

„Kommen Sie doch rein!“

Von der Einwilligung in strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen nach Inkrafttreten des § 500 StPO

Von Oberstaatsanwältin Mirja Straßburger und Oberstaatsanwalt Dr. Sören Pansa, Schleswig¹

1 Hintergründe



Einwilligungen in strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen sind Teil des polizeilichen Arbeitsalltages. Man denke etwa an den Tatverdächtigen, welcher im Supermarkt wegen eines Diebstahlsverdachts durch die Angestellten angesprochen wird und anschließend den herbeigerufenen Polizeibeamten die Einsichtnahme in seine Einkaufstaschen erlaubt. Selbst das Bundesverfassungsgericht hat keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Möglichkeit einer derartigen Einwilligung geäußert². Die höchstrichterliche Rechtsprechung stellt dabei keine hohen Anforderungen an deren Wirksamkeit. Sie sollte ausdrücklich erfolgen. Dies schließt konkludente Einwilligungen nicht aus; lediglich die bloße Duldung einer Maßnahme ist hierfür nicht ausreichend³. Einer Belehrung über die Freiwilligkeit und Reichweite der Einwilligung bedarf es lediglich in Ausnahmesituationen. Wenn etwa der Betroffene aufgrund offensichtlicher intellektueller Defizite Fehlvorstellungen bezüglich der Bedeutung einer Einwilligung haben könnte⁴ oder die Maßnahme, auf welche sich die Einwilligung bezieht, mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen nicht zwangsweise durchgesetzt werden dürfte⁵.



Doch seit November 2019 könnten diese Grundsätze ggf. keine Gültigkeit mehr beanspruchen. Denn zu diesem Zeitpunkt schuf der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 die Regelung des § 500 StPO⁶. Diese erklärt bezüglich strafprozessualer Maßnahmen die Regelungen des 3. Teils des Bundesdatenschutzgesetzes für entsprechend anwendbar. Was wie eine wenig sagende Verweisung in das Bundesdatenschutzgesetz wirkt, könnte weitreichende Konsequenzen für die Möglichkeit einer Einwilligung in derartige Ermittlungshandlungen zeitigen. Dies resultiert aus dem von der Verweisung erfassten § 51 BDSG, welcher zahlreiche detaillierte Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten formuliert. So ist der Erklärende unter anderem über die Freiwilligkeit und die Widerruflichkeit der Einwilligung zu belehren. Ferner haben die Ermittlungsbehörden die Wirksamkeit der Einwilligung bzw. die erfolgte Belehrung im Bedarfsfall nachzuweisen. Im Folgenden soll deshalb auf die Fragen der Reichweite des § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG und etwaige damit verbundene Konsequenzen für die Verwertbarkeit erlangter Beweismittel eingegangen werden.

2 Anwendbarkeit des § 51 BDSG auf strafprozessuale Maßnahmen

Die Frage der Anwendbarkeit des § 51 BDSG auf strafprozessuale Maßnahmen ist anlässlich der Einführung des § 500 StPO in der Fachliteratur intensiv diskutiert und im Ergebnis überwiegend bejaht worden⁷. Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen ist die Thematik – soweit ersichtlich – bisher nur vereinzelt gewesen. So haben das Landgericht Berlin und das Landgericht Kiel auf eine Einwilligung des Betroffenen gestützte Durchsuchungsmaßnahmen wegen vermeintlicher Verstöße gegen datenschutzrechtliche Belehrungserfordernisse als rechtswidrig erachtet und insoweit auf die Vorgaben des § 51 BDSG (LG Kiel) bzw. die entsprechende landesgesetzliche Regelung (LG Berlin) abgestellt⁸. Eine Anwendung landesgesetzlicher Vorgaben dürfte indes in Anbetracht des eindeutigen Wortlauts des § 500 StPO und der in der Gesetzesbegründung ausdrücklich benannten Intention des Gesetzgebers, eine bundesweit einheitliche Ausgestaltung des Datenschutzrechts für den Bereich der Strafprozessordnung zu gewährleisten⁹, ausscheiden. Aber auch die Annahme, § 51 BDSG fände über die Verweisungsnorm des § 500 StPO auf strafprozessuale Maßnahmen Anwendung, ist keinesfalls zwingend. So bezieht sich § 51 BDSG seinem Wortlaut nach ausschließlich auf die Einwilligung zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten. Obgleich der in § 46 Nr. 2 BDSG definierte Begriff der (Daten-)Verarbeitung weit auszulegen ist¹⁰ und mit strafrechtlichen Ermittlungshandlungen regelmäßig Datenverarbeitungen verbunden sind, dürfte die strafprozessuale Maßnahme selbst nicht ohne Weiteres mit der Datenverarbeitung gleichzusetzen sein. Vielmehr spricht bereits ein Blick in die Strafprozessordnung dafür, dass in rechtlicher Hinsicht zwischen dem jeweiligen „Realakt“, z.B. dem Durchsuchen einer Wohnung, und der die Maßnahme betreffenden Datenverarbeitung, z.B. der Dokumentation der Ermittlungsergebnisse, zu differenzieren ist. So unterscheidet beispielsweise § 161 Abs. 3 StPO ausdrücklich zwischen der strafprozessualen Maßnahme einerseits und der Verarbeitung der daraus erlangten Daten andererseits, was aus der Verwendung des Begriffs „auf Grund“ deutlich wird. Im Übrigen nimmt die Gesetzesbegründung zu § 500 StPO, soweit sie die Anwendbarkeit des § 51 BDSG im Bereich der Strafprozessordnung betrifft, ausdrücklich auf die Entwurfsfassung des § 161 Abs. 3 StPO Bezug¹¹, woraus zu schließen sein dürfte, dass der Entscheidung des Gesetzgebers ebenfalls eine solche Differenzierung zugrunde lag. Demgemäß ist der Bundesgerichtshof noch im September 2018 von der Möglichkeit einer strafprozessualen Durchsuchung legitimierenden Einwilligung des Betroffenen ausgegangen, ohne etwaige datenschutzrechtliche Vorgaben zu diskutieren¹². Zwar erging die maßgebliche Entscheidung noch vor Inkrafttreten des u.a. auf § 51 BDSG verweisenden § 500 StPO, es existierten indes bereits entsprechende landesgesetzliche Regelungen¹³. Des Weiteren hat der Bundesgerichtshof im November 2021 ausdrücklich bestimmt, dass einem Zeugen regelmäßig die Möglichkeit einer freiwilligen Herausgabe eines Beweismittels zur Abwendung von Durchsuchungsmaßnahmen i.S.d. § 103 StPO eingeräumt werden muss. Auch insoweit sind keinerlei Ausführungen hinsichtlich etwaiger datenschutzrechtlicher Belehrungs- und Informationspflichten, welche von den Ermittlungsbeamten zu beachten wären, erfolgt¹⁴.

Sofern man gleichwohl von einer Anwendbarkeit des § 51 BDSG auf strafprozessuale Maßnahmen ausgehen wollte, stellt sich die Frage nach den hieraus folgenden Konsequenzen. Zum einen wäre die Rechtmäßigkeit entsprechender Ermittlungshandlungen an den datenschutzrechtlichen Informations- und Belehrungserfordernissen zu messen, zum anderen ist fraglich, welche Anforderungen an die Ermächtigungsnorm zu stellen sind, auf deren Grundlage die strafprozessuale Maßnahme durchgeführt wird. So heißt es in § 51 Abs. 1 BDSG: „Soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten nach einer Rechtsvorschrift auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgen kann, muss der Verantwortliche die Einwilligung der betroffenen Person nachweisen können.“ Diesbezüglich wird zum Teil vertreten, die Formulierung „nach einer Rechtsvorschrift“ sei im Sinne eines (strengen) Gesetzesvorbehaltes zu verstehen. Dies habe zur Folge, dass eine strafprozessuale Ermittlungshandlung nur dann auf eine Einwilligung des Betroffenen gestützt werden könne, wenn die zugrundeliegende strafprozessuale Norm eine Einwilligung als Rechtsgrundlage vorsehe¹⁵, wie es etwa hinsichtlich der körperlichen Untersuchung des Beschuldigten i.S.d. § 81a StPO der Fall ist. Für die strafrechtliche Praxis hätte eine solche Auslegung des § 51 Abs. 1 BDSG erhebliche Bedeutung. So wären zahlreiche auf der Basis einer Einwilligung bzw. einer freiwilligen Mitwirkung des Betroffenen durchgeführte Maßnahmen mangels einer den vorbezeichneten Anforderungen entsprechenden Rechtsgrundlage als rechtswidrig zu bewerten. Dies gilt insbesondere für einwilligungsbasierte Durchsuchungsmaßnahmen, da den Regelungen der §§ 102 ff. StPO gerade keine Angaben zu der Möglichkeit einer Einwilligung als Legitimationsgrundlage zu entnehmen sind. Die Interpretation des § 51 Abs. 1 BDSG im Sinne eines (strengen) Gesetzesvorbehaltes, welche dem Grundsatz der freien Disponibilität der Grundrechte¹⁶ zuwiderläuft, vermag indes nicht zu überzeugen. Die Formulierung „nach einer Rechtsvorschrift“ dürfte vielmehr lediglich der Klarstellung dienen, dass § 51 BDSG nicht selbst Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung sein kann, sondern allein das „Wie“ einer datenschutzrechtlichen Einwilligung ausgestaltet. Hierfür spricht der in der Gesetzesbegründung zu § 51 BDSG¹⁷ erfolgte Verweis auf Art. 7 DSGVO. Jene Vorschrift regelt die Bedingungen einer Einwilligung für den Anwendungsbereich der DSGVO. Die Möglichkeit einer einwilligungslegitimierten Datenverarbeitung – und damit das „Ob“ einer Einwilligung – ist hingegen in Art. 6 DSGVO normiert, auf welchen die Gesetzesbegründung zu § 51 BDSG aber gerade nicht Bezug nimmt. Dass eine Auslegung des § 51 BDSG im Sinne eines (strengen) Gesetzesvorbehaltes nicht der gesetzgeberischen Intention entsprechen dürfte, wird auch aus den Folgen deutlich, die mit einer entsprechenden Interpretation verbunden wären. So ginge mit der Annahme eines Gesetzesvorbehaltes ein Ausschluss milderer Maßnahmen im Rahmen der strafrechtlichen

Sachverhaltsaufklärung einher. Zur Feststellung einer etwaigen (im Folgenden ggf. zu verifizierenden) Alkoholisierung müsste beispielsweise stets eine Blutprobenentnahme i.S.d. § 81a StPO erfolgen. Auf die weniger eingriffsintensive Atemalkoholmessung könnte nicht zurückgegriffen werden, da es insoweit an einer Ermächtigungsnorm fehlt, welche die Möglichkeit einer einwilligungsgestützten Durchführung vorsieht. Dem Beschuldigten würde zudem die Möglichkeit einer unmittelbaren Selbstentlastung sowie einer – ggf. im Rahmen der späteren Strafzumessung zu berücksichtigenden¹⁸ – Kooperation abgeschnitten. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit den die datenschutzrechtliche Einwilligung betreffenden Vorgaben eine solche Mehrbelastung des von einer Ermittlungsmaßnahme Betroffenen beabsichtigt haben könnte, sind den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen.

Gegen die Annahme eines aus § 51 BDSG erwachsenden Gesetzesvorbehalts spricht im Übrigen § 161 Abs. 3 StPO, welcher die Voraussetzungen einer Verwendung außerstrafprozessual erlangter Daten im Falle einer fehlenden Einwilligung des Betroffenen normiert. Dass der Gesetzgeber – was jener Vorschrift unzweifelhaft zu entnehmen ist – von der grundsätzlichen Möglichkeit einer Einwilligung zu einer Verwendung außerstrafprozessual erhobener Daten ausgegangen ist, ohne aber gleichzeitig eine solche Möglichkeit für innerhalb des jeweiligen Ermittlungsverfahrens bestehende Erkenntnisquellen anerkennen zu wollen, würde zu einem nicht erklärbaren Wertungswiderspruch führen. Entsprechendes gilt für die § 479 Abs. 2 StPO zu entnehmende Möglichkeit, in verfahrensübergreifende Datenverarbeitungen einzuwilligen.

3 Verwertbarkeit erlangter Beweismittel

Zwar sprechen überzeugende Argumente für die weiterhin geltende Wirksamkeit einer Einwilligung in strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, jedoch soll für die „polizeiliche Praxis“ ebenfalls dargestellt werden, welche Konsequenzen sich aus der gegenteiligen Ansicht ergeben könnten. Insofern würde wegen Verstoßes gegen § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG ein sog.

Beweiserhebungsverbot vorliegen¹⁹. Dem Strafverfahrensrecht lässt sich aber kein allgemein geltender Grundsatz entnehmen, wonach jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht. Ob ein solches eingreift, ist vielmehr jeweils nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes, unter Abwägung der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Maßgeblich beeinflusst wird das Ergebnis der Abwägung einerseits durch das Ausmaß des staatlichen Aufklärungsinteresses, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Andererseits ist das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes von Belang, das sich vor allem danach bemisst, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde²⁰. Dabei muss beachtet werden, dass die Annahme eines Verwertungsverbots, auch wenn die Strafprozessordnung nicht auf Wahrheitserforschung um jeden Preis gerichtet ist, eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt. So hat das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle relevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken. Daran gemessen bedeutet ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme, die nur nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist²¹. Dies kommt etwa in Betracht bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, bei denen die grundrechtlichen Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden²². Zur Frage der Anwendbarkeit des § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG auf die Einwilligung in strafprozessuale Maßnahmen ist bisher keine höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen. Hingegen liegt, wie bereits aufgezeigt, eine umfangreiche Judikatur vor, welche die Wirksamkeit einer Einwilligung grundsätzlich nicht von einer etwaigen Belehrung abhängig macht. Insofern dürften ermittelnde Polizeibeamte, die nicht von einer solchen Belehrungspflicht ausgehen, keinesfalls willkürlich handeln²³. Bei einem nicht willkürlichen Verfahrensverstoß der Ermittlungsbeamten ist es im Übrigen nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung zur Einschränkung der Annahme von Beweisverwertungsverboten möglich, dem Verfahrensgeschehen einen hypothetischen rechtmäßigen Ermittlungsverlauf zugrunde zu legen²⁴. Des Weiteren dient § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG auch nicht der Wahrung der zentralen Verfahrensrechte des Betroffenen. Vielmehr wird dieser etwa vor einer ungewollten Selbstbelastung bereits umfassend durch § 163 Abs. 3 S. 2 StPO i.V.m. § 55 StPO bzw. § 163a Abs. 4 StPO i.V.m. § 136 StPO geschützt. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze liegt bei einem potentiellen Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot i.S.d. § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG ein Beweisverwertungsverbot fern²⁵.

4 Resümee

Wer Einfaches schwierig machen möchte, muss derzeit leider lediglich fragen: „Und was ist mit Datenschutz?“. Doch bezüglich der Einwilligung in strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen kann dieser Grundsatz glücklicherweise keine Geltung beanspruchen. Denn wie ausführlich erläutert, folgt aus § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG weder eine Einschränkung der Möglichkeit einer solchen Einwilligung noch wird hierdurch eine datenschutzrechtliche Informations- und Belehrungspflicht konstituiert. Doch selbst wenn die Anwendbarkeit des § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG auf derartige Einwilligungen bejaht werden sollte, folgt

aus einem etwaigen Verstoß kein Verwertungsverbot bezüglich der erlangten Beweismittel. Die ermittelnden Polizeibeamten sowie die zuständigen Staatsanwälte können daher etwaigen Beanstandungen seitens Strafverteidigern gelassen entgegensehen. Darüber hinaus bleiben allen Beteiligten im Rahmen der Ermittlungstätigkeit drohende skurrile Situationen erspart. Etwa zwei Polizeibeamte, die sich trotz mehrfacher Aufforderung des Tatverdächtigen, dessen Wohnung bezüglich etwaiger Tatmittel in Augenschein zu nehmen, weigern, diese zu betreten, da sie drohende Verfahrensfehler und etwaige disziplinarrechtliche Konsequenzen fürchten. Dies könnte auch dem „Bürger von der Straße“ kaum vermittelt werden. Es bleibt daher festzuhalten, dass die Wirksamkeit von Einwilligungen in strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen von § 500 StPO i.V.m. § 51 BDSG nicht beeinträchtigt wird. Insofern kann die Antwort ermittelnder Polizeibeamter auf die Bitte „Kommen Sie doch rein!“ auch zukünftig „Gern!“ lauten.

Anmerkungen

1. Mirja Straßburger und Dr. Sören Pansa sind bei der Generalstaatsanwaltschaft Schleswig-Holstein tätig. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Verfasser wieder.
2. Vgl. statt vieler BVerfG, Beschluss vom 21. Oktober 2003 - 2 BvR 1500/03 -, zitiert nach juris.
3. Vgl. etwa OLG Köln, Urteil vom 27. Oktober 2009 - 81 Ss 65/09 -, StV 2010, 14.
4. BGH, Urteil vom 9. Juli 1987 - 4 StR 223/87 -, BGHSt 34, 397.
5. Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 23. März 2007 - 3 - 4/07 (REV) -, StV 2008, 12.
6. BGBl. I 2019, 1724ff.
7. Vgl. z.B. El-Ghazi in ZIS 2019, 110ff.; Singelstein in NStZ 2020, 639, 640f.; Schwichtenberg in K&R 2021, 243, 247; Stemmer/Wolf in BeckOK Datenschutzrecht, 39. Auflage 2021, § 51 Rn. 13; Schwichtenberg in Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 3. Auflage 2020, § 51 Rn. 11; a.A.: Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Auflage 2022, § 161 Rn. 1a.
8. LG Berlin, Beschluss vom 27. April 2020 - 504 Qs 7/20 -; LG Kiel, Beschluss vom 19. August 2021 - 10 Qs 43/21 -, StraFo 2022, 30f.
9. Vgl. BT-Drs. 19/4671 S. 71.
10. Vgl. hierzu z. B. Schulz in Gola/Heckmann, BDSG, 13. Auflage 2019, § 46 Rn. 26f.
11. Vgl. BT-Drs. 19/4671 S. 44.
12. BGH, Urteil vom 27. September 2018 - 4 StR 135/18 -, NStZ-RR 2019, 26f.
13. Bzgl. der bezeichneten Entscheidung wäre potentiell § 38 DSGVO NRW v. 17. Mai 2018 anwendbar gewesen.
14. BGH, Beschluss vom 18. November 2021 - StB 6/21, StB 7/21 -, NStZ 2022, 306, 308.
15. Singelstein in NStZ 2020, 639, 640f.; Schwichtenberg in K&R 2021, 243, 247; El-Ghazi in ZIS 2019, 110, 117f.; Stemmer/Wolf in BeckOK Datenschutzrecht, 39. Auflage 2021, § 51 Rn. 13; Schwichtenberg in Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, 3. Auflage 2020, § 51 Rn. 6a, 11; a. A.: LG Berlin, Beschluss vom 27. April 2020 - 504 Qs 7/20 -; LG Kiel, Beschluss vom 19. August 2021 - 10 Qs 43/21 -, StraFo 2022, 30f.; Hegmann in BeckOK StPO, 42. Auflage 2022, § 105 Rn. 2; Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Auflage 2022, § 105 Rn. 1 und § 161 Rn. 1a.
16. Vgl. hierzu z. B. Sachs, Grundgesetz, 9. Auflage 2021, Vorb. zu Abschnitt I Rn. 57 m. w. N.; Schmidt in Erfurter Kommentar, 22. Auflage 2022, Einl. Rn. 60; Fischinger in JuS 2007, 808, 810.
17. Vgl. BT-Drs. 18/11325 S. 112.
18. Vgl. hierzu z. B. Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Auflage 2017, Teil 5. Rn. 1058 m.w.N.
19. Vgl. zu dem Begriff des Beweiserhebungsverbotes: Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 336ff.
20. Vgl. statt vieler BGH, Urteil vom 20. Oktober 2021 - 6 StR 319/21 -, NStZ 2022, 188.
21. BGH, Urteil vom 18. April 2007 - 5 StR 546/06 -, BGHSt 51, 285.
22. BGH, Beschluss vom 21. April 2016 - 2 StR 394/15 -, StV 2016, 539.
23. So auch BGH, Urteil vom 3. Mai 2018 - 3 StR 390/17 -, NStZ 2019, 227 zu einer sog. qualifizierten Belehrung.
24. BGH, Urteil vom 17. Februar 2016 - 2 StR 25/15 -, NStZ 2016, 551.
25. So auch zur Verwertbarkeit eines gegen Datenschutzrecht verstoßenden Privatvideos, welches den

Ermittlungsbeamten zur Verfügung gestellt worden ist: BGH, Beschluss vom 18. August 2021 - 5 StR 217/21 -, ZD 2021, 637; OLG Stuttgart, Beschluss vom 4. Mai 2016 - 4 Ss 543/15 -, NJW 2016, 2280; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Beschluss vom 27. Juni 2017 - 1 Rev 12/17 -, NStZ 2017, 726.

© Verlag Deutsche Polizeiliteratur