

Dr. Robert Schnabl

Oberstaatsanwalt bei der Generalstaatsanwaltschaft München

München, den 28.01.2012

Stellungnahme

zum

Gesetzentwurf

der Abgeordneten Jerzy Montag, Volker Beck (Köln), Ingrid Hönlinger, Memet Kilic, Sven-Christian Kindler, 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

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)

A.**AUSGANGSSITUATION**

Im Zusammenhang mit der Bombardierung der Stadt fanden in Dresden im Februar 2011 zahlreiche Versammlungen statt. Aufgrund diverser hiermit in Zusammenhang stehender Straftaten wurden auf Anregung der Polizei durch die zuständige Staatsanwaltschaft richterliche Beschlüsse zur Funkzellenabfrage erwirkt und umgesetzt. Dies führte zu einem hohen Aufkommen von Verkehrsdaten.

Da diese im Rahmen von nichtindividualisierten Funkzellenabfragen gewonnenen Verkehrsdaten auch eine Vielzahl unbeteiligter Personen betreffen und damit eine erhebliche Streubreite aufweisen können, wurden die beiden vorbezeichneten Gesetzentwürfe eingebracht.

Aus Vereinfachungsgründen werden diese im Folgenden als „Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“ und „Gesetzentwurf DIE LINKE“ bezeichnet.

Während sich der „Gesetzentwurf DIE LINKE“ für eine gänzliche Aufhebung der Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 2 S. 2 StPO ausspricht, da es nicht ausreichend sei, legislative Sicherungen einzubauen, sieht der „Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“ eine Änderung der Strafprozessordnung vor, um verfahrensrechtliche Sicherungen einzubauen und die materielle Eingriffsschwelle anzuheben.

Namentlich soll die Funkzellenabfrage nach § 100g Abs. 2 S. 2 StPO nur noch bei Katalogtaten nach § 100a Abs. 2 StPO von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung möglich sein. Die gerichtliche Anordnung bedarf einer einzelfallbezogenen detaillierten Begründung unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Auch die Verwendung der Verkehrsdaten in anderen Strafverfahren gemäß § 477 Abs. 2. S. 2 StPO soll künftig einer richterlichen Anordnung bedürfen. Über das Ergebnis einer Funkzellenabfrage ist das Gericht zu unterrichten. Ferner wird eine zusätzliche jährliche Statistikpflicht über Funkzellenabfragen, in der insbesondere auch die Anzahl der betroffenen Unbeteiligten anzugeben ist, eingeführt.

B.**STELLUNGNAHME ZU DEN GESETZENTWÜRFEN****I.**

Durch die vorliegenden Gesetzentwürfe würde die Strafverfolgung erheblich eingeschränkt.

Mit den im „Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“ angestrebten zusätzlichen Bestimmungen wird ein effektiverer Grundrechtsschutz lediglich vorgespiegelt, jedoch nicht erreicht.

Zu den Begründungen der beiden Gesetzentwürfe ist im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Grundlagen anzumerken, dass die Grundrechte eine Schutzfunktion in mehrfacher Hinsicht haben. Die Grundrechte erschöpfen sich nicht darin, Eingriffe des Staates abzuwehren. Kraft ihrer objektiv-rechtlichen Dimension folgt aus ihnen auch die Pflicht des Staates, Personen und Sachwerte vor Übergriffen Dritter zu schützen. Diese Schutzpflicht schließt die Aufgabe ein, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Verletzung von Rechtsgütern zu vermeiden, sie gegebenenfalls aufzuklären, die Verantwortung für sie zuzuweisen und den Rechtsfrieden wieder herzustellen (BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, Rn. 318, Zitat vgl. Jutta Limbach, AnwBl 2002, S. 454).

„Eine effektive Aufklärung von Straftaten und wirksame Gefahrenabwehr sind daher nicht per se eine Bedrohung für die Freiheit der Bürger. Sie sind im Rahmen des Angemessenen und Zumutbaren geboten, um die Inanspruchnahme auch der Grundrechte abzusichern und die Rechtsgüter des Einzelnen zu schützen. Der Bürger muss sich im Rechtsstaat auf effektiven Schutz *durch* den Staat ebenso verlassen können, wie auf den Schutz *gegen* den Staat (vgl. die Fabio NJW 2008, S. 421 ff.). Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht den Staat als verfasste Friedens- und Ordnungsmacht beschrieben und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bürger als Verfassungswert anerkannt, der mit anderen im gleichen Rang steht und unverzichtbar ist, weil die Institution Staat auch davon ihre Rechtfertigung herleitet (vgl. BVerfGE 49, 24 ff.; 115, 320 ff.).

Bei dem Ausgleich der widerstreitenden Interessen durch den Gesetzgeber, der die rechtlichen Grundlagen für die Aufklärung von Straftaten zu schaffen hat, ist zudem zu berücksichtigen, dass

dem Einzelnen in seiner Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit gewisse Beeinträchtigungen zuzumuten sind, die dem Rechtsgüterschutz und Grundrechtsschutz anderer Bürger, aber auch seinem eigenen Schutz dienen (BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, Rn. 318, 319; BVerfGE 4, 7 ff.; 33, 303 ff., 50, 166 ff.).

Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21.12.2007 (BGBl. I S. 3198) hat der Gesetzgeber erst zum 01.01.2008 eine gesetzliche Neuregelung zahlreicher Eingriffsnormen mit Bezug Telekommunikationsüberwachung geschaffen, die sowohl den Entwicklungen in der Praxis als auch den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts gerecht wurde.

Dabei wurden auch die sogenannte nichtindividualisierte Funkzellenabfrage in § 100g Absatz 2 Satz 2 StPO neu geregelt.

Ein Auskunftsverlangen über Verkehrsdaten anhand von Funkzellenabfragen hat sich in der Praxis als wichtige Ermittlungsmaßnahme insbesondere zur Ermittlung noch unbekannter Täter schwerer Straftaten erwiesen.

Dabei sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass der rasante technische Fortschritt gerade im Telekommunikationsbereich auch auf Seiten der Straftäter zu neuen Möglichkeiten sowohl der gegenseitigen Verabredung als auch zur Begehung von Straftaten selbst führt.

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu ausgeführt (BVerfG, Urteil vom 02.03.2010, Az. 1 BvR 256/08, Rn. 216): „Die neuen Telekommunikationsmittel überwinden Raum und Zeit in einer mit anderen Kommunikationsformen unvergleichbaren Weise und grundsätzlich unter Ausschluss öffentlicher Wahrnehmung. Sie erleichtern damit zugleich die verdeckte Kommunikation und Aktion von Straftätern und ermöglichen es auch verstreuten Gruppen von wenigen Personen, sich zusammenzufinden und effektiv zusammenzuarbeiten. Durch die praktisch widerstandsfreie Kommunikation wird eine Bündelung von Wissen, Handlungsbereitschaft und krimineller Energie möglich, die die Gefahrenabwehr und Strafverfolgung vor neuartige Aufgaben stellt... Eine Rekonstruktion gerade der Telekommunikationsverbindungen ist daher für eine effektive Strafverfolgung und Gefahrenabwehr von besonderer Bedeutung.“

Diesen vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Entwicklungen und Gefahren kann nur dadurch begegnet werden, dass auch den Strafverfolgungsbehörden ein an die technische

Entwicklung angepasstes Instrumentarium von Eingriffsmaßnahmen zur Verfügung gestellt wird. Ähnlich den überaus erfolgreichen Datennutzungen auf der Grundlage von erkennungsdienstlichen Maßnahmen oder DNA-Analysen, können mit der Erhebung und Auswertung von Funkzellendaten oftmals entscheidende Beweiserkenntnisse erlangt werden, um die Wahrheitsermittlung zu fördern (Henrichs, Funkzellenauswertung in Die Kriminalpolizei, März 2010).

Im Einzelnen:

1.

Die Gesetzentwürfe gehen zunächst davon aus, dass Funkzellenabfragen einen erheblichen Grundrechtseingriff für zahlreiche Personen, deren Daten erhoben wurden, bedeuten.

Dies ist in dieser Pauschalität nicht zutreffend.

Funkzellenerhebungen können in folgenden Fallkonstellationen ein geeigneter Ermittlungsansatz sein:

a).

Besondere Bedeutung kommt der Aufklärung von Serienstraftaten zu. Hier werden die Funkzellenabfragen mit Erfolg eingesetzt, um unbekannte (Mit-)Täter und insbesondere Hinterleute von Straftaten gleicher Art, die aber an diversen verschiedenen Orten begangen wurden, zu ermitteln. Mehrere Täter sprechen sich häufig vor Ort miteinander ab oder halten Kontakt mit dem räumlich abgesetzten Hintermännern. Tauchen daher Kennungen an verschiedenen bekannten Tatorten zu den konkreten Tatzeiten wiederholt auf, so kann dies darauf hindeuten, dass die dahinter stehenden Personen als Tatverdächtige in Betracht kommen können.

Bei Serientaten dieser Art wird daher im Regelfall lediglich festgestellt, welches Handy/SIM-Karte an mehreren Tatorten zu den Tatzeiten kommuniziert hat. Es geht also nur darum, Übereinstimmungen zu erkennen und Täterhinweise zu erlangen, um daran weitere Ermittlungen anschließen zu können. Alle anderen Kommunikationsteilnehmer, deren Daten in den Funkzellen angefallen sind, bleiben anonym, da sie für das Verfahren irrelevant sind.

b)

Die Funkzellenabfrage eignet sich auch für die Fallgruppe, dass eine erhebliche Straftat begangen wurde, zu Beginn der Ermittlungen aber keinerlei Anhaltspunkte über die Identität des Täters vorliegen. Hier können die in der Funkzelle des Tatortes zur Tatzeit angefallenen Verkehrsdaten erste Hinweise auf einen möglichen Tatverdächtigen liefern.

Ein konkretes Beispiel wäre der Mordfall Mooshammer. Zunächst lagen keinerlei Hinweise auf einen Tatverdächtigen vor. Anhand einer Funkzellenabfrage wurde festgestellt, dass die das Tatortanwesen versorgende Funkzelle zur fraglichen Nachtzeit nur von 14 Mobilfunkteilnehmern benutzt wurde. Eine TKG-Abfrage ergab, dass bis auf eine SIM-Karte alle SIM-Karten auf (ehrbare) Grünwalder Bürger angemeldet waren. Lediglich die eine SIM-Karte war auf einen irakischen Staatsbürger ohne erkennbaren Bezug zu Grünwald registriert. Weitere Ermittlungen ergaben, dass diese Person tatsächlich der Mörder war.

c)

Funkzellendaten werden auch erhoben, um zu überprüfen, ob sich ein bestimmtes Handy/SIM-Karte in einem konkreten geografischen Bereich (Tatort) zu tatrelevanten Zeiten befunden hat (z.B. zur Alibiüberprüfung). Die Daten sämtlicher übriger Betroffener sind in diesem Fall irrelevant und weitere Überprüfungen finden nicht statt.

Soweit immer wieder vorgebracht wird, mittels Funkzellenabfragen und den damit gewonnenen Verkehrsdaten ließen sich Bewegungsbilder erstellen und damit auch ein Netzwerk sämtlicher privater Kontakte der Personen, die sich zur fraglichen Zeit in der Funkzelle aufgehalten haben, sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich ein echtes Bewegungsbild nur erstellen ließe, wenn Funkzellendaten von vielen Orten dauerhaft erholt würden und die Betroffenen in jeder Funkzelle dauernd telefoniert hätten. Eine in der Praxis also zumindest äußerst selten anzutreffende Fallgestaltung.

Auch die immer wieder angeführte Behauptung, die Verwendungsmöglichkeiten von Verkehrsdaten seien weitaus größer als von Inhaltsdaten, da deren automatisierte Verarbeitung und Verknüpfung die Abbildung von Beziehungsnetzwerken und die Erstellung von Profilen bis hin zur Identifizierung von Interessen und politischen Einstellungen zulasse, geht auch dies aus den oben genannten Gründen an der Praxis vorbei. Hierfür besteht regelmäßig weder ein Bedürfnis noch eine personelle Kapazität der Ermittlungsbehörden zur Auswertung.

Zugleich wird vorgebracht, dass einer unbestimmten Vielzahl unbescholtener Personen, die sich zufällig in einer bestimmten Funkzelle aufgehalten haben, die automatisierte Rasterung und Ausforschung ihrer privaten Interessen und Lebensgewohnheiten drohe. Hier wird grundlegend verkannt, dass das Instrumentarium der Funkzellendaten den Ermittlungsbehörden lediglich als einer von vielen Ermittlungsansätzen dazu dienen kann, bestimmte Straftaten aufzudecken und konkrete Straftäter zu ermitteln. Wer annimmt, dass Funkzellendaten Unbeteiligter erfasst, analysiert und etwa zur Erstellung von Beziehungsnetzwerken missbraucht würden, verkennt grundlegend die Aufgaben und Tätigkeiten der Ermittlungsbehörden.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass derzeit aufgrund der fehlenden Vorratsdatenspeicherung je nach dem Zeitpunkt der Anforderung von Funkzellendaten nur sehr wenige, unvollständige oder überhaupt keine Daten mehr übermittelt werden können.

2. Beschränkung der Anlassstraftaten auf Katalogtaten nach § 100a Abs. 2 StPO in § 100g Abs. 2 Satz 2 „Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“

Die Beschränkung der Anlassstraftaten auf die im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgeführten Straftaten würde in vielen Fällen einen Rückgriff auf die Funkzellenabfrage ausschließen.

Folgende Fallgestaltungen können beispielsweise angeführt werden:

a)

Besonders schwere Fälle von Straftaten wie Einbruchsdiebstahlserien gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB würden aus dem Anwendungsbereich des § 100g StPO fallen, da es sich um keine Katalogtat nach § 100a Abs. 2 StPO handelt.

§ 100a Abs. 2 Nr. 1 j StPO führt nur den Bandendiebstahl als Katalogtat an. Ohne nähere Kenntnisse kann bei Einbruchsdiebstahlserien zu Beginn der Ermittlungen meist nicht der Anfangsverdacht eines Bandendelikts angenommen werden. Jedoch gerade bei Einbruchsserien bieten die Funkzellenauswertungen häufig den einzigen, erfolgversprechenden Ermittlungsansatz zur Identifizierung der Täter und der Hinterleute.

Ein konkreter, in der Praxis aufgetretener Fall lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Bayernweit waren plötzlich Einbruchsdiebstähle in Fahrradgeschäfte festzustellen, wobei jeweils hochwertige Fahrräder entwendet wurden. Ein Sachzusammenhang einzelner Fälle konnte

mangels Tatortspuren erst durch eine nicht individualisierte Verkehrsdatenabfrage hergestellt werden. Da zum Zeitpunkt der Beantragung der Maßnahme beim Ermittlungsrichter eine bandenmäßige Begehung und damit eine Katalogtat im Sinne des § 100a Abs. 2 Nr. 1 j StPO nicht feststand, sondern lediglich von Einbruchs- und gewerbsmäßigem Diebstahl auszugehen war, der im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten bedroht ist, wäre künftig in vergleichbaren Fällen die nicht individualisierte Verkehrsdatenabfrage verwehrt.

b)

Bei einem nächtlichen Verkehrsunfall wurde ein Zweiradfahrer von einem Autofahrer getötet. Es gab keine Unfallspuren zur Ermittlung des flüchtigen Unfallfahrers. Ein Zeuge hatte den Unfallfahrer jedoch beobachtet, wie dieser am Tatort mit einem Handy telefonierte und dann weiterfuhr.

Eine Funkzellenabfrage wäre in diesem Fall künftig aufgrund des Nichtvorliegens einer Katalogtat ausgeschlossen und damit eine weitere Aufklärung der Tat nicht möglich.

c)

In den sogenannten „Enkeltrickfälle“ zur Erlangung des ersparten Geldes von Rentnern kommunizieren Anrufer und Geldabholer regelmäßig vor der Wohnung des Opfers miteinander. In diesen Betrugsfällen würde eine Funkzellenabfrage ausscheiden, weil meist eine banden- oder gewerbsmäßige Begehung nicht begründet werden kann.

3. Einzelfallbezogene detaillierte Begründungspflicht, insbesondere zur Verhältnismäßigkeit; zu § 100g Abs. 2 Satz 3 „Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“

Eine besondere Begründungspflicht der Verhältnismäßigkeit ist überflüssig. Die hierfür vorgebrachten Argumente überzeugen nicht. Eine solche zusätzliche Begründungspflicht würde nur zu einem Zusatzaufwand führen, ohne dass von einer einzigen Maßnahme deswegen abgesehen würde.

Da jede Maßnahme aufgrund des bereits im Grundgesetz verankerten Rechtsstaatsprinzips einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen ist, bedarf es insoweit keiner weiteren Hervorhebung in § 100g StPO.

Selbst § 112 Abs. 1 S. 2 StPO als Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit verzichtet darauf, die Verhältnismäßigkeit im Haftbefehl „besonders begründen“ zu müssen. Gleiches gilt für §§ 100a, 100b StPO.

4. Entscheidung des Gericht zur Verwendung in anderen Verfahren; zu § 100g Abs. 2 Satz 1 a.E.
„Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“

Zur Frage der Verwertbarkeit der aus einer Funkzellenabfrage erlangten Daten in anderen Ermittlungsverfahren existiert bereits die gesetzliche Regelung des § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO, die nicht ergänzungsbedürftig ist. Die Einführung eines Richtervorbehalts speziell für den Bereich der Funkzellendaten ist systemfremd und sachlich nicht geboten.

Die Funkzellenabfrage selbst steht bereits unter dem Richtervorbehalt. Eine vorherige Rechtmäßigkeitskontrolle durch eine unabhängige Instanz ist damit gewährleistet. Nach der Regelung des § 477 Abs. 2 S. 2 StPO dürfen die aufgrund einer solchen Maßnahme erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung des Betroffenen zu Beweis Zwecken in einem anderen Verfahren nur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme ebenfalls hätte angeordnet werden dürfen. Mit diesem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs wird bereits in ausreichendem Maß sichergestellt, dass die gewonnenen Daten nicht in anderen Verfahren von „minderer Bedeutung“ verwendet werden.

Im Übrigen wird die Verwertbarkeit solcher Daten in einem „Drittverfahren“ durch das Hauptsachegericht geprüft werden, bevor es diese einer etwaigen Verurteilung zugrunde legen kann. Diese Prüfung und Beurteilung der Verwertbarkeit von Beweismitteln ist ureigene Aufgabe des erkennenden Gerichts und darf nicht in vorgelagerten Verfahren festgelegt werden. Ein vorangegangener ermittlungsrichterlicher Beschluss, wie im Gesetzentwurf beabsichtigt, hätte damit auch keine bindende Wirkung für das Hauptsachegericht.

Ein Nutzen der vorgelagerten richterlichen Kontrolle ist daher nicht erkennbar und würde nur zu einem zusätzlichen personellen Mehraufwand für Polizei und Justiz führen.

5. Gesonderte statistische Erfassung der Funkzellendaten; zu § 100g Abs. 4 „Gesetzentwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“

Durch weitere Statistikpflichten werden die sowieso schon übermäßigen Belastungen der Staatsanwaltschaften mit Statistiken und Benachrichtigungspflichten nur noch weiter vergrößert, ohne dass eine tatsächliche Notwendigkeit hierfür bestünde oder sich ein Mehrwert hieraus ergäbe.

C.

RESÜMEE

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Gesetzentwürfe und ihre Begründungen ein erhebliches Misstrauen gegenüber Polizei, Staatsanwaltschaften und Gerichten erkennen lassen, welches jedoch nicht gerechtfertigt ist und die Aufklärung von Straftaten in den Hintergrund rücken lässt.

Die Vorgänge um die Funkzellenauswertung in Dresden stellen einen Ausnahmefall dar.

Ich habe versucht, anhand der obigen Ausführungen aufzuzeigen, dass sie mit der ganz überwiegenden Zahl der in der Praxis vorkommenden Fälle nicht vergleichbar sind. Es erscheint nicht sachgerecht, mit dem Fall „Dresden“ das Erfordernis für die beabsichtigten Neuregelungen der Funkzellenabfrage oder gar deren ersatzlose Aufhebung zu begründen.

Anhand der Vielzahl der mir bekannten Ermittlungsverfahren hat sich der Eindruck bestätigt, dass die Strafverfolgungsbehörden die Funkzellenabfragen an den Einzelfall angepasst verantwortungsvoll und grundrechtsschonend einsetzen, ohne dass es der in den Gesetzentwürfen vorgesehenen weiterreichenden Einschränkungen bedarf.