

Centaurus Verlag &
Media UG

Stefan Holzner

**Die Online-Durchsuchung:
Entwicklung eines
neuen Grundrechts**

Stefan Holzner

Die Online-Durchsuchung

Reihe Rechtswissenschaft

Band 211

Stefan Holzner

Die Online-Durchsuchung: Entwicklung eines neuen Grundrechts



Centaurus Verlag & Media UG 2009

Zum Autor: Stefan Holzner, geboren 1978, studierte Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz und absolvierte einen Weiterbildungsstudiengang Medienrecht am Mainzer Medieninstitut mit Abschluss als Master of Laws (LL.M.). Zur Zeit ist er Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Zivilrecht, deutsches und internationales Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht von Prof. Dr. Uwe H. Schneider an der Technischen Universität Darmstadt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Holzner, Stefan:

Die Online-Durchsuchung : Entwicklung eines neuen Grundrechts /

Stefan Holzner. – Kenzingen : Centaurus-Verl., 2009

(Reihe Rechtswissenschaft ; Bd. 211)

ISBN 978-3-8255-0733-6 ISBN 978-3-86226-867-2 (eBook)

DOI 10.1007/978-3-86226-867-2

ISSN 0177-2805

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© CENTAURUS Verlags KG, Kenzingen 2009

Satz: Vorlage des Autors

Umschlaggestaltung: Antje Walter, Titisee

Vorwort

Das *Bundesverfassungsgericht* hat mit seinem Urteil zur Zulässigkeit der Online-Durchsuchung vom 27. Februar 2008 – 1 BvR 370/07 ein neues Grundrecht geschaffen. Auf Grund einer Verfassungsbeschwerde hatte das Gericht insbesondere die Vereinbarkeit einer eher unscheinbaren Norm des nordrheinwestfälischen Verfassungsschutzgesetzes mit den Grundrechten zu prüfen, die der Behörde die heimliche Online-Durchsuchung von Computersystemen ermöglichen sollte. Im abschließenden Urteil wurde in richterrechtlicher Verfassungsrechtsfortbildung das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme entwickelt. Dieses – zunächst etwas sperrig klingende – neue Grundrecht wird immense Auswirkungen auf den Umgang des Staates mit den sog. informationstechnischen Systemen seiner Bürger haben. Aber auch auf das Verhalten und die Verhältnisse der Bürger untereinander in Bezug auf die Nutzung von Datensystemen wird seine Wirkung ausstrahlen.

Die vorliegende Arbeit wurde vom *Mainzer Medieninstitut* im Weiterbildungsstudiengang Medienrecht an der *Johannes Gutenberg-Universität* Mainz im Sommersemester 2008 als Masterarbeit angenommen. Sie versucht neben der bloßen Darstellung der wesentlichen Inhalte des Urteils eine Einordnung und Analyse der möglichen Auswirkungen auf die Rechtsordnung. Dabei wird berücksichtigt, dass Rechtsfragen der Behandlung informationstechnischer Systeme auf Grund der weltweiten Verbindung der Datennetze nicht auf die nationale Rechtsordnung beschränkt bleiben können. Rechtsprechung und Literatur sind bis Mitte Juli 2008 eingearbeitet.

Mein besonderer Dank für die gewährte Hilfe bei der Fertigstellung dieser Arbeit gebührt Frau Rechtsanwältin *Isabelle Schleiter* und – nicht zuletzt, aber zum Abschluss – meinen Eltern.

Mainz, im Dezember 2008

Stefan Holzner

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	1
B.	Definitionen, Historie und Technik	4
I.	Begriffliche Abgrenzungen	4
1.	Informationstechnisches System	4
2.	Heimlicher Zugriff auf informationstechnische Systeme („Online-Durchsuchung“).....	5
3.	Heimliche Aufklärung des Internet („Online-Überwachung“).....	5
4.	Quellen-Telekommunikationsüberwachung („Quell-TKÜ“)	6
5.	Exkurs: Überwachung des E-Mail-Verkehrs.....	6
a)	Technischer Überblick über die E-Mail-Kommunikation	7
b)	Rechtliche Einordnung der E-Mail-Überwachung	7
II.	Technische Grundlagen	10
1.	Technische Realisierung der Online-Durchsuchung	10
a)	Exploits	11
(1)	„Zero-Day-Exploits“	11
(2)	“Less-Than-Zero-Day-Exploits”	12
(3)	„Bundes-Backdoor“	12
(4)	Exkurs: Die Rolle des BSI	13
b)	„Trojanisches Pferd“ / „Trojaner“	13
c)	„Sniffer“ / „Keylogger“	14
d)	“Man-in-the-middle“-Angriff	14
e)	Manuelle Installation durch die Zielperson	15
f)	Manuelle Installation durch Mitarbeiter der Ermittlungsbehörden	15
2.	Technische Grenzen der Online-Durchsuchung	15
3.	Abwehr- und Schutzmaßnahmen gegen die Online-Durchsuchung.....	16
4.	Technische Realisierung der Quell-TKÜ	17
III.	Rechtsprechungs-„Historie“ der Online-Durchsuchung.....	18
C.	Rechtsfragen der Online-Durchsuchung am Maßstab des Grundrechts auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.....	21
I.	(Grund-)Rechtsfortbildung durch das Bundesverfassungsgericht	21

1.	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als richterrechtlich ausgeprägter Grundrechtsschutz	21
2.	Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen	23
II.	Entwicklung zum Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.....	24
1.	Schutzbereich.....	25
a)	Zum Begriff des informationstechnischen Systems	25
b)	Abgrenzung zu Art. 10 Abs. 1 GG	26
c)	Abgrenzung zu Art. 13 Abs. 1 GG	28
d)	Abgrenzung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung	31
e)	Kernbereichsschutz.....	32
2.	Eingriff und Rechtfertigung.....	33
a)	Geeignetheit der Maßnahme.....	34
b)	Erforderlichkeit.....	34
c)	Angemessenheit: Der Gefahrenbegriff der Online-Durchsuchung	34
III.	Schutzpflichten	35
1.	Allgemeines	35
2.	Zivilrechtlicher Schutz der Integrität informationstechnischer Systeme durch § 823 Abs. 1 BGB ?.....	36
3.	Private Ausforschung der Kommunikation als Gefahr ?.....	37
4.	Schutz des virtuellen Raumes.....	37
IV.	Auswirkungen des neuen Grundrechts	38
1.	Gesetzliche Einführung der Online-Durchsuchung.....	38
a)	BKAG	38
b)	Landesrecht: Bayern	39
c)	Online-Durchsuchung für Zwecke der Strafverfolgung	39
d)	Folgerungen	40
2.	Richtervorbehalt als verfahrensrechtliche Absicherung	42
3.	Mögliche Kostenlast der Online-Durchsuchung.....	43
V.	Rechtsvergleichender Überblick zur Online-Durchsuchung	44
1.	Schweiz.....	44
2.	Österreich.....	46
3.	Niederlande.....	47
4.	Frankreich	48
5.	USA	48
6.	EU/EG: Primär- und Sekundärrecht	49

VIII

7. Exkurs: Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme im System der verschiedenen Ebenen des europäischen Grundrechtsschutzes.....	50
a) Charta der Grundrechte der EU	51
b) EMRK.....	51
c) Verhältnis der Grundrechte der verschiedenen Ebenen zueinander	51
(1) Nationale Ebenen.....	52
(2) EMRK.....	52
(3) EUGrCh	53
d) Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung der verschiedenen Ebenen	53
VI. Völkerrechtliche Aspekte der Online-Durchsuchung.....	54
1. Verletzung des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips durch die Online-Durchsuchung	54
2. Online-Durchsuchung im Ausland („Transborder Search“) nach der Cyber-Crime-Konvention?	56
D. Rechtsfragen der Quell-TKÜ.....	57
1. Allgemeines	57
2. Gesetzliche Einführung der Quell-TKÜ	58
E. Fazit	59