Schriften zum Strafrechtsvergleich

Band 17

Datenerhebungen im Ermittlungsverfahren und rechtsstaatliche Beschränkungen

Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Südkorea

Von

Joongwook Park

Duncker & Humblot · Berlin

JOONGWOOK PARK

Datenerhebungen im Ermittlungsverfahren und rechtsstaatliche Beschränkungen

Schriften zum Strafrechtsvergleich

Herausgegeben von
Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg und
Prof. Dr. Brian Valerius, Bayreuth

Band 17

Datenerhebungen im Ermittlungsverfahren und rechtsstaatliche Beschränkungen

Rechtsvergleich zwischen Deutschland und Südkorea

Von

Joongwook Park

Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München
hat diese Arbeit im Jahre 2021 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.

Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2364-8155
ISBN 978-3-428-18696-9 (Print)
ISBN 978-3-428-58696-7 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

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

Vorwort

Die vorliegende Arbeit, die von mir Ende Februar 2021 zur Promotionsprüfung an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München abgegeben wurde, wurde im April 2022 als Dissertation angenommen.

Die in dieser Arbeit behandelte Datenerhebung im Strafverfahren ist eines der am meisten diskutierten Themen im weltweiten Digitalisierungsprozess und umfasst zahlreiche Einzelfragen. In den letzten 20 Jahren wurden in Deutschland und Südkorea einschlägige Gesetze und Vorschriften zur Datenerhebung erlassen und langanhaltende Diskussionen führten zur stetigen Veränderung der Gesetzeslage. Ein Ende des Anpassungsprozesses ist derzeit nicht in Sicht. Diese Arbeit wurde zum Zeitpunkt der Abgabe Anfang 2021 verfasst. In Deutschland wurden seitdem jedoch einerseits durch die beiden Änderungsgesetze vom 30. 3. 2021 (BGBl. I S. 441 & 448) § 100k StPO zur Erhebung von Nutzungsdaten bei Telemediendiensten geschaffen und §§ 100g, 100j, 101a und 101b StPO geändert, sowie andererseits durch das Gesetz zur Fortentwicklung der StPO vom 25. 6. 2021 (BGBl. I S. 2099) § 95a StPO zur Zurückstellung der Benachrichtigung und zum Offenbarungsverbot und § 163g StPO zur automatischen Kennzeichenerfassung geschaffen und §§ 99f, 101, 104 und 110 StPO überarbeitet. Dies konnte in der vorliegenden Arbeit nicht berücksichtigt werden.

Die Fertigstellung dieser Arbeit war eine große Herausforderung für mich und eine schwierige und langwierige Aufgabe. Insbesondere die seit Anfang 2020 andauernde Pandemie hat die Fertigung meiner Arbeit erheblich behindert.

Es gibt so viele, denen ich danken sollte, aber zunächst möchte ich meinen besonderen Dank an meinen Betreuer, Herrn Prof. h.c. Dr. *Schünemann*, aussprechen, der an mich geglaubt und geduldig auf meine Ergebnisse gewartet hat. Nicht vergessen möchte ich den leider verstorbenen Herrn Prof. Dr. *Vogel*, der mir zum ersten Mal die Möglichkeit gab, in Deutschland zu studieren. Ich wünsche ihm ewige Ruhe in Frieden. Mein Dank gilt weiterhin Herrn Prof. Dr. *Zöller*, der als zweiter Gutachter meine Arbeit gelesen und hilfreiche Kommentare abgegeben hat.

Mein besonderer Dank gilt auch den koreanischen Beratern, Herrn Prof. Dr. *Kuk Cho*, Herrn Prof. Dr. *Huigi Sim* und Herrn Prof. Dr. *Changkook Kwon*, die mich während meines Studiums in Deutschland mit vielen akademischen Ratschlägen unterstützt haben. Zugleich möchte ich meinen Kollegen und Freunden, Herrn Dr. *Sunki Hong*, Herrn Dr. *Hee-Young Park*, Herrn Prof. Dr. *Sung-Eun Park*, Herrn Dr. *Jinhwan Chang*, Frau Dr. *Hyunjung Lee* und Herrn Dr. *Seung-Uk Yang*, die zur selben Zeit in Deutschland studiert haben, herzlich danken.

Weiter möchte ich herzlich danken der Familie *Kyle Namkoong*, der Familie *Hyung-taek Lim*, der Familie *Jung-soo Kim*, der Familie *Eunho Lee* und der Familie *Se-won Lee*, auch der Familie *Seongyeon Kim.*

Schließlich ist die Fertigstellung dieser Arbeit im Wesentlichen der Unterstützung und Geduld meiner Eltern und meiner Familie zu verdanken. Zunächst einmal haben meine Eltern, *Hyung-Woo Park* und *Keumok Jin*, immer versucht, mir auch aus der Ferne Ruhe zu geben. Ich möchte mich weiterhin ganz herzlich bei meiner lieben Familie bedanken. Meine Frau, *Sookyung Ham*, war während der Promotion immer an meiner Seite und die beiden dazwischen geborenen Töchter, *Jueun* und *Seo-eun*, ließen mich die Schwierigkeiten des Studiums vergessen. Sie sind der größte Schatz, den ich in Deutschland erworben habe.

Seoul, im Juli 2022 *Joongwook Park*

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 4

Anwendungsbereich und Verfahrensgarantien allgemeiner Vorschriften der Beschlagnahme und Durchsuchung 223

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere/-r Ansicht/Auffassung
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BfV	Bundesamt für Verfassungsschutz
BGBl. I	Bundesgesetzblatt Teil I
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des *BGH* in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des *BGH* in Zivilsachen
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Gesetz über das Bundeskriminalamt und die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in kriminalpolizeilichen Angelegenheiten (Bundeskriminalamtgesetz)
BND	Bundesnachrichtendienst
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs.	Drucksache des Bundesrates
BT-Drs.	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des *BVerfG*
bzw.	beziehungsweise
CKÜ	Übereinkommen über Computerkriminalität (SEV Nr. 185), Budapest, 23.XI.2001
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
Dr.	Doktor
DVO	Verordnung der Durchführung
EG/EU	Europäische Gemeinschaft/Union
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskommission
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende/fortfolgende

FAG	Gesetz über Fernmeldeanlagen, das am 31. Dezember 2001 außer Kraft getreten ist.
Fn.	Fußnote
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Gesetz zu Art. 10 GG)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (Zeitschrift)
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
h. M.	herrschende/r Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
insb.	insbesondere
i. R. d./i. R. v.	im Rahmen des/der/von
i. S. d.	im Sinne des/der
ISP	(eng.) Internet Service Provider (= Internetdienstanbieter)
IT	Informationstechnik
IuK-Technologie	Informations- und Kommunikationstechnologie
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuMoG	1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl. I S. 2198)
K-DSG	Südkoreanisches Gesetz zum Schutz personenbezogener Daten, das am 4. Februar 2020 parlamentarisch beschlossen und am 5. August 2020 in Kraft getreten ist (Gesetz Nr. 16930)
K-KGSG	Südkoreanisches Gesetz zum Schutz des Kommunikationsgeheimnisses, das am 24. März 2020 parlamentarisch beschlossen und in Kraft getreten ist (Gesetz Nr. 17090)
K-MRK	Südkoreanische Nationale Menschenrechtskommission
K-OGH	Südkoreanischer Oberster Gerichtshof
K-OGHE	Entscheidungen des *K-OGH*
krit.	kritisch
K-StandODSG	Südkoreanisches Gesetz zur Verwendung und zum Schutz der Standortdaten, das am 8. Dezember 2020 parlamentarisch beschlossen und in Kraft getreten ist (Gesetz Nr. 17633)
K-StPO	Südkoreanische Strafprozessordnung, die am 4. Februar 2020 parlamentarisch beschlossen und am 1. Januar 2021 in Kraft getreten ist (Gesetz Nr. 16924)
K-TKGG	Südkoreanisches Telekommunikationsgeschäftsgesetz, das am 10. Dezember 2019 parlamentarisch beschlossen und am 11. Juni 2020 in Kraft getreten ist (Gesetz Nr. 16824)
K-Verf	Südkoreanische Verfassung, die am 29. Oktober 1987 parlamentarisch beschlossen und am 25. Februar 1988 durch Volksentscheid festgelegt wurde
K-VerfG	Südkoreanisches Verfassungsgericht
K-VerfGE	Entscheidungen des *K-VerfG* (Zitiert: *K-VerfGE* Band-Nummer, erste S., betroffene S.; z. B. *K-VerfGE* 30–2, 481, 483)

LfV	Landesamt für Verfassungsschutz
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
LOStA	Leitender Oberstaatsanwalt
MAD	Militärischer Abschirmdienst
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr./Nrn.	Nummer/Nummern
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Zeitschrift)
NWVerfSchG	Gesetz über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen
o. g.	oben genannt/-e/-er/-es
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 (BGBl. I S. 1302)
OrgKVerbG	Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998 (BGBl. I S. 845)
Prof.	Professor
RFID-Technik	Radio-Frequenz-Identifikations-Technik
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung/-en
S.	Satz oder Seite
sog.	sogenannte/sogenannter/sogenanntes
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum (Zeitschrift)
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StVÄG 1999	Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 2. August 2000 (BGBl. I S. 1253)
TK	Telekommunikation/-en
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKÜ	Telekommunikationsüberwachung
TKÜG	Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der RL 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3198)
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem
VDS	Vorratsdatenspeicherung
VE	Verdeckter Ermittler
VerfG	Verfassungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WiJ	Journal der Wirtschaftsstrafrechtlichen Vereinigung (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel

ZD	Zeitschrift für Datenschutz (Zeitschrift)
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (Zeitschrift)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Zeitschrift)
zust.	zustimmend

Kapitel 1

Vorbemerkung

A. Ausgangspunkte

I. Aktuelle Lage

Heute ist die Nutzung von IuK-Technologie und darauf basierenden informationstechnischen Systemen wie etwa privaten PCs oder Smartphones und betrieblichen Servern, die durch Internet miteinander verbunden sind, für die Lebensführung der meisten Bürgerinnen und Bürger von zentraler Bedeutung und notwendig. Damit ist in nahezu allen Lebensbereichen eine Effektivität und eine Erleichterung der Geschäftsabwicklung erheblich erhöht. Demzufolge können in einer modernen Informationsgesellschaft ohne die Nutzung der Informationstechnik und der Systeme tatsächlich Einzelpersonen ihre Persönlichkeit nicht frei entfalten, Unternehmen und Organisationen ihre Erwerbstätigkeit nicht frei ausüben und Staaten ihre Aufgaben nicht voll erfüllen. Heute schon sind Einfluss und Bedeutung der IuK-Technologie durchschlagend, weiter wird dies durch die fortwährende Entwicklung und Konvergenz der Technologien immer mehr zunehmen. Unter diesen Gegebenheiten existieren alle Arten von Informationen in Form von elektronischen Daten oder können in diese umgewandelt werden. Mit der Entwicklung digitaler TK-Technologie werden umfangreiche Daten unbegrenzt und kumulativ angesammelt und konzentriert, und auch der Zugriff auf solche Daten ist einfach. Dies stellt den entscheidenden Unterschied gegenüber frühen Kommunikationsbedingungen dar. Sowohl im Bereich der Privatwirtschaft als auch im Bereich öffentlicher Verwaltung werden zahlreiche neuartige Dienste derzeit über das Internet erbracht, dabei werden Spuren der Nutzung, nämlich personenbezogene Daten, nicht nur auf lokalen Geräten, sondern auch auf Servern der Unternehmen und der Staatsorgane weitumfassend gespeichert.

Die informationstechnischen Systeme und das Internet sind daher den Tätern der Gegenstand von Straftaten bzw. die Mittel der Tatbegehung, während sie den Staatsorganen das Ziel des Schutzes bzw. die Mittel wirksamer Aufgabenerfüllung sind. Die Datenspuren in solchen Systemen und im Internet stellen meistens Beweismittel dar, die dem Beweis für die Untersuchung des Sachverhalts dienen, und

daher stehen sie stets im Mittelpunkt des Interesses der Strafverfolgungsbehörden.[1] Heute kann die Ermittlung ohne die Nutzung der IuK-Technologie oder ohne die Untersuchung elektronischer Daten nicht mehr gedacht werden. Für die Verfolgung sowohl von Staatsschutzdelikten oder Wirtschafts- bzw. Steuerkriminalität als auch von klassischen Delikten wie Straftaten gegen das Leben, gegen die körperliche Unversehrtheit oder gegen die sexuelle Selbstbestimmung stellen in der Praxis die zuvorderst zu sichernden Beweismittel die auf den informationstechnischen Systemen und im Internet befindlichen Daten dar. Folglich drängt die Entwicklung der IT die Ermittlungsbehörde, mit neuen Ermittlungsmethoden Schritt zu halten. In Ansehung dieser Ansammlung und Konzentration von Daten können aber die technischen Mittel zur Datenerhebung im Ermittlungsverfahren stets bis hin zu einer Bildung von Persönlichkeitsprofilen bzw. einer Rundumüberwachung führen. Heutzutage bringt die Erfassung personenbezogener Daten durch die Strafverfolgungsbehörden je nach Art des Eingriffs eine spezifische Gefährdung der Persönlichkeit mit sich, damit wird die Intensität des Grundrechtseingriffs viel mehr erhöht als in der Vergangenheit.[2] Kurzum dient die fortschreitende Entwicklung der IuK-Technologie einerseits der Persönlichkeitsentfaltung der Bürger, andererseits steigert sie aber auch die Gefahr des Eingriffs in die Persönlichkeit erheblich.

Technischer Fortschritt und eine dadurch möglich gemachte staatliche Erhebung und Verwendung umfangreicher Daten wirken auch auf die Struktur des Strafverfahrens. Das Ermittlungsverfahren nimmt im gesamten Strafprozess einen höheren Stellenwert ein als früher, und es wird oft eher wichtiger als die Hauptverhandlung. Das bedeutet, dass die Macht der Strafverfolgungsbehörden in vielen Fällen tatsächlich größeren Einfluss auf das Strafverfahren hat als diejenige des Gerichts. Wenn also das Ermittlungsrecht im Vorverfahren nicht angemessener kontrolliert wird als derzeit, kann eine große Lücke im Grundrechtsschutz entstehen. Darüber hinaus kann diese nicht-kontrollierte Ermittlungsmacht eine Atrophie einer unbefangenen Wahrnehmung der Grundrechte, insb. eine Einschränkung der freien Meinungsäußerung, die liberaler Demokratie zugrunde liegt, nach sich ziehen. Dies rüttelt an den Grundfesten des GG, dem liberalen Rechtsstaat. So muss u. a. „verdeckte bzw. umfangreiche Datenerhebung“ unter dem Rechtsstaatsprinzip angemessen kontrolliert werden. Während der Katalog der strafprozessualen Zwangsmittel in den letzten Jahrzehnten laufend an den rapiden Fortschritt der Ermittlungs- und Überwachungstechniken angepasst und dadurch permanent ausgedehnt worden ist, treten die rechtsstaatlichen Kontrollmechanismen auf der Stelle.[3] Mit Blick auf

---

[1] Vgl. *Kudlich*, StV 2102, 560, 561: „*(es gibt) … ‚Datenspuren‘ in einem Umfang, wie er früher nie denkbar war, so dass sich die Frage stellt, inwiefern diese für die Strafverfolgungsbehörden nutzbar gemacht werden können.*“

[2] Vgl. *Singelnstein*, NStZ 2012, 593, 594: „*Bei neuen technischen Möglichkeiten … führen die weitergehenden Möglichkeiten der Ausforschung dazu, dass strafprozessuale Eingriffe deutlich mehr und deutlich sensiblere Erkenntnisse erbringen und somit zu tieferen Grundrechtseingriffen führen als früher.*“

[3] *Roxin/Schünemann*, § 29 Rn. 25.

den heutigen Stand der Technik führt eine staatliche Erhebung personenbezogener Daten ohne angemessene Kontrolle dazu, den Bürgern Angst vor der Überwachung und der Strafe durch den Staat zu machen und sie an *big brother* – des Romans „1984" (Autor: *George Orwell*) – zu gemahnen.

II. Historische Übersicht

1. Entstehung und Entwicklung betreffender Vorschriften in Deutschland

Bis 1990 gab es auf dem IuK-Gebiet nur die §§ 99, 100 StPO zur Überwachung von Postsendungen und Telegrammen, die seit Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung vom 1. Oktober 1879[4] existieren, und §§ 100a, b StPO a. F. zur Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs, die am 1. November 1968 in Kraft traten, wobei nach der Entscheidung des *BGH* sonstige verdeckte Ermittlungsmaßnahmen zum Zwecke der Strafverfolgung in der StPO grundsätzlich unzulässig waren.[5] Um den zunehmenden Staatsschutz- oder Wirtschafts- und Steuerdelikten zu begegnen, wurden viele Vorschriften im 8. Abschnitt des Ersten Buches der StPO in den letzten 30 Jahren geschaffen und geändert. Derzeit bestehen in der StPO neben allgemeinen Vorschriften der Durchsuchung und Beschlagnahme von §§ 94 ff., 102 ff. StPO verschiedene Vorschriften zur heimlichen Erhebung personenbezogener Daten. Viele heimliche Überwachungsmaßnahmen, die durch diese Umgestaltungen ermöglicht wurden, geben jedoch den Ermittlungsbehörden gewaltige Befugnisse, in das Persönlichkeitsrecht aller Bürger erheblich einzugreifen. Gerade dies ist heiß umstritten. Zu überblicken ist die Geschichte der Schaffung und Reformen zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen in der StPO wie folgt:[6]

---

[4] StPO vom 1. Februar 1877 (RGBl. S. 253).

[5] Vgl. *BGHSt* 34, 39 (= der *3. Strafsenat des BGH*, Urteil vom 9. April 1986 – 3 StR 551/85 –): ein Verwertungsverbot der heimlichen Aufnahme nichtöffentlicher Gespräche des Beschuldigten zwecks Stimmanalyse. Das Urteil betrifft die Zulässigkeit von Beweismitteln bei der Verurteilung wegen der Ermordung eines Mitglieds der „Roten Armee Fraktion" (RAF: 1970 – 1998), einer linksextremistischen terroristischen Vereinigung.

[6] Bemühungen, gegen die von der Technik gewandelte Realität vorzugehen, laufen sowohl auf nationaler Ebene als auch auf internationaler Ebene zugleich. Denn zur Verfolgung der Tat im Cyberspace ist wegen transnationaler Aktionsmöglichkeiten der IuK-Technologie (Internationalität) und territorialer Beschränkung der Ermittlungshandlung als Hoheitsakt eine internationale Kooperation notwendig. Auch auf europäischer Ebene wurde in den letzten mehr als zwanzig Jahren eine Diskussion über die Ausgestaltung der Rechtsgrundlage zum Schutz der durch die IuK-Technologie erstellten, verarbeiteten, gespeicherten und übermittelten Daten und zum Zugriff darauf geführt und sie wird noch immer geführt: RL 95/46/EG, 97/66/EG, 2002/58/EG, 2005/222/JI, 2006/46/EG, 2013/40/EU, 2016/680/EU und VO 2016/679/EU der Europäischen Union und CKÜ vom Europarat sowie auch Entscheidungen vom *EuGH*. Durch diese Serie von Bestrebungen wurde materielles Strafrecht in der EU zum großen Teil vereinbart, hingegen prozessuales Recht nicht (*Sieber*, 69. DJT 2012, C 12). Denn eine straf-