

Schriften zum Prozessrecht

Band 290

**Die Auswirkungen des Völkerrechts
auf die grenzüberschreitende Ermittlung
digitaler Beweise nach der StPO**

Von

Esther-Nicola Vehling



Duncker & Humblot · Berlin

ESTHER-NICOLA VEHLING

Die Auswirkungen des Völkerrechts
auf die grenzüberschreitende Ermittlung
digitaler Beweise nach der StPO

Schriften zum Prozessrecht

Band 290

Die Auswirkungen des Völkerrechts auf die grenzüberschreitende Ermittlung digitaler Beweise nach der StPO

Von

Esther-Nicola Vehling



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0219
ISBN 978-3-428-18814-7 (Print)
ISBN 978-3-428-58814-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

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

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Für die Drucklegung wurde das Manuskript überarbeitet und auf den Stand von November 2022 gebracht.

Die Arbeit ist mit ihrem Beginn im Herbst 2019 nicht nur während Zeiten der Pandemie entstanden, sondern auch zu einer Zeit, in der sich sowohl der Gesetzgeber als auch die Gerichte immer wieder mit Fragen der digitalen Beweiserhebung auseinandergesetzt haben. Durch den teilweise eingeschränkten Zugang zu Literatur, durch die Aktualität des Themas und die fortwährende Anpassung der Gesetzeslage gestaltete sich das Erstellen der Dissertation als besonders herausfordernd, aber auch als besonders spannend. Insgesamt empfand ich die Zeit der Dissertationserstellung als lehrreiche, interessante und vor allem bereichernde Zeit.

An erster Stelle gebührt mein besonderer Dank meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Milan Kuhl. Er unterstützte mich nicht nur bei der Wahl des Themas, sondern stand während des Verfassens der Dissertation stets als Diskussionspartner zur Verfügung. Durch seine konstruktiven Anmerkungen, wertvollen Hinweise und sein ermunterndes Lob hatte ich stets das Gefühl gut betreut und auf dem richtigen Weg zu sein. Mein Dank gilt auch Herrn Professor Dr. Kai Cornelius für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen abschließenden Hinweise.

In privater Hinsicht gilt mein herzlicher und unermesslicher Dank meinen Eltern, Karl-Heinz Vehling und Doris Knops-Vehling, die es mir durch ihre fortwährende Unterstützung ermöglicht haben, meiner Freude am Lernen und am wissenschaftlichen Arbeiten nachzugehen. Darüber hinaus möchte ich mich bei meinen Schwestern bedanken, die mich stets in all meinen Vorhaben bestärkt haben. Nicht zuletzt gebührt mein Dank meinen Freunden, die immer wieder dafür gesorgt haben, dass es mir während des Verfassens der Doktorarbeit nie an hinreichend Motivation, Disziplin und notwendiger Erholung fehlte und somit wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Ganz besonderer Dank gilt in dieser Hinsicht meinem besten Freund Jacob, der mir von den Anfängen der Dissertation bis zu ihrer Verteidigung in jedweder Hinsicht wie kein anderer zur Seite stand.

Berlin, im Februar 2023

Esther-Nicola Vehling

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
<i>Kapitel 1</i>	
Technische Grundlagen der unkörperlichen Telekommunikation und des Internets	20
A. Technische Grundlagen der Telefonie	20
I. Festnetz	20
II. Mobilfunknetz	22
B. Technische Grundlagen des Internets	24
I. Architektur des Internets	25
II. Das TCP/IP-Referenzmodell	26
1. Die Anwendungsschicht	29
2. Die Transportschicht	29
3. Die Internetschicht	30
4. Die Netzwerkschicht	31
5. Die physikalische Schicht	31
III. Internetanwendungen	32
1. Das World Wide Web (www)	32
2. Cloudcomputing	33
3. E-Mails	36
4. WhatsApp	37
5. Soziale Netzwerke	37
6. VoIP	38
<i>Kapitel 2</i>	
Ermächtigungsgrundlagen für den Zugriff auf nicht-gegenständliche Beweise im deutschen Strafverfahren	39
A. Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen	40
I. Die zentrale Bedeutung des Telekommunikationsbegriffs für die Bestimmung der repressiven Zugriffsmöglichkeiten auf ermittlungsrelevante Daten	41
II. Der Telekommunikationsbegriff der StPO	42
1. Die Legaldefinition des Telekommunikationsgesetzes (TKG)	42

2. Formell-technischer Telekommunikationsbegriff	43
3. Genuin strafverfahrensrechtlicher Telekommunikationsbegriff der Literatur	44
4. Stellungnahme	46
III. Die Ermächtigungsgrundlagen im Einzelnen	53
1. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO: „Herkömmliche“ Telekommunikationsüber- wachung	53
a) E-Mails	55
aa) E-Mails in der Ruhendphase auf dem Server des E-Mail-Anbieters	55
bb) Endgespeicherte, auf dem Server des E-Mail-Anbieters belassene E-Mails	57
b) Der Telekommunikationsanbieter als der nach § 100a Abs. 4 StPO zur Mithilfe an der Telekommunikationsüberwachung Verpflichtete	61
aa) Literatur	62
bb) Rechtsprechung	64
(1) EuGH Urteil vom 13.06.2019: Google LLC/Bundesrepu- blik Deutschland	64
(2) LG München I, Beschluss vom 4.12.2019 – 9 Qs 15/19	65
cc) Abschaffung des Problems durch das TKModG in Umset- zung des Europäischen Elektronischen Kommunikations- kodexes	66
c) Verschlüsselte Telekommunikationsformen (internetbasierte Telefon- und Messengerdienste)	67
2. § 4 Abs. 2 S. 1 TKÜV: Auslandskopfüberwachung	68
3. § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO: Quellen-Telekommunikationsüber- wachung	70
a) Zugriff auf laufende Kommunikation, § 100a Abs. 1 S. 2 StPO	71
b) Zugriff auf Inhalte bereits abgeschlossener Kommunikation, § 100a Abs. 1 S. 3 StPO	72
4. § 100b StPO: Online-Durchsuchung	73
a) Das informationstechnische System i. S. d. § 100b StPO	74
b) Die Nutzung von Webcam und Mikrofon zur Raumüberwachung unter § 100b StPO	76
c) Herausgabeverlangen von Inhaltsdaten an Dienstanbieter als Minus von der Online-Durchsuchung erfasst?	79
5. § 100i StPO: Technische Ermittlungsmaßnahmen bei Mobilfunkend- geräten	80
6. Datenabfrage bei Dienstanbietern	81
a) Grundmodell der behördlichen Datenabfrage bei privaten Dienstanbietern	81
b) § 100g StPO: Erhebung von Verkehrsdaten	82

aa) Erhebung von nach §§ 9, 12 TTDSG, § 2a Abs. 1 BDBOSG gespeicherten Verkehrsdaten	83
bb) Erhebung von nach § 176 TKG (§ 113b TKG a.F.) gespeicherten Verkehrsdaten	84
cc) Funkzellenabfrage	86
dd) Sicherungsanordnung (Quick-Freeze), § 100g Abs. 5 StPO-E	87
c) §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO, § 173 TKG (§ 112 TKG a.F.): Auskunftsersuchen bei der Bundesnetzagentur über Telekommunikationsbestandsdaten im automatisierten Verfahren	87
d) § 100j StPO: Auskunftsverlangen beim Dienstanbieter über Bestandsdaten im manuellen Verfahren	89
aa) Entwicklung der manuellen Bestandsdatenauskunft in den Jahren 2020–2022	89
bb) Regelungsgehalt des § 100j StPO	91
e) § 100k StPO: Abfrage von Nutzungsdaten bei Telemedienanbietern	92
B. Offene Ermittlungsmaßnahmen	93
I. § 94 StPO: Sicherstellung und Beschlagnahme von Gegenständen zu Beweis Zwecken	93
1. Der Wortlaut des § 94 StPO	94
2. Zulässigkeit einer Beschlagnahme von Daten unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten	95
II. § 95 StPO: Pflicht zur Herausgabe beweisrelevanter Gegenstände	101
III. § 110 Abs. 3 StPO: Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien	101
IV. Die Ermittlungsgeneralklausel, §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO	103
1. Zugriff auf öffentlich zugängliche Daten im Internet (OSINT-Recherchen)	103
2. Ermittlungen durch informelle Kooperation mit Dateninhabern	105

Kapitel 3

Völkerrechtliche Implikationen eines Zugriffs auf digitale Beweismittel 106

A. Territorialität als Kernelement des Völkerrechts	107
I. Territoriale Souveränität als Zuweisungs- und Abgrenzungskriterium von Staatsmacht	107
II. Grenzüberschreitende Hoheitsbefugnisse und Beschränkung der Rechtsdurchsetzungsmacht (<i>jurisdiction to enforce</i>) auf das Hoheitsgebiet ...	109
III. Territoriale Hoheitsansprüche im Telefonnetz	112
IV. Territoriale Hoheitsansprüche im Cyberspace	112
1. Cyberspace als Raum <i>sui generis</i> unter dem Ausschluss hoheitlicher Rechte	113

2. Cyberspace als Staatengemeinschaftsraum frei von territorialer Hoheitsgewalt	114
3. Cyberspace als Objekt territorialer Hoheitsgewalt	116
4. Stellungnahme	117
B. Beweisermittlung unter Verstoß gegen das Völkerrecht	120
I. Extraterritorialität ohne physische Penetration eines fremden Staatsgebietes: Eingriff in eine fremde Gebietshoheit durch datenbezogene Ermittlungsmaßnahmen?	122
1. Extraterritorialität bei einer Überwachung leitungsgebundener Telekommunikation in Echtzeit	123
a) Ansichten in der Literatur und in der Rechtsprechung	124
b) Eigene Ansicht	126
aa) Die Überwachung des Anschlusses	127
bb) Das Ausleiten der Daten	128
cc) Ergebnis	128
2. Extraterritorialität beim Zugriff auf in fremdem Hoheitsgebiet gespeicherte Daten	129
a) Zugriff auf Daten, die lokal auf dem Gerät eines Nutzers gespeichert sind	129
b) Zugriff auf Daten, die „im Netz“, d. h. serverbasiert gespeichert sind	132
aa) Direkter Zugriff durch die Ermittlungsbehörden selbst	132
(1) Der Speicherort der Daten als Anknüpfungspunkt für territoriale Hoheitsbefugnisse	133
(2) Der Aufenthaltsort der handelnden Ermittlungsperson als Anknüpfungspunkt für territoriale Hoheitsbefugnisse	134
(3) Der Beschuldigte	134
(4) Ort, von welchem die Daten bestimmungsgemäß abgerufen werden sollen als Anknüpfungspunkt für territoriale Hoheitsbefugnisse	135
(5) Zuordnung zu einem Hoheitsgebiet durch Abwägung der staatlichen Interessen an der Geltendmachung ihrer territorialen Hoheitsansprüche	135
(6) Rechtsauffassung der Staaten (opinio juris)	136
(7) Stellungnahme und Ergebnis	138
bb) Zugriff auf die Daten unter Zuhilfenahme der Serviceprovider	139
(1) Anfrage an Dienstanbieter territorial oder extraterritorial	140
a) Zuordnung des Dienstanbieters zu der territorialen Hoheitsmacht eines Staates	140
b) An ausländische Serviceprovider gerichtete Herausgabeanordnung als Ausübung extraterritorialer Hoheitsmacht	143

(2) Umfang der Herausgabeverpflichtung – auch Daten im Ausland?	146
(3) Informelle Anfrage beim Serviceprovider	149
3. Extraterritorialität beim Zugriff auf im Internet öffentlich zugängliche Daten	153
II. Extraterritoriale Datenermittlung als völkerrechtliches Delikt	154
1. Kein Verstoß gegen das Interventionsverbot	155
a) Domaine réservé	156
b) Zwangselement	157
2. Völkerrechtsbruch durch Verstoß gegen das Gebot der Achtung der Souveränität	159
a) Souveränität als unverbindliches Prinzip des Völkerrechts	159
b) Souveränität und deren Achtung als rechtlich verbindliche Norm	160
c) Stellungnahme und Ergebnis	160
d) Verstoß gegen das Gebot der Achtung der Souveränität bei Datenermittlungen, insbesondere im Cyberspace	162
aa) Geltung des Gebots der Achtung fremder Souveränität	163
bb) Bruch des Gebots der Achtung fremder Souveränität	166
(1) Grundsatz	166
(2) Ausnahmen bei loss of location und „good faith“-Fällen	168
3. Bruch von Völkervertragsrecht durch Umgehung eines Rechtshilfevertrags	170
III. Zwischenergebnis Beweisermittlungsmaßnahmen unter Verstoß gegen das Völkerrecht	171
C. Völkerrechtliche Erlaubnistatbestände	171
I. Nach Gewohnheitsrecht anerkannte völkerrechtliche Erlaubnistatbestände der ILC	171
1. Zulässige Gegenmaßnahme/Repressalie (countermeasures)	172
2. Notlage (distress) und Notstand (necessity)	173
3. Einwilligung	173
a) Ad-hoc Einwilligung zum Datenzugriff durch ausländische Ermittlungsbehörden	173
b) Völkervertragliche Einwilligung	174
II. Völkervertragsrecht als Ausdruck der Einwilligung	174
1. Überblick über relevante Rechtshilfeübereinkommen	176
a) Allgemeine Rechtshilfeverträge	176
aa) Die Europäische Ermittlungsanordnung	176
bb) Andere allgemeine Rechtshilfeinstrumente in Europa	178
cc) Rechtshilfeabkommen zwischen Deutschland und den USA	179
b) Datenspezifische Rechtshilfeabkommen	180
aa) Cybercrime Convention des Europarats	180
bb) Zweites Zusatzprotokoll zur Cybercrime Convention	181

cc) Entwurf einer Europäischen Sicherungs- und Herausgabeordnung	182
2. Einzelne Vorschriften der Rechtshilfe bei der Telekommunikationsüberwachung	184
a) Cybercrime Convention	184
b) Europäische Ermittlungsanordnung	184
c) EurRhÜbk und RhÜbk-EU	186
d) Rechtshilfeabkommen mit den USA	187
3. Einzelne Vorschriften der Rechtshilfeabkommen beim Zugriff auf in fremdem Hoheitsgebiet gespeicherte Daten	187
a) Cybercrime Convention	188
aa) Klassische Rechtshilfe Regelungen des Art. 31 CCC	188
bb) Unilaterale Handlungsbefugnis des Art. 32 CCC	188
b) Europäische Ermittlungsanordnung	189
aa) Allgemein: Erweiterung des räumlichen Anwendungsbezugs inländischer Ermittlungsmaßnahmen	189
bb) Problem des Befugnis-Shoppings	191
c) EurRhÜbk und RhÜbk-EU	192
d) Rechtshilfeabkommen mit den USA	192
e) Zweites Zusatzprotokoll zur Cybercrime Convention	193
aa) Art. 6 Zusatzprotokoll: Abfrage von Domain-Name-Registrierungsinformationen (<i>Request for domain name registration information</i>)	193
bb) Art. 7 Zusatzprotokoll: Preisgabe von Bestandsdaten (<i>Disclosure of subscriber information</i>)	193
cc) Art. 8 Zusatzprotokoll: Durchsetzung von Anordnungen ausländischer Strafverfolgungsbehörden zur beschleunigten Übermittlung von Bestands- und Verkehrsdaten (<i>Giving effect to orders from another party for expedited production of subscriber information and traffic data</i>)	194
dd) Art. 9 Zusatzprotokoll: Beschleunigte Preisgabe gespeicherter Computerdaten bei außerordentlicher Dringlichkeit (<i>Expedited disclosure of stored computer data in an emergency</i>) und Art. 10 Zusatzprotokoll: Rechtshilfe bei außerordentlicher Dringlichkeit (<i>Emergency mutual assistance</i>)	195
ee) Art. 12 Zusatzprotokoll: Einrichtung von gemeinschaftlichen Ermittlungsgruppen (<i>joint investigation teams and joint investigations</i>)	196
ff) Einfluss des Zusatzprotokolls auf die völkerrechtliche Zulässigkeit grenzüberschreitender Datenzugriffe	197
f) Entwurf einer europäischen Herausgabe- und Sicherungsanordnung	199

Kapitel 4

**Bedeutung der völkerrechtlichen Grundsätze für
die nationalen Ermittlungsbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden
nach der StPO**

A.	Verdeckte Ermittlungsmaßnahmen	202
I.	§ 100a Abs. 1 S. 1 StPO und § 4 Abs. 2 S. 1 TKÜV: Herkömmliche Telekommunikationsüberwachung und Auslandskopfüberwachung	202
	1. Grundsatz	202
	2. Rechtshilfe	203
II.	§ 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO und § 100b StPO: Quellen-Telekommu- nikationsüberwachung, Online-Durchsuchung	204
	1. Grundsatz	204
	2. Rechtshilfeverfahren	205
III.	§ 100g, § 100j und § 100k StPO: Erhebung von Verkehrs-, Bestands- und Nutzungsdaten	206
	1. Grundsatz	206
	2. Rechtshilfeverfahren	206
IV.	§ 100i StPO: Technische Ermittlungen bei Mobilfunkendgeräten	207
	1. Grundsatz	207
	2. Rechtshilfe	208
B.	Offene Ermittlungsmaßnahmen	208
I.	§ 94 StPO: Sicherstellung und Beschlagnahme	208
	1. Grundsatz	208
	2. Rechtshilfe	208
II.	§ 95 StPO: Herausgabepflicht beweisrelevanter Gegenstände	209
III.	§ 110 Abs. 3 StPO: Durchsicht von Papieren und elektronischen Spei- chermedien	209
	1. Grundsatz	209
	2. Rechtshilfe	210
	IV. Die Ermittlungsgeneralklausel, §§ 161 Abs. 1, 163 Abs. 1 StPO	210
C.	Fazit zu den völkerrechtlichen Auswirkungen auf die deutschen Ermitt- lungsbefugnisse	211

Kapitel 5

Die Verwertbarkeit völkerrechtswidrig erlangter Beweise

A.	Herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur	212
B.	Eigene Ansicht	213
I.	Prämisse der herrschenden Meinung	213
II.	Unselbstständige Beweisverwertungsverbote	214
	1. Dogmatische Einordnung im deutschen Strafprozessrecht	214

2. Funktion und Begründung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots	214
a) Funktion von Beweisverwertungsverboten	215
b) Begründung eines unselbstständigen Beweisverwertungsverbots	216
aa) Rechtskreistheorie und Schutzzwecklehre	216
bb) Abwägungslehre	217
cc) Informationsbeherrschungslehre	218
dd) Beweisverwertungsverbot bei Verletzung des Rechts auf ein faïres Verfahren	219
ee) Stellungnahme und Ergebnis	221
(1) Entstehung des Beweisverwertungsverbots	221
(a) Recht auf faïres Verfahren und Informationsbeherr- schungsrecht maßgebend	221
(b) Unzulänglichkeit der Abwägungslehre, Rechtskreis- theorie und Schutzzwecktheorie	224
(2) Berücksichtigungsfähigkeit hypothetischer Ermittlungs- verläufe	225
(a) Grundsatz: Keine Berücksichtigungsfähigkeit	225
(b) Berücksichtigungsfähigkeit bei Vorliegen eines Erlaubnistatumsirrtums seitens der Behörden	226
3. Ergebnis zur Entstehung eines Beweisverwertungsverbots	228
III. Bedeutung der beweisrechtlichen Grundsätze für völkerrechtswidrig erlangte Beweismittel	228
1. Das Gebot der Achtung fremdstaatlicher Souveränität und Art. 25 GG als Beweiserhebungsverbot	228
2. Verwertungsverbot bei völkerrechtswidriger Beweiserlangung	229
a) Grundsatz	229
b) Besonderheiten bei der Verwertbarkeit bei völkerrechtswidrig ermittelter Beweise	231
aa) Vorliegen eines Rechtshilfevertrags	231
bb) Nachträgliche Zustimmung des Staates	232
cc) Good faith	233
dd) Unbestimmbarkeit des Aufenthaltsorts der Zielperson oder des Speicherorts (loss of location)	233
C. Zusammenfassung	234
Fazit	237
Literaturverzeichnis	240
Stichwortverzeichnis	262

Einleitung

Die voranschreitende Globalisierung und Digitalisierung verändern nach wie vor die Gesellschaft. Nationale Grenzen werden durch die Bürger immer weniger wahrgenommen. Moderne Technik erlaubt es Personen, sich weltweit zu vernetzen und auch Dienstleistungen aus dem Ausland in Anspruch zu nehmen. Die Phänomene der Globalisierung und Digitalisierung bergen viele Vorteile für die Zivilgesellschaft. Die Strafverfolgungsbehörden stellen sie jedoch vor nicht zu unterschätzende Probleme: Strafverfolgungsbehörden sind als Teil der Staatsmacht in ihren Handlungen grundsätzlich auf das eigene Staatsgebiet beschränkt.¹ Die Strafprozessordnung, die den Behörden Befugnisse für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen an die Hand gibt, ist insofern in ihrer Anwendung geografisch beschränkt und kann im Grundsatz nur Maßnahmen auf deutschem Hoheitsgebiet legitimieren.² Diese örtliche Beschränkung folgt aus dem völkerrechtlichen Souveränitätsprinzip, zu dessen Ausprägungen das Recht zur Selbstständigkeit und zur Selbstbestimmung auf dem eigenen Staatsgebiet zählen.³ Das aus diesen Rechten folgende Gebot der Achtung der Souveränität anderer Staaten macht es erforderlich, die Erlaubnis eines betroffenen fremden Staates einzuholen, bevor hoheitliche Tätigkeiten auf dessen Staatsgebiet ausgeübt werden.⁴ Ohne eine solche Erlaubnis bleibt der ermittelnde Staat nach den Grundsätzen des Völkerrechts darauf verwiesen, die behördliche Mithilfe des betroffenen Staates im Rechtshilfeverfahren zu ersuchen, um Ermittlungen auf dessen Staatsgebiet vorzunehmen oder vornehmen zu lassen.⁵

Während Ermittlungsbefugnisse sich also auf das eigene Staatsgebiet beschränken, weisen Ermittlungsverfahren aufgrund der Globalisierung und

¹ *Frank P. Schuster*, „Verwertbarkeit von Beweismitteln bei grenzüberschreitender Strafverfolgung“, ZIS 2016, S. 564, 564; *Daskal*, „Transnational Government Hacking“, *Journal of National Security Law & Policy* 2020, S. 677, 680; *Bell*, „Strafverfolgung und die Cloud: Strafprozessuale Ermächtigungsgrundlagen und deren völkerrechtliche Grenzen“, *Duncker & Humblot* 2019, S. 159.

² *Marberth-Kubicki*, „Computer- und Internetstrafrecht“, *Beck* 2005, S. 236.

³ *Epping*, in: *Epping/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Ipsen, Völkerrecht*, 2018, § 7 Rn. 261.

⁴ *Tiedemann*, „Die Auslandskopf-Überwachung nach der TKÜV 2005“, *CR* 2005, S. 858, 862.

⁵ *Seitz*, „Transborder Search: A New Perspective in Law Enforcement?“, *Yale Journal of Law and Technology* 2005, S. 22, 27.

Digitalisierung immer mehr internationale Bezüge auf. Moderne Telekommunikations- und Informationstechnologie erlaubt es Tätern, sich international zu vernetzen. Insbesondere in den Bereichen des Terrorismus und der organisierten Kriminalität zeigt sich eine große Prävalenz an internationalen Tätergruppierungen: Kaum eine groß angelegte OK-Gruppierung ist heutzutage nicht international tätig. So wurden in Deutschland für das Jahr 2019 426 OK-Verfahren mit Auslandsbezug gemeldet, bei denen Verbindungen der Täternetzwerke in insgesamt 123 verschiedene Länder nachgewiesen werden konnten.⁶ Aber auch außerhalb der internationalen organisierten Kriminalität kann schon die Nutzung des Internets per se Ermittlungsverfahren einen internationalen Einschlag geben.⁷ Grund dafür ist die Architektur und technische Funktionsweise des Internets, wie sich exemplarisch anhand des Unternehmens „Google“ verdeutlichen lässt: Im Oktober 2018 waren bei *Google Mail* (Gmail) 1,5 Milliarden Nutzer registriert.⁸ Unabhängig davon, ob die Nutzer den Webmail-Service (Abruf des E-Mail-Postfachs über den Browser) oder einen E-Mail Client (z. B. Gmail App auf dem Smartphone oder Tablet) nutzen, wird jede E-Mail, die über einen Gmail-Account gesendet oder empfangen wird, inklusive Anhang auf den Servern von Google gespeichert.⁹ Google verfügt neben Rechenzentren in Nord-, Mittel- und Südamerika und in Asien auch über Server in Europa. Letztere befinden sich allerdings nicht in Deutschland, sondern in Irland, Finnland, Belgien und den Niederlanden.¹⁰ Für das Strafverfahren bedeutet dies, dass die Strafverfolgungsbehörden nicht auf die bei Gmail vorgehaltenen E-Mails eines Verdächtigen zugreifen können – sofern er diese nicht lokal auf seinem Computer gespeichert hat – ohne auf Rechenzentren in anderen Jurisdiktionen zuzugreifen.

In Ermittlungsverfahren, denen die eben dargelegten internationalen Bezüge anhaften, ist es für die Ermittlung digitaler Beweise, anders als bei der Ermittlung gegenständlicher Beweise, nicht notwendig, dass die deutschen Ermittlungsbehörden physisch auf fremdem Staatsgebiet anwesend sind.

⁶ *Bundeskriminalamt*, „Bundeslagebild Organisierte Kriminalität 2019“, 2019, S. 58; ähnliche Ergebnisse auch auf Landesebene, vgl: *Ministerium des Innern Brandenburg*, „Organisierte Kriminalität wird internationaler: Nr. 154/2005“, 25.08.2005, zuletzt geprüft am: 29.12.2019, wo 81 % der OK-Verfahren internationale Bezüge aufwiesen.

⁷ M. Gercke, „Die Bekämpfung der Internetkriminalität als Herausforderung für die Strafverfolgungsbehörden“, MMR 2008, S. 291, 296.

⁸ Vgl. Twitter-Post von Gmail vom 26.10.2018, abrufbar unter: https://twitter.com/gmail/status/1055806807174725633?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwterm%5E1055806807174725633%7Ctwgr%5E%7Ctwcon%5Es1_c10&ref_url=https%3A%2F%2Fstadt-bremerhaven.de%2Fgmail-15-milliarden-aktive-nutzer%2F, zuletzt geprüft am: 30.05.2021.

⁹ Spoenle, „Cloud Computing and cybercrime investigations: Territoriality vs. the power of disposal?“, 2010, S. 5.

¹⁰ <https://www.google.com/about/datacenters/inside/locations/index.html>.

Vielmehr können die Beweise mittels Fernzugriff erlangt werden und somit quasi auf das eigene Staatsgebiet „herübergezogen werden“.

Vor dem Hintergrund dieser Problematik drängt sich – aus deutscher Sicht – die folgende Überlegung auf: Dürfen die Ermittlungsbehörden aufgrund der Möglichkeit, bei den Ermittlungsmaßnahmen im eigenen Hoheitsgebiet zu verweilen, ihren Arm aus Deutschland heraus ins Ausland „ausstrecken“ und so auch sich im Ausland befindliche Anschlüsse überwachen und Daten von Servern in fremden Hoheitsgebieten abrufen? Oder müssen sie vielmehr auch bei ihren Ermittlungshandlungen bezüglich digitaler Beweise strikt auf das deutsche Staatsgebiet beschränkt bleiben und bei Auslandsbezügen stets um Rechtshilfe des betroffenen Staates ersuchen? Wenn Letzteres zutrifft, welche Konsequenzen hat es für die Beweisverwertung im Strafverfahren, wenn ein Zugriff auf digitale Daten unter Verstoß gegen völkerrechtliche Grundsätze erfolgt?

Die Untersuchung der Frage, wie das Völkerrecht die *deutschen* Ermittlungsbehörden bei der Ermittlung digitaler Beweise begrenzt, wird in der vorliegenden Arbeit in drei Schritten erfolgen, wobei internationale Ermittlungsbehörden wie die Europäische Staatsanwaltschaft, die zum 01. Juni 2021 ihre Arbeit aufnahm¹¹, Inter- und Europol außen vor bleiben. In einem ersten Teil wird untersucht, welche nationalen Ermittlungsbefugnisse den Ermittlungsbehörden für einen Zugriff auf Daten nach der StPO zur Verfügung stehen, wobei andere Gesetze zur Strafverfolgung, wie das Zollfahndungsdienstgesetz, außen vor bleiben. Dabei wird auch auf die im Jahr 2021 eingeführten Erweiterungen der Verkehrs-, Nutzungs- und Bestandsdatenauskunft eingegangen werden. In einem zweiten Teil wird dargestellt, wie völkerrechtliche Grundsätze diese Ermittlungsmaßnahmen räumlich begrenzen. Dafür wird zunächst die Anwendbarkeit des Völkerrechts auf internationale Telefonnetze und das Internet erörtert, bevor geprüft wird, ob Ermittlungshandlungen, die ausschließlich von deutschem Territorium aus durchgeführt werden, überhaupt völkerrechtliche Relevanz zukommen kann. Nach der Feststellung, dass auch Zugriffe auf Daten, die aus dem Inland initiiert werden, gegen das Völkerrecht verstoßen können, werden die einschlägigen Rechtshilfeinstrumente der Bundesrepublik Deutschland dargestellt. Im dritten und damit letzten Schritt wird untersucht, welche Konsequenzen die Völkerrechtswidrigkeit einer Beweiserhebung auf die Verwertbarkeit der Beweismittel im Verfahren gegen den Beschuldigten hat. Bearbeitungsstand der vorliegenden Arbeit ist der 30.10.2021. In Hinblick auf die Änderung der Rechtslage durch das Inkrafttreten des neuen TKG und des TTDSG und durch den Beschluss des Zweiten Zusatzprotokolls zur Cybercrime Convention wurde die Arbeit zur Drucklegung diesbezüglich auf den Stand November 2022 aktualisiert.

¹¹ <https://www.consilium.europa.eu/de/policies/eppo/#>, zuletzt geprüft am: 30.09.2020.