



Christoph Herrmann

Das Grundrecht
auf Gewährleistung
der Vertraulichkeit
und Integrität
informationstechnischer
Systeme

Entstehung und Perspektiven



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

A Einleitung.....	21
B Die Entstehung eines neuen Grundrechts.....	25
I. Ausgangslage.....	25
1. Technische Aspekte.....	26
a) Infiltration.....	26
aa) Physischer Zugriff.....	27
bb) Infiltration via Internet.....	27
aaa) Infiltration unter Mitwirkung des Nutzers.....	28
bbb) Infiltration ohne Mitwirkung des Nutzers.....	28
ccc) Infiltration durch eingebaute „Hintertüren“.....	29
cc) Abwehrmöglichkeiten.....	29
dd) Bevorzugte Variante.....	29
b) Leistungsumfang der Durchsuchungssoftware.....	30
aa) Erfassung und Bearbeitung von Daten.....	30
bb) Durchsuchung externer Systeme und Datenspeicher.....	30
cc) Veränderung des angegriffenen Systems.....	30
dd) Echtzeitzugriff.....	30
ee) Aktivierung von Peripherie-Geräten.....	31
c) Vorteile gegenüber der „klassischen“ Beschlagnahme.....	31
aa) Erfassung aller verwendeten Daten.....	31
bb) Umgehung etwaiger Verschlüsselung.....	31
cc) Überwachung der Voice-over-IP-Kommunikation.....	32
dd) Infiltration bei wechselnder IP-Adresse.....	32
ee) Unkomplizierte Durchsuchung externer Datenspeicher und Systeme.....	33
ff) Unveränderte Nutzung des Systems.....	33
gg) Längerfristige Überwachung.....	33
d) Grenzen und Risiken.....	34
aa) Notwendigkeit des Internet-Anschlusses.....	34

bb) Fraglicher Beweiswert	34
cc) Abnehmender Beweiswert von regulär beschlagnahmten Daten	35
dd) Möglichkeit der Fehlinformation.....	36
ee) Kein kurzfristiger Einsatz.....	36
2. Vor dem <i>BverfG</i> -Urteil erfolgte Online-Durchsuchungen.....	36
a) Die Dienstanweisung des Bundesministeriums des Inneren (BMI).....	37
b) Nutzung durch die deutschen Nachrichtendienste.....	38
c) Zusammenfassung der Ereignisse.....	38
3. Die Entscheidung des BGH (Beschluss vom 31.01.2007 – <i>StB 18/06</i>).....	39
a) §§ 102 ff. StPO.....	40
b) Andere Rechtsgrundlagen der StPO	40
c) Generalklausel.....	41
d) Kombination verschiedener Ermächtigungsgrundlagen.....	41
e) Reaktionen der Wissenschaft	42
f) Reaktionen der Politik	42
4. Versuch der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage im NWVerfSchG.....	43
II. Das Urteil des <i>BVerfG</i> v. 27.02.2008 – <i>1 BvR 370, 595/07</i>	44
1. Geprüfte Grundrechte.....	45
a) Art. 10 I GG – Fernmeldegeheimnis.....	45
aa) Überwachung laufender Kommunikation	46
bb) Durchsuchung außerhalb des Kommunikationsvorgangs	47
cc) Feststellung einer Schutzlücke.....	47
dd) Bewertung	48
b) Art. 13 I GG – Unverletzlichkeit der Wohnung	48
aa) Zentrales Argument für die Anwendung.....	49
bb) Lösung des <i>BVerfG</i>	49
cc) Bewertung.....	49
dd) Fortwährender Schutz durch Art. 13 I GG.....	51
ee) Keine Notwendigkeit einer Verfassungsänderung.....	52
c) Art. 2 I i.V.m. Art 1 I GG – Allgemeines Persönlichkeitsrecht.....	53
aa) Schutz der Privatsphäre	53

bb) Recht auf informationelle Selbstbestimmung.....	53
aaa) Schutzbereich des „Datenschutzgrundrechts“.....	54
bbb) Ausführungen des <i>BVerfG</i>	55
ccc) Kritik von Teilen der Literatur	55
ddd) Bewertung	58
d) Fazit.....	64
2. Anforderungen des <i>BVerfG</i> an eine verfassungskonforme Regelung	65
a) Normenklarheit und Normenbestimmtheit	66
aa) Inhalt des Gebots.....	66
bb) Verstoß im konkreten Fall	66
cc) Bewertung.....	67
b) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	67
aa) Legitimer Zweck	68
bb) Geeignetheit.....	68
cc) Erforderlichkeit.....	69
dd) Anmerkung.....	70
ee) Angemessenheit.....	71
aaa) Einordnung der Intensität verschiedener Eingriffe	72
bbb) Tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr.....	72
ccc) Unabhängige vorherige Kontrolle	75
ddd) Maßnahmen zum Kernbereichsschutz.....	77
III. Zusammenfassung.....	84
 C Unmittelbare Konsequenzen des Urteils	 87
I. Exkurs: Übertragbarkeit von Vorgaben des Urteils zum Großen Lauschangriff	 87
1. Ähnliche Vorgehensweisen.....	88
2. Vergleichbare Eingriffsintensität	88
II. Folgen für das Geheimdienstrecht.....	90
1. Tätigkeitsbereich der Nachrichtendienste.....	90
2. Nutzung der Online-Durchsuchung	90

a) Keine Verlagerung in reine Vorfeldermitteilungen	91
b) Unzulässigkeit des manuellen Zugriffs.....	92
3. Ausführungen zum G 10-Gesetz	93
III. Folgen für das Polizeirecht.....	93
1. Einordnung des neuartigen Gefahrenbegriffs....	93
2. Doppelfunktionalität der Online-Durchsuchung.....	94
3. Anwendungsbereich polizeilicher Ermächtigungsgrundlagen	95
4. Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben	96
IV. Strafprozessuale Konsequenzen.....	97
1. Strafprozessualer Verdacht	97
2. Straftatenkatalog.....	98
3. Beweisverwertungsverbote und Zeugnisverweigerungsrechte.....	99
4. Unabhängige Kontrolle und Maßnahmen zum Kernbereichsschutz	99
5. Anwendungsbereich	99
V. Gesonderte Problematik: Beachtung des völkerrechtlichen	
Territorialitätsprinzips	100
1. Inhalt des Gebots	100
2. Mögliche Verletzung durch Online-Durchsuchungen	100
3. Eingriff	101
4. Rechtfertigung	102
a) Cybercrime-Convention.....	102
b) Gewohnheitsrecht	103
5. Auswege	104
VI. Zusammenfassung.....	104
 D Konkretisierung des neuen Grundrechts	107
I. Das neue Grundrecht – wirklich ein neues Grundrecht?	107
1. Vorbemerkung.....	107
2. Dogmatische Einordnung.....	108
3. Grundrechtskonkurrenzen	110
a) Subsidiaritätsannahme des <i>BVerfG</i>	110

b) Einwände gegen die Subsidiaritätsannahme.....	110
c) Neue „Binnen-Subsidiarität“.....	111
II. Grundrechtliche Gewährleistungen.....	113
1. Schutzziele.....	113
a) Schutz der Vertraulichkeit.....	114
b) Schutz der Integrität.....	115
2. Schutzbereich	116
a) Informationstechnisches System.....	116
aa) Anhaltspunkte im Urteil	116
aaa) Genannte Beispiele	117
bbb) Eigennutzung des Systems.....	117
ccc) Einschränkungen	118
bb) Versuch einer praxistauglichen Definition	119
aaa) Begriffskonkretisierung	119
bbb) Vernetzung.....	120
ccc) Zusammenfügung der Elemente zu einer Definition	120
cc) Praktische Anwendung.....	121
aaa) Weitere Konkretisierung der Merkmale	121
bbb) Aus der Technik resultierende Schwierigkeiten	122
b) Vertraulichkeit	123
aa) Vertraulichkeit der Daten	123
bb) Vertraulichkeit des Systems.....	124
c) Integrität	124
aa) Begriff der Integrität.....	124
bb) Vorverlagerung des Schutzes.....	125
d) Persönlichkeitsrelevanz.....	126
aa) Begründung des Persönlichkeitsschutzes.....	126
bb) Verdeutlichung in der Bezeichnung	127
III. Abgrenzungen	127
1. Abgrenzung zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung	127
a) Faustformel zur Abgrenzung der Schutzbereiche.....	128

b) Widersprüche innerhalb der Entscheidung?	129
2. Verkürzung des Schutzbereichs des informationellen Selbstbestimmungsrechts?	130
3. Abgrenzung zu Art. 10 I GG.....	132
a) Bewährte Abgrenzungsmethode	132
b) Musterbeispiel der Quellen-TKÜ	133
IV. Eingriff.....	134
1. Heimlicher Zugriff	135
a) Infiltration.....	135
b) Einmalige Durchsicht.....	135
c) Längerfristige Überwachung.....	135
d) Beeinträchtigung der Hard- oder Software	136
e) Datensicherung.....	136
f) Fazit	136
2. Offener Zugriff.....	136
a) Argumente gegen eine Anwendung.....	137
b) Argumente für die Anwendung	137
c) Stellungnahme.....	138
d) Probleme der uneingeschränkten Übertragung.....	139
V. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	139
1. Geschütztes Rechtsgut.....	140
2. Unabhängige vorherige Kontrolle.....	141
3. Maßnahmen zum Kernbereichsschutz	141
VI. Zusammenfassung.....	142
 E Erste Ansätze zu einer verfassungskonformen Normierung	143
I. Kodifizierung der Online-Durchsuchung im BKA-Gesetz	143
1. Der Weg zu einer Neuregelung.....	144
a) Beschluss der Bundesregierung	144
b) Beschluss von Bundestag und Bundesrat	145
2. Inhalt und Verfassungsmäßigkeit der gefundenen Regelungen.....	145

a) Anwendungsbereich des § 20k BKAG	145
b) Tatbestandsvoraussetzungen.....	146
aa) Gefahrenlage.....	146
aaa) Bewertung.....	147
bbb) Verbesserungsvorschläge.....	147
bb) Ultima ratio	148
c) Technische Durchführung.....	149
aa) Integritätsschutz.....	149
bb) Kein Wohnungsbetretungsrecht?	149
cc) Aufnahme einer Erlaubnis.....	150
d) Anordnung	151
aa) Ausschließliche Anordnung durch einen Richter	151
bb) Formelle Anforderungen.....	152
e) Maßnahmen zum Kernbereichsschutz	153
aa) Erste Stufe (Erhebungsebene)	153
bb) Zweite Stufe (Durchsichtsebene).....	155
aaa) Kritik.....	155
bbb) Verbesserungsvorschläge.....	156
f) Betroffene	157
aa) Verantwortliche iSd §§ 17, 18 BPolG.....	157
bb) Drittbetroffene.....	158
g) Befristung.....	158
h) Schutz von Zeugnisverweigerungsberechtigten	159
aa) Differenzierung des Schutzes.....	159
bb) Kritikpunkte	160
cc) Verstrickungsregelung.....	161
i) Benachrichtigung Betroffener.....	161
aa) Kritikpunkte.....	161
bb) Lösungsvorschläge.....	162
j) Übermittlung personenbezogener Daten	164
aa) Übermittlung innerhalb der BRD	164

bb) Weitergabe an ausländische Stellen.....	165
k) Evaluation	166
II. Umsetzung in Bayern	166
1. Gesetzgebungsverfahren	167
2. Darstellung und Bewertung der Neuregelungen.....	167
a) Art. 6e BayVSG	167
aa) Anwendungsbereich	168
bb) Technische Durchführung.....	169
cc) Anordnung.....	169
aaa) Anordnungskompetenz.....	169
bbb) Formelle Anforderungen.....	169
dd) Maßnahmen zum Kernbereichsschutz	170
aaa) Erste Stufe (Erhebungsebene)	171
bbb) Zweite Stufe (Durchsichtsebene).....	171
ee) Betroffene	171
ff) Befristung	172
gg) Schutz von Zeugnisverweigerungsberechtigten	172
hh) Benachrichtigung Betroffener.....	172
b) Art. 34d PAG	173
aa) Anwendungsbereich	173
bb) Tatbestandsvoraussetzungen.....	174
cc) Infiltration.....	174
dd) Anordnung	174
ee) Kernbereichsschutz	174
ff) Betroffene	174
gg) Befristung.....	175
hh) Schutz von Zeugnisverweigerungsberechtigten	175
ii) Benachrichtigungspflicht.....	175
III. Zusammenfassung	175

F Perspektiven für das neue Grundrecht im Zivil- und Strafrecht.....	177
I. Mögliche Anwendungsbereiche.....	178
1. Veränderte Gefahrenlage.....	178
a) Entwertung der Privatsphäre.....	178
b) Verbreitung der Computerkriminalität.....	179
c) Bedrohung von Lebensgrundlagen.....	180
2. Daraus entstandene Schutzbedürfnisse.....	180
II. Ausstrahlungswirkung von Grundrechten.....	181
1. Allgemeine Ausführungen.....	181
a) Schutzpflicht des Staates.....	182
b) Mittelbare Drittwirkung.....	183
2. Anhaltspunkte für eine Gewährleistungspflicht im vorliegenden Fall.....	183
III. Auswirkungen auf das Privatrecht.....	185
1. Vertragsrecht.....	186
a) Rücksichtnahmegebot des § 241 II BGB.....	186
b) Sittenwidrigkeit iSd § 138 I BGB.....	186
c) AGB-Kontrolle.....	187
2. Deliktsrecht.....	188
a) Erweiterung geschützter Rechtsgüter am Beispiel des § 823 I BGB.....	188
aa) Verletzung der Vertraulichkeit.....	189
bb) Verletzung der Integrität.....	189
aaa) Unberechtigter Zugriff auf das System.....	189
bbb) Manipulation und Beschädigung des Systems.....	189
cc) Sonderfall: WLAN-Router.....	190
b) Erweiterung von Verkehrssicherungspflichten.....	191
3. Wettbewerbsrecht.....	192
4. Datenschutzrecht.....	192
a) Abwägung iRd § 28 I 1 Nr. 2 BDSG.....	193
b) Anforderungen an Maßnahmen zur Datensicherheit gem. § 9 BDSG.....	193
c) Musterbeispiel der RFID-Chips.....	194
aa) Interner Einsatz in Unternehmen.....	194

bb) Nutzung im Handel	195
aaa) Keine Verknüpfung mit personenbezogenen Daten.....	195
bbb) Verbindung mit personenbezogenen Daten	195
cc) Direkte Speicherung personenbezogener Daten	196
dd) Rechtspolitische Folgerungen	197
d) Schutz von IP-Adressen.....	198
aa) Begriff.....	198
bb) Personenbezug	198
cc) Neuartiger Schutz?	200
5. Grundrechtsschutz von und in Unternehmen	200
a) Anwendbarkeit auf juristische Personen.....	201
b) Grundrechtsträger.....	201
c) Folgen für die Nutzung von IT-Systemen am Arbeitsplatz	202
aa) Kontrolle bei erlaubter Privatnutzung	202
bb) Kontrolle bei ausschließlich dienstlicher Nutzung.....	203
cc) Eigennutzung im Betrieb	204
dd) Wartung der Systeme	204
d) IT-Compliance	205
IV. Konsequenzen für das Strafrecht	205
1. Derzeit vorhandene Straftatbestände.....	206
a) § 202a StGB (Ausspähen von Daten)	206
b) § 202b StGB (Abfangen von Daten) / § 202c StGB (Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten).....	207
c) § 303a StGB (Datenveränderung).....	207
d) § 303b StGB (Computersabotage)	208
e) Schlussfolgerung	209
2. Vereinfachung des strafrechtlichen Schutzes.....	209
a) Erweiterung des § 303b StGB.....	209
b) Neuer Straftatbestand.....	210
V. Zusammenfassung	211

G Zusammenfassung der Ergebnisse	213
Anhang 1	217
Anhang 2	225
Anhang 3	228
Literaturverzeichnis.....	233
Verzeichnis der Internetquellen	265