Kapitel E. Zugriff auf Kontodaten durch Sicherheitsbehörden

Im vorherigen Kapitel wurde dargestellt, welche Personen und Institutionen Kontodaten speichern und auf welcher Rechtsgrundlage dies jeweils erfolgt.

Zuvor wurde aufgezeigt, dass die bislang von der Rechtsprechung behandelten Überwachungsregimes, insbesondere die Vorratsdatenspeicherungen von TK-Verkehrsdaten, stets Daten betrafen, die sonst nicht in dieser Form bevorratet würden. Bedenklich an der Vorratsdatenspeicherung ist nicht, dass ein retrograder Zugriff auf die entsprechenden Daten ermöglicht wird, sondern, dass der Staat a priori von der etwaigen Notwendigkeit dieser Daten für Sicherheitszwecke ausgeht und deswegen die Kontrolle über das spätere Vorliegen sicherheitsrechtlich regelt (Kap. B. III. 2. a. aa.). Denn gewöhnlicherweise unterliegen Speicherungspflichten nur dem Wirtschaftsrecht und sind für die Sicherheitsbehörden gewissermaßen nur zufällig verwendbar. Bei der Vorratsdatenspeicherung gewährleistet das Sicherheitsrecht das Vorhandensein der Daten selbst.

Die Speicherung von Finanzdaten unterscheidet sich von den bisher von der Rechtsprechung behandelten Vorratsdatenspeicherungsregimen. Gerade für Kontoauszüge bestehen Aufbewahrungspflichten nicht nur im Sicherheits-, sondern auch im Wirtschafts- und Steuerrecht (s. Kap. D. II.).

Eine Verwendung der Finanzdaten kommt daher auch ohne spezifisches Überwachungsregime in Betracht. Es liegt die Vermutung nahe, dass die relativ geringe Aufmerksamkeit der geldwäscherechtlichen Überwachung damit zusammenhängt.

Um zu verstehen, weshalb die geldwäscherechtliche Überwachung überhaupt und auch hinsichtlich der Aufbewahrungs- und Zugriffsprobleme eine grundrechtliche Herausforderung darstellt, soll der allgemein sicherheitsrechtliche Zugriff auf diese Daten im Folgenden beschrieben werden.

Für die Übertragung bestehender Rechtsprechung zu Überwachungsmaßnahmen auf die Vorschriften des Geldwäscherechts ist dies nicht unmittelbar relevant. Die Darstellung dient mehr der Übersicht über die bisherige Rolle von Finanzdaten im Sicherheitsrecht und soll insofern darauf aufmerksam machen, dass spezifische Überwachungsregime auch bei solchen Daten noch grundrechtssensibel sein können, die nicht erst

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aufgrund dieser Regime, sondern seit jeher im Rahmen der *klassischen* Sicherheitsgewährleistung eine Rolle spielen.

I. Offene Ermittlung von Kontodaten

Im ersten Kapitel wurde festgestellt, dass es der Kritik an der Vorratsdatenspeicherung im Kern darum geht, dass formelle Ermittlungsmaßnahmen umgangen werden. Der Bürger soll ganz konkret vor der Situation geschützt werden, dass eine Sicherheitsbehörde ihn überwacht, ohne dass dies in irgendeiner Weise nach außen hin sichtbar wird. Heimliche oder gar automatisierte Zugriffe wirken daher besonders schwer.[1026]

Um darzustellen, inwiefern durch gesetzliche Ermächtigungen zum heimlichen Abfragen von Kontodaten formelle bzw. „offene" Ermittlungsmaßnahmen umgangen werden, sollen diese übersichtlich erläutert werden. Da sich die Rechtsgrundlagen im Rahmen der offenen Ermittlungsmaßnahmen nicht nach der Art der Daten (Inhalts- oder Bestandsdaten) unterscheiden, kann an dieser Stelle auf eine diesbezügliche Differenzierung verzichtet werden.

1. Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen

Im Strafprozess gilt hinsichtlich der Schuld- und Tatfrage das Strengbeweisverfahren.[1027] Soweit Daten in die Ermittlungen einbezogen werden sollen, müssen diese also auf Datenträgern im weitesten Sinne vorgelegt werden. Für Kontoumsätze oder Kontostammdaten werden sich grundsätzlich Urkunden anbieten, indem entsprechende Kopien in das Verfahren eingeführt werden. Denkbar wären gerade bei größeren Datenmengen aber auch digitale Datenträger im Wege der Inaugenscheinnahme.[1028] Eine solche Inaugenscheinnahme von *Urkunden* ist aber nur möglich, wenn es nicht auf den

1026 BVerfGE 130, 151 (196) – IP-Adressen; hierzu *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 178: Eingriffe bei Dritten sind „ambivalent".

1027 Siehe nur *B. Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, StPO § 244 Rn. 6; *Kudlich* in MüKo StPO, Einl. Rn. 411.

1028 allg. *Trüg/Habetha* in MüKo StPO, § 244 Rn. 39; *Günther* in MüKo StPO, § 100a Rn. 161.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Inhalt der Urkunde ankommt.[1029] Können die Kontodaten also verschriftlicht werden, auch wenn sie ausschließlich digital vorhanden sind, § 249 Abs.1 S. 2 StPO, ist somit der Urkundenbeweis vorrangig.[1030] Kontoauszüge müssen daher wohl zwangsläufig im Wege des Urkundenbeweis nach § 249 StPO in das Verfahren eingeführt werden.[1031]

Im Strafverfahren stehen sich die Ermittlung der Wahrheit und die informationelle Selbstbestimmung der jeweiligen Beschuldigten in klassischer Weise gegenüber.[1032] Ermittlungen im Strafverfahren sind gerade dazu da, personenbezogene Informationen zu erhalten und tangieren somit zwangsweise die Privatheitsrechte der Betroffenen. Die strafprozessualen Maßnahmen können deshalb immer auch im Lichte der informationellen Selbstbestimmung erblickt werden. Daraus folgt zunächst, dass für sämtliche Ermittlungsmaßnahmen, die in dieses Recht eingreifen, eine Ermächtigungsgrundlage existieren muss.[1033]

Für die Ermittlung von Daten bei Privaten kommt im Strafprozessrecht lediglich § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO als Generalklausel in Betracht.[1034] Dieser gestattet der Staatsanwaltschaft sowie der Polizei, *„Ermittlungen jeder Art"* vorzunehmen, *„soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln"*. Ein Recht, „Auskunft zu verlangen", steht den Ermittlungspersonen gem. § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 1 StPO dagegen nur gegenüber *Behörden* zu.

Soweit es sich bei Banken um Behörden i. S. d. § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 1StPO handelt, ist also ein Auskunftsersuchen schon nach dem unmittelbaren Gesetzeswortlaut möglich. Unter den Begriff fallen alle Dienststellen des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstigen Gebietskörperschaften sowie öffentlich-rechtliche Körperschaften.[1035] Die vorherrschende Ansicht bezieht daher auch öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in den

1029 Vgl. BGH, NJW 2011, 3733 (3733); *B. Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 249 Rn. 7 mwN.

1030 *Trüg,* StV 2016, 343 (344); *Eisenberg,* Beweisrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 2023 *B. Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 249 Rn. 13.

1031 BGH, NJW 2011, 3733 (3733) Rn. 7; BGH Beschl. v. 06.05.1998, Az.: 1 StR 174/98.

1032 *Riepl,* Informationelle Selbstbestimmung, 1998, S. 11 ff., 172; *Singelnstein* in Barton/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), Ermittlungsverfahren, 2015, S. 251 (253).

1033 *Frister* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. F Rn. 115 ff.

1034 BVerfG, NJW 2009, 1405 (1407) Rn. 26; *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 1a.

1035 *Sackreuther* in BeckOK StPO, § 161 Rn. 5; *Kölbel* in MüKo StPO, § 161 Rn. 24.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Adressatenkreis des Auskunftsverlangen mit ein.[1036] Das wird, aufgrund deren hohen Marktanteils, vor allem bei den nach § 40 KWG i. V. m. Landesgesetzen öffentlich-rechtlich organisierten[1037] Sparkassen relevant.[1038]

Manche Autoren wollen hier allerdings differenzieren. Soweit die öffentlich-rechtlichen Banken privatrechtlich bzw. -wirtschaftlich agieren, etwa im alltäglichen Kundengeschäft, sollen sie wie privatrechtlich organisierte Institute behandelt werden und folglich nicht dem Auskunftsrecht nach § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 1StPO unterliegen (dazu gleich unten).[1039]

Jedenfalls aber folgt Arg. e. § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 StPO, dass gegenüber privaten Dritten kein Auskunftsrecht besteht. Die Ermittlungspersonen können bei diesen zwar um Informationen ersuchen, diese sind aber, anders als Behörden[1040], grundsätzlich nicht zur Antwort verpflichtet. Es handelt sich lediglich um eine formlose, schriftliche Zeugenvernehmung.[1041]

Dass die StPO keine allgemeinen Datenerhebungsklausel[1042] gegenüber Privaten enthält, überrascht, da private Akteure im 21. Jahrhundert den Staat als größten Datensammler abgelöst haben dürften.[1043] Durch die Datenspuren, die jeder Teilnehmer der Kommunikationsgesellschaft im Austausch mit anderen Privaten hinterlässt, entsteht ein gigantisches Potential für die Strafverfolgung.[1044] Diesem Umstand wird durch die StPO, die kein spezielles Regelungsregime für allgemeine Informationsanfragen an Private enthält, nicht ausreichend Rechnung getragen.[1045] Nur im Bereich der Telekommunikationsdaten wurden spezifische Normen für Auskunftsersuche

1036 *Weingarten* in KK-StPO, § 161 Rn. 8; *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 4; *Kretschmer*, wistra 2009, 181 (181).

1037 Dazu *R. Fischer/C. Müller* in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, 5. Aufl. 2016, § 40 KWG Rn. 6; vgl. auch § 1 SpG BW.

1038 Vgl. *Kahler,* Kundendaten, 2017, S. 41.

1039 *Erb* in Löwe/Rosenberg StPO, § 161 Rn. 40; *Kahler,* Kundendaten, 2017, 41 f. *Reichling*, JR 2011, 12 (15); *Bär,* Computerdaten, 1992, 448 f.; ausf. *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 347, 252 ff; 263 ff.

1040 BVerfGE 141, 220 (337) – BKA-Gesetz; zu den Grenzen siehe etwa *Kölbel* in MüKo StPO, § 161 Rn. 30 ff.

1041 LG Hof, NJW 1968, 65 (65); *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 2; *Weingarten* in KK-StPO, § 161 Rn. 8; *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 46 f.; 227 f.; 445; *Reichling*, JR 2011, 12 (15); vgl. auch LG Frankfurt aM, NJW 1954, 688 (689), das jedoch eine Auskunftsverweigerung als unzulässig erachtete.

1042 Aus dem Polizeirecht etwa § 43 Abs. 1 LPolG BW.

1043 *Bung*, ZStW 2014, 536 (547).

1044 *Masing*, NJW 2012, 2305 (2309).

1045 Vgl. *Kölbel* in MüKo StPO, § 161 Rn. 26; *Kahler,* Kundendaten, 2017, S. 131; *Singelnstein*, NStZ 2012, 593 (603 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

geschaffen, vgl. §§ 100 g, j StPO, die mit entsprechenden Speicherfristen im TKG korrelieren („Doppeltürenprinzip").[1046]

Mangels einer eigenständigen Regelung müssen die Strafverfolgungsbehörden also auf die tradierten Ermittlungsmaßnahmen der StPO zurückgreifen, um an Kontoinformationen zu gelangen.

a. Förmliche Zeugenvernehmung

Möglich wäre etwa eine förmliche Zeugenvernehmung nach § 161a Abs. 1 StPO. Danach kann die Staatsanwaltschaft Zeugen laden und (mündlich) vernehmen. Eine solche Vernehmung kann auch mit Zwang durchgesetzt werden, § 161a Abs. 2 StPO. Voraussetzung für eine Zeugenvernehmung ist in materieller Hinsicht ein Anfangsverdacht i. S. d. § 152 Abs. 2 StPO.[1047] Soll die Zeugenvernehmung durch die Polizei als Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft erfolgen, richtet sich das Recht zur Ladung und die Aussagepflicht nach § 163 Abs. 3 StPO.

Nach ganz allgemeiner Auffassung können sich Kreditinstitute bzw. deren Mitarbeiter, die im Rahmen strafrechtlicher Ermittlungen als Zeuge geladen wurden, nicht auf ein „Bankgeheimnis" berufen.[1048] Soweit ein solches in der Bundesrepublik überhaupt besteht,[1049] ergibt sich daraus kein allgemeines Zeugnisverweigerungsrecht.[1050] Die Zeugnisverweigerungsrechte sind in den §§ 52 ff. StPO geregelt und gelten sowohl für das gerichtliche Verfahren als auch für das Ermittlungsverfahren, gem. den §§ 161 Abs. 1 S. 2, 163 Abs. 3 S. 2 StPO.

§ 52 StPO betrifft Familienangehörige und ist somit nur ausnahmsweise relevant. Die §§ 53, 53a StPO regeln die Auskunftsverweigerungsrechte der Berufsgeheimnisträger. Kredit-, Finanz- oder Zahlungsinstitute sind hier nicht genannt. Eine analoge Anwendung scheidet nach der Rechtsprechung aus.[1051]

1046 dazu BVerfGE 130, 151 (184) – Bestandsdatenauskunft I; E 155, 119 (167, 209 f.) – Bestandsdatenauskunft II.

1047 Vgl. *Frister* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. F. Rn. 29; *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 72 ff.

1048 Siehe nur *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 4; *Erb* in Löwe/Rosenberg StPO, § 161 Rn. 39 jeweils mwN.

1049 Hierzu *Tolani*, BKR 2007, 275; *Kahler,* Kundendaten, 2017, 42 ff.

1050 Ausf. *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 229 ff.

1051 LG Frankfurt a. M., NJW 1954, 688 (690); LG Hamburg, NJW 1978, 958.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Nach § 55 StPO besteht aber ein Zeugnisverweigerungsrecht, wenn sich der Zeuge mit der Aussage selbst belasten würde. Dies kann in Ausnahmefällen, wenn der geladene Mitarbeiter an der entsprechenden Tat mitgewirkt hat, relevant werden.

Für die öffentlich-rechtlichen Institute könnte sodann noch § 54 Abs .1 StPO zu beachten sein, wenn man der Auffassung folgt, dass diese nicht schon als Behörden nach § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 1 StPO auskunftspflichtig sind und deren Mitarbeiter deshalb eventuell mit einer persönlichen Zeugenladung rechnen müssen.[1052] Danach könnten für ihre Mitarbeiter die Notwendigkeit einer Aussagegenehmigung durch ihre Vorgesetzten bestehen. Eine solche ist nach den einschlägigen Vorschriften aber grundsätzlich zu erteilen, wenn mit ihr nicht erhebliche Nachteile für Bund oder Land einhergehen, §§ 68 BBG, 37 Abs. 4 S.1 BeamtStG.[1053] Insofern dürfte die Geltung des § 54 Abs. 1 StPO praktisch kaum zu einer Vereitelung der Befragung führen.[1054]

Die Vernehmung von Mitarbeitern der (auch öffentlich-rechtlichen) Kreditinstitute ist also prinzipiell und in vollem Umfang möglich. Fraglich ist nur, ob sie auch praktikabel ist. Einzelne Mitarbeiter werden wohl kaum Kenntnisse über die Kontoinhaltsdaten eines bestimmten Kunden besitzen.[1055] Ein Zeuge muss sich auf die Vernehmung vorbereiten und dazu eventuell auch mithilfe der verfügbaren Unterlagen sein Gedächtnis auffrischen.[1056] Gem. § 64 Abs. 2 RiStBV soll der Zeuge sogar aufgefordert werden, bedeutende Schriftstücke oder andere Beweismittel bei der Vernehmung vorzulegen. Zur aktiven Nachforschung[1057] oder Herausgabe von Beweismitteln, etwa Umsatzlisten bzw. Kontoauszüge, sind sie im Rahmen der Vernehmung bzw. auf Grundlage des § 161a Abs. 1 StPO aber nicht

1052 gegen eine Anwendung des § 54 Abs. 1 StPO: *Reichling*, JR 2011, 12 (15); *B. Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 54 Rn. 10 jeweils mit Verweis auf *Rogall* in SK-StPO, § 54 Rn. 25.; aA. etwa *Lilie*, NStZ 1981, 438 (440).

1053 Nach *B. Schmitt* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 54 Rn. 9 gelten diese auch für die Versagung der Aussagegenehmigung gegenüber Angestellten.

1054 So *C. Hirsch,* Kreditinstitute, 1991, S. 47 ff.; hierauf verweisend *Reichling*, JR 2011, 12 (15).

1055 *Reichling*, JR 2011, 12 (15).

1056 LG Bonn, BKR 2003, 914 (915); *Maier* in MüKo StPO, § 69 Rn. 15 mit Verweis auf BGHSt 1, 4 (5, 8).

1057 *Beckhusen/Mertens* in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. I, 3. Auflage 2017, § 8 Rn. 34; *Krehl*, NStZ 1991, 416 (416).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

verpflichtet.[1058] Das Mitbringen von Akten oder Unterlagen ist also nicht obligatorisch[1059] und kann auch nicht erzwungen werden. Gerade auf diese Dokumente bzw. deren Inhalte wird es den Ermittlern bei der Vernehmung von Bankmitarbeitern aber ankommen.

b. Beschlagnahme und Herausgabeverlangen

Eine bessere Möglichkeit zum Erlangen von Kontodaten könnte daher die Ingewahrsamnahme nach § 94 Abs. 1 StPO bzw. bei Weigerung der Gewahrsam haltenden Person, die Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO darstellen.[1060] Zwar bezieht sich diese nach ihrem Wortlaut nur auf *Gegenstände,* hierunter fallen aber nach allgemeiner Auffassung auch Daten bzw. digital gespeicherte Informationen.[1061] Kontoauszüge können also in Papier oder digital beschlagnahmt werden.

Bei den digital gespeicherten Informationen werden jedoch, da diese im Voraus oft nicht bestimmt werden können, zunächst die Datenträger beschlagnahmt, häufig im Rahmen von Durchsuchungen.[1062] Die Durchsicht der Medien richtet sich sodann nach § 110 Abs. 3 StPO. [1063] Werden beim Auslesen der Datenträger beweiserhebliche Daten gefunden, können diese dann wiederum selbstständig beschlagnahmt werden,[1064] etwa durch die Anfertigung von Kopien bei der Polizei oder der Staatsanwaltschaft.[1065] Bei einer Durchsuchung kann es unter Umständen aber auch möglich sein, noch vor Ort vollständige Kopien anzufertigen. Da diese Möglichkeit ein milderes Mittel darstellt, ist sie unter Verhältnismäßigkeitsaspekten vorzu-

1058 LG Bonn, BKR 2003, 914 (915); *Erb* in Löwe/Rosenberg StPO, § 161a Rn. 9; aA. wohl *Lilie*, NStZ 1981, 438 (440) mit Verweis auf § 64 Abs. 2 RiStBV.

1059 *Krepold* in Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Hdb., 5. Auflage 2017, § 39 Rn. 225.

1060 *Reichling*, JR 2011, 12 (13).

1061 BVerfGE 113, 29 (50 ff.); E 124, 43 (54 ff.); *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 94 Rn. 4, 13; aA. *Radtke*, FS Meyer-Goßner, 2001, S. 321 (327 f.).

1062 Vgl. *Bell,* Beschlagnahme, 2016, S. 11 ff.; *Radtke*, FS Meyer-Goßner, 2001 (321).

1063 BVerfG, NJW 2018, 3571 (3572 Rn. 25); *Park,* Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 823 ff.

1064 Vgl. BVerfG, NJW 2007, 3343; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2019, 901 (902 Rn. 21); VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 06. Mai 2009 - 14 I 11/09; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 22.12.2017 - 18 Qs 49/17; für eine „unselbstständige" Beschlagnahme: *Bell,* Beschlagnahme, 2016, S. 15

1065 BVerfG, NJW 2003, 2669 (2670); *Bruns* in KK-StPO, § 110 Rn. 9; *Bär,* EDV-Beweissicherung, 2007, Rn. 415 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ziehen.[1066] Die Beschlagnahme wird hierdurch auf die Daten reduziert, da die Datenträger am Ort belassen werden können. Dies wird vor allem dann relevant werden, wenn die gesuchten Kontounterlagen nur noch digital, eventuell sogar nur auf ausgelagerten (Cloud-)Servern, verfügbar sind. Die zwangsläufig mitbeschlagnahmten, aber beweisunerheblichen Daten sind dann unverzüglich nach der Durchsicht zu löschen.[1067]

In der Praxis spielen Bankdurchsuchungen und Beschlagnahmen allerdings offenbar keine große Rolle mehr.[1068] Oft erweisen sich Durchsuchungen und Beschlagnahmen, wenn es vorwiegend um Daten geht, aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Hürden, etwa Datenschlüsseln, als schwierig.[1069] Überhaupt aber sind die Maßnahmen nur sinnvoll, wenn von vorneherein feststeht, dass sich das betroffene Institut sicher im Besitz der gewünschten Unterlagen befindet.[1070]

Dann aber wird meist ohnehin das Herausgabeverlangen praktikabel sein.[1071] Nach § 95 StPO sind *Gegenstände der vorbezeichneten Art* vom Gewahrsamsinhaber *vorzulegen und auszuliefern*. Die Gegenstände der vorbezeichneten Art sind die in § 94 Abs. 1, 2 StPO aufgeführten.[1072] Allerdings ist der Anwendungsbereich des § 95 StPO nach allgemeiner Auffassung auf Nichtbeschuldigte begrenzt.[1073] § 95 StPO ist also in strengem Zusammenhang mit der Beschlagnahme zu lesen, steht aber nach vorherrschender Ansicht eigenständig neben dieser.[1074]

Immer, wenn eine Beschlagnahme in Betracht kommt, ist demnach auch ein Herausgabeverlangen möglich.[1075] Der einzige Unterschied besteht in der Durchführung. Bei der Beschlagnahme eignen sich die Ermittlungsbehörden eigenständig den Gewahrsam an. Beim Herausgabeverlangen, das

1066 BVerfGE 113, 29 (53 f.); *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 94 Rn. 18a; *Bell,* Beschlagnahme, 2016, S. 99 ff.; *Michalke*, NJW 2008, 1490 (1493).
1067 *Bär,* EDV-Beweissicherung, 2007, Rn. 425.
1068 *Reichling,* JR 2011, 12 (14).
1069 *Sieber,* Gutachten C DJ 69, 2012, S. 114 ff.; 119.
1070 Vgl. *Beckhusen/Mertens* in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. I, 3. Auflage 2017, § 8 Rn. 39.
1071 *Reichling,* JR 2011, 12 (14) *Park,* Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 442; krit. Zu § 95 als Rechtsgrundlage *Sieber,* Gutachten C DJ 69, 2012, S. 115.
1072 Siehe nur *Greven* in KK-StPO, § 95 Rn. 1.
1073 *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 95 Rn. 5; *Hauschild* in MüKo StPO, § 95 Rn. 12.
1074 LG Halle, NStZ 2001, 276; LG Lübeck, NJW 2000, 3148 (3149); zum Verhältnis zu § 94 StPO: *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, 135 ff.
1075 *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 95 Rn. 1; *Gerhold* in BeckOK StPO, § 95 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach § 95 Abs. 2 StPO mit den in § 70 StPO bezeichneten Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, wird der Gewahrsam durch eine Handlung des bisherigen Inhabers eingeräumt, wenn auch nicht *freiwillig*.

Auch das Herausgabeverlangen stellt sich für die Praxis aber nicht als optimale Lösung dar. Zwar können die Ermittlungspersonen über § 24c Abs. 2 Nr. 3 KWG schnell und einfach herausfinden, bei welchen Instituten die verdächtige Person ein Konto führt, und dann beim entsprechenden Institut die Herausgabe der Unterlagen verlangen. Oftmals werden sich aber erst aus den Unterlagen die genauen Umstände ergeben. Vor deren Sichtung ist also nicht klar, welche Unterlagen überhaupt benötigt werden. Eine Anforderung (aller) „schriftlicher Kontounterlagen" bestimmter Konten in einem bestimmten Zeitraum soll aber aufgrund mangelnder Bestimmtheit unzulässig sein.[1076] Soweit also im Voraus nicht klar ist, welche spezifischen Unterlagen beschlagnahmt werden sollen, müsste zunächst umfangreich durchsucht und nach § 110 StPO durchsichtet werden. Die Verfahrenshindernisse für solch ein Vorgehen sind rechtlich und faktisch enorm.

c. Informelles Auskunftsersuchen und Abwendungsauskunft

In der Praxis hat sich daher das informelle Auskunftsersuchen etabliert.

aa. Allgemeine Ermittlungsklausel des § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO

Dieses kann nach gefestigter Auffassung auf § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO gestützt werden, der zu *Ermittlungen jeder Art* ermächtigt.[1077] Es handelt sich dabei letztlich um eine formlose, schriftliche Zeugenvernehmung.[1078] Anders als bei der förmlichen (mündlichen) Vernehmung nach

1076 OLG Koblenz, NStZ 2007, 285 (286).

1077 BVerfG, NJW 2009, 1405 (1407); LG Hof, NJW 1968, 65 (65); *Erb* in Löwe/Rosenberg StPO, § 161 Rn. 22; *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 4; *Kölbel* in MüKo StPO, § 161 Rn. 27; *Reichling*, JR 2011, 12 (16); *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 30 ff; 228; aA. *Singelnstein*, NStZ 2012, 593 (602 f.); krit. auch EGMR, Urt. v. 27.4.2017, 73607/13 – Sommer/Deutschland, Rn. 58 ff. = NJOZ 2019, 455; *Petri*, StV 2007, 266 wenn ein hausinterner Datenabgleich erfolgt (vgl. BVerfG, NJW 2009, 1405 (1407)).

1078 AG Halle., DuD 2007 (464 (467); LG Frankfurt aM, NJW 1954, 688 (689); *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 2; *Weingarten* in KK-StPO, § 161 Rn. 8; *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 30 ff., 228.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§ 161a Abs. 1 StPO, die an eine spezifische natürliche Person gerichtet sein muss[1079], kann das Auskunftsersuchen nach § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO unmittelbar an die Institute bzw. Firmen gerichtet werden. Es spielt dann keine Rolle, welche natürliche Person für das befragte Unternehmen auf die Anfrage antwortet.

§ 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO ist allerdings auf die Erteilung von Auskünften bzw. Informationen beschränkt. Da es sich um eine Generalklausel handelt[1080], sind die speziellen Ermittlungsmaßnahmen vorrangig zu beachten.[1081] § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO enthält deshalb den Vorbehalt „*soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln*". Werden in dem Ersuchen Unterlagen angefordert, dürfte es sich daher stets um ein Herausgabeverlangen i. S. d. § 95 StPO handeln. Die Ermittlungsgeneralklausel sollte bei Verlangen nach Kontoauszügen also eigentlich von den §§ 94 ff. StPO gesperrt werden.[1082]

Anders als das Herausgabeverlangen nach § 94 Abs. 2, § 95 Abs. 2 StPO, die förmliche Vernehmung nach § 161a Abs. 1, 2 StPO oder die Behördenauskunft nach § 161 Abs. 1 Hs. 1 S. 1 Alt. 1StPO, sieht die allgemeine Ermittlungsklausel keine *Pflicht* der Privaten zur Auskunftserteilung und folglich auch keine zwangsweise Durchsetzung vor.[1083] Damit die Auskunftsersuche nicht aus diesem Grund leerlaufen, werden sie in der Praxis mit der Androhung einer formalen Zeugenladung i. S. d. § 161a StPO oder einer Durchsuchung nach § 103 StPO verbunden.[1084] Die Institute bzw. deren Mitarbeiter werden damit vor die Wahl gestellt, entweder Informationen *freiwillig* zu erteilen oder formalen Ermittlungsmaßnahmen ausgesetzt zu werden. Die Auskünfte werden deshalb auch als *Abwendungsauskünfte*[1085] bezeichnet. Das geht so weit, dass die Staatsanwaltschaften im Voraus Durchsuchungsbeschlüsse beantragen und den Instituten dann die Möglichkeit geben

1079 Vgl. *Bader* in KK-StPO, vor § 48 Rn. 5.
1080 Ausf. *Hefendehl*, StV 2001, 700 (703 ff.).
1081 BVerfG, NJW 2009, 2876 (2877) Rn. 20; *Kölbel* in MüKo StPO, § 161 Rn. 7; *Hilger*, NStZ 2000, 561 (563 f.).
1082 *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 362 ff, 374, 445; *Singelnstein*, NStZ 2012, 593 (603); *ders.* in Barton/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), Ermittlungsverfahren, 2015, S. 251 (254 ff.); *Weingarten* in KK-StPO, § 161 Rn. 8; aA. BVerfG, NJW 2009, 1405 (s.u.)
1083 LG Hof, NJW 1968, 65 (65); *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 4 *Kahler,* Kundendaten, 2017, S. 42 *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 42 f.
1084 *Beckhusen/Mertens* in Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Bank- und Kapitalmarktrecht, Bd. I, 3. Auflage 2017, § 39 Rn. 40; *Reichling*, JR 2011, 12 (16).
1085 Ibid.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kann, die Durchführung durch Herausgabe der Informationen abzuwenden.[1086]

bb. Ermächtigung zur massenhaften Datenerhebung? Die „Operation Mikado"

Das Bundesverfassungsgericht hat die auf § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO gestützte Praxis in einem beachtenswerten Beschluss zur „Operation Mikado" gebilligt.[1087] Dem Beschluss lag folgender Sachverhalt zugrunde:[1088] Eine Staatsanwaltschaft hatte von einer Internetseite erfahren, die zahlungspflichtig kinderpornografisches Material anbot, und versuchte, die Namen der Kunden der Seite zu ermitteln, da diese im Verdacht standen, sich nach § 184b StGB strafbar gemacht zu haben. Die Ermittler kannten den Namen und die Merchant-ID des Unternehmens sowie die Bank, bei der die Zahlungen eingingen. Sie wussten auch um den Geldbetrag von 79,99 $, der für den Zugang zu der Seite zu bezahlen war.

Diese Informationen gab die Staatsanwaltschaft an verschiedene Banken und Kreditkartenanbieter weiter und forderte sie auf, ihre gesamten Datenbestände nach entsprechenden Zahlungsvorgängen zu durchsuchen. Andernfalls würden Mitarbeiter der Banken nach § 161a StPO als Zeugen geladen. Die angeschriebenen Banken durchsuchten daraufhin die Konten von etwa 22 Mio. Bürgern und landeten bei 322 Personen einen Treffer. Die Identität der entsprechenden Personen wurde an die Staatsanwaltschaft weitergeleitet.

Das AG Halle ging davon aus, dass die Anfrage durch die Staatsanwaltschaft von der Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StPO

1086 Vgl. *Oberste Finanzbehörden der Länder,* AStBV (St) 2019, 01. Dezember 2018, Nr. 146 Abs. 2, https://datenbank.nwb.de/Dokument/769703/, zuletzt aufgerufen am 12.01.2025; *Reichling*, JR 2011, 12 (16).

1087 BVerfG, NJW 2009, 1405

1088 AG Halle, DuD 2007, 464; Ausf. *DSB SA,* VIII. Tätigkeitsbericht, 2007, S. 122 ff.; *Kahler,* Kundendaten, 2017, 20 ff.; *Schnabel*, DuD 2007, 426 (426 f.).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gedeckt war.[1089] Insbesondere läge keine Rasterfahndung i. S. d. § 98a StPO vor.[1090] Das BVerfG hat diese Auffassung bestätigt.[1091]

Der Abgrenzung zur Rasterfahndung dürfte zuzustimmen sein. Der Sinn der Rasterfahndung liegt darin, dass sich die Ermittlungsbehörden verschiedene Datensätze aushändigen lassen, um diese zu vergleichen und eine Schnittmenge zu erstellen.[1092] Dabei ist meist im Voraus ein bestimmter Täter gesucht. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 98a Abs. 1 S. 1 StPO: *„auf den Täter vermutlich zutreffende Prüfungsmerkmale"*. Sucht die Staatsanwaltschaft etwa eine Person, von der sie weiß, dass sie einen schwarzen Mercedes fährt und in Berlin wohnt, lässt sie sich entsprechende Namenslisten beim Meldeamt und der KFZ-Zulassungsstelle aushändigen. Der Abgleich wird dann eine Liste möglicher Verdächtiger ergeben. Erhält sie weitere Informationen, kann die Staatsanwaltschaft diese nunmehr mit der schon engeren Liste abgleichen und so das Netz immer enger spinnen.[1093] Die Rasterfahndung ist also von vornherein darauf ausgelegt, dass in ihrem Verlauf auch Nichttreffer erzielt, werden[1094], die sich aus den Abgleichslisten ergeben – zunächst mehr, dann immer weniger. Wird lediglich ein einzelner Datenspeicher anhand bestimmter Merkmale nach einer Person oder Personengruppe durchsucht, liegt deshalb nach herrschender Auffassung keine Rasterfahndung vor.[1095]

Bei der Abfrage von Daten im Rahmen einer hausinternen Suche werden lediglich Treffer an die Staatsanwaltschaft herausgegeben. Alle Namen, die sie erhält, sind unmittelbar tatverdächtig. Nach Auffassung des BVerfG wird deshalb – anders als bei der Rasterfahndung[1096] – auch nur (unmittelbar) in die Grundrechte dieser Personen eingegriffen.[1097]

1089 AG Halle, DuD 2007, 464 (467).

1090 Idem, (467 f.); zust. *Kahler,* Kundendaten, 2017, S. 37 f.; *Petri*, StV 2007, 266, die aber eine Anwendung des § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO iE. ablehnen; aA. *Schnabel*, DuD 2007, 426 (427 f.): „mittelbare Rasterfahndung"; *Brodowski*, JR 2010, 543 (547 f.).

1091 BVerfG, NJW 2009, 1405 (1406 f.).

1092 BVerfGE 115, 320 (321) – Rasterfahndung; OLG Köln, NStZ-RR 2001, 31 (31)

1093 Vgl. *Gerhold* in BeckOK StPO, § 98a Rn. 9 ff.

1094 BVerfG, NJW 2009, 1405 (1406).

1095 Idem (1406 f.), OLG Stuttgart, NStZ 2001, 158 (159); OLG Köln, NStZ-RR 2001, 31 (32); *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 98a Rn. 8; *Kahler,* Kundendaten, 2017, S. 37; aA. *Schnabel*, DuD 2007, 426 (427 f.); *Brodowski*, JR 2010, 543 (547 f.).

1096 Vgl. BVerfGE 115, 320 (343) – Rasterfahndung.

1097 BVerfG, NJW 2009, 1405 (1406); aA. *Buermeyer,* Informationelle Selbstbestimmung, 2019, 152 f.; *Brodowski*, JR 2010, 543 (547).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Auch von den Stimmen, die mit der Rechtsprechung keine Rasterfahndung in der Veranlassung einer hausinternen Datenbankdurchsuchung erkennen wollen, wird die Anwendung des § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO als Rechtsgrundlage für Massenabfragen aber kritisiert.[1098] Durch das Auskunftsersuchen würden die Privaten faktisch gezwungen[1099], im Rahmen einer Datenverarbeitung[1100] mittelbar in die Grundrechte massenweiser nichtverdächtiger Personen einzugreifen. Dadurch bediene sich die Staatsanwaltschaft letztlich des gesamten Datenbestandes der betroffenen Institute.[1101]

Weiter läge kein (notwendiger) Anfangsverdacht in Bezug auf die gesamte Kundschaft vor. Die Staatsanwaltschaft hatte nur Kenntnis darüber, dass auf der entsprechenden Website Kinderpornografie angeboten wurde. Dass diese dann auch tatsächlich in Deutschland konsumiert wurde, war zwar zu erwarten, reale Anhaltspunkte gab es aber nicht, schon gar nicht bzgl. bestimmter Personen. Diese konkreten Verdachtsfälle seien erst durch das Auskunftsersuchen geschaffen worden.[1102] Darüber hinaus zeige schon § 98c StPO, der ebenfalls einen Datenabgleich an nur einem Datensatz regelt, dass der Gesetzgeber prinzipiell von der Notwendigkeit eines Spezialgesetzes für hausinterne Datenabfragen ausgegangen sei.[1103]

d. Strafprozessuale Kontoermittlungen als offene Maßnahmen

Allen vorangegangenen Maßnahmen ist gemein, dass es sich um offene Ermittlungsmaßnahmen handelt. Unter offenen Ermittlungsmaßnahmen werden nach dem Verständnis dieser Arbeit alle Maßnahmen erfasst, die dem Beschuldigten nicht zwingend verborgen bleiben. Auch Maßnahmen, die zunächst nur einem Dritten unmittelbar zur Kenntnis gelangen, sollten als „offen" bezeichnet werden, wenn der Dritte nicht zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.

In der Rechtsprechung herrscht ein anderes Verständnis vor. Eine Maßnahme soll dann „offen" erfolgen, wenn der Betroffene bzw. Beschuldigte

1098 *Kahler,* Kundendaten, 2017, S. 123 ff., 182; *Petri*, StV 2007, 266 (268 f.).
1099 *Singelnstein*, NStZ 2012, 593 (603); *Petri*, StV 2007, 266 (268).
1100 Dazu ausf. *Kahler,* Kundendaten, 2017, S 55 ff.
1101 Idem, S. 127 f.; *Brodowski*, JR 2010, 543 (547).
1102 *Schnabel*, DuD 2007, 426 (427 f.); aA. *Brodowski*, JR 2010, 543 (546).
1103 *Petri*, StV 2007, 266 (268).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sich rechtzeitig mit rechtlichen Mitteln zur Wehr setzen kann.[1104] Das ist insbesondere dann der Fall, wenn Benachrichtigungspflichten in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang zur Maßnahme bestehen oder er die informationserhebende Maßnahme von vornherein wahrnehmen kann. Ob sich eine Maßnahme nach diesen Merkmalen als „heimlich" oder „verdeckt"[1105] erweist, ist aber nicht immer so leicht zu bestimmen, wie es in der Rechtsprechung meist anklingt.[1106]

aa. Beschlagnahme und Herausgabeverlangen

Für die Beschlagnahme folgt die Offenheit in jedem Fall aus der Notwendigkeit einer gerichtlichen Anordnung nach 98 Abs. 1 StPO. Bevor diese stattfindet, muss der Betroffene zwar regelmäßig wegen einer Gefährdung des Durchsuchungszwecks nicht angehört werden, §§ 33 Abs. 1, 4 StPO. Er ist aber stets nach §§ 33 Abs. 2, 35 Abs. 2 StPO zu benachrichtigen.[1107] Die gerichtlich angeordnete Beschlagnahme ist also nicht nur offen in dem Sinn, dass sie dem Beschuldigten durch Dritte sanktionslos bekannt und in den Akten eingesehen werden kann, §§ 168b, 147 Abs. 1, 2 StPO.[1108] Die Information muss ihm sogar angetragen werden. Es besteht also eine Offenbarungsobligation. Für die Durchsuchung gilt dasselbe nach § 105 Abs. 2 StPO.

(1) Geheime Beschlagnahme nach § 95a StPO

Die Gesetzeslage zur Rückstellung der Benachrichtigung hat sich allerdings jüngst aufgrund des Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung

1104 Vgl. BVerfG 115, 166 (194 f.); BGHST 51, 211.

1105 Zu den Begrifflichkeiten *Tanneberger,* Sicherheitsverfassung, 2014, S. 247, der mwN. auf die synonyme Verwendung in der Rspr. Hinweist; unterschiedliche Verwendung bei *Gusy* in Huster/Rudolph (Hrsg.), Präventionsstaat, 2008, S. 120 (124).

1106 S.a. *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 4 ff.

1107 Vgl. nur BGH, NJW 2010, 1297 (1298).

1108 *Schlothauer* in Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 47.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und zur Änderung weiterer Vorschriften[1109] geändert. Insbesondere wurde § 95a StPO neu eingeführt.

Bislang konnte die Benachrichtigung über die Anordnung zwar zurückgestellt werden, musste aber spätestens bis zu dem Zeitpunkt, an dem die Durchführung der Maßnahme beginnt, erfolgen.[1110] § 95a Abs. 1, 2 StPO lässt nunmehr unter gewissen Voraussetzungen auch eine bis zu sechs Monate währende Zurückstellung zu, wenn andernfalls der Untersuchungszweck gefährdet würde. Der Grundsatz der Offenheit der Beschlagnahme gilt also nicht mehr ausnahmslos. Mit § 95a StPO wurde folglich nichts Geringeres als eine „geheime Beschlagnahme" eingeführt.[1111] Daran zeigt sich einerseits, dass sich spezielle Überwachungsregime abseits des klassischen Sicherheitsrechts, wozu auch die StPO zählt,[1112] nicht mehr unbedingt durch ihre Heimlichkeit absetzen, sondern strukturell. Andererseits wirft die sensitive grundrechtliche Betrachtung bestimmter sicherheitsrechtlicher Überwachungsmaßnahmen (auch) aufgrund deren Heimlichkeit die Frage auf, ob die sicherheitsverfassungsrechtlichen Prinzipien auch bzgl. der StPO kohärent Anwendung finden (dazu unten Kap. G. I. 2.).

(2) Bekanntgabe von Eilentscheidungen nach § 98 Abs. 2 StPO

Erfolgt die Beschlagnahmeanordnung nicht aufgrund einer gerichtlichen Verfügung, sondern als Eilanordnung durch die Staatsanwaltschaft oder Polizei, gilt § 35 Abs. 2 StPO nicht unmittelbar.[1113] In diesem Fall muss aber nach § 98 Abs. 2 StPO eine gerichtliche Bestätigung eingeholt werden, wenn

1109 Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften
vom 25. Juni 2021 (BGBl. I 2021, 2099).

1110 BGH, NStZ 2015, 704; BGH, NJW 2017, 2359 (2359 f.); *Greven* in KK-StPO, § 98 Rn. 21.

1111 *Burhoff*, StRR (9) 2021, 6 (6); krit. auch *Vassilaki*, MMR 2022, 103; *Gallus/Zeyher*, NStZ 2022, 462.

1112 *Danne,* Prävention und Repression, 2022, S. 21 ff.; *Dietrich* in Dietrich/Fahrner/Gazeas ua. (Hrsg.), Hdb. Sicherheits- und StaatsschutzR, 2022, § 6 Rn. 49; *Götz* in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdB StR Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 85 Rn. 5 f. *Gärditz*, GSZ 2017, 1 (2) mit Verweis in Fn 12 auf *Bäcker,* Kriminalpräventionsrecht, 2015; *Zöller,* Informationssysteme, 2002; aA *Graulich*, DVBl 2013, 1210, der allein auf den Zuständigkeitsbereich des 6. Senats des Bundesverwaltungsgerichts abstellt.

1113 *Valerius* in MüKo StPO, § 35 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der von der Beschlagnahme *Betroffene* bzw. ein erwachsener Angehöriger nicht anwesend ist oder ihr widerspricht. Die gerichtliche Bestätigung stellt eine *eigene Entscheidung* des Gerichts dar und hat somit den Charakter einer (gerichtlichen) Anordnung,[1114] für die dann wiederum § 35 Abs. 2 StPO gilt. Die Beschlagnahme bzw. Herausgabe von Kontodaten findet regelmäßig bei den Finanz- bzw. Kreditinstituten, also bei Dritten, statt. Da es sich bei diesen um die jeweiligen Gewahrsamsinhaber handelt, sind zunächst sie die Betroffenen.[1115]

Widerspricht der oder die Betroffene allerdings nicht, kommt es nach § 98 Abs. 2 StPO nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung. Wie sich dies auf die Bekanntgabe auswirkt, lässt das Gesetz offen. Der neue § 95a Abs. 1 StPO erlaubt eine Zurückstellung nur in den Fällen der gerichtlichen Anordnung oder Bestätigung. Das wirft die Frage auf, ob es bei einer freiwilligen Herausgabe eines Dritten überhaupt zu einer Bekanntgabe gegenüber dem Beschuldigten kommen muss. Dies würde dem Grundsatz der offenen Beschlagnahme unabhängig von § 95a StPO widersprechen. In der Literatur wird dieses Problem überraschenderweise nicht intensiver behandelt. Es finden sich lediglich pauschale Aussagen, dass im Falle einer Eilanordnung zumindest eine mündliche Unterrichtung des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft erfolgen muss.[1116] Die Grundlage dieser Pflicht wird nicht herausgestellt.

Eine Offenbarungsobligation, darauf weist auch die Bundesregierung hin[1117], ergibt sich aber bei genauem Hinsehen aus § 98 Abs. 2 S. 2, 5 StPO. Danach ist *der Betroffene* über seine Rechte zu belehren, auch über die Möglichkeit, jederzeit eine gerichtliche Entscheidung einzuholen, selbst wenn der Beschlagnahme zunächst nicht widersprochen wurde, vgl. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO.[1118]

Der Beschuldigte müsste danach belehrt werden, wenn er von der Maßnahme *betroffen ist.* Das ist nach gängiger Definition immer dann der Fall,

---

1114 *Schnarr*, NStZ 1991, 209 (214).

1115 KG Berlin, NJW 1999, 2979 (2980).

1116 *Burhoff*, StRR (9) 2021, 6 (6); *Schlothauer* in Müller/Schlothauer/Knauer (Hrsg.), MAH Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 109 zur Durchsuchungsanordnung bei Gefahr im Verzug, deren Regeln auch für die Beschlagnahme gelten, vgl. *Ignor/K. Peters* in Hamm/Leipold (Hrsg.), Beck'sches Formular-Hdb., StV, 6. Aufl. 2018, Teil III. Kap. H 1. b.).

1117 Vgl. BT-Drs. 19/27654, S. 65.

1118 BVerfG, NJW 2007, 3343(3343); *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 98 Rn. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn der Beschuldigte Rechte oder rechtlich geschützte Interessen an dem jeweiligen Gegenstand hat, wobei seine Stellung als Beschuldigter allein nicht ausreichen soll.[1119] Betroffen ist also jeder, in dessen Privatheitsgrundrechte eingegriffen wird.[1120]

Das Recht nach 98 Abs. 2 S. 2 StPO, jederzeit eine gerichtliche Entscheidung zu beantragen, steht allen Betroffenen zu. Konsequenterweise sind also auch alle Betroffenen nach § 98 Abs. 2 S. 5 StPO zu belehren. [1121] In dem Fall, dass der Beschuldigte von einer freiwilligen Herausgabe eines Dritten (mit)betroffen ist, muss er also über sein Recht nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO belehrt werden und erfährt hierdurch von der Maßnahme.

Bei der Beschlagnahme von Kontoauszügen dürfte dies regelmäßig der Fall sein.[1122]Da durch die Einsicht eine Datenerhebung stattfindet, wird der Beschuldigte in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung beeinträchtigt. Darüber hinaus könnte man argumentieren, dass § 98 Abs. 2 S. 1 StPO schon dann greift, wenn nur einer der Betroffenen bzw. dessen Angehöriger nicht anwesend ist. Die Beschlagnahme von Kontodaten bei einer Bank wäre hiernach nicht einmal dann freiwillig, wenn die Bank der Herausgabe nicht widerspricht, da auch der Kontoinhaber anwesend und mit der Beschlagnahme einverstanden sein müsste. Gerade das wird aber kaum der Fall sein. Entsprechend müsste bei der Beschlagnahme von Kontodaten in Abwesenheit des Kontoinhabers immer eine gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 S. 1 StPO beantragt werden. Jedenfalls aber muss der Kontoinhaber als Betroffener über sein Recht auf gerichtliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 S. 2, 5 StPO belehrt werden, auch wenn seine Bank der Beschlagnahme nicht widersprochen hat.

bb. Förmliche Zeugenvernehmung und informelles Auskunftsersuchen

Weder die förmliche Zeugenvernehmung noch das informelle Auskunftsersuchen, das selbst nicht im Gesetz geregelt ist,[1123] sehen eine gerichtliche Anordnung vor. Eine Bekanntgabe gegenüber dem Beschuldigten nach

1119 BGH, Beschluss vom 09.12.1992 – StB 16/92, 2 BJs 16/92 – 6 – StB 16/92; *Hauschild* in MüKo StPO, § 98 Rn. 22.
1120 *Singelnstein*, NStZ 2012, 593 (603).
1121 Vgl. BVerfGE 124, 43 (71) Rn. 95.
1122 KG Berlin, NJW 1999, 2979 (2980).
1123 Hierzu *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, 14 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

§§ 33 Abs. 2, 35 Abs. 2 StPO scheidet daher von vornherein aus. Anders als bei der richterlichen Vernehmung nach § 168c Abs. 2, 5 StPO, hat der Beschuldigte bei der Vernehmung durch die Staatsanwaltschaft oder Polizei auch kein Anwesenheitsrecht und muss folglich nicht über den Termin benachrichtigt werden.[1124]

(1) Keine Bekanntgabepflicht

Das bedeutet, dass der Bankkunde im Falle einer Zeugenvernehmung in förmlicher oder informeller Weise auf die Akteneinsicht oder eine Information durch das entsprechende Institut angewiesen ist.[1125] Das macht die Maßnahme aber nicht heimlich im Sinne der StPO. Dass die Polizei und Staatsanwaltschaft sich im Rahmen ihrer Ermittlungen einen Wissensvorsprung, ein „element of surprise"[1126], erarbeiten dürfen, wird zwar gelegentlich kritisiert, ist aber als Grundkonzept der Ermittlung anerkannt.[1127] Ob der Beschuldigte erst durch seine obligatorische Vernehmung nach §§ 136, 163a StPO oder aufgrund Art. 6 Abs. 3 lit. a) EMRK über das Ermittlungsverfahren informiert werden muss, ist irrelevant, da in beiden Fällen nur über den Zeitpunkt gestritten wird, ab wann die Information bzw. die Vernehmung obligatorisch wird.[1128] Auch wenn der (Bank)Kunde nicht selbst informiert wird, erfährt er also zu einem bestimmten Zeitpunkt zwangsweise von der Zeugenvernehmung bzw. dem schriftlichen Auskunftsersuchen.

Im Strafverfahrensrecht gilt der Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens. Dieses lebt davon, dass manche Maßnahmen zunächst ohne Wissen des Beschuldigten erfolgen.[1129] Der Beschuldigte wird durch das Akteneinsichtsrecht[1130] und die obligatorische Beschuldigtenvernehmung nach §§ 136, 163 StPO ausreichend geschützt. Bei der Definition

1124 *Erb* in Löwe/Rosenberg StPO, § 161a Rn. 31; *Monka* in BeckOK StPO, § 168c Rn. 2; zur Verfassungsmäßigkeit BVerfGE 96, 68 (96).
1125 Vgl.; *Ransiek*, wistra 1999, 401 (408); *Reichling*, JR 2011, 12 (16).
1126 *Stavros,* Guarantees, 1993, S. 75.
1127 *Gaede,* Fairness, 2010, S. 601; *ders.* in MüKo StPO, EMRK Art 6 Rn. 145; krit. *Wohlers/A. Helena Albrecht* in SK-StPO, § 163a Rn. 9: nur bei Verdunkelungsgefahr; ähnlich *Ambos*, ZStW 2003, 583 (598).
1128 *Fincke*, ZStW 1983, 918 (965).
1129 BVerfG, NJW 2009, 1405, (1407) Rn. 28.
1130 Hierzu *Gaede,* Fairness, 2010, S. 243 f.; 301 ff.; 305 ff.; 828 ff.; *Schlegel*, HRRS 2004, 411.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

der Offenheit ist dieser Maßstab zu respektieren. Das Fehlen der Mitteilungsverbote in Verbindung mit der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten und seines Verteidigers durch die Akteneinsicht ist ausreichend, um die Maßnahme als offen zu qualifizieren.

(2) Kein Mitteilungsverbot

Etwas anderes würde allenfalls gelten, wenn die Informationsweitergabe durch die jeweiligen Institute bzw. Zeugen verboten wäre.

Ein Mitteilungsverbot könnte sich zunächst aus §§ 257, 258 StGB ergeben, wenn sich die Mitarbeiter der betroffenen Institute bei einer Information ihres Kunden wegen Begünstigung oder Strafvereitelung strafbar machen würden.[1131] Hier droht aber ein Zirkelschluss.

Nach herrschender Auffassung kann prozessrechtlich erlaubtes Verhalten keine strafbewehrte Informationsweitergabe sein. § 258 StGB verweist vielmehr auf das Prozessrecht.[1132] Ob im Strafprozess ein Mitteilungsverbot eines Beteiligten vorliegt, kann also gerade nicht aus den Strafgesetzen abgeleitet werden.[1133] Halten sich die Beteiligten hinsichtlich der ihnen zugehenden Informationen an die Vorschriften des Strafprozessrechts, muss für sie eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung ausscheiden.[1134] Davon abgesehen wird eine Strafbarkeit betroffener Mitarbeiter nach §§ 257, 258 StGB in den allermeisten Fällen ausscheiden, da die Information über eine Ermittlungsmaßnahme kaum allein die Strafe vereiteln wird, sondern nur auf das Verhalten des Kunden einwirkt.[1135]

Dass eine einfachgesetzliche Regelung für ein Mitteilungsverbot im Rahmen des Verfahrens notwendig ist, zeigt etwa § 47 GwG. Danach ist es

1131 Dazu *Park,* Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 981 ff.; *A. Allgayer* in Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Hdb, 6. Aufl. 2022, § 11 Rn. 632 ff.; *Diergarten* in Hauschka/Moosmayer/Lösler (Hrsg.), Hdb. Haftungsvermeidung, 3. Aufl. 2016, § 34 Rn. 407; *Geurts/C. Koch/Schebesta ua.,* Bankgeheimnis, 6. Aufl. 2000, Rn. 29.

1132 BGH, NJW 2006, 2421 Rn. 9; *T. Fischer,* StGB, 69. Aufl. 2021, § 258 Rn. 17; *Hecker* in Schönke/Schröder StGB, § 258 Rn. 19.

1133 *Ransiek*, wistra 1999, 401 (404) mit Verweis auf *Lüdersen* in Löwe/Rosenberg, 24. Aufl. 1988, vor Rn. 102, 112.

1134 Vgl. für den Fall der Aussageverweigerung *Popp*, JR 2014, 418 (422 ff.); *Weidemann*, JA 2008, 532 (533).

1135 Ausf. *A. Allgayer* in Ellenberger/Bunte (Hrsg.), Bankrechts-Hdb, 6. Aufl. 2022, § 11 Rn. 632 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den geldwäscherechtlich Verpflichteten unter Androhung eines Bußgelds gem. § 56 Abs. 2 Nr. 7 GwG verboten, *„den Auftraggeber der Transaktion und sonstige Dritte in Kenntnis zu setzen über 1.) eine beabsichtigte oder erstattete Meldung nach § 43 Abs. 1 GwG, 2.) ein Ermittlungsverfahren, das aufgrund einer Meldung nach § 43 Abs. 1 GwG eingeleitet worden ist, und 3.) ein Auskunftsverlangen nach § 30 Abs. 3 S. 1 GwG."* Für diese Fälle ging der Gesetzgeber also davon aus, dass er eine Verschwiegenheitspflicht erst anordnen muss und sich diese nicht schon aus §§ 257, 258 StGB ergibt. Man muss daraus folgern, dass in den Fällen, die § 47 GWG nicht beschreibt, gerade kein Informationsverbot besteht.[1136] Dafür spricht auch, dass die klassischen Ermittlungsmaßnahmen des Strafprozessrechts prinzipiell von Offenheit geprägt sind.[1137] Zwar ist das Ermittlungsverfahren an sich bis zum Entgegentreten im Rahmen der obligatorischen Beschuldigtenvernehmung geheim,[1138] das heißt aber nur, dass der Beschuldigte nicht alles wissen muss – nicht, dass er es nicht wissen darf.

Der Grundsatz des offenen Strafverfahrens zeigt sich etwa darin, dass in § 101 Abs. 2 StPO speziell angeordnet wird, dass Informationen aus und über die verdeckten Maßnahmen erst bei Eintreten der Bekanntmachungspflicht zu den Akten genommen werden § 101 Abs. 2 S. 2 StPO. Der Gesetzgeber ist sich in der StPO selbst also ganz offensichtlich des Umstandes bewusst, dass Informationen prinzipiell frei verfügbar sind, und schafft an einigen Stellen Regelungen, um sie einzufangen. Wo er das nicht tut, müssen die Ermittlungspersonen mit der Offenheit ihrer Handlungen leben.

Für die förmliche Zeugenvernehmung und das schriftliche Auskunftsverlangen bestehen keine solchen Regelungen, aus der sich eine Geheimhaltungspflicht der Zeugen bzw. Befragten ergeben würde. In der Praxis soll zwar regelmäßig eine Geheimhaltung mit Verweis auf die §§ 257, 258 StGB angeordnet werden, dafür gibt es aber keine Rechtsgrundlage.[1139] Es handelt sich also eher um eine zwanglose Bitte nach Diskretion, die nahe an den Bereich willkürlicher Strafandrohung heranrückt.

1136 *Geurts/C. Koch/Schebesta ua.,* Bankgeheimnis, 6. Aufl. 2000, Rn. 29; gegen eine solche Analogie: *Ransiek*, wistra 1999, 401 (404); *J. Petersen,* Bankgeheimnis, 2005, S. 88.

1137 *Zöller*, ZStW 2012, 411 (415, 424 ff.).

1138 BGHSt 42, 139 (150); *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, Rn. 29.

1139 *Ransiek*, wistra 1999, 401 (407); zust. *Park,* Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl. 2018, Rn. 987; *Reichling*, JR 2011, 12 (16).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Polizeirechtliche Ermittlungen

Offene Bankauskunftsbegehren können auch im Bereich der Gefahrenabwehr stattfinden.[1140] Dieser Bereich stellt aber ganz offenbar einen Nebenschauplatz dar. Anders als im Bereich des Strafprozessrechts lassen sich Literatur oder Rechtsprechung zur polizeirechtlichen Bankauskunft nur spärlich finden.

Das dürfte sich damit erklären lassen, dass Kontodaten oder andere Inhaltsdaten, die vornehmlich bei Privaten liegen, meist dann notwendig werden, wenn schon ein Tatverdacht vorliegt. Insbesondere bei Transaktionen wird es aufgrund der weit gefassten Tatbestände der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (s. o.) nur wenige Fälle geben, auf die ausschließlich gefahrenabwehrrechtlich reagiert werden kann. Aus der Rechtsprechung ist nur ein einziger Fall bekannt, in dem es um eine Anfrage bei der Schufa ging.[1141]

Die folgenden Ausführungen zum Landes- und Bundespolizeirecht sind daher weniger abschließend als jene zur StPO. Anstatt ausdrücklich für alle denkbaren Situationen in Bezug auf Auskunftsersuchen bei Kreditinstituten die konkrete Rechtsgrundlage in den jeweiligen Gesetzen zu bestimmen, sollen die Unwägbarkeiten, die sich in den verschiedenen Polizeigesetzen finden, in den Vordergrund gestellt werden.

a. Landespolizeigesetze

Die Rechtsgrundlagen für eine gefahrenabwehrrechtliche Auskunft durch die Landespolizeibehörden und den jeweiligen Polizeivollzugdienst finden sich in den Polizeigesetzen der verschiedenen Bundesländer. Da sie sich aber inhaltlich in Bezug auf die Bankauskunft nicht unterscheiden, orientieren sich die folgenden Ausführungen vornehmlich am Recht des Landes Baden-Württemberg. Auf Ausnahmen wird jeweils hingewiesen.

1140 *Wonka*, NJW 2017, 3334 (3337 f.); OVG Koblenz, NVwZ 2002, 1529.

1141 VG Trier, NJW 2002, 3268 und in zweiter Instanz OVG Koblenz, NVwZ 2002, 1529.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

aa. Allgemeine Datenerhebungsklausel

Allen Polizeigesetzen ist gemein, dass eine Ingewahrsamnahme von Gegenständen zu Beweiszwecken ausscheidet.[1142] Sie kennen nur die *Sicherstellung* zur Abwehr einer Gefahr für die entsprechende Sache und von Gefahren, die von der Sache ausgehen. Das Baden-Württembergische Polizeigesetz trennt diese Varianten ausdrücklich in Sicherstellung und Beschlagnahme auf, §§ 37, 38 LPolG BW, und unterscheidet sich insofern von den restlichen Bundesländern.[1143]

Anders als in der StPO ist der Gegenstandsbegriff in den Polizeigesetzen auf körperliche Gegenstände begrenzt.[1144] Nur in Bayern ist neuerdings die Sicherstellung von Daten speziell geregelt worden, Art. 25 Abs. 3 BayPAG.[1145] Kontodaten können außerhalb von Bayern also nur polizeirechtlich sichergestellt oder beschlagnahmt werden, wenn sie verkörpert sind, etwa auf ausgedruckten Kontoauszügen oder auf einem Datenträger.

Die polizeirechtliche Sicherstellung bzw. Beschlagnahme setzt allerdings stets voraus, dass die Gefahr gerade darin besteht, dass der Pflichtige den Gewahrsam ausübt,[1146] die Gefahr soll durch den Entzug der Sachherrschaft gebannt werden. Das wird bei Finanzdaten im Gewahrsam der Finanzinstitute nicht der Fall sein. Diese sind nicht polizeipflichtig. Die Ingewahrsamnahme von (verkörperten) Finanzdaten wird vielmehr als Beweis oder als Möglichkeit zum Auffinden von mutmaßlich polizeipflichtigen Personen notwendig sein. Diese Variante kennt die polizeirechtliche Sicherstellung bzw. Beschlagnahme aber klassischerweise nicht. Im oben angesprochenen Fall der Schufa-Daten[1147] wurde eine Sicherstellung bzw. Beschlagnahme auch gar nicht erst angesprochen.

Für Auskunftsersuchen an Banken und andere Institute kommen im Polizeirecht daher vor allem die allgemeinen Datenerhebungsklauseln in

1142 *Reinhardt* in BeckOK BWPolG, § 37 Rn. 1.

1143 Vgl. etwa § 43 PolG NRW; Art. 25 BayPAG, hierzu auch *Kingreen/Poscher,* Polizeirecht, 11. Aufl. 2020, § 18 Rn. 1.

1144 *F. Michl*, NVwZ 2019, 1631 (1631); *M. W. Müller/Schwabenbauer* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. G Rn. 698; *Reinhardt* in BeckOK BWPolG, § 37 Rn. 5; auch Tiere vgl. VGH Mannheim, VBlBW 2014, 377.

1145 Dazu ausf. *F. Michl*, NVwZ 2019, 1631; s.a *Löffelmann*, GSZ 2020, 244 (249 f.)

1146 Vgl. zu Daten aus „Smart-Home" Geräten *Löffelmann*, GSZ 2020, 244 (249 f.).

1147 VG Trier, NJW 2002, 3268; OVG Koblenz, NVwZ 2002, 1529.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Betracht.[1148] Die Datenerhebungsklauseln sind als Generalklauseln ausgestaltet und finden sich in allen Polizeigesetzen.[1149] Sie erfüllen zweierlei Aufgaben. Einmal dienen sie als Rechtsgrundlage für den Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen, der jeder Ermittlungshandlung immanent ist.[1150] Sie betreffen also zunächst das Verhältnis der Behörde zu der Person, von der die Gefahr mutmaßlich ausgeht und über die Informationen eingeholt werden sollen[1151], etwa Kontodaten. Gleichzeitig dienen sie unter Umständen auch als Ermächtigung für den Erhebungsvorgang an sich und beeinträchtigen damit auch die Person, von der die Information eingeholt wird. Diese kann als Adressat bezeichnet werden.[1152] Das können stets auch Dritte bzw. Nichtstörer sein, wenn dies unter Verhältnismäßigkeitsaspekten statthaft ist, § 14 Abs. 1 BWPolG.[1153]

Auch in die Rechte der Adressaten wird durch den Erhebungsvorgang eingegriffen.[1154] Das gilt trotz der Tatsache, dass die allgemeinen Datenerhebungsklauseln keine Pflicht zur Auskunftserteilung begründen,[1155] da schon in der Konfrontation mit dem Verlangen eine grundrechtsrelevante Duldungspflicht erblickt werden kann.[1156]

Die allgemeine Datenerhebungsklausel in Baden-Württemberg findet sich in § 43 Abs. 2 BWPolG. Danach kann die Polizei *personenbezogene Daten erheben, „soweit dies zur Abwehr einer Gefahr oder zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erforderlich ist und die Befugnisse der Polizei nicht anderweitig geregelt sind".* Informatorische

1148 *Wonka*, NJW 2017, 3334 (3337 f.); OVG Koblenz, NVwZ 2002, 1529 .

1149 *Kingreen/Poscher,* Polizeirecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 9.

1150 Vgl. *Di Fabio* in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 176; *Weiner* in BeckOK NdsPOG, § 31 Rn. 5 ff.; zum Strafprozess *Riepl,* Informationelle Selbstbestimmung, 1998, S. 172; *Singelnstein* in Barton/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), Ermittlungsverfahren, 2015, S. 251 allg. BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – Volkszählung; für spezialgesetzliche Auskunftsverlangen gegenüber Online-Unternehmen: VG Berlin, NVwZ-RR 2021, 934 (936) Rn. 35.

1151 Vgl. *M. Koch,* Datenerhebung, 1999, S. 69.

1152 Differenzierung zwischen „Adressat" und „Betroffener" bei *Heckmann* VBlBW 1992, 164 (167).

1153 Vgl. *Son,* Heimliche Eingriffe, 2011, 93 f.

1154 *Graulich* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. E Rn. 312.

1155 BVerfGE 130, 151 (201) – Bestandsdatenauskunft I; *Kingreen/Poscher,* Polizeirecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 10.

1156 *Graulich* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. E Rn. 312; *Röcker* in BeckOK BWPolG, § 43 Rn. 2; *Gusy*, NVwZ 1991, 614 (616); aA. *Schmidbauer* in Schmidbauer/Steiner BayPAG, Art. 12 Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Befragungen bzw. Auskunftsersuchen lassen sich auf diese Grundlage stützen. Bei diesen besteht nach heute gefestigter Auffassung aber keine Auskunftspflicht.[1157] Da sie keine verpflichtende Wirkung entfalten, handelt es sich auch nicht um Verwaltungsakte. Das gilt erst recht gegenüber dem Betroffenen, da ihm die Maßnahme nicht bekanntgegeben wird.[1158] Auskunftsersuchen, die sich auf die allgemeine Datenerhebungsklauseln stützen, sind daher sowohl in Richtung des Adressaten als auch für den Betroffenen nur Realakte.

Bei den allgemeinen Datenerhebungsklauseln muss stets beachtet werden, dass die speziellen Datenerhebungsklauseln vorrangig anzuwenden sind.[1159] Ob Auskunftsersuchen allein auf diese Norm gestützt werden können, ist daher fraglich, wenn Auskunftsverlangen in Spezialgesetzen geregelt sind.

bb. Herausgabeverlangen und -pflicht, insbesondere bei der *Befragung*?

Ein Unterfall der Datenerhebung ist die im Polizeirecht typische *Befragung*. Diese ist meist als eigene Ermächtigungsgrundlage ausgestaltet, da sie – anders als die allgemeine Datenerhebung – teilweise mit Antwortpflichten einhergeht, bspw. § 43 Abs.1 PolG BW.

Ermächtigungen der Polizei zur Erhebung von Informationen bei Personen gehen typischerweise nicht mit einer Pflicht dieser Person zur Erteilung einer Auskunft einher. Die Ermächtigungsgrundlagen beziehen sich nur auf die Handlung der Polizei. Pflichten der Betroffenen im Zusammenhang mit den Ermittlungshandlungen müssen gesetzlich festgelegt werden. Ebenso wenig wie eine Auskunftspflicht ergibt sich aus dem Polizeirecht aber ein Auskunftsverbot. Freiwillige Herausgaben von Informationen – etwa durch Aushändigung von Kontoumsätzen – sind grundsätzlich möglich. Etwas anderes könnte sich lediglich aus dem Datenschutzrecht ergeben.

Da das Polizeirecht die Pflichten und Rechte der Erhebungsadressaten nicht regelt, ist allein fraglich, ob die Polizei konkret nach der Herausgabe

1157 BVerfGE 130, 151 (201) – Bestandsdatenauskunft I; *M. W. Müller/Schwabenbauer* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. G Rn. 651; *Kingreen/Poscher,* Polizeirecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 10.

1158 *Son,* Heimliche Eingriffe, 2011, S. 96 ff.; *Deutsch,* Informationen, 1992, S. 279 f.; *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI §1 Rn. 14.

1159 *M. W. Müller/Schwabenbauer* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht,Rn. 610.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

von verkörperten Daten verlangen darf, und wenn ja, auf welcher Rechtsgrundlage dies beruhen kann.

Aus den vorherigen Ausführungen lässt sich ableiten, dass bei einem schriftlichen Verlangen nach Unterlagen – je nach Auslegung – von vornherein nur die Datenerhebungsklauseln in Betracht kommen. Diese sehen grundsätzlich keine Auskunftspflicht vor. Schon deswegen kann eine Herausgabe bestimmter Daten oder Datenträger nicht auf deren Grundlage verlangt werden. Etwas anderes kommt nur bei solchen Auskunftsverlangen in Betracht, die eine *Befragung* darstellen, da mit ihnen teilweise Auskunftspflichten einhergehen.

In § 43 Abs. 1 S. 3 BWPolG etwa werden die Betroffenen zur Abgabe *sachdienlicher Angaben verpflichtet, die über die Personendaten des § 43 Abs. 1 S. 2 BWPolG hinausgehen, wenn die Befragung der Abwehr einer Gefahr für Leben, Gesundheit oder Freiheit einer Person oder für bedeutende fremde Sach- oder Vermögenswerte dient.*

Dabei ist aber schon fraglich, ob eine Befragung überhaupt schriftlich erfolgen darf.[1160] In einigen Polizeigesetzen ergibt sich aus der Formulierung der Ermächtigung, dass offensichtlich nur spontane, mündliche Ansprachen gemeint sein sollen, da die Befragten für die Dauer der Befragung *angehalten* werden dürfen, § 43 Abs. 1 S. 11 BWPolG, § 9 Abs. 2 S. 2 NRW-PolG. Art. 12 S. 3 BayPAG. Soweit diese Gesetze Antwortpflichten bei der Befragung vorsehen, kann dies nicht für schriftliche Anfragen gelten, denn diese stellen eben keine Befragung dar.

Bei den Polizeigesetzen, die eine schriftliche Befragung nicht ausschließen, stellt sich ein aus der StPO bekanntes Problem: Sowohl in einem schriftlichen als auch mündlichen Auskunftsverlangen wird es praktisch sein, Datensätze herauszugeben. Wie bereits dargelegt, können unmittelbare Auskünfte von Personen Kontoinformationen nur begrenzt wiedergeben. Sie sind zu komplex. Viel eher wird sich anbieten, dass die Kontodaten schriftlich herausgegeben werden.

Für die StPO wurde festgestellt, dass ein Verlangen nach verkörperten Daten keine formlose oder förmliche Zeugenvernehmung i. S. d. § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2, § 161a Abs. 1 StPO, sondern – nach korrekter Ansicht – ein

1160 *Waechter* in BeckOK NdsPOG, § 12 Rn. 32; *Schenke* in Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BPolG § 22 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Herausgabeverlangen i. S. d. § 95 Abs.1 StPO darstellt.[1161] Die Polizeigesetze der Länder beschreiben aber keine Rechtsgrundlage, die § 95 Abs. 1 StPO entsprechen würde, sondern eben nur die allgemeine Datenerhebung und Befragung.

Wenn ausschließlich die verkörperten Kontodaten sachdienlich sind, könnte sich die polizeirechtliche Befragung faktisch als konkretes Herausgabeverlangen nach solchen Daten darstellen. An diesem Punkt stellt sich dann die Frage nach der Bestimmtheit der Norm.[1162] Ließe man eine Auslegung zu, die die Auskunftspflicht in bestimmten Fällen zu einer Herausgabepflicht reduziert, hätte man in der Befragung letztlich eine Spezialermächtigung zu einer ganz anderen, dem § 95 StPO entsprechenden, Handlung.[1163] Diesem Ergebnis steht das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot entgegen.[1164]

Die Polizei ist also auch bei der Befragung auf eine freiwillige Herausgabe von Daten angewiesen. Eine Regelung, die sich zu § 95 StPO äquivalent verhält, findet sich im Polizeirecht nicht.

b. Datenerhebung und Befragung im Polizeirecht des Bundes

Eine Datenerhebungsgeneralklausel und eine Ermächtigung zur Befragung finden sich auch in den bundesrechtlichen Vorschriften zur Gefahrenabwehr. Für die Bundespolizei sind sie in §§ 21, 22 BPolG geregelt. Das Bundeskriminalamt wird in den §§ 39, 41 BKAG ermächtigt.

Nur die Ermächtigungsgrundlagen zur Befragung sehen in § 22 Abs. 2 S. 2 BPolG und § 41 Abs. 2 S. 2 BKAG eine Auskunftspflicht auch für Nichtstörer bzw. Dritte vor, soweit die Voraussetzungen des polizeilichen Notstands i. S. d.. § 20 BPolG vorliegen. Auf Maßnahmen, die auf die allgemeinen Datenergebungsklauseln gestützt werden, müssen die Betroffenen

---

1161 *F. Jansen,* Bankauskunftsersuchen, 2010, S. 445; *Singelnstein*, NStZ 2012, 593 (603); *ders.* in Barton/Kölbel/Lindemann (Hrsg.), Ermittlungsverfahren, 2015, S. 251 (254 ff.).
BVerfG, NJW 2009, 1405 (1407).

1162 Hierzu *Lepsius* in Herdegen/Masing/Poscher ua. (Hrsg.), Hdb. Verfassungsrecht, 2021, § 12 Rn. 75.

1163 Vgl. VGH Mannheim Urt. v. 07.12.2017 - 1 S 2526/16 Rn. 42, 43 zum Gefährderanschreiben; *Schmidbauer* in Schmidbauer/Steiner BayPAG, Art 10 Rn. 2 ff.

1164 Vgl. dazu *Cremer*, NVwZ 2001, 1218 (1221); *Gassner*, DÖV 1996, 18 (23).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

keine Auskünfte erteilen.[1165] Das ergibt sich aus § 21 Abs. 4 S. 2 BPolG, § 39 Abs. 3 i. V. m. § 9 Abs. 3 S. 3 BKAG. Danach ist der Betroffene bei der Datenerhebung auf die Freiwilligkeit der Auskunft hinzuweisen, wenn keine Auskunftspflicht besteht. Die Auskunftspflicht muss also erst im Einzelfall geschaffen werden.[1166]

Das Herausgabeverlangen ist im BPolG und im BKAG ebenfalls nicht geregelt. Eine Ermächtigungsgrundlage für die Erteilung von Auskünften durch die Übergabe bestimmter Sachen enthalten also auch die bundespolizeilichen Regeln nicht. Ihre Auskunftsersuchen müssen also darauf beschränkt werden, dass allgemein die Erteilung bestimmter Informationen verlangt wird.

c. Polizeirechtliche Auskunftsersuchen als offene Maßnahmen

Alle Polizeigesetze enthalten eine Klausel, wonach die Datenerhebung grundsätzlich *offen* zu erfolgen hat, bspw. § 14 Abs. 1 BWPolG, § 21 BPolG Abs. 3 S. 1, § 39 Abs. 3 i. V. m. § 9 Abs. 2 S. 1 BKAG. Dieser Grundsatz drückt das traditionelle Verständnis der nach rechtsstaatlichen Grundsätzen agierenden Polizei aus, die gerade kein Nachrichtendienst sein soll.[1167]

Unmittelbar definiert wird diese grundsätzliche Offenheit nicht, dafür aber das Gegenteil. In § 14 Abs. 2 S. 2 BWPolG etwa wird die „*verdeckte*" Ermittlung als Maßnahme umschrieben, „*die nicht als polizeiliche Maßnahme erkennbar sein soll*". Die übrigen Polizeigesetze sind identisch, etwa § 30 Abs. 2 S. 2 NdsPOG, oder fast identisch formuliert, wie z. B. Art. 31 Abs. 4 S. 1 BayPAG § 21 Abs. 3 S. 3 BPolG und § 9 Abs. 2 S. 4 BKAG.

Der Begriff *verdeckt* bedeutet dabei nichts anderes als heimlich. Teilweise wurde versucht, verdeckte und heimliche Maßnahmen voneinander abzugrenzen bzw. die verdeckten Maßnahmen als Unterfall der heimlichen Ermittlung einzustufen.[1168] Verdeckte Maßnahmen sollten danach nur solche sein, die zwar gegenüber dem Betroffenen erfolgen, für diesen aber nicht als

1165 *Kingreen/Poscher,* Polizeirecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 10.

1166 *Schenke* in Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BKAG § 9 Rn. 48; BPolG § 21 Rn. 18.

1167 BVerfGE 133, 277 (328 f.) – Antiterrordatei; *Graulich* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. E Rn. 678.

1168 Übersicht bei *Zöller*, ZStW 2012, 411 (419 f.); *R.-G. Müller,* Datenerhebungn, 1997, S. 118.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Polizeimaßnahmen erkennbar sind.[1169] Ein klassisches Beispiel hierfür wäre der verdeckte Ermittler. Die verdeckten Maßnahmen sollten ihre Intensität daraus ziehen, dass der Betroffene getäuscht wird und sich in falscher Sicherheit wähnt.[1170] Diese Differenzierungsversuche haben sich aber nicht durchgesetzt. Das BVerfG erblickt die Intensität der Heimlichkeit darin, dass der Betroffene sich mangels Kenntnis nicht mit rechtlichen Mitteln wehren kann,[1171] und zwar auch dann, wenn es selbst von verdeckten Maßnahmen spricht.[1172] Daher besteht zwischen den verdeckten und heimlichen Maßnahmen kein qualitativer Unterschied. Sie sind identisch zu behandeln.[1173]

Für verdeckte allgemeine Datenerhebungen gelten meist strengere Voraussetzungen als nach § 14 Abs. 2. BWPolG. In manchen Bundesländern ist sie sogar gesetzlich untersagt, etwa nach § 9 Abs. 5 NRWPolG. Daher muss dringend geklärt werden, ob ein polizeirechtliches Auskunftsverlangen bei Dritten als verdeckte oder offene Maßnahme anzusehen ist.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass keine Norm der Polizeigesetze es der Polizei verwehren würde, selbst für die Offenheit zu sorgen. Informiert die Polizei den Betroffenen über ihre Maßnahme, erfolgt sie *offen*.

Eine Benachrichtigungspflicht sehen die Polizeigesetze, etwa § 86 BWPolG, hingegen für Maßnahmen nicht vor, die verdeckt aber auf der Grundlage der allgemeinen Datenerhebungsgeneralklausel oder als Befragung erfolgen. Ausgehend von Art 13 Abs. 1, 2 der JI-RL ist der Betroffene aber über bestimmte Basisinformationen bei der Datenverarbeitung zu informieren. Die Unterrichtung kann zwar aus Gründen des Art. 13 Abs. 3 JI-RL zurückgestellt werden, eine solche Zurückstellung findet aber bei den offenen Maßnahmen gerade nicht statt.[1174]

Art. 13 JI-RL ist z. B. in § 85 BWPolG umgesetzt. Hier wird zwar nicht zwischen offenen und verdeckten Maßnahmen differenziert, es ergibt sich aber aus der Logik der verdeckten Maßnahmen, dass die Basisinformationen erst mit der Benachrichtigung erteilt werden. Besser ausgestaltet ist

1169 Etwa *Kniesel/Vahle*, DÖV 1990, 646 (646) für § 9 NRWPolG 1990.
1170 *Makrutzki,* Ermittlungen, 2021, S. 51.
1171 BVerfGE 107, 299 (321); E 115, 320 (353) – Rasterfahndung; *Tanneberger,* Sicherheitsverfassung, 2014, S. 247 mwN.
1172 BVerfGE 122, 342 (373).
1173 *Tanneberger,* Sicherheitsverfassung, 2014, S. 248; *Bode,* Ermittlungsmaßnahmen, 2012, S. 13 *R.-G. Müller,* Datenerhebung, 1997, S. 118; *Zöller*, ZStW 2012, 411 (420).
1174 Vgl. *M. W. Müller/Schwabenbauer* in Lisken/Denninger Hdb PolR, 6. Aufl. 2018, Kap G Rn. 1055.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Art. 31 Abs. 4 S. 2 BayPAG, der diesen Umstand klarstellt. Es fehlt allerdings in beiden Vorschriften an einem zeitlichen Anknüpfungspunkt. Man steht somit vor einem Zirkelschluss. Wenn die datenschutzrechtliche Informationspflicht nur für offene Maßnahmen besteht, kann sich die Offenheit nicht aus dieser Informationspflicht ergeben. Man kommt um die Frage, ob ein Auskunftsersuchen bei Dritten bzw. eine Zeugenbefragung ohne Verschwiegenheitspflicht als originär heimliche Maßnahme einzustufen ist, also nicht herum.

Ausgehend von den Ausführungen des BVerfG zur Heimlichkeit muss die Möglichkeit des Betroffenen, sich zur Wehr zu setzen, im Vordergrund der Auslegung stehen. Im Strafprozessrecht etwa wird die Offenheit, wenn keine Offenbarungspflicht besteht, durch das Akteneinsichtsrecht und die frühestmögliche Beschuldigtenvernehmung gewährleistet (s. o. I. 1. d.). Die Zeugenvernehmung wird daher ganz klassischerweise nicht als verdeckte Maßnahme beurteilt, auch wenn der Beschuldigte davon erst nachträglich erfährt, d. h. die Informationsbeschaffung also für einen bestimmten Zeitraum ohne seine Kenntnisnahme erfährt.

Der Maßstab der StPO ist aber auch ein anderer. Die freie Gestaltung des Ermittlungsverfahrens erlaubt heimliche Ermittlungen, da dieses ohne sie schlicht nicht auskommt.[1175] Eine Grundsatznorm der offenen Datenerhebung findet sich in der StPO nicht. Trotzdem wird durch die Akteneinsicht und die obligatorische Beschuldigtenvernehmung eine gewisse Waffengleichheit hergestellt.[1176] Im Polizeirecht dienen hierzu eben nur der Grundsatz der Unmittelbarkeit, der nichts weiter ist als ein Ausfluss der allgemein geltenden Erforderlichkeit[1177], und das Offenheitsprinzip. Letzteres muss ernstgenommen werden. Mangels des Strafprozesses entsprechender Verfahrenssicherungen ist der Betroffene bei Datenerhebungen stärker dem Zufall ausgeworfen, wenn es darum geht, von den Ermittlungen bei Dritten zu erfahren. Um Betroffene zu schützen, muss der Offenheitsgrundsatz entsprechend eng ausgelegt werden. Eine Offenheit liegt daher nur vor, wenn der Betroffene von einer Datenerhebung bei Dritten umgehend informiert wird.

Etwas Anderes lässt sich nur dann vertreten, wenn man nicht das Erschweren des Rechtsschutzes durch die Heimlichkeit in den Vordergrund

1175 BVerfG, NJW 2009, 1405, (1407) Rn. 28.

1176 BVerfGE 63, 45 (61 f.); *Gaede,* Fairness, 2010, S. 243 f.; 301 ff.; 305 ff.; 828 ff.; zur Akteneinsicht *Schlegel*, HRRS 2004, 411 .

1177 Vgl. *Kingreen/Poscher,* Polizeirecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 17.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stellt, sondern deren Täuschungscharakter. Geht es darum, eine Verschleierung der polizeilichen Maßnahme vor dem Adressaten zu vermeiden, ließe sich auch gut argumentieren, dass es für die Offenheit ausreicht, wenn die Polizei gegenüber dem Adressaten offen auftritt.[1178]

Mit der Judikatur des BVerfG, die das Erschweren von Rechtsschutz in den Vordergrund stellt,[1179] lässt sich dieser Ansatz aber nicht in Einklang bringen. Im Polizeirecht ist eine Datenerhebung daher nur dann offen, wenn sie sowohl gegenüber dem Adressaten als auch dem Betroffenen offen erfolgt.[1180] In den Polizeigesetzen, die keine verdeckte allgemeine Datenerhebung vorsehen, ist die Benachrichtigung damit obligatorisch. In den anderen Gesetzen gelten, bei Ausbleiben der Benachrichtigung, die jeweils verschärften Voraussetzungen.

II. Heimliche Maßnahmen

Die *offenen* Maßnahmen der Sicherheitsbehörden sind somit abschließend beschrieben. Im Folgenden soll nunmehr eine Übersicht der Normen angeboten werden, die einen verdeckten bzw. heimlichen Zugang zu Kontodaten ermöglichen.

Bei Auskünften von Finanzinstituten besteht ein Dreiecksverhältnis. Unmittelbar von der Maßnahme adressiert wird das Institut bzw. deren Mitarbeiter. Betroffener im Lichte der informationellen Selbstbestimmung ist hingegen auch bzw. vorrangig der Kontoinhaber. Es wurde bereits gezeigt, dass eine Maßnahme nicht schon deshalb verdeckt ist, weil sie im Moment ihres Geschehens vom Betroffenen unbemerkt bleibt, etwa durch eine Zeugenvernehmung. Andererseits ist die polizeiliche Befragung, über die der Betroffene nicht informiert wird, eine verdeckte Maßnahme im Sinne der Polizeigesetze. Die Definition der Heimlichkeit ist also abhängig vom gesetzlichen Kontext. Die Auslegung ergibt sich anhand der Rechtsprechung des BVerfG, das die intensivierende Eigenart der Heimlichkeit

1178 So *Röcker* in BeckOK BWPolG, § 14 Rn. 22.

1179 BVerfGE 107, 299 (321); E 115, 320 (353) – Rasterfahndung; *Gärditz* in Herdegen/Masing/Poscher ua. (Hrsg.), Hdb. Verfassungsrecht, 2021, § 13 Rn. 98 ff.; *Tanneberger,* Sicherheitsverfassung, 2014, S. 247 mwN.

1180 So wohl *Heckmann*, VBlBW 1992, 164 (168 Fn 36); iE, auch *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

primär in ihrer nachteiligen Wirkung für den Rechtsschutz des Betroffenen erkennt.[1181]

Stets heimlich ist eine Maßnahme danach, wenn die Informationsgewinnung ohne Kenntnisnahme des Dritten erfolgt, etwa aufgrund einer automatisierten Einrichtung, oder wenn er zur Verschwiegenheit über die Maßnahme gesetzlich verpflichtet wird. Solche Verschwiegenheitspflichten wirken besonders intensiv, wenn sie strafbewährt sind.

1. Bestandsdatenauskunft

Zunächst soll der heimliche Zugriff der Sicherheitsbehörden auf die Kontobestandsdaten (s. o. Kap. D. I. 2) beschrieben werden. Bei Kontobestandsdaten, die meist Stammdaten genannt werden[1182], handelt es sich allgemein um Daten, die unmittelbar mit der Einrichtung eines Kontos bzw. mit den vertraglichen Rahmenbedingungen zusammenhängen. Sie entsprechen damit den Bestandsdaten im Sinne des § 3 Nr. 6, §§ 172 ff. TKG.[1183] Das umfasst etwa die Personendaten und die Kontonummer. Auf europäischer Ebene wurden die Regeln der automatischen Bestandsdatenauskunft, nachdem diese durch Art. 32a der 5. EU GeldwäscheRL verpflichtend geworden war, in der Finanzinformationsrichtlinie (FinanzinformationsRL)[1184] harmonisiert.

Die Institute müssen ihre Dateisysteme gem. § 24c Abs. 1 S. 6 KWG so einrichten, dass ihnen die Abrufe nicht zur Kenntnis gelangen. Da die Zugriffe mithin noch nicht einmal dem unmittelbaren Maßnahmenadressaten offenkundig werden, handelt es sich bei der Bestandsdatenabfrage

1181 BVerfGE 107, 299 (321); E 115, 320 (353) – Rasterfahndung; *Tanneberger,* Sicherheitsverfassung, 2014, S. 247 mwN.

1182 BVerfGE 118, 168 – Kontostammdaten; *Achtelik* in Herzog GwG, KWG § 24c Rn. 2; *Tolani*, BKR 2007, 275 (276 ff.).

1183 *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 38; *Gnüchtel*, NVwZ 2016, 13 (16); zum Inhalt des § 3 TKG siehe nur *Ricke* in Spindler/Schuster/Anton (Hrsg.), Elektronische Medien, 4. Auflage 2019, TKG § 3 Rn. 6.

1184 Richtlinie (EU) 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Festlegung von Vorschriften zur Erleichterung der Nutzung von Finanz- und sonstigen Informationen für die Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung bestimmter Straftaten und zur Aufhebung des Beschlusses 2000/642/JI des Rates, ABl. 2019 L 186/122.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

definitiv um eine heimliche Maßnahme.[1185] Das Gesetz sieht auch keine Benachrichtigungspflicht vor. Lediglich die Protokollierung der Abrufe ist nach § 24c KWG Abs. 4 vorgeschrieben.

Zum Zugriff auf das Dateisystem sind nach § 24c Abs. 1 KWG, § 93b, § 93 Abs. 7 AO und § 31 Abs. 6 GWG unmittelbar nur die BaFin, die FIU und das BZSt berechtigt. Sowohl die BaFin als auch das BZSt sind dabei ausdrücklich berechtigt, Daten aus dem System aufgrund von Auskunftsersuchen an verschiedene Stellen zu übermitteln.

Die zu übermittelnden Daten unterscheiden sich geringfügig zwischen den Abfragen von BaFin und FIU einerseits und dem BZSt andererseits. Da die Institute nur ein einheitliches Dateisystem führen sollen, aber die Abfragen nicht bemerken können, wird die Abfrage über das ITZBund als gemeinsames Rechenzentrum von BaFin und BZSt gesteuert, das zwischen den verschiedenen Abfragen differenziert und dafür sorgen soll, dass nur die jeweils zulässigen Daten übermittelt werden.[1186] Die Ermächtigungen zur Abfrage aufgrund von Auskunftsersuchen führen dazu, dass auch Sicherheitsbehörden über Zwischenstellen heimlich auf das Kontobestandsdatensystem zugreifen können.

a. Behörden der Strafverfolgung

Auskunftsersuchen der Strafverfolgung richten sich nach § 24c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG. Danach erteilt die BaFin auf Ersuchen Auskunft aus dem Dateisystem, das *„[den] für die Leistung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sowie im Übrigen für die Verfolgung und Ahndung von Straftaten zuständigen Behörden oder Gerichten, soweit dies für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist.“*

Eine spezifische Ermächtigungsgrundlage, die die Strafverfolgungsbehörden zu solchen Auskunftsersuchen ausdrücklich ermächtigen würden, findet sich in der StPO nicht. In der Literatur wurde schon früh bemerkt, dass § 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG nur die BaFin adressiert und sich die Rechtmäßigkeit der Auskunftsersuchen nach dem Recht der jeweils anfragenden

1185 BVerfGE 118, 168 (197 ff.) – Kontostammdaten; *Mülhausen* in Mülhausen/Herzog (Hrsg.), Hdb. Geldwäschebekämpfung, 2006, § 43 Rn. 129 *Tolani*, BKR 2007, 275 (277); *Herzog/Christmann*, WM 2003, 6 (10); *Zubrod*, WM 2003, 1210 (1214).

1186 BT-Drs. 18/12127, S. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Behörde richten müsste.[1187] Mit dieser Problematik hat sich das BVerfG in seiner Entscheidung zur Kontostammdatenabfrage aber nicht weiter auseinandergesetzt.[1188] Heute wäre die Argumentation aber hoch aktuell. Sie entspricht der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG vom „Doppeltürenmodell".[1189] Diese stellt die Notwendigkeit einer Ermächtigung sowohl für die weitergebende Behörde zur Übermittlung als auch der ersuchenden Behörde für die Anfrage fest.[1190]

Der Gesetzgeber selbst ging bei der Schaffung der Kontobestandsdatenabfrage davon aus, dass die Strafverfolgungsbehörden nach den „allgemeinen Regeln" erst beim Vorliegen eines Anfangsverdachts ein Auskunftsersuchen stellen dürfen und verwies auf die §§ 152 Abs. 2, 160 StPO.[1191] Zur Frage, auf welche Norm Auskunftsersuchen konkret zu stützen sind, äußerte er sich nicht. Berücksichtigt man, dass 24c KWG im Jahr 2002 eingeführt wurde, ist das Fehlen einer solchen Auseinandersetzung nachvollziehbar. Das „Doppeltürenprinzip" wurde vom BVerfG erst zehn Jahre später etabliert.[1192] Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind seither sämtliche Einzelhandlungen bei der Datenabfrage differenziert zu betrachten.

Bei der automatisierten Abfrage von Bestandsdaten steht sowohl im Regelungsgefüge der Kontobestandsdaten als auch im TKG eine Aufsichtsbehörde zwischen den Sicherheitsbehörden und der privaten Stelle, die die Daten führt. Jeweils vier Schritte lassen sich bei diesen Normkomplexen identifizieren. Zuerst wird eine gesetzliche Speicherpflicht in einem automatisierten System geschaffen. Sodann wird die vermittelnde Stelle zum automatisierten Zugriff auf diese Dateien ermächtigt. Im nächsten Schritt wird die vermittelnde Stelle befugt, die Daten an Sicherheitsbehörden zu übermitteln. Dieser Schritt entspricht nun der ersten Hälfte der Doppeltür.[1193] Den letzten Schritt stellt das Auskunftsersuchen dar, das die zweite Hälfte der Doppeltür öffnet. Hierzu hat das BVerfG festgestellt, dass die all-

1187 *Zubrod*, WM 2003, 1210 (1214).
1188 BVerfGE 118, 168 – Kontostammdaten.
1189 BVerfGE 130, 151 (184) – Bestandsdatenauskunft I; E 155, 119 (167, 209 f.) – Bestandsdatenauskunft II.
1190 Zusammenfassend statt vieler *Graulich* in Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BKAG § 10 Rn. 9 f.; *ders.*, NVwZ-Beilage 2020, 47.
1191 BT-Drs. 14/8017, S. 123.
1192 BVerfGE 130, 151 (184) – Bestandsdatenauskunft I.
1193 Idem (193) für § 112 TKG a.F.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gemeinen Datenerhebungsklauseln grundsätzlich infrage kommen,[1194] die Ermächtigung aber auch in derselben Norm mit der ersten Tür geregelt werden könnte.[1195]

§ 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG käme daher prinzipiell als Ermächtigungsgrundlage für die Öffnung der zweiten Tür, also für die Auskunftsverlangen der Strafverfolgungsbehörden, in Betracht. Es wurde aber auch schon früh die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO als Ermächtigungsgrundlage bzw. als zweite Tür vorgeschlagen.[1196] Zu letzterem Ergebnis kommt auch die Rechtsprechung[1197] und dürfte wohl vom BVerfG intendiert sein. Auch wenn sich der Entscheidung „Bestandsdatenauskunft I" keine ausdrückliche Bestimmung der zweiten Tür zu § 112 TKG aF. entnehmen lässt, winkt das BVerfG dort gewissermaßen mit dem Zaunpfahl.[1198]

Der Wortlaut des § 24c Abs, 3 KWG ist eindeutig auf die Übermittlungshandlung gerichtet. Das Auskunftsersuchen wird als Voraussetzung formuliert und gerade nicht als Handlung, die erst ermöglicht werden sollte. Daher kommt als Ermächtigungsgrundlage für die zweite Tür tatsächlich nur § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 1 StPO in Betracht[1199], der zur verpflichtenden[1200] Datenerhebungen bei Behörden ermächtigt.

Die Voraussetzungen der Bestandsdatenabfrage lassen sich nur aus § 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG und § 161 Abs. 1 Hs. 1 Alt. 1 StPO ziehen. § 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG schreibt vor, dass die Auskunftserteilung an die Strafverfolgungsbehörden erfolgt, „*soweit dies für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist.*" Unmittelbar adressiert wird von dieser Vorschrift nur die BaFin. Diese muss die Zulässigkeit der Übermittlung nur prüfen, „*soweit hierzu besonderer Anlass besteht*", § 24c Abs. 3 S. 3 KWG. „*Die Verantwortung für die Zulässigkeit der Übermittlung trägt die ersuchende Stelle*", § 24c Abs. 3 S. 4 KWG.

Die Anforderungen der Strafverfolgungsbehörden ergeben sich aus § 161 Abs. 1 Hs. 1 Alt. 1 StPO, der allerdings nur einen Anfangsverdacht voraus-

1194 Idem (192).
1195 BVerfGE 155, 119 (184.) – Bestandsdatenauskunft II.
1196 *Zubrod*, WM 2003, 1210 (1214).
1197 OLG Stuttgart, NStZ, 48 (48).
1198 BVerfGE 130, 151 (193 ff.) – Bestandsdatenauskunft I; *Meinicke*, MMR 2012, 410 (416).
1199 Ausdrücklich *Dalby,* Strafverfolgung, 2016, S. 68, der solch eine Festlegung auch bei *Bär*, MMR 2013, 700 (702) erkennen will.
1200 *Köhler* in Meyer-Goßner/Schmitt StPO, § 161 Rn. 1a.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

setzt.[1201] § 24c Abs. 3 Nr. 2 adressiert die ersuchende Behörde zwar nicht, der dort zum Ausdruck kommende Erforderlichkeitsgrundsatz gilt als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch generell für alle Sicherheitsbehörden. Aus den anzuwendenden Vorschriften lassen sich als Voraussetzungen für ein Auskunftsersuchen der Strafverfolgungsbehörden also nur die Geltung des Verhältnismäßigkeitsprinzips und die Notwendigkeit eines Anfangsverdachts ableiten. Formelle Voraussetzungen sucht man vergeblich.

b. Polizeivollzugsbehörden

Die Übermittlung von Kontobestandsdaten an die Polizeivollzugsbehörden des Bundes und der Länder für den Bereich der Gefahrenabwehr ist in §§ 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 2, 93b AO geregelt und erfolgt durch das BZSt. Der Umfang der zu übermittelnden Daten richtet sich nach § 93b Abs. 1a, § 154 Abs. 2a, 2d AO, Art. 97 § 26 Abs. 5 Nr. 3, 4 EGAO und unterscheidet sich somit von der Abfrage der Strafverfolgungsbehörden nach § 24c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG insofern, dass auch die Adresse des Kontoinhabers übermittelt wird (s.o. Kap. D. I. 2.).

Die Regelung in § 93. Abs. 8 AO a.F. war in ihrer Ursprungsgestalt von 2002[1202] vom BVerfG zunächst für verfassungswidrig erklärt worden.[1203] Sie ermächtigte damals noch zur Übermittlung an Behörden, die für ein Gesetz zuständig sind, das an *Begriffe des Einkommenssteuergesetz anknüpft*. Diese Formulierung hielt das BVerfG für zu unbestimmt.[1204] Durch die konkrete Nennung der berechtigten Behörden wurde dieser Missstand im Jahr 2008 beseitigt.[1205] Die Polizeivollzugsbehörden waren im Rahmen dieser Novelle aber nicht genannt. Sie wurden erst im Jahr 2017 in den Kreis der Ermächtigten aufgenommen.[1206]

Nach § 93b Abs. 3 AO trägt der Ersuchende die Verantwortung für die Zulässigkeit des Datenabrufs. Eine Regel entsprechend § 24c Abs. 3 S. 3

1201 BVerfG, NJW 2009, 1405 (1407); OLG Stuttgart, NStZ 2016, 48 (48); *Kölbel* in MüKo StPO, § 161 Rn. 1.

1202 Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit vom 23. Dezember 2003, BGBl. I, S. 2928.

1203 BVerfGE 118, 168 (188 ff.) – Kontostammdaten.

1204 Ibid.

1205 Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 vom 14. August 2007, BGBl. I, S. 1912.

1206 Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni2017, BGBl. I S. 1822.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

KWG, wonach eine Prüfung der Zulässigkeit durch die BaFin bei besonderem Anlass besteht, findet sich in der AO nicht. § 93b Abs. 4 AO erklärt nur die § 24c Abs. 1 S. 2-6, Abs. 4-8 KWG für entsprechend anwendbar. Es findet also in keinem Fall eine Zulässigkeitsprüfung durch das BZSt statt. Das ist vor dem Hintergrund, dass § 93b Abs. 8 AO den Zugang für eine Vielzahl verschiedener Verwaltungsbehörden eröffnet, auch verständlich. Allein für die Polizeivollzugsbehörden braucht es aufgrund der Kompetenz der Länder für die Landespolizei 18 verschiedene Ermächtigungsgrundlagen für die Auskunftsersuchen zum BZSt.

Wie auch in der StPO finden sich in den Polizeigesetzen von Bund und Ländern aber keine Normen, die spezifisch das Auskunftsersuchen im automatisierten Verfahren regeln. Hier kommen also ausschließlich die allgemeinen Datenerhebungsklauseln in Betracht.[1207]

Die Auskunftsersuchen nach § 93 Abs. 8 AO unterliegen grundsätzlich speziellen Verfahrensvorschriften, die in § 93 Abs. 9 AO geregelt sind. Nach § 93 Abs. 9 S. 1 AO müssen betroffene Personen vor dem Abrufersuchen auf die Möglichkeit des Abrufersuchens hingewiesen worden sein, *was auch durch ausdrücklichen Hinweis in amtlichen Vordrucken und Merkblättern* geschehen können soll. § 93 Abs. 9 S. 2 AO sieht eine Benachrichtigungspflicht des Betroffenen durch den Ersuchenden vor. Die § 93 Abs. 9 S. 1, 2 AO gelten nach 93 Abs. 9 S. 6 aber nicht in den Fällen des § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 2, 3 AO. Das Auskunftsersuchen durch die Polizeivollzugsbehörden bleibt damit geheim.

c. Nachrichtendienste der Länder

Die Kontobestandsdatenabfrage der Landesverfassungsschutzämter richtet sich nach § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 3 AO. Anders als bei § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 AO schreibt § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 3 AO vor, dass die Übermittlung nur zulässig ist, wenn *„dies durch Landesgesetz ausdrücklich zugelassen ist"*. Dieser Zusatz soll zunächst verdeutlichen, dass es sich nicht um eine Erhebungsbefugnis handelt.[1208] Legt man den Zusatz systematisch aus, muss man aber erkennen, dass eine Anfrage der Landesverfassungsschutzämter darüber hinaus nicht auf deren allgemeine Datenerhebungsklauseln[1209] gestützt wer-

1207 BVerfGE 130, 151 (193 ff.) – Bestandsdatenauskunft I.
1208 BT-Drs. 18/11555, S 170.
1209 Übersicht bei *J. Franz Lindner* in BeckO PolR Bayern, BayVSG Art. 5 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

den kann. Wäre die Voraussetzung nur als deklaratorischer Verweis auf das Doppeltürenprinzip gedacht, erschließt sich nämlich nicht, wieso auf diesen Zusatz im Rahmen von § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 2 AO verzichtet wurde. Das Doppeltürenprinzip gilt schließlich auch für den Polizeivollzugsdienst. Angesichts dessen ergibt der Wortlaut also nur Sinn, wenn damit eine spezifische Ermächtigungsgrundlage der Landesverfassungsschutzämter gesetzlich gefordert wird. Von der Notwendigkeit einer speziellen Regelung gingen offensichtlich auch die Landesgesetzgeber aus und haben spezifische Grundlagen geschaffen, etwa § 5c Abs. 3 BWVSG, § 13 Abs. 1 S. 2 RPVerfSchG, § 20 Abs. 4 NdsVerfSchG oder Art. 16 Abs. 2 BayVSG.

In den Ländern, in denen entsprechende Regeln fehlen, etwa in Nordrhein-Westfalen, Hamburg oder Schleswig-Holstein, ist ein automatisiertes Vorgehen über § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 3 AO folglich nicht zulässig. Auf Ermächtigungsgrundlagen, die zu Auskunftsersuchen gegenüber Kreditinstituten berechtigen, wie z. B. § 5 Abs. 2 Nr. 13 NRWVSG oder § 10 Abs. 2 Nr. 2 HVSG, kann die Anfrage zum BZSt nicht gestützt werden. Das Erfordernis des § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 3 AO ist insofern eindeutig und erfordert eine Ermächtigung, die sich ausdrücklich auf das dort normierte automatische Verfahren bezieht.

Wie auch für die Polizeivollzugsbehörden gilt § 93 Abs. 9 AO nicht für die Nachrichtendienste der Länder, § 93 Abs. 9 S. 6 AO. Es sind jedoch spezielle Verfahrensrechte in den Gesetzen der Länder vorgesehen, etwa in den §§ 13 ff. BWVSG. Anders als § 8b Abs. 1 BVerfSchG sehen aber weder § 5c Abs. 3 BWVSG noch § 13 Abs. 1 S. 2 RPVerfSchG oder Art. 16 Abs. 2 BayVSG eine Antragspflicht für die Kontobestandsdatenabfrage vor. Begründet wird dies mit der vermeintlich niedrigen Intensität der Maßnahmen[1210] Die Zulässigkeit der Abfragen wird demnach nicht von einer dritten Stelle geprüft.

Das ist auch deshalb bedenklich, da die Landesverfassungsschutzgesetze keine Benachrichtigungspflicht enthalten. § 5c Abs. 5 BWVSG etwa sieht eine Benachrichtigungspflicht nur für manuelle Bestandsdatenauskünfte von TK-Daten i. S. d. § 173 TKG vor. Auch der Art. 17 Abs. 2 BayVSG, der die Benachrichtigungspflichten über einen Verweis auf den strengen[1211] § 12 G-10 regelt, gilt für die Bestandsdatenabfrage nach Art. 16 Abs. 2 BayVSG gerade nicht. Der Betroffene ist daher auf die allgemeinen Vorschriften der Landesverfassungsschutzgesetze verwiesen, die aber eine Auskunft nur auf

1210 Hierzu BayLT-Drs. 17/19628, S. 54

1211 *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Antrag hin vorsehen, bspw. § 13 Abs. 1 BWVSG, Art. 23 Abs. 1 BayVSG, § 29 Abs. 1 RPVerfSchG.

d. Nachrichtendienste des Bundes

Fast sechs Jahre, bevor für die Polizeivollzugsbehörden und Landesverfassungsschutzbehörden nach § 93 Abs. 8 S. 1 Nr. 2, 3 AO die Möglichkeit zur Kontobestandsdatenabfrage eröffnet wurde, schuf der Gesetzgeber eine entsprechende Rechtsgrundlage für die Nachrichtendienste des Bundes in § 8a Abs. 2a BVerfSchG a.F.[1212], die sich heute wortgleich in § 8a Abs. 2 BVerfSchG findet. Auf den § 8a Abs. 2 BVerfSchG verweisen die §§ 3 Abs. 1 BNDG, 4a MADG.

Möglich war die Einbeziehung der Nachrichtendienste des Bundes auf Grundlage des § 93 Abs. 8 S. 2 AO, der schon damals eine Erweiterung des Kreises auskunftsberechtigter Behörden durch das Bundesgesetz zuließ.[1213] Nachdem sich die Ermächtigungsgrundlage bei den Nachrichtendiensten des Bundes als sinnvoll erwiesen hatte, drängten diese darauf, auch eine Möglichkeit für die Landesbehörden zu schaffen.[1214]

Eingriffsvoraussetzung für eine Kontobestandsdatenabfrage ist die Erforderlichkeit des Auskunftsersuchens für die Sammlung und Auswertung von Informationen i. S. d. § 3 Abs. 1 BVerfSchG, wenn *Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass schwerwiegende Gefahren* für die dort genannten Schutzgüter vorliegen. § 4a MADG übernimmt diese Formulierung mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Schutzgüter aus § 3 Abs. 1 BVerfSchG die in § 1 Abs. 1 MADG genannten Schutzgüter treten.

Nach § 3 Abs. 1 BNDG ist eine Kontobestandsdatenabfrage möglich 1.) zur Erfüllung der Aufgaben nach § 1 Abs. 2 BNDG oder 2.) zum Schutz der Mitarbeiter, Einrichtungen, Gegenstände oder Quellen des BND gegen sicherheitsgefährdende oder geheimdienstliche Tätigkeiten. Voraussetzung ist nach § 3 Abs. 1 S. 2 BNDG, dass im Falle des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNDG eine schwerwiegende Gefahr für die in § 5 Abs. 1 S. 3 Nr. 1-4 BNDG und § 6 G-10 genannten Gefahrenbereiche besteht oder im Falle des § 3 Abs. 1

1212 Gesetz zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes vom 07. Dezember 2011, BGBl. I, S. 2576.

1213 Vgl. BT-Drs. 17/6925, S. 13; *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 39.

1214 Vgl. BT-Drs. 18/5935, S. 40; *Gnüchtel*, NVwZ 2016, 13 (16).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

S. 1 Nr. 2 BNDG eine schwerwiegende Gefahr im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG existiert.

§ 93 Abs. 9 S. 6 AO erlaubt einen Ausschluss der Pflichten aus § 93 Abs. 9 S. 1, 2 AO, wovon der Bundesgesetzgeber in § 8a Abs. 2 S. 2 BVerfSchG Gebrauch gemacht hat. Sinnvollerweise ist also auch die Kontobestandsdatenabfrage durch die Nachrichtendienste des Bundes geheim. Es bestehen aber spezifisch nachrichtendienstliche Verfahrensvorschriften nach § 8b BVerfSchG, auf den § 4a MADG und § 3 Abs. 1 S. 3 BNDG verweisen.

Nach § 8b Abs. 1 BVerfSchG müssen Anordnungen nach § 8a Abs. 1, 2 BVerfSchG beim Innenministerium beantragt werden. Für Anträge des MAD ist das Verteidigungsministerium, § 3 MADG, für Anträge des BND das Kanzleramt zuständig, § 4 Abs. 1 S. 3 BNDG. In der Praxis werden zumeist sogenannte Kombi-Anträge eingereicht. Bei diesen werden gleichzeitig die Kontobestandsdatenabfrage und für den Fall, dass ein Konto gefunden wird, das Auskunftsersuchen an die entsprechende Bank bzgl. der Kontoinhalte nach § 8a Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG beantragt[1215] (dazu gleich). Von 21 Kontostammdatenabfragen zwischen November 2013 und November 2014 erfolgten 19 als Kombi-Antrag.[1216]

Über die Anordnungen muss nach § 8b Abs. 2 S. 1 BVerfSchG noch vor deren Vollzug die G-10-Kommission unterrichtet werden, es sei denn, es besteht Gefahr im Verzug. In diesem Fall soll auch eine Unterrichtung nach Vollzug möglich sein, § 8b Abs. 2 S. 2 BVerfSchG. Die G-10 Kommission prüft nach § 8b Abs. 2 S. 3, 4 BVerfSchG i. V. m. § 15 Abs. 5 G-10 die Zulässigkeit und Notwendigkeit der Einholung von Auskünften und zwar bzgl. der gesamten Datenverarbeitung. Erklärt sie die Anordnung für unzulässig, sind sie vom Innenministerium aufzuheben, § 8b Abs. 2 S. 5 BVerfSchG. Erhobene Daten sind dann umgehend zu löschen, § 8b Abs. 2 S. 6 BVerfSchG. Im Übrigen gelten die Lösch- und weitere Datenverarbeitungspflichten des § 4 G-10 gem. § 8b Abs. 2 S. 7 BVerfSchG.

Der Betroffene ist nach § 8b Abs. 7 BVerfSchG i. V. m. § 12 G-10 über die Maßnahme zu benachrichtigen in dem Moment, in dem der Zweck der Maßnahme durch die Benachrichtigung nicht mehr gefährdet wird.[1217]

1215 BT-Drs. 18/5935, S. 25, 32, 40

1216 Idem, S. 25.

1217 Hierzu *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 57.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

2. Inhaltsdaten

Die Regeln zum automatisierten und damit heimlichen Zugriff auf Kontobestandsdaten sind damit beschrieben. Im Folgenden soll nun erläutert werden, wo der Gesetzgeber einen heimlichen Direktzugriff auf Kontoinhaltsdaten geregelt hat. Es kann kaum überraschen, dass sich solche Regeln weder in der StPO noch in den Polizeigesetzen finden. Letztere sind gerade von der offenen Datenerhebung geprägt. Das trifft zwar auf strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen in diesem Rahmen nicht zu.[1218] Dort soll aber Waffengleichheit zwischen dem Beschuldigten und den Ermittlungsbehörden herrschen, was insbesondere durch Bekanntgabepflichten, etwa §§ 33 Abs. 2, 35 Abs. 2 StPO,[1219] und die obligatorische Beschuldigtenvernehmung[1220] i. V. m. dem Akteneinsichtsrecht[1221] gewährleistet wird. Hinsichtlich der Untersuchung der polizeirechtlichen und strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen musste deshalb festgestellt werden, dass es sich um strukturell offene Maßnahmen handelt (s. o. I. 1. d. & I. 2. c.)

a. Nachrichtendienstliche Auskunftsverlangen

Heimliche Auskunftsersuchen finden sich allerdings in den Gesetzen der Nachrichtendienste.[1222] Dort werden sie als *besondere Auskunftsverlangen* bezeichnet.

aa. Übersicht

In § 8a Abs. 1 Nr. 2 BVerfSchG, auf den die §§ 4a MADG und 3 Abs. 1BNDG verweisen, heißt es z. B.: „*Das Bundesamt für Verfassungsschutz darf im Einzelfall Auskunft einholen bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten, Wertpapierinstituten und Finanzunternehmen zu Konten, Kontenin-*

1218 BGHSt 42, 139 (150); *Roxin/Schünemann,* Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, Rn. 29.

1219 Vgl. BGH, NJW 2010, 1297 (1298).

1220 *Erb* in Löwe/Rosenberg StPO, § 163a Rn. 35; *Kölbel* in MüKo StPO, § 163a Rn. 13; *Fincke*, ZStW 1983, 918 (955 ff., 964 ff.).

1221 BVerfGE 63, 45 (61 f.); *Gaede,* Fairness, 2010, S. 243 f; 301 ff; 305 ff; 828 ff; zur Akteneinsicht *Schlegel*, HRRS 2004, 411.

1222 Übersicht aller heimlichen Informationserhebungen bei *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 26 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

habern und sonstigen Berechtigten sowie weiteren am Zahlungsverkehr Beteiligten und zu Geldbewegungen und Geldanlagen, insbesondere über Kontostand und Zahlungsein- und -ausgänge."

Quasi identische Vorschriften enthalten die Gesetze der Landesverfassungsschutzbehörden, etwa in § 5b Abs. 1 Nr. 1 BWVSG, Art. 16 Abs. 1 Nr. 1 BayVSG oder § 13 Abs. 1 RPVSG. Die Vorschriften erfassen sämtliche Kontodaten, d. h. sowohl Bestands- als auch Inhaltsdaten.[1223]

Die besonderen Auskunftsverlangen unterscheiden sich von den staatsanwaltschaftlichen oder polizeilichen Auskunftsersuchen in zweierlei bedeutsamer Hinsicht. Der erste Unterschied besteht in der gesetzlichen Verpflichtung der Institute zur Verschwiegenheit, die in allen Gesetzen über die Nachrichtendienste enthalten sind, bspw. § 8b Abs. 4 S. 2 BVerfSchG, § 5b Abs. 6 S. 1 BWVSG, Art. 17 Abs. 2 S. 1 BayVSG i. V. m. § 17 Abs. 3 G-10. Es handelt sich also, wie im Recht der Nachrichtendienste üblich, um heimliche Maßnahmen. Die Verschwiegenheitspflicht ist grundsätzlich sanktionsfrei,[1224] es sei denn, eine solche Sanktion wird angeordnet. Das ist bislang nur bei den Gesetzen der Fall, die auf die §§ 17, 18 G-10 verweisen, etwa Art. 17 Abs. 2 S. 1 BayVSG.

Der zweite große Unterschied besteht darin, dass die Institute – anders als im Rahmen von § 161 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2 StPO – bei nachrichtendienstlichen Auskunftsersuchen zur Übermittlung der Information verpflichtet sind. Für die Nachrichtendienste des Bundes ist dies ausdrücklich in § 8b Abs. 6 BVerfSchG festgehalten, der laut dem Gesetzgeber aber nur eine klarstellende Funktion haben soll. Die Pflicht soll sich stattdessen unmittelbar aus der Ermächtigung zum Auskunftsverlangen ergeben.[1225]

Diese Ansicht muss angesichts der Rechtsprechung vom Doppeltürenprinzip aber als kontrovers empfunden werden und gewinnt an Bedeutung, wenn man sich die einzelnen landesgesetzlichen Regelungen ansieht. Denn nur in manchen von diesen findet man eine vergleichbar eindeutige Regelung wie jene des § 8b Abs. 6 BVerfSchG. Hier kommt die Frage also durchaus zum Tragen, ob die Verpflichtung der Anfrage inhärent ist oder die Übermittlungspflicht im Gesetz geregelt sein muss.

1223 *Mallmann* in Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BVerfSchG § 8a Rn. 11 für Art. 16 BayVSG BayLT-Drs. 17/10014, S. 36; *K.-A. Schwarz* in BeckO PolR Bayern, BayVSG Art. 16 Rn. 12 f.

1224 *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 63.

1225 BT-Drs. 17/6925, S. 16.; *Fremuth*, AöR 2014, 32 (53).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Dabei bedarf es nicht zwingend einer ganz ausdrücklichen bzw. alleinstehenden Regelung. Es dürfte ausreichen, wenn sich per Auslegung ergibt, dass der jeweilige Gesetzgeber eine Verpflichtung regeln wollte.[1226] In § 20 Abs. 5 NdsVSG z. B. heiß es etwa „*Auskünfte nach den Abs. 1, 3 sind* (herv. durch Verf.) *unentgeltlich zu erteilen*". In Art. 17 Abs. 2 BayVSG oder § 13 Abs. 6 RPVerfSchG ist ebenfalls von dem „Verpflichteten" bzw. den „verpflichteten Unternehmen" die Rede. Auch im Rahmen der Landesverfassungsschutzgesetze, die eine Klarstellung der Übermittlungspflicht vermissen lassen, wird also meist von einer Auskunfts*pflicht* ausgegangen. Es ist aber durchaus fraglich, ob die Landesgesetze, die die Verpflichtung der Adressaten nicht klar bestimmen, dem verfassungsrechtlichen Doppeltürenprinzip entsprechen.[1227]

Um diesen Missstand auszuräumen, sollte auch in den Landesgesetzen eine Deklaration entsprechend § 8b Abs. 6 BVerfSchG aufgenommen werden. Sofern es an einer solchen Klarstellung fehlt, ist offen, ob die Landesgesetze den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Doppeltürenprinzips standhalten.

Die nachrichtendienstlichen Auskunftsverlangen gehen insbesondere hinsichtlich der materiellen Anforderungen deutlich über die Ermittlungsgeneralklausel der Strafverfolgungsbehörden (Anfangsverdacht) oder die allgemeinen Datenerhebungsklauseln der Polizei (konkrete Gefahr) hinaus.

Nach § 8a Abs. 1 S. 2 BVerfSchG müssen „*Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass schwerwiegende Gefahren für die in § 3 Abs. 1 genannten Schutzgüter vorliegen*". Hintergrund dieser vergleichsweise detaillierten Regelungen ist die Heimlichkeit der Maßnahmen.

Die besonderen Auskunftsverlangen der Dienste müssen insofern der systematischen Rechtsprechung des BVerfG zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen entsprechen und lagen dort auch schon zur Prüfung vor.[1228] Das Gericht befand, dass es sich angesichts der Sensibilität der Kontodaten um Überwachungsmaßnahmen von „erheblicher Intensität" bzw. „erhöhtem Gewicht" handle, was wohl der mittleren Stufe des etablierten

1226 Vgl. BVerfGE 155, 119 (209 ff.) – Bestandsdatenauskunft II; E 130, 151 (202 ff.) – Bestandsdatenauskunft I.

1227 Vgl. *Mallmann* in Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BVerfSchG § 8b Rn. 7.

1228 BVerfGE 120, 274 (346 ff.) – Online-Durchsuchung.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Stufenmodells des BVerfG entsprechen dürfte (s. oben Kap. B. III. 1.).[1229] Dementsprechend forderte es, dass nur bei qualifiziertem Anlass sowohl hinsichtlich des geschützten Rechtsguts als auch des Grades der Beeinträchtigung und nur bei Schaffung ausreichender Verfahrensvorkehrungen zur (internen) Rechtmäßigkeitskontrolle eine solche Maßnahme erlaubt sei.[1230]

Aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Absegnung bestehen gegen die aktuelle Ausgestaltung der besonderen Auskunftsverlangen in den Verfassungsschutzgesetzen, abgesehen von der Doppeltürenproblematik, keine durchschlagenden Bedenken. Sie können vielmehr als Richtanker für die Befugnisse der operativen Sicherheitsbehörden gesehen werden, da für jene traditionell höhere Anforderungen an (heimliche) Überwachungsmaßnahmen gestellt werden.[1231]

bb. Durchsetzbarkeit

Die Auskunftsersuchen stellen aufgrund der Verpflichtung – jedenfalls, soweit eine solche im Gesetz vorgesehen ist – gegenüber den unmittelbaren Maßnahmeadressaten Verwaltungsakte dar.[1232] Dasselbe gilt für die Landesgesetze, die eine Anordnung durch einen Landesminister vorsehen, wie etwa § 5b Abs. 4 S. 3 BWVSG. Gegenüber dem Betroffenen, also dem Dateninhaber, liegt hingegen mangels Bekanntgabe weiterhin nur ein Realakt vor.[1233]

1229 Dazu *Rusteberg,* KritV 2017, 24 (29 ff.); *Bäcker* in Herdegen/Masing/Poscher ua. (Hrsg.), Hdb. Verfassungsrecht, 2021, § 28 Rn. 89 ff.; krit. *Tanneberger,* Sicherheitsverfassung, 2014, S. 234 f.

1230 BVerfGE 120, 274 (348 ff.) – Online-Durchsuchung.

1231 Vgl. BVerfGE 133, 277 (323 ff.) – Antiterrordatei I; E 156, 11 (50 ff.); NJW 2022, 1583 (Rn. 153 ff.) – Bayerisches Verfassungsschutzgesetz; s.a. *Poscher/Rusteberg* KJ 2014, 57 (60 ff.); *Gärditz,* JZ 2013, 633 (634); *Gusy*, GA 1999, 319 (325 ff.); *Bäcker* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. B Rn. 245 ff.

1232 *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, Vi § 1 Rn. 11, der den VA aber in der Anordnung des BMI erkennt; aA. wohl VG Berlin, Urt. v. 23. 05.2013 – 1 K 194.11 (Feststellungsklage).

1233 *Son,* Heimliche Eingriffe, 2011, S. 96 ff.; *Deutsch,* Informationen, 1992, S. 279 f.; *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI §1 Rn. 14 jeweils mwN auch zur aA.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Durchsetzbarkeit der Auskunftsverlangen ist trotz VA-Qualität hoch umstritten.[1234] Mit Verweis auf das Trennungsprinzip[1235] wird vielfach davon ausgegangen, dass zwar eine Auskunftspflicht aufgrund der Auskunftsverlangen entsteht, eine Durchsetzung aber nicht möglich sei, da das Verlangen sonst den Charakter einer polizeilichen Maßnahme erhielte.[1236] Eine solche sollen die Nachrichtendienste aber gerade nicht durchführen können, § 8 Abs 3 BVerfSchG.

Nach § 8b Abs. 1 S. 1 BVerfSchG ergehen die Auskunftsersuchen nach Anordnung des Innenministeriums. Die Beamten der Nachrichtendienste müssen diese Anordnung beantragen. Es stellt sich daher die Frage, ob überhaupt ein Verwaltungsakt der Nachrichtendienste vorliegt, oder ob nicht die Anordnung durch das Innenministerium die Grundlage für das Auskunftsersuchen darstellt.[1237] Für diese gilt das Trennungsprinzip grundsätzlich nicht, weshalb eine Durchsetzung nach dem Vollstreckungsrecht des Bundes infrage käme. Dafür, dass die ministeriale Anordnung den Verwaltungsakt darstellt, lässt sich § 8b Abs. 4 BVerfSchG ins Feld führen, wonach, die Anordnung auch dem Verpflichteten mitgeteilt werden muss. Man könnte annehmen, dass die Auskunftspflicht erst durch die Mitteilung der Anordnung i. S. d. § 41 VwVfG bekanntgegeben wird. Die Nachrichtendienste agierten insofern nur als Boten des Innenministeriums.[1238]

Der Gesetzgeber ging bei der Schaffung der Auskunftsermächtigungen im Jahr 2001 aber ausdrücklich davon aus, dass die Auskunftsverlangen nicht mit Verwaltungszwang durchsetzbar sein sollten.[1239] Allerdings wird hiergegen durchaus scharfsinnig vorgetragen, dass die Anordnungen ursprünglich noch gem. § 8 Abs. 9 BVerfSchG aF[1240] vom Präsidenten des

1234 Ausf. *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 14 ff.

1235 Hierzu allg. *Gusy* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, IV § 1 Rn. 28 ff.; *ders.*, GSZ 2021, 141 (144 ff.); *Bäcker* in Herdegen/Masing/Poscher ua. (Hrsg.), Hdb. Verfassungsrecht, 2021, § 28 Rn. 79 f.; *Poscher/Rusteberg* KJ 2014, 57 (58 ff.).

1236 *Mallmann* in Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BVerfSchG §8a Rn. 3; *Droste,* Hdb. VerfSchR, 2007, S. 233.

1237 *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 15; *Droste,* Hdb. VerfSchR, 2007; *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 27.

1238 Ibid.

1239 BT-Drs. 14/7386, S. 39

1240 Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 11. Januar2002, BGBl. I, S. 361.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Bundesverfassungsschutzes erlassen wurden. Aus der Gesetzesbegründung von 2001 lässt sich somit in der Tat nichts für die Gegenwart herleiten, da zu diesem Zeitpunkt in jedem Fall von einem Verwaltungsakt des Bundesverfassungsschutzes ausgegangen werden musste.[1241] Ob das heute noch gilt, ist gerade fraglich. In der Gesetzesbegründung[1242] zum Terorrismusbekämpfungsergänzungsgesetz von 2007[1243], durch das die Anordnungskompetenz zum Innenministerium überging, wurde das Problem nicht mehr angesprochen, ebenso wenig in den jüngeren Gesetzesänderungen aus den Jahren 2011[1244] und 2020[1245].

Die Zuordnung der Auskunftsverlangen als Verwaltungsakte des Innenministeriums, vermag indes nicht zu überzeugen. Durch § 8a BVerfSchG wird ausdrücklich der Bundesverfassungsschutz ermächtigt, *im Einzelfall Auskunft einzuholen*. Die Stellung unmittelbar hinter § 8 BVerfSchG, der die (allgemeinen) „*Befugnisse*" des Bundesverfassungsschutzes regelt, zeigt auf, dass es sich bei § 8a BVerfSchG um spezielle Ermächtigungen des Nachrichtendiensts handelt. Auch § 8b Abs. 10 BVerfSchG spricht von den „*Befugnissen*" (der Dienste).[1246] § 8b BVerfSchG selbst ist hingegen als Verfahrensregel tituliert. Entsprechend ordnet § 8b Abs. 4 BVerfSchG nicht nur die Übermittlung der Anordnung an, sondern auch deren Form. Sie soll so ausführlich sein, „*als dies erforderlich ist, um ihm* (dem Dienst) *die Erfüllung seiner Verpflichtung zu ermöglichen*".

Die Anordnung des Innenministeriums stellt sich in dieser Systematik also nicht als konstituierendes Merkmal der Auskunftspflicht dar, sondern als deren formelle Voraussetzung.[1247] Ein Blick auf die Rechtsprechung zu Anordnungen anderer nachrichtendienstlicher Maßnahmen spricht ebenfalls für diesen Befund. Das BVerwG hat die Anordnung einer strategischen Telefonüberwachung nach §§ 5, 10 G-10 durch den BND als innerdienstliche Weisung qualifiziert, auch wenn es die Frage für individuelle Anordnungen offenlassen will.[1248]

1241 So *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 16.
1242 BT-Drs. 16/2921
1243 Gesetz zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz) vom 10. Januar 2007, BGBl. I., S. 2.
1244 BT-Drs. 17/6925
1245 BT-Drs. 19/25294
1246 Darauf weist *Fremuth*, AöR 2014, 32 (54) hin.
1247 Vgl. *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 29 f.
1248 BVerwG, NJW 2008, 2135 (2137).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Die Einordnung der Auskunftsersuchen als Verwaltungsakte der Nachrichtendienste führt auch nicht zu einem Widerspruch mit der Mitteilungspflicht des § 8b Abs. 4 BVerfSchG. Die Verpflichteten sollen nicht auf rechtswidrige Ersuchen antworten. Daher sind sie auf die Mitteilung der ministerialen Anordnung, ohne die das Auskunftsverlangen nicht rechtmäßig sein kann, angewiesen. In der Gesetzesbegründung von 2001 wurde die Mitteilungspflicht als Parallelregelung zu § 10 Abs. 6 G-10 verstanden.[1249] Dort heißt es: „*Die Anordnung ist dem (…) Verpflichteten insoweit mitzuteilen, als dies erforderlich ist, um ihm die Erfüllung seiner Verpflichtungen zu ermöglichen*". Auch hier ist ganz offensichtlich, dass die Anordnungsmitteilung eine verfahrenssichernde Wirkung hat und nicht selbstständig den bekanntgegebenen Verwaltungsakt darstellen soll.

Die Zuständigkeit des Innenministeriums für die Anordnung der Auskunft ändert daher nichts an der Einordnung dieser als Maßnahme des jeweiligen Nachrichtendienstes.[1250] Es handelt sich somit um Verwaltungsakte derselben.

Um die Frage, ob das Trennungsgebot einer Anwendung des Vollstreckungsrechts entgegensteht, käme man daher nicht herum. Jedenfalls für die klassischen Polizeimaßnahmen, denen per se ein Zwangsmoment innewohnt, ist das Verbots einer Anwendung durch die Nachrichtendienste jedenfalls einfachgesetzlich anerkannt, z. B. für Festnahmen, Vernehmungen, Beschlagnahmen oder Durchsuchungen.[1251] Ob die Durchsetzung von Informationsansprüchen damit ebenfalls ausgeschlossen sein soll, ist aber weiterhin unklar, denn anders als die genannten Maßnahmen ist die Informationsbeschaffung originäre Aufgabe der Nachrichtendienste.[1252] Einigkeit besteht allenfalls darin, dass die Nachrichtendienste ihre Informationen nicht selbst zur Gefahrenabwehr durch Zwangsmaßnahmen einsetzen dürfen.[1253] Die pauschale Aussage, dass den Nachrichtendiensten Ver- oder Gebotsverfügungen untersagt seien,[1254] lässt sich schon mit § 8b Abs. 6 BVerfSchG, der ja eine Pflicht deklariert, nicht mehr in Einklang bringen.

1249 BT-Drs. 16/2921, S. 15.
1250 So auch *Fremuth*, AöR 2014, 32 (54).
1251 BVerfG, NJW 2011, 2417 (2420); *Roggan/Bergemann*, NJW 2007, 876 (876); zur Frage des Verfassungsrangs nur *Ibler* in Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 87 Rn. 143.
1252 *Bäcker* in Herdegen/Masing/Poscher ua. (Hrsg.), Hdb. Verfassungsrecht, 2021, § 28 Rn. 20 ff.; *Poscher/Rusteberg* KJ 2014, 57 (59 ff.)
1253 *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 19; *Poscher/Rusteberg* KJ 2014, 57 (58).
1254 *Droste,* Hdb. VerfSchR, 2007, S. 294.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schon deshalb kann aus ihr nicht hergeleitet werden – selbst, wenn man sie für zutreffend erachtet –, dass Informationspflichten nicht zwangsweise durchgesetzt werden könnten.[1255]

Die Frage ist indes zu groß, um in dieser Arbeit abschließend beantwortet werden zu können. Einer abschließenden Stellungnahme bedarf es hier auch nicht. Für die Bewertung der Informationserhebungs- und Weiterleitungsbefugnisse der FIU im Rahmen der Geldwäschebekämpfung, die im Fokus dieser Untersuchung steht, kommt es ohnehin auf das anerkannte informationelle Trennungsprinzip[1256] an (dazu Kap. G. III. 3.).

Auch das Bundesverfassungsgericht scheut seit jeher eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Trennungsgebot. Daher ist bis heute nicht klar, welchen Rang es im Verfassungsgefüge einnimmt und welche Folgen für den Gesetzgeber daraus konkret erwachsen.[1257]

Neben dem Verwaltungszwang wird eine weitere Durchsetzungsvariante in den Raum geworfen. Selbst wenn man die Auskunftsersuchen schon nicht für einen Verwaltungsakt oder für einen nicht-durchsetzbaren Verwaltungsakt hielte, bleibt stets die Frage offen, ob die von § 8b Abs. 6 BVerfSchG deklarierte Pflicht einfach gerichtlich einklagbar sein könnte.[1258] Ob diese Möglichkeit aber praxistauglich ist, darf bezweifelt werden. Durch die (öffentliche) Klage eines Nachrichtendienstes würde die Heimlichkeit der Maßnahme verlorengehen. Das Vorgehen dürfte sich für die Nachrichtendienste daher als zu riskant erweisen, da mit der Offenkundigkeit ein erheblicher Nachteil für die weiteren Ermittlungen einhergehen dürfte.

cc. Fazit

Festzuhalten ist, dass heimliche Zugriffe auf Kontoinhaltsdaten durch Auskunftsersuchen der Nachrichtendienste möglich sind und in der Praxis

1255 Offen auch bei *Poscher/Rusteberg* KJ 2014, 57 (58).

1256 BVerfGE 133, 277 – Antiterrordatei I ;E 156, 11 – Antiterrordatei II;, NJW 2022, 1583 (Rn. 171 ff.) – Bayerisches Verfassungsschutzgesetz; dazu nur *Bäcker* in Bäcker/Denninger/Graulich (Hrsg.), Lisken/Denninger Hdb. Polizeirecht, Kap. B Rn. 260 ff.; *Gärditz*, JZ 2013, 633; *Unterreitmeier*, DÖV 2021, 659; *Löffelmann*, GSZ 2021, 25 (33 ff.); *Gusy*, GSZ 2021, 141.

1257 Vgl. nur *Banzhaf,* Verfassungsschutz, 2021, 197 ff. *Gusy*, GSZ 2021, 141 (144 ff.).

1258 so *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 20 f.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

stattfinden.[1259] Die Regelungen in manchen Ländern weisen aber die Unzulänglichkeit auf, dass sie die Verpflichtung der Institute zur Auskunftserteilung nicht ausdrücklich deklarieren. Es könnte daher an der erforderlichen *zweiten Tür* fehlen.[1260] Es stellt sich außerdem die Frage, ob die Institute sich weigern können, den Auskunftsersuchen nachzukommen. Eine Antwort auf diese Frage ließe sich allerdings nur aus einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Trennungsgebot von Nachrichtendiensten und Polizei generieren. Eine solche kann und soll hier aber nicht geliefert werden.

Auch fehlt es in einigen Gesetzen an einer Sanktion, wenn die Institute gegen die Geheimhaltungspflicht verstoßen.[1261] Eine solche Pflicht findet sich indes in §§ 47 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. 56 Abs. 2 Nr. 7 GwG für Mitteilungen über Auskunftsverlangen nach § 30 Abs. 3 S. 1 GWG. Dieser Vorschrift soll sich im folgenden Abschnitt zugewandt werden.

b. Zugriffsrechte der FIU

Nach § 30 Abs. 3 S. 1GwG kann die FIU *„unabhängig vom Vorliegen einer Meldung Informationen von Verpflichteten einholen, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.*" Durch diese Vorschrift wurde der FIU eine weitreichende, ausdrückliche Ermächtigung zum Abruf von Informationen bei Verpflichteten eingeräumt – noch bevor[1262] eine solche Vorschrift durch Einführung des Art. 31 Abs. 9 der 5. EU-GeldwäscheRL obligatorisch wurde. Der Gesetzgeber wollte mit § 30 Abs. 3 GwG den Art. 31 Abs. 3 S. 4 der 4. EU-GeldwäscheRL umsetzen.[1263] Da Art. 31 Abs. 3 S. 4 der 4. EU-GeldwäscheRL aber im Zusammenhang mit Verdachtsmeldungen steht, dürfte § 30 Abs. 3 GwG eine überschießende Umsetzung dargestellt

1259 BT-Drs. 18/5935, S. 25 ff; *InGFA*, (Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat), Evaluation Terrorismusbekämpfungsgesetz, Juli 2018, S. 27 ff. *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 27, der auf einen Bericht der Bundesregierung hinweist, nach dem bis 2013 kein Auskunftsersuchen abgelehnt wurde

1260 Vgl. *Mallmann* in Schenke/Graulich/Ruthig (Hrsg.), Sicherheitsrecht des Bundes, 2. Auflage 2019, BVerfSchG § 8a Rn. 7.

1261 Dazu krit. *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1 Rn. 63.

1262 Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni 2017 (BGBl I. S. 1822).

1263 BT-Drs. 18/11555, S. 141.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

haben.[1264] Erst mit Art. 31 Abs. 9 der 5. EU-GeldwäscheRL hat der europäische Gesetzgeber eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Etablierung einer verdachtsunabhängigen Zugriffsnorm geschaffen.

Die Auskunftsersuchen der FIU dürften sich auf umfassende Informationen beziehen. Der Begriff der Informationen in § 30 Abs. 3 GwG ist mangels einschränkender Umschreibungen weit zu verstehen und schließt sämtliche Kontobestands- und Inhaltsdaten mit ein.[1265]

Weder § 30 Abs. 3 S. 1GwG noch die Finanzinformations-RL enthalten spezifische Voraussetzungen für die Ersuchen der FIU an die verpflichteten Institute – außer dass die Informationen für die Aufgaben der FIU *notwendig* sein müssen. Damit scheinen sämtliche Aufgaben gemeint – jedenfalls aber alle in § 28 GwG genannten. Da nach § 28 Abs. 1 S. 1 GwG nicht nur die *Erhebung und Analyse von Informationen im Zusammenhang mit Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung,* sondern auch die *Weitergabe dieser Informationen an die zuständigen inländischen öffentlichen Stellen* zur Aufgabe der FIU gehört, dürfte auch § 32 Abs. 3 GwG als Aufgabe i. S. d. § 30 Abs. 3 S. 1 GwG zu verstehen sein.

Danach übermittelt die FIU *auf Ersuchen Daten aus Finanzinformationen und Finanzanalysen – auch, soweit sie personenbezogene Daten enthalten, an die Strafverfolgungsbehörden, das Bundesamt für Verfassungsschutz, den Bundesnachrichtendienst oder den MADG.* Es wäre also denkbar, dass die FIU Informationen bei den Instituten anfragt, um ein solches Ersuchen zu beantworten, wenn sie selbst die notwendigen Informationen noch nicht besitzt. In den Gesetzen für die Geheimdienste ist ein solches Vorgehen ausdrücklich verboten, § 17 Abs. 1 BVerfSchG, § 10 Abs. 3 BNDG, § 10 Abs. 4 MADG.

Gerade aber, weil der Gesetzgeber die FIU nicht mit den Geheimdiensten gleichsetzen wollte (dazu Kap. G. III. 3. b. (2)), lässt das Fehlen einer vergleichbaren Vorschrift im GwG durchaus den Schluss zu, dass die FIU aktiv Informationen erstmals einholen darf, nach denen sie von anderen Behörden ersucht wurden.

Verschiedene Sicherheitsbehörden inklusive der Staatsanwaltschaft könnten nach dieser Interpretation also über §§ 30 Abs. 3, 32 Abs. 3 GwG mittelbar auf Informationen der Verpflichteten zugreifen. Dies ist problematisch, da die Verpflichteten nach §§ 47 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. 56 Abs. 2 Nr. 7 GwG über die Ersuchen der FIU stillschweigen müssen. Den Sicher-

1264 *Barreto da Rosa* in Herzog GwG, § 30 Rn. 17.
1265 Idem, Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

heitsbehörden könnten über §§ 32 Abs. 3, 30 Abs. 3 GwG also mittelbar die Ermächtigung zu heimlichen Auskunftsersuchen bei etlichen Privaten eingeräumt worden sein.

Über § 161a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StPO könnte die Staatsanwaltschaft zwar ohnehin die FIU zu Auskünften verpflichten. Erst durch § 32 Abs. 3 GwG würde aber die FIU ermächtigt, aufgrund der Anfragen der Sicherheitsbehörden eigene Auskunftsersuchen an die Verpflichteten zu richten.

§ 32 Abs. 3 GwG enthält keine spezifischen materiellen oder formellen Voraussetzungen für die Weiterleitung von Finanzdaten durch die FIU an die in der Vorschrift bezeichneten Sicherheitsbehörden. Solche Voraussetzungen sind vom europäischen Gesetzgeber auch nicht vorgesehen. Dieser hatte nach Erlass der 5. Geldwäsche-RL zwar eigens die Finanzinformations-RL für die Verwendung von Finanzdaten im Sicherheitsrecht erlassen. In Art. 7 der Finanzinformations-RL, der das Recht auf Ersuchen von Sicherheitsbehörden bei der FIU determiniert, finden sich aber ebenfalls keine spezifischen Voraussetzungen für die Anfragen.

Die Vereinbarkeit von § 30 Abs. 3 S. 1GwG bzw. Art. 31 Abs. 9 der 5. EU-Geldwäsche-RL mit höherrangigem Recht ist daher sehr zweifelhaft. Durch die Vorschriften wird einer staatlichen Behörde unmittelbar die Möglichkeit eingeräumt, Private zu einer Auskunft über sensible personenbezogene Daten zu verpflichten –Daten, die die Privaten aufgrund desselben Normenkomplexes für mindestens fünf Jahre aufbewahren müssen.

Da die FIU die Daten an verschiedene Sicherheitsbehörden weitergeben muss bzw. aufgrund derer Anfragen tätig werden kann, wird diesen mittelbar Zugriff auf einen vorgehaltenen Datenpool eingeräumt. Es bestehen daher mit Blick auf den Zugriff insbesondere der Staatsanwaltschaft über § 32 Abs. 3 GwG unübersehbare Parallelen zur Vorratsdatenspeicherung von TK-Verkehrsdaten.[1266]

Dass §§ 30 Abs. 3, 32 Abs. 3 GwG deshalb unter Anwendung des Art. 2 Nr. 5 EU-FinanzinformationsRL einschränkend auszulegen sind, soll später gezeigt werden. Darüber hinaus wirft die Übermittlung der FIU Fragen hinsichtlich der informationellen Trennung von Nachrichtendiensten und anderen Sicherheitsbehörden auf (zu beiden Fragen unten Kap. G. III 2. & 3.)

1266 Vgl. *Böszörmenyi/Schweighofer*, Int. Rev. of Law, Computers & Technology 29 (2015), 63 (71 f.); *C. Kaiser,* Privacy in Financial Transactions, 2018, S. 481 ff.; *B. Vogel* in Vogel/Maillart (Hrsg.), Anti-Money Laundering Law, 2020, S. 157 (242 ff.) *ders.* in Vogel/Maillart (Hrsg.), Anti-Money Laundering Law, 2020, S. 881 (896 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Zusammenfassung: Übersicht der Zugriffsrechte

Im vorangegangenen Kapitel wurden die Zugriffsrechte der Sicherheitsbehörden auf Finanzinformationen dargestellt, erläutert und analysiert. Es hat sich gezeigt, dass der Zugriff auf Kontodaten sowohl im Hinblick auf Bestands- als auch Inhaltsdaten schon seit geraumer Zeit ein typisches Ermittlungsinstrument darstellt.[1267]

Dabei erfolgt die Ermittlung klassischerweise individuell bezogen und offen. Sie unterscheidet sich insofern nicht von irgendeiner anderen Form der gefahrenabwehrrechtlichen oder strafverfahrensrechtlichen Informationsgewinnung. Allerdings liegen Finanzdaten naturgemäß massenhaft vor. Dieser Umstand hat in der jüngeren Vergangenheit zu Verschiebungen in der Gesetzgebung und Ermittlungspraxis geführt.

So hat der Gesetzgeber, noch bevor dies europarechtlich obligatorisch wurde, trotz erheblicher Kritik (s. Kap)[1268], die automatisierte und somit heimliche Abfrage von „Kontostammdaten" eingeführt, was vom BVerfG im ersten eigentlichen Bestandsdatenurteil gebilligt wurde.[1269]

Die Staatsanwaltschaft nutzt aber nicht nur Bestandsdaten, sondern greift auch auf Kontoinhaltsdaten zu. Das BVerfG hat es ihr sogar gestattet, Auskunftsersuchen an Kreditinstitute zu richten, die nicht auf eine bestimmte Person gerichtet sind, sondern Verdachtspersonen durch Rastern der Datensätze erst zutage fördert.[1270] Immerhin erfolgt die Massenabfrage von Kontoinhaltsdaten nach der Ermittlungsgeneralklausel nicht heimlich, sondern nach den allgemeinen Regeln der Waffengleichheit im Strafverfahren.[1271] Im Polizeirecht gilt äquivalent der Grundsatz der Offenheit polizeirechtlicher Ermittlungen. Heimliche Auskunftsersuchen bei Kredit- und anderen Finanzinstituten stehen daher allein den Nachrichtendiensten zu, etwa nach § 8a Abs.1 Nr. 2 BVerfSchG.[1272]

Der Ausschluss heimlicher Ermittlungen von Kontoinhaltsdaten im Rahmen der klassischen Sicherheitsgesetze wird durch die Regeln des Anti-

1267 *Kahler,* Kundendaten, 2017, S. 31 ff.; *Reichling*, JR 2011, 12; *Wonka*, NJW 2017, 3334 (3337 f.).
1268 Übersicht bei *Pfisterer*, JöR 2017, 393; *Degen,* Geldwäsche, 2009, S. 273 ff.
1269 BVerfGE 118, 168 – Kontostammdaten
1270 BVerfG, NJW 2009, 1405
1271 *Ransiek*, wistra 1999, 401.
1272 Zu diesen etwa *Fremuth*, AöR 2014, 32 (53 ff.); *Schwabenbauer,* Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 27; *Gärditz* in Dietrich/Eiffler (Hrsg.), Hdb. Nachrichtendienste, 2017, VI § 1.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Geldwäscherechts durchbrochen. Die FIU analysiert nicht nur Meldungen der Geldwäscheverpflichteten nach § 43 Abs. 1 GwG, sondern kann nach § 30 Abs. 3 GwG auch ohne vorherige Meldung bei den Verpflichteten Auskünfte zu sämtlichen[1273] Finanzinformationen abfragen. Über solche Auskunftsersuchen haben die adressierten Institute unter Bußgeldandrohung Stillschweigen zu bewahren, §§ 47 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. 56 Abs. 2 Nr. 7 GwG.

Das Auskunftsrecht der FIU geht einher mit der Möglichkeit von Staatsanwaltschaften, bei der FIU um Auskünfte zu ersuchen, § 32 Abs. 3 S. 1 GwG. Somit besteht die Möglichkeit, dass Staatsanwaltschaften mittelbar einen heimlichen Zugang zu bei Privaten gespeicherten Finanzinformationen erhalten. Die Ermittlungsprinzipien der StPO drohen insofern umgangen zu werden. Wie dieses Problem grundrechtlich zu lösen sein könnte, soll später besprochen werden (Kap. G. III. 2. c.)

1273 *Barreto da Rosa* in Herzog GwG, § 30 Rn. 19.

https://doi.org/10.5771/9783748952909-235 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY