308; *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (450); diese näher betrachtend: *Bode*, 245 ff.

<sup>136</sup> A.A.: *Dose*, 158, die meint, dass der hypothetische Ersatzeingriff „als Beschränkung verfassungsrechtlich nicht erforderlich ist, sondern sich eine solche allein aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben muss“.

<sup>137</sup> BVerfGE 109, 279 (377). Eine konkrete Prüfung befürwortend: SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 40; SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100e Rn. 21 für den Fall des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (881 f.); *Kelnhöfer*, 232; *Engelhardt*, 192. Die Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO, die *van Lessen*, in: FS Breidling, 273 (286) gegen eine konkrete hypothetische Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen geltend macht, kann kein Argument sein, da dies dazu führen würde, dass auch bei der tatsächlichen Erhebung von Daten für ein Strafverfahren die Anordnungsvoraussetzungen der Erhebungsgrundlage aufgrund der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO nicht beachtet werden müssten. A.A.: BVerfGE 141, 220 (329 Rn. 292); SSW-StPO/*Ziegler*, § 161 Rn. 27.

<sup>138</sup> So schon BGHSt 26, 298 (303) Dies jedoch wieder relativierend: BGHSt 28, 122 (125 ff.).

<sup>139</sup> *Kelnhöfer*, 235; SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 40, der eine Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes nur eingeschränkt für sinnvoll erachtet; *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1260); *ders.*, in: FS Schenke, 541 (551); *ders.*, ZStW 107 (1995), 793 (818); so auch SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 45; LR/*Erb*, § 161 Rn. 78; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (882). Nur die Katalogtat thematisierend noch: *Kretschmer*, StV 1999, 221 (222).

<sup>140</sup> Für die Fälle der Verwendung von Daten aus Wohnraumüberwachungen SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 67; *ders.*, in: FS Roxin II (2011), 1245 (1260); *ders.*, in: FS Schenke, 541 (551 f.), der hierbei noch einmal betont, dass Verwertungsverbote des Ausgangsverfahrens und des hypothetischen Verfahrens voneinander zu unterscheiden

werden dürften, ist wirklich sichergestellt, dass die speziellen Maßgaben des Verfahrens, in dem die Daten zweckentfremdet verwendet werden sollen, vollumfänglich beachtet werden.<sup>141</sup> Damit ist im Zusammenhang mit dem Erfordernis des hypothetischen Ersatzeingriffs für eine konkret-einzelfallbezogene Betrachtung zu plädieren.<sup>142</sup> Das wiederum bedeutet, dass nicht nur geprüft werden muss, ob innerhalb der hypothetischen Erhebung eine Katalogtat und ein konkreter Ermittlungsansatz bestehen, sondern alle Voraussetzungen, die den Betroffenen vor einem unverhältnismäßigen Eingriff in seine Freiheitsrechte schützen, müssten hypothetisch erfüllt sein.

Warum das *BVerfG* nur bei der Verwendung von Daten aus eingriffsintensiven Erhebungsgrundlagen, wie der Wohnraumüberwachung, eine solche konkret-einzelfallbezogene Betrachtung des hypothetischen Ersatzeingriffs vornimmt und ansonsten davon abweichen will, ist nicht verständlich.<sup>143</sup> Auch bei weniger intensiven Eingriffen durch Datenerhebungsmaßnahmen, wie beispielsweise der Telekommunikationsüberwachung, sichern die meisten Voraussetzungen der Rechtsgrundlage ein verfassungskonformes und verhältnismäßiges Vorgehen ab. Um seinen Sinn und Zweck zu erfüllen und damit eine Umgehung strengerer Anforderungen im weiteren Verfahren zu verhindern, muss sich auch hier der hypothetische Ersatzeingriff zumindest auf alle diese Voraussetzungen erstrecken.<sup>144</sup> Das Argument, § 100e

---

sind. Erhebungsverbote ebenfalls schon berücksichtigend *Rudolphi*, in: FS Schaffstein, 433 (451).

<sup>141</sup> So verweist der BGH in BGHSt 54, 69 (81 f. Rn. 31 f.) darauf, dass sichergestellt sein muss, dass die Verwertungsverbote des Strafverfahrens nicht umgangen werden. Statt dafür das Erfordernis der Verwertbarkeit entgegen Gesetzeswortlaut und -begründung nur auf das weitere Verfahren zu erstrecken, hätte er dies sicherstellen können, indem er dem hypothetischen Ersatzeingriff seine notwendige und zweckgerechte Reichweite zugesprochen hätte. Auch *van Lessen*, in: FS Breidling, 273 (275) sieht nicht, dass der Gesetzgeber mit § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO sowohl die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren sichergestellt hat als auch die hypothetische Verwertbarkeit innerhalb einer gedachten Neuerhebung im neuen Verfahren.

<sup>142</sup> BVerfGE 109, 279 (377 f.) für den Fall der Verwendung von Zufallsfunden aus der Wohnraumüberwachung. Siehe die Differenzierung in eine konkret-einzelfallbezogene und eine generalisierende Betrachtung bei SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 29 ff. und SK-StPO<sup>4</sup>/*Weßlau*, § 477 Rn. 25, die auch für eine konkret-einzelfallbezogene Betrachtung plädiert; *dies.*, in: GS Liskan, 47 (66) mit Bezug auf BVerfGE 109, 279 ff. Ebenso SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 33 ff.; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (881); MüKo-StPO/*ders.*, § 477 Rn. 37; KK-StPO/*Gieg*, § 477 Rn. 3; *Hefendehl*, GA 2011, 209 (226); BeckOK-StPO/*Krauß*, RiStBV 205 Rn. 43; *Gazeas*, 526; *Benning*, 49. A.A.: BVerfGE 141, 220 (329 f. Rn. 292); *Rogall*, NStZ 1988, 385 (392).

<sup>143</sup> BVerfGE 141, 220 (329 Rn. 291); BVerfGE 109, 279 (377 f.). Das aber ebenfalls befürwortend: *Engelhardt*, 195 f.

<sup>144</sup> MüKo-StPO/*Singelstein*, § 477 Rn. 37 f.



Abs. 6 StPO sehe strengere Voraussetzungen für eine Verwendung und damit für den hypothetischen Ersatzeingriff vor, weil ihm ein intensiverer Grundrechtseingriff zugrunde liege, überzeugt nicht.<sup>145</sup> Ist der zugrunde liegende Erhebungseingriff nämlich weniger intensiv, sieht auch die hypothetische Erhebungsnorm des neuen Verfahrens weniger strenge Anforderungen vor, um die Grundrechte zu schützen. Der hypothetische Ersatzeingriff ist in einem solchen Fall also schon aus sich heraus eine geringere Hürde für eine Verwendung. Es ist demnach nicht ersichtlich, warum in dem einen Fall die Anforderung einer konkret-individuellen Prüfung der hypothetischen Erhebungsmaßnahme bestehen soll und in dem anderen Fall nicht.

Sind die Daten im neuen Verfahren allerdings einfacher zu erlangen oder sind sogar intensivere Eingriffe gerechtfertigt als im Ausgangsverfahren, ist es nicht erforderlich, die strengeren Regeln des Ausgangsverfahrens auch auf die hypothetische Erhebung innerhalb des neuen Verfahrens zu erstrecken.<sup>146</sup> Ergeben sich beispielsweise Informationen aus einer strafverfahrensrechtlichen akustischen Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO, die zur Gefahrenabwehr genutzt werden sollen, stellt § 23 PolG BW einen entsprechenden hypothetischen Ersatzeingriff dar. Dieser ließe im Gegensatz zu § 100c StPO sogar eine Bild- und Tonaufzeichnung zu, welche einen intensiveren Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG darstellt, obwohl andererseits eine Maßnahme gem. § 23 Abs. 3 Satz 4 PolG BW auf bis zu 3 Monate befristet werden darf, wohingegen § 100c StPO gem. § 100e Abs. 2 Satz 4 StPO zunächst eine Anordnungsfrist von nur einem Monat vorsieht. Ein Erfüllen der erhöhten Anforderungen im Ausgangsverfahren wird durch das Erfordernis der Rechtmäßigkeit der Daten im Ausgangsverfahren sichergestellt. Ist die Verwendung rechtswidriger Daten des Ausgangsverfahrens ebenso zulässig, so muss der Gesetzgeber bei der Normierung der Verwendungsbefugnis einen etwaigen weiteren Verwendungszweck als den Erhebungszweck innerhalb seiner Abwägung der in Konkurrenz stehenden Interessen bereits gewichten.

Daneben soll der hypothetische Ersatzeingriff „dem datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz in angemessener Weise Rechnung [tragen].“<sup>147</sup> Er soll sicherstellen, dass der Erhebungszweck und der Datenverwendungszweck miteinander vereinbar sind.<sup>148</sup> Dies ist insbesondere dadurch sicherge-

---

<sup>145</sup> So aber *Engelhardt*, 195 f., 200 f., die dann aber nicht nachvollziehbar, bei § 161 Abs. 2 StPO a. F. ebenfalls eine konkret-individuelle Prüfung durchführen will, bei § 477 Abs. 2 StPO a. F. jedoch nicht.

<sup>146</sup> So auch *Ernst*, 156; SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 176, die beide einen sog. „spiegelbildlichen hypothetischen Ersatzeingriff“ ablehnen; *ders.*, StV 1989, 358 (359 f.).

<sup>147</sup> BT-Drucks. 16/5846, S. 64.

<sup>148</sup> So auch schon BVerfGE 100, 313 (389 f.); *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (860 f.); MüKo-StPO/*ders.*, § 477 Rn. 36; *Wolter*, in: FG Hilger, 275 (281); *ders.*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1167).

stellt, dass die zu verwendenden Daten im Ausgangsverfahren durch eine „entsprechende Maßnahme“ erlangt worden sein müssen.<sup>149</sup> Da Zufallsfunde relevant werden können, die aus einem Verfahren herrühren, in dem eine Maßnahme einfacher durchzuführen oder mit einem intensiveren Grundrechtseingriff verbunden ist als in dem Verfahren, in dem der Zufallsfund zweckentfremdet verwendet werden soll, ist eine solche Vereinbarkeit notwendig.<sup>150</sup> Wäre die zweckentfremdende Verwendung solcher Daten uneingeschränkt möglich, würde das dazu führen, dass in das neue Verfahren Informationen transferiert werden würden, zu denen es innerhalb dieses Verfahrens nie hätte kommen können, da zu dem Zweck, zu dem die Daten im Ausgangsverfahren erhoben wurden, im neuen Verfahren Daten nicht erhoben werden dürften.<sup>151</sup> Nur wenn also Erhebungs- und Verwendungszweck bzw. Erhebungszweck des Ausgangsverfahrens und der Erhebungszweck innerhalb des hypothetischen Ersatzeingriffs miteinander vereinbar sind und damit die Grundrechtsrelevanz der Maßnahme im Ausgangsverfahren und im weiteren Verfahren vergleichbar sind, ist eine zweckentfremdende Verwendung zulässig.<sup>152</sup> Eine Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO ist beispielsweise nur bei Katalogtaten möglich. Dieses Erfordernis stellt sicher, dass der durch die Telekommunikation stattfindende, intensive Grundrechtseingriff auf die Verfolgung gewisser erheblicher Straftaten beschränkt wird. Es legt den durch den Gesetzgeber definierten, legitimen Zweck des Eingriffs

---

<sup>149</sup> Wolter, in: FS Schenke, 541 (550); ders., in: FS Roxin I (2001), 1142 (1167); Bludovsky, 350.

<sup>150</sup> BVerfGE 141, 220 (327 f. Rn. 287) meint, dass das Kriterium der Vereinbarkeit „inzwischen durch das Kriterium der hypothetischen Datenneuerhebung konkretisiert und ersetzt worden [ist]. Für Daten aus eingriffsintensiven Überwachungs- und Ermittlungsmaßnahmen, wie denen des vorliegenden Verfahrens, komm[e] es danach darauf an, ob die entsprechenden Daten nach verfassungsrechtlichen Maßstäben neu auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln erhoben werden dürften“.

<sup>151</sup> Siehe dazu die Ausführungen von Rehbein, 249 f., die die Bereiche des Rechts der Nachrichtendienste und des Strafverfahrens miteinander vergleicht.

<sup>152</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 33; Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (881); LR/Hauck, § 100e Rn. 88 betont zu Recht, dass diese Entsprechungsprüfung nicht bedeutet, dass „eine Identität der Anordnungsvoraussetzungen“ besteht. Hefendehl, GA 2011, 209 (226) kritisiert jedoch, dass beispielsweise das Recht der Nachrichtendienste und das Strafverfahrensrecht sich mittlerweile so weit angenähert hätten, dass der hypothetische Ersatzeingriff allein nicht ausreiche, um diese Zweckvereinbarkeit sicherzustellen. So möge zwar eine entsprechende Maßnahme auch im Strafverfahren erlaubt sein, der Zweck der Erhebung innerhalb der Nachrichtendienste sei jedoch ein völlig anderer als der zur Strafverfolgung. Er fordert daher (229), dass „die Anordnungsvoraussetzungen für die Erhebung strukturell mit den in der StPO für die jeweilige Maßnahme vorgesehenen vergleichbar sein [müssen]“. Dem ist zuzustimmen, weshalb hier die Prüfung der Entsprechung der Maßnahmen nur als eine Ergänzung der konkret-individuellen Prüfung des hypothetischen Ersatzeingriffs gefordert wird.

fest.<sup>153</sup> Sollen nun Daten aus einer solchen strafverfahrensrechtlichen Telekommunikationsüberwachung zweckentfremdet verwendet werden, muss sichergestellt werden, dass dies nur zu einem vergleichbar wichtigen, mithin einem entsprechenden Zweck stattfindet wie die Strafverfolgung der in § 100a StPO genannten Katalogtaten. Auch der erforderliche Verdachtsgrad zur Durchführung einer Maßnahme muss mit dem Verdachtsgrad oder aber im Falle einer Verwendung innerhalb eines Polizeiverfahrens dem Gefahrengrad der entsprechenden Maßnahme im weiteren Verfahren vereinbar sein.<sup>154</sup>

Der Grad des Verdachts oder der Gefahr ist im Wege des konkret-individuellen, hypothetischen Ersatzeingriffs jedoch nicht vollumfänglich überprüfbar, da erst der Zufallsfund selbst den Verdacht oder die Gefahr begründet.<sup>155</sup> Damit käme es innerhalb des konkret-einzelfallbezogenen, hypothetischen Ersatzeingriffs zu einem Zirkelschluss.<sup>156</sup> Der Zufallsfund, der den Grad des notwendigen Verdachts oder der Gefahr begründet, würde dazu führen, dass die Voraussetzung des hypothetischen Ersatzeingriffs erfüllt wäre, aufgrund dessen es dann zu einer legitimen hypothetischen Erlangung des Zufallsfundes und damit am Ende auch zu dessen zweckentfremdenden Verwendung kommen könnte. Der Zufallsfund würde also Grundlage und Ergebnis des hypothetischen Ersatzeingriffs bilden.<sup>157</sup>

Auf der anderen Seite kann der Verdachtsgrad nicht außer Acht gelassen werden.<sup>158</sup> Ließe man ihn bei der Prüfung des hypothetischen Ersatzeingriffs außen vor, hätte das zur Folge, dass die Verwendung von Daten möglich würde, die lediglich einen Anfangsverdacht („zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“) bezüglich einer Katalogtat eröffnen. Bei dem Erfordernis eines erhöhten Verdachtsgrads (i. S. des qualifizierten Verdachts, d. h. wenn „bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen“) innerhalb der hypothetischen Erhebungsgrundlage, wie beispielsweise im Fall des § 100a Abs. 1 Satz 1

---

<sup>153</sup> Niehaus, 189 f.

<sup>154</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 40.

<sup>155</sup> SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 44 f. lehnt die Erstreckung des hypothetischen Ersatzeingriffs auch auf den Verdachtsgrad zwar ab, meint aber ebenfalls, dass es „einer Verdachtssituation [bedarf], angesichts derer die sachentsprechende strafprozessuale Maßnahme insgesamt zulässig wäre“.

<sup>156</sup> Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (882); Schröder (156), die für die konkret-individuelle Hypothese deshalb fordert, dass schon andere Tatsachen einen entsprechenden Verdacht begründen, und sie im Ergebnis ablehnt, wenn die hypothetische Erhebungsgrundlage einen richterlichen Vorbehalt beinhaltet, da dieser im Nachhinein nicht zu bilden sei.

<sup>157</sup> Bludovsky, 351, der diesen deshalb ablehnt, dann aber innerhalb einer Abwägung berücksichtigt.

<sup>158</sup> BVerfGE 141, 220 (328 f. Rn. 289), das aber einen konkreten Ermittlungsansatz ausreichen lassen will. So auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 40; a. A.: Rogall, NSTz 1988, 385 (391).

Nr. 1 StPO, wäre aber eine entsprechende Erhebung aufgrund eines reinen Anfangsverdachts nie möglich gewesen. Würde der Verdachtsgrad nun gar keine Rolle spielen, käme es zur Verwendung von Daten, die so nie hätten erhoben werden können. Aus diesem Grund ist der Grad des Verdachts oder der Gefahr innerhalb der Vereinbarkeitsprüfung als Teil des hypothetischen Ersatzeingriffs zumindest in Anklang zu bringen.<sup>159</sup> Fordert die hypothetische Ermächtigungsgrundlage beispielsweise einen qualifizierten Verdacht, muss der Zufallsfund in der Lage sein, einen solchen zumindest zu begründen. Der Verdachtsgrad, den der Zufallsfund auslöst, muss vereinbar sein mit dem, den die hypothetische Ermächtigungsgrundlage für ein Eingreifen fordert.

*c) Hypothetischer Ersatzeingriff bei fehlender Ermächtigungsgrundlage im neuen Verfahren?*

Schon angesichts der Ausgangspunkte einer Entsprechung und Vereinbarkeit ist es abzulehnen, einen hypothetischen Ersatzeingriff auch dann zu bejahen, wenn es im neuen Verfahren an einer vergleichbaren Ermächtigungsgrundlage als Grundlage für einen hypothetischen Ersatzeingriff gänzlich fehlt.<sup>160</sup> Es ist dann auch nicht „hypothetisch hypothetisch“ zu prüfen, ob ein solcher Eingriff auf verfassungsrechtlich zulässige Art und Weise durchführbar gewesen wäre.<sup>161</sup> Ein solches Vorgehen stünde auch bei einer entsprechend bestimmten Regelung innerhalb der Verwendungsregelung im Widerspruch zum Umgehungsverbotzweck des hypothetischen Ersatzeingriffs. Würde es nämlich innerhalb des Verfahrens, in das die Daten transferiert werden sollen, zu einer solchen Erhebung ohne Rechtsgrundlage kommen, so wäre diese aufgrund der konsequenten Anwendung des Gesetzesvorbehalts bei intensiven Grundrechtseingriffen rechtswidrig. Die Prüfung des hypothetischen Ersatzeingriffs kann dann zu keiner anderen Wertung kommen.

---

<sup>159</sup> So auch BGH NJW 2017, 3173 (3177), der „die Idee des hypothetischen Ersatzeingriffs [zum] generelle[n] Maßstab für die Verwendung von personenbezogenen Informationen zu Zwecken des Strafverfahrens, die nicht aus strafprozessualer Grundlage erlangt worden sind, [macht]“. Damit werden die Voraussetzungen der hypothetischen Erhebungsbefugnis entgegen *van Lessen*, in: FS Breidling, 273 (278) sehr wohl umfassend, jedoch im Bereich des Möglichen geprüft.

<sup>160</sup> So auch *Ernst*, 156 f.; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 35a; HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 31.

<sup>161</sup> So aber *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (861); SK-StPO<sup>2</sup>/*Wolter*, Vor § 151 Rn. 176.

*d) Ergebnis*

Das alles macht deutlich, dass bei einem Transfer von Daten von einem in ein anderes Verfahren immer danach gefragt werden muss, ob die Daten auch in diesem Verfahren auf verhältnismäßige und damit verfassungskonforme Art und Weise hätten erhoben werden können.<sup>162</sup> Nur so kann sichergestellt werden, dass die vom Gesetzgeber selbst aufgestellten, die Grundrechte des Einzelnen, insbesondere das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, absichernden und mit den Allgemeininteressen in Ausgleich bringenden Anforderungen auch beachtet werden. Etabliert der Gesetzgeber für eine solche Verwendungserlaubnisnorm das Erfordernis eines solchen hypothetischen Ersatzeingriffs mit konkret-einzelfallbezogenem Maßstab hingegen nicht, umgeht er damit seine eigenen Anforderungen, die er innerhalb der Erhebung begründet hat.<sup>163</sup> Jede Verwendung durchbricht den Zweckbindungsgrundsatz. Eine Absicherung der erlaubten Grenzen dieser Durchbrechung ist zwingend.<sup>164</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob strafverfahrensrechtlich erhobene Daten zur Gefahrenabwehr oder polizeirechtlich erhobene Daten zur Strafverfolgung verwendet werden sollen.

## II. Die neuen Verwendungsregelungen der StPO

Diese abstrakte Betrachtung von Verwendungsregelungen und ihre verfassungsgemäße Ausgestaltung wird nun hoch aktuell, wenn man die durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>165</sup> vom 25.11.2019 in §§ 100e Abs. 6, 101a Abs. 4, 161 Abs. 3 und 479 Abs. 2 und Abs. 3 StPO gebündelten und zum Teil neu gestalteten

---

<sup>162</sup> Das wird auch deutlich, wenn das BVerfG in seinem Beschluss vom 18.12.2018 – 1 BvR 2795/09 – Rn. 91 auch bezüglich der landesrechtlichen Regelungen zur Weitergabe von Daten aus einer automatisierten Kraftfahrzeugkennzeichenkontrolle kritisierte, dass „die Verwendung der Informationen zu neuen Zwecken nur dann mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar [sei], wenn diese nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck mit vergleichbar schwerwiegenden Mitteln neu erhoben werden dürften“. Zöller, StV 2019, 419 (423) will ebenfalls „das Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs zum generellen Leitprinzip der Strafprozessordnung erheben“. A. A.: SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 49; Dose, 159.

<sup>163</sup> So auch *Ernst*, 155; *Engelhardt*, 151, spricht davon, dass der „hypothetische Ersatzeingriff [...] keine eigenständigen Hürden für die strafprozessuale Verwendung der Daten formuliert, sondern auf die schon bestehenden Ermächtigungsgrundlagen [...] verw[eist]“.

<sup>164</sup> BVerfGE 65, 1 (44); *Wolter*, in: FS Schenke, 541 (550).

<sup>165</sup> BGBl. I S. 1724.

Verwendungsregelungen betrachtet. Diese Vorschriften sind erst gegen Ende der vorliegenden Untersuchung ins Gesetz gekommen. Sie waren im langen Gesetzgebungsverfahren (u. a. Referentenentwurf; Gesetzentwurf der Bundesregierung) zum Teil anders gestaltet. Sie werden hier, vor einem Gesetzesvorschlag (unten I.), zum Anlass genommen, über die bisher angestellten Überlegungen hinaus und über eine Kritik an den Neuregelungen hinweg konkretes Anschauungsmaterial für eine schlüssige Lösung *de lege ferenda* zu finden.

### **1. Datenverwendung gefahrenabwehrrechtlich erlangter Daten innerhalb eines Strafverfahrens**

Bezüglich der Verwendung gefahrenabwehrrechtlich erlangter Daten innerhalb eines Strafverfahrens sollen im Folgenden der neue § 161 Abs. 3 StPO, der dem alten § 161 Abs. 2 StPO entspricht und der unveränderte § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO genauer in den Blick genommen werden.

#### *a) § 161 Abs. 3 StPO*

§ 161 Abs. 3 StPO entspricht dem früheren § 161 Abs. 2 StPO a.F. Die umfangreichen Änderungen bezüglich des § 161 Abs. 3 StPO<sup>166</sup>, die der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>167</sup> noch vorsah, sind nicht Gesetz geworden.

#### **aa) Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Strafverfolgung**

Damit hat der Gesetzgeber es verpasst, klärend in den Streit innerhalb der Literatur<sup>168</sup> mit der Rechtsprechung<sup>169</sup> darüber einzugreifen, ob § 161 Abs. 3 StPO nur die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde vorsieht oder auch die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde erlaubt. Der Blick auf den mit

---

<sup>166</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 9.

<sup>167</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 6–16.

<sup>168</sup> Für eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde streitend: Meyer-Goßner/Köhler, § 161 Rn. 18c, § 479 Rn. 9; KK-StPO/Griesbaum, § 161 Rn. 40a; SK-StPO/Wohlers/Deiters, § 161 Rn. 47; LR/Erb, § 161 Rn. 78; Löffelmann, JR 2010, 443 (455); Gazeas, 530; eine solche Verwendung ablehnend: HK-StPO/Zöllner, § 161 Rn. 31; Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (888 f.).

<sup>169</sup> BGHSt 54, 69 (88 f. Rn. 50 f.).

§ 161 Abs. 3 StPO verknüpfen § 479 Abs. 2 StPO, der eine Unterscheidung in die Fälle der verwertbaren und unverwertbaren Daten macht, ließe zunächst den Schluss zu, dass das Weglassen der Voraussetzung der Verwertbarkeit innerhalb des § 161 Abs. 3 StPO bedeutet, dass die Verwendung nach § 161 Abs. 3 StPO ebenfalls die Fälle der unverwertbaren Zufallsfunde miteinbezieht. Ein solches Erfordernis müsste jedoch, um die Regelung sowohl auf die Verwendung unechter als auch echter Zufallsfunde zu erstrecken als eine Verwendungserlaubnis bezüglich rechtmäßiger und rechtswidriger Zufallsfunde verstanden werden.

Da § 161 Abs. 3 StPO nun aber die Verwendung solcher Zufallsfunde regelt, die beispielsweise in einem Polizeiverfahren angefallen sind und für ein Strafverfahren nutzbar gemacht werden sollen, und der Zweck der Gefahrenabwehr deutlich weitreichendere Grundrechtseingriffe zulässt als der Zweck der Strafverfolgung<sup>170</sup>, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass eine im Polizeiverfahren rechtswidrige Maßnahme im Strafverfahren ebenfalls unzulässig ist. Damit würde der in § 161 Abs. 3 StPO geregelte hypothetische Ersatzeingriff bereits dafür Sorge tragen, dass ein polizeirechtlich rechtswidriger Zufallsfund innerhalb des Strafverfahrens gerade nicht rechtmäßig hätte erlangt werden können und somit auch nicht gem. § 161 Abs. 3 StPO verwendbar wäre. Eine zusätzliche Begrenzung der Vorschrift lediglich auf solche personenbezogenen Daten, die durch eine entsprechende rechtmäßige Maßnahme erlangt wurden, wäre dann auf den ersten Blick nicht notwendig.

Das lässt jedoch den Fall außer Acht, dass eine Behörde zwar innerhalb der polizeirechtlichen Grenzen tätig wird und sich einer Maßnahme bedient, die innerhalb eines hypothetischen Ersatzeingriffs im Strafverfahren ebenso zulässig wäre, jedoch bewusst den Weg in das Polizeiverfahren wählt, um erhöhte Voraussetzungen, wie beispielsweise einen Richtervorbehalt, zu umgehen, obwohl ein Tatverdacht und damit die Beschuldigteneigenschaft schon vorgelegen hat. Der Zufallsfund wäre mithin rechtswidrig.<sup>171</sup> Sieht § 161 Abs. 3 StPO nun die Voraussetzung der Rechtmäßigkeit nicht ausdrücklich vor, wären solche Zufallsfunde trotz der Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs verwendbar. Das ist jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen entgegen der Rechtsprechung<sup>172</sup> abzulehnen. Der Zweck der Strafverfolgung kann den durch eine Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde entstehenden Grundrechtseingriff nicht rechtfertigen.<sup>173</sup> § 161 Abs. 3 StPO ist demnach,

---

<sup>170</sup> Siehe S. 192 f.

<sup>171</sup> Hierbei handelt es sich um den oben erörterten Fall der legendierten Polizeikontrollen, siehe auch auf S. 180 ff.

<sup>172</sup> BGH NJW 2017, 3173 (3177 Rn. 38 f.).

<sup>173</sup> Siehe S. 190 ff.

entgegen der wohl herrschenden Meinung<sup>174</sup>, dahingehend auszulegen, dass er eine Verwendungsbefugnis lediglich auf rechtmäßige Zufallsfunde erstreckt.<sup>175</sup>

bb) Hypothetischer Ersatzeingriff und die Verwendung zu Beweis Zwecken

Zu befürworten ist der wie schon in § 161 Abs. 2 StPO a.F. auch im unveränderten § 161 Abs. 3 StPO vorgesehene hypothetische Ersatzeingriff, dessen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Zweckumwidmung vorliegen müssen.<sup>176</sup> Dabei ist eine konkret-einzelfallbezogene Prüfung vorzunehmen.<sup>177</sup> Die Frage nach dem hypothetischen Ersatzeingriff ist aufgrund der deutlich weiteren Ermächtigungsgrundlagen der Gefahrenabwehr unverzichtbar, da sie sicherstellt, dass bei der Verwendung polizeirechtlicher Zufallsfunde die Grenzen der Strafverfolgung nicht überschritten werden.<sup>178</sup> Umso bedauerlicher ist es, dass sich dieses Erfordernis durch den nach wie vor etablierten Zusatz „zu Beweis Zwecken“ nicht auf die Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansätze erstreckt. Innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>179</sup> sah der zunächst vorgesehene § 161 Abs. 3 Nr. 1 StPO-E<sup>180</sup> mit dem Hinweis auf die Entscheidung des *BVerfG* zum BKAG<sup>181</sup> eine solche Voraussetzung nicht mehr vor und wollte damit „nunmehr auch die Verwendung als Ermittlungsansatz oder zur Ermittlung des Aufenthaltsorts eines Verdächtigen [beschränken].“<sup>182</sup> Allerdings fiel § 161 Abs. 3 Nr. 1 StPO-E

---

<sup>174</sup> BGHSt 54, 69 (88 f. Rn. 50 f.); Meyer-Goßner/*Köhler*, § 161 Rn. 18c; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 40a; SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 47; LR/*Erb*, § 161 Rn. 78; *Löffelmann*, JR 2010, 443 (455); *Gazeas*, 530.

<sup>175</sup> So ebenfalls MüKo-StPO/*Köbel*, § 161 Rn. 46; HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 31, insbesondere auch mit dem Verweis auf die Fälle der legendierten Polizeikontrollen; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (889), der aber nicht grundsätzlich eine Verwendung polizeirechtlich rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Strafverfolgung ablehnt, sondern nur eine bestimmtere Ermächtigungsgrundlage als § 161 Abs. 3 StPO verlangt. A.A.: *Brodersen*, NJW 2000, 2536 (2539).

<sup>176</sup> SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 45; LR/*Erb*, § 161 Rn. 78; KK-StPO/*Gieg*, § 477 Rn. 3; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (882).

<sup>177</sup> Auch wenn SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 31 betont, dass keine Einigkeit darüber besteht, „ob im Fall des § 161 Abs. 3 Satz 1 [...] wirklich ein konkreter Maßstab oder ein generalisierender Maßstab angelegt wird“.

<sup>178</sup> HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 31; *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (882).

<sup>179</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 6–16.

<sup>180</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 9.

<sup>181</sup> BVerfGE 141, 220 (337 Rn. 315).

<sup>182</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 62.



den Änderungen innerhalb der Beschlussempfehlungen und des Berichts des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) ohne jede weitere Begründung zum Opfer.<sup>183</sup> Auch wenn § 161 Abs. 4 Nr. 1 StPO-E diese Errungenschaft innerhalb einer Verwendungsregelung bezüglich „vergleichbar bedeutender Straftaten“ zu Beweis Zwecken wieder nivelliert hätte, indem er das Erfordernis „zu Beweis Zwecken“ erneut vorsah und damit im Umkehrschluss eine Verwendung als Ermittlungsansatz zur Aufklärung vergleichbar bedeutender Straftaten erneut positiv erlaubte<sup>184</sup>, so war immerhin § 161 Abs. 3 Nr. 1 StPO-E in Bezug auf die fehlende Differenzierung in eine Verwendung zu Beweis Zwecken und eine Verwendung als Spurenansatz ein Schritt in die richtige Richtung.

Dieser Gesetzgebungsvorgang führt jedoch auch dazu, dass der Zusatz des „zu Beweis Zwecken“ innerhalb des jetzt geltenden § 161 Abs. 3 StPO gerade nicht so verstanden werden kann, dass der Wortlaut der Verwendungsregelung sowohl die unmittelbare wie auch die mittelbare Verwendung umfasst. Er kann also gerade nicht so ausgelegt werden, dass er die Verwendung als Ermittlungsansatz ebenfalls mitumfasst.<sup>185</sup> Das widerspräche dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers und überschreite die Grenze der Wortlautauslegung. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber eine Verwendung polizeirechtlich erlangter Zufallsfunde als Ermittlungsansatz für uneingeschränkt zulässig erachtet.<sup>186</sup> Dies ist aufgrund der identischen Eingriffsintensität der unmittelbaren wie mittelbaren Verwendung als verfassungswidrig abzulehnen.<sup>187</sup> Um die Verwendung als Ermittlungsansatz ebenfalls den ansonsten zustimmungswürdigen Voraussetzungen des § 161

---

<sup>183</sup> Siehe BT-Drucks. 19/11190, S. 10. Siehe auch die Kritik bei SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 35.

<sup>184</sup> Wieso der Gesetzgeber damit die Verwendungsbefugnis des § 161 Abs. 3 StPO im Ergebnis sogar erweitern wollte und eine Verwendung als Ermittlungsansatz bei vergleichbaren Taten zugelassen hätte, obwohl es sich bei § 161 Abs. 3 StPO bereits um die strafverfahrensrechtliche Verwendung von Zufallsfunden, die aus Maßnahmen mit Katalogtaten stammen, handelt, ist mangels fehlender Aussage dazu innerhalb der BT-Drucks. 19/4671, S. 63 nicht nachvollziehbar und bleibt sein Geheimnis. Das gilt ebenfalls bezüglich der Frage, wie die Voraussetzung der vergleichbaren Taten zu verstehen gewesen wäre, wenn bereits ein Katalog die Vergleichbarkeit deutlich macht.

<sup>185</sup> So schon *Glaser/Gedeon*, GA 2007, 415 (436). A. A. aber *Singelstein*, ZStW 120 (2008), 854 (887 f.); *MüKo-StPO/ders.*, § 477 Rn. 35.

<sup>186</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 37; davon ebenfalls ausgehend: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49; LR/*Erb*, § 161 Rn. 80; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 3, *MüKo-StPO/Kölbel*, § 161 Rn. 45; SSW-StPO/*Ziegler*, § 161 Rn. 27.

<sup>187</sup> So auch BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 285; 337 Rn. 315); SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 37; HK-StPO/*Zöller*, § 161 Rn. 32; *Wollweber*, NJW 2000, 3623 (3624); *Glaser/Gedeon*, GA 2007, 415 (435). A. A.: SK-StPO/*Wohlers/Deiters*, § 161 Rn. 49; KK-StPO/*Griesbaum*, § 161 Rn. 36; *Brodersen*, NJW 2000, 2536 (2539).

Abs. 3 StPO zu unterwerfen, ist der Zusatz des „zu Beweis Zwecken“ zu streichen. Bis dahin kann eine Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde, die aus einer entsprechenden Maßnahme nach anderen Gesetzen erlangt wurden, als Ermittlungsansatz innerhalb eines neuen Strafverfahrens aufgrund einer fehlenden verfassungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage nicht stattfinden.<sup>188</sup>

b) § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO

Wie auch § 161 Abs. 3 Satz 2 StPO nach wie vor deutlich macht, stellt § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO eine gegenüber § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO speziellere Verwendungsregelung dar, die dieser damit in ihrer Anwendung vorgeht.<sup>189</sup> § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO hat sich durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>190</sup> vom 25.11.2019 nicht verändert. Dadurch bleibt die oben ausführlich geführte Diskussion<sup>191</sup>, auf die hier entsprechend verwiesen wird, zur Auslegung des Begriffs der Verwertbarkeit und bezogen auf die Frage nach dem Bezugspunkt dieser Verwertbarkeit nach wie vor aktuell. Allerdings führt auch genau diese Voraussetzung zu der ebenfalls schon erörterten Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschrift auf die echten Zufallsfunde.<sup>192</sup> Entsprechend wird für eine Änderung der Regelung insoweit plädiert, dass die Formulierung „sind verwertbare personenbezogene Daten durch eine entsprechende polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden“ durch „sind personenbezogene Daten durch eine entsprechende rechtmäßige polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden“ ersetzt werden sollte.

---

<sup>188</sup> HK-StPO/Zöller, § 161 Rn. 32, der ebenso kritisiert, dass weder § 161 Abs. 2 StPO a.F. noch § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. eine solche Rechtsgrundlage darstellen. A.A.: SK-StPO/Wefßlau/Puschke, § 479 Rn. 37, der wohl eine Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz ohne Verwendungsbefugnis zulässt, auf eine solche Verwendung jedoch die Voraussetzungen des § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V.m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO anwendet; Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (887 f.); MüKo-StPO/ders., § 477 Rn. 35, der § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. entsprechend anwenden will, indem er auch eine Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz unter eine Verwendung zu Beweis Zwecken subsumiert und die Norm somit auf die unmittelbare wie die mittelbare Verwendung erstreckt. Vgl. ferner SK-StPO/Wohlens/Deiters, § 161 Rn. 49, der eine solche in § 161 Abs. 1 StPO sieht.

<sup>189</sup> Warum § 161 Abs. 3 Satz 2 StPO und auch § 161 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. nicht deutlich machen, dass auch § 101a Abs. 5 StPO unberührt bleibt, wird nicht ersichtlich.

<sup>190</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>191</sup> Siehe S. 47 ff.

<sup>192</sup> Siehe S. 173 ff.

Außer dass § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO genau genommen kein Fall des § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO darstellt und deshalb besser innerhalb eines eigenen Absatzes oder zumindest eines neuen Satzes ohne Bezug zu § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO geregelt werden sollte<sup>193</sup>, erfüllt § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO mit der Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs und all seinen Kautelelen und dem Verzicht auf den Zusatz des „zu Beweis Zwecken“ und die damit verbundene Erstreckung der Norm auch auf die Verwendung als Ermittlungsansatz die verfassungsrechtlichen Anforderungen einer Verwendungsregelung.<sup>194</sup>

## 2. Datenverwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten zur Gefahrenabwehr

Den umgekehrten Fall der Datenverwendung strafverfahrensrechtlich erlangter personenbezogener Daten zum Zwecke der Gefahrenabwehr erlaubt nun insbesondere § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 und Abs. 3 StPO. Da es sich speziell bei § 479 Abs. 2 und Abs. 3 StPO um positive Befugnisse zur Verwendung von Daten zu anderen Zwecken handelt, führt die durch den Gesetzgeber offiziell gewählte, amtliche Überschrift des § 479 StPO in Form von „Übermittlungsverbote und Verwendungsbeschränkungen“ in die Irre. Nach wie vor findet sich aber auch § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO im Gesetz, der gleichsam identisch ist mit § 479 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StPO. Es kommt mithin zu einer vom Gesetzgeber wohl übersehenen Doppelregelung.<sup>195</sup> Bei allen diesen Regelungen wird insbesondere kritisch zu betrachten sein, ob die zweckentfremdende Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde für die innerhalb der Regelungen vorgesehenen Zwecke verhältnismäßig ist und eventuell sogar notwendigerweise zu regeln gewesen wäre und ob vor allem alter und neuer Verwendungszweck miteinander vereinbar sind. Letzteres steht insbesondere dann in Frage, wenn die Verwendungsregelung keinen hypothetischen Ersatzeingriff vorsieht und damit nicht sicherstellt, dass eine Umwidmung der Daten dann unterbleibt, wenn die entsprechenden Daten innerhalb des neuen Zweckzusammenhangs gar nicht erhoben hätten werden dürfen, beispielsweise, weil das Polizeirecht überhaupt keine entsprechende Ermächtigungsgrundlage vorsieht.

---

<sup>193</sup> § 101a regelt denselben Fall konsequenterweise auch in einem Absatz 5 und nicht in Absatz 4 Satz 1 Nr. 3.

<sup>194</sup> § 100e Abs. 6 Nr. 3 StPO deshalb zutreffend als „im Grundsatz rechtsstaatlich gelungene Regelung“ bezeichnend SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 64.

<sup>195</sup> SK-StPO/Weißlau/Puschke, § 479 Rn. 50. Das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.6.2021 (BGBl. I, S. 2099) hebt die Doppelregelung nun auf, indem § 479 Abs. 3 StPO gestrichen wurde.

## a) § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO

Bei § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO handelt es sich um eine erweiterte Form des früheren § 477 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 StPO a.F. Sie regeln die Verwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten zu Zwecken der Gefahrenabwehr. Die Daten stammen dabei aus Maßnahmen, die lediglich bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässig sind und somit in den meisten Fällen die Verfolgung einer Katalogtat voraussetzen. Bei der Normierung des § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO hatte der Gesetzgeber die „Anforderungen [des *BVerfG*] zur zweckändernden Verwendung von Daten, die durch eingriffsintensive Maßnahmen erhoben wurden“ im Blick.<sup>196</sup> So macht das *BVerfG* in eben diesem Urteil zum BKAG<sup>197</sup> deutlich, dass eine Regelung zur Zweckänderung erst dann verhältnismäßig ist, wenn sie sich an den Grundsätzen des hypothetischen Ersatzeingriffs orientiert, auch wenn es betont, dass ein solches Kriterium „nicht schematisch abschließend [gilt] und [...] die Berücksichtigung weiterer Gesichtspunkte nicht aus[schließt]“. <sup>198</sup> Daraus abgeleitet, hat nun der Gesetzgeber § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO wohl als alternative Verwendungsregelungen geschaffen.<sup>199</sup>

## aa) Konkret-individueller hypothetischer Ersatzeingriff

So lässt § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StPO eine Verwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten zwar grundsätzlich für alle Gefahrenabwehrzwecke zu, jedoch muss konkret-individuell bestimmt werden, ob die zu verwendenden Daten innerhalb einer entsprechenden Maßnahme im neuen Zweckzusammenhang erhoben werden könnten. Damit wird der zunächst sehr weite Anwendungsbereich der Verwendungsregelung hinsichtlich einer Gefahrenabwehr zu jeglichen Zwecken insoweit wieder eingeschränkt, als die Ermächtigungsgrundlage der empfangenden Behörde eine Grenze für die Verwendungsbefugnis bildet. Diese Rechtsgrundlage definiert auch, welcher Gefahrengrad vorliegen muss, damit eine Verwendung der Daten möglich ist. Um die Vergleichbarkeit zwischen der Maßnahme innerhalb des Strafverfahrens und der Maßnahme innerhalb der Gefahrenabwehr abzusichern, muss es sich gem. § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StPO innerhalb des neuen Zweckzusammenhangs um eine „entsprechende Maßnahme“ handeln. So wird sichergestellt, dass Daten, die innerhalb des Strafverfahrens nur zur Verfolgung von

---

<sup>196</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 64.

<sup>197</sup> BVerfGE 141, 220–378.

<sup>198</sup> BVerfGE 141, 220 (327 f. Rn. 287).

<sup>199</sup> SK-StPO/*Weßblau/Puschke*, § 479 Rn. 41, der davon spricht, dass sich „Nr. 1 und Nr. 2 [...] in weiten Teilen überschneiden [dürften]“.

Straftaten gegen besonders hochrangige Rechtsgüter erlaubt sind, innerhalb der Gefahrenabwehr ebenfalls nur zur Abwehr solcher Gefahren genutzt werden, die sich gegen ebensolche Rechtsgüter richten. Erhebungszweck und Verwendungszweck sind dann mithin vergleichbar und der Eingriffsintensität der Erhebung wird innerhalb der Verwendung „Rechnung getragen“.<sup>200</sup>

bb) Generalisierender hypothetischer Ersatzeingriff

Umso erstaunlicher ist es dann, dass § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO eine Verwendung der strafverfahrensrechtlichen Daten allgemein zur Abwehr einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder für die Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder für bedeutende Vermögenswerte möglich macht, wenn sich aus den Daten im Einzelfall jeweils konkrete Ansätze zur Abwehr einer solchen Gefahr erkennen lassen.<sup>201</sup> Er verknüpft eine solche Verwendung nicht mit einer hypothetischen Datenerhebung und stellt damit gerade nicht sicher, dass eine Umgehung der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage innerhalb des neuen Verfahrens ausbleibt. Allein die Festlegung der Rechtsgüter, zu deren Sicherheit eine Verwendung der Daten zur Gefahrenabwehr stattfinden darf, kann eine Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs innerhalb der Verwendungsregelung nicht ersetzen. Sie führt zwar zu einer grundsätzlichen Vereinbarkeit des Erhebungs- mit dem Verwendungszweck, stellt aber insbesondere für den Fall, dass innerhalb des Polizeirechts überhaupt keine Ermächtigungsgrundlage für eine entsprechende Maßnahme besteht, nicht sicher, dass Daten aus dem Strafverfahren, die zur Gefahrenabwehr nicht selbstständig hätten erhoben werden dürfen, von einer Verwendung ausgeschlossen bleiben.<sup>202</sup> Das stellt eine Umgehung des Gesetzesvorbehalts dar.<sup>203</sup>

Auch die Konstituierung der Voraussetzung, dass die Daten im Einzelfall konkrete Ansätze zur Abwehr einer solchen Gefahr erkennen lassen müssen, ändert daran nichts. Zwar stellt eine Einzelfallbetrachtung sicher, dass nicht allein Erfahrungssätze für eine Verwendung ausreichend sind<sup>204</sup>, und auch die konkreten Ansätze sichern eine gewisse Schwelle zur Verwendung der Daten zur Gefahrenabwehr ab. So sollen wohl auch diese Erfordernisse die

---

<sup>200</sup> BVerfGE 141, 220 (326 f. Rn. 284).

<sup>201</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 40 bezeichnet dies als „generalisierende Bestimmung des hypothetischen Ersatzeingriffs“.

<sup>202</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 41 begründet die Überschneidung von Nr. 1 und Nr. 2 damit, dass „die genannten Rechtsgüter [...] regelmäßig auch in gefahrenabwehrrechtlichen Spezialmaßnahmen, die denen der StPO entsprechend, aufgezählt [werden]“.

<sup>203</sup> Siehe S. 211.

<sup>204</sup> BVerfGE 141, 220 (272 Rn. 112).

Vereinbarkeit zwischen dem Erhebungs- und dem Verwendungszweck sicherstellen. Allerdings lässt sich aus dem Wortlaut der konkreten Ansätze gerade kein erforderlicher Gefahrengrad ablesen. Eine dringende Gefahr kann sich zwar aus konkreten Ansätzen ergeben, indem aus ihnen deutlich wird, dass es „bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens im Einzelfall in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Verletzung eines polizeilichen Schutzguts [kommt]“<sup>205</sup>; aus dem Vorliegen von konkreten Ansätzen zur Abwehr einer Gefahr lässt sich jedoch noch nicht feststellen, welche Art von Gefahr Bedingung für eine Verwendung der Daten ist.<sup>206</sup> Der Wortlaut des § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO stellt mithin noch nicht sicher, dass es lediglich zu einer Verwendung der Daten kommen darf, wenn ein dem Anfangsverdacht vergleichbarer Gefahrengrad vorliegt. Um eine Vergleichbarkeit zwischen Erhebungs- und Verwendungszweck sicherzustellen, muss der Wortlaut des „im Einzelfall“ und der „konkrete[n] Ansätze zur Abwehr einer solchen Gefahr“ innerhalb von § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO wohl i. S. einer dringenden Gefahr verstanden werden.

Auch ein solches Verständnis dieses Merkmals kann eine Umgehung der gesetzlichen Grenzen innerhalb der Gefahrenabwehr aber nicht ausschließen.<sup>207</sup> Darüber hinaus stellt es auch nicht sicher, dass im Hinblick auf die Vereinbarkeit des Erhebungszwecks und des Verwendungszwecks die Befugnis der Verwendung der Daten zur Abwehr einer Gefahr, beispielsweise für bedeutende Vermögenswerte, eng auszulegen und an der im Ausgangsverfahren durchgeführten Maßnahme zu orientieren ist. So gestattet § 100a Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 n) StPO eine Telekommunikationsüberwachung nur in Bezug auf bedeutende Vermögenswerte, indem sie eine Erhebung von Daten zum Zwecke der Strafverfolgung eines Betrugs in Form eines besonders schweren Falls aufgrund der Herbeiführung eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes gem. § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO erlaubt. Eine weitere Verwendung zur Abwehr einer Gefahr für bedeutende Vermögenswerte müsste sich an diesem Erhebungszweck orientieren.<sup>208</sup> Ein entsprechendes Erfordernis ist § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO jedoch nicht zu entnehmen.

---

<sup>205</sup> BVerfGE 141, 220 (271 Rn. 111); BVerfGE 115, 320 (364).

<sup>206</sup> So auch BVerfGE 115, 320 (366); SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 44, der aber in Rn. 40 meint, dass sich von „konkreten Anhaltspunkten in der Regel eher [auf] konkrete Gefahrensituationen [schließen lasse]“.

<sup>207</sup> Auch SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 44 betont, dass „nach dem Wortlaut [grundsätzlich] jegliche Gefahr [...] ausreicht, die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes jedoch [...] nur gewahrt [sind], wenn die Gefahr [...] zumindest von einigem Gewicht ist“.

<sup>208</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 43.

Eine solche generalisierende Art des hypothetischen Ersatzeingriffs, wie § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO ihn vorsieht, führt somit dazu, dass Daten, die nach § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StPO nicht verwendbar sind, nunmehr nach § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO verwendet werden dürfen. Um die Errungenschaft des Gesetzgebungsvorgangs durch die Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs auch für die Verwendung von strafverfahrensrechtlichen Zufallsfunden für die Verwendung zur Gefahrenabwehr nicht unmittelbar wieder aufzuheben, ist ein solches Verständnis von § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO abzulehnen. Vielmehr müssen Nr. 1 und Nr. 2 als Einheit verstanden werden. Soll es zu einer Verwendung von Daten im Wege des § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO kommen, muss sichergestellt sein, dass eine solche Verwendung keine Umgehung der Grenzen des Gefahrenabwehrrechts darstellt. Außerdem müssen Erhebungs- und Verwendungszweck nicht nur in Bezug auf das Rechtsgut, sondern auch in Bezug auf die Eingriffsintensität bezüglich dieses Rechtsguts miteinander vereinbar sein.<sup>209</sup> Um eine solche beurteilen zu können, müssen dann jedoch alle Kautelen sowohl der Maßnahme im Ausgangsverfahren als auch einer entsprechenden hypothetischen Maßnahme innerhalb des neuen Verfahrens betrachtet werden.

### cc) Beschränkung der Verwendung auf verwertbare Daten

Einer solchen unverhältnismäßigen Erweiterung der Verwendungsbefugnis aus § 477 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 StPO a.F. steht dann konträr gegenüber, dass § 479 Abs. 2 Satz 2 StPO im Gegensatz zum früheren § 477 Abs. 2 Satz 3 StPO a.F. voraussetzt, dass es sich bei den Daten aus dem Ausgangsverfahren um verwertbare Daten handeln muss. Die damit insbesondere innerhalb des § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StPO kritisch erweiterte Verwendungsbefugnis wird somit auf anderer Ebene wiederum unverhältnismäßig weit eingeschränkt. Neben dem bereits in Frage gestellten Sinn und Zweck der Etablierung der Voraussetzung der Verwertbarkeit anstelle der Rechtmäßigkeit der durchgeführten Maßnahme<sup>210</sup> stellt sich die Frage, ob es angemessen sein kann, den Behörden für die Verwendung zum Zwecke der Abwehr von unmittelbaren Lebensgefahren unverwertbare Daten vorzuenthalten.<sup>211</sup> Auch der Vergleich mit § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO, der bei einer eingriffsintensiveren Maßnahme in Form einer Wohnraumüberwachung oder einer Online-Durchsuchung im Ausgangsverfahren die Verwendung unverwertbarer Daten zur Abwehr einer Lebensgefahr gerade ermöglicht, lässt einen Wertungswider-

---

<sup>209</sup> BVerfGE 141, 220 (327 Rn. 286).

<sup>210</sup> Siehe dazu die Ausführungen auf S. 173 ff.

<sup>211</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 48.

spruch zu Tage treten.<sup>212</sup> Ist der Gesetzgeber in Bezug auf § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO der Meinung, was insbesondere im Hinblick auf eine Gefahr für das Leben zu befürworten ist, dass die Abwehr von Gefahren für Leben, Leib, Freiheit der Person, Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder für Gegenstände von bedeutendem Wert von solcher verfassungsrechtlicher Bedeutung ist, dass auch die Verwendung unverwertbarer strafverfahrensrechtlicher Zufallsfunde zulässig sein muss, so kann sich für solche rechtswidrigen Zufallsfunde, die aus einer weniger eingriffsintensiven strafverfahrensrechtlichen Maßnahme stammen, nichts anderes ergeben. So erfordern insbesondere die in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 2 Abs. 2 GG statuierten grundrechtlichen Schutzpflichten, dass selbst Zufallsfunde, die auf der Grundlage eines Menschenwürdeverstoßes innerhalb eines strafverfahrensrechtlichen Ausgangsverfahrens erlangt worden sind, zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr verwendet werden.<sup>213</sup> Dann ist jedoch erst recht eine Verwendbarkeit solcher rechtswidrigen Zufallsfunde sicherzustellen, deren Erlangung eine erhebliche Grundrechtsverletzung zugrunde liegt. Stellt sich beispielsweise im Anschluss an eine Telekommunikationsüberwachung gem. § 100a Abs. 1 StPO heraus, dass es an einem Anfangsverdacht bezüglich einer Katalogtat fehlte und sind bei einer solchen mit einer erheblichen Grundrechtsverletzung verbundenen Maßnahme Zufallsfunde bezüglich einer Gefahr für die Gesundheit und die Freiheit einer Person erlangt worden, so handelt es sich zwar um rechtswidrige und im Falle unechter Zufallsfunde auch unverwertbare Daten, jedoch verlangt die grundrechtliche Schutzpflicht auch hier die Möglichkeit zur Verwendung solcher Daten.

Eine entsprechende Verwendungsbefugnis darf dabei nicht nur auf die reine Erlaubnis der Behörden zur Verwendung dieser Daten begrenzt werden, sondern muss zumindest bezogen auf eine unmittelbare Lebensgefahr deren Ermessensspielraum über das Ob des Tätigwerdens auf null reduzieren.

§ 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO müsste somit einerseits das Erfordernis der Verwertbarkeit zur Frage der Rechtmäßigkeit machen, die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zu Teilen ebenfalls zulassen und andererseits jedoch hinsichtlich der genauen Zweckbestimmung der Verwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten, insbesondere in Bezug auf rechtswidrige Zufallsfunde, eine deutlich differenziertere Ausgestaltung vorsehen, um einen verhältnismäßigen Ausgleich der Interessen des Beschuldigten im Strafverfahren und der von einer Gefahr bedrohten Person zu gewährleisten.

---

<sup>212</sup> Eine Begründung findet sich in BT-Drucks. 19/4671, S. 64 nicht.

<sup>213</sup> Siehe auch *Wolter*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153).



## dd) § 479 Abs. 2 Satz 3 StPO

§ 479 Abs. 2 Satz 3 StPO hat im Gegensatz zu § 477 Abs. 2 Satz 4 StPO a. F. den Verweis sowohl auf § 100e Abs. 6 StPO wie auf § 101a Abs. 4 StPO gestrichen.<sup>214</sup> Das ist wohl auf die ursprünglich geplante Streichung sowohl des § 100e Abs. 6 StPO wie auch des § 101a Abs. 4 und Abs. 5 StPO zurückzuführen.<sup>215</sup> Da mit der Rückgängigmachung der Änderungen des § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO jedoch auch § 100e Abs. 6 StPO und § 101a Abs. 4 und Abs. 5 StPO im Gesetz geblieben sind, stellen zumindest §§ 100e Abs. 6 und 101a Abs. 4 StPO nach wie vor *leges specialis* zu § 479 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StPO dar. Auch § 479 Abs. 3 Satz 1 StPO muss darüber hinaus von § 479 Abs. 2 StPO unberührt bleiben.<sup>216</sup> § 479 Abs. 2 Satz 3 StPO müsste entsprechend erweitert werden.

## b) § 479 Abs. 3 StPO

§ 479 Abs. 3 StPO sieht nun eine konzentrierte Verwendungsregelung für strafverfahrensrechtlich erlangte Daten aus besonders eingriffsintensiven Maßnahmen zum Zwecke der Gefahrenabwehr vor. Er ist *lex specialis* gegenüber § 479 Abs. 2 StPO und sollte § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO und § 101a Abs. 4 Nr. 2 StPO ersetzen.<sup>217</sup> Da der Gesetzgeber allerdings aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz<sup>218</sup> insbesondere auf die ursprünglich vorgesehenen Änderungen innerhalb des § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO verzichtet hat, blieb als Konsequenz auch die Streichung der § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO und § 101a Abs. 4 und Abs. 5 StPO aus<sup>219</sup>, ohne dass der Gesetzgeber dabei bemerkte, dass dies mehrere Dop-

<sup>214</sup> Auch der Verweis auf § 101a Abs. 5 StPO findet sich in § 479 Abs. 2 Satz 3 StPO nicht mehr. Das ist jedoch konsequent, da schon § 477 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 StPO keine *lex generalis* zu § 101a Abs. 5 StPO darstellt, dessen *lex generalis* sich in § 161 Abs. 3 StPO bzw. § 161 Abs. 2 StPO a. F. wiederfindet.

<sup>215</sup> Siehe BT-Drucks. 19/4671, S. 7f.

<sup>216</sup> Will man von einem solchen Verweis absehen, da § 479 Abs. 3 StPO Teil der Norm ist (und § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO und § 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO in diesem aufgehoben) und sich aus dem systematischen Verständnis automatisch ein Vorrang ohne einen entsprechenden Verweis ergibt, wird man aber wie *Weßblau/Puschke* im SK-StPO § 479 Rn. 48 zu Recht betont, zumindest die §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 StPO in § 479 Abs. 2 Satz 3 StPO integrieren müssen, da sie „der allgemeinen Regelung in § 479 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO vorgehen“.

<sup>217</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 7f.

<sup>218</sup> BT-Drucks. 19/11190.

<sup>219</sup> Der Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften“ vom

pelregelungen zur Folge hatte.<sup>220</sup> Entsteht nun ein Widerspruch innerhalb dieser Doppelregelungen, gilt nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* die jüngere Regelung des § 479 Abs. 3 StPO.

#### aa) Fehlender hypothetischer Ersatzeingriff

§ 479 Abs. 3 Nr. 1–3 StPO sieht kein Erfordernis eines hypothetischen Ersatzeingriffes innerhalb des neuen Zweckzusammenhangs vor. Dies steht nun insbesondere mit dem neuen § 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StPO in Widerspruch, der einen solchen in Form einer konkret-individuellen Entsprechungsklausel normiert. So kann für eine unterbliebene Etablierung innerhalb des Absatzes 3 auch nicht das Argument angeführt werden, dass das Strafprozessrecht lediglich eine grundsätzliche Zweckumwidmung zu gefahrenabwehrrechtlichen Zwecken erlauben muss, nicht aber die konkreten Voraussetzungen festzuschreiben hat. Es ist vielmehr mit dem Modell der doppelten Tür<sup>221</sup> zu fordern, dass der Gesetzgeber, der die Erhebung der Daten zulässt und damit die Grenzen des damit verbundenen Grundrechtseingriffs festlegt, im Wege der Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ebenfalls regelt, in welchen Grenzen eine Zweckumwidmung der Daten zulässig sein soll.<sup>222</sup> Er

---

22.1.2021 (BR-Drucks. 57/21) schlägt nun auf S. 39 vor die „irrtümliche Doppelregelung in § 479 StPO“ aufzuheben. Auf S. 130 f. heißt es, es solle eine „Korrektur eines rein redaktionellen Versehens“ vorgenommen werden, indem „die [Regelung] in § 479 Absatz 3 StPO [zur] Verwendung bestimmter personenbezogener Daten zur Gefahrenabwehr, [die] derzeit aufgrund eines gesetzgeberischen Versehens quasi wortgleich in § 100e Absatz 6 Nummer 2 und § 101a Absatz 4 Satz 1 Nummer 2, Satz 2 bis 5 StPO geregelt“ ist, gestrichen wird. Dass von einer „Bündelung aller Übermittlungsregelungen in § 479 StPO [bereits] im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens [zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679] Abstand genommen [worden sei], weshalb auch von der Aufhebung des § 100e Absatz 6 sowie des § 101a Absatz 4 StPO abgesehen [worden sei]“ wie es der Gesetzgeber auf S. 130 mit Verweis auf BT-Drucks. 19/11190, S. 10 betont, wird aus den Materialien zum „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679“ nicht deutlich. Das Gesetz trat am 01.07.2021 in Kraft (BGBl. I, S. 2099).

<sup>220</sup> So auch SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 50.

<sup>221</sup> Siehe *R. P. Schenke*, in: FG Hilger, 211 ff.; *Singelnstein*, ZStW 120 (2008), 854 (863); *Wolter*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1152 f.). A.A.: *Paeffgen*, in: FG Hilger, 153 (159 f.); *W.-R. Schenke*, in: FG Hilger, 225 (234 f.); *Würtenberger*, in: FG Hilger, 263 (264 ff.).

<sup>222</sup> *Zöller*, 212.

definiert die Übermittlungsschwelle der Daten.<sup>223</sup> Dies ist insofern zu befürworten, als jede weitere zweckumwidmende Verwendung der Daten die Eingriffsintensität der Erhebung der Daten beeinflusst<sup>224</sup> und eine Erhebung der Daten somit nur dann verhältnismäßig ist, wenn auch die Zweckbindung und eine etwaige Zweckänderung klar definiert ist. Eine Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs auch innerhalb der Verwendungsregelungen strafverfahrensrechtlich erlangter Daten zum Zwecke der Gefahrenabwehr ist somit zu befürworten. Der Strafprozessrechtsgesetzgeber definiert das Ob der Zweckumwidmung und legt die absoluten Grenzen einer Weiterverwendung fest. Dies gilt umso mehr, je eingriffsintensiver sich die Maßnahme darstellt, unter deren Voraussetzungen die zu verwendenden Daten erlangt worden sind. Mit Blick auf § 479 Abs. 3 StPO, der die zweckentfremdende Verwendung solcher Daten regelt, die durch Maßnahmen wie der akustischen Wohnraumüberwachung, der Online-Durchsuchung oder aufgrund der Erhebung von Verkehrsdaten erlangt wurden, bedürfte es mithin schon innerhalb der Verwendungserlaubnisnorm konkreter Voraussetzungen zur Zweckumwidmung, um insbesondere auch die Verhältnismäßigkeit der primären Erhebung der Daten zu garantieren. Insbesondere muss schon die Verwendungsbefugnis sicherstellen, dass der Zweck des Ausgangsverfahrens und der Zweck des neuen Verfahrens miteinander vereinbar ist. Es bedürfte somit auch innerhalb des § 479 Abs. 3 StPO der Normierung einer Entsprechungsklausel und der damit einhergehenden Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs.<sup>225</sup>

bb) §§ 479 Abs. 3 Nr. 1 und 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO

Bei einem Blick auf § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO tritt dann zunächst ein Widerspruch zur Doppelregelung in § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO zu Tage.<sup>226</sup> § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 6 Satz 1 StPO stellt im Gegensatz zu § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO dem Wortlaut nach auch zur Verwendung von strafverfahrensrechtlichen Daten zur Abwehr von Lebensgefahren oder einer dringenden Gefahr für Leib oder Freiheit einer Person, für die Sicherheit oder den Bestand des Staates oder für Gegenstände von bedeutendem Wert oder solchen, die in § 305 des Strafgesetzbuches ge-

<sup>223</sup> BVerfGE 125, 260 (355); R. P. Schenke, in: FG Hilger, 211 (217); Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (863); Schinkel, 91 f.

<sup>224</sup> BVerfGE 125, 260 (327 f.); Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (863); Zöller, 212.

<sup>225</sup> Siehe auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 55.

<sup>226</sup> Weshalb das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.6.2021 (BGBl. I, S. 2099) die Doppelregelung nun aufhebt, indem § 479 Abs. 3 StPO gestrichen wurde.

nannt sind, nur verwertbare Daten zur Verfügung. § 479 Abs. 3 StPO erstreckt das Erfordernis der Verwertbarkeit der Daten hingegen nur auf die Nr. 2 und Nr. 3 und damit auf die Verwendung zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden, dringenden Gefahr für sonstige bedeutende Vermögenswerte und auf die Verwendung von Daten, die durch eine Maßnahme nach § 100g Abs. 2 auch i.V.m. Abs. 1 Satz 3 oder Abs. 3 Satz 2 StPO erlangt wurden.

*(1) Verwertbarkeit als Voraussetzung der §§ 479 Abs. 3 Nr. 1 und 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO?*

Betrachtet man § 100e Abs. 6 Satz 1 i.V.m. Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO genauer, fällt auf, dass durch die Veränderung des § 100e Abs. 6 StPO durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens<sup>227</sup> innerhalb des § 100e Abs. 6 Satz 1 und der Nr. 2 StPO ein Widerspruch entstanden ist, der auch durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>228</sup> vom 25.11.2019 nicht aufgehoben worden ist.

So zieht § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO im Gegensatz zu § 100d Abs. 5 Satz 1 StPO a.F. das Erfordernis der Verwertbarkeit vor die Klammer.<sup>229</sup> In Bezug auf § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO hat dies zur Folge, dass nicht mehr wie zuvor zwischen der Verwendung von verwertbaren und unverwertbaren personenbezogenen Daten unterschieden wird.<sup>230</sup> Vielmehr dürfen,

---

<sup>227</sup> BGBl. I S. 3202, Berichtigung vom 01.11.2017 BGBl. I S. 3630.

<sup>228</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>229</sup> *Benning*, 162 meint, dass dadurch endgültig deutlich würde, dass der Bezugspunkt der Verwertbarkeit für alle derselbe sein müsste und dass dieser nur die Verwertbarkeit nach § 100d StPO sein könne. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass ein ebensolcher einheitlicher Bezugspunkt, wie auf S. 49ff. erläutert, auch das jeweilige Ausgangsverfahren sein kann.

<sup>230</sup> Ohne jegliche Erwähnung dieses neuen Wortlautwiderspruchs: SSW-StPO/*Eschelbach*, § 100e Rn. 23, der nach wie vor davon ausgeht, die Verwertbarkeit sei keine Voraussetzung der Verwendung der Daten zur Gefahrenabwehr gem. § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO. Auch *Graf*, in: BeckOK-StPO § 100e Rn. 36 ist nach wie vor der Auffassung, dass die Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren keine Voraussetzung der Weiterverwendung von Daten aus einer Maßnahme aus §§ 100b oder 100c StPO zur Gefahrenabwehr darstellt. Er lässt die Veränderungen und den neuen Widerspruch des Gesetzes ebenfalls unkommentiert. *Meyer-Goßner/Köhler*, § 100e Rn. 24 geht auf diesen Widerspruch ebenfalls nicht ein, macht aber deutlich, dass § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO hinter § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 StPO zurücktreten muss.

streng dem Wortlaut des § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO folgend, nun auch zum Zwecke der Gefahrenabwehr nur verwertbare personenbezogene Daten verwendet werden.<sup>231</sup> Auch wenn dies mit der Entscheidung des *BVerfG* zum Lauschangriff im Einklang zu stehen scheint, das eine Verwendung von Daten, die schon im Ausgangsverfahren unverwertbar sind, in jedem weiteren Verfahren für unzulässig erklärt hat<sup>232</sup>, ist dies mit den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates nicht in Einklang zu bringen. Auch scheint dem Gesetzgeber bei der Neuformulierung des Gesetzestexts entgangen zu sein, dass dieses Vor-die-Klammer-ziehen der Verwertbarkeitsvoraussetzung zur Folge hat, dass sich nunmehr ein Widerspruch innerhalb des § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO ergibt.<sup>233</sup> Dieser erlaubt nämlich eine Verwendung auch solcher nach § 100d Abs. 5 Satz 1 2. Halbsatz StPO erlangter personenbezogener Daten: also Daten, die bei einer Maßnahme nach § 100b StPO oder § 100c StPO erhoben wurden, über die der Betroffene der Maßnahme aufgrund seines Zeugnisverweigerungsrechts gem. § 53 StPO aber die Auskunft hätte verweigern dürfen. Es handelt sich damit gem. § 100d Abs. 5 Satz 1 StPO i. V. m. § 53 StPO i. V. m. § 100d Abs. 2 StPO um kernbereichsrelevante und damit absolut unverwertbare Daten.<sup>234</sup>

Betrachtet man die Gesetzgebungsunterlagen zum Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens, so bleibt der Gesetzgeber eine Begründung für die oben erläuterte Veränderung schuldig.<sup>235</sup> Vielmehr war eine Veränderung der §§ 100a ff. StPO und somit auch der Verwendungsregelungen in § 100e Abs. 6 StPO im Gesetzentwurf vom 22.2.2017<sup>236</sup> noch gar nicht vorgesehen und ist somit auch nicht diskutiert

<sup>231</sup> *Freiling/Safferling/Rückert*, JR 2018, 9 (15 f.) bezeichnet dies als eine von drei Auslegungsmöglichkeiten; *KMR/Bär*, § 100e Rn. 39.

<sup>232</sup> *BVerfGE* 109, 279 (378). Vgl. auch *Kutscha/Roggan*, in: *GS Liskén*, 25 (35) die in den Äußerungen des *BVerfG* ebenfalls ein Verbot jeglicher weiterer Verwendungen von personenbezogenen Daten sehen, sollten sie unter Verstoß gegen Datenerhebungsverbote erlangt worden sein. Dies gelte, so *Kutscha/Roggan*, auch für eine Verwendung der Daten zu weiteren, gefahrenabwehrenden Zwecken.

<sup>233</sup> *Freiling/Safferling/Rückert*, JR 2018, 9 (15 f.) meinen, bei dem Einschub handle es sich entweder um ein redaktionelles Versehen oder er stelle die einzige Ausnahme dar, zu der auch unverwertbare Daten zur Gefahrenabwehr verwendbar seien.

<sup>234</sup> *SK-StPO/Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 51 kritisiert den Verweis „als wenig gelungen“, weil § 100d Abs. 5 Satz 1 2. Halbsatz StPO wiederum auf § 100d Abs. 2 StPO verweise und dieser anordne, dass unverwertbare Daten direkt gelöscht werden müssen. Somit sollten sie für eine Verwendung zu Gefahrenabwehrzwecken gar nicht mehr zur Verfügung stehen.

<sup>235</sup> *BT-Drucks.* 18/12785, S. 58: „Abs. 6 enthält die bisher in § 100d Abs. 5 StPO geregelten, umfassenden Verwendungsregelungen für personenbezogene Daten aus Maßnahmen der Wohnraumüberwachung [...]. Diese Anforderungen werden [...] im Übrigen geringfügig inhaltlich und redaktionell angepasst“.

<sup>236</sup> *BT-Drucks.* 18/11277.

worden. Es ist also davon auszugehen, dass der Gesetzgeber an dem vorherigen § 100d Abs. 5 StPO a.F. nichts ändern wollte<sup>237</sup> und dass das vorgezogene Erfordernis der Verwertbarkeit sich mithin nicht auf § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO erstrecken sollte, wohingegen die Streichung der Verwertbarkeitsvoraussetzung innerhalb des § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO zumindest in sich konsequent war, da gerade schon § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO eine Verwertbarkeit der Daten voraussetzt.<sup>238</sup> Dass dieser Satz 1 sich nunmehr aber auch auf § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 1 StPO bezieht, stellt dann wohl ein Redaktionsversehen dar.<sup>239</sup>

Das liegt nun insbesondere mit Blick auf den durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>240</sup> etablierten, inhaltsgleichen § 479 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StPO nahe, der das Erfordernis der Verwertbarkeit nur auf die Nr. 2, die dem ehemaligen § 100d Abs. 5 Nr. 2 Satz 2 StPO a.F. entspricht, erstreckt. Dass es als Konsequenz dieser Normierung aber nicht zur Streichung des § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO gekommen ist, kann nur der Tatsache geschuldet sein, dass der Gesetzgeber durch die Vielzahl an Gesetzesänderungen innerhalb des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>241</sup> den Überblick verloren hat.<sup>242</sup> Für zwei inhaltlich, gleichsam identische Regelungen, die die Verwendung von, innerhalb einer strafverfahrensrechtlich durchgeführten Wohnraumüberwachung oder Online-Durchsuchung, erlangten Zufallsfunden zum Zwecke der Gefahrenabwehr erlauben, gibt es keine Notwendigkeit. Dass sie sich nunmehr sogar in Nuancen widersprechen, entbehrt jeder Logik.

---

<sup>237</sup> Dies ist insbesondere mit Blick auf die differenzierte Diskussion zur Frage des Verwertbarkeitserfordernisses innerhalb der Verwendungsregelungen zu Zwecken der Gefahrenabwehr innerhalb von BT-Drucks. 15/5486, S. 17f. anzunehmen.

<sup>238</sup> Auch innerhalb des Referentenentwurfs zum Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679, S. 10 hat der Gesetzgeber keine Anpassung dieses Widerspruchs vorgenommen und lässt ihn auf S. 46 unkommentiert, was dafür spricht, dass ihm dieser nicht bewusst war.

<sup>239</sup> *Freiling/Safferling/Rückert*, JR 2018, 9 (15 f.).

<sup>240</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>241</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>242</sup> Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100e Rn. 21 spricht von einem Redaktionsversehen, das im Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Fortentwicklung der StPO vom 20.1.2021 durch Streichung des § 479 Abs. 3 StPO aufgehoben werden soll.

§ 479 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StPO ist vielmehr als vorrangig zu erachten<sup>243</sup> und hilft über den durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens<sup>244</sup> entstandenen Widerspruch insoweit hinweg, dass § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO nicht mehr zur Anwendung kommt.<sup>245</sup>

(2) *Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Daten anstatt Differenzierung zwischen „verwertbar“ und „unverwertbar“?*

§ 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO umfasst mithin auch die Verwendung unverwertbarer Zufallsfunde. Dies ergibt sich aus den obigen Erläuterungen und dem Umkehrschluss zu § 479 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 StPO, der die Verwendung ausdrücklich auf verwertbare erlangte personenbezogene Daten begrenzt, wohingegen § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO dies gerade nicht tut.

Auch hier ist zu kritisieren, dass eine Unterscheidung der Verwendung auf im Strafverfahren verwertbarer und unverwertbarer Daten die Anwendbarkeit der Norm auf die unechten Zufallsfunde beschränkt. Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, warum es für die Verwendung zu Gefahrenabwehrzwecken darauf ankommen soll, ob die Daten im Ausgangsverfahren verwertbar waren oder nicht und das Strafverfolgungsinteresse mithin das Beschuldigteninteresse überwogen hat.<sup>246</sup> Eine solche Wertung spielt für die Frage nach der Verwendung der Daten zum Zwecke der Abwehr von Gefahren keine Rolle. Vielmehr ist entscheidend, ob die Daten innerhalb einer rechtmäßig durchgeführten Maßnahme erlangt wurden oder ob sie rechtswidrig sind. Dies kann außerdem auch bezüglich echter Zufallsfunde beurteilt werden und erweitert somit den Anwendungsbereich der Verwendungsregelungen. Ob eine etwaige Rechtswidrigkeit innerhalb der Erhebungsmaßnahme dann so schwer wiegt, dass selbst eine zweckentfremdende Verwendung zu Gefahrenabwehrzwecken ausgeschlossen sein muss, muss die Verwendungsregelung beantworten. Im Gegensatz zu einer Unverwertbarkeit innerhalb des Polizeiverfahrens, die

---

<sup>243</sup> Das Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25.6.2021 (BGBl. I, S. 2099) hat § 479 Abs. 3 StPO nun aufgehoben. Damit ist § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO wieder anwendbar. Meyer-Goßner/Köhler, § 100e Rn. 21, § 479 Rn. 11 meint, es spreche nichts dagegen „dem spezielleren § 100e Abs. 6 schon im geltenden Recht den Vorrang einzuräumen.“

<sup>244</sup> BGBl. I S. 3202, Berichtigung vom 01.11.2017 BGBl. I S. 3630.

<sup>245</sup> Damit ist § 100e Abs. 6 Nr. 2 StPO wieder anwendbar.

<sup>246</sup> Dies auch kritisierend *Löffelmann*, NJW 2005, 2033 (2036), der allerdings keine Ausführungen dazu macht, dass es sehr wohl darauf ankommt, ob die Daten rechtmäßig oder rechtswidrig erlangt sind, weil sich eine etwaige Rechtswidrigkeit innerhalb der Verwendung fortsetzt.

durchaus Indizwirkung für das Strafverfahren haben kann, ist eine solche Indizwirkung im umgekehrten Fall nicht gegeben. Eine Verwertung zum Zwecke der Strafverfolgung ist nur deutlich eingeschränkter möglich als eine Verwertung zur Gefahrenabwehr.<sup>247</sup>

(3) *Verwendung personenbezogener Daten aus dem Kernbereich zur allgemeinen Gefahrenabwehr?*

Darüber hinaus erstreckt § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO die Verwendung auch auf solche Daten „nach § 100d Abs. 5 Satz 1 zweiter Halbsatz“ und damit auf Daten, die aufgrund eines Zeugnisverweigerungsrechts gem. § 53 StPO nicht hätten erhoben werden dürfen, da sie kernbereichsrelevant sind. Eine Verwertung dieser Daten zu Strafverfolgungszwecken ist gem. § 100d Abs. 5 Satz 1 zweiter Halbsatz i. V. m. Abs. 2 Satz 1 StPO absolut unzulässig. § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO erlaubt jedoch eine Verwendung dieser Daten zum Zwecke der Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Lebensgefahr, einer dringenden Gefahr für Leib oder Freiheit einer Person sowie für die Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder einer dringenden Gefahr für Gegenstände von bedeutendem Wert. Diese Verwendungsbefugnis ist bezüglich unverwertbarer bzw. rechtswidriger Daten, die nicht aus einem Menschenwürdeverstoß stammen, zu diskutieren, geht mit Blick auf solche Daten, deren Erlangung eine Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung und damit der Menschenwürde darstellt, aber deutlich zu weit.<sup>248</sup>

(a) Unmittelbare Lebensgefahr

So mag eine Verwendung kernbereichsrelevanter Daten im Hinblick auf eine unmittelbare Lebensgefahr zwar geboten sein, eine Verwendung solcher Daten zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder Freiheit einer Person ist jedoch nicht mehr gerechtfertigt.<sup>249</sup> Vielmehr würde der vom Gesetzgeber absolut gewährte Vertrauensschutz gegenüber gewissen Berufsgruppen unverhältnismäßig entwertet.<sup>250</sup>

---

<sup>247</sup> Siehe S. 190 ff.

<sup>248</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 47.

<sup>249</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 48; *ders.*, in: FS Küper, 707 (714). Auch der *AE-EV*, § 150e Abs. 3 StPO-E, 67f. beschränkt die Verwendung solcher Daten, die unter Verstoß gegen die Menschenwürde erlangt wurden, auf den Zweck der Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr.

<sup>250</sup> Dies ebenfalls kritisierend: SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 47.



Aber auch bezogen auf die Lebensgefahr sieht § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO keine Beschränkung auf eine unmittelbare Lebensgefahr vor, sondern schränkt die Lebensgefahr nur durch die Etablierung einer Einzelfallprüfung ein. Eine solche Einzelfallprüfung ist jedoch nicht in der Lage, den Gefahrengrad zu ersetzen und damit sicherzustellen, dass eine Verwendung wirklich nur im Falle der erhöhten Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts mit besonderem Ausmaß, also einer Notsituation, in der der Staat aufgrund seiner grundrechtlichen Schutzpflicht zum Handeln verpflichtet ist, stattfindet.<sup>251</sup> § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO müsste zumindest um den Gefahrengrad einer dringenden Lebensgefahr ergänzt werden, da zumindest in Bezug auf die akustische Wohnraumüberwachung auch Art. 13 Abs. 4 GG eine entsprechende Maßnahme zur Gefahrenabwehr nur bei einer solchen zulässt.<sup>252</sup> Angemessener erscheint mit Blick darauf, dass § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO sogar eine Verwendung solcher Zufallsfunde zulässt, deren Erlangung ein Menschenwürdeverstoß zugrunde liegt, der Gefahrengrad der unmittelbaren Lebensgefahr. Dasselbe muss für Daten aus einer Maßnahme nach § 100b StPO gelten. Die Eingriffsintensität ist mit dem der Datenerhebung aus der akustischen Wohnraumüberwachung vergleichbar, weshalb auch innerhalb der Verwendungsregelungen vergleichbare Maßstäbe gelten müssen. Darüber hinaus bedürfte es wohl einer Regelung, die deutlich macht, dass ein Ermessen über das Ob des Tätigwerdens der Polizeibehörden bei einer bestehenden unmittelbaren Lebensgefahr auf null reduziert ist.<sup>253</sup> Bei entsprechender Kenntnislage hat die entsprechende Polizeibehörde vielmehr tätig zu werden, und es stellt sich nicht allein die Frage nach einer Verwendungserlaubnis der Daten.

In Anbetracht der Tatsache, dass die Daten, die innerhalb des § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO genutzt werden sollen, aus einer besonders eingriffsintensiven Erhebungsmaßnahme stammen und schon die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde nur verhältnismäßig sein kann, wenn es sich um den Schutz gewichtiger Rechtsgüter handelt, muss eine Verwendungsbefugnis in Bezug auf rechtswidrige Zufallsfunde deutlich differenzierter ausgestaltet sein, als

---

<sup>251</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 60 und SK-StPO/Wefßlau/Puschke, § 479 Rn. 52 meinen aber, dass bei einer im Einzelfall bestehenden Gefahr deutlich würde, dass es sich um eine konkrete Gefahr handeln muss. Diese reiche jedoch nicht aus, da Art. 13 Abs. 4 GG eine dringende Gefahr fordere und diese über die konkrete Gefahr hinausgehe, da sie „nicht nur auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, sondern [...] auch auf das Ausmaß des Schadens Bezug“ nimmt.

<sup>252</sup> So auch SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 48, 52a. LR/Hauck, § 100e Rn. 80 liest aus der Lebensgefahr schon „einen konkreten Zustand [heraus], in dem aufgrund tatsächlicher Umstände die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des Todes besteht“.

<sup>253</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 57; ders., in: FS Rieß, 633 (647); W.-R. Schenke, JZ 2001, 997 (1004).

§ 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO es vorsieht. So erscheint es für die Frage nach der Angemessenheit der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zum Zwecke der Gefahrenabwehr notwendig zu differenzieren, welches Ausmaß eine solche Rechtswidrigkeit hat also ob es sich bei der Erlangung der Daten um einen Menschenwürdeverstoß, eine erhebliche oder lediglich um eine geringfügige Grundrechtsverletzung gehandelt hat. Je nach Eingriffsintensität erscheint dann eine Verwendung zum Schutze unterschiedlicher Rechtsgüter verhältnismäßig.<sup>254</sup> Eine solche Differenzierung sieht § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO nicht vor. Vielmehr spiegelt er die Wertung, dass die Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Lebensgefahr von gleicher Bedeutung ist wie die Abwehr einer dringenden Gefahr für Gegenstände von bedeutendem Wert.

(b) Art. 13 Abs. 4 GG als Grenze der Verwendung von Daten  
aus Wohnraumüberwachungsmaßnahmen zur Gefahrenabwehr

Die Grenze der gefahrenabwehrrechtlichen Verwendung der Daten, die durch eine rechtmäßige strafverfahrensrechtliche Wohnraumüberwachung erlangt worden sind, und damit die Grenze der Fälle des § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO, die die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde im Blick hat, definiert Art. 13 Abs. 4 GG. Danach dürfen technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur zur Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, eingesetzt werden. Nicht allein die polizeirechtlichen Erhebungsbefugnisse müssen an diesem Gesetzesvorbehalt gemessen werden, sondern auch solche Regelungen, die die Verwendung von Daten ermöglichen, die auf der Grundlage solcher Maßnahmen in einem anderen Verfahren erlangt wurden. Neben der Etablierung einer dringenden Gefahr müssen dann aber auch die Rechtsgüter, zu deren Schutz § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO eine Verwendung der Daten zulässt, an Art. 13 Abs. 4 GG orientiert sein.<sup>255</sup> Eine gemeine Gefahr meint dabei eine Gefahr für eine unbestimmte Anzahl an Personen oder Sachen<sup>256</sup> und wird in § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO als dringende Gefahr für Gegenstände von bedeutendem Wert, die der Versorgung der Bevölkerung dienen, die von kulturell herausragendem Wert sind oder die in § 305 Abs. 1 des Strafgesetzbuches genannt sind, verstanden.<sup>257</sup> Bei solchen Gegenständen von bedeutendem Wert, die der Versorgung der Bevölkerung dienen, ist insbesondere an Einrichtungen zur Gas-, Wasser- und Elektrizitätsversorgung

---

<sup>254</sup> Siehe die Ausführungen bei SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 52 ff.

<sup>255</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 60.

<sup>256</sup> Maunz/Dürig/Papier, Art. 13 Rn. 95.

<sup>257</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 46.

und zur medizinischen Grundversorgung zu denken.<sup>258</sup> Gefahren für solche grundlegenden Infrastrukturgüter haben auch unmittelbare Auswirkungen auf die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln und Wasser und stellen somit wohl unstrittig eine gemeine Gefahr im Sinne des Art 13 Abs. 4 GG dar. Auch die Verwendung der Daten für die Abwehr von Gefahren für Gegenstände von kulturell herausragendem Wert scheint mit dem Begriff der gemeinen Gefahr vereinbar zu sein, da diese immer auch einen bedeutenden Sachwert innehaben werden.<sup>259</sup> Fraglich ist jedoch, ob alle Fälle des § 305 Abs. 1 StGB wirklich Rechtsgüter darstellen, die vom Begriff der gemeinen Gefahr umfasst sind. So erscheint dies insbesondere bei einem Gebäude oder einem Schiff zumindest ohne weitere Qualifikation nicht zwingend.<sup>260</sup> Brücken, Dämme, gebaute Straßen oder eine Eisenbahn sind hingegen erneut infrastrukturelle Allgemeingüter, die bei Beschädigung nicht nur einen immensen Sachschaden bedeuten, sondern auch Auswirkungen auf die Versorgung der Bevölkerung haben. Sie fallen somit unter den Begriff der gemeinen Gefahr und rechtfertigen bei einer entsprechenden Gefahr für eine solche eine Verwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten, wenn auch nicht im Fall von Daten, die aufgrund eines Menschenwürdeverstoßes erlangt worden sind. Aufgrund ihrer breiten Bedeutung für eine Vielzahl an Personen und damit einer Betroffenheit der Allgemeinheit in bedeutendem Ausmaß erscheint eine Verwendung zur Abwehr einer für diese Rechtsgüter bestehenden Gefahr bei einer zugrunde liegenden erheblichen Grundrechtsverletzung aber als angemessen. Sie werden mit der Verwendungserlaubnis zum Zwecke der Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit abgedeckt. Diesbezüglich bedürfte es jedoch einer entsprechend differenzierten und damit bestimmten Rechtsgrundlage. Weder dieser Anforderung noch der Anforderung, eine Umgehung der Voraussetzungen innerhalb des neuen Verfahrens zu verhindern, wird § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO gerecht.

cc) §§ 479 Abs. 3 Nr. 2 und 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO

Darauf aufbauend soll § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 StPO, der § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO entspricht und die Verwendung verwertbarer, durch eine Maßnahme nach den §§ 100b oder 100c StPO erlangten personenbezogenen Daten auch auf die Abwehr einer im Einzelfall bestehenden dringenden Gefahr für sonstige bedeutende Vermögenswerte erstreckt, näher betrachtet werden. Er ist mit § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO wortgleich und sorgt somit für eine weitere, diesmal aber widerspruchsfreie Doppelregelung. Er

---

<sup>258</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 46; LR/Hauck, § 100e Rn. 80.

<sup>259</sup> A.A.: SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 46.

<sup>260</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 46.

sieht sich mithin auch derselben Kritik ausgesetzt wie schon § 100e Abs. 6 Nr. 2 Satz 2 StPO. Er nimmt explizit auf § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO Bezug und umfasst damit solche Gefahren für bedeutende Vermögenswerte, die gerade außerhalb der Fälle der Nr. 1 liegen. Da die Qualifikation des § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO wohl gerade den Anforderungen des Art. 13 Abs. 4 GG gerecht werden will und § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 StPO nun den Anwendungsbereich bewusst darüber hinaus ausdehnt, ist er wohl von dem Gesetzesvorbehalt des Art. 13 Abs. 4 GG, der eine präventive Wohnraumüberwachung nur zur Abwehr gemeiner Gefahren erlaubt, nicht mehr umfasst.<sup>261</sup> Der Begriff der sonstigen bedeutenden Vermögenswerte ist ferner so unbestimmt, dass er den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Verwendungsbefugnis, die die Verwendung solcher Daten ermöglicht, die aus einer derart eingriffsintensiven Maßnahme stammen, nicht gerecht wird.<sup>262</sup> Eine Verwendung selbst verwertbarer bzw. rechtmäßiger Daten nach § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 StPO ist demnach rechtswidrig.<sup>263</sup> Auch die Etablierung des Erfordernis einer dringenden Gefahr kann daran nichts ändern.

dd) §§ 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und 101a Abs. 4 Nr. 2 StPO

Im Fall des § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StPO ergibt sich erneut eine Doppelregelung mit dem nicht, wie zunächst geplant<sup>264</sup>, gestrichenen § 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO. Allerdings erstreckt § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StPO im Gegensatz zu § 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO die Verwendungsbefugnis auch auf sogenannte Standortdaten nach § 100g Abs. 1 Satz 3 StPO, weshalb auch hier davon ausgegangen werden kann, dass § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StPO die Regelung aus § 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* ersetzt.<sup>265</sup>

Nachdem § 479 StPO jedoch ausdrücklich zum Ziel hatte, Verwendungsregelungen zu bündeln<sup>266</sup>, ist insbesondere nicht nachzuvollziehen, warum der Gesetzgeber nicht auch eine inhaltliche Anpassung und Vereinheitlichung der Verwendungsregelungen vorgenommen hat. Im Gegenteil erlaubt § 479

---

<sup>261</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 46. A.A.: SK-StPO/Weßlau/Puschke, § 479 Rn. 54, 43, der bei einer Gefahr für „einen Vermögensverlust großen Ausmaßes [...] mit mindestens 50.000 Euro“ eine Verwendung verwertbarer Daten zur Gefahrenabwehr für verhältnismäßig hält.

<sup>262</sup> SK-StPO/Weßlau/Puschke, § 479 Rn. 54.

<sup>263</sup> SK-StPO/Wolter, § 100d Rn. 60. A.A.: LR/Hauck, § 100e Rn. 80.

<sup>264</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 8.

<sup>265</sup> Meyer-Goßner/Köhler, § 479 Rn. 11 spricht missverständlich von einem Anwendungsvorrang. Die Vorschriften sind vom Wortlaut her deckungsgleich.

<sup>266</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 64.

Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StPO nun die Verwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Verkehrsdaten zum Zwecke der Abwehr von Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder den Bestand des Bundes oder eines Landes und setzt erneut voraus, dass die Daten im Ausgangsverfahren verwertbar waren.<sup>267</sup> Er steht demnach im Widerspruch zur Verwendungsregelung des § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO, obwohl er zum großen Teil dieselben Rechtsgüter im Blick hat. Dabei ist kritisch zu hinterfragen, ob die Erhebung von Verkehrsdaten überhaupt verhältnismäßig sein kann<sup>268</sup>; jedoch wird man davon ausgehen müssen, dass, so lange eine solche Erhebung von Gesetzes wegen zulässig ist, die Verwendung der daraus hervorgehenden Daten zum Zwecke der Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht ebenfalls zumindest von Gesetzes wegen möglich sein muss. Das gilt in dieser Allgemeinheit wohl selbst dann, wenn solche Verkehrsdaten außerhalb der gesetzlichen Grenzen erlangt worden und damit rechtswidrig und im Ausgangsverfahren unverwertbar sind. Das zeigt einmal mehr, dass es einer grundlegenden Verwendungsbefugnis bedürfte, die gerade in Bezug auf den Verwendungszweck und die der Erlangung der Daten zugrunde liegenden Eingriffsintensität entscheidet, ob eine Zweckänderung der Daten zulässig ist oder nicht.

Diese Uneinheitlichkeit setzt sich fort, indem § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StPO eine konkrete Gefahr statt einer wie in § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 StPO verlangten dringenden Gefahr voraussetzt und die Verwendung zur Abwehr einer dringenden Gefahr für Gegenstände von bedeutendem Wert nicht ermöglicht. Das *BVerfG* hat eine Verwendung von Verkehrsdaten zur Abwehr von konkreten Gefahren für Leib, Leben, Freiheit einer Person, für den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder zur Abwehr einer gemeinen Gefahr als verhältnismäßig angesehen.<sup>269</sup> Dabei betont es sogar, dass „die diesbezüglichen Ausführungen des Senats zu den Anforderungen an Online-Durchsuchungen [...] hier entsprechend [gelten]“<sup>270</sup>. Das bedeutet, dass die Anforderungen bezüglich der Verwendung von Daten aus einer Online-Durchsuchung und aus einer Verkehrsdatenerhebung dieselben sein müssten. Da diese Anforderungen der Rechtsprechung sich wiederum mit den Grenzen des Art. 13 Abs. 4 GG decken und gerade § 479 Abs. 3

---

<sup>267</sup> A.A.: LR/*Hauck*, § 101a Rn. 38, der meint, dass die Verwertbarkeit für die Verwendung zur Gefahrenabwehr keine Voraussetzung sei und dabei auf die Stellungnahme des Rechtsausschusses verweist (BT-Drucks. 15/5486, S. 27), die in der Form nicht existiert. Das widerspricht auch dem nun eindeutigen Wortlaut des § 479 Abs. 3 Nr. 3 StPO.

<sup>268</sup> Siehe *Puschke*, in: FS Eisenberg, 695 (703 ff.); Bundesnetzagentur, Verkehrsdatenspeicherung, Mitteilung zur Speicherverpflichtung nach § 113b TKG.

<sup>269</sup> BVerfGE 125, 260 (330).

<sup>270</sup> BVerfGE 125, 260 (330).

Nr. 3 StPO eine Verwendung zur Abwehr einer dringenden Gefahr für sonstige bedeutende Gegenstände von bedeutendem Wert nicht vorsieht, spricht dies ebenfalls dafür, dass § 479 Abs. 3 Nr. 1 StPO unverhältnismäßig weit ist und mithin nicht angewendet werden darf.

Nimmt man diese Wertung der Rechtsprechung, kombiniert mit der verfassungsrechtlichen Grenze einerseits und der durch die Gleichstellung von Wohnraumüberwachung und Online-Durchsuchung entstandenen Wertung des Gesetzgebers andererseits, ernst, erscheint es widersprüchlich, dass § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 StPO sich in seinem Verwendungsumfang bezüglich der zu schützenden Güter unterscheidet. Vielmehr müsste § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StPO zumindest auf die Verwendung zur Abwehr von konkreten Gefahren für die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder einer dringenden Gefahr für Gegenstände von bedeutendem Wert, die der Versorgung der Bevölkerung dienen, die von kulturell herausragendem Wert sind oder die in § 305 Absatz 1 des Strafgesetzbuches genannt sind, erweitert werden. Dann müsste aber auch § 479 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 StPO eine dringende Gefahr voraussetzen. Eine konkrete Gefahr stellt zwar sicher, dass es konkreter Tatsachen bezüglich einer Gefahr bedarf<sup>271</sup>, sie erfordert aber nicht ein befürchtetes Ausmaß von gewisser Größe für das Rechtsgut.<sup>272</sup>

Besser erscheint jedoch (zumindest *de lege ferenda*) auch hier eine differenzierte Unterscheidung der Verwendungsbefugnis, orientiert an der zugrunde liegenden Eingriffsintensität der Erlangung der Daten und dem zu schützenden Rechtsgut.

### **3. Datenverwendung strafverfahrensrechtlich erlangter Daten innerhalb eines anderen Strafverfahrens**

Zuletzt sollen solche Verwendungsregelungen kritisch betrachtet werden, die die Verwendung strafverfahrensrechtlicher Zufallsfunde in anderen Strafverfahren ermöglichen. Es handelt sich dabei immer um ein neues Strafverfahren und die Verfolgung einer anderen prozessualen Tat, unter Umständen auch bezüglich eines anderen Beschuldigten.<sup>273</sup> Solche Regelungen sehen der neu geregelte § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 StPO und der nach wie vor bestehende § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO vor.

---

<sup>271</sup> SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 55.

<sup>272</sup> So auch SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 52 f., der davon spricht, dass eine dringende Gefahr die konkrete Gefahr miteinschließt und nicht umgekehrt.

<sup>273</sup> LR/*Hauck*, § 100e Rn. 71; MüKo-StPO/*Günther*, § 100d Rn. 35; MüKo-StPO/*Singelstein*, § 477 Rn. 32; Radtke/*Hohmann*, § 477 Rn. 4.

## a) § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V.m. § 161 Abs. 3 StPO

§ 479 Abs. 2 Satz 1 StPO, der auf § 161 Abs. 3 StPO verweist, entspricht inhaltlich dem früheren § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F.<sup>274</sup>

Er regelt die weitere Verwendung von „erlangten personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren“ und differenziert nicht in verwertbare oder unverwertbare Daten. Dabei ließe der systematische Vergleich zu § 479 Abs. 2 Satz 2 StPO, der die Verwertbarkeit explizit zu einer Voraussetzung macht, den Umkehrschluss zu, dass gerade auch die erlangten unverwertbaren personenbezogenen Daten von der Verwendung in einem weiteren Strafverfahren umfasst sein sollen. Ein solches Verständnis hätte jedoch zur Folge, dass eine Anwendung der Norm auf echte Zufallsfunde nicht möglich wäre, da in einem solchen Fall die Verwertbarkeit nicht bestimmbar ist.<sup>275</sup> Dass der Gesetzgeber § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V.m. § 161 Abs. 3 StPO nur auf unechte Zufallsfunde anwenden wollte, ist nicht ersichtlich, weshalb die Normen, wenn überhaupt, dahingehend auszulegen wären, dass sowohl die Verwendung rechtmäßiger als auch rechtswidriger Zufallsfunde erlaubt ist. Jedoch wird, wie schon im Fall des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F., mit dem Blick auf den Wortlaut ebenso wenig deutlich, ob der Gesetzgeber nur von der Verwendbarkeit rechtmäßiger Zufallsfunde ausgeht oder ob er auch die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde erlauben wollte. Da es sich bei der Verwendung gem. § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V.m. § 161 Abs. 3 StPO aber um eine Verwendung von strafverfahrensrechtlich erlangten Zufallsfunden in einem anderen Strafverfahren handelt, ist ausschließlich eine Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde verhältnismäßig. Die Verwendung zum Zwecke der rein nachträglichen Strafverfolgung, die vornehmlich repressiven Charakter hat, kann die Eingriffsintensität, die der Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde zugrunde liegt, nicht rechtfertigen. § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V.m. § 161 Abs. 3 StPO ist somit dahingehend auszulegen, dass er ausschließlich eine Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde erlaubt.<sup>276</sup>

Schon § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a.F. sowie nun auch § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO mit seinem Verweis auf § 161 Abs. 3 StPO regeln darüber hinaus ausschließlich die Verwendung erlangter personenbezogener Daten „zu Beweis Zwecken“ in anderen Strafverfahren. Ein Erstrecken der Voraussetzungen auf die Verwendung als Ermittlungsansatz blieb in letzter Konsequenz des Gesetzgebungsverfahrens zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680

<sup>274</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 64.

<sup>275</sup> Siehe S. 175 ff.

<sup>276</sup> SK-StPO/Weyblau/Puschke, § 479 Rn. 34; MüKo-StPO/Singelstein, § 477 Rn. 27. A.A.: BGHSt 54, 69 (88 f. Rn. 50 f.).

im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 aus. Eine solch unterschiedliche Behandlung der Verwendung zu Beweis Zwecken und der Verwendung als Ermittlungsansatz ist jedoch verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. § 474 Abs. 1 StPO kann den in der Verwendung als Ermittlungsansatz liegenden Eingriff nicht rechtfertigen<sup>277</sup>. Die Verwendung als Ermittlungsansatz in den Fällen des § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO ist als verfassungswidrig abzulehnen. Wie schon bei § 161 Abs. 3 StPO gleichermaßen erörtert<sup>278</sup>, müsste der Zusatz des „zu Beweis Zwecken“ gestrichen werden. Solange es zu einer solchen Streichung durch den Gesetzgeber nicht gekommen ist, kann die Verwendung rechtmäßiger Zufallsfunde, die aus einer Maßnahme nach der StPO resultieren, als Ermittlungsansatz innerhalb eines neuen Strafverfahrens aufgrund einer fehlenden verfassungsmäßigen Ermächtigungsgrundlage nicht stattfinden.<sup>279</sup> § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO kann jedoch aufgrund des innerhalb des Gesetzgebungs Vorgangs deutlich gewordenen entgegenstehenden Willens des Gesetzgebers auch nicht verfassungsgemäß ausgelegt werden.<sup>280</sup>

b) § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO

§ 479 Abs. 3 Satz 1 StPO macht mit seinem Zusatz „neben den in Abs. 2 Satz 1 genannten Zwecken“ deutlich, dass die Verwendung von durch eine Maßnahme nach §§ 100b, 100c oder 100g Abs. 2 StPO erlangten personenbezogenen Daten nicht nur zur Gefahrenabwehr zulässig sein soll, sondern auch für andere Strafverfahren. Eine solche Verwendung solcher bereichsspezifischen Zufallsfunde regeln nach wie vor die §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 StPO. Fraglich ist nun, ob der Verweis des § 479 Abs. 3 Satz 1 StPO dahin zu verstehen ist, dass bei der Anwendung der §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 StPO neuerdings die Vo-

---

<sup>277</sup> MüKo-StPO/Singelstein, § 477 Rn. 35.

<sup>278</sup> Siehe S. 213 ff.

<sup>279</sup> HK-StPO/Zöller, § 161 Rn. 32, der ebenso kritisiert, dass weder § 161 Abs. 2 StPO a. F. noch § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F. eine solche Rechtsgrundlage darstellen. A. A.: SK-StPO/Weßlau/Puschke, § 479 Rn. 37, der wohl eine Verwendung als Ermittlungsansatz ohne Verwendungsbefugnis zulässt, auf eine solche Verwendung jedoch die Voraussetzungen des § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO anwendet; Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (887 f.); MüKo-StPO/ders., § 477 Rn. 35, der § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO a. F. entsprechend anwenden will, indem er auch eine Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz unter eine Verwendung zu Beweis Zwecken subsumiert und die Norm somit auf die unmittelbare wie die mittelbare Verwendung erstreckt.

<sup>280</sup> Siehe auch die Ausführungen auf S. 213 ff. A. A.: Singelstein, ZStW 120 (2008), 854 (887 f.); MüKo-StPO/ders., § 477 Rn. 35.



raussetzungen des § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO zu beachten sind.<sup>281</sup> Das hätte zur Folge, dass sich §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 StPO entgegen ihrer bisherigen Reichweite, nur auf die Verwendung zu Beweis Zwecken erstrecken würden.

Ein solches Verständnis ist zwar verfassungsrechtlich angreifbar und steht der Rechtsprechung des *BVerfG* entgegen<sup>282</sup>, es erscheint auf den ersten Blick jedoch systematisch durchaus konsequent, da die Frage nach der Eingriffsintensität der unmittelbaren und der mittelbaren Verwendung nicht von dem Eingriff abhängt, der der Erlangung der Daten zugrunde liegt.<sup>283</sup> Diese beeinflusst die Eingriffsintensität sowohl der unmittelbaren als auch der mittelbaren Verwendung vielmehr in gleichem Maße. Eine Verwendungsregelung, die sich mit der Verwendung strafverfahrensrechtlicher Zufallsfunde innerhalb eines neuen Strafverfahrens beschäftigt, auf die Verwendung von Ermittlungsansätzen zu erstrecken und dies bei einer anderen Verwendungsregelung nicht zu tun, entbehrt damit jeder Grundlage. Es kommt vielmehr darauf an, ob man der Meinung ist, dass die Eingriffsintensität der Verwendung zu Beweis Zwecken und der Verwendung als Ermittlungsansatz vergleichbar ist oder nicht. Entsprechend hält man es dann für zwingend notwendig, die Verwendungsregelung auch auf die Verwendung als Ermittlungsansatz zu erstrecken, oder lässt eine weniger bestimmte Verwendungsregelung dafür ausreichen. Ginge man außerdem davon aus, dass das weitere Bestehen der §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 StPO, die innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens eigentlich gestrichen werden sollten<sup>284</sup>, lediglich ein Redaktionsversehen war, wäre ein solches Verständnis sogar zwingend. § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO würde dann die einzige Regelung darstellen, die eine Verwendung von strafverfahrensrechtlichen Zufallsfunden innerhalb eines anderen Strafverfahrens regeln sollte.

Betrachtet man das Gesetzgebungsverfahren, ist ein solches Redaktionsversehen jedoch zumindest mit Blick auf §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 3 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 5 StPO auszuschließen.<sup>285</sup> Vielmehr kann

---

<sup>281</sup> Das legt auch der Hinweis des Gesetzgebers innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens nahe, der in BT-Drucks. 19/4671, S. 59 f. klarstellt, dass „der Regelungsgehalt [des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO] zur Verwendung der durch eine Maßnahme nach §§ 100b StPO oder 100c StPO erlangten personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren [...] sich nun in § 479 Absatz 2 Satz 1 StPO-E [findet].“

<sup>282</sup> BVerfGE 109, 279 (377).

<sup>283</sup> Siehe schon S. 128.

<sup>284</sup> BT-Drucks. 19/4671, S. 7.

<sup>285</sup> In BT-Drucks. 19/11190 wird auf S. 3 bewusst die noch in BT-Drucks. 19/4671, S. 7 vorgesehene Aufhebung des § 100e Abs. 6 StPO wieder rückgängig gemacht.

grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die in §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 3 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 5 StPO bereichsspezifischen Verwendungsregelungen gerade erhalten wollte.<sup>286</sup> Die Rücknahme des gänzlich neuen § 161 Abs. 3 und Abs. 4 StPO durch den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz<sup>287</sup> hatte wohl ebenfalls zur Folge, dass §§ 100e Abs. 6 und 101a Abs. 4 und Abs. 5 StPO bewusst nicht zurückgenommen worden sind.<sup>288</sup> So hat das *BVerfG* außerdem, entgegen der vorstehenden Ausführungen, für notwendig erachtet, bei der Verwendung solcher Daten, die aus einer besonders eingriffsintensiven Maßnahme herrühren, die Voraussetzungen gerade auch auf die Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz zu erstrecken.<sup>289</sup> Der Gesetzgeber ist diesem Erfordernis, indem er den Zusatz „zu Beweis Zwecken“ gestrichen hat, im Ergebnis nachgekommen.<sup>290</sup> Dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass sich daran etwas geändert hat, ist dem aktuellen Gesetzgebungsverfahren nicht zu entnehmen. So wird man wohl den Wortlaut des § 479 Abs. 3 Satz 1 StPO so verstehen müssen, dass der Gesetzgeber lediglich auf die weiteren möglichen Verwendungszwecke verweisen wollte, nicht aber die Voraussetzungen des § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO i. V. m. § 161 Abs. 3 Satz 1 StPO auf §§ 100e Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 3 und 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 5 StPO für anwendbar erklären wollte.

Das hat zur Folge, dass auch § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO nach wie vor alle seine Voraussetzungen konsequenterweise sowohl auf die Verwendung zu Beweis Zwecken als auch auf die Verwendung als Ermittlungsansatz erstreckt.<sup>291</sup> Damit fehlt es zwar nach wie vor an der geforderten Einheitlichkeit<sup>292</sup> innerhalb der Verwendungsregelungssystematik, die bezüglich der unmittelbaren und der mittelbaren Verwendung zu befürwortende Vorschrift des § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO bleibt jedoch bestehen.<sup>293</sup> Lediglich innerhalb des § 100e Abs. 6 Satz 1 StPO müsste es zur Erstreckung der Anwendbarkeit

---

<sup>286</sup> Dann sind aber auch die Ausführungen des Gesetzgebers innerhalb von BT-Drucks. 19/4671, S. 59 f. obsolet. Siehe auch Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100e Rn. 21.

<sup>287</sup> BT-Drucks. 19/11190, S. 3, 10.

<sup>288</sup> BT-Drucks. 19/11190, S. 10; SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 50.

<sup>289</sup> BVerfGE 109, 279 (377).

<sup>290</sup> BT-Drucks. 15/4533, S. 18; allerdings verkennt er dabei, wie *Wolter*, in: SK-StPO § 100d Rn. 35 zutreffend betont, dass es dem BVerfG nicht darum ging, die Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz zu erlauben, sondern diese unter die gleichen einschränkenden Voraussetzungen zu stellen wie schon die Verwendung zu Beweis Zwecken.

<sup>291</sup> Dies ebenso befürwortend: SK-StPO/*Wolter*, § 100d Rn. 35; *Glaser/Gedeon*, GA 2007, 415 (435).

<sup>292</sup> Siehe S. 240 f.

<sup>293</sup> Meyer-Goßner/*Köhler*, § 100e Rn. 21.

der Regelung sowohl auf die echten als auch auf die unechten Zufallsfunde, „die durch rechtmäßige Maßnahmen nach den §§ 100b und 100c erlangten personenbezogenen Daten“ heißen, statt die Verwertbarkeit der Daten zur Voraussetzung zu machen.<sup>294</sup> Dasselbe gilt für § 101a Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 StPO.

---

<sup>294</sup> Siehe die entsprechenden Ausführungen auf S. 173 ff.

## I. Verwendungsregelungen de lege ferenda

Da es dem Gesetzgeber, wie nunmehr gezeigt, durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679<sup>1</sup> vom 25.11.2019 – entgegen seinem ausdrücklich geäußerten Willen – erneut nicht gelungen ist, die Verwendungsregelungen zu harmonisieren oder zu bündeln, soll sich an die Kritik an diesen Vorschriften und an die bereits konkretisierten Ansatzpunkte für ihre jeweilige Einzelreform oder teleologische Reduktion ein Gesetzesvorschlag mit dem Anspruch auf mehr Rechtsklarheit und -bestimmtheit anschließen. Er mag am Ende der Untersuchung einen weiteren Anstoß zur Diskussion bieten.

### I. Systematische Einordnung

Jenseits der Sachkritik macht schon die nach wie vor aktuelle Verteilung der Normen über die gesamte StPO und die Komplexität der einzelnen Normen mit ihren Verweisungen, die für den Rechtsanwender kaum noch nachvollziehbar sind, eine Bündelung und Vereinfachung der Regelungen zur Erhöhung von Rechtsklarheit und -sicherheit dringend notwendig<sup>2,3</sup>. In erster Linie fehlt es an einer konsequenten Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs innerhalb aller Verwendungsregelungen zur Vermeidung der Umgehung bereichsspezifischer, verfassungsabsichernder Voraussetzungen. Auch eine einheitliche Linie, die den neuen Verwendungszweck im Blick hat und eine einheitliche Abwägung zwischen den Interessen vornimmt, ist nicht zu erkennen. Die neuen Vorschriften (§§ 150c-150e StPO-E) sollen die bis-

---

<sup>1</sup> BGBl. I S. 1724.

<sup>2</sup> Einerseits bedarf es einer klaren Differenzierung innerhalb des Wortlauts bzgl. der Verwendung und Verwertung. Noch besser wäre innerhalb der Verwendungsregelungen eine Unterscheidung in rechtmäßige und rechtswidrige Daten, um die Regelungen auf die unechten wie die echten Zufallsfunde zu erstrecken. Eine konsequente Etablierung des hypothetischen Ersatzeingriffs soll sicherstellen, dass die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlagen innerhalb der neuen Verfahren beachtet werden. Darüber hinaus ist es notwendig, aufgrund der gleichgewichtigen Eingriffsintensität der Verwendung zu Beweis Zwecken/zu Sachführung und der Verwendung als Ermittlungs-/Spurenansatz die Voraussetzungen der Verwendungsregelungen sowohl auf die unmittelbare als auch die mittelbare Verwendung zu erstrecken.

<sup>3</sup> Das ebenfalls fordernd: *Schumacher*, 200.

herigen Verwendungsregelungen (§§ 100e Abs. 6, 101a Abs. 4 und Abs. 5, 161 Abs. 3, 479 Abs. 2 und Abs. 3 StPO) ersetzen. Aufgrund ihres direkten Einflusses auf die Verfügbarkeit von Informationen bei (weiteren) strafverfahrensrechtlichen Ermittlungen (im Falle des § 150d StPO-E auf den Transport strafprozessualer Daten in ein Polizeiverfahren), aber auch angesichts der Tatsache, dass sie der gleichen Regelungssystematik folgen wie die oben vorgeschlagenen Verwertungsbefugnisse, sollen sie sich systematisch direkt an die entsprechenden §§ 150–150b StPO-E anschließen.

## II. Gesetzesvorschlag

### *§ 150c Verwertungsbefugnisse bei strafverfahrensrechtlichen Zufallsfunden zu strafverfahrensrechtlichen Zwecken*

(1) <sup>1</sup>Sind personenbezogene Daten durch eine nach diesem Gesetz rechtmäßig angeordnete und durchgeführte Maßnahme erlangt worden, dürfen sie ohne Einwilligung<sup>4</sup> der insoweit betroffenen Personen in einem anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung einer Straftat, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach diesem Gesetz angeordnet und durchgeführt werden könnte oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person, verwendet werden.<sup>5</sup> <sup>2</sup>Personenbezogene Daten, die durch eine in Ansehung dieses Gesetzes rechtswidrig angeordnete und durchgeführte Maßnahme erlangt worden sind, dürfen nur mit Einwilligung<sup>6</sup> der insoweit betroffenen Personen in einem anderen Strafverfahren nach Satz 1 verwendet werden. <sup>3</sup>Dies gilt nicht, wenn die Daten durch eine Verlet-

---

<sup>4</sup> Zur Vereinheitlichung des Gesetzestexts innerhalb einer Gesamtreform der StPO müsste einheitlich von „Zustimmung“ gesprochen werden. Da eine Intention des Gesetzgebers bezüglich der Verwendungsregelungen der Datenschutz war und in diesem Bereich die „Einwilligung“ eine Rechtfertigungsgrundlage darstellt, sprechen die Verwendungsregelungen der StPO jedoch immer von „Einwilligung“ und nicht, wie die Verwertungsverbote (bspw. § 136a Abs. 3 S. 2 StPO) von „Zustimmung“. Um eine zu große Entfernung vom ursprünglichen Gesetzeswortlaut zu vermeiden und zumindest einen Gleichlauf der Begriffspaare „Verwendung – Einwilligung“ und „Verwertung – Zustimmung“ zu erreichen, wird hier erneut der Begriff „Einwilligung“ gewählt und innerhalb der Verwertungsbefugnisse der Begriff „Zustimmung“ erhalten (siehe S. 136 ff.).

<sup>5</sup> Das Gesetz sieht keine Abschichtung der der Erlangung der Zufallsfunde zugrunde liegenden Eingriffsintensität vor, da eine solche durch den hypothetischen Ersatzeingriff berücksichtigt wird. Dieser stellt sicher, dass Zufallsfunde, die aus einer eingriffsintensiven Erhebungsmaßnahme stammen, nur für vergleichbare Zwecke, also zur Verfolgung vergleichbarer Straftaten verwendet werden dürfen. Der Verwendungszweck muss die Eingriffsintensität der Erlangung rechtfertigen.

<sup>6</sup> Entgegen SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 28 ist die Rechtsgrundlage für die Verwendung nicht die Einwilligung selbst, sondern die Ermächtigungsgrundlage. Damit ist eine Regelung, die eine Einwilligung des Betroffenen vorsieht, auch mit Art. 8 der Richtlinie (EU) 2016/680 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27.06.2016 vereinbar.

zung der Würde des Menschen oder eines anderen Grundrechts in seinem Würdegehalt erlangt worden sind.

(2) Absatz 1 gilt für die unmittelbare und die mittelbare Verwendung.

*§ 150d Verwendungsbefugnisse bei strafverfahrensrechtlichen Zufallsfunden zu gefahrenabwehrrechtlichen Zwecken*

(1) Sind personenbezogene Daten durch eine nach diesem Gesetz rechtmäßig angeordnete und durchgeführte Maßnahme erlangt worden, dürfen sie ohne Einwilligung der insoweit betroffenen Personen zu Zwecken der Gefahrenabwehr verwendet werden, wenn sie dafür durch eine entsprechende Maßnahme nach den für die zuständige Stelle geltenden Gesetzen erhoben werden könnten.

(2) Sind personenbezogene Daten durch eine in Ansehung dieses Gesetzes rechtswidrig angeordnete und durchgeführte Maßnahme erlangt worden, die die Würde des Menschen oder ein anderes Grundrecht in seinem Würdegehalt verletzt hat (§ 150 Abs. 1 StPO-E), so ist die zuständige Stelle auch ohne Einwilligung<sup>7</sup> der von der Maßnahme betroffenen Personen verpflichtet<sup>8</sup>, sie zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr<sup>9</sup> zu verwenden.<sup>10</sup>

(3) Sind personenbezogene Daten durch eine in Ansehung dieses Gesetzes rechtswidrig angeordnete und durchgeführte Maßnahme erlangt worden, die ein Grundrecht erheblich verletzt hat (§ 150a Abs. 2 StPO-E), dürfen sie ohne Einwilligung der insoweit betroffenen Personen unbeschadet des in Absatz 2 bezeichneten Zweckes auch zur Abwehr einer dringenden Gefahr für das Leben, die körperliche Unversehrtheit oder Freiheit einer Person oder für die öffentliche Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes verwendet werden, wenn sie dafür durch eine entsprechende Maßnahme nach den für die zuständige Stelle geltenden Gesetzen erhoben werden könnten.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Eine Einwilligung stellt keine, wie unter G. III. 1. b) aa) festgestellt, (unzulässige) Einwilligung in einen Menschenwürdeverstoß dar, da die Verwendung eines auf einem Menschenwürdeverstoß basierenden Zufallsfundes zur Abwehr einer Lebensgefahr, wie unter H. I. 1. b) cc) (3) (b) (aa) dargestellt, keinen eigenen Menschenwürdeverstoß begründet. Eine solche Einwilligung wird hier auch nicht benötigt. Der Staat muss zur Wahrung seiner staatlichen Schutzpflichten sogar ohne Einwilligung tätig werden.

<sup>8</sup> Mit dieser Formulierung wird deutlich, dass sich hinsichtlich der Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr das Ermessen der Polizeibehörden auf Null reduziert.

<sup>9</sup> Siehe *AE-EV*, § 150e Abs. 3 StPO-E, 67f. A.A.: *AE-Europol und europäischer Datenschutz*, Art. 26 Abs. 2 Satz 4; 13.

<sup>10</sup> Einer Regelung des hypothetischen Ersatzeingriffs bedarf es hier gerade nicht, da es sich um Informationen aus Maßnahmen handelt, die wie im Fall der Rettungsfolter nicht durch eine entsprechende polizeirechtliche Maßnahme hätten erhoben werden können. Im Falle der unmittelbaren Lebensgefahr sollen die Daten dennoch verwendbar sein.

<sup>11</sup> Siehe auch: *Wolter*, in: FS Roxin I (2001), 1142 (1153), der allerdings keine Verwendung für die Abwehr einer dringenden Gefahr für die Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes und für eine sonstige gemeine Gefahr vorsieht. SK-StPO/*Weßlau/Puschke*, § 479 Rn. 52 betont, dass eine dringende Gefahr

(4) Sind personenbezogene Daten durch eine in Ansehung dieses Gesetzes rechtswidrig angeordnete und durchgeführte Maßnahme erlangt worden, die ein Grundrecht geringfügig verletzt (§ 150b StPO-E), dürfen sie ohne Einwilligung der insoweit betroffenen Personen unbeschadet der in Absatz 2 und 3 bezeichneten Zwecke auch zur Abwehr einer dringenden Gefahr für bedeutende Vermögenswerte verwendet werden, wenn sie dafür durch eine entsprechende Maßnahme nach den für die zuständige Stelle geltenden Gesetzen erhoben werden könnten.

(5) Absatz 1 bis 4 gilt für die unmittelbare und die mittelbare Verwendung.<sup>12, 13</sup>

*§ 150e Verwendungsbefugnisse bei gefahrenabwehrrechtlichen Zufallsfunden zu strafverfahrensrechtlichen Zwecken*

(1) <sup>1</sup>Sind personenbezogene Daten durch eine rechtmäßig angeordnete und durchgeführte polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden, dürfen sie ohne Einwilligung der insoweit betroffenen Personen in einem Strafverfahren nur zur Aufklärung einer Straftat, auf Grund derer eine entsprechende Maßnahme nach diesem Gesetz angeordnet und durchgeführt werden könnte, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person, verwendet werden. <sup>2</sup>Personenbezogene Daten, die durch eine rechtswidrig angeordnete und durchgeführte polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden sind, dürfen nur mit Einwilligung der insoweit betroffenen Personen in einem anderen Strafverfahren nach Satz 1 verwendet werden. <sup>3</sup>Dies gilt nicht, wenn die Daten durch eine Verletzung der Würde des Menschen oder eines anderen Grundrechts in seinem Würdegehalt erlangt worden sind.

(2) Absatz 1 gilt für die unmittelbare und mittelbare Verwendung.

---

„sich nicht nur auf die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts [bezieht], sondern [...] i. S. eines qualifizierten Rechtsgüterschutzes auch auf das Ausmaß des Schadens Bezug [nimmt]“.

<sup>12</sup> Eine Gleichbehandlung der unmittelbaren wie mittelbaren Verwendung ergibt sich aus den Ausführungen auf S. 122 ff.

<sup>13</sup> Eine entsprechende Regelung wie in § 160 Abs. 4 StPO oder § 479 Abs. 1 StPO ist nicht notwendig, da diese eine rein deklaratorische Wirkung hat. Eine besondere bundesgesetzliche oder landesgesetzliche Verwendungsregelung ist schon aufgrund ihrer *lex specialis*-Qualität vorrangig anzuwenden.

## J. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung

### I.

Gebraucht die StPO den Begriff der Verwendung, regelt sie, entgegen vielen Stimmen in der Literatur, die *Zweckentfremdung* von Daten. Dabei handelt es sich entweder um Daten, die innerhalb eines Strafverfahrens erlangt wurden und für ein anderes Strafverfahren bezüglich einer anderen prozessualen Tat oder zur Gefahrenabwehr nutzbar gemacht werden sollen, oder um solche Daten, die aus einem anderen Bereich als dem Strafverfahren stammen und zur Strafverfolgung genutzt werden (sollen). Damit grenzt sich die Verwendung, die sich mithin zwangsläufig stets auf *Zufallsfunde* [A. II. 2. b)] bezieht, klar von der Verwertung ab. Denn die Verwertung ist immer eine *zweckgebundene* Nutzung von *Untersuchungsfunden* [A. II. 2. a)] innerhalb desselben Strafverfahrens, für das die Daten auch erhoben wurden. [C.–E.]

### II.

Ein solches Verständnis stützt auch die Etymologie der Begriffe Verwendung und Verwertung. So findet der Begriff der Verwendung seinen Ursprung im „Wenden“, welches ein „Verändern“, „Wandeln“ oder „Wechseln“ in sich trägt, wohingegen die Terminologie der Verwertung auf den Begriff des „Werdens“ zurückzuführen ist – mit der Fortentwicklung hin zu „einen Gegenwert haben“. Wo das Verwenden also die Information oder Sache in einen anderen Bereich transferiert und ihr eine neue Wendung gibt, schöpft man beim Verwerten den aus der Sache spezifischen Wert, den man ihr von Anfang an beigemessen hat [D.].

Eine solche Definition der Begriffe [E. II.] und damit die Verbindung der Verwendung mit Zufallsfunden und der Verwertung mit gezielt erhobenen Untersuchungsfunden ist auch mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbar, der Verwendungsregelungen – wenn auch nicht durchweg – gerade zur Legitimation der verfahrensübergreifenden Weitergabe bzw. verfahrensübergreifenden Verarbeitung von Daten etabliert. Auf dieser Basis führt diese Unterscheidung zu einer Erhöhung von Bestimmtheit und damit Rechtssicherheit, indem sie die in Teilen vorzufindende Widersprüchlichkeit der aktuellen Gesetzessituation [B. I.] und die sich widersprechenden systematischen Lösungsansätze der Literatur [C.] auflöst, aber dann entsprechend auch die



Rechtsprechung, die darüber hinaus die Dogmatik der Verwertungsverbote auf die Verwendungsregelungen überträgt, in Frage stellt [B. II.].

So kann der Begriff des Verwendens nicht ein Verwertungsverbot mit Fernwirkung [A. II. 2. e)] meinen oder eine zweckentfremdende und eine zweckgebundene Nutzung von personenbezogenen Daten gleichzeitig umfassen. Genauso verfehlt erscheint das Wort des Verwertens innerhalb einer Regelung, die eine Zweckänderung zum Inhalt hat [B. I. 1. g)]. Der darüber hinaus auftretende Widerspruch zwischen den Systematisierungsansätzen der Literatur und dem Wortlaut des Gesetzes tritt insbesondere dann zu Tage, wenn das Gesetz von einer Verwendung zu Beweis Zwecken spricht und nach der Literatur die Verwendung selbst ein Verwertungsverbot mit Fernwirkung meint. Das hätte nämlich zur Folge, dass die Verwendung zu Beweis Zwecken synonym zum Begriff der Verwertung wäre, also keinen eigenen Regelungsinhalt aufweisen würde [C. IV. 1.].

### III.

Verwertung und Verwendung haben aber gemeinsam, dass sie beide eine Form der Nutzung personenbezogener Daten darstellen und somit beide ihre verfassungsrechtliche Grenze im Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG finden [F. I.].

### IV.

Bedarf danach die Verwendung von Daten einer entsprechenden Befugnisnorm, die dem Zweckbindungs-, Verhältnismäßigkeits- und Bestimmtheitsgrundsatz gerecht wird, kann für die Verwertung von Daten nichts anderes gelten. Gerade die vom Gesetzgeber der StPO vorgesehenen Verwendungsregelungen als Befugnisnormen (mit gewissen Beschränkungen) stellen den von der Rechtsprechung entwickelten umgekehrten Grundsatz der Verwertungserlaubnis (ohne entsprechende gesetzliche Grundlage) als Regel und des Verwertungsverbots als Ausnahme in Frage. Vielmehr erscheint es dringend geboten, auch die Verwertungsverbotssystematik an die Verwendungsregelungen anzupassen, indem der Gesetzgeber entsprechende Verwertungs befugnisnormen in die StPO aufnimmt [F. II.]. Ein entsprechender Gesetzesvorschlag wird unter G. II. unterbreitet.

### V.

Liegt dann ein Verstoß gegen eine Verwendungs- oder eine Verwertungsregelung vor, kommt es nicht mehr zu einer Abwägung bezüglich der Folgen

eines solchen Verstoßes, sondern die Verwendung wie die Verwertung bleiben im weiteren Verfahren vollumfänglich ausgeschlossen [F. II. 2. und III. 3.].

## VI.

Die unmittelbare Verwendung von Zufallsfunden zu Beweis Zwecken oder zur Sachführung unterscheidet sich in ihrer Eingriffsintensität nicht von der mittelbaren Verwendung als Ermittlungs- oder Spurenansatz [F. II. 3.]. Das gilt ebenso für die unmittelbare und mittelbare Verwertung von Untersuchungsfunden [F. III. 4.]. Dass einige Verwendungsregelungen ihren Regelungsinhalt nur auf die Verwendung zu Beweis Zwecken erstrecken und andere nicht, ist nicht nachvollziehbar. So hat die Eingriffsintensität der Erhebung bzw. Erlangung der Daten zwar Auswirkung darauf, wie bestimmt eine Verwendungs- bzw. Verwertungsregelung sein muss und wie weit eine Verwendung/Verwertung zulässig ist, sie kann aber nicht dazu führen, dass unmittelbare und mittelbare Verwendung/Verwertung einmal gleich eingriffsintensiv sind und sich in einem anderen Fall in ihrer Eingriffsintensität unterscheiden. Die Intensität des Erhebungseingriffs beeinflusst die unmittelbare und mittelbare Verwendung/Verwertung vielmehr in gleichem Maße. Es bedarf somit für die mittelbare Verwendung/Verwertung einer zumindest eben bestimmten Rechtsgrundlage wie für die unmittelbare Verwendung/Verwertung [G. II. und I. II.].

## VII.

Verwertungsregelungen müssen, um der etwaigen Unantastbarkeit von Grundrechten oder dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht zu werden, die Eingriffsintensität der Erhebung von Untersuchungsfunden berücksichtigen. Die hier vorgeschlagenen Regelungen (§§ 150–150b StPO-E) differenzieren zwischen einer der Erhebung zugrunde liegenden Verletzung der Würde des Menschen bzw. des Würdegehalts eines anderen Grundrechts, ferner einer erheblichen Grundrechtsverletzung und schließlich einer geringfügigen Grundrechtsverletzung [G. III.]. Damit erlauben die §§ 150–150b StPO-E die Verwertung personenbezogener Daten in unterschiedlichem Ausmaß oder verbieten eine solche. Je nach Eingriffsintensität führen dabei bestimmte Konstellationen zu unterschiedlichen Befugnissen oder Einschränkungen, etwa bei einer Zustimmung in die Verwertung durch den Betroffenen; oder bei einem hypothetischen Ermittlungsverlauf, der eine rechtmäßige Erhebung der Daten ermöglichen würde; oder bei der staatlichen Erlangung der Daten durch Handeln einer Privatperson. Darüber hinaus finden sich ausdrückliche Regelungen zu der Frage, ob die Verwertung mittelbar als Ermittlungsansatz möglich ist.

### VIII.

Die Verwendungsregelungen der StPO (§§ 100e Abs. 6, 101a Abs. 4 und Abs. 5 und 479 Abs. 2 und Abs. 3 StPO) differenzieren bei einer Verwendungs Erlaubnis zwischen der Verwertbarkeit und der Unverwertbarkeit der im Ursprungsverfahren erlangten Daten. Damit nehmen sie Bezug auf das Ausgangsverfahren [B. II.] und setzen voraus, dass die zu verwendenden Daten für dieses bereits relevant geworden sind bzw. werden können. Eine Anwendung dieser Normen auf echte Zufallsfunde, also solche, die wirklich nur rein zufällig erlangt wurden, ist mithin nicht möglich. Eine Verwertbarkeit im Ausgangsverfahren lässt sich für sie nicht feststellen, da sie gerade nicht gezielt für dieses erhoben wurden. Will der Gesetzgeber die Verwendungsregelungen aber nicht nur auf unechte Zufallsfunde (Funde, die zuvor als Untersuchungsfunde erhoben wurden und bei denen sich – etwa bei Datensätzen oder Gesprächen – eine Relevanz auch für ein weiteres Verfahren feststellen lässt, die also vom Untersuchungsfund zum Zufallsfund werden bzw. einen Untersuchungsfund wie einen Zufallsfund beinhalten) erstrecken, müssen die Verwendungsregelungen (anstelle der Differenzierung zwischen Verwertbarkeit und Unverwertbarkeit) die Verwendung solcher Daten, die rechtmäßig erlangt wurden, von solchen Daten unterscheiden, die aufgrund einer rechtswidrigen Maßnahme erlangt wurden [H. I. 1. b)].

### IX.

Die Verwendung rechtswidriger Zufallsfunde ist so eingriffsintensiv, dass sie ausschließlich zur Abwehr von Gefahren verhältnismäßig sein kann [H. I. 1. b) cc)]. Auch hier muss jedoch danach differenziert werden, welche Eingriffsintensität der Erlangung der Zufallsfunde zugrunde liegt [H. I. 1. b) cc) (3) (b)]. Dabei ist zu beachten, dass schon die Erlangung eines Zufallsfundes einen intensiveren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und die sonst relevant werdenden Grundrechte darstellt als die Erhebung eines Untersuchungsfundes. Denn die Erhebungsmaßnahme hatte eine solche Erlangung gerade nicht zum Ziel. Ihr haftet somit ein „Weniger an Legitimation“ an [F. I. 2. a) cc)]. Aus der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG ergibt sich jedoch die Pflicht zur Abwehr einer unmittelbaren Lebensgefahr, was eine Verwendung von Daten selbst dann erfordert, wenn der Erlangung der Zufallsfunde eine Verletzung der Menschenwürde oder des Würdegehalts eines anderen Grundrechts zugrunde liegt [H. I. 1. b) cc) (3) (b) (aa)]. Geht es um den Schutz weniger gewichtiger Grundrechtsbereiche und Rechtsgüter, müssen die Verwendungsregelungen entsprechend gestufte Verwendungsbefugnisse vorsehen.

## X.

Um dem Zweckbindungsgrundsatz gerecht zu werden, bedürfen Verwendungsregelungen grundsätzlich einer Entsprechungsklausel und der Voraussetzung des konkret-individuellen hypothetischen Ersatzeingriffs [H. I. 2.] innerhalb des neuen Verfahrens. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Daten nicht willkürlich zweckentfremdet werden, sondern eine Vergleichbarkeit in den verschiedenen Zweckzusammenhängen gegeben ist. Darüber hinaus wird durch den hypothetischen Ersatzeingriff sichergestellt, dass die Erhebungsgrenzen innerhalb des neuen Verfahrens nicht umgangen werden und eine Befugnis zur Zweckdurchbrechung nicht missbraucht wird. Dabei sind auch die innerhalb eines neuen Verfahrens geltenden Erhebungs- und Verwertungsverbote zu beachten.

## XI.

Der Gesetzgeber hat durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 25.11.2019 versucht, die Verwendungsregelungen innerhalb der §§ 161 Abs. 3 und 479 Abs. 2 und Abs. 3 StPO zu bündeln und zu harmonisieren. Dabei hat er in letzter Konsequenz verpasst, die §§ 100e Abs. 6 und 101a Abs. 4 Nr. 1 StPO als zum Teil widersprüchliche Doppelregelungen zu streichen.

## XII.

Auch folgen die Vorschriften nach wie vor keinem einheitlichen Konzept. So erstreckt § 161 Abs. 3 StPO und damit auch § 479 Abs. 2 Satz 1 StPO, der auf § 161 Abs. 3 StPO verweist, die Verwendungsregelung nur auf die unmittelbare Verwendung zu Beweis Zwecken [H. II. 1. a) bb)], wohingegen § 479 Abs. 3 StPO dies nicht vorsieht. Innerhalb des § 479 Abs. 3 Satz 1 StPO wird außerdem nicht deutlich, welche Reichweite der Zusatz des „neben den in Absatz 2 Satz 1 genannten Zwecken nur zulässig“ haben soll und ob § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO in Zukunft ebenfalls wieder um den Zusatz des „zu Beweis Zwecken“ ergänzt werden muss. Andererseits sehen die einen Regelungen (§§ 161 Abs. 3, 479 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. 161 Abs. 3, 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StPO) eine Entsprechungsklausel und das Erfordernis des hypothetischen Ersatzeingriffs vor, wohingegen andere Vorschriften (§ 479 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1–3 StPO) eine solche Voraussetzung nicht regeln [H. II. 2. b) aa)]. Auch die Differenzierung der Regelungen bezüglich unverwertbarer oder verwertbarer Daten zum Zwecke der Gefahrenabwehr geht

nicht weit genug, lässt unechte Zufallsfunde außer Betracht und ist zudem widersprüchlich [H. II. 2. b)].

### XIII.

Die Verwendungsregelungen bedürfen künftig einer Bündelung und Vereinheitlichung, um Widersprüche aufzuheben und damit für mehr Rechtssicherheit zu sorgen [J. II.]. Besteht eine unmittelbare Gefahr für das Leben einer Person, muss die Verwendungsregelung deutlich machen, dass das Ob der Verwendung der Daten nicht in Frage steht und dass die Behörden zur Nutzung der Daten zum Zwecke der Abwehr einer solchen Gefahr sogar verpflichtet sind. Bezogen auf die Abwehr dringender Gefahren für die körperliche Unversehrtheit oder Freiheit einer Person oder für die öffentliche Sicherheit oder den Bestand des Bundes oder eines Landes als Grundlage für die Ausübung grundrechtlicher Garantien oder schließlich einer dringenden Gefahr für bedeutende Vermögenswerte bedarf es einer weitaus differenzierteren Gestaltung der Verwendungsregelungen. Es ist darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Daten durch eine rechtmäßige oder rechtswidrige Maßnahme erlangt worden sind, und, wenn Rechtswidrigkeit vorliegt, welche Art der Grundrechtsverletzung zugrunde liegt. So ist auch hier die Intensität in Form eines Menschenwürdeverstoßes, einer erheblichen Grundrechtsverletzung und einer geringfügigen Grundrechtsverletzung zu unterscheiden.

## Literaturverzeichnis

- Albers, Marion*: Die Determination polizeilicher Tätigkeit in den Bereichen der Straftatenverhütung und der Verfolgungsvorsorge, 2001.
- Albrecht, Anna H.*: Die Legende von der Gefahrenabwehr. Bespr. zu BGH HRRS 2017 Nr. 784, in: HRRS 2017, 446–458.
- Allgayer, Peter*: Die Verwendung von Zufallserkenntnissen aus Überwachungen der Telekommunikation gem. § 100a f. StPO und anderen Ermittlungsmaßnahmen – Zugleich eine Anmerkung zu den Entscheidungen des BVerfG vom 3.3.2004 (NJW 2004, 999) und vom 29.6.2005 (NJW 2005, 2766) sowie des OLG Karlsruhe vom 3.6.2004 (NStZ 2004, 2687), in: NStZ 2006, 603–608.
- Allgayer, Peter/Klein, Oliver*: Verwendung und Verwertung von Zufallserkenntnissen, in: wistra 2010, 130–133.
- Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung*: hrsg. v. Wassermann, Rudolf, Band 2, Teilband 1: §§ 94–212b, Reihe Alternativkommentare, 1992 [zitiert als: AK-StPO/Bearbeiter].
- Altvater, Gerhard*: Legendierte Kontrollen, in: Barton, Stephan/Fischer, Thomas/Jahn, Matthias/Park, Tido (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018, 3–15 [zitiert als: *Altvater*, in: FS Schlothauer].
- Ambos, Kai*: Beweisverwertungsverbote. Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme, 2010.
- Amelung, Knut*: „Rettungsfolter“ und Menschenwürde. Bemerkungen zum Urteil des LG Frankfurt a. M. über die Entschädigung des Mörders Gäfgen, in: JR 2012, 18–20.
- Amelung, Knut*: Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote. Herausgegeben und mit einem Vorwort versehen von Karl-Ernst Wehnert, 2011.
- Amelung, Knut*: Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, 1990.
- Amelung, Knut*: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, 1981.
- Anwaltkommentar Strafprozessordnung*: hrsg. v. Krekeler, Wilhelm/Löffelmann, Markus/Sommer, Ulrich, AnwaltKommentar StPO. Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2010 [zitiert als: AnwK-StPO/Bearbeiter].
- Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*: Alternativ-Entwurf. Abgekürzte Strafverfahren im Rechtsstaat (AE-ASR), in: GA 2019, 1–128, vorgelegt von: Bommer, Felix/Deiters, Mark/Eser, Albin/Frister, Helmut/Gleiß, Sabine/Jahn, Matthias/Jung, Heike/Meier, Bernd-Dieter/Rengier, Rudolf/

- Roxin, Claus/Schmoller, Kurt/Schöch, Heinz/Stuckenberg, Carl-Friedrich/Verrel, Torsten/Weigend, Thomas [zitiert als: *AE-ASR*].
- Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer*: Alternativ-Entwurf. Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), 2001, vorgelegt von: Bannenberg, Britta/Baumann, Jürgen/Höpfel, Frank/Huber, Barbara/Jung, Heike/Kock, Katharina/Lilie, Hans/Luther, Horst/Maihofer, Werner/Meier, Bernd-Dieter/Rengier, Rudolf/Rieß, Peter/Riklin, Franz/Rössner, Dieter/Rolinski, Klaus/Roxin, Claus/Schöch, Heinz/Schüler-Springorum, Horst/Weigend, Thomas/Wolter, Jürgen [zitiert als: *AE-EV*].
- Beck'scher Online-Kommentar. Datenschutzrecht*: hrsg. v. Brink, Stefan/Wolff, Heinrich Amadeus, 32. Edition 2020 [zitiert als: *BeckOK-DatenschutzR/Bearbeiter*].
- Beck'scher Online-Kommentar. InsO mit InsVV und EuInsVO und Spezialthemen*: hrsg. v. Fridgen, Alexander/Geiwitz, Arndt/Göpfert, Burkhard, 17. Edition 2020 [zitiert als: *BeckOK-InsO/Bearbeiter*].
- Beck'scher Online-Kommentar. Strafprozessordnung mit RiStBV und MiStra*: hrsg. v. Graf, Jürgen-Peter, 36. Edition 2020 [zitiert als: *BeckOK-StPO/Bearbeiter*].
- Beling*, Ernst: Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 1903.
- Benning*, Gloria Katharina: Die Nutzung zu Beweis Zwecken nicht verwendbarer Zufallserkenntnisse im strafprozessualen Ermittlungsverfahren, 2018.
- Berliner Kommentar zum Grundgesetz*: hrsg. v. Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram, Band 1: Artikel 1–12, 2019 [zitiert als: *Berliner Kommentar GG/Bearbeiter*].
- Bernsmann*, Klaus/Jansen, Kirsten: Heimliche Ermittlungsmethoden und ihre Kontrolle – Ein systematischer Überblick, in: StV 1998, 217–231.
- Bertram*, Konstantin: Die Verwendung präventiv-polizeilicher Erkenntnisse im Strafverfahren. Rechtsfragen im Kontext bereichsübergreifender Zweckänderungen vor dem Hintergrund eines informationellen Persönlichkeitsschutzes, 2009.
- Beulke*, Werner: Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen, in: ZStW 103 (1991), 657–680.
- Beulke*, Werner/Swoboda, Sabine: Strafprozessrecht, 14. Aufl. 2018.
- Bittmann*, Folker/Rudolph, Carolin: Das Verwendungsverbot gemäß § 97 Abs. 1 Satz 3 InsO, in: wistra 2001, 81–85.
- Blebschmitt*, Lisa: Strafverfolgung im digitalen Zeitalter. Auswirkungen des stetigen Datenaustauschs auf das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, in: MMR 2018, 361–366.
- Bludovsky*, Oliver: Rechtliche Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit dem Lauschangriff nach § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO, 2002.
- Bockemühl*, Jan: Beweisverbotslehre in der deutschen Praxis, in: Soyer, Richard/Stuefer, Alexia (Hrsg.), Effektive Strafverteidigung. 1. Dreiländerforum Strafverteidigung Innsbruck, 18./19. Februar 2011, 51–66.

- Bode*, Thomas A.: Verdeckte strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2012.
- Bonner Kommentar zum Grundgesetz*: hrsg. v. Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian, 201. Aktualisierung, 2019
- Ordner 1: Einleitung, Präambel, Art. 1,
  - Ordner 2: Art. 2–3
- [zitiert als: Bonn-KommGG/Bearbeiter].
- Börner*, René: Das Ende legendierter Polizeikontrollen, in: *StraFo* 2018, 1–6.
- Böse*, Martin: Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung: die verfahrenübergreifende Verwendung von Informationen und die Grund- und Verfahrensrechte des Einzelnen, 2005.
- Brodersen*, Kilian: Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, in: *NJW* 2000, 2536–2542.
- Brodowski*, Dominik: Anmerkung zu BGH Urteil v. 26.4.2017 – 2 StR 247/16, in: *JZ* 2017, 1119–1128.
- Brodowski*, Dominik: Verdeckte technische Überwachungsmaßnahmen im Polizei- und Strafverfahrensrecht, 2016.
- Bull*, Hans Peter: Fehlentwicklungen im Datenschutz am Beispiel der Videoüberwachung, in: *JZ* 2017, 797–806.
- Cordes*, Malte/*Pannenberg*, Eerke: Strafprozessuale und verfassungsrechtliche Grenzen im Umgang mit Zufallsfunden, in: *NJW* 2019, 2973–2977.
- Cramer*, Steffen/*Bürgle*, Michaela: Die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote. Systematische Darstellung für die Praxis anhand von höchstrichterlicher Rechtsprechung, 2004.
- Dallmeyer*, Jens: Wiedergeburt der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“?, in: *HRRS* 2009, 429–432.
- Dallmeyer*, Jens: Beweisführung im Strengbeweisverfahren: die Beweisbefugnisse als Voraussetzungen der Wahrheitserforschung im Strafprozess, 2002.
- Dautert*, Franziska: Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung, 2015.
- Dencker*, Friedrich: Verwertungsverbote und Verwendungsverbote im Strafprozeß, in: Eser, Albin (Hrsg.), *Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis*. Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, 2001, 237–255 [zitiert als: *Dencker*, in: *FS Meyer-Goßner*].
- Dencker*, Friedrich: Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977.
- Denninger*, Erhard: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und Innere Sicherheit. In: von Schroeder, Andreas (Hrsg.), *Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat? Strategien zur Wahrung der Freiheitsrechte im Computerzeitalter*, 1986, 106–160 [zitiert als: *Denninger*, in: *Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat?*].
- Dose*, Catharina: Übermittlung und verfahrenübergreifende Verwendung von Zufallserkenntnissen, 2013.



- Duden Band 7, das Herkunftswörterbuch. Etymologie der deutschen Sprache*, hrsg. v. Dudenredaktion, 5. Aufl. 2014 [zitiert als: „Stichwort“, in: Duden Band 7].
- Duden Band 10, das Bedeutungswörterbuch. Wortschatz und Wortbildung*, hrsg. v. Dudenredaktion, 4. Aufl. 2010 [zitiert als: „Stichwort“, in: Duden Band 10].
- Eisenberg, Ulrich: Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar, 2011.
- Engelhardt, Lena: Verwendung präventivpolizeilich erhobener Daten im Strafprozess. Eine Untersuchung am Beispiel der Telekommunikationsüberwachung, 2011.
- Erb, Volker: Beweisverwertungsverbote zum Nachteil des Beschuldigten? Bemerkungen zu einem rechtsstaatlich gefährlichen Irrweg, in: GA 2017, 113–129.
- Ernst, Marcus A.: Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen im Strafprozeß, 1993.
- Eschelbach, Ralf/Wasserburg, Klaus: Antastung der Menschenwürde im Strafverfahren, in: Zöller, Mark A./Hilger, Hans/Küper, Wilfried/Roxin, Claus (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 877–889 [zitiert als: *Eschelbach/Wasserburg*, in: FS Wolter].
- Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, erarbeitet unter der Leitung von Wolfgang Pfeifer, 2013 [zitiert als: „Stichwort“, in: *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*].
- Fezer, Gerhard: Überwachung der Telekommunikation und Verwertung eines „Raumgesprächs“, in: NStZ 2003, 625–630.
- Fezer, Gerhard: Strafprozessrecht, 2. Aufl. 1995.
- Freiling, Felix/Safferling, Christoph/Rückert, Christian: Quellen-TKÜ und Online-Durchsuchung als neue Maßnahmen für die Strafverfolgung: Rechtliche und technische Herausforderungen, in: JR 2018, 9–22.
- Gazeas, Nikolaos: Übermittlung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse an Strafverfolgungsbehörden, 2014.
- Geppert, Klaus: Zufallsfunde im Strafprozess (§ 108 StPO), in: Jura 2015, 682–689.
- Geppert, Klaus: Anmerkung zu BGHSt 34, 397, in: JR 1988, 469–475.
- Geppert, Klaus: Rechtfertigende „Einwilligung“ des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr?, in: ZStW 83 (1971), 947–1001.
- Gercke, Björn: Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren, 2002.
- Glaser, Michael/Gedeon, Bertolt: Dissonante Harmonie: Zu einem zukünftigen „System“ strafprozessualer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, in: GA 2007, 415–436.
- Gless, Sabine: Wenn das Haus mithört: Beweisverbote im digitalen Zeitalter, in: StV 2018, 671–678.
- Gössel, Karl-Heinz: Die Beweisverbote im Strafverfahren, in: Kaufmann, Arthur, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, 801–817 [zitiert als: *Gössel*, in: FS Bockelmann].

- Gössel*, Karl-Heinz: Strafverfahrensrecht Band 1, 1977.
- Götz*, Volkmar/*Geis*, Max-Emanuel: Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 16. Aufl. 2017.
- Graf*, Jürgen-Peter/*Jäger*, Markus/*Wittig*, Petra: Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017 [zitiert als: *GJW/Bearbeiter*].
- Grawe*, Stefan: Die strafprozessuale Zufallsverwendung. Zufallsfunde und andere Zweckdivergenzen bei der Informationsverwendung im Strafverfahren, 2008.
- Griesbaum*, Rainer: Die Verwendung nachrichtendienstlicher Erkenntnisse für die Verfolgung terroristischer Straftaten, in: Bockemühl, Jan/von Heintschel-Heinegg, Bernd/Lang, Ricarda/Nagler, Axel (Hrsg.), Festschrift für Ottmar Breidling zum 70. Geburtstag am 15. Februar 2017, 2017, 121–142 [zitiert als: *Griesbaum*, in: FS Breidling].
- Grimm*, Jacob/*Grimm*, Wilhelm: Deutsches Wörterbuch, Band 25, Zwölfter Band, I. Abteilung, V-Verzwunzen, 1984 [zitiert als: „Stichwort“, in: Deutsches Wörterbuch Band 25].
- Grimm*, Jacob/*Grimm*, Wilhelm: Deutsches Wörterbuch, Band 28, Vierzehnter Band, I. Abteilung, 1. Teil. Weh-Wendunmut, 1984 [zitiert als: „Stichwort“, in: Deutsches Wörterbuch Band 28].
- Grözinger*, Andreas: Die Überwachung von Cloud-Storage, 2018.
- Grünwald*, Gerald: Das Beweisrecht der Strafprozeßordnung, 1997.
- Grünwald*, Gerald: Unzulässige Vernehmungsmethoden, Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, in: StV 1987, 470–473.
- Grünwald*, Gerald: Beweisverböte und Verwertungsverböte im Strafverfahren, in: JZ 1966, 489–501.
- Gubitz*, Michael: Doppelfunktionale Durchsuchung. Praxiskommentar, in: NSTZ 2016, 126–128.
- Gusy*, Christoph: Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl. 2017 [zitiert als: *Gusy*, PolR Rn].
- Gusy*, Christoph: Die „Schwere“ des Informationseingriffs, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, 395–413 [zitiert als: *Gusy*, in: FS Schenke].
- Gusy*, Christoph: Verfassungsverwirklichung durch Verwendung und Nichtverwendung von Informationen im Strafprozess, in: HRRS 2009, 489–493.
- Gusy*, Christoph: Menschenwürde und Strafverfahren, abzurufen unter: [http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/gusy/veroeffentlichungen/menschenw.strafverf.\\_Mai\\_04.pdf](http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/gusy/veroeffentlichungen/menschenw.strafverf._Mai_04.pdf), 2004, 1–25 [zitiert als: *Gusy*, Menschenwürde und Strafverfahren].
- Gusy*, Christoph: Polizeiarbeit zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung, in: StV 1993, 269–277.
- Hanack*, Ernst-Walter: Anmerkung zu BGHSt 44, 129, in: JR 1999, 348–350.
- Hassemer*, Winfried: Menschenrechte im Strafprozeß, in: KritV 1988, 336–343.

- Hefendehl*, Roland: Die Entfesselung des Strafverfahrens über Methoden der Nachrichtendienste – Bestandsaufnahme und Rückführungsversuch, in: GA 2011, 209–231.
- Hefendehl*, Roland: Beweisermittlungs- und Beweisverwertungsverbote bei Auskunftspflicht- und Mitwirkungspflichten – das sog. Verwendungsverbot nach § 97 Abs. 1 S. 3 InsO, in: wistra 2003, 1–9.
- Hefendehl*, Roland: Die neue Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO: Segen oder Fluch?, in: StV 2001, 700–706.
- Heghmanns*, Michael: Beweisverwertungsverbote, in: ZIS 2016, 404–415.
- Heidelberger Kommentar. Strafprozessordnung*: hrsg. v. Gercke, Björn/Julius, Karl-Peter/Temming, Dieter/Zöllner, Mark Alexander, 6. Aufl. 2019 [zitiert als: HK-StPO/Bearbeiter].
- Hengstenberg*, Achim: Die Frühwirkung der Verwertungsverbote. Eine Untersuchung der Bedeutung der Beweisverwertungsverbote für die strafprozessualen Verdachtsbeurteilungen, 2007.
- Herzog*, Felix: „Allgemeine Verkehrskontrollen“ als getarnte Ermittlungen, in: Barton, Stephan/Fischer, Thomas/Jahn, Matthias/Park, Tido, Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018, 37–42 [zitiert als: *Herzog*, in: FS Schlothauer].
- Hofmann*, Michael: Beweisverbote im Strafprozess – Beweiserhebungsverbote und Beweisverwertungsverbote, in: JuS 1992, 587–594.
- Jäger*, Christian: Schwerpunkt: 67. Deutscher Juristentag 2008. Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote als prozessuale Regelungsinstrumente im strafverfolgenden Rechtsstaat. Zugleich ein Beitrag zum 67. Deutschen Juristentag, in: GA 2008, 472–499.
- Jäger*, Christian: Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003.
- Jahn*, Matthias: Grundfragen und aktuelle Probleme der Beweisverwertung im Straf- und Steuerstrafverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung der Beweisbefugnislehre nach dem Fall „Lichtenstein“, in: Jahn, Matthias/Kudlich, Hans/Streng, Franz (Hrsg.), Strafrechtspraxis und Reform. Festschrift für Heinz Stöckel zum 70. Geburtstag, 2010, 259–286 [zitiert als: *Jahn*, in: FS Stöckel].
- Jahn*, Matthias: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbot im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus. Gutachten C zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, 2008.
- Jahn*, Matthias/*Brodowski*, Dominik: Digitale Beweismittel in strafprozessualer Hauptverhandlung und Revision, in: Hecker, Bernd/Weißer, Bettina/Brand, Christian (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, 409–422 [zitiert als: *Jahn/Brodowski*, in: FS Rengier].
- Jahn*, Matthias/*Dallmeyer*, Jens: Zum heutigen Stand der beweisrechtlichen Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe im deutschen Strafverfahrensrecht in: NStZ 2005, 297–304.

- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 16. Aufl. 2020 [zitiert als: *Jarass/Pieroth*].
- Joecks*, Wolfgang: Die strafprozessuale Telefonüberwachung, in: JA 1983, 59–63.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*: hrsg. v. Hannich, Rolf, 8. Aufl. 2019 [zitiert als: *KK-StPO/Bearbeiter*].
- Kasiske*, Peter: Fern-, Fort- und Frühwirkung von Beweisverwertungsverböten im Strafprozess, in: Jura 2017, 16–25.
- Kelnhöfer*, Evelyn: Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverböte, 1994.
- Kempf*, Eberhard: Rechtswidrigkeit so genannter legendierter Kontrollen, in: Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf/Hettinger, Michael/Kempf, Eberhard/Krehl, Christoph/Salditt, Franz, Festschrift für Thomas Fischer, 2018, 673–688 [zitiert als: *Kempf*, in: FS Fischer].
- KMR – Kommentar zur Strafprozessordnung*: hrsg. v. von Heintschel-Heinegg, Bernd/Bockemühl, Jan, 92. Lief. Juli 2019 [zitiert als: *KMR/Bearbeiter*].
- Knoll*, Dieter: Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, 1992.
- Köbler*, Gerhard: Etymologisches Rechtswörterbuch, 1995.
- Kochheim*, Dieter: Gemengelage und die legendierte Kontrolle, in: KriPoZ 2017, 316–320.
- Krekeler*, Wilhelm: Beweisverwertungsverböte bei fehlerhafter Durchsuchungen, in: NStZ 1993, 263–268.
- Kretschmer*, Joachim: Die Verwertung sogenannter Zufallsfunde bei der strafprozessualen Telefonüberwachung, in: StV 1999, 221–227.
- Kudlich*, Hans: Telefonate von Krankheit, Sex und Tod – zum Kernbereich privater Lebensgestaltung bei der TKÜ, in: Barton, Stephan/Eschelbach, Ralf/Hettinger, Michael/Kempf, Eberhard/Krehl, Christoph/Salditt, Franz (Hrsg.), Festschrift für Thomas Fischer, 2018, 723–736 [zitiert als: *Kudlich*, in: FS Fischer].
- Kühne*, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015.
- Kutscha*, Martin/*Roggan*, Fredrik: Große Lauschangriffe im Polizeirecht – Konsequenzen des Karlsruher Richterspruchs, in: Roggan, Fredrik (Hrsg.), Lauschen im Rechtsstaat – Gedächtnisschrift für Hans Liskan, 2004, 25–45 [zitiert als: *Kutscha/Roggan*, in: GS Liskan].
- Labe*, Michael: Zufallsfund und Restitutionsprinzip im Strafverfahren, 1990.
- Lenk*, Maximilian: Vertrauen ist gut, legendierte Kontrollen sind besser ... – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, in: StV 2017, 692–699.
- Lessen*, Jan van: Strafprozessuale Verwertung der Erkenntnisse aus einer Wohnraumüberwachung nach dem BKAG (§§ 4a, 20h, 20v BKAG, 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO), in: Bockemühl, Jan/von Heintschel-Heinegg/Lang, Ricarda/Nagler, Axel (Hrsg.), Festschrift für Ottmar Breidling zum 70. Geburtstag am 15. Februar 2017, 2017, 273–290 [zitiert als: *van Lessen*, in: FS Breidling].

- Lisken, Hans/Denninger, Erhard/Bäcker, Matthias/Graulich, Kurt* (Hrsg.): Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. 2018 [zitiert als: Handbuch des Polizeirechts/*Bearbeiter*].
- Lisken, Hans/Denninger, Erhard/Rachor, Frederik* (Hrsg.): Handbuch des Polizeirechts,  
– 5. Aufl. 2012,  
– 4. Aufl. 2007,  
[zitiert als: Handbuch des Polizeirechts<sup>x</sup>/*Bearbeiter*].
- Löffelmann, Markus*: Rechtsfragen „legendierter Kontrollen“, in: JR 2017, 588–602.
- Löffelmann, Markus*: Anmerkung zu BGHSt 54, 69, in: JR 2010, 443–456.
- Löffelmann, Markus*: Die Lehre von den Verwertungsverboten oder die Freude am Hindernislauf auf Umwegen, in: JR 2009, 10–13.
- Löffelmann, Markus*: Die normativen Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafverfahren, 2008.
- Löffelmann, Markus*: Das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung), in: ZIS 2006, 87–98.
- Löffelmann, Markus*: Die Übertragbarkeit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung auf die Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, in: ZStW 118 (2006), 358–388.
- Löffelmann, Markus*: Die Neuregelung der akustischen Wohnraumüberwachung, in: NJW 2005, 2033–2036.
- Lohberger, Ingram*: Mittelbare Verwertung sog. Zufallserkenntnisse bei rechtmäßiger Telefonüberwachung nach §§ 100a, b StPO?, in: Ebert Udo (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, 253–276 [zitiert als: *Lohberger*, in: FS Hanack].
- Löwe-Rosenberg*: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar: hrsg. v. Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/Esser, Robert/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander, 27. Aufl., 2016 ff.  
– Band 1: Einleitung, §§ 1–47, 2016  
– Band 2: §§ 48–93, 2018  
– Band 3/1: §§ 94–111a, 2019  
– Band 4/1: §§ 112–136a, 2018  
– Band 5/2: §§ 158–211, 2019  
– Band 6/1: §§ 212–255a, 2019  
[zitiert als: LR/*Bearbeiter*].
- Löwe-Rosenberg*: Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar: hrsg. v. Erb, Volker/Esser, Robert/Franke Ulrich/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander, Band 9: §§ 449–495, EGStPO, 26. Aufl. 2010 [zitiert als: LR/*Bearbeiter*].

- Maiwald*, Manfred: Zufallsfunde bei zulässiger strafprozessualer Telephonüberwachung – BGH, NJW 1976, 1462, in: JuS 1978, 379–385.
- Matheis*, Frank: Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, 2007.
- Maunz/Dürig*: Grundgesetz. Kommentar: hrsg. v. Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein Hans H., 88. Lieferung, 2019
- Band I: Texte, Art. 1–5,
  - Band II: Art. 6–15,
  - Band III: Art. 16–22
- [zitiert als: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*].
- Meyer-Goßner*, Lutz/*Schmitt*, Bertram (Hrsg.): Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 64. Aufl. 2021.
- Meyer-Mews*, Hans: Hände weg von den verbotenen Früchten – Fernwirkung im Strafverfahrensrecht, in: HRRS 2015, 398–405.
- Mosbacher*, Andreas: Aktuelles Strafprozessrecht, in: JuS 2018, 129–134.
- Müller*, Wolfgang/*Römer*, Sebastian: Legendierte Kontrollen. Die gezielte Suche nach dem Zufallsfund, in: NStZ 2012, 543–547.
- Müller-Heidelberg*, Till/*Kunz*, Mara/*Niehaus*, Holger/*Roggan*, Fredrik: Strikte Beweisverwertungsverbote – Ein Gebot des Rechtsstaats. Ein kriminalpolitisches Plädoyer für eine grundlegende Reform, in: KriPoZ 2018, 259–266.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*: hrsg. v. Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus, Band 1: §§ 1–37, 4. Aufl. 2020 [zitiert als: *MüKo-StGB/Bearbeiter*].
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*: hrsg. v. Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut
- Band 1: §§ 1–150 StPO, 2014
  - Band 2: §§ 151–332 StPO, 2016
  - Band 3/1: §§ 333–499 StPO, 2019
- [zitiert als: *MüKo-StPO/Bearbeiter*].
- Müssig*, Bernd: Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, in: GA 1999, 119–142.
- Muthorst*, Olaf: Das Beweisverbot, 2009.
- Neuber*, Florian: Unselbstständige Beweisverwertungsverbote im Strafprozess – Die Abwägungslehre auf dem methodischen Prüfstand, in: NStZ 2019, 113–123.
- Neuhaus*, Ralf: Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, in: NJW 1990, 1221–1222.
- Niehaus*, Holger: Katalogtatensysteme als Beschränkungen strafprozessualer Eingriffsbefugnisse, 2001.
- Noll*, Peter: Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: ZStW 77 (1965), 1–36.
- Nowroussian*, Bijan: Repression, Prävention und Rechtsstaat. Zur Zulässigkeit und zu Folgefragen legendierter Kontrollen, in: NStZ 2018, 254–262.

- Otto*, Harro: Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden, in: Gössel, Karl Heinz/Kauffmann, Hans (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Klein-knecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, 319–340 [zitiert als: *Otto*, in: FS Kleinknecht].
- Otto*, Harro: Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, in: GA 1970, 289–305.
- Paal*, Boris P./*Pauly*, Daniel A. (Hrsg.): Beck'sche Kompakt-Kommentare. Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl. 2018 [zitiert als: *Paal/Pauly/Bearbeiter*].
- Paeffgen*, Hans-Ullrich: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum G 10 in der Fassung des Verbrechensbekämpfungsgesetzes 1994, in: StV 1999, 668–678.
- Paeffgen*, Hans-Ullrich: Kompetenzen zur (präventiven und repressiven) Datenübermittlung, in: Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöller, Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, 153–170 [zitiert als: *Paeffgen*, in: FG Hilger].
- Peters*, Karl: Beweisverbote im deutschen Strafverfahren in: Ständige Deputation des deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Band I Teil 3A, Beweisverbote im Strafprozeß, 91–164 [zitiert als: *Peters*, DJT 1966].
- Pitsch*, Christoph: Strafprozessuale Beweisverbote. Eine systematische, praxisnahe und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Steuerstrafverfahrens, der Zufallsfunde und der Fernwirkungsproblematik, 2009.
- Prittwitz*, Cornelius: Die Grenzen der Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Telefonüberwachung gemäß § 100a StPO, in: StV 1984, 302–311.
- Püschel*, Christof: Das Verwendungsverbot des § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und seine Folgen für die Verteidigung in Insolvenzstrafverfahren, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat. 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltsvereins. Festschrift der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV, 2009, 759–772 [zitiert als: *Püschel*, in: FS der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV].
- Puschke*, Jens: Sicherheitsgesetzgebung ohne Zweck. Die Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten der Telekommunikation als Prototyp einer verfehlten neuartigen Sicherheitsarchitektur, in: Goeckenjan, Ingke/Puschke, Jens/Singelstein, Tobias (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive. Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, 2019, 695–716 [zitiert als: *Puschke*, in: FS Eisenberg].
- Puschke*, Jens: Die kumulative Anordnung von Informationsbeschaffungsmaßnahmen i. R. der Strafverfolgung. Eine Untersuchung unter rechtlichen, rechtstatsächlichen und kriminologischen Aspekten, 2006.
- Puschke*, Jens/*Singelstein*, Tobias: Verfassungsrechtliche Vorgaben für heimliche Informationsbeschaffungsmaßnahmen, in: NJW 2005, 3534–3538.

- Radtke, Henning/Hohmann, Olaf*: Strafprozessordnung. Kommentar, 2011 [zitiert als: *Radtke/Hohmann/Bearbeiter*].
- Ranft, Otfried*: Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß, in: Seebode, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, 719–736 [zitiert als: *Ranft*, in: FS Spendel].
- Ransiek, Andreas*: Rechtswidrige Ermittlungen und die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, in: Fahl, Christian/Müller, Eckhart/Satzger, Helmut/Swoboda, Sabine (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, 949–962 [zitiert als: *Ransiek*, in: FS Beulke].
- Rehbein, Mareike*: Die Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen aus dem In- und Ausland im deutschen Strafprozess, 2011.
- Reichert-Hammer, Hansjörg*: Zur Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten (§ 136a StPO) – BGHSt 34, 362, in: JuS 1989, 446–450.
- Reinbacher, Tobias/Werkmeister, Andreas*: Zufallsfunde im Strafverfahren – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Verwendungs- und Verwertungsverboten, in: ZStW 130 (2018), 1104–1146.
- Reinecke, Jan*: Die Fernwirkung von Beweisverwertungsverboten, 1990.
- Riepl, Frank*: Informationelle Selbstbestimmung im Strafverfahren, 1998.
- Rieß, Peter*: Datenübermittlung im neuen Strafprozessrecht, in: Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöllner, Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, 171–181 [zitiert als: *Rieß*, in: FG Hilger].
- Rogall, Klaus*: Die Fernwirkung der Beweisverwertungsverbote, in: Hecker, Bernd/Weißer, Bettina/Brand, Christian (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag, 2018, 435–445 [zitiert als: *Rogall*, in: FS Rengier].
- Rogall, Klaus*: Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, in: JZ 2008, 818–830.
- Rogall, Klaus*: Kernbereichsmystik im Strafverfahren, in: Weßlau, Edda (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, 61–86 [zitiert als: *Rogall*, in: FS Fezer].
- Rogall, Klaus*: Stellungnahme vom 11.09.2007 zu den geplanten Neuregelungen der Telekommunikationsüberwachung, abzurufen unter [http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16\\_wp/telekueberw/stellung\\_ra\\_rogall.pdf](http://www.gesmat.bundesgerichtshof.de/gesetzesmaterialien/16_wp/telekueberw/stellung_ra_rogall.pdf).
- Rogall, Klaus*: Das Verwendungsverbot des § 393 II AO, in: Hirsch, Hans Joachim/Wolter, Jürgen/Brauns, Uwe (Hrsg.), Festschrift für Günter Kohlmann zum 70. Geburtstag, 2003, 465–498 [zitiert als: *Rogall*, in: FS Kohlmann].
- Rogall, Klaus*: „Abwägungen“ im Recht der Beweisverbote, in: Ebert, Udo/Rieß, Peter/Roxin, Claus/Wahle, Eberhard (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag am 30. August 1999, 1999, 293–309 [zitiert als: *Rogall*, in: FS Hanack].



- Rogall*, Klaus: Über die Folgen der rechtswidrigen Beschaffung des Zeugenbeweises im Strafprozeß, in: JZ 1996, 944–955.
- Rogall*, Klaus: Rezension: Rainer Störmer, Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, in: StV 1996, 513–519.
- Rogall*, Klaus: Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts, in: Wolter, Jürgen (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi, 1995, 113–160 [zitiert als: *Rogall*, in: Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolphi].
- Rogall*, Klaus: Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992.
- Rogall*, Klaus: Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, in: ZStW 103 (1991), 907–956.
- Rogall*, Klaus: Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote, in: NSTz 1988, 385–393.
- Rogall*, Klaus: Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten, in: ZStW 91 (1979), 1–44.
- Roggan*, Fredrik: NomosBundesrecht, Erläuterungen, G-10-Gesetz, 2. Online-Aufl. 2018 [zitiert als: *NomosBR-G-10-Gesetz/Bearbeiter*].
- Roggan*, Fredrik/*Kutscha*, Martin (Hrsg.): Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit, 2. Aufl. 2006 [zitiert als: *Bearbeiter*, in: Handbuch zum Recht der Inneren Sicherheit].
- Rottmeier*, Christian: Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, 2017.
- Roxin*, Claus: Kernbereichsschutz und Straftatermittlung, in: Zöller, Mark A./Hilger, Hans/Küper, Wilfried/Roxin, Claus (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, 1057–1077 [zitiert als: *Roxin*, in: FS Wolter].
- Roxin*, Claus: Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung, in: Schöch, Heinz/Dölling, Dieter/Helgerth, Roland/König, Peter (Hrsg.), Recht gestalten – dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, 2007, 159–174 [zitiert als: *Roxin*, in: FS Böttcher].
- Roxin*, Claus: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – ein Rückblick auf 40 Jahre, in: Jauernig, Othmar/Roxin, Claus (Hrsg.), 40 Jahre Bundesgerichtshof. Festveranstaltung am 1. Oktober 1990 mit Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofes, 1990, 66–99 [zitiert als: *Roxin*, in: 40 Jahre BGH].
- Roxin*, Claus: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.2.1989 – 2 StR 402/88, in: NSTz 1989, 375–379.
- Roxin*, Claus/*Schäfer*, Gerhard/*Widmaier*, Gunter: Die Mühlenteichtheorie. Überlegungen zur Ambivalenz von Verwertungsverboten, in: StV 2006, 655–661 = Festschrift zu Ehren des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, 2006, 435–446.

- Roxin*, Claus/*Schünemann*, Bernd: Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017.
- Rudolphi*, Hans-Joachim: Grenzen der Überwachung des Fernmeldeverkehrs nach den §§ 100a, b StPO, in: Grünwald, Gerald (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, 1975, 433–453 [zitiert als: *Rudolphi*, in: FS Schaffstein].
- Rupp*, Hans Heinrich: Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des sechsundvierzigsten Deutschen Juristentages, Band I, Teil 3 A, Beweisverbote im Strafprozeß, 1966, 167–211 [zitiert als: *Rupp*, in: 46. DJT].
- Ruthig*, Josef: Grundrechtlicher Kernbereich und Gefahrenabwehr: Verfahren, Rechtsschutz, Schadensersatz, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, 499–523 [zitiert als: *Ruthig*, in: FS Schenke].
- Ruthig*, Josef: Verfassungsrechtliche Grenzen der transnationalen Übermittlung personenbezogener Daten, in: Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöllner, Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, 183–209 [zitiert als: *Ruthig*, in: FG Hilger].
- Sachs*, Michael: Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2018 [zitiert als: *Sachs-GG/Bearbeiter*].
- Satzger*, Helmut/*Schluckebier*, Wilhelm (Hrsg.): Satzger/Schluckebier/Widmaier. Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK, 4. Aufl. 2020 [zitiert als: *SSW-StPO/Bearbeiter*].
- Schefer*, Lukas: Die Vortäuschung eines Zufallsfundes im Ermittlungsverfahren. Zur Zulässigkeit sogenannter „legendierter Konrollen“, 2019.
- Schenke*, Ralf P.: Verfassungsfragen einer Nutzung repressiver Daten zu Zwecken der Gefahrenabwehr am Beispiel der Überwachung der Telekommunikation, in: Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöllner, Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, 211–223 [zitiert als: *R. P. Schenke*, in: FG Hilger].
- Schenke*, Wolf-Rüdiger: Probleme der Übermittlung und Verwendung strafprozessual erhobener Daten für präventivpolizeiliche Zwecke, in: Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöllner, Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, 225–245 [zitiert als: *W.-R. Schenke*, in: FG Hilger].
- Schenke*, Wolf-Rüdiger: Die Verwendung der durch strafprozessuale Überwachung der Telekommunikation gewonnenen personenbezogenen Daten zur Gefahrenabwehr, in: JZ 2001, 997–1004.
- Schiemann*, Anja: Legendierte Kontrollen. Praxiskommentar, in: NSStZ 2017, 651–658.
- Schilling*, Hellen: Illegale Beweise, eine Untersuchung zum Beweisverfahren im Strafprozeß, 2004.
- Schinkel*, Annika: Strafprozessuale Verwendungsverbote, 2017.
- Schmidt-Bleibtreu*, Bruno/*Hofmann*, Hans/*Henneke*, Hans-Günter (Hrsg.): GG Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl. 2018.

- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hrsg.): Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019 [zitiert als: Schönke/Schröder/Bearbeiter].
- Schröder, Svenja*: Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozess, 1992.
- Schumacher, Joachim*: Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener Daten im Polizeirecht, 2001.
- Schuster, Frank Peter*: Verwertbarkeit im Ausland gewonnener Beweise im deutschen Strafprozess, 2006.
- Schwabenbauer, Thomas*: Verwertung von Zufallsfunden einer verfassungswidrigen Durchsuchung. Krit. Anm. zu BVerfGK 16, 22, in: NJW 2009, 3202–3210.
- Simitis, Spiros*: Das Volkszählungsurteil oder der lange Weg zur Informationsaskese – (BVerfGE 65, 1), in: KritV 2000, 359–375.
- Simitis, Spiros*: Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, in: NJW 1984, 398–405.
- Singelstein, Tobias*: Informationelle Selbstbestimmung und Sachverhaltserforschung im Ermittlungsverfahren – verfassungsrechtliche Anforderungen an Datenerhebung und Datenverarbeitung, in: Barton, Stephan/Kölbel, Ralf/Lindemann, Michael (Hrsg.), Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens, 2015, 251–263 [zitiert als: *Singelstein*, in: Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens].
- Singelstein, Tobias*: Möglichkeiten und Grenzen neuerer strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen – Telekommunikation, Web 2.0, Datenbeschlagnahme, polizeiliche Datenverarbeitung & Co, in: NStZ 2012, 593–606.
- Singelstein, Tobias*: Unselbstständige Verwertungsverbote und informationelle Selbstbestimmung. Zum Gesetzesvorbehalt in der Beweisverbotslehre aus grundrechtlicher Perspektive, in: Müller, Henning Ernst/Sander, Günther M./Válková, Helena (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, 643–656 [zitiert als: *Singelstein*, in: FS Eisenberg].
- Singelstein, Tobias*: Strafprozessuale Verwendungsregelungen zwischen Zweckbindungsgrundsatz und Verwertungsverböten. Voraussetzungen der Verwertung von Zufallsfunden und sonstiger zweckentfremdender Nutzung personenbezogener Daten im Strafverfahren seit dem 1. Januar 2008, in: ZStW 120 (2008), 854–893.
- Son, Jae-Young*: Grenzen der sog. „Kernbereichs-Dogmatik“ des Bundesverfassungsgerichts, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, 525–540 [zitiert als: *Son*, in: FS Schenke].
- Son, Jae-Young*: Heimliche polizeiliche Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht, 2006.
- Störmer, Rainer*: Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverböte – Eine Untersuchung über die Strukturen strafprozessualer Verwertungsverböte unter dem Einfluß der Verfassung und der Grundsätze des öffentlichen Rechts, 1992.
- Störmer, Rainer*: Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen, in: NStZ 1990, 397–399.

- Strate*, Gerhard: Rechtshistorische Fragen der Beweisverbote, in: JZ 1989, 176–179.
- Sydow*, Fritz: Kritik der Lehre von den „Beweisverboten“, 1976.
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK: SK-StPO*: hrsg. v. Wolter, Jürgen, 5. Aufl. 2015 ff.
- Band I: §§ 1–93 StPO, 2018
  - Band II: §§ 94–136a StPO, 2016
  - Band III: §§ 137–197 StPO, 2016
  - Band V: §§ 246a–295 StPO, 2016
  - Band VIII: §§ 374–495 StPO, 2020
- [zitiert als: SK-StPO/Bearbeiter].
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK: SK-StPO*: hrsg. v. Wolter, Jürgen, Band VIII: §§ 374–495 StPO, 4. Aufl. 2013 [zitiert als: SK-StPO<sup>4</sup>/Bearbeiter].
- Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz: SK-StPO*: hrsg. v. Wolter, Jürgen, Vor § 151, 11. Aufbau-/Ergänzungslieferung Juni 1994 [zitiert als: SK-StPO<sup>2</sup>/Bearbeiter].
- Tanneberger*, Steffen: Die Sicherheitsverfassung, 2014.
- Voigt*, Lea: Verwendung gefahrenabwehrrechtlich erhobener Erkenntnisse, in: StV 2017, 435–437.
- Walter*, Gerhard: Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, 1979.
- Wartjen*, Maximilian: Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007.
- Wedler*, Simone/*Bülte*, Jens: Anmerkung zu FG Münster: Zweifelsgrundsatz im finanzgerichtlichen Verfahren, kein Verwertungsverbot bei Ankauf von Bankdatenscans, in: NZWiSt 2014, 312–320.
- Weichert*, Thilo: Informationelle Selbstbestimmung und strafrechtliche Ermittlung. Zum verfassungskonformen Technikeinsatz im Strafverfahren, 1990.
- Welp*, Jürgen: Erkenntnisse aus präventiv-polizeilichem Lausch-Eingriff, in: NStZ 1995, 601–604.
- Welp*, Jürgen: Zufallsfunde bei der Telefonüberwachung, in: Jura 1981, 472–484.
- Werkmeister*, Andreas: Strafprozessuale Folgen außerstrafprozessualen Auskunftszwangs am Beispiel von § 97 Abs. 1 S. 3 InsO und § 393 Abs. 2 AO, in: Goeckenjan, Ingke/Puschke, Jens/Singelstein, Tobias (Hrsg.), Für die Sache – Kriminalwissenschaften aus unabhängiger Perspektive. Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 80. Geburtstag, 2019, 575–591 [zitiert als: *Werkmeister*, in: FS Eisenberg].
- Weßlau*, Edda: Heimliche Ermittlungsmaßnahmen, Richtervorbehalt und datenschutzrechtliche Kontrolle – ein Klärungsversuch, in: Zöller, Mark A./Hilger, Hans/Küper, Wilfried/Roxin, Claus (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, 1167–1180 [zitiert als: *Weßlau*, in: FS Wolter].

- Weßlau*, Edda: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung – Auswirkungen auf den Strafprozess. In: Roggan, Fredrik (Hrsg.), *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff*. Gedächtnisschrift für Hans Liskan, 2004, 47–67 [zitiert als: *Weßlau*, in: GS Liskan].
- Weßlau*, Edda: *Vorfeldermittlungen, Probleme der Legalisierung „vorbeugender Verbrechensbekämpfung“ aus strafprozessrechtlicher Sicht*, 1989.
- Wohlers*, Wolfgang: Rezension zu Schinkel, Annika: *Strafprozessuale Verwendungsverbote*, 2017, in: GA 2018, 598–599.
- Wohlers*, Wolfgang: *Verwertungs-, Verwendungs- und/oder Belastungsverbote – die Rechtsfolgenseite der Lehre von den Beweisverwertungsverböten*. In: Herzog, Felix/Schlothauer, Reinhold/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.) in *Verbindung mit Wolter, Jürgen, Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, 2016, 427–444 [zitiert als: *Wohlers*, in: GS Weßlau].
- Wohlers*, Wolfgang: *Fernwirkung – zur normativen Begrenzung der sachlichen Reichweite von Verwertungsverböten*. In: Zöller, Mark A./Hilger, Hans/Küper, Wilfried/Roxin, Claus (Hrsg.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, 2013, 1182–1203 [zitiert als: *Wohlers*, in: FS Wolter].
- Wohlers*, Wolfgang: *Die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung – ein Instrument zur Relativierung unselbstständiger Verwertungsverböten?*, in: Weßlau, Edda/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.), *Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008*, 2008, 311–329 [zitiert als: *Wohlers*, in: FS Fezer].
- Wollweber*, Harald: *Nochmals: Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999*, in: NJW 2000, 3623–3625.
- Wolter*, Jürgen: *Die neue Nachlässigkeit des BVerfG bei verdeckten Ermittlungseingriffen und die Funktionstüchtigkeit der Strafverfolgung*. In: Herzog, Felix/Schlothauer, Reinhold/Wohlers, Wolfgang (Hrsg.) in *Verbindung mit Wolter/Jürgen, Rechtsstaatlicher Strafprozess und Bürgerrechte: Gedächtnisschrift für Edda Weßlau*, 2016, 445–461 [zitiert als: *Wolter*, in: GS Weßlau].
- Wolter*, Jürgen: *Unverfügbares und Verteidigungsstrategien. Zur Kernbereichs- und Wesensgehaltsgarantie im Strafprozess*, in: Livonius, Barbara/Graf, Walther/Wolter, Jürgen/Zöller, Mark A. (Hrsg.), *Strafverteidigung im Wirtschaftsleben. Festgabe für Hanns W. Feigen*, 2014, 383–398 [zitiert als: *Wolter*, in: FG Feigen].
- Wolter*, Jürgen: *Zur „unmittelbaren Lebensgefahr“ und „extremen Menschenrechtswidrigkeit“ im Straf-, Strafprozess-, Verfassungs- und Polizeirecht*, in: Hefendehl, Roland/Hörnle, Tatjana/Greco, Luís (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, 2014, 295–310 [zitiert als: *Wolter*, in: FS Schünemann].
- Wolter*, Jürgen: *Strafprozessuale Verwendungsverböte und Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, in: Esser, Robert/Günther, Hans-Ludwig/Jäger, Christian/Mylonopoulos, Christos/Öztürk, Bahri (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag am 21. August 2013*, 2013, 379–388 [zitiert als: *Wolter*, in: FS Kühne].

- Wolter*, Jürgen: Wider das systemlose Abwägungs-Strafprozessrecht. Über den Niedergang von Gesetzgebung und Rechtsprechung im Strafverfahrensrecht, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Achenbach, Hans/Amelung, Knut/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Schünemann, Bernd/Wolter, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag. Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, 1245–1268 [zitiert als: *Wolter*, in: FS Roxin II (2011)].
- Wolter*, Jürgen: Strafprozessuale Verwendung von Zufallsfunden nach polizeirechtlichen Maßnahmen. Zur notwendigen Reform der §§ 161 Abs. 2, 100d Abs. 5 Nr. 3, 161 Abs. 3 StPO, in: Baumeister, Peter/Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, 2011, 541–559 [zitiert als: *Wolter*, in: FS Schenke].
- Wolter*, Jürgen: Menschenwürde, Kernbereich privater Lebensgestaltung und Recht auf Leben (Schwerpunkt: Wohnungsüberwachung im Strafprozess- und Polizeirecht), in: Hettinger, Michael/Hillenkamp, Thomas/Köhler, Michael/Rath, Jürgen/Streng, Franz/Wolter, Jürgen/Zopfs, Jan (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, 707–722 [zitiert als: *Wolter*, in: FS Küper].
- Wolter*, Jürgen: Polizeiliche und justitielle Datenübermittlungen in Deutschland und der Europäischen Union – Polizei und Europol, Staatsanwaltschaft und Eurojust, in: Wolter, Jürgen/Schenke, Wolf-Rüdiger/Rieß, Peter/Zöllner, Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, 275–290 [zitiert als: *Wolter*, in: FG Hilger].
- Wolter*, Jürgen: Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Maßnahmen im Strafprozessrecht und Polizeirecht, in: Hanack, Ernst-Walter/Hilger, Hans/Mehle, Volkmart/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag am 4. Juni 2002, 2002, 633–648 [zitiert als: *Wolter*, in: FS Rieß].
- Wolter*, Jürgen: Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, 1141–1172 [zitiert als: *Wolter*, in: FS Roxin I (2001)].
- Wolter*, Jürgen: Beweisverbote und Umgehungsverbote zwischen Wahrheitserforschung und Ausforschung, in: Roxin, Claus/Widmaier, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft. Band IV. Strafrecht und Strafprozeßrecht, 2000, 963–1009 [zitiert als: *Wolter*, in: FG BGH].
- Wolter*, Jürgen: Grundrechtliche Beweisverbote und europäisches Ermittlungsverfahren, in: Wolter, Jürgen/Riedel, Eibe/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht. Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz, 1999, 319–341 [zitiert als: *Wolter*, in: Mannheimer Fakultätstagung über 50 Jahre Grundgesetz].
- Wolter*, Jürgen: 35 Jahre Verfahrensrechtskultur und Strafprozeßverfassungsrecht in Ansehung von Freiheitsentziehung, (DNA-)Identifizierung und Überwachung. Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, in: GA 1999, 158–181.
- Wolter*, Jürgen: Datenschutz und Strafprozeß. Zum Verhältnis von Polizeirecht und Strafprozeßrecht, in: ZStW 107 (1995), 793–842.
- Wolter*, Jürgen: Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007, 1991.

- Wolter*, Jürgen: Repressive und präventive Verwertung tagebuchartiger Aufzeichnungen – zugleich Besprechung der Tagebuch-Entscheidung des BVerfG –, in: StV 1990, 175–180.
- Wolter*, Jürgen: Verwertungsverbote bei zulässiger Telefonüberwachung. In: Dornseifer, Gerhard/Horn, Eckhard/Schilling, Georg/Schöne, Wolfgang/Struensee, Eberhard/Zielinski, Diethart (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, 761–780 [zitiert als: *Wolter*, in: GS Armin Kaufmann].
- Wolter*, Jürgen: Freiheitlicher Strafprozeß, vorbeugende Straftatenbekämpfung und Verfassungsschutz – zugleich Besprechung des Entwurfs eines StVÄG 1988 –, in: StV 1989, 358–371.
- Wolter*, Jürgen: Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz – Gesamtanpassung vor Gesamtreform von Strafprozeß- und Polizeirecht,
- Teil 1, in: GA 1988, 49–90,
  - Teil 2, in: GA 1988, 129–149.
- Wolter*, Jürgen: Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, in: NStZ 1984, 276–278.
- Wolter*, Jürgen/*Schenke*, Wolf-Rüdiger (Hrsg.): Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, vorgelegt vom Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht (ASP), 2002 [zitiert als: *ASP*].
- Wolter*, Jürgen/*Schenke*, Wolf-Rüdiger/*Hilger*, Hans/*Ruthig*, Josef/*Zöller*, Mark A. (Hrsg.): Alternativentwurf Europol und europäischer Datenschutz, 2008 [zitiert als: *AE-Europol und europäischer Datenschutz*].
- Würtenberger*, Thomas: Übermittlung und Verwendung strafprozessual erhobener Daten für präventivpolizeiliche Zwecke, in: *Wolter*, Jürgen/*Schenke*, Wolf-Rüdiger/*Rieß*, Peter/*Zöller*, Mark Alexander (Hrsg.), Datenübermittlungen und Vorermittlungen. Festgabe für Hans Hilger, 2003, 263–274 [zitiert als: *Würtenberger*, in: FG Hilger].
- Würtenberger*, Thomas/*Heckmann*, Dirk/*Tanneberger*, Steffen: Polizeirecht in Baden-Württemberg, 7. Aufl. 2017.
- Würtenberger*, Thomas/*Schenke*, Ralf P.: Der Schutz von Amts- und Berufsgeheimnissen im Recht der polizeilichen Informationserhebung, in: JZ 1999, 548–554.
- Zabel*, Benno: Dogmatik und Funktionswandel des Tatverdachts, in: ZIS 2014, 340–347.
- Zeitler*, Stefan/*Trurnit*, Christoph: Polizeirecht in Baden-Württemberg, 3. Aufl. 2013.
- Zöller*, Mark A.: Die zweckändernde Nutzung von personenbezogenen Daten im Strafverfahren – Gegenwart und Zukunft von § 161 StPO, in: StV 2019, 419–427.
- Zöller*, Mark A.: Informationssysteme und Vorfeldmaßnahmen von Polizei, Staatsanwaltschaft und Nachrichtendiensten. Zur Vernetzung von Strafverfolgung und Kriminalitätsverhütung im Zeitalter von multimedialer Kommunikation und Persönlichkeitsschutz, 2002.

## Sachregister

Al-Qaida Rechtsprechung 47 ff.  
Ausgangsverfahren 49 ff., 93, 250

**Befugnisnorm** 130 ff., 169, 248  
*siehe auch* Verwendungs-/  
Verwertungsbefugnis

Bestimmtheitsgrundsatz 115 f.  
Beweisverwertungsverbote *siehe auch*  
Verwertungsverbote  
– Fernwirkung 29 ff., 66 ff., 78 ff., 85 f.,  
248  
– Frühwirkung 74 ff.  
– selbstständige 34 f., 65 f., 72  
– unselbstständige 32 ff.  
Beweisverwertungsverbotslehre 32  
Beweiszwecke, zu 27 f., 81 ff., 124,  
215 ff., 248 f.  
*siehe auch* Verwendung

**Daten** *siehe auch* Datenerhebung  
– personenbezogene 47 ff., 93, 248  
– rechtmäßige 178 f., 230 f.  
– rechtswidrige 178 f., 230 f.  
– unverwertbare 230 f.  
– verwertbare 47 ff., 222 f. 230 f.  
– Zweckentfremdung 109, 111 f.,  
247

Datenerhebung 101 ff.  
– rechtmäßige 101  
– rechtswidrige 101 f.  
Datenerlangung 249  
Datenschutzrecht 62 ff.  
Datenverwendung von Zufallsfunden  
108 ff.

**Entsprechungsklausel** 251  
Ermittlungsansatz 122 ff., 241, 249

Fair trial (fairer Verfahren) 160 ff.  
Fernwirkung 29 ff., 66 ff., 78 ff., 133,  
157 ff., 168, 171  
Folterverbot 142, 193 ff.

**Gefahr**  
– Bestand des Bundes 200, 252  
– dringende 193, 201, 233, 252  
– Freiheit 200, 223, 231, 252  
– gemeine 233 f.  
– körperliche Unversehrtheit 200,  
252  
– öffentliche Sicherheit 200, 252  
– Vermögenswerte 201, 252  
Gefahrenabwehr 93, 192 ff., 213 ff.,  
218 ff., 233 f., 247, 250  
– allgemeine 231 ff.  
– Kernbereich privater Lebensgestaltung  
198, 231  
– Verpflichtung 232, 245, 252  
Gesetzesvorbehalt 130 ff., 163 f.  
Gesetzesvorschläge 93, 136 ff., 244 ff.  
Grundrechtsverletzungen  
– erhebliche 160 ff., 199 ff.  
– geringfügige 168 ff., 201 f.

**Hypothetischer Ermittlungsverlauf**  
153 ff., 165 ff., 170, 204  
Hypothetischer Ersatzeingriff 51 ff.,  
203 ff., 225 f.  
– generalisierender 220 ff.  
– konkret-individuell 219 f., 251  
– Verwendung zu Beweis Zwecken  
215 ff.

**Informationelle Selbstbestimmung**  
97 ff., 248



- Kernbereich privater Lebensgestaltung** 144 ff.  
*siehe auch* Menschenwürdegarantie und Gefahrenabwehr
- Lebensgefahr, unmittelbare** 197, 222 f., 231 ff., 252
- Legendierte Polizeikontrolle** 180 f.
- Menschenwürdegarantie** 140 ff.  
 – Fernwirkung 157 ff.  
 – Gefahrenabwehr 231  
 – Hypothetischer Ermittlungsverlauf 153 ff.  
 – Integrität, körperliche und geistige 142  
 – Kernbereich privater Lebensgestaltung 144 ff.  
 – Privatpersonen 155 ff.  
 – Selbstbestimmung, freie 142 ff.  
 – Totalüberwachung 147 f.  
 – Unbeteiligte, Ermittlung gegen 148 f.  
 – Willkür im Verfahren 149 f.  
 – Zustimmung 150
- Menschenwürdegehalt von Grundrechten** 141 ff.
- Menschenwürdeverletzung** 140 ff., 193 ff.  
*siehe auch* Menschenwürdegarantie
- Modell der doppelten Tür** 203, 225
- Polizeirecht** 93, 192 ff., 218 ff., 247, 250  
*siehe auch* Gefahrenabwehrrecht
- Privatpersonen** 155 ff., 167, 171
- Prozessuale Tat** 237, 247
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung** 97  
 – Eingriff 99 ff.  
 – Schranken 99 ff.  
 – Schranken-Schranken 110 ff.  
 – Schutzbereich 97 ff.
- Rechtliches Gehör, Recht auf** 160 ff.
- Rechtssicherheit** 91, 247
- Rettungsfolter** 194 ff.
- Richtlinie (EU) 2016/680** 212 ff., 251
- Sachführung, polizeirechtliche** 93 f., 122 ff., 249
- Schutzvorkehrungen, verfahrensrechtliche** 116 ff., 164
- Spurenansätze** 31 f., 80 f., 93 ff., 122 ff., 241, 249
- Strafverfolgung** 190 ff., 213 ff., 218 ff., 237 ff., 247
- Totalüberwachung** 147 f.
- Übermaßverbot** 112 ff.  
*siehe auch* Verhältnismäßigkeit
- Unbeteiligte** 148 f.
- Untersuchungsfunde** 23 f., 70 f., 93, 247  
 – rechtmäßig erlangte 104  
 – rechtswidrig erlangte 105 ff.  
 – (mittelbare) Verwertung von 26 f., 78 ff.
- Ursprungsverfahren** 49 ff., 93, 250  
*siehe auch* Ausgangsverfahren
- Verfahrensrechtliche Schutzvorkehrungen** 116 f.
- Verhältnismäßigkeit** 112 ff., 164 f.
- Verordnung (EU) 2016/679** 172, 212, 251
- Verwendung** 26 f., 93, 247 ff.  
 – Beweiszwecke, zu 81 ff., 215 ff., 248  
 – Ermittlungsansatz 93, 122 ff.  
 – Etymologie 90 f., 247  
 – Gefahrenabwehr 192 ff., 218 ff., 237 ff., 247  
 – mittelbare 74, 93, 122 ff., 249  
 – polizeirechtliche Sachführung 93 f., 122 ff., 249  
 – Spurenansatz 80 f., 93, 122 ff.  
 – Strafverfolgung 190 ff., 213 ff., 247  
 – unmittelbare 93, 122 ff.

- Verwertbare Daten 230
- Zufallsfunde 64 f., 74
- Verwendungsbefugnis 68, 87, 135, 244 ff.
- Verwendungsregelungen 35 f., 62 ff., 172 ff., 188 ff., 212 ff.
  - Entsprechungsklausel 251
  - gesetzliche Grundlage 118 ff.
  - Lehre von 35 f.
  - Unverwertbare/verwertbare Daten im Ausgangsverfahren 173 ff.
- Verwendungsverbote 118 ff.
- Verwertung 26 f., 93, 103 ff., 247 ff.
  - Ermittlungsansatz 93, 111
  - Etymologie 90, 247
  - mittelbare 78 ff., 93, 133 f., 249
  - unmittelbare 93, 133 f.
- Verwertungsbefugnis 130 ff., 248
  - Fernwirkung 168, 171
  - Hypothetischer Ermittlungsverlauf 165 ff., 170
  - Privatperson 167 f., 171
  - Zustimmung 165, 170
- Verwertungserlaubnis 248
- Verwertungsverbote *siehe auch* Beweisverwertungsverbote
  - Dogmatik 130 f.
- Willkür im Verfahren 149 f.
- Wohnungsüberwachung 233 f.
- zu Beweiszwecken 81 ff., 122 ff., 215 ff.
- Zufallsfunde 24 ff., 93, 102, 175 ff., 247
  - echte 175 ff., 250
  - gezielt gesuchte 179 f.
  - hypothetischer Ersatzeingriff 52 f., 203 ff., 215 ff., 219 ff., 225 f.
  - legendierte Polizeikontrollen 180 f.
  - rechtmäßige 178 f., 181 ff., 202, 230 f.
  - rechtswidrig 178 ff., 186 ff., 213, 230 f.
  - unechte 175 ff., 250
- zur Sachführung 93 f., 122 ff., 249
- Zustimmung 150 ff., 165, 170
- Zweckänderung 94, 109, 111 f., 248  
*siehe auch* zweckentfremdende Nutzung, Zweckumwidmung
- Zweckbindungsgrundsatz 110 ff., 208 f., 251
- zweckentfremdende Nutzung 66, 110, 247 f.
- zweckgebundene Nutzung 27, 247 f.
- Zweckumwidmung 64, 94, 111 f.