

## **Stellungnahme**

**zum Entwurf eines Gesetzes zur Ausgestaltung der  
Funkzellenabfrage als Ermittlungsmaßnahme  
BT-Drucksache 17/7033  
sowie  
zum Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung der  
nichtindividualisierten Funkzellenabfrage  
BT-Drucksache 17/7335**

dem  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
zum Geschäftszeichen PA 6-5410-2.2  
in öffentlicher Anhörung am 8. Februar 2012  
vorgelegt  
von Dr. Thomas Giesen  
Rechtsanwalt, Sächsischer Datenschutzbeauftragter a. D.

Dresden, 8. 2. 2012

## 1. Zur Klarstellung

a) Der Sächsische Datenschutzbeauftragte hat nach sorgfältiger Sachverhaltsermittlung die Funkzellenabfrage (FZA) vom Februar 2011 in Dresden beanstandet und dies umfassend und detailliert begründet. Seinen Ausführungen möchte ich zum Anlassfall nichts hinzufügen.

b) Die vorgelegten Gesetzentwürfe nehmen nicht für sich in Anspruch, die nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Vorratsdatenspeicherung vom 2. März 2010 (1 BvR 256/08 u.a.) allfällige große Reform der StPO anzuregen oder gar vorzubereiten. Deshalb können die wesentlichen Probleme, die dabei gesetzgeberisch zu lösen sein werden, hier unerörtert bleiben.

Soviel sei aber vorab gesagt: "Anspruchsvolle und normenklare Regelungen hinsichtlich der Datensicherheit, der Datenverwendung, der Transparenz und des Rechtsschutzes" (vgl. Leitsatz 2) sehen anders aus als die vorgelegten, doch eher randständigen Überlegungen. Zu derartigem Flickwerk sollte sich der Bundesgesetzgeber jetzt nicht bereit finden.

c) Gesetze sind allgemeine Regelungen. Ihnen sollten allgemeine rechtliche Überzeugungen zugrunde liegen; sie sollten durch allgemeine rechtliche Erkenntnisse ausgelöst werden. Der Gesetzgeber sollte sich davor hüten, sich durch Einzelvorkommnisse veranlasst zu sehen, ein Gesetz zu machen.

Schon deshalb stehe ich der vorliegenden Initiative recht kritisch gegenüber. "Wenn es nicht nötig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es nötig, kein Gesetz zu machen." (Montesquieu).

d) Datenschutz ist selbstverständlich Täterschutz! Denn auch zum Täterschutz ist der Rechtsstaat berufen. Denn der Schutz der Freiheit des Einzelnen ist die erste und vornehmste Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, Art. 1 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz. Der Schutz der Würde und der freien Entfaltung des Einzelnen findet einen wesentlichen Ausdruck im Schutz der informationellen Selbstbestimmung gegenüber allen staatlichen Eingriffen, gemessen an den Grundrechten, den verfassungsgemäßen Gesetzen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Alle Rechte des Beschuldigten und der anderen Beteiligten, erst recht aber die Rechte unbeteiligter Personen, sind u. a. in den Polizeigesetzen des Bundes und der Länder und in der Strafprozessordnung garantiert. Auch diese Vorschriften sind nichts anderes als "Täterschutz". Mittlerweile hat sich diese Erkenntnis als fester Bestandteil in der täglichen Arbeit der Strafverfolgungsbehörden etabliert. Ich sehe dort keine grundlegenden Defizite auch dann, wenn bestimmte Fälle datenschutzrechtlich zu beanstanden sind.

Allerdings sollte sich der Gesetzgeber unbeeindruckt zeigen, wenn ihm sachverständig Fallkonstellationen nahe gebracht werden, in denen Täter angeblich nicht dingfest gemacht werden konnten. Ist dies aus rechtsstaatlichen Gründen der Fall, so ist es ein Segen für den Rechtsstaat, wenn das materielle Strafrecht nicht zur Anwendung kommt. Denn das Prozessrecht muss sich gegenüber dem materiellen Recht als immun erweisen; es steht auf einer höheren sittlichen Stufe als jenes.

e) Zwischen Straftätern, erst recht lediglich Beschuldigten, und den Strafverfolgungsbehörden darf es keine Waffengleichheit, nicht einmal eine Vergleichbarkeit der Freiheiten einerseits und der Befugnisse andererseits geben. Auch das ist eine wesentliche Erkenntnis, eine kulturelle Errungenschaft im Rechtsstaat.

## 2. Persönliche Bemerkung

Das jährliche Dresdner Ritual Mitte Februar: Gegen die angemeldeten und gerichtlich erlaubten Demonstrationen der "Rechten" erfolgen Mahnwachen, Lichterketten und Aufzüge von Gegendemonstranten. In deren Reihen verstecken sich "linke" Gewalttäter und Chaoten. Regelmäßig kommt es dann zu den von Teilen beider Seiten beabsichtigten schweren Ausschreitungen und Landfriedensbruch, Brandstiftungen, hohe Sachschäden, gefährlichen Körperverletzungen von Beteiligten, Unbeteiligten und Beamten. Trotz guter Vorbereitungen und massiver Polizeieinsätze sind diese schweren Folgen nicht zu verhindern. Das Ansehen der Stadt und das Gedenken an die Nazierrschaft, die Schrecken des Krieges und der Zerstörung werden diskreditiert. Im "Nachspiel" - auch dies ist ritualisiert - werden politische Vorwürfe gegen die jeweils andere Seite und gegen die Sicherheitsbehörden erhoben. Alle Jahre wieder.

Das alles ist traurig, überflüssig und abstoßend. Die Empörung mancher Beteiligten auf beiden Seiten ist gespielt; das Leid der Verfolgung, des Krieges und der Zerstörung wird zum Instrument im politischen Kampf genommen. Es ist an der Zeit, mit diesem Unfug aufzuhören.

Wir müssen wohl lernen, genehmigte Demonstrationen von unbeliebten Mitmenschen zu ertragen. Die Freiheit des anderen zu tolerieren, auch wenn er die Freiheit als Idee bekämpft, ehrt diese Idee. Geduld ist auch eine Form der Tapferkeit. Sie kann klüger, glaubwürdiger und erfolgreicher sein als die Aktion. Emphatische Rechthaberei ist hier falscher Stolz (und gelegentlich Dummheit, die bekanntlich auf einem Holz wachsen). Und ich werde den Gedanken nicht los, dass so mancher auch klammheimlich Freude empfindet, wenn es mal wieder gelungen ist, die Ermittlungsbehörden rechtsstaatlich vorzuführen.

## 3. Rechtsgrundlagen

Jede Grundrechtsberührung ist "wesentlich" (Wesentlichkeitsdoktrin des BVerfG). Deshalb ist die Behauptung/Feststellung der Wesentlichkeit eines Eingriffs keine probate Differenzierung von Grundrechtsbezügen.

Die Funkzellenabfrage berührt die Grundrechte der davon Betroffenen, die Eingriffstiefe hält sich aber in Grenzen:

- Gesprächsinhalte bleiben unbelauscht,
- Standortbestimmungen bleiben unscharf auf den Raum der Funkzelle begrenzt; sie beziehen sich auf Geräte und auf im Falle von Zusatzwissen bestimmbare Personen die diese Geräte bei sich führen. (Zu bedenken ist dabei, dass jeder Demonstrant sich unvermummt bewusst in der Öffentlichkeit an einem bestimmten Ort erkennbar für jeden zeigt; der Erkenntnisgewinn durch die FZA ist insofern grundsätzlich bedeutungslos.)
- für Gesprächsverbindungsbeziehungen gilt dasselbe, allerdings mit dem bedeutenden Zusatz, dass bekannt wird, welches Gerät mit welchem wie lange Verbindung hatte. Hier handelt es sich um "echte" Telekommunikationsdaten.

Die Betroffenheit Dritter ist bei der FZA schlechterdings nicht auszuschließen (sie bleibt auch relativ harmlos); soweit allerdings nach einer "Nadel im Heuhaufen" gesucht wird, ist die Maßnahme ungeeignet.

Der Schritt, die erhobenen Daten als Ermittlungsansätze zu nutzen, mag nicht fern liegen. Sie aus diesem Grunde zu erheben, halte ich allerdings rechtlich dann für problematisch, wenn der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht den nötigen Rang einnimmt: Zum einen genügen die Daten nur im Ausnahmefall der Subsidiaritätsklausel ("wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos wäre"), zum anderen dürften die Anhaltspunkte für einen personenbezogenen Verdacht, in einer Massenveranstaltung bestimmte Straftaten begangen zu haben, so vage bleiben, dass der Eingriff in das Telekommunikationsgeheimnis dann regelmäßig unverhältnismäßig wird. Als Mittel, um, wie es im Entwurf 17/7033 richtig heißt, "die Identität von unbekanntem Tatverdächtigen zu klären" dürfte die FZA eher untauglich sein, wenn sich sehr viele Menschen auf engem Raum in einer Funkzelle aufgehalten haben: Die Zielansprache bleibt schlechterdings zu unscharf.

Weiterer Prüfungsbedarf besteht für den Fall, dass Berufsgeheimnisträger nach § 53 StPO (allerdings: nur dann, wenn Anlass besteht anzunehmen, dass sie "voraussichtlich" beruflich tätig sind) von der FZA betroffen sind, § 160a StPO.

In anderen Konstellationen ist die FZA hingegen ein probates Mittel, etwa wenn sich nur wenige Menschen in einer Funkzelle aufgehalten haben. Dies hat sich - wenn auch selten - erwiesen.

Eine Abschaffung der FZA halte ich schon deshalb für nicht angezeigt.

Der Schutz des Art. 10 Grundgesetz ist durch den Gesetzgeber entsprechend den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 2. März 2010 auch bei der Funkzellenabfrage zu gewährleisten. Die Schutzpflicht des Staates gegenüber Opfern von Straftaten (Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG) muss mit dem Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung und seinem Recht auf Schutz des Telekommunikationsgeheimnisses entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abgewogen werden; dabei hat der Gesetzgeber einen breiten Entscheidungsspielraum.

An dieser Stelle ist nicht einzugehen auf die systematischen Fehler, die die Vorschrift des § 100g StPO enthält; ich verweise dazu auf die modernen wissenschaftlichen Kommentierungen.

#### **4. Nur selten anwendbar, dann aber notwendig**

Die nichtindividualisierte Funkzellenabfrage ist im Zusammenhang mit der Suche nach Tätern oder gar "Drahtziehern" in Massenaufläufen ein recht wertloses Ermittlungsinstrument: Diejenigen, die sich gewalttätig verhalten oder die Aktivitäten der Radaubröder steuern, bereiten sich darauf vor. Sie arbeiten entweder gänzlich ohne Mobilfunkgeräte oder nutzen SIM-Karten ohne erkennbar zugeordnete Kennung; Sie kaufen die Karten im Zehnerpack und tauschen sie untereinander aus. Ermittlungserfolge sind - mit Ausnahme von Zufällen - so nicht zu erwarten. Das hat mittlerweile auch der Generalstaatsanwalt in Dresden öffentlich eingeräumt.

Da, wo die FZA wertvolle Dienste leisten kann, muss sie hingegen angewendet werden; das kann in geographischen Räumen der Fall sein, in denen sich nur wenige Menschen aufhielten.

#### **5. Zum Richtervorbehalt**

Der Richtervorbehalt hält - auch das wird in wissenschaftlichen Studien bestätigt - nicht das, was er zu versprechen scheint, solange die Gerichte personell so schlecht ausgestattet sind, wie dies nicht selten der Fall ist:

Es ist unerträglich (und müsste als Dienstvergehen verfolgt werden), wenn die Staatsanwaltschaft den Ermittlungsrichtern die Beschlusstexte "vorschreibt" in des Wortes doppelter Bedeutung. Dass die Staatsanwälte die faktische Möglichkeit haben, dazu sogar die elektronisch greifbaren Briefköpfe der Gerichte zu nutzen, ist ein schwerer Mangel in der Organisation der Justiz, für den der jeweilige Justizminister zu haften hat. Dabei handelt es sich nicht um eine Bagatelle, weil die "kollegiale Zusammenarbeit" zwischen Staatsanwälten und Richtern den Respekt vor der richterlichen Gewalt vermissen

lässt und die Staatsanwaltschaft sich eine faktische Verfahrensherrschaft anmaßt. Als ordentlicher Richter müsste man sich solche distanzlose Aufdringlichkeiten verbitten.

Aus der Sicht der Bevölkerung wirkt das wie eine Kumpanei und grenzt an bananenrepublikanische Verhältnisse. Wer im Zusammenhang mit solchen wesentlichen Fragen der rechtsstaatlichen Gewährleistungen von "knappen Ressourcen der Justiz" oder von "Arbeitsaufwand" oder "Geschäftsbelastung" redet, zeigt deutliche Gleichgewichtsstörungen; er scheint seiner rechtsstaatlichen Verantwortung nicht gewachsen zu sein.

Jedem Richter, der nicht gerade einfachste Beschlüsse auszufertigen hat, muss genügend Zeit eingeräumt werden, die ihm vollständig vorgelegten Akten zu studieren. Dies insbesondere dann, wenn es sich um Strafverfolgungsmaßnahmen handelt und keine Gefahr im Verzug ist. Die Erledigungsstatistiken sind ohnehin ein Irrweg; ein freier Geist wird durch solche bürokratischen Veranstaltungen beleidigt. Wer das nicht erkennt, ist eben unfrei. Zumindest müssen jedoch Verfahren nach § 100g StPO mit angemessenen Zeitanteilen bemessen sein.

Das Bundesverfassungsgericht führt dazu klar und verbindlich für alle Gewalt am 12. März 2003 (1 BvR 338/99) aus: "Es ist Aufgabe des Ermittlungsrichters, sich eigenverantwortlich ein Urteil zu bilden und nicht etwa die Anträge der Staatsanwaltschaft auf Übermittlung von Verbindungsdaten nach einer nur pauschalen Überprüfung einfach gegenzuzeichnen. Zur richterlichen Einzelentscheidung gehören eine sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und eine umfassende Abwägung zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall." Und selbstverständlich gehört im Rechtsstaat, der auf Überprüfung angelegt ist, der Weg, den der Richter zu seiner Entscheidung genommen hat, in die Akten: Aus ihnen muss hervorgehen, dass sich der Richter nicht eines Plagiats schuldig gemacht hat. Die Akten müssen sprechen und deutlich auch die Quellen benennen, aus denen hervorgeht, dass der Richter selbst die Akten studiert und er selbst einen abwägenden und gänzlich unabhängig erstellten Text formuliert hat, als dessen autonomer Schöpfer er verantwortlich zeichnet. Die Praxis "spitze Klammer, bitte einrücken" ist rechtswidrig und einer nachdenklichen und verantwortungsbewussten Justiz unwürdig.

Es kann aber leider nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein, den Richtern ein Berufsethos zu geben; es ist Aufgabe der Justizminister und der leitenden Beamten, Arbeitsbedingungen, Ausstattung und Hilfspersonal vorzuhalten, die den Richterberuf attraktiv machen. Für den Geist in der Truppe sind die Generäle verantwortlich. Und: es müssen Stellen geschaffen werden!

## **6. Beurteilung des Entwurfs 17/7335**

Der Antrag 17/7335 drückt sich vor dem Problem: Naturgemäß ist es richtig, modernste Technik zur Straftatenbekämpfung einzusetzen.

## 7. Beurteilung des Entwurfs 17/7033

Zu Nummer 1

Zum Buchstaben a:

In einer nachträglichen Unterrichtung des Ermittlungsrichters sehe ich keinen tieferen Sinn: Wenn dem Richter die Tragweite seiner Entscheidung nicht im Vorhinein klar ist, wird ihn auch der weitere Verlauf kaum beeindrucken. Richter sind erfahrungsgemäß an ihren abgeschlossenen Fällen nicht interessiert; dies zumal dann, wenn sie im nachhinein erkennen müssen, dass sie objektiv "auf dem Holzweg" waren. Allerdings ändert diese späte Erkenntnis nichts an der Richtigkeit der Entscheidung ex ante.

Die Geltung eines Richtervorbehalts auch in den Fällen von § 477 Abs. 2 StPO (übrigens nicht für Abs. 3) fände ich charmant; sie sollte als kluger Gedanke aufgehoben und bei einer wirklichen Reform insgesamt umgesetzt werden. Sie auf § 100g StPO zu beschränken, halte ich für Stückwerk. Die präventive richterliche Bewertung der Verwertbarkeit eines Beweises (sie ist in der StPO durchaus angelegt) ist ein durchaus diskutabler Schritt, den Rechtsschutz durch Verfahren zu stärken.

Zum Buchstaben b:

Alle diese Definitionen sind ein Graus; entweder ist etwas strafbar oder nicht. Die "erhebliche Bedeutung" oder die "auch im Einzelfall erhebliche Bedeutung" unterscheiden sich in Wahrheit nicht. Denn es gibt keine Straftat ohne erhebliche Bedeutung. Taten ohne erhebliche Bedeutung dürfen nicht strafbar sein. Der Unterschied von "erheblich" und "unerheblich" ist Begriffsjurisprudenz vom Allerübelsten. Man muss damit aufhören.

Der Mangel ist der Gleiche bei den ausufernden Straftatenkatalogen: Denn es gibt immer wieder Begehungsformen, Opfer, Täter und Umstände, die das Böse so recht zur Geltung bringen, mag auch der Tatbestand harmlos sein. Und es gibt Taten, die schwere Tatbestände verwirklichen, die eigentlich harmlos gemeint waren oder sogar wirken, z.B. unbemerkt bleiben.

Bei der gebotenen Begrenzung auf schwere Straftaten muss der Katalog eng gefasst werden und sich beispielsweise auf Verbrechen beschränken; damit kann jeder Jurist umgehen.

Von jeder Straftat sind Menschen betroffen, als Täter und als Opfer; deshalb halte ich Kategorisierungen mit weiten Begriffen nur für Annäherungen an die Wirklichkeit; sie

sind rechtsstaatlich ungeeignet, weil die auf ihnen beruhenden Abwägungsergebnisse nicht vorhersehbar und intransparent bleiben werden. Möglich - und zur Gefahrenabwehr geboten - ist es auch, die Rechtsgüter, die bedroht oder verletzt sind, klar und abschließend zu benennen (siehe etwa BVerfGE 122, 120, 141).

Vor dem Recht bleiben andere und eher technokratische Definitionen Schall und Rauch. Der Gesetzgeber ist eben kein Ober-Richter; er kann den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht für jeden Einzelfall vorprägen.

Würde der Bundesgesetzgeber dem Entwurf insoweit folgen, würde er sehenden Auges die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts verletzen.

Umso größer ist die Verantwortung der beantragenden Staatsanwälte und der anordnenden oder dies versagenden Richter: Sie müssen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der "so bedeutend ist, dass er nicht einmal in der Verfassung steht" souverän umgehen können. Das müssen sie lernen. Dazu müssen sie Zeit haben.

Zum Buchstaben c:

Soweit im Entwurf 17/7033 einzelfallbezogene Darlegungen zu einzelnen Begründungsstationen gesetzlich vorgeschrieben werden sollen, halte ich auch dies für einen Irrweg: Das Bundesverfassungsgericht hat bereits mit hinreichender Deutlichkeit mehrfach dahin erkennen müssen (in einem Rechtsstaat ist das eine Blamage) welche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Begründung derartiger Beschlüsse zu stellen sind. Im Gesetz haben solche Essentialia einer rechtmäßigen Beschlussbegründung und Aktenführung nichts zu suchen.

Auch hier sehe ich die Gefahr, dass die Gewichte falsch gesetzt und der nötigen grundlegenden Reform aktuell falsche Vorgaben gemacht würden.

Zu Nummer 2

Justizstatistiken bilden selten die wirkliche Wahrheit ab. Sie haben zudem nur in Ausnahmefällen einen Erkenntniswert für die Angemessenheit der Rechtsanwendung. Zudem werden sie von den Praktikern lustlos gemacht und ausgewertet. Die kritische Hinterfragung des eigenen Tuns verlangt ein Maß intellektueller Redlichkeit, das nicht eben häufig anzutreffen ist. Die Frustration in den Ermittlungsbehörden ist dazu zu hoch. Rechtsstaatliche Vorkehrungen und Beschränkungen werden - Sie hören es heute heraus - gelegentlich als lästig empfunden.

Zudem können auch häufig angewandte, aber nur selten erfolgreiche Aufklärungsmethoden durchaus berechtigt sein: Denn wenn nur ein einziger Fall mit Hilfe eines ausge-



# Institut für Informationsordnung

infino.org

wogenen gesetzlichen Instruments rechtsstaatlich sauber aufgeklärt werden kann, so ist dieses Instrument in den Händen der Strafverfolgung und der Strafjustiz geeignet, erforderlich und angemessen. Dies jedenfalls dann, wenn die Eingriffstiefe, wie dies bei der korrekten FZA der Fall ist, relativ oberflächlich bleibt.

Zudem sind die Erfahrungen, die im Deutschen Bundestag mit der Wahrnehmung und Auswertung rechtlich zwingend gebotener Statistiken gemacht wurden, nicht ermutigend: So hat die vom Bundesverfassungsgericht vorgeschriebene statistische Beobachtung der Abtreibungspraxis (Stichwort "Eingriffstiefe") bislang kein Echo gehabt.

**Fazit: Ich empfehle, diese Entwürfe nicht weiter zu verfolgen. Ich sehe in ihnen einen schädlichen Aktionismus und eine Vorbelastung der dringend erforderlichen großen Reform der StPO zum Umgang mit Telekommunikationsdaten.**

Dresden, 8.2.2012



Dr. Thomas Giesen

Sächsischer Datenschutzbeauftragter a. D.