



## Stellungnahme

**zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Jerzy Montag, Volker Beck (Köln), Ingrid Hönlinger, Memet Kilic, Sven-Christian Kindler, Monika Lazar, Dr. Konstantin von Notz, Wolfgang Wieland, Josef Philip Winkler und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

**„Entwurf eines Gesetzes zu einer rechtsstaatlichen und bürgerrechtskonformen Ausgestaltung der Funkzellenabfrage als Ermittlungsmaßnahme“ (Bundestags-Drucksache 17/7033)**

sowie

**zum Gesetzentwurf der Abgeordneten Jan Korte, Dr. Petra Sitte, Nicole Gohlke, Dr. Rosemarie Hein, Ulla Jelpke, Kornelia Möller, Petra Pau, Jens Petermann, Raju Sharma, Frank Tempel, Halina Wawzyniak und der Fraktion DIE LINKE**

**„Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung (Abschaffung der nichtindividualisierten Funkzellenabfrage - § 100g Absatz 2 Satz 2 StPO)“ (Bundestags-Drucksache 17/7335)**

### 1. Allgemeines zum Regelungsbedarf

Der erste Prüfungsschritt bei der Beurteilung eines gesetzgeberischen Vorhabens ist die Frage, ob eine Gesetzesänderung oder eine gesetzliche Neuregelung überhaupt notwendig ist. Aus gutem Grund verlangt § 43 Abs. 1 Nr. 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) von der Begründung eines Gesetzentwurfs der Bundesregierung an erster Stelle die Darstellung der Notwendigkeit des Gesetzentwurfs und seiner Einzelvorschriften. Zwar bindet die Geschäftsordnung der Bundesregierung selbstverständlich nicht das Parlament. Jedoch sollte aus der praktischen Sicht des Rechtsanwenders die kritische Überprüfung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Änderung selbstverständliche Voraussetzung des Tätigwerdens des Gesetzgebers sein, schon weil die praktische Umsetzung jeder gesetzlichen Neuregelung unvermeidbar Ressourcen der Gerichte – und im Bereich des Strafrechts der Staatsanwaltschaften – in Anspruch nimmt, die naturgemäß knapp sind.

**Briefanschrift:**  
96045 Bamberg  
**Hausanschrift:**  
Wilhelmsplatz 1  
96047 Bamberg

**Internet:**  
[www.justiz.bayern.de/sta/staolig/ba/](http://www.justiz.bayern.de/sta/staolig/ba/)  
**Telefon-Vermittlung**  
0951/833-0

**Geschäftszeiten:**  
Wegen der Gleitzeit erreichen Sie die Mitarbeiter am sichersten:  
Mo.- Fr. 8.00 –12.00 Uhr  
Mo.- Do. 13.00 –15.00 Uhr

**Öffentl. Verkehrsmittel:**  
Wilhelmsplatz  
Buslinien 905,  
921 und 930  
P + R-Linie

**Konto:**  
Bayer. Landesbank  
Girozentrale München  
BLZ 700 500 00  
Kto. Nr. 24 919

\*) Wichtiger Hinweis: Die E-Mail-Adresse eröffnet keinen Zugang für formbedürftige Erklärungen in Rechtssachen!

Zur gebotenen kritischen Beurteilung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung gehört es auch, nicht vorschnell aus einem Fall tatsächlich oder vermeintlich fehlerhafter Sachbehandlung der Verwaltung oder eines Gerichts den Schluss auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung zu ziehen. Die Fehlerkorrektur im Einzelfall ist nicht Aufgabe des Gesetzgebers, sondern z.B. der Gerichte, der Dienstaufsicht oder auch der parlamentarischen Überprüfung beispielsweise durch Anfragen oder gegebenenfalls auch durch einen Untersuchungsausschuss.

Beide hier vorliegende Gesetzentwürfe sehen ihren Anlass allein in den Funkzellenabfragen anlässlich der Straftaten um den 19. Februar 2011 in Dresden, dem 66. Jahrestag der Bombardierung der Stadt. Mir steht eine Bewertung der gerichtlichen und staatsanwaltlichen Entscheidungen zu den Funkzellenabfragen in Dresden im Februar 2011 nicht zu. Jedoch ist den Gesetzentwürfen hier immerhin das „Gutachten zur Gewaltenteilung im Strafermittlungsverfahren und zur Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer nachträglichen Funkzellenabfrage“ von Professor Dr. Dr. h.c. Ulrich Batts, Humboldt-Universität zu Berlin, vom 13. September 2011 entgegenzuhalten, der zu folgendem Ergebnis kommt: „Die Abwägung des Strafermittlungsinteresses mit der beträchtlichen Anzahl an Drittbetroffenen und der Intensität der vielen Grundrechtseingriffe ergibt, dass die Anordnung der nachträglichen Funkzellenabfrage vom 22./23.02.2011 insgesamt als angemessen zu bewerten ist.“ Wie auch immer: Beide Gesetzentwürfe legen nicht schlüssig dar, warum aus dem Einzelfall der Dresdner Funkzellenabfrage die Notwendigkeit einer gesetzlichen Neuregelung oder gar einer Streichung dieses Ermittlungsinstruments folgen sollte.

Auch die in den Medien aktuell breit diskutierten Fälle der Funkzellenabfragen in Berlin im Zuge von Ermittlungen wegen der seit Jahren anhaltenden Serien von Inbrandsetzungen von Kraftfahrzeugen ergeben keine Notwendigkeit zum gesetzgeberischen Handeln: Hier geht es um die Aufklärung schwerer, gemeingefährlicher Straftaten i.S.v. § 100 a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. s StPO, die auch im Einzelfall schwer wiegen, wie sich schon aus der Existenznotwendigkeit eines Kraftfahrzeugs für breiteste Kreise der Bevölkerung ergibt, z.B. für Arbeitnehmer, die auf das Kraftfahrzeug zum Erreichen ihrer Arbeitsstätte angewiesen sind, oder für schwerbehinderte Personen. Dass etliche dieser Brandstiftungen politisch motiviert sein mögen, ändert nichts an ihrer Einstufung als schwere gemeingefährliche

Straftaten, zu deren Aufklärung der Einsatz der Funkzellenabfrage ohne Zweifel gerechtfertigt ist.

## **2. Zum Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drs. 17/7033)**

Im Einzelnen sind die Vorschläge dieses Gesetzentwurfs aus Sicht der staatsanwaltschaftlichen Praxis wie folgt zu bewerten:

- a) Nach Art. 1 Nr. 1 Buchstabe a) des Entwurfs soll § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO zunächst dahin geändert werden, dass auch § 100b Abs. 4 Satz 2 entsprechend gelten soll. Das heißt, die schon bisher bestehende Regelung, nach der nach Beendigung einer Maßnahme der Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation (§ 100a StPO) das anordnende Gericht – also in der Regel der Ermittlungsrichter beim Amtsgericht, § 162 StPO – über die Ergebnisse der Maßnahme zu unterrichten ist, soll auf die Erhebung von Verkehrsdaten, also auch auf die Funkzellenabfrage gem. § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO, ausgeweitet werden.

Die vorgeschlagene Neuregelung würde bei Staatsanwaltschaften und Ermittlungsrichtern sowie den beteiligten Service-Einheiten einen zusätzlichen Arbeitsaufwand auslösen, dem kaum ein nutzbarer Ertrag gegenüberstünde. Die Vorschrift des § 100b Abs. 4 Satz 2 StPO in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.07.2007, BGBl I 2007, 3198, hat keine praktische Bedeutung erlangt. Die Erwartung des Gesetzgebers, der Ermittlungsrichter werde auf der Grundlage einer Unterrichtung über den Verlauf (insoweit findet sich allerdings keine Regelung im Gesetz) und über die Ergebnisse einer Telekommunikationsüberwachungsmaßnahme eine Erfolgskontrolle vornehmen (BT-Drs. 16/5846, S. 48), hat sich nicht erfüllt. Die Ermittlungsrichter erhalten ohnehin eine Vielzahl von Rückmeldungen über die Ergebnisse ihrer Beschlüsse, so regelmäßig bei der erneuten Vorlage von Ermittlungsakten, wenn z.B. aus den Ergebnissen der Telekommunikationsüberwachung Durchsuchungsanordnungen, Haftbefehle und anderes resultieren. Angesichts ihrer Geschäftsbelastung sehen sich die Ermittlungsrichter in der Praxis nicht veranlasst, sich ohne aktuellen Anlass mit aus ihrer Sicht abgeschlossenen Verfahren zu befassen. Deshalb

beschränken sich die Mitteilungen nach § 100b Abs. 4 Satz 2 StPO in der Praxis häufig auf wenige formelhafte Worte („hatte Erfolg“ oder „hatte keinen Erfolg“ u.ä.) oder sogar gegebenenfalls auf eine kommentarlose Zuleitung der Ermittlungsakte zur Kenntnisnahme. Diese Praxis ist auch deshalb nachvollziehbar, weil Verlauf und Ergebnisse bei einer Ermittlungsmaßnahme, also eine Ex-post-Sicht, nichts über die Rechtmäßigkeit und Angemessenheit der Ex-ante-Beurteilung der Maßnahme besagen. Es wäre also eher an einen Verzicht auf die Regelung des § 100b Abs. 4 Satz 2 StPO als an ihre Ausdehnung auf die Fälle der Verkehrsdatenerhebung zu denken.

- b) Nach Art. 1 Nr. 1 Buchstabe a) des Entwurfs soll § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO weiter dahin geändert werden, dass § 100a Abs. 3 und § 100b Abs. 1-4 StPO auch in Fällen des § 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 StPO entsprechend gelten sollen.

Dieser Vorschlag erscheint aus praktischer Sicht in Konzeption und Ausgestaltung verfehlt.

- aa) Der Gesetzentwurf hält nicht nur für die Abfrage von Verkehrsdaten, sondern auch für ihre Umwidmung nach § 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 StPO eine ermittlungsrichterliche Anordnung für notwendig. Es sei nicht einsichtig, dass durch eine Funkzellenabfrage gewonnene Daten ohne gerichtliche Kontrolle umgewidmet und so die Eingriffsschwellen der gerichtlichen Kontrolle entzogen würden; deshalb sei mit einer Bezugnahme auf § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO klarzustellen, dass auch über die Verwendung der Daten in einem anderen Verfahren als in demjenigen, für das „sie gerichtlich angeordnet worden sind“, ein Gericht entscheiden muss.

Der Vorschlag richtet sich auf die Einführung einer richterlichen Präventivkontrolle einer Beweisverwertung. Dies würde jedoch eine in der Strafprozessordnung systemwidrige Regelung darstellen. Die Eingriffsmaßnahme selbst, nämlich die Erhebung von Verkehrsdaten, steht bereits unter dem Richtervorbehalt, wodurch eine vorherige Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine unabhängige Instanz gewährleistet ist. Nach der für alle nur bei Verdacht bestimmter Straftaten zulässigen Eingriffsmaßnahmen – damit auch für solche nach § 100g StPO – geltenden Regelung des § 477 Abs. 2 Satz

2 StPO dürfen die aufgrund einer solchen Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Person zu Beweis Zwecken in anderen Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme ebenfalls hätte angeordnet werden dürfen. Mit dieser dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs entsprechenden Regelung wird bereits in ausreichendem Maße einem Missbrauch bei der Verwertung von erlangten Erkenntnissen in anderen Verfahren als dem Ausgangsverfahren entgegengewirkt. Dies zeigt gerade die den vorliegenden Gesetzentwurf auslösende Funkzellenabfrage am 19.02.2011 in Dresden, zu der die Staatsanwaltschaft Dresden zu Recht festgestellt hat, dass eine Anklageerhebung wegen Verstoßes gegen das Versammlungsgesetz allein aufgrund der durch die Funkzellenabfrage erhobenen Daten wegen Nichtvorliegens erheblicher Straftaten nicht in Betracht kommt (vgl. FAZ vom 24.06.2011). Vor allem aber wäre die vorgeschlagene richterliche Präventivkontrolle einer Beweisverwertung vor dem eigentlichen (Zwischen- und) Hauptverfahren der Strafprozessordnung – abgesehen von dem Sonderfall des § 100c Abs. 7 StPO – wesensfremd: Die Beurteilung der Verwertbarkeit von Beweismitteln ist die ureigene Aufgabe des erkennenden Gerichts und darf nicht im vorgelagerten Verfahren festgelegt werden. Dem für das Hauptverfahren zuständigen Gericht kann der Ermittlungsrichter die Entscheidung, ob eine Verwertung bestimmter Erkenntnisse zulässig ist, nicht – zumal nicht in einem regelmäßig noch frühen Ermittlungsstadium – abnehmen. Die derzeitige Fassung des § 477 Abs. 2 StPO trifft daher aus eben jenen systematischen Gründen eine generelle Regelung. Eine Abweichung durch Einführung eines zusätzlichen künftigen Richtervorbehalts für die Verwertung der aus Funkzellenabfragen gewonnenen Erkenntnisse würde zudem einen offensichtlichen und durch nichts gerechtfertigten Wertungswiderspruch gegenüber der Verwertbarkeit von personenbezogenen Daten bedeuten, die durch andere, noch wesentlich grundrechtsintensivere Eingriffe wie z.B. Telekommunikationsüberwachung oder Lauschangriff erlangt werden und für die eine solche Vorschaltprüfung nicht vorgesehen ist.

Zudem hätte ein von dem Gesetzentwurf vorgesehener Beschluss des Ermittlungsrichters zur Verwertbarkeit von Erkenntnissen keine bindende

Wirkung für das neue Hauptsacheverfahren. Hier ist auch an die nahe liegende Möglichkeit zu denken, dass für das aus der Verwertung von Beweismitteln entstehende neue Verfahren eine völlig andere örtliche und sachliche Zuständigkeit besteht. So erscheint kaum vorstellbar, dass der Ermittlungsrichter beim Amtsgericht München über die Verwertbarkeit von Beweismitteln in einem von der Staatsanwaltschaft Berlin geführten Ermittlungsverfahren, das gegebenenfalls zum Landgericht Berlin zur Anklage zu bringen ist, entscheiden soll.

Ein Nutzen einer derartigen vorgelagerten richterlichen Kontrolle ist daher nicht erkennbar; die systemwidrige Neuregelung würde nur zu einem zusätzlichen Mehraufwand führen, der vermieden werden sollte.

bb) Die Regelung erscheint auch formal nicht durchdacht:

Entgegen der Gesetzesbegründung nimmt § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO in der Entwurfsfassung nicht nur auf § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO, sondern auch auf Satz 3 dieser Vorschrift Bezug. § 477 Abs. 2 Satz 3 StPO gilt für die Verwendung erlangter Daten zum Zwecke der Gefahrenabwehr, für die Zwecke der Übermittlung nach § 18 des Bundesverfassungsschutzgesetzes und für die Übermittlung zu Forschungszwecken. Für eine Umwidmung von Verkehrsdaten für die genannten Zwecke eine Anordnung des Ermittlungsrichters und sogar eine Beteiligung bzw. eine Antragstellung der Staatsanwaltschaft vorzusehen, wäre völlig systemwidrig; ob dies beabsichtigt ist, geht aus der Begründung des Gesetzentwurfes allerdings auch nicht hervor.

Die Anordnung, dass § 100a Abs. 3 StPO in den Fällen des § 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 entsprechend gelten soll, ginge ins Leere: Die Daten, um die es geht, lägen in diesem Falle bereits vor, so dass es einer Anordnung der Erhebung von Verkehrsdaten nicht mehr bedürfte. Ähnliches gilt für die vorgesehene entsprechende Anwendung von § 100b Abs. 1 Satz 2 bis Satz 5, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 und Abs. 4 StPO auf die Fälle des § 477 Abs. 2 Satz 2 und 3 StPO: Da die Daten ja bereits vorliegen, kommt eine Gefahr in Verzug nicht in Betracht, ergibt eine Befristung keinen Sinn, sind Angaben über Rufnummern des zu überwachenden Anschlusses u.ä. ge-

genstandslos, ist eine Verpflichtung der Telekommunikationsdienstleister zur Mitwirkung nicht mehr veranlasst und sind schließlich Regelungen zur Beendigung der Maßnahme sinnlos.

- c) Gemäß Art. 1 Nr. 1 Buchstabe b) des Entwurfs soll nach § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO für eine Funkzellenabfrage nicht mehr der Verdacht einer Straftat von erheblicher Bedeutung ausreichen, sondern es müsste der Verdacht einer Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung vorliegen.

Diese beabsichtigte Einschränkung des Anwendungsbereichs der Funkzellenabfrage ist das Kernstück des Gesetzentwurfs.

Eine derartige Beschränkung ist nach einhelliger Auffassung der staatsanwaltschaftlichen Praxis meines Bezirks und nach meiner Auffassung abzulehnen.

Einige konkrete Beispiele aus meinem Bezirk zeigen deutlich, mit welcher Beeinträchtigung der Strafverfolgung – und damit umgekehrt mit welcher Begünstigung von Straftätern, die voraussichtlich nicht zur Rechenschaft gezogen werden könnten – bei einer Umsetzung des Gesetzentwurfs gerechnet werden müsste:

- Ein Sprecher einer Bürgerinitiative, die sich seit Jahren aktiv gegen Kundgebungen der NPD und nahestehender Organisationen in ihrem Heimatort wendet, wurde Opfer eines nächtlichen Anschlages, bei dem sämtliche Scheiben seines Pkw eingeschlagen, sämtliche Reifen zerstoßen, die Schlösser der Hecktür sowie der Beifahrertür mit Bauschaum verklebt wurden und bei dem die unbekanntes Täter über den Briefschlitz der Hauseingangstüre Buttersäure in das Wohnanwesen des Geschädigten einbrachten; es entstand ein Sachschaden von ca. 4.000,- €. Die Annahme, dass es sich um einen Einschüchterungs- bzw. Racheakt wegen des demokratischen bürgerschaftlichen Engagements des Tatopfers handelt, liegt nahe. Zeitnah war in einem Nachbarbezirk ein Brandanschlag auf das Kraftfahrzeug einer Familie, die sich ebenfalls in einem Bündnis gegen Rechts engagiert, verübt worden. Die – bislang leider ergebnislose – Funkzellenauswertung war der einzige erkennbare Ermittlungsansatz. Auch dieser An-

satz würde den Ermittlungsbehörden in künftigen vergleichbaren Fällen genommen, wenn der Entwurf Gesetz würde.

- Derzeit findet eine Hauptverhandlung vor dem Landgericht Würzburg statt. Zwei aus Lettland stammende Angeklagte begingen mit mindestens einem unbekanntem Mittäter in der Zeit vom 17. Februar bis 20. Februar 2011 eine Einbruchsserie von 16 Fällen in Werkstätten und Nebengebäude; die Tatserie zog sich von Sachsen-Anhalt über Südthüringen bis in die Umgebung von Würzburg und erregte Verunsicherung bei der Bevölkerung in den betroffenen ländlichen Gebieten. Die Täter hätten ohne die aus der Funkzellenauswertung gewonnenen Ermittlungsansätze nicht festgestellt werden können. Da die Täter so geschickt vorgingen, dass keine Tatortspuren vorhanden waren, die auf einen Bandendiebstahl, also auf eine Beteiligung von mindestens drei Tätern, hätten schließen lassen, hätte diese Tat nicht aufgeklärt werden können, würde das Gesetz in der vom Entwurf gewünschten Form geändert.

Allgemein ist festzustellen, dass zu Beginn einer Diebstahlsserie, insbesondere auch bei Einbrüchen in Wohn- und Geschäftsräumen sowie bei Baustellendiebstählen mit erheblichen Entwendungs- und Sachschäden, selten hinreichend beurteilt werden kann, ob tatsächlich mindestens drei Täter oder nur zwei oder ein Einzeltäter am Werke sind. Wird die Straftat von erheblicher Bedeutung als eine mögliche Voraussetzung für die nicht individualisierte Funkzellenanfrage aus dem Gesetz gestrichen, steht zu erwarten, dass die Ermittlungsrichter zukünftig konkrete Anhaltspunkte dafür fordern, dass mindestens drei Täter als Bande gehandelt haben. Solche Anhaltspunkte können jedenfalls zu Beginn einer Diebstahls- bzw. Einbruchserien jedoch in den seltensten Fällen geliefert werden. Es bestehen insoweit immer nur vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen, dass es sich um eine (überregional tätige) Bande handelt, die die Straftaten begeht. Der gem. §§ 100g, 100a StPO erforderliche Tatverdacht für einen Bandendiebstahl kann jedoch nicht auf solche bloßen Vermutungen oder nur auf allgemeine kriminalistische Erfahrung gestützt werden, sondern es müssten bestimmte Tatsachen vorliegen, die auf eine bandenmäßige Begehung schließen lassen. Sollte der Gesetzentwurf umgesetzt werden, stünde also zu befürchten, dass sowohl die Aufklärung von Bandendiebstählen als



auch die Aufklärung von sonstigen Wohnungs- und Einbruchsdiebstählen erheblich erschwert, wenn nicht in vielen Fällen unmöglich gemacht würde.

- Die Bedeutung der Eingriffsvoraussetzung der Erheblichkeit der Straftaten wird auch an einem Urteil des Landgerichts Bayreuth deutlich, das eine Bande von fünf rumänischen reisenden Straftätern wegen schweren Bandendiebstahls in bis zu 25 Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen von bis zu fünf Jahren verurteilt hat; auch diese Tätergruppierung wäre ohne eine Funkzellenabfrage, bei der zu Beginn keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Tätigkeit von mindestens drei Tatgenossen vorhanden waren, nicht möglich gewesen.
- Auch in meinem Bezirk wären Fälle des „Enkeltrick-Betruges“, bei dem die Geschädigten besonders schutzbedürftige Tatopfer sind, ohne die Funkzellenabfrage nicht aufzuklären gewesen.
- Erwähnt sei schließlich, dass auch bei Sexualdelikten, die nicht Katalogtaten i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO sind (z.B. sexuelle Nötigung und Vergewaltigung, § 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 und 4 StGB) Funkzellenabfragen erfolgreich genutzt werden, um Alibis zu überprüfen oder um festzustellen, ob bestimmte Tatverdächtige zur Tatzeit in der Nähe des Tatortes waren.

Schon diese Beispielsfälle zeigen, dass die Anhebung der Schwelle der Anlasstaten für eine Funkzellenabfrage auf Katalogtaten i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO zu einer erheblichen Einschränkung der Anwendung dieses Ermittlungsinstrumentariums bei Fallgestaltungen führen würde, in denen die Funkzellenabfrage häufig der einzige zur Verfügung stehende Ermittlungsansatz ist. Für eine solche Einschränkung besteht auch aus grundsätzlichen Erwägungen kein Anlass: Die bisherige Eingriffsschwelle einer Straftat von erheblicher Bedeutung ist keineswegs unbestimmt oder zu weit gefasst. Der Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung wird in der StPO in weiteren Eingriffsermächtigungen wie §§ 81g, 98a, 110a und 163f StPO verwendet, ohne dass dies in der Rechtsanwendung zu Problemen geführt hätte. Auch das Bundesverfassungsgericht geht von einer hinreichenden Bestimmtheit dieses unbestimmten Rechtsbegriffs aus. Eine solche Straftat muss mindestens dem Bereich der

mittleren Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dabei geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 103, 21/34; 107, 299/322; 109, 279/344 und NJW 2005, 1338/1339). Dass es hierfür nicht nur abstrakt darauf ankommt, welcher Straftatbestand verwirklicht sein könnte, sondern gerade auch auf den konkreten Einzelfall, zeigen meine oben genannten Beispiele, insbesondere das erste, überdeutlich. Im Übrigen ist der Begriff einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“ auch durch die Rechtsprechung der Strafgerichte hinreichend konkretisiert (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 98 a Rdnr. 5).

Die derzeit bestehende Befugnisnorm ist also durchaus hinreichend bestimmt und begrenzt.

Auch von einem Wertungswiderspruch zwischen §§ 100a und 100g StPO in der derzeit geltenden Fassung kann keine Rede sein. Zwar trifft es zu, dass bei einer Funkzellenauswertung nach § 100g Abs. 2 Satz 2 StPO regelmäßig eine Vielzahl unbeteiligter Dritter betroffen ist. Unbeteiligte Dritte werden jedoch auch regelmäßig von der Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO betroffen. Der hier regelmäßig weit geringeren Zahl der unbeteiligten Betroffenen steht gegenüber, dass bei der TKÜ die Kommunikation auch inhaltlich erfasst wird, was die Eingriffstiefe entscheidend steigert. Die Funkzellenauswertung dient demgegenüber in der Praxis nur zur Gewinnung weiterer Ermittlungsansätze; die unauffälligen Verkehrsdaten der allermeisten Unbeteiligten bleiben von den Ermittlungsbehörden völlig unbeachtet und werden nicht einmal Bestandsdaten zugeordnet. Die Telekommunikationsüberwachung nach § 100a StPO ist also als der schwerwiegendere Eingriff anzusehen, der somit zu Recht schärferen Voraussetzungen unterliegt.

- d) Nach Art. 1 Nr. 1 Buchstabe c) des Entwurfs sind in § 100g Abs. 2 Satz 3 und 4 Nr. 1 bis 4 StPO Regelungen für die Form und die Begründung der Anordnung einer Funkzellenabfrage vorgesehen, die bestenfalls überflüssig sind.

Dass die Anordnung schriftlich ergeht, ergibt sich bereits aus dem geltenden Recht (§ 100b Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 100g Abs. 2 Satz 1 StPO); § 100g Abs. 2 Satz 3 StPO in der Entwurfsfassung ist also überflüssig. Allerdings stellt sich hier schon die Frage, ob in dem seltenen Ausnahmefall besonderer Eilbedürf-

tigkeit einer Funkzellenabfrage einer mündlichen Anordnung des Ermittlungsrichters, der das Begehren der Staatsanwaltschaft immerhin noch in richterlicher Unabhängigkeit gedanklich prüft, oder einer Eilentscheidung der Staatsanwaltschaft selbst (§ 100g Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 100b Abs. 1 Satz 2 StPO) der Vorzug zu geben ist.

Einzelfallbezogene Ausführungen zur Erheblichkeit der Verdachtstat, zur räumlichen und zeitlichen Bestimmung der Funkzellenabfrage und zu der Voraussetzung, dass die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wären, sind ohnehin selbstverständliche Bestandteile eines lege artis begründeten Beschlusses zur Funkzellenüberwachung.

Eine gesetzliche Regelung, wonach die Verhältnismäßigkeit besonders zu begründen ist, erscheint ebenfalls nicht geboten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips mit Verfassungsrang ausgestattet und auch ohne ausdrückliche einfach gesetzliche Verankerung zu beachten. Die Anwendung strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen hat daher stets dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, was für den geschulten Rechtsanwender in der täglichen Praxis eine Selbstverständlichkeit darstellt und selbst in der Kommentierung zu § 100g StPO daher lediglich beiläufig erwähnt wird (Meyer-Goßner, a.a.O., § 100g Rdnr. 16 a.E. unter Hinweis auf die grundsätzlichen Ausführungen hierzu in der Einleitung, Rdnr. 20).

Dass die Betroffenheit Unbeteiligter in die Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit einzustellen sind, ist ebenfalls ständige Praxis. So musste ich in meinem Bezirk landgerichtliche Beschwerdeentscheidungen hinnehmen, die eine Funkzellenauswertung u.a. mit der Begründung ablehnten, dass von der Maßnahme „eine unbestimmte Anzahl von Telefonteilnehmern in S., einem Ort von deutlicher Größe mit über 2000 Einwohnern, über einen Zeitraum von sechs Stunden hinweg“ betroffen wären. Diese äußerst restriktive Haltung teile ich zwar nicht; sie zeigt jedoch, dass die gerichtliche Praxis sich sehr wohl der Bedeutung der Verhältnismäßigkeit einer Ermittlungsmaßnahme bewusst ist. Auch insoweit ist eine gesetzliche Regelung also überflüssig. Jedenfalls müsste ein gesetzlicher Hinweis auf die Abwägung mit der Betroffenheit Unbeteiligter zugleich der Gefahr der irrigen Annahme entgegen treten, dass es sozusa-

gen ein Großstadtprivileg für Straftäter geben könnte: Bei entsprechender Erheblichkeit der Straftat muss eine Funkzellenabfrage auch künftig selbst in Zentren von Millionenstädten und sonstigen Orten größerer Menschenansammlungen wie großen Bahnhöfen usw. möglich sein, wie das Beispiel der Serie von Inbrandsetzungen von Personenkraftwagen in Berlin zeigt. In diesen Fällen, in denen eine besonders große Vielzahl von Verkehrsdaten erlangt wird, gewinnt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besonderes Gewicht bei der Entscheidung in der nächsten Stufe, ob nämlich aufgrund der erlangten Verbindungsdaten weitere Ermittlungsmaßnahmen wie die Abfrage der Bestandsdaten (z.B. Name und Anschrift des Anschlussinhabers) ergriffen werden. Als Beleg für eine beispielhafte Beachtung dieses Grundsatzes verweise ich auf einen Bericht im Berliner Tagesspiegel vom 24. Januar 2012. Danach soll die Handy-Nummer des mutmaßlichen Autobrandstifters H., der von Juni bis August 2011 insgesamt 67 Autos in Brand gesteckt und dabei 35 weitere Fahrzeuge beschädigt haben soll, an vier Tatorten aufgetaucht sein. Die Staatsanwaltschaft habe es aber gegen den Willen der Polizei aus Gründen der Verhältnismäßigkeit abgelehnt, gerichtlich zu beantragen, dass der Name des Handybesitzers ermittelt würde; dieses Vergehen habe man erst gewählt, wenn ein Handy an fünf Tatorten registriert worden sei.

- e) Schließlich sieht der Gesetzentwurf in § 100g Abs. 4 StPO-E umfangreiche statistische Erhebungen vor. Hierzu kann man freilich den Standpunkt vertreten, dass jede Statistik einen Erkenntnisgewinn bringt. Andererseits sollte der Verwaltungsaufwand jeder neuen Statistik in den Blick genommen werden. Jedenfalls dürfte die Angabe „Keine“ im Abschnitt „D. Kosten“ des Vorblatts des Gesetzentwurfs unzutreffend sein. Zu den immerhin gesetzlich festgelegten Zielen des Bürokratieabbaus verweise ich auf das Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates, dessen fünfjähriges Bestehen mit einer großen Zeitungsbeilage vor wenigen Wochen gefeiert wurde. Ein Staatsanwalt oder ein Polizeibeamter, der eine Statistik befüllt, kann in dieser Zeit keine Ermittlungen führen. Die Einführung der Statistikpflicht wäre letztlich nur ein weiteres Mosaiksteinchen in dem Gesamtbild der regen Tätigkeit des Bundesgesetzgebers, der der Justiz der Länder immer neue Aufgaben überträgt, aber - natürlich - den Ländern keine Mittel zu ihrer Erfüllung zur Verfügung stellt.

### **3. Zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE, (BTD. 17/7335)**

Dieser Gesetzentwurf ist einer rationalen Bewertung nicht zugänglich, weil er von einem Zerrbild polizeilicher und staatsanwaltschaftlicher Tätigkeit ausgeht, indem er schreibt: „Durch die automatisierte Verarbeitung und Verknüpfung der durch die FZA gewonnenen computerlesbaren Verkehrsdaten können Freundschaftsbeziehungen und Netzwerke, Interessen und politische Einstellungen identifiziert und Bewegungsprofile erstellt werden. Dieser massive Eingriff ist in Bezug auf die unberechenbar hohe Vielzahl an von der FZA betroffenen Unbeteiligten nicht verhältnismäßig.“ Wer der Polizei solche – jedenfalls im Rechtsstaat der Bundesrepublik Deutschland – völlig unrealistischen Handlungsweisen unterstellt, könnte mit derselben Logik alle anderen Eingriffsmaßnahmen der Strafprozessordnung verbieten, weil auch diese dem Missbrauch zugänglich sind – bis hin zur Durchsuchung beim Beschuldigten, bei der ein Polizeibeamter schließlich belastende „Beweismittel“ platzieren könnte.

#### **Zusammenfassung**

Zusammenfassend bleibt daher festzustellen, dass die derzeitigen Regelungen zur Funkzellenabfrage allen verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Selbst eine möglicherweise in einem Einzelfall vorliegende Überschreitung dieser rechtlichen Grenzen begründet kein Bedürfnis für eine Änderung der gesetzlichen Regelung. Etwaigen Überschreitungen der gesetzlichen Regeln für die Funkzellenabfrage kann durch die schon bestehende, insbesondere gerichtliche Kontrolle ausreichend begegnet werden. Die vorliegenden Gesetzentwürfe würden demgegenüber zu einer deutlichen Beeinträchtigung der Chancen führen, erhebliche Straftaten aufzuklären und damit die Bürger vor Straftaten zu schützen. Ich zitiere das Bundesverfassungsgericht: „Auf der anderen Seite ist das Gewicht des staatlichen Strafverfolgungsinteresses in Rechnung zu stellen. Die vermehrte Nutzung elektronischer und digitaler Kommunikationsmittel und ihr Vordringen in nahezu alle Lebensbereiche erschweren die Strafverfolgung. Moderne Kommunikationstechniken werden in Zusammenhang mit der Begehung unterschiedlichster Straftaten zunehmend eingesetzt und tragen zur Effektivierung krimineller Handlungen bei ... Das Schritthalten der Strafverfolgungsbehörden mit der technischen Entwicklung kann daher nicht lediglich als sinnvolle Abrundung des Arsenal kriminalistischer Ermittlungsmethoden begriffen werden, die weiterhin wirkungsvolle herkömmliche Ermittlungsmaßnahmen ergänzt,

sondern ist vor dem Hintergrund der Verlagerung herkömmlicher Kommunikationsformen hin zu elektronischen Nachrichtenverkehr einschließlich der anschließenden digitalen Verarbeitung und Speicherung zu sehen ..." (BVerfGE 124, 43 = NJW 2009, 2431). Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit enthält die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil; deshalb verlangt er auch die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Wiederholt hat das Bundesverfassungsgericht die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung anerkannt, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess betont und die Aufklärung schwerer Straftaten als wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (BVerfGE 33,367). Demgegenüber gibt es kein Recht – und schon gar kein Grundrecht – für Straftäter, unbehelligt von modernen technischen Ermittlungsmethoden Straftaten begehen zu können.

Für eine Änderung der Gesetzeslage sprechen somit keine überzeugenden Gründe.

Bamberg, 08. Februar 2012



Clemens Lückemann

Generalstaatsanwalt