

§ 3 Elektronische Daten im Strafverfahren

Einhergehend mit der stetig wachsenden Bedeutung digitaler Medien, seien es Foto-, Video- oder Audioaufnahmen, die auf Speichermedien wie Computern, Handys, Servern und in der Cloud gespeichert werden,¹⁴⁰ steigt auch deren Bedeutung für den Strafprozess.¹⁴¹

A. Ziel des Strafverfahrens

I) Allgemeines

Die Wahrheit über eine behauptete oder für möglich gehaltenen Straftat zu ermitteln und den Täter der gesetzlichen Rechtsfolge zuzuführen, ist das primäre Ziel des Strafverfahrens.¹⁴² Der in § 244 Abs. 2 StPO normierte Begriff der Wahrheit wird dabei gemeinhin als Übereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit verstanden.¹⁴³ Erkenntnistheoretisch gründet dies auf einem korrespondenztheoretischen Wahrheitsverständnis, nach der Wahrheit die Übereinstimmung der Erkenntnis mit einem außerhalb ihrer selbst liegenden Gegenstand bedeutet.¹⁴⁴ Die Suche nach der Wahrheit prägt das gesamte Ermittlungsverfahren, das darauf ausgelegt ist, durch das Erforschen der materiellen Wahrheit schließlich auch Gerechtigkeit zu entfalten.¹⁴⁵ Durch die im deutschen Strafprozess geltende Amtsermittlungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO ist das Gericht verpflichtet den Sachverhalt unabhängig vom Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten von Amts wegen aufzuklären. Dadurch soll der durch die Zuwiderhandlung gegen ein durch das materielle Recht geschütztes Rechtsgut entstandene Konflikt aufgelöst und so die Erhaltung des Geltungsanspruchs

140 *Momsen/Hercher*, Digitale Beweismittel im Strafprozess, 173, 175.

141 Vgl. *Singelstein* in: Big Data – Regulative Herausforderungen, 179, 179.

142 BGHSt 1, 94, 96; *Fischer* in: KK-StPO, vor § 1 StPO, Rn. 3; *Kudlich* in: MüKo-StPO, Einl., Rn. 7.

143 *Trüg/Habetha* in: MüKo-StPO, § 244 StPO, Rn. 47; *FS-Böttcher/Trüg/Kerner*, 191, 192 ff.

144 *Theile*, NStZ 2012, 666, 666.

145 *Trüg*, ZStW 2008, 331, 335; *FS-Böttcher/Trüg/Kerner*, 191, 192 ff.; *Malek*, StV 2011, 559, 560.

des materiellen Strafrechts gesichert werden.¹⁴⁶ Mithin wird der im Einzelfall entstandene Strafanspruch gegenüber dem Einzelnen auf diese Weise durch das Strafverfahren durchgesetzt.¹⁴⁷ Das Streben nach einer gerechten Entscheidung bedeutet jedoch nicht, einseitig die Durchsetzung des Strafanspruchs zu priorisieren, sondern ebenso die Rechtmäßigkeit der Entscheidung, unter Beachtung der Rechte des Betroffenen, zu garantieren.¹⁴⁸ Die Wahrung dieser Rechte, die verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 3 GG sowie unionsrechtlich in Art. 6 EMRK und dem hieraus abgeleiteten „Fair-Trial“ Grundsatz verankert sind, sollen eine womöglich „richtige“, aber nicht rechtmäßig entstandene Entscheidung zum Schutz des Rechtsstaates verhindern. Der rechtsstaatliche Anspruch an eine rechtmäßig zustande gekommene Entscheidung schränkt folglich das vorab benannte Primärziel des Strafverfahrens wieder ein. Dennoch zieht ein nicht rechtmäßig erlangtes Beweismittel nicht zwangsläufig ein Beweisverbot nach sich. Dies belegt nicht zuletzt die Theorienvielfalt, die zur Entstehung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots herangezogen wird.¹⁴⁹ Die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Wahrheitsfindung auf der einen und der Rechtsstaatlichkeit auf der anderen Seite mündet also stets in einem Spagat, der auch im Laufe dieser Arbeit noch seinen Platz einnehmen wird. Jedenfalls eine Wahrheitserforschung um jeden Preis ist dem deutschen Strafprozess fremd.¹⁵⁰ Im Gesamten zielt das Strafverfahren dabei keinesfalls lediglich auf die Bestrafung des Täters ab, sondern richtet den Blick auch auf den Menschen, der durch die Straftat zum Opfer wurde. Dem Opfer selbst wird durch das Strafverfahren ein Justizgewährleistungsanspruch, als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips zu Teil,¹⁵¹ der den mit der Entscheidung einherkommenden Rechtsfrieden in seiner Wertigkeit fördern soll.¹⁵² Nicht zuletzt um Privatrachen und Selbstjustiz zu verhindern, hat der Gesetzgeber die Strafverfolgung in die

146 Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 1; Ostendorf, Strafprozessrecht, Rn. 7; Rieß, JR 2006, 269, 272.

147 BVerfGE 20, 45, 49; Kindhäuser/Schumann, StPO, § 1, Rn. 1; Heger/Pohlreich, Strafprozessrecht, Rn. 14.

148 Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 10.

149 Einen ersten Überblick bietend Schmitt in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 55a, vgl. ausführlich § 5, B., I), 3).

150 BGHSt 31, 302, 309; BGHSt 38, 214, 220; BGHSt 51, 285, 290; Fischer in: KK-StPO, vor § 1 StPO, Rn. 3.

151 Heger/Pohlreich, Strafprozessrecht, Rn. 15; Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 8.

152 Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, Rn. 11; FS-Spendel/Ranft, 719,724; vgl. auch insgesamt Rieß, JR 2006, 269, 270 f.

Hand der Strafverfolgungsbehörden gelegt. Ein Zusammenspiel aus dem Legalitätsprinzip, § 152 Abs. 2 StPO, und dem Amtsermittlungsgrundsatz, §§ 155 Abs. 2, 160 Abs. 2, 244 StPO, verschaffen dem Opfer somit die Gewissheit, dass der an ihm verübten Straftat nachgegangen und der durch den Täter geschaffenen Normkonflikt vor Gericht verhandelt wird. Ergänzt werden die in diesem Zusammenhang maßgeblichen Opferrechte auf Strafverfolgung durch die Möglichkeit des Klageerzwingungsverfahrens nach §§ 172 ff. StPO.

Hinsichtlich der Erlangung und Verwertung belastender digitaler Beweismittel müssen, um den sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Grundgesetz, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) und der Konvention zum Schutz der Menschenrechte ergebenden Anforderungen zu genügen, die gleichen Verfahrensgrundrechte und -prinzipien wie für sonstige Beweismittel gelten. Besondere Bedeutung haben in diesem Kontext das Recht auf ein faires Verfahren, der Nemo-tenetur-Grundsatz, die Unschuldsvermutung sowie der Gesetzesvorbehalt, als Notwendigkeit für alle Eingriffe staatlicher Gewalt.¹⁵³

II) Beschränkungen

Die gegenseitige Begrenzung dieser Ziele wird im Bereich strafverfolgungsbehördlicher Ermittlungen und der sich hieran anschließenden Verwertung am deutlichsten. Die strafprozessual forcierte Wahrheitsermittlung unterliegt durch die Rechtsstaatlichkeit gezogenen Grenzen. So sind im Laufe eines Strafverfahrens zahlreiche gesetzliche Legitimationen erforderlich, um für Zwecke der Strafverfolgung in die (Grund)Rechte der Bürger eingreifen zu dürfen. Darüber hinaus werden die staatlichen Eingriffsbefugnisse durch die Bedeutung der Grundrechte auf Seiten der Betroffenen begrenzt.¹⁵⁴

1) Vorbehalt des Gesetzes

Zur Vermeidung uferloser und unbeschränkter Ermittlungen ist es erforderlich, dass die Exekutive für sämtliche Handlungen, die in Grundrechte des Betroffenen eingreifen, hierzu von der Legislative ermächtigt wurde.

153 *Warke*, NZWiSt 2017, 289, 291.

154 *Fischer* in: KK-StPO, vor § 1 StPO, Rn. 4.

Dadurch ist sichergestellt, dass das Maß zulässiger Eingriffe im Vorhinein – ohne Bezug zur durch die Maßnahme konkret betroffenen Person – festgelegt ist.¹⁵⁵ Die vom Gesetzgeber verabschiedeten Eingriffsbefugnisse zur Beschneidung der bürgerlichen Rechte müssen dabei hinreichend bestimmt sein und dadurch ihre Rechtsfolge für den Einzelnen vorhersehbar machen.¹⁵⁶ Dies bedeutet, dass der Betroffenen die Reichweite des Gesetzes mit einer hinreichenden Sicherheit einschätzen kann.¹⁵⁷ Besondere Anforderungen sind an den Gesetzesvorbehalt im Falle geheimer Überwachungsmaßnahmen zu stellen, die gerade im Vorfeld eines Strafprozesses von wesentlicher Bedeutung sind. Mangels Kenntnis des Betroffenen von der konkreten gegen ihn durchgeführten Überwachungsmaßnahme, ist es ihm gerade nicht möglich, die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften unmittelbar zu kontrollieren. Dies bedeutet, dass der gesetzliche Schutz umso höher ausfallen muss und ihm dabei insbesondere die Aufgabe zuteilwird, vor willkürlichen Eingriffen zu schützen.¹⁵⁸ Besondere Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang spezielle Anordnungsbefugnisse, die Notwendigkeit einer abschließend bestimmten Anlasstat, zeitliche Beschränkungen und die Speicherungs- und Löschungsvorschriften der erhobenen Daten.¹⁵⁹ In diesem Zusammenhang führen der technische Fortschritt und die damit einhergehende Veränderung der Lebenswelt zu Zweifelsfällen, in denen sich der Gesetzesanwender die Frage stellen muss, ob ein neuartiger Sachverhalt noch durch eine allgemein oder gar in einem anderen Kontext normierte Ermächtigungsgrundlage gedeckt sein kann. Exemplarisch sei an die vor wenigen Jahren aufgetretene Frage erinnert, inwiefern mittels der allgemein gefassten Ermittlungsgeneral Klauseln eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Nutzung der sozialen Medien wie Facebook, Instagram, oder Twitter zu Ermittlungszwecken vorhanden ist.¹⁶⁰ Ob eine neue technische Ermittlungsmöglichkeit unter die normierten Eingriffsbefugnisse subsumiert werden kann, ist zunächst eine Frage des Wortlauts, der die „neue Maßnahme“ umfassen muss. Eine Analogienbildung scheidet jedenfalls bei den strafprozessrechtlich grund-

155 Vgl. auch zur Entwicklung des Gesetzesvorbehalts *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt, S. 11 ff.

156 EGMR, NJW 2016, 2013, Rn. 120; EGMR, NJW 2011, 1333, Rn. 60.

157 *Gaede* in: MüKo-StPO, Art. 8 EMRK, Rn. 21.

158 EGMR, NJW 2011, 1333, Rn. 63; EGMR, NJW 2010, 213 Rn. 78.

159 *Gaede* in: MüKo-StPO, Art. 8 EMRK, Rn. 22.

160 *Zöller*, ZStW 2012, 411, 421; *Henrichs/Wilhelm*, Kriminalistik 2010, 30, 33.

rechtsintensiven Eingriffen aus.¹⁶¹ Im Anschluss ist eine systematische und teleologische Auslegung der Norm vorzunehmen, in der ebenfalls zu berücksichtigen ist, ob der womöglich geänderte Charakter des neuartigen Zugriffs noch dem Willen des historischen Gesetzgebers entspricht.¹⁶²

2) Verfahrensrechtliche Beschränkungen

a) Verdachtsgrad

Die Ermächtigung der Strafverfolgungsbehörden, mittels staatlicher Ressourcen in die Grundrechte der Bürger einzugreifen, setzt grds. voraus, dass die betreffende Person diese Maßnahme durch ihr vorheriges Verhalten „provoziert“ hat. Das Erfordernis eines sog. Anfangsverdachts, für den nach kriminalistischer Erfahrung Anhaltspunkte vorliegen, die es als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde,¹⁶³ verhindert zum Schutz des Bürgers eine staatliche Strafverfolgung ohne sachlichen Grund. Wenngleich in der Ermittlungspraxis der Rückgriff auf bloße Vermutungen zur Begründung eines Anfangsverdachts nicht genügt,¹⁶⁴ führt der Umstand, dass den Ermittlungsbehörden bei der Beurteilung des Anfangsverdachts ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum zukommt, dazu, dass die Schwelle zum Anfangsverdacht schnell überschritten sein kann.¹⁶⁵ Aufgrund dessen implementierte der Gesetzgeber bei eingriffsintensiven heimlichen Maßnahmen zusätzliche Schutzvorkehrungen, um die Begründungsanforderungen des einfachen Anfangsverdachts zu erhöhen (vgl. §§ 100a, 100b Abs. 1 Nr. 2, 3 StPO; § 100c Abs. 1 Nr. 2, 3, 4 StPO).

b) Straftatenkataloge

Ebenso werden die Ermittlungsbefugnisse und damit die Wahrheitsermittlung durch die Normierung bestimmter Anlassstraftaten beschränkt. Diese

161 *Kudlich*, GA 2011, 193, 195; *Valerius*, JR 2007, 275, 276; *Gusy*, StV 2002, 153, 156; a.A.: *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl., Rn. 193.

162 Vgl. *Singelstein/Putzer*, GA 2015, 564, 566.

163 BGH, NStZ 1994, 499, 500.

164 *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 StPO, Rn. 4.

165 BGH, NJW 1970, 1543, 1544; BGH, NStZ 1988, 510, 511; OLG München, NStZ 1985, 549, 550; *Gercke* in: HK-StPO, § 152 StPO, Rn. 11.

Straftatenkataloge bringen aufgrund ihrer beständigen Ausweitung in den letzten Jahren mit sich, dass nahezu nur noch Straftaten aus dem Bereich der leichten Kriminalität ausgenommen bleiben.¹⁶⁶ An einem übergeordneten System hinsichtlich der Aufnahme bestimmter Straftaten in die Straftatenkataloge mangelt es.¹⁶⁷

c) Subsidiaritätsklauseln

Eine weitere Einschränkung sollen die Eingriffsbefugnisse durch die Vielzahl unterschiedlich formulierter Subsidiaritätsklauseln erfahren.¹⁶⁸ Gemeinsames Ziel sämtlicher Subsidiaritätsklauseln ist es, die entsprechende Ermittlungsmaßnahme aufgrund ihrer Eingriffsintensität bestenfalls nur in dem Falle, in welchem weniger grundrechtsintensive Maßnahmen nicht erfolgsversprechend sind, zum Einsatz gelangen zu lassen. Nicht von der Hand zu weisen ist vor diesem Hintergrund jedoch der Einwand *Zöllers*, der darauf hinweist, dass es zu Erreichung dieses Zieles das Instrument der Subsidiaritätsklauseln nicht bedarf.¹⁶⁹ Schließlich erfordert bereits der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der selbstredend für sämtliche Eingriffsbefugnisse gilt, dass stets das mildeste Mittel zum Einsatz kommen muss.¹⁷⁰ Würde der Gesetzgeber folglich auf explizite Subsidiaritätsklauseln verzichten, würde dies den Grundrechtsschutz nicht verringern.¹⁷¹

d) Richtervorbehalt

Der Richtervorbehalt soll geplante Maßnahmen bereits im Vorfeld einer präventiven richterlichen Rechtmäßigkeitskontrolle unterziehen.¹⁷² Dadurch soll zum einen ausgeglichen werden, dass die Strafverfolgungsbehörden zum einen oftmals nicht die erforderliche Neutralität besitzen,

166 *Zöller*, ZStW 2012, 411, 421.

167 *Zöller*, StraFo 2008, 15, 19.

168 Vgl. in etwa §§ 100a, b Abs. 1 Nr. 3, 100c Abs. 1 Nr. 4, 110a Abs. 1 S. 3 StPO, 100h Abs. 1 S. 1, 163f Abs. 1 S. 2 StPO.

169 *Zöller*, ZStW 2012, 411, 421.

170 *Zöller*, ZStW 2012, 411, 421; GS-Meyer/Rieß, S. 367, 371; *Schroeder*, GA 2005, 73, 74; *Zöller*, StraFo 2008, 15, 20.

171 *Zöller*, ZStW 2012, 411, 428.

172 *Brüning*, ZIS 2006, 29, 29; *Schnarr*, NStZ 1991, 209, 210; *Hilger*, JR 1990, 485, 488.

die bei der Abwägung mit den Verfolgungsinteressen für die Berücksichtigung der Freiheitsinteressen des Betroffenen notwendig ist,¹⁷³ und zum anderen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass dem Betroffenen im Falle heimlicher Maßnahmen nicht durch eine vorherige Anhörung Rechtsschutz gewährt werden kann¹⁷⁴. Würde man diesen bereits im Vorfeld einer Maßnahme informieren, so würde dies den Erfolg einer Maßnahme vollkommen zunichtemachen. Gleichwohl kam eine empirische Studie der Universität Bielefeld zum ernüchternden Ergebnis, dass die Ermittlungsrichter ihrer Kontrollpflicht meist kaum nachkommen.¹⁷⁵ Häufig werden die von der Staatsanwaltschaft vorbereiteten Beschlussentwürfe wörtlich übernommen, ohne diese einer eingehenden rechtlichen Kontrollprüfung zuzuführen. Mögliche Ursachen hierfür können sowohl der allgemeine Personalmangel in der Justiz, ein daraus resultierender Zeitdruck, der Vorsprung von Fachwissen bei den Strafverfolgungsbehörden sowie lückenhafte Entscheidungsgrundlagen sein.¹⁷⁶

3) Beweisverwertungsverbote

Neben dem Grundrechtseingriff im Rahmen des staatlichen Zugriffs folgt ein weiterer Grundrechtseingriff durch die prozessuale staatliche Beweisverwertung. Auch wenn die Erlaubnis zur staatliche Beweiserhebung auch die Nutzung im Strafverfahren erlaubt,¹⁷⁷ bringt der abermalige Grundrechtseingriff oder jedenfalls dessen Fortwirkung¹⁷⁸ mit sich, dass auch die Verwertung den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit genügen muss. Schließlich dient die Existenz eines Beweisverwertungsverbotes – analog zum Erfordernis des Gesetzesvorbehalts – dem Schutz des Betroffenen vor stetig weiter und tiefergehenden staatlichen Ermittlungsmaßnahmen. Erst die Existenz eines Beweisverwertungsverbotes ermöglicht im Zusammen-

173 *Amelung*, JZ 1987, 737, 741.

174 *Hilger*, JR 1990, 485, 485.

175 zur Studie *Backes/Gusy*, Telefonüberwachung, S. 44; *dies*, StV 2003, 249 ff.; im Übrigen auch *Albrecht/Dorsch/Krüpe*, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation, S. 447; *Brüning*, Der Richtervorbehalt, S. 215.

176 *Zöller*, ZStW 2012, 411, 429; *Backes/Gusy*, StV 2003, 249, 250.

177 *Ernst*, Verarbeitung und Zweckbindung von Informationen, S. 182; *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt, S. 98 ff.

178 Vgl. *Rehbein*, Verwertbarkeit von nachrichtendienstlichen Erkenntnissen, S. 143 ff.

spiel mit dem Erfordernis einer Ermittlungsbefugnis ein vollkommenes Schutzkonzept zugunsten des Bürgers. Ansonsten wäre der Betroffene auch solchen Eingriffen der Exekutive, die keine Legitimation der Legislative in sich tragen im Ergebnis schutzlos ausgeliefert. Gerade weil der Betroffene im kompletten Strafverfahren dem Staat mit all dessen Ermittlungsmöglichkeiten als „kleiner Mann“ gegenübersteht, ist es für eine rechtsstaatlich anzuweisende Waffengleichheit elementar, dass das Anerkennen von Beweisverboten verhindert, dass die Ungleichheit zwischen dem Staat als Ankläger und dem Betroffenen einseitig zu Lasten des Betroffenen kippt.¹⁷⁹

a) Wahrung der Rechte des Einzelnen

In erster Linie liegt der Schutz der Beweisverbote sicherlich in dem Schutz der Individualrechte des Einzelnen.¹⁸⁰ Besonders deutlich wird dieser Schutzzweck bei den Beweisverboten, die den Kernbereich höchstpersönlicher Lebensgestaltung schützen. Zum Schutz der Menschenwürde und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts soll verhindert werden, dass hochsensible Informationen im Strafprozess öffentlich gemacht werden. Zwar kann auch bei sämtlichen unselbstständigen Beweisverwertungsverböten, die durch die Beweiserhebung bereits eingetretene Rechtsverletzung nicht mehr rückgängig gemacht werden, was jedoch nicht gegen eine derartige Schutzfunktion spricht. Schließlich wird durch das Beweisverwertungsverbot die hoheitliche Verwertung des Beweismittels im Gerichtsverfahren verhindert, was seinerseits eine erneute Rechtsverletzung begründen würde und die vorliegende Rechtsverletzung perpetuieren und bestätigen würde.¹⁸¹ Führt man sich zudem vor Augen, dass die Strafprozessordnung letztlich die Umsetzung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte des Einzelnen darstellt und bereits deshalb auch den Charakter der Grundrechte als Abwehrrechte zum Individualschutz in sich trägt, so kann die Wahrung der Rechte des Einzelnen als Beweisverbotszweck nicht geleugnet werden.¹⁸² Ähnlich ist dies bei den selbstständigen Beweisverwertungs-

179 Eder, Beweisverbote, S. 49.

180 Volk/Engländer, GK-StPO, § 28, Rn. 7; Peres, Strafprozessuale Beweisverbote und Beweisverwertungsverbote, S. 35 f.; Amelung, NJW 1991, 2533, 2534; Schröder, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 33; Rogall, ZStW 1979, 1, 21.

181 Rogall, ZStW 1979, 1, 20.

182 Schwaben, Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverböten, S. 28 f.

verboten, die gerade auf Grund des durch die Verwertung erfolgenden, nicht zu rechtfertigenden, Verstoßes gegen verfassungsrechtliche Individualrechtspositionen ein Beweisverbot begründen.

b) Schutz der Wahrheitsfindung

Dass Beweisverbote auch der Wahrheitserforschung dienlich sind, mag auf den ersten Blick verwundern. So schränkt das Verbot ein Beweismittel im Prozess zu nutzen, die Möglichkeiten der Wahrheitsermittlungen primär ein. Unberücksichtigt bliebe dabei allerdings, dass eine vollständige Wahrheitserforschung stets von der Qualität der ihr zugrunde liegenden Beweismitteln abhängig ist. So erscheint es denkbar, dass ein durch verbotene Vernehmungsmethoden zustande gekommenes Geständnis vermeintlich einen eindeutigen Beleg für die Strafbarkeit verschiedener Personen liefert. Dennoch kann die Wahrheit nur rechtssicher hervorgebracht werden, wenn sämtliche Beweismittel zur Wahrheitserforschung ausgeschlossen werden, an deren Richtigkeit (starke) Zweifel bestehen. Sicherlich pointiert verdeutlicht der Fall von unter Foltermethoden gewonnenen Geständnissen diese Problematik, da sodann der Gefolterte unter Umständen ausschließlich zur Beendigung der Folter die gegen ihn erhobenen Vorwürfe einräumen wird, ohne dass dies mit der Wahrheit übereinstimmen muss.¹⁸³ Zwar mag dies in solch extremen Ausnahmefällen durchaus zutreffend sein, gleichwohl kann der Schutz der Wahrheitsfindung nicht durchgehend zur Begründung eines Beweisverwertungsverbotes herangezogen werden. Nähert man sich dieser Frage vor dem Hintergrund des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung als einer der zentralen Prozessmaximen, so erkennt man, dass die Strafprozessordnung die Würdigung eines Beweismittels und damit auch dessen Beweiswert ausschließlich dem Richter zuweist.¹⁸⁴ Ein gesetzliches Verbot hinsichtlich bestimmter Beweismittel zur Optimierung der Wahrheitserforschung stünde diesem Grundsatz entgegen. Insbesondere verfolgt die Strafprozessordnung weder den Ansatz, dass ein Beweisverwertungsverbot von der Richtigkeit oder Verlässlichkeit des Beweismittels abhängen noch den absoluten Ansatz, dass nur ein solches Ereignis der Wahrheit entspricht, das unter Beachtung

183 Trüg, StV 2010, 528, 531; Volk/Engländer, GK-StPO, § 28, Rn. 7; Eder, Beweisverbote, S. 52 f.; vgl. ders. S. 53 ff. zu den unterschiedlichen Definitionsansätzen zum Begriff der Wahrheit.

184 Amelung, NJW 1991, 2533, 2534.

sämtlicher (prozessualer) Vorschriften zu Tage getreten ist. Tatsächlich kann der Richter sogar gezwungen sein, seinem Urteil einen Sachverhalt zugrunde zu legen, der sich so tatsächlich nicht zugetragen hat, da beispielsweise ein Geständnis des Zeugen aufgrund evidenter Verfahrensverstöße nicht verwertet werden darf.¹⁸⁵ In diesem Fall wird offensichtlich, dass ein Beweisverwertungsverbot das Ziel der Wahrheitsfindung konterkarieren kann und sodann tatsächlich einzig dem Schutz der Rechte des Betroffenen dient.

c) Aufrechterhaltung der hoheitlichen Straflegitimation

Nicht unmittelbar einleuchtend erscheint womöglich, dass das Anerkennen von Beweisverwertungsverböten die hoheitliche Straflegitimation bewahren soll.¹⁸⁶ Dies wird gerade dann deutlich, wenn Straftaten im Raum stehen, die durch die breite Öffentlichkeit auf sittlich unterster Stufe angesiedelt werden. Zu denken ist hier beispielsweise an Missbrauchsfälle. In diesen Fällen muss bei Betrachtung der vorherrschenden Meinung in der Bevölkerung davon ausgegangen werden, dass in einem solchen Zusammenhang das Anerkennen eines Beweisverbotes auf blankes Entsetzen stoßen und die durch ein Beweisverbot verfolgte Aufrechterhaltung der hoheitlichen Straflegitimation wohl gar in ihr Gegenteil verkehrt würde. Nähert man sich dieser Fragestellung jedoch weniger von einer emotionalen Seite, sondern vielmehr vom Blickwinkel der theoretischen Legitimation des Strafens, so muss beachtet werden, dass mit eben dieser vom Volke auf den Staat übertragenen Legitimation des Strafens die Verpflichtung einherkommt, im Sinne des gemeinsamen Rechts zu handeln. Ansonsten kann eben diese Legitimation verloren gehen, wenn bei deren Durchsetzung selbst Recht gebrochen wird.¹⁸⁷ Dies erkannte auch der BGH und betonte, dass das ungesetzliche Strafen dem Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege mehr schadet, als es die Gerechtigkeit befriedigt, wenn ein Täter zur Rechenschaft gezogen wird.¹⁸⁸ Ob die Glaubwürdigkeit einer staatlichen Sanktion erst dann zu leiden beginnt, wenn der Staat die der Sanktion zugrunde liegenden Beweismittel unter einem Verstoß gegen elementare Rechte wie die Menschenwürde beschafft

185 *Brandis*, Beweisverbote als Belastungsverbote, S. 38 f.

186 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 363; Mosbacher, NJW 2007, 3686, 3688.

187 *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 59 ff.

188 BGHSt 18, 274, 278.

oder bereits, wenn der Staat unter Verstoß gegen einfach geltendes (Straf-) Recht Informationen erlangt und sich so in eine Art Selbstwiderspruch verwickelt, bleibt unklar.¹⁸⁹ Ausgehend davon, dass sich die Legitimation des staatlichen Strafanspruchs wesentlich aus der Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung ergibt, folgt jedenfalls, insbesondere aus generalpräventiven Aspekten, dass das Vertrauen in die Strafrechtspflege im Allgemeinen nur bei einem rechtmäßigem Verfahren gewonnen werden kann.¹⁹⁰ Im Grundsatz ist daher davon auszugehen, dass, wenn der Staat auf Grundlage rechtswidrig erlangter Beweise den Beschuldigten einer Strafe zuführt, dies auf Dauer der staatlichen Legitimation schaden würde. Zwar kann nicht widerlegt werden, dass bei beschriebenen Straftaten die Akzeptanz des staatlichen Strafens auch bei einer rechtswidrigen Vorgehensweise bei einem Großteil der Bevölkerung nicht schwinden würde, was jedoch nichts an der Tatsache zu ändern vermag, dass ein Strafverfahren rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen muss. In anderen Zusammenhängen ist dieser Prämisse wohl auch das öffentliche Meinungsbild einhellig zugeneigt, beispielsweise dann, wenn der Blick auf das staatliche Vorgehen in totalitär ausgerichtete Staaten wandert, in denen beispielsweise ein willkürliches Vorgehen der Behörden prägend für die Ermittlungsarbeit ist.

d) Disziplinierungsgedanke

Der Disziplinierungsgedanke eines Beweisverwertungsverbotes stellt eine Konsequenz des amerikanischen Strafprozesses dar, der mit der Anklagebehörde und dem Angeklagten als Parteienprozess ausgestaltet ist.¹⁹¹ Im Unterschied zum deutschen Strafprozess wird die Wahrheit dort nicht von Amts wegen erforscht, sondern die Ermittlungen werden maßgeblich durch die Parteien vorangetrieben, die ihr Ergebnis sodann den Geschworenen präsentieren und versuchen die Beweisführung der Gegenseite zu widerlegen. Überschreiten dabei die Ankläger die gesetzlichen Leitlinien, so wird ihr das so gewonnene Beweismittel (durch den Richter gewissermaßen als Schiedsrichter) genommen und sie muss zum Obsiegen der

189 *Amelung*, StraFo 1999, 181, 182.

190 *Eder*, Beweisverbote, S. 63; *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozess, S. 59 ff.

191 *Paulsen*, ZStW 1965, 637, 656; *Schröder*, Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 28.

Auseinandersetzung auf andere Beweismittel zurückgreifen.¹⁹² Dies entspricht auch den Grundsätzen des deutschen Parteienprozesses im Zivilrecht, wie die Präklusionsvorschrift des § 296 ZPO zeigt.¹⁹³ Im deutschen Strafprozess als Offizialverfahren sind allerdings das Gericht und die Ermittlungsbehörden nach §§ 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO beauftragt die Wahrheit zu ermitteln. Selbst die Staatsanwaltschaft als Ankläger stellt dabei nicht den Gegner des Angeklagten dar, mit dem dieser um den Sieg vor Gericht ringt. Nichtsdestotrotz wurde vor allem in der älteren Literatur die Notwendigkeit der Beweisverbote im deutschen Strafprozess teilweise mit der Disziplinierung der Strafverfolgungsbehörden begründet.¹⁹⁴ Vor dem Hintergrund, dass auf Grundlage eines rechtsbrüchigen Verhaltens keine gerichtlich belastbaren Ermittlungsergebnisse erzielt werden dürfen, sollte ein solches Verhalten für die Strafverfolgungsbehörden als nicht lohnenswert erscheinen. Den Beweisverwertungsverböten sollte so gleichsam ein generalpräventiver Aspekt künftigen Rechtsverletzungen entgegenzuwirken zu Teil werden.¹⁹⁵ Dieser Gedanke kann jedoch bei selbstständigen Beweisverwertungsverböten, bei denen es gerade an einem gesetzeswidrigen Vorgehen der Strafverfolgungsbehörden fehlt, ein Beweisverwertungsverbot nicht begründen.¹⁹⁶ Zudem ist es in der Tat so, dass, wenn einzig die Disziplinierung der Beamten die Notwendigkeit eines Beweisverbotes begründen würde, diese Disziplinierung auch durch entsprechende Disziplinarmaßnahmen bis hin zur Entlassung aus dem Dienst erreichbar wäre.¹⁹⁷ Die Begründung eines Beweisverwertungsverbötes aufgrund eines Disziplinierungsgedankens kann ferner auch deshalb nicht überzeugen, da die Strafverfolgungsbehörden in Fällen, in denen die Beweisbarkeit der Täterschaft durch ein ordnungsgemäßes Vorgehen ohnehin nicht zu erbringen wäre, keinen Grund hätten, sich vor der Disziplinierung mittels eines Beweisverwertungsverbötes zu fürchten. Gerade dann, wenn die Beweislage aussichtslos ist und die Ermittlungsbehörden

192 *Brandis*, Beweisverböte als Belastungsverböte, S. 45.

193 *Schröder*, Beweisverwertungsverböte und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung, S. 29.

194 *Osmer*, Umfang des Beweisverwertungsverbötes, S. 46; *Spendel*, NJW 1966, 1102, 1108; die Disziplinierung als Hintergrundfunktion einordnend *Nüse*, JR 1966, 281, 284 f.; *Fezer*, JR 1992, 385, 387; *Strate/Ventzke*, StV 1986, 30; *Rogall*, ZStW 1979, 1, 15; ablehnend *Dencker*, Verwertungsverböte im Strafprozess, S. 54; FS-Spendel/*Ranft*, 719, 725.

195 *Grünwald*, JZ 1966, 489, 499.

196 *Küpper*, JZ 1990, 416, 417.

197 *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverböte, S. 70.

sprichwörtlich nichts zu verlieren haben, kann ein Verwertungsverbot kaum disziplinierend wirken.¹⁹⁸ Nicht zuletzt ist zu beachten, dass der Disziplinierungsgedanke ausnahmslos jeden Verfahrensverstoß mit einem Beweisverwertungsverbot belegen müsste, was in dieser Rigorosität nicht erstrebenswert ist. Gleichwohl ist nicht von der Hand zu weisen, dass ein aufgrund eines Verwertungsverbot eintretender Beweismittelverlust in vielen Fällen geeignet sein wird, die Justizorgane zur exakten Beachtung der einschlägigen Vorschriften zu animieren.¹⁹⁹ Insofern können Beweisverbote im deutschen Strafprozessrecht zwar nicht tragend auf dem Disziplinierungsgedanken aufbauen, dennoch kann einer mittelbaren Disziplinierungswirkung etwaiger Beweisverbote nicht gänzlich widersprochen werden.

B. Elektronische Daten im Strafprozess

Die fortschreitende Digitalisierung, mithin das Vordringen der elektronischen Datenverarbeitung in den Alltag und die Vielzahl unterschiedlicher Datenquellen, lässt auch die Existenz digitaler Daten stetig zunehmen. Dabei hat sich der Begriff „Big Data“ etabliert, der zwar keiner genauen Definition zuzuführen ist, jedoch als das Phänomen der massenhaften Datenverfügbarkeit verstanden wird.²⁰⁰ Nur beispielhaft sei an die heute überwiegend digital ablaufende schriftliche Korrespondenz, elektronische Fotografie- und Videoaufnahmen, die Interaktion in digitalen sozialen Medien, online-Banking, Navigationssysteme im Auto, bargeldloses Bezahlen, oder kommunizierende Fitnessbänder oder Multifunktionsuhren erinnert. Erst kürzlich stand mit der Videoüberwachung öffentlicher Plätze eine Maßnahme, die zudem große Mengen entsprechenden Bildmaterials erzeugt im Zentrum der politischen Diskussion. Nicht zuletzt führt die im Rahmen dieser Arbeit relevante zunehmende Vernetzung mit internetfähigen Geräten unmittelbar zur Entstehung großer Datenmengen.²⁰¹ Für

198 Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote, S. 70.

199 Rogall, ZStW 1979, 1, 15, der zutreffend ausführt, dass derjenige, der die Sinnlosigkeit seines Verhaltens vor Augen hat, eben von diesem sinnlosen Verhalten Abstand nehmen wird; BGH, NStZ-RR 2021, 142, 143, der im Zusammenhang mit dem absoluten unselbstständigen Beweisverwertungsverbot aus § 136a Abs. 3 S. 2 StPO erstmals von einer Sanktionsfunktion zu Lasten verbotswidrig handelnder Strafverfolgungsbehörden spricht.

200 Warken, NZWiSt 2017, 329, 332.

201 Vgl. mit weiteren Beispielen Warken, NZWiSt 2017, 329, 332 f.

die Ermittlungsbehörden bedeutet dies neue rechtliche sowie technische Probleme. So stellt die Erlangung umfangreicher Datensätze, bereits deshalb eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar, da die Analyse dieser Daten einen erheblichen Zeitbedarf bedarf und große Personalkapazitäten benötigt. Aus rechtlicher Sicht stehen insbesondere die staatlichen Möglichkeiten auf diese digitalen Daten zuzugreifen und gleichsam die Frage nach einem effektiven Datenschutz und dem Schutz der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen im Vordergrund. Mit der Erwartung, dass solche digitale Daten das Strafverfahren in Zukunft noch stärker prägen als dies ohnehin bereits der Fall ist,²⁰² muss auch der sich damit intensivierenden Gefahr für das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, der Integrität von informationstechnischen Systemen oder dem Recht am eigenen Bild im Gleichschritt Rechnung getragen werden.²⁰³

I) Einbringung elektronischer Daten in den Strafprozess

Es bleibt zu fragen, wie die Einbringung elektronischer Daten im Strafprozess im Rahmen des *numerus clausus* der durch die Strafprozessordnung anerkannten Beweismittel möglich ist. Der deutsche Strafprozess ist gezeichnet durch das Strengbeweissverfahren.²⁰⁴ Mithin dürfen für diejenigen Tatsachen und Erfahrungssätze, auf denen das tatrichterliche Urteil (Schuld- und Strafausspruch) beruht, nur die in der Strafprozessordnung genannten Beweismittel in Betracht kommen.²⁰⁵ Der dortigen Aufzählung von Zeugen, Sachverständigen, Augenschein, Urkunden sowie in gewissem Rahmen der Beschuldigtenaussage²⁰⁶, sind elektronische Daten als zugelassenes Beweismittel nicht zu entnehmen. Anknüpfend an das Charakteristikum elektronischer Daten in Form deren fehlender Körperlichkeit, findet sich eine Ähnlichkeit zu den anerkannten Beweismitteln nicht bereits auf den ersten Blick. Eine Betrachtung anderer Prozessordnungen zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber die Relevanz elektronischer Daten im Prozess durchaus erkannt hat. In die Zivilprozessordnung erhielten elek-

202 Momsen, *Cybercrime und Cyberinvestigations*, 67, 71.

203 Fährmann, *MMR* 2020, 228.

204 BGH, *NJW* 1961, 1486, 1487; *Trüg/Habetha* in: *MüKo-StPO*, § 244 StPO, Rn. 35 m.w.N.

205 *Krebl* in: *KK-StPO*, § 244 StPO, Rn. 8; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 24, Rn. 2; *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, Rn. 35.

206 *Schmitt* in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, *Einl.*, Rn. 49.

tronische Dokumente gleich an mehreren Stellen Einzug: Während die §§ 130a, 130b ZPO regeln, wie Schriftsätze von den Prozessbeteiligten wirksam in elektronischer Form eingebracht werden können, bestimmen die §§ 298, 298a ZPO den Umgang und die Möglichkeit elektronischer Aktenführung. Beweisrechtlich entscheidend ist § 371 Abs. 1 ZPO. Gem. § 371 Abs. 1 S. 2 ZPO erfolgt die Beweisführung bei Vorliegen elektronischer Dokumente durch Augenschein. Gleiches gilt durch den Verweis in § 98 VwGO auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. In der Strafprozessordnung sucht man – mit Ausnahme des § 41a StPO, der schriftliche Erklärungen, sofern diese mit einer elektronischen Signatur versehen sind, auch in elektronischer Form zulässt – nach entsprechenden Regelungen vergebens. Trotz der erheblichen Bedeutung digitaler Daten für das Strafverfahren findet sich in der Strafprozessordnung weder ein konkretisierter Datenbegriff noch detaillierte Vorschriften für das Einbringen eines solchen Beweises in den Prozess. Zurückzuführen ist dies wohl auf die Entstehungsgeschichte der Strafprozessordnung, zu deren Gründungszeit Ende des 19. Jahrhunderts es nicht denkbar war, dass elektronische Daten Teil einer strafrechtlichen Beweiserhebung sein würden.²⁰⁷ Ob dies angesichts der stetig zunehmenden Digitalisierung, von der sich auch der Strafprozess nicht freizeichnen kann, heute noch sachgemäß erscheint, darf bezweifelt werden.

1. Zeugenbeweis

Der in den §§ 48 bis 71 der StPO geregelte Zeugenbeweis, ist maßgeblich in § 69 StPO normiert. Der mündliche zu vernehmende Zeuge, berichtet dem Gericht von eigenen Wahrnehmungen, nicht aber von Erfahrung oder Rechtsmeinungen.²⁰⁸ Im Zuge der Vernehmung obliegt es der richterlichen Beweiswürdigung, die Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage zu überprüfen. Im Zusammenspiel mit elektronischen Beweismitteln ist es dabei beispielsweise möglich, dass Ermittler als sachverständiger Zeuge vernommen werden, die darüber berichten, wie sie bei den Ermittlungen Kenntnisse der forensischen Informatik angewandt haben. Im Übrigen können die Ermittlungsbeamten darüber aussagen, wie sie das aufgezeichnete Gespräch selbst erlebt haben oder könnten darüber befragt werden, was sie möglicherweise im Zuge der Beschlagnahme eines Speichergeräts

207 Trüg, StV 2016, 343.

208 Heinson, IT-Forensik, S. 108.

wahrgenommen haben. Die Ermittler können etwa gebeten werden, Ermittlungsergebnisse zu erläutern oder können zusätzlich zum Ablauf der Ermittlungen, den eingesetzten (technischen) Mitteln oder dem Aussagegehalt der elektronischen Dateien befragt werden.²⁰⁹

2. Sachverständigenbeweis

Der vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft beauftragte Sachverständige gibt Auskunft über Tatsachen oder Erfahrungssätze, die für bestimmte Beweisfragen benötigt werden oder beurteilt einen bestimmten Sachverhalt auf Grundlage seiner besonderen Fachkunde.²¹⁰ Ob sich das Gericht eines Sachverständigen bedient oder auf seine eigene Sachkunde vertraut, steht grundsätzlich in dessen Ermessen. Bestehen beim Gericht jedoch Zweifel hinsichtlich der eigenen Sachkenntnis oder liegt der Entscheidungsfindung ein anspruchsvoller technischer Vorgang zu Grunde, so ist das gerichtliche Ermessen regelmäßig derart reduziert, dass dieses auf die besondere Sachkunde eines Sachverständigen zurückgreifen muss.²¹¹ Auch im Bereich digitaler Daten kann es erforderlich sein, dass ein Sachverständiger zu möglichen Fragen der Verfahrensbeteiligten ein Gutachten fertigt, § 75 StPO. So können die gefundenen Daten begutachtet oder die Untersuchungsergebnisse anhand der Regeln der Fachdisziplin (auf ihre Authentizität) geprüft werden. Dies kann dadurch geschehen, dass der Sachverständige die Art und Weise der Datenerhebung begutachtet und damit die Technik und das Verfahren hinsichtlich der Sicherung und Analyse der erhobenen Daten verifiziert.²¹² Diese Begutachtung ermöglicht dem Gericht, den Beweiswert der vorliegenden Daten besser einschätzen zu können.

3. Urkundenbeweis

Die Einbringung durch Urkundenbeweis nach § 249 StPO erfolgt durch Verlesen eines Schriftstücks, wodurch über den verkörperten Gedankeninhalt Beweis erhoben wird. Voraussetzung hierfür ist, dass die in der

209 *Heinson*, IT-Forensik, S. 108.

210 *Heinson*, IT-Forensik, S. 109.

211 BGH, MMR 2007, 178, 179.

212 *Heinson*, IT-Forensik, S. 122.

Urkunde verkörperte Gedankenerklärung aus sich heraus verständlich und durch einfaches Verlesen in der Hauptverhandlung allen Beteiligten zu verstehen gegeben werden kann.²¹³ Hinzuweisen ist an dieser Stelle auf § 256 Abs. 1 Nr. 1 StPO, der beispielsweise die Möglichkeit eröffnet, Gutachten von vereidigten Sachverständigen zu verlesen. Insofern durchbricht diese Art des Urkundenbeweises den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 250 StPO. Dies vereinfacht das Verfahren, da die umfangreiche Analyse elektronischer Daten regelmäßig als schriftliches Gutachten wiedergegeben werden kann.²¹⁴ Gleichwohl wird teilweise angenommen, dass dieses Vorgehen, mithin das Anfertigen und Verlesen eines schriftlichen Vermerkes über den Inhalt die Inaugenscheinnahme einer Videoaufzeichnung oder Tonaufnahme nicht ersetzen kann. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz und damit die Prämisse sich des sachnächsten Beweismittels zu bedienen, wird durch § 256 StPO nicht obsolet.²¹⁵ Dem ist der BGH in gewisser Weise entgegengetreten. Sofern die durch Tonaufnahmen und digitale Aufzeichnungen gewonnenen Informationen in einer Niederschrift festgehalten werden, können diese auch mittels Verlesung durch Urkundenbeweis in den Prozess eingebracht werden.²¹⁶ Der BGH stellte dahingehend fest, dass selbst wenn Tonbandaufzeichnungen Gegenstand des Augenscheinbeweises sind, damit nicht feststeht, dass ihr Inhalt allein in dieser Form für die Überzeugungsbildung des Gerichts benutzt werden dürfe.²¹⁷ Die Schlussfolgerung, dass dem Beweis zugängliche Tatsachen nur in der Gestalt verwendet werden dürfen, in der sie sich ursprünglich in der Außenwelt manifestieren und jede Transformierung von Beweismitteln unzulässig sei, ist der Rechtsordnung fremd.²¹⁸ Das Gesetz selbst sehe schließlich in den §§ 251 ff. StPO die Möglichkeiten der Ersetzung des Zeugenbeweises durch den Urkundenbeweis vor.²¹⁹

213 *Mosbacher* in: LR-StPO, § 249 StPO, Rn. 7.

214 *Heinson*, IT-Forensik, S. 112.

215 *Heinson*, IT-Forensik, S. 112; OLG Düsseldorf, NStZ 2008, 358, dessen Urteil sich jedoch auf die Verlesung des Vermerks der schriftliche Erklärung eines Zeugen bezog, der berichtete was sein Augenschein ergab.

216 BGHSt 27, 135, 136.

217 BGHSt 27, 135, 136.

218 BGHSt 27, 135, 136.

219 BGHSt 27, 135, 137.

4. Inaugenscheinnahme

Die richterliche Inaugenscheinnahme nach § 86 StPO erfolgt durch Sinneswahrnehmungen jeder Art, daher durch Hören, Sehen, Riechen, Fühlen oder Schmecken.²²⁰ Die Inaugenscheinnahme soll dabei Aufschluss über die Existenz oder Beschaffenheit einer Sache, eines Vorgangs oder einer Verhaltensweise geben.²²¹ Der Bundesgerichtshof ordnete die klassische Tonbandaufzeichnung zwar als Objekt der Inaugenscheinnahme ein, führte aber gleichfalls aus, dass daraus kein Gebot abzuleiten sei eine Tonbandaufzeichnung ausschließlich durch Augenschein in die Hauptverhandlung einzuführen.²²²

II) Einordnung der Audioaufzeichnungen eines Sprachassistenten

Es bleibt daher zu fragen, in welcher Form Audioaufzeichnungen eines Sprachassistenten in den Strafprozess einzubringen sind. Dies ist unter anderem vor dem Hintergrund relevant, dass im Falle einer Einbringung durch Inaugenscheinnahme die besonderen prozessualen Vorgaben über den Urkundenbeweis in Form der §§ 249 ff. StPO nicht anwendbar wären. Daran anknüpfend erhob eine ältere Literaturauffassung rechtsstaatliche Bedenken, sofern die Audioaufzeichnungen durch eine Beweisführung mittels Inaugenscheinnahme in den Strafprozess eingebracht würden, da mangels Anwendbarkeit der Beweisverbote der §§ 250 ff. StPO kein hinreichender Schutz in Anbetracht der hohen Missbrauchsfahr (Echtheit der Aufnahme) bestünde.²²³ Daher sollen Audioaufzeichnungen nur dann im Sinne des Augenscheins eingebracht werden dürfen, wenn die Unversehrtheit der Aufnahme festgestellt oder ein Stimmenabgleich durchgeführt werden soll. In allen anderen Fällen müssten ansonsten die §§ 250 ff. StPO analog auch auf den Augenscheinbeweis angewandt werden. Dies hätte zur Folge, dass das Tonband seiner selbstständigen Beweisfunktion weitgehend beraubt wäre, da die Beweisverbote der §§ 250 ff. StPO in fast allen Fällen die persönliche Vernehmung der zu hörenden Person erfordern

220 So bereits BGHSt 18, 51,53; *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 86 StPO, Rn. 1; *Feldmann*, NJW 1958, 1166, 1168.

221 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2220.

222 BGHSt 27, 135, 136.

223 *Dallinger*, MDR 1956, 143, 146.

würden.²²⁴ Dies überzeugt nicht. Der möglicherweise verminderte Wahrheitsgehalt eines Beweismittels kann nicht über dessen Zulässigkeit entscheiden bzw. das Beweismittel faktisch entwerten. Insofern ist *Eisenberg* zuzustimmen, dass schließlich auch derjenige als Zeuge und damit als Beweismittel in Betracht kommt, der als unglaubwürdig gilt.²²⁵ Ferner ist zu beachten, dass diese veraltete Literaturansicht auf dem Verständnis einer Tonaufnahme als im Ermittlungsverfahren gefertigte Vernehmungsaufnahme zur späteren Verwertbarkeit fußt.²²⁶ Daher ist diese Literaturansicht schon gar nicht auf den Fall der durch Sprachassistenten aufgenommenen Aufzeichnungen übertragbar. Schließlich wird es sich bei den dort aufgezeichneten Aufnahmen kaum um Vernehmungssituationen handeln. Daher wären die den Unmittelbarkeitsgrundsatz aus § 250 StPO schützenden §§ 251 ff. StPO in solchen Situationen nach Sinn und Zweck ohnehin nicht anwendbar, da der Grundsatz der Unmittelbarkeit nur verbietet, dass eine Vernehmung durch die Verlesung eines Protokolls ersetzt wird.

Die Einbringung durch Inaugenscheinnahme würde darüber hinaus auch das Selbstleseverfahren, § 249 Abs. 2 S. 1 StPO ausschließen und wäre ferner dem Ablehnungsgrund des § 244 Abs. 5 S. 1 StPO unterworfen.²²⁷ Gerade der Ausschluss des Selbstleseverfahrens würde eine adäquate Prozessvorbereitung der Parteien in solchen Fällen verhindern, in denen Audioaufzeichnungen über mehrere Stunden vorliegen. Zudem kennt die Strafprozessordnung selbst keinen Grundsatz, aus dem abzuleiten wäre, dass das Gericht das jeweils sachnächste Beweismittel (Audioaufzeichnung) anstelle möglicher Surrogate (Verschriftlichung des Inhalts der Audioaufzeichnung) zu verwenden hat.²²⁸ Aus der StPO lässt sich daher kein Vorrang der Inaugenscheinnahme in Form einer auditiven Wahrnehmung durch das Abhören der Sprachaufzeichnung gegenüber dem Urkundenbeweis herleiten. Systematisch stellt die Inaugenscheinnahme vielmehr eine Auffangfunktion gegenüber dem Urkundenbeweis dar. Auch beim Urkundenbeweis kommt es in Folge des Vorlesens zu einer sinnlichen Wahrnehmung, sodass der Urkundenbeweis letztlich einen Spezialfall des Inaugenscheinbeweises darstellt.²²⁹ Für eine Art „Auffangtatbestand“ der Inaugenscheinnahme sprechen auch die verminderten Anforderungen an die

224 *Schmitt*, JuS 1967, 19, 21; *Kohlhass*, NJW 1957, 81, 83.

225 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2292.

226 *Feldmann*, NJW 1958, 1166, 1168.

227 *Trüg*, StV 2016, 343, 344.

228 *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, Rn. 2223.

229 *Trüg*, StV 2016, 343, 344; *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 86 StPO, Rn. 1; *Krause* in: LR-StPO, § 86 StPO, Rn. 1.

Ablehnung eines Beweisantrages nach § 244 Abs. 5 S. 1 StPO, wonach der Antrag auf Inaugenscheinnahme nach dem Ermessen des Gerichts bereits dann abgelehnt werden kann, sofern er zur Erforschung der Wahrheit für nicht erforderlich gehalten wird. Dem Urkundenbeweis folgt neben dem Vorteil eines möglichen Selbstleseverfahren auch der, dass durch die technische Aufarbeitung vermieden wird, dass Audioaufzeichnungen aufgrund schlechterer Qualität, über die dem Gericht zur Verfügung stehenden Medien in der Hauptversammlung nur in unzureichender Qualität vorgespielt werden können. Problematisch dabei ist allerdings, dass durch ein bloßes Verlesen der Protokolle bestritten werden könnte, dass die aufgezeichnete Sprachnachricht tatsächlich von der angeklagten Person stammt. Sodann müsste im Wege eines Sachverständigengutachtens oder letztlich doch im Rahmen einer Inaugenscheinnahme die Zuordnung der Stimmen der Audioaufzeichnung zum Angeklagten erfolgen. Hinzu kommt, dass durch eine Niederschrift der Tonaufzeichnung die emotionale Situation des Angeklagten zum Aufnahmezeitpunkt aufgrund der nicht wahrnehmbaren Stimmlage oder Lautstärke nicht berücksichtigt werden könnte. Zur Einordnung digitaler Sprachaufzeichnungen kann schließlich ein Vergleich mit in den Strafprozess einzubringenden elektronischen Schriftstücken dienen. Bei elektronischen Schriftstücken wird der Gedankeninhalt, der in den elektronischen Daten bereits vorhandenen schriftlichen Texte, zur Einbringung in den Prozess visualisiert. Das Verlesen ist Schriftstücken – gleich ob elektronisch oder analog – immanent. Daher ist bei elektronischen Schriftstücken im Gesamten eine Beweiseinbringung durch Urkundenbeweis vorzunehmen.²³⁰ Bei elektronischen Audiodateien liegt die für eine Urkunde notwendige Verschriftlichung und damit Verlesbarkeit in den bereits existenten Daten allerdings gerade nicht vor. Vielmehr ist eine Audioaufzeichnung primär der auditiven Wahrnehmung durch Inaugenscheinnahme zuzuordnen.²³¹ Dies bringt insbesondere den Vorteil mit sich, dass der Zuhörende durch das Abspielen der Audioaufzeichnung exakt denjenigen Geschehensablauf – inklusive Emotionen, Lautstärke und ähnlichen subjektiven Empfindungen – zu hören bekommt, wie er sich tatsächlich zugetragen hat.²³² Die Aufzeichnung ermöglicht es dem

230 Vgl. zum Gesamten hinsichtlich elektronischer Schriftstücke: *Trüg*, StV 2016, 343, 344; in diesem Zusammenhang ordnete der BGH nun erstmals die Verlesung des Ausdrucks einer ansonsten nur digital vorliegenden E-Mail als präsenten Beweismittel i.S.d. § 245 StPO ein, vgl. BGH, StV 2021, 780, 781; so bereits zuvor *Trüg*, StV 2016, 343, 345.

231 So auch zu Film- und Videoaufnahmen *Metz*, NStZ 2020, 9.

232 *Wenskat*, Der richterliche Augenschein, S. 33; *Metz*, NStZ 2020, 9, 9.

Richter, sich in die Situation zu versetzen als wäre er selbst bei dem beweisgegenständlichen Gespräch vor Ort gewesen, was ihm eine Tatsachenfeststellung durch eine eigene akustische Wahrnehmung ermöglicht, ohne dass andere Personen wie Zeugen und Sachverständige zwischengeschaltet wären.²³³ Somit sind Übermittlungsfehler oder dem Zeugenbeweis potenziell anhaftende Fehlerquellen bezüglich des Erinnerens und Wiedergebens des Beobachteten ausgeschlossen. Die Audioaufzeichnung stellt schließlich eine objektiv und nüchterne Wiedergabe des Geschehens dar.²³⁴ Insofern kann die beweisrechtliche Sicherheit des Sachbeweises in Form der abgespielten Audioaufzeichnungen einen möglicherweise fehleranfälligeren Personalbeweis überwiegen. Es ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der hier genannten Argumente jedoch dem tatrichterlichen Ermessen zu überlassen, welcher zur Verfügung stehender Beweise sich dieser bedienen will.²³⁵ Sofern eine Niederschrift der Audioaufzeichnung verlesen wird, ist erforderlich, dass sich das Gericht von deren Korrektheit überzeugt. Hier- von darf ausgegangen werden, solange keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Verschriftlichung bestehen, da diese beispielsweise durch als allgemein zuverlässig geltende Personen angefertigt wurden. In Zweifelsfällen ist die Tonaufnahme andernfalls in Augenschein zu nehmen.²³⁶

III) Beweiswert

Zur Vornahme der richterlichen Beweiswürdigung elektronischer Daten im Allgemeinen, muss zunächst das Hindernis überwunden werden, dass sich computergespeicherte Daten im Wege der Inaugenscheinnahme nicht unmittelbar wahrnehmen lassen. Es bedarf einer Aufbereitung mittels Ausdrucks, Abspielens oder einer Transkription.²³⁷ Letztlich werde das Beweismittel erst durch diesen Zwischenschritt „gerichtstauglich“. *Momsen* spricht in diesem Zusammenhang gar von „der Herstellung des Beweismittels“²³⁸. Diese Formulierung ist sicherlich überspitzt formuliert, doch

233 Metz, NStZ 2020, 9, 9.

234 Metz, NStZ 2020, 9, 9.

235 BGHSt 27, 135, 136.

236 Kreicker in: MüKo-StPO, § 249 StPO, Rn. 22; zu einer Inaugenscheinnahme der aufgezeichneten Audioaufzeichnungen kam es in, LG Regensburg, Urteil vom 16. Dezember 2020 – Ks 103 Js 28875/19.

237 Heinson, IT-Forensik, S. 113.

238 FS-Beulke/Momsen, 871, 877.

gleichwohl offenbart sie die Problematik, die mit der Notwendigkeit solcher Zwischenschritte einhergeht. Die notwendige Aufbereitung kann den Beweiswert der vorliegenden Daten beeinträchtigen. Beispielsweise kann nicht garantiert werden, dass die Dateien inhaltsgleich mit der Originaldatei wiedergegeben werden. Neben möglicherweise technischen Fehlern im Rahmen der Konvertierung, offenbaren elektronische Dateien auch eine erhöhte Missbrauchsgefahr.²³⁹ Im Unterschied zu verkörperten, fassbaren Beweismitteln, lässt sich eine Manipulation elektronischer Beweismittel grundsätzlich nicht unmittelbar erkennen.²⁴⁰ Möglicherweise wurden die Daten bereits im Vorfeld der Ermittlungsmaßnahmen bearbeitet oder im Rahmen der Ermittlungen durch die Strafverfolgungsbehörden unsachgemäß kopiert und dadurch beweisrechtlich verändert.²⁴¹ Verstärkt wird diese Problematik dadurch, dass die beweisrelevanten Daten nicht nur unmittelbar durch den Staat, sondern ebenso durch Privatpersonen erhoben werden können. Gerade im Zusammenspiel mit cloudbasierten Anwendungen sind die entsprechenden Daten auf privaten Servern, etwa bei Amazon, gespeichert. Damit besteht stets das Risiko, dass der private Betreiber auf diese Daten zugreifen kann und diese womöglich verändert.²⁴² Beweisrechtlich bedeutend sind dabei vor allen Dingen die sog. Metadaten.²⁴³ Hiervon umfasst sind beispielsweise Datum und Uhrzeit der Erstellung eines Dokuments sowie weitere Zusatzinformationen wie Aufnahmeort oder Aufnahmegerät.²⁴⁴ Solche Metadaten sind jedoch von der Visualisierung eines digitalen Beweismittels nicht umfasst²⁴⁵ bzw. können durch entsprechende Programme im Vorfeld leicht verändert werden. Darüber hinaus ist zu beachten, dass nicht nur die Metadaten, sondern auch am Computer erstellte Texte, Bilder, Videos oder Tonaufzeichnungen mit zum Teil kostenlosen Programmen auch durch technisch kaum versierte Personen nachträglich verändert werden können.²⁴⁶ Dieser Unsicherheits-

239 Vgl. BVerfGE 120, 274, 325; Gercke, AnwBl 2012, 709, 713.

240 Sieber, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, C 68.

241 Sieber/Brodowski in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 19.3, Rn. 164.

242 Fährmann, MMR 2020, 228, 230, der darüber hinaus auch kritisch sieht, dass sogar die Bundespolizei, die via Bodycam erhobene Aufnahmen auf den externen Servern von Amazon speichert, vgl. a.a.O, Fn. 36.

243 Metadaten sind strukturierte Daten, die wiederum Informationen über andere Daten enthalten, vgl. Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, Metadaten.

244 Marschall/Herfurth/Winter/Allwinn, MMR 2017, 152, 153.

245 Warken, NZWiSt 2017, 329, 331.

246 Momsen, Cybercrime und Cyberinvestigations, 67, 73.

faktor führt dazu, dass sich stets mit der Frage auseinandergesetzt werden muss, woher die vorliegenden Daten stammen, welche Personen Zugriff auf die prozessgegenständlichen Daten hatten, ob sich Veränderungen ausschließen lassen und wer ein Interesse an einer etwaigen Veränderung haben könnte.²⁴⁷ Um eine vollständige und damit beweiskräftige Beweiskette zu erhalten, ist eine möglichst große Nachvollziehbarkeit jedes einzelnen Dechiffrierungsschrittes erforderlich. Problematisch ist dies vor allem bei einer internen Datenverarbeitung durch den Dienstleistungsanbieter, der die Daten sodann in lesbarer Form an die Ermittlungsbehörden übermittelt. Aufgrund dieses internen Vorgangs beim Dienstleister können die Softwareprogramme, mit welchen der Dienstleister die Datenverarbeitung durchführt, daher nicht ohne Verdachtsgrade hinsichtlich einer Manipulation von einem Sachverständigen untersucht werden. In zahlreichen Fällen ist die Richtigkeit der erhaltenen Informationen für die Strafverfolgungsbehörden und auch die Gerichte daher nicht verifizierbar.²⁴⁸ Obschon der Beweiswert in Folge dieser Punkte vermindert sein kann, ist daraus nicht abzuleiten, dass der Beweiswert elektronischer Daten gegenüber körperlichen Gegenständen oder einer Zeugenaussage stets zurückbleibt. Vielmehr müssen diese Zweifel durch eine sorgfältige Ermittlungsarbeit entkräftet werden, indem im Strafprozess durch die Anklage eine geschlossene Beweismittelkette und -dokumentation vorgelegt wird.²⁴⁹ Insofern ist darauf hinzuweisen, dass auch körperlichen Beweisgegenständen eine gewisse Unsicherheit anhaftet²⁵⁰ und auch die Zeugenaussage – wie es bereits die Existenz der §§ 153 ff. StGB verdeutlichen – nicht per se als wahr eingestuft werden darf. Gerichte und Strafverfolgungsbehörden haben darauf zu achten, nicht vorschnell von der Unumstößlichkeit des Wahrheitsgehalts elektronischer Daten ausgehen. Vielmehr und entscheidend ist die freie richterliche Beweiswürdigung hervorzuheben.²⁵¹ Es ist und bleibt, gerade auch angesichts einer fortschreitenden Digitalisierung, von der sich auch der Strafprozess nicht befreien kann, ureigenste Aufgabe des Tatrichters, den Wahrheits- und Aussagegehalt eines jeden Beweisstückes, unter Beachtung der Modalitäten des Einzelfalles, zu prüfen und entsprechend zu gewichten. Nicht unerwähnt soll an dieser Stelle bleiben, dass im

247 *Heinson*, IT-Forensik, S. 4.

248 *Warken*, NZWiSt 2017, 329, 330.

249 *Müller*, NZWiSt 2020, 96, 100.

250 *Mommsen/Hercher*, Digitale Beweismittel im Strafprozess, 173, 188.

251 Vgl. *Sieber/Brodowski* in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 19.3, Rn. 164.

Zusammenspiel mit Sprachassistenten das digitale Beweismittel regelmäßig eine Audioaufzeichnung sein wird. Dies reduziert die Notwendigkeit missbrauchsanfälliger und beweiswertsenkender Transformations- und Bearbeitungsprozesse, da nicht wie beispielweise im Falle der Auswertung von Logfiles oder einer Funkzellenortung der Kerngehalt des Beweismittels erst visualisiert oder wahrnehmbar gemacht werden muss. Gleichwohl darf nicht der Fehler begangen werden, von der scheinbaren Objektivität digitaler Beweismittel auszugehen und die detaillierte Prüfung derselben zu vernachlässigen.²⁵²

IV) Vor- und Nachteile digitaler Daten als Beweismittel

Ein Vorteil digitaler Beweismittel, der digitalen Daten gemeinhin zukommt, liegt in der unbegrenzten Vervielfältigungsmöglichkeit solcher Dateien. Anders als ein körperliches Beweisstück wie beispielsweise die Tatwaffe, welches als konkreter Gegenstand dem Gericht vorliegt, können elektronische Daten sämtlichen Verfahrensbeteiligten gleichzeitig vorliegen. Dies hat auch zur Konsequenz, dass die Originalaufnahme in der Regel beim Eigentümer verbleiben wird. Es kommt daher nicht zu einem Gewahrsamswechsels hinsichtlich des Beweisstücks. Vielmehr wird eine Datensicherung in Form eines Kopiervorgang auf ein Speichermedium der Behörden durchgeführt.²⁵³ Was für den Betroffenen missliebig, für die Strafverfolgungsbehörden jedoch überaus wertvoll sein kann, ist darüber hinaus der Umstand, dass elektronische Daten durch ein schlichtes Löschen nicht unwiederbringlich beseitigt werden können. Solange die Daten nicht mit neuen Daten überschrieben sind, können entsprechend ausgebildete Beamte diese wiederherstellen und so der Beweisführung zugänglich machen.²⁵⁴ Mit der Vielfalt elektronischer Daten geht auf der anderen Seite jedoch die Problematik vielfältiger Datenformate einher, die bereits den Bürger im Alltag oftmals vor technische Herausforderungen stellt. Das Konvertieren all dieser Daten in eine für die Verfahrensbeteiligte handhabbare Form bedarf neben der entsprechenden Softwareausstattung vor allen Dingen des notwendigen technischen Knowhows. Diese Komplexität wird durch die beim Bundeskriminalamt und den jeweiligen Landeskriminalämtern eingerichteten Abteilungen zur Aufarbeitung elek-

252 *Momsen*, Cybercrime und Cyberinvestigations, 67, 73.

253 *Warken*, NZWiSt 2017, 289, 294.

254 *Kemper*, ZRP 2007, 105, 108.

tronischer Daten, verdeutlicht.²⁵⁵ Hinzu kommt, dass das entsprechende Datenmaterial nicht selten eine Größe von mehreren Terabyte aufweist. Dies erfordert zum einen erhebliche technische und vor allen Dingen personelle Ressourcen, um dem im Verfahren geltenden Beschleunigungsgrundsatz hinreichend Rechnung zu tragen.²⁵⁶ Ebenso kann dies die frühzeitige Selektion der Daten im Sinne einer Reduktion bereits im Ermittlungsverfahren erforderlich machen.²⁵⁷ Daneben ist zu beachten, dass neben der bereits erwähnten Manipulationsanfälligkeit digitaler Daten die Daten vor einer Sicherung durch die Strafverfolgungsbehörden besonders einfach und schnell verlustig gehen können. Schließlich können elektronische Daten von überall verändert oder gar komplett gelöscht werden. Es ist dabei nicht einmal die physische Anwesenheit am Serverstandort erforderlich, um einen Datensatz zu löschen und damit Spuren zu verwischen.²⁵⁸ Eine die Strafverfolgungsbehörden vor allem im Rahmen der Beweiserlangung vor größere Schwierigkeiten stellende Herausforderung liegt in der Transnationalität der Speicherorte digitaler Daten. Die Daten werden durch den Nutzer an einen Cloud-Dienstleister übermittelt, der sie auf teilweise weltweit verteilten Servern speichert.²⁵⁹ Wie bereits einleitend dargestellt, erfolgt auch bei modernen Sprachassistenten die Informationsspeicherung nicht auf dem lokalen Gerät im Eigentum des Betroffenen, sondern auf firmeneigenen Servern. Sofern sich diese Firmen im Ausland befinden, muss, um auf diese Daten zugreifen zu können, nach der aktuellen Gesetzeslage ein internationales Rechtshilfeersuchen eingeleitet werden.²⁶⁰ Wenngleich solche Nachteile im Vergleich zum „klassischen“ körperlichen Beweisgegenstand nicht zu leugnen sind, so kommen die Strafverfolgungsbehörden nicht umher sich diesen Herausforderungen aufgrund der stetig wachsenden Bedeutung und des Umfangs elektronischer Daten – allem voran in Wirtschaftsstrafverfahren – zu stellen.²⁶¹

255 *Warken*, NZWiSt 2017, 329, 331.

256 *Momsen*, Cybercrime und Cyberinvestigations, 67, 75.

257 *Momsen*, Cybercrime und Cyberinvestigations, 67, 75.

258 *Warken*, NZWiSt 2017, 329, 332.

259 *Gercke* in: Gercke/Brunst, Internetstrafrecht, Rn. 40.

260 *Gercke* in: Gercke/Brunst, Internetstrafrecht, Rn. 41; *Brodowski/Freiling*, Cyberkriminalität, S. 173.

261 *Basar/Hiéramente*, NStZ 2018, 681, 681.